

Publicato il 20/10/2017

**N. 04851/2017REG.PROV.COLL.**

**N. 01011/2017 REG.RIC.**

**N. 02633/2017 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1011 del 2017, proposto da:  
Guido Saltini, Francesco Burgio Sardella, Giuliano Mastinu, Luigi Merlo, Nicodemo Romeo,  
Adriano Piccardo, Giacomo Prospero Rivera, Giuliano Timossi, Luigi Speranzini, rappresentati e  
difesi dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso  
Vittorio Emanuele, n. 154/3de;

***contro***

Ente Strumentale Alla Croce Rossa Italiana non costituito in giudizio;  
Cri - Croce Rossa Italiana, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato,  
domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 2633 del 2017, proposto da:  
Paolo Turelli, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio eletto presso il  
suo studio, in Roma, corso Vittorio Emanuele, N. 154/3de;

***contro***

Ente Strumentale Alla Croce Rossa Italiana non costituito in giudizio;

### *per la riforma*

quanto al ricorso n. 1011 del 2017 ed al ricorso n. 2633 del 2017

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III quater n. 11502/2016, resa tra le parti, concernente invito alla restituzione di somme corrisposte a titolo di arretrati a seguito di transazione.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cri - Croce Rossa Italiana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2017 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti l'avvocato Viglione su delega di Granara e l'Avvocato dello Stato Cesaroni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio gli odierni appellanti invocavano l'annullamento: a) dell'Ordinanza presidenziale CRI n. 336/08 in data 30 giugno 2008 di revoca delle ordinanze commissariali n. 1382, 1383, 1384 del 17 luglio 2003; b) dell'Ordinanza presidenziale CRI n. 355/08 in data 7 luglio 2008.

2. Il primo giudice respingeva il ricorso, evidenziando, tra l'altro come le ordinanze commissariali oggetto del provvedimento di autotutela avessero adottato una soluzione palesemente illegittima, in quanto:

- la promozione del militare può avvenire solo laddove vi siano posti disponibili nel grado a cui aspira;

- il provvedimento con cui il militare è riconosciuto idoneo ma non promosso per mancanza di posti disponibili è stato riconosciuto legittimo dal Presidente della Repubblica avanti il quale sono stati proposti diversi ricorsi straordinari. Al personale promosso a seguito dell'ordinanza commissariale 470/2003 l'anzianità assoluta del nuovo grado è stata riconosciuta illegittimamente. L'illegittimità dei provvedimenti di promozione in esame ha ovviamente completamente alterato l'ordine di anzianità del personale di assistenza: i promossi a seguito dell'O.C. 470/2003 hanno quindi finito per beneficiare di avanzamenti 5-6 anni prima del dovuto con grave pregiudizio a tutto il personale. Appare quindi necessario che l'Ente proceda a ristabilire la corretta anzianità assoluta per i militari del personale di assistenza promosso a seguito dell'O.C. 470/2003 procedendo al recupero delle somme illegittimamente percepite dai militari a seguito dell'illegittimo riconoscimento del grado. Sicché, l'illegittimità della prassi adottata per l'attribuzione della "decorrenza assegni", si traduceva nell'illegittimità delle transazioni poste in essere con le OO.CC. 1382, 1383 e 1384 del 2003 e nell'illegittimità dell'O.C. n. 470/2003, provvedimento connesso alla O.C. n. 336/2008.

3. Avverso la pronuncia citata in epigrafe propongono appello gli originari ricorrenti, che ne denunciano l'erroneità per le seguenti ragioni: a) la presunta illegittimità delle ordinanze commissariali n. 1382, 1383, 1384 del 17 luglio 2003, non potrebbe in alcun caso comportare la

caducazione delle transazioni stipulate ex art. 1965 c.c. Inoltre, al momento dell'annullamento delle predette ordinanze, non vi era alcuna legalità da ripristinare, in quanto l'O.C. n. 470/2003, che aveva determinato la decorrenza retroattiva della progressione di carriera a far data dal conseguimento della idoneità, era ancora valida ed efficace, essendo stata annullata solo nel 2012; b) gli atti impugnati sarebbero annullabili o addirittura nulli, in quanto costituirebbero violazione degli atti di transazione stipulati tra i ricorrenti e la CRI, ai sensi dell'art. 1965 C.C., secondo il modulo contrattuale (privatistico), prescelto dalle parti. Pertanto, con il predetto accordo, il rapporto debito-credito tra l'Amministrazione e il ricorrente era stato definito e non poteva essere modificato, se non di comune accordo, secondo il modulo contrattuale prescelto, che precluderebbe modifiche unilaterali del rapporto e, *a fortiori*, un intervento autoritativo dell'Amministrazione. Né in questo senso rilevarebbe la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. in materia, che non inciderebbe sulla natura privatistica del rapporto ovvero sulla scelta di utilizzare un modulo di stampo privatistico quale quello transattivo che impedirebbe modificazioni unilaterali del rapporto in questione. L'amministrazione, in definitiva, avrebbe potuto semplicemente utilizzare l'impugnazione ex art. 2113 C.C. e i rimedi ex artt. 1969 e segg. C.C., ma giammai l'esercizio del potere autoritativo. Qualora il predetto annullamento potesse qualificarsi come una sorta di risoluzione unilaterale del contratto, violerebbe anche le relative norme civilistiche, che la consentono solo in caso di inadempimento (art. 1453 C.C.), impossibilità sopravvenuta (art. 1463 C.C.) o eccessiva onerosità (art. 1467 C.C.), presupposti tutti non ravvisabili nel caso di specie. Al più la fattispecie de qua sarebbe dovuta ricadere sotto la disciplina di cui all'art. 11, l. 241/90, con ciò che ne consegue in termini di limitazioni al diritto di recesso e di coevo obbligo di indennizzo a favore del privato; c) in ogni caso non sussisterebbero i presupposti per l'utilizzo del potere di cui all'art. 21-*nonies*, l. 241/90, quanto al decorso del tempo, alla mancata considerazione degli interessi degli appellanti, alla lesione del loro affidamento, al difetto di adeguata motivazione, al deficit di logicità ragionevolezza e congruità del potere discrezionale esercitato; d) in via subordinata risulterebbe violato l'art. 168, r.d. 484/1936.

4. Costituitasi in giudizio con memoria formale l'amministrazione invoca la reiezione dell'appello.

5. Nelle successive difese gli appellanti reiterano le loro ragioni.

6. Preliminarmente occorre disporre la riunione degli appelli, avendo questi ad oggetto la stessa sentenza. Gli appelli, così, riuniti, sono infondati e non possono essere accolti.

6.1. Occorre rammentare che gli atti impugnati hanno ad oggetto la richiesta di restituzione delle somme relative agli atti di transazione stipulati dalla Croce Rossa Italiana con gli odierni appellanti.

Accadeva, infatti, che con ordinanza commissariale n. 470/2003 si desse luogo alle promozioni del personale militare di Assistenza in servizio continuativo giudicato idoneo al grado superiore e non promosso relative ai Q.A. 1994-1995. Nel corso del medesimo anno venivano adottate le ordinanze commissariali n. 1382, 1383, 1384 del 17 luglio 2003, oggetto dei provvedimenti impugnati, con le quali veniva stabilito: a) di corrispondere al detto personale le competenze economiche relative alle citate promozioni a condizione che gli stessi sottoscrivessero atti di transazione; b) di procedere agli adeguamenti stipendiali; c) di corrispondere gli arretrati di grado; d) di corrispondere a 31 militari gli adeguamenti stipendiali arretrati di caporale e caporal maggiore in conformità agli aggiornamenti contrattuali percepiti dai corrispondenti gradi dei Carabinieri.

Nel 2008 il servizio ispettivo di finanza pubblica rilevava l'illegittimità della prassi generalizzata di riconoscere al personale promosso il trattamento economico dovuto con decorrenza retroattiva, nonché l'illegittimità delle transazioni sottoscritte con gli appellanti. In conseguenza di ciò veniva adottata l'Ordinanza presidenziale CRI n. 336/08 in data 30 giugno 2008 di revoca delle ordinanze

commissariali n. 1382, 1383, 1384 del 17 luglio 2003 e l'Ordinanza presidenziale CRI n. 355/08 in data 7 luglio 2008 con le relative note di richiesta di restituzione di quanto dovuto.

7. Le censure contenute nell'odierno gravame possono essere trattate congiuntamente.

7.1. Occorre premettere che l'art. 89, comma 2, r.d. 484 del 1936 esclude la possibilità di procedere a promozioni in assenza dei posti vacanti. Pertanto, la norma in modo chiaro esclude che gli odierni appellanti possano acquisire un correlato diritto anche di natura economica. Da ciò deriva che le transazioni in questione ben possono essere travolte mercé l'utilizzo di un potere di autotutela dell'amministrazione. Infatti, deve rilevarsi che il contratto di transazione evita o pone fine ad una lite tra le parti che operano reciproche concessioni in relazione a diritti di cui possono disporre. Nella fattispecie, secondo la disciplina ricostruita sopra, i contratti di transazione in questione hanno ad oggetto un diritto inesistente, dal momento che gli odierni appellati non hanno mai acquisito un diritto agli arretrati stipendiali. Sicché il diritto stesso vantato dagli odierni appellati è contrario a norme imperative e già per ciò solo non si ravvisa alcuna violazione della buona fede da parte dell'amministrazione, poiché nessun affidamento può ritenersi maturato dagli odierni appellati. Né in alcun modo rileva il richiamo alla normativa civilistica in tema di annullamento o caducazione del contratto ovvero il richiamo all'art. 11 della l. 241/1990. Nella fattispecie, infatti, l'intervento in autotutela da parte dell'amministrazione sulla propria determinazione di addivenire alla stipulazione negoziale travolge il contratto a valle. L'Amministrazione è titolare del potere di annullamento degli atti che siano risultati illegittimi e che abbiano condotto alla stipula del contratto. Tale principio generale è desumibile anche dall'art. 21-*nonies* L. n. 241 del 1990, che non prevede alcuna deroga al riguardo, in base ad un principio di simmetria posto a base dell'esercizio della autotutela, per il quale l'Amministrazione è titolare di corrispondenti poteri autoritativi quando incide su un procedimento di primo grado o di secondo grado, cioè di autotutela (Cons. St., Sez. III, 7 marzo 2016, n. 930). Quindi, anche se è vero che l'Amministrazione non può procedere alla revoca del contratto, di cui all'art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990, dopo la stipula del contratto stesso, sussiste tuttavia la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo detta stipula. Un simile potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, travolge anche la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

Quanto alla denunciata violazione del precitato art. 21-*nonies*, nonché di direttive preordinate a disciplinare l'esercizio della potestà di autotutela, per non essere stato valutato l'interesse dei destinatari e il loro affidamento sulla validità degli atti pregressi, si osserva quanto segue.

Al riguardo, è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale che considera quale atto dovuto l'esercizio del diritto-dovere dell'Amministrazione di ripetere le somme indebitamente corrisposte ai pubblici dipendenti. Il recupero di tali somme costituisce il risultato di attività amministrativa, di verifica, di controllo, priva di valenza provvedimentale; in tali ipotesi l'interesse pubblico è in *re ipsa* e non richiede specifica motivazione: infatti, a prescindere dal tempo trascorso, l'oggetto del recupero produce di per sé un danno all'Amministrazione, consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo ed un vantaggio ingiustificato per il dipendente. Si tratta dunque di un atto dovuto che non lascia all'Amministrazione alcuna discrezionale *facultas agendi* e, anzi, configura il mancato recupero delle somme illegittimamente erogate come danno erariale; il solo temperamento ammesso è costituito dalla regola per cui le modalità di recupero non devono essere eccessivamente onerose, in relazione alle condizioni di vita del debitore (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2014, nr. 2902; id., 28 ottobre 2013, nr. 5173).

Si aggiunge anche che l'affidamento del pubblico dipendente e la stessa buona fede non sono di ostacolo all'esercizio del potere-dovere di recupero: l'Amministrazione non è tenuta a fornire un'ulteriore motivazione sull'elemento soggettivo riconducibile all'interessato (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2013, nr. 4519; id., sez. V, 30 settembre 2013, nr. 4849).

Ne discende, ancora, che è destinato a essere recessivo il richiamo ai principi in materia di autotutela amministrativa sotto il profilo della considerazione del tempo trascorso e dell'affidamento maturato in capo agli interessati (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2013, nr. 4429; id., 31 maggio 2013, nr. 2986; id., 10 dicembre 2012, nr. 11548), come del difetto di istruttoria e di motivazione che risultano del tutto assenti.

Del tutto erroneo, infine, è il richiamo alla presunta violazione dell'art. 168, r.d. 484/1936, dal momento che come sopra specificato la promozione ai sensi di quanto disposto dall'art. 89 dello stesso r.d. resta subordinata alla presenza di posti vacanti, circostanza che nella specie non ricorreva.

8. Gli odierni gravami devono, in definitiva, essere respinti. Nella particolare complessità e parziale novità delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese dell'odierno grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li riunisce e li respinge,

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Luigi Massimiliano Tarantino**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonino Anastasi**