

Cons. Giust. Amm. Sic., Sent., 20-02-2013, n. 248

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 1352/2011, proposto da

C.S.,

rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Gennaro ed elettivamente domiciliato in Palermo, via Oberdan n. 5, presso l'avv. Girolamo Rubino;

CONTRO

- la GESTIONE LIQUIDATORIA DELLA SOPPRESSA U.S.L. N. 25 DI NOTO, in persona del liquidatore pro tempore, non costituita in giudizio;

- l'ASSESSORATO REGIONALE ALLA SANITÀ, in persona dell'Assessore pro tempore, ex lege rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Palermo, via A. De Gasperi n. 81;

- la A.U.S.L. n. 8 DI SIRACUSA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Buscemi ed elettivamente domiciliata in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso lo studio Allotta;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania (sez. int. II), n. 1366 del 27 maggio 2011.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore il Consigliere DE FRANCISCO Ermanno;

Uditi, altresì, alla pubblica udienza del 26 settembre 2012, l'avv. G. Rubino, su delega dell'avv. G. Gennaro, per l'appellante e l'avv. dello Stato Tutino per l'Assessorato appellato.

FATTO

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza indicata in epigrafe, con cui è stato dichiarato inammissibile nei confronti dell'Assessorato, nonché respinto nei confronti delle altre parti, il ricorso dell'odierno appellante per la condanna delle controparti al risarcimento dei danni consistenti nel mancato inquadramento del medico ricorrente quale Aiuto del servizio di medicina di base presso la U.S.L. n. 25 di Noto e derivanti dalla illegittima copertura di un solo posto, anziché due, in tale qualifica.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - La sentenza qui gravata ha disatteso il ricorso di prime cure sulla scorta del rilievo che il ricorrente - pur avendo ottenuto in sede di ricorso straordinario l'annullamento della delibera della U.S.L. n. 25 di Noto 8 giugno 1994, n. 103, recante trasformazione di un posto di assistente medico (in esubero nell'ambito della medicina del territorio) in Aiuto e assegnato, anziché alla Medicina di base, al servizio di Radiologia - non avesse impugnato, ancor prima, "l'atto con il quale nel lontano 1992 è stato bandito un concorso ad un posto piuttosto che a due posti": concorso al quale, giova chiarirlo sin d'ora, il ricorrente partecipò risultando idoneo e classificandosi al secondo posto della graduatoria, ossia primo non vincitore.

In particolare il primo giudice - pur dando atto che, alla stregua del più recente orientamento dell'Ad. Plen. del C.d.S. 23 marzo 2011, n. 3, "anche prima dell'entrata in vigore del **codice** del processo amministrativo non era possibile subordinare il risarcimento al tempestivo annullamento dell'atto", non sussistendo dunque "una pregiudizialità di stretto rito" tra **azione** di annullamento e **azione** **risarcitoria**, giacché "l'omessa impugnazione del provvedimento non può essere adeguatamente affrontata in termini processuali come condizione di ammissibilità della domanda"; e, nondimeno, rilevando che "tuttavia la risarcibilità delle pretese legate all'illegittimità di un atto non tempestivamente impugnato deve essere vagliata anche alla luce delle condotte processuali tenute dalla parte che chiede il risarcimento del danno", sussistendo "l'obbligo di cooperazione di cui al comma 2 dell'**art. 1227**" del **codice civile** - ha fatto concreta applicazione di detti parametri esegetici affermando che, nella specie, "il vizio di illegittimità. graverebbe sulle delibere risalenti al 1992-1993, non impugunate" (quelle surricordate, relative al bando di un solo posto, anziché due, di Aiuto del servizio di medicina di base), "nonostante l'evidente conoscenza di detti vizi e dei conseguenti rimedi di tutela".

In conclusione, secondo il T.A.R., se da un lato "il ricorrente ha diffidato l'amministrazione solo in data 14 maggio 1998 e 6 maggio 2002 e, dunque, a distanza rispettivamente di quasi sei mesi e di oltre 4 anni dalla decisione del ricorso straordinario", d'altra parte "vi è consequenzialità diretta fra la pretermessa impugnazione delle delibere del 1992-1993 e il consolidamento di un'asserita sua situazione pregiudizievole in termini di carriera"; laddove invece - ed è proprio questo il cuore della motivazione del rigetto - "se le delibere fossero state prontamente impugate non sarebbero realizzati i danni ora lamentati (sotto altro aspetto, se al momento dell'adozione le delibere non potevano considerarsi illegittime, conseguentemente non v'è nessun danno da risarcire)".

2. - L'appello - nei limiti soggettivi di cui infra - è fondato nei primi due motivi (che, rispettivamente, deducono motivi di "erronea motivazione su punto decisivo della controversia: erronea applicazione dell'**art. 1227 c.c.**" e di "erronea valutazione dell'inerzia sotto altro profilo che attiene alla rilevanza dell'istituto della prescrizione"), da esaminare congiuntamente, assorbiti quelli ulteriori.

2.1. - Inappellate, però, vanno considerate ambo le statuizioni con cui la sentenza ha, da un lato, dichiarato inammissibile il ricorso nei confronti dell'Assessorato regionale alla sanità; nonché, dall'altro lato, implicitamente ritenuto lo stesso ricorso ammissibile in confronto delle altre due parti, avendolo per esse rigettato nel merito.

Non può seguirsi, infatti, la tesi sostenuta dalla parte appellante nella memoria di replica, secondo cui, quanto alla prima statuizione, essa sarebbe stata superata dalla mera riproposizione in appello della domanda già spiegata in primo grado nei confronti di tutte le amministrazioni resistenti, evocandole tutte anche in questo grado: ciò perché a fronte dell'espressa affermazione di "difetto di legittimazione passiva" di detto assessorato, non è sufficiente la riproposizione della domanda nei suoi confronti che non sia accompagnata (come non lo è) da specifici motivi di appello volti a confutare tale affermazione.

Analogamente, nessuna delle altre parti soccombenti nel merito in primo grado, ha riproposto in appello - nelle forme e nei termini di cui all'**art.** 101, comma 2, del c.p.a., applicabile al presente giudizio ai sensi dell'**art.** 3 delle norme transitorie dello stesso c.p.a. - eccezioni di sorta circa la propria legittimazione a contraddire.

2.2. - Ritiene il Collegio che il primo giudice - che pure ha ben ricostruito e illustrato il sistema nel cui ambito si collocava prima del **codice** (e anche dopo) l'**azione risarcitoria** c.d. **autonoma** - abbia però erroneamente applicato i principi esposti al caso di specie.

Esclusa la sussistenza della c.d. **pregiudiziale** amministrativa - alla stregua della cit. giurisprudenza; ma anche del sopravvenuto **art.** **36** del **codice** del processo amministrativo che, sebbene inapplicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame, ha indubbiamente fornito una nuova prospettiva interpretativa sistematica generale in cui ricollocare la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati

dall'attività amministrativa illegittima - il principio generale espresso *dall'art. 1227 del codice civile* va senz'altro esteso anche al rilievo delle condotte omissive, comprensive di quelle consistite nel mancato esperimento degli strumenti di tutela previsti dalla Legge.

Se, però, esasperando la necessarietà dell'impugnazione a ogni atto che sia stato emanato dall'amministrazione - al di là della stessa reale portata del cit. *art. 30* che, sebbene sopravvenuto, ha sostenuto, anche de preterito, tutte le reinterpretazioni del sistema della responsabilità civile pubblica dell'ultimo biennio - si postulasse l'equazione "omessa impugnazione = esclusione del risarcimento", quella stessa pregiudizialità che si è formalmente ripudiata come istituto "di stretto rito" (sentenza appellata, pag. 6, riga 15) verrebbe in effetti reintrodotta tal quale, come istituto sostanziale: col risultato che tutti gli stessi ricorsi che secondo i fautori della c.d. *pregiudiziale* amministrativa avrebbero dovuto dichiararsi inammissibili, sarebbero ora semplicemente respinti nel merito (nei fatti, per la stessa ragione).

Non è questa, per il Collegio, la corretta esegesi del sistema.

Già prima del *codice* si contrapponevano due opposte linee di pensiero, presenti in entrambe le giurisdizioni: una, prevalente nella giurisdizione amministrativa, che sosteneva la pregiudizialità pura (con la surriferita equazione tra omessa impugnazione dell'atto e inammissibilità della domanda *risarcitoria*); l'altra, prevalente nella giurisdizione ordinaria, tendente a sganciare del tutto la risarcibilità dall'impugnazione dell'atto lesivo e a consentire il risarcimento anche a fronte della perdurante (e ormai inoppugnabile) efficacia di esso.

L'*art. 30* del c.p.a. ha tracciato - saggiamente, si vorrebbe dire - un'esegesi intermedia; che, proprio in quanto interpretativa, ben si presta ad essere applicata anche alle vicende anteriori alla sua vigenza.

Infatti, il principio fondamentale rilevato dall'*art. 30* è che, in presenza d'un atto lesivo illegittimo, il soggetto danneggiato è onerato della relativa impugnazione; ciò secondo canoni di correttezza e di buona fede, ma anche perché il principio di coerenza dell'ordinamento non tollera che un atto giuridico (ancor prima che amministrativo) sia, da un lato, definitivamente efficace e inoppugnabile, e dall'altro venga assunto a base di una fattispecie illecita, senza però poter essere rimosso dall'ordinamento giuridico (e potendo continuare a far danni).

Nondimeno, detto onere di impugnazione - al cui mancato assolvimento si riconnette non più l'inammissibilità della domanda *risarcitoria*, bensì la sua infondatezza nel merito, in applicazione del principio di concorrente autoresponsabilità del creditore - va valutato in ciascun caso in concreto: nel senso che tale onere sussiste soltanto allorché si accerti che, effettivamente, l'impugnazione dell'atto lesivo avrebbe potuto concretamente giovare al ricorrente, e non invece ove sia evidente che il gravame non avrebbe in alcun modo potuto elidere, né ridurre, il danno cagionato dall'atto amministrativo illegittimo.

3. - Proprio questa pare al Collegio la situazione in cui versava l'odierno appellante, rispetto agli atti che secondo la sentenza gravata egli avrebbe dovuto impugnare per conservare l'**azione risarcitoria**.

In particolare, nessun onere di impugnazione - alla stregua dei surrichiamati criteri esegetici - si ritiene gravasse sul ricorrente in ordine alle delibere con cui fu bandito il concorso (cui il ricorrente partecipò classificandosi al secondo posto) per un posto, anziché due.

Da un lato, a quell'epoca nessuna illegittimità era conoscibile dal ricorrente, almeno - in disparte l'argomento, invero di per sé non dirimente, che prima dell'esito del concorso egli non poteva avere che un interesse meramente strumentale all'incremento dei posti messi a concorso, non sapendo se e come avrebbe superato le prove - perché ancora non era stata adottata la deliberazione n. 303 del 1994, con cui il posto di Aiuto resosi disponibile nella medicina del territorio (in cui rientra la medicina di base, per cui il C. ebbe a concorrere) venne invece assegnato al servizio di radiologia.

Dall'altro lato, perché - anche ove fossero già stati disponibili due posti vacanti nella specialità cui il ricorrente intendeva concorrere - l'Amministrazione avrebbe comunque potuto bandirne uno solo, discrezionalmente, riservandosi di bandire l'altro successivamente.

È vero, dunque, che l'effettiva e definitiva lesione dell'interesse del ricorrente si è verificata solo con l'assegnazione del secondo posto a un servizio diverso da quello per cui egli ha concorso: ossia proprio con la delibera della U.S.L. n. 303 del 1994, ritualmente impugnata dal C. con ricorso straordinario e ivi annullata perché illegittima.

Dal "giudicato" formatosi sul ricorso straordinario (inter partes perché contro la U.S.L. n. 25 di Noto) risulta altresì che "non poteva essere distolto il posto dal S.T.T.S.M. (che fa parte della medicina del territorio) a favore di disciplina diversa da quella di appartenenza (servizio di radiologia dell'Ospedale Trigona di Noto)"; e che "i posti inutilizzati (quale quello in oggetto) avrebbero dovuto essere assegnati prioritariamente ai servizi medici del territorio e soltanto i posti residuati avrebbero potuto essere stornati ai servizi medici ospedalieri".

Questo dimostra che, se non ci fosse stata l'illegittima delibera n. 303 del 1994, un posto in più di Aiuto avrebbe dovuto essere destinato alla medicina di base.

È ben vero che l'Amministrazione non sarebbe stata tenuta a coprire detto posto incrementando di un'ulteriore unità il posto già messo a concorso (con le delibere n. 1611 del 20.12.1992 e n. 263 del 23.3.1993) e per cui il ricorrente si classificò secondo; ma che avrebbe potuto bandire successivamente un ulteriore concorso a un posto.

Nondimeno, l'incremento di un posto al concorso già bandito era una delle opzioni legittimamente aperte; nonché, in relazione ai tempi del suo espletamento (il vincitore prese servizio il 1.4.1994) e al fatto che vi parteciparono solo il vincitore e l'odierno

appellante, quella ipoteticamente più in linea con il principio di economicità dell'**azione** amministrativa.

Pur in difetto della certezza assoluta che il bene controverso (nomina al posto di Aiuto) sarebbe spettato al ricorrente - perché non è certo che, nel caso di opzione per un ulteriore concorso, il ricorrente lo avrebbe sicuramente vinto - ciò integra egualmente il necessario nesso di causalità tra l'atto illegittimo (annullato in sede straordinaria) che distolse il secondo posto dalla medicina di base e il danno subito dal ricorrente, quantomeno in termini di perdita di chance.

Peraltro, alla stregua degli elementi di fatto disponibili e già ricordati - ossia che nessun altro medico, in quel contesto temporale e locale, mostrò di essere interessato a concorrere per il primo posto, sicché è assai probabile che altrettanto si sarebbe verificato per il secondo, quand'anche bandito separatamente e successivamente - tale chance avrebbe avuto elevate probabilità di concretizzazione; che il Collegio, valutata ogni già evidenziata circostanza, stima pari al 80%.

Si procederà, dunque, a congruente indicazione dei criteri di liquidazione del danno risarcibile.

4. - Resta poco da dire degli ulteriori profili.

Quanto a quello soggettivo, la colpa è insita nel fatto di aver posto in essere un atto illegittimo, senza che sia stata fornita alcuna prova che, anche solo soggettivamente, si sia trattato di fatti scusabili.

Quanto alla pretesa "tardività" della domanda **risarcitoria**, è sufficiente rilevare che:

a) prima del c.p.a. nessun termine era assegnato all'esperimento dell'**azione** di condanna - ora l'**art. 30**, comma 5, fissa invece un termine decadenziale di 120 giorni decorrenti dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, che nella specie avrebbe dovuto computarsi dalla data di comunicazione del decreto di accoglimento del ricorso straordinario - sicché la domanda era sempre proponibile, purché entro il termine quinquennale di prescrizione;

b) nella specie il termine prescrizionale è stato rispettato, essendo intervenuti - tra la data del danno (1 aprile 1994) e quella del ricorso (8 maggio 2004) - più atti interruttivi, con l'invio di diffide al risarcimento, almeno in date 14 aprile 1998 e 28 maggio 1999;

c) si è già detto che, prima del c.p.a., non c'era alcun obbligo di attivarsi entro termini prefissati, sicché non è configurabile alcuna "Verwirkung" - ritardato esercizio del diritto imputabile al suo titolare integrante abuso del diritto stesso e ostativo alla sua tutelabilità in sede giurisdizionale - avuto anche riguardo al fatto che l'intero danno di cui viene chiesto il risarcimento è quello verificatosi dal 1 aprile 1994 (data in cui il ricorrente, in caso di ampliamento dei posti messi a concorso, avrebbe assunto servizio) al 31 dicembre 1998 (data in cui il ricorrente ha ottenuto la nomina ad un altro posto

equivalente): sicché ogni successivo indugio del ricorrente (cui l'esito favorevole del ricorso straordinario è stato comunicato solo in data 26 febbraio 1998) non può aver dato luogo ad alcun aggravamento del danno.

5. - Accertate l'esistenza e l'imputabilità del danno per cui è causa, deve passarsi alla relativa liquidazione.

In proposito, ai sensi dell'art. 34, comma 4, del c.p.a., si fissano i criteri in base ai quali le parti soccombenti, di cui infra, dovranno liquidare il credito risarcitorio, entro il termine di cui in dispositivo.

Tale liquidazione dovrà essere effettuata sulla base del 80% dell'ammontare delle differenze tra le retribuzioni percepite dal ricorrente dal 1 aprile 1994 al 31 dicembre 1998 e quelle che avrebbe percepito nello stesso periodo se avesse avuto la qualifica controversa.

Le somme annualmente non percepite dal 1994 al 1998 devono essere quindi rivalutate su base ISTAT (con l'indice di rivalutazione F.O.I.), nonché maggiorate degli interessi legali sulle somme rivalutate come detto; rivalutazione e interessi legali sulle somme anno per anno rivalutate vanno corrisposti fino alla pubblicazione di questa sentenza.

Inoltre, a ristoro della sottoqualificazione temporaneamente subita e delle conseguenti perdite di eventuali migliori chances, dovrà liquidarsi un ulteriore 8% (pari al 80% del 10%) forfetario, calcolato sul coacervo come sopra determinato, ma non soggetto a rivalutazione e interessi perché equitativamente determinato all'attualità.

Sul totale complessivo è ulteriormente dovuto l'interesse legale semplice, dalla data di pubblicazione di questa sentenza al soddisfo.

6. - In conclusione, l'appello in trattazione, mentre è inammissibile nei confronti dell'Assessorato regionale alla sanità per il già rilevato difetto di specifici motivi di gravame volti a confutare la declaratoria di inammissibilità in parte qua resa dal primo giudice, è invece fondato nei confronti delle altre parti, verso cui va accolto.

Ritiene altresì il Collegio che ogni altro motivo od eccezione di rito e di merito possa essere assorbito in quanto ininfluenza ed irrilevante ai fini della presente decisione.

Le spese del doppio grado, liquidate nella misura indicata in dispositivo, vanno rimesse all'appellante dalle soccombenti parti appellate, dovendo invece l'appellante rifondere all'Assessorato appellato quelle del presente grado, che ivi parimenti si liquidano (ovviamente, la pronunzia resa sulle spese in prime cure resta ferma, cumulandosi con quella odierna, tra le parti fra cui la sentenza non subisce riforma, essendo invece caducata tra le altre parti).

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, dichiara inammissibile l'appello nei confronti dell'Assessorato regionale alla sanità e lo accoglie nei confronti delle altre parti appellate; per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, condanna dette ulteriori parti, in solido, a risarcire all'appellante i danni da liquidarsi, nei 120 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza, ai sensi dell'**art.** 34, comma 4, c.p.a., secondo i criteri esposti in motivazione.

Condanna l'appellante a rifondere all'Assessorato le spese del grado, che liquida in complessivi Euro 3.000 (Tremila), oltre accessori di Legge e spese generali; condanna le ulteriori parti appellate, in solido, a rifondere all'appellante le spese del doppio grado del giudizio, che liquida in complessivi Euro 5.000 (Cinquemila), oltre accessori di Legge, spese generali e c.u. se versato.

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

Così deciso dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, riunito a Palermo in camera di consiglio il 26 settembre 2012, con l'intervento dei signori: TURCO Paolo, Presidente, SALEMI Guido, DE FRANCISCO Ermanno, estensore, CIANI Pietro, MINEO Giuseppe.

Depositata in Segreteria il 20 febbraio 2013