

# REPUBBLICA ITALIANA

N. 4639/06 REG.DEC.

## IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 4007 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta  
ha pronunciato la seguente

ANNO 2000

### DECISIONE

**sul ricorso in appello n. 4007/2000**, proposto dalla sig.ra Angela Bruno, rappresentata e difesa dall'Avv. Sergio Ciccarelli, elettivamente domiciliato in Roma, Via Laura Mantegazza n. 24, presso cav. Luigi Gardin;

### CONTRO

- il Comune di FOGGIA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Pasquale Regina, elettivamente domiciliato in Roma, Via S. Martino ai Monti n. 8, presso lo Studio avv. Carlo Ginesi;

### per la riforma

della sentenza del tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sez. 2°, n. 169/1999, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dall'interessata.

Visti l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Foggia;

Viste le memorie prodotte dalle parti ed i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 12.5.2006, nominato relatore il Cons. Aniello Cerreto e uditi altresì l'avv. Di Mattia per delega

dell'avv. Ciccarelli e l'avv. Regina;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto quanto appresso.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con l'appellata sentenza, il T.A.R. Puglia, dopo aver dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, ha respinto il ricorso, considerando che il pregiudizio prospettato per ritardata assunzione era ricollegabile ad una posizione di interesse legittimo e perciò non poteva dar luogo al risarcimento del danno ex art. 2043 conseguibile esclusivamente, in base alle norme in vigore all'epoca dei fatti di cui è causa, per la lesione di situazioni giuridiche aventi la consistenza di diritto soggettivo.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello l'interessata, facendo presente che aveva partecipato nel 1979 ad un concorso pubblico, indetto dal comune di Foggia, per la copertura di 13 posti educatore/educatrice scuola materna comunale; che gli originari tredici posti vennero elevati a cinquantasei e tutti vennero coperti, espletato il concorso, con la graduatoria di merito; che successivamente il Comune procedette a delle assunzioni a tempo determinato per chiamata diretta di 28 precarie (deliberazioni n. 3424/83, n. 554/1984 e 3308/1984), per coprire posti che invece, come accertato dalla sentenza del medesimo TAR n. 209/1990 (passata in giudicato) avrebbero dovuto essere coperti proprio da coloro che avevano superato il concorso; che solo con deliberazione comunale n. 354 del

19.2.1992, a distanza di dieci anni, fu assunta in servizio in esecuzione della sentenza TAR n. 209/1990 con decorrenza 20.5.1992; che pertanto chiese il risarcimento del danno per la tardiva assunzione ma il TAR, con la sentenza appellata, ha ingiustamente respinto il ricorso.

Ha quindi dedotto quanto segue:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la posizione fatta valere non è di interesse legittimo ma di diritto soggettivo;
- in ogni caso, pur in presenza di un posizione di interesse legittimo, ha titolo a conseguire il risarcimento del danno per effetto dell'illegittima ritardata assunzione per il periodo 5.4.1983 fino all'effettiva assunzione, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

3. Costitutosi in giudizio il Comune ha evidenziato che, con le delibere annullate dal TAR con la sentenza n. 209/1990, aveva proceduto a delle assunzioni dirette per coprire incarichi temporanei e precisamente nov-dic 1983, gen-giu 1984 e sett.-dic. 1984 e che per effetto di detta sentenza il comune con deliberazione n. 154 del 19.2.1992 aveva provveduto alla nomina della ricorrente a tempo indeterminato con decorrenza dal 20.5.1992.

- l'interessata non poteva vantare un diritto soggettivo all'assunzione sulla base della sentenza n. 209/1990;
- in ogni caso non aveva fornito alcuna prova del danno subito;
- comunque non le poteva spettare un risarcimento del danno per

il periodo richiesto (5.4.1983-20.5.1992), ma eventualmente limitatamente ai periodi cui si riferivano le delibere annullate con la sentenza n. 209/1990;

- peraltro il credito richiesto è ampiamente prescritto, essendo trascorso più di un quinquennio dal giorno in cui il fatto si è verificato, mentre l'interessata ha rivendicato il risarcimento solo con la notifica del ricorso (13.5.1997).

4. Con memoria conclusiva, l'appellante ha fatto presente che con decreto Presidente Repubblica in data 6.12.1999, in sede di ricorso straordinario, le era stata riconosciuta la retrodatazione della nomina ai fini giuridici. Ha quindi controdedotto alle eccezioni sollevate dal comune rilevando in particolare che l'eccezione di prescrizione è infondata non solo perché nella specie non sarebbe applicabile la prescrizione quinquennale ma semmai quella decennale, ma anche perché il titolo al risarcimento del danno è sorto solo con la sentenza di annullamento del 1990 e poi vi era stato ricorso al Pretore quale giudice del lavoro, il quale aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, seguito da numerose istanze del 1990 e del 1994; che nel merito la pretesa era fondata dovendosi tener conto dell'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in materia (Cons. di Stato Sez. V n. 5174/2002 e TAR Lazio, sez. I, n. 2987/20005).

5. Alla pubblica udienza del 12.5.2006 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione.

6. L'appello è fondato in parte, come di seguito precisato.

6.1. Le appellanti chiedono (con ricorso al TAR notificato il 13.5.1997 e successivo appello avverso la sentenza di rigetto n. 169/99) il risarcimento del danno per il periodo 5.4.1983-20.5.1992 per l'illegittima ritardata assunzione in servizio a seguito della sentenza TAR Puglia n. 209/1990, con la quale erano state annullate, per sviamento e manifesta ingiustizia, tre deliberazioni comunali di assunzione diretta di educatrici comunali per periodi determinati (nov-dic 1983, gen-giu 1984 e sett.-dic. 1984), dovendo invece il Comune attingere alla graduatoria del concorso, ancora utile, in cui le ricorrenti occupavano una posizione migliore rispetto al personale assunto. Invero, l'assunzione a tempo indeterminato delle istanti per effetto di detta sentenza è intervenuta solo con decorrenza dal 20.5.1992.

6.2. Le istanti nel 1995 avevano proposto anche ricorso straordinario al Presidente della repubblica per conseguire la decorrenza giuridica ed economica con effetto dal 1°.11.1983 e la relativa pretesa è stata accolta in parte, con il riconoscimento della sola decorrenza giuridica con decreto del Presidente della Repubblica del 6.12.1999 (versato in atti).

6.3. Sulla presente controversia sussiste senz'altro la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto, a prescindere da considerazioni di carattere generale nella specie irrilevanti, in tal senso si è pronunciata espressamente la sentenza appellata e

sul punto non vi è stato appello incidentale del Comune (Cfr. Cons. di Stato, A.P. n. 4 del 30.8.2005).

6.4. Inoltre, la proposizione di ricorso straordinario, per il principio di alternatività con il ricorso giurisdizionale, non comporta inammissibilità del ricorso al TAR (e quindi del presente appello), atteso che l'oggetto dei due ricorsi è diverso, essendo il ricorso straordinario rivolto a conseguire una migliore decorrenza giuridica ed economica ed il ricorso al TAR tendente a conseguire il risarcimento del danno per la ritardata assunzione sul presupposto della non spettanza della retrodatazione economica.

6.5. Nè il risarcimento del danno può essere negato, come invece ritenuto dal TAR, per il fatto che la posizione soggettiva azionata fosse di interesse legittimo, in quanto tale orientamento è stato ormai superato dalla giurisprudenza successiva, essendosi riconosciuto che tale risarcibilità deve ammettersi, salvo che non si sia verificato qualche fatto preclusivo, anche per le situazioni anteriori alla riforma di cui agli artt. 33 e 35 D. L.vo 31.5.1998 n. 80 (V. la decisione di questa Sezione n. 4461 del del 2.9.2005 e precedenti ivi indicati) poi sostituiti dall'art. 7 L. 21.7.200 n. 205.

6.6. L'eccezione di prescrizione sollevata dal Comune è infondata in quanto, pur tenendosi conto della prescrizione quinquennale (come prospettato dal Comune), questa è iniziata a decorrere solo dal passaggio in giudicato della sentenza del TAR del 1990 che ha annullato le menzionate tre deliberazioni

comunali (V. Cons. di Stato, A. P. n. 2 del 9.2.2006 e precedenti ivi indicati) e successivamente nel 1994 vi è stato il ricorso al Giudice del Lavoro e quindi specifica richiesta delle interessate di risarcimento del danno con raccomandata ricevuta dal Comune il 20.9.1994 e successivo ricorso al TAR nel 1997.

6.6. Né le istanti erano tenute a dar prova del danno subito per effetto della ritardata assunzione, essendo il danno *in re ipsa*, salvo la prova da parte del Comune di eventuali somme percepite dalle interessate ad altro titolo nel periodo in contestazione, il che non è avvenuto.

6.7. Nel merito peraltro deve essere condiviso il rilievo del Comune secondo cui il risarcimento del danno non può essere attribuito per l'intero periodo richiesto (5.4.1983-20.5.1992), ma limitatamente ai periodi di riferimento delle delibere annullate con la sentenza n. 209/1990 e precisamente nov-dic. 1983, genn.-giu. 1984 e sett.-dic. 1984.

Invero, nel processo amministrativo l'azione di risarcimento del danno connesso a provvedimento amministrativo illegittimo è ammissibile a condizione che sia stato impugnato tempestivamente il provvedimento lesivo e che sia stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari (cfr, le decisioni di questo Consiglio, A. P. n.4 del 26/03/2003; sez. V n. 5558 del 12.8.2004 e n. 946 dell'8.3.2005), salvo che l'atto non sia stato già rimosso

in altre sedi (ad es. in via di autoutela o in sede di ricorso straordinario), come precisato nella decisione di questo Consiglio, sez. VI n. 338 del 18.6.2002).

Il danno subito dalle istanti è perciò ricollegabile non all'asserita ritardata assunzione ma alla mancata assunzione nei periodi nov.-dic. 1983, gen.-giu. 1984 e sett.-dic. 1984.

In particolare non può comprendersi nel risarcimento del danno il periodo successivo al 31.12.1984 per il fatto che l'Amministrazione abbia poi proceduto all'assunzione delle istanti con delibera del 19.5.1992 e con effetto dal 20.5.1992, in quanto tale delibera ha riguardato un'assunzione a tempo indeterminato mentre la sentenza n. 209/1990 ha ritenuto illegittime delibere di assunzione temporanea per periodi ben delimitati ed in prosieguo non vi è stata ulteriore impugnativa delle assunzioni temporanee successive (ad es. deliberazione n.2 del 10.1.1985, fino al 30.6.1985).

6.8. Il risarcimento del danno per detto periodo va commisurato ad una somma corrispondente alla retribuzione, comprensiva della quota di trattamento fine rapporto, che sarebbe maturata a favore di ciascuna interessata se fosse stata regolarmente assunta in servizio per detti periodi, oltre al valore delle contribuzioni previdenziali obbligatorie che in relazione alla retribuzione il Comune avrebbe dovuto versare, con detrazione in via equitativa dalla somma complessiva spettante di un abbattimento del 50%, tenuto conto che in concreto le interessate in detti periodi hanno

impegnato le loro energie non a favore del Comune ma per la cura di interessi familiari, culturali e di svago in genere (V. la decisione di questo Consiglio n. 5174 del 2.10.2002).

Sul dovuto a titolo di risarcimento del danno, che è debito di valore, spetta inoltre la rivalutazione monetaria e gli interessi nella misura legale, dalle singole scadenze fino al soddisfo.

7. Per quanto considerato, l'appello deve essere accolto in parte, come in motivazione.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie in parte l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, accoglie in parte il ricorso originario, come in motivazione. Spese compensate per i due gradi.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 12 maggio 2006 con l'intervento dei Signori:

Sergio Santoro	Presidente
Giuseppe Farina	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere

Aniello Cerreto

Consigliere estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Aniello Cerreto

f.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

f.to Agatina Maria Vilardo

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 25 luglio 2006**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

***p. Il Dirigente***

**f.to Livia Patroni Griffi**