

N. 00055/2014REG.PROV.COLL.
N. 01294/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 1294 del 2013, proposto da:
Stefano Conte, rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Starace, con
domicilio eletto presso Claudia De Curtis in Roma, via Marianna
Dionigi n. 57;

contro

- Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Monaldi - Cotugno – Cto
(ora Azienda Ospedaliera dei Colli), in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Guido
Campobasso, con domicilio eletto in Roma presso lo Studio Tamietti
- Bellachioma & Associati, via Pompeo Magno n. 2/b;
- Ministero della Salute, Ministero del Lavoro e delle Politiche
Sociali, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona dei rispettivi
rappresentanti legali, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Marco Mucerino e Sergio Palumbo, controinteressati, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania, Sede di Napoli, Sezione V, n. 4505 dell'8 novembre 2012, resa tra le parti, concernente l'esecuzione del giudicato formatosi sulla precedente sentenza del T.A.R. per la Campania, Sede di Napoli, Sezione V, n. 9175 del 23 luglio 2008.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera dei Colli e dell'Avvocatura Generale dello Stato per le amministrazioni statali intimare;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013, il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avv. Aldo Starace, l'avv. Guido Campobasso e l'avvocato dello Stato Giulio Bacosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il dr. Stefano Conte, specializzato in cardiocirurgia, aveva partecipato al concorso bandito, con delibera del 30 novembre 1998, dall'Azienda Ospedaliera Monaldi di Napoli (poi Azienda dei Colli), per la copertura di tre posti di dirigente medico di cardiocirurgia pediatrica, ed era risultato idoneo, collocandosi al quarto posto della graduatoria di merito (delibera n. 501 del 1 luglio 1999).

Avendo l'Azienda Ospedaliera bandito, con determinazione in data 21 giugno 2001, un nuovo concorso per il conferimento di due posti

di dirigente medico di cardiocirurgia pediatrica “per l’eco-trans-esofageo intraoperatorio ed assistenza meccanica”, senza scorrere la graduatoria del precedente concorso (che doveva ritenersi prorogata fino al 30 giugno 2001), il dr. Conte proponeva, il 22 dicembre 2001, un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso gli atti del nuovo concorso e, il 22 marzo 2002, un ricorso davanti al T.A.R. di Napoli avverso gli atti della procedura concorsuale e il conferimento dell’incarico ai dottori Sergio Palumbo e Marco Mucerino che si erano classificati, rispettivamente, al primo ed al secondo posto della graduatoria di merito (davanti allo stesso dr. Conte che si era classificato al terzo posto).

2.- Il ricorso proposto dal dr. Conte davanti al T.A.R. per la Campania era dichiarato inammissibile con sentenza n. 12986 del 21 ottobre 2003 per *«l’inadempimento da parte del ricorrente all’onere di provvedere tempestivamente all’integrazione del contraddittorio»* nei confronti del dott. Sergio Palumbo, vincitore della selezione unitamente al dott. Marco Mucerino, che era stata disposta dallo stesso T.A.R. con ordinanze n. 7188 del 15 novembre 2002 e n. 869 del 17 febbraio 2003.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica era invece accolto con D.P.R. del 7 giugno 2006, a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri che disattendeva il parere contrario (n. 2705/02) espresso dalla Sezione III consultiva del Consiglio di Stato il 15 ottobre 2002, poi confermato, dopo richiesta di riesame, dalla Sezione I del Consiglio di Stato, in data 2 febbraio 2005.

Secondo quanto affermato nella decisione del ricorso straordinario l’Azienda Ospedaliera non aveva, infatti, adeguatamente motivato sulle ragioni per le quali aveva ritenuto di non scorrere la graduatoria

del precedente concorso (prorogata fino al 30 giugno 2001), tenuto conto della sostanziale identità dei posti messi a concorso con il nuovo bando.

3.- Il citato D.P.R. del 7 giugno 2006 era impugnato davanti al T.A.R. per la Campania dal controinteressato dr. Mucerino ma il T.A.R., con sentenza della Sezione V, n. 9175 del 23 luglio 2008 respingeva il ricorso. La sentenza era poi confermata dal Consiglio di Stato con sentenza della Sezione V, n. 1095 del 22 febbraio 2011.

Anche il successivo ricorso proposto dal dr. Mucerino per la revocazione del D.P.R. del 7 giugno 2006 era respinto con D.P.R. del 24 aprile 2008.

Il D.P.R. del 7 giugno 2006 era impugnato, davanti al T.A.R. per il Lazio, anche dall'altro controinteressato dr. Palumbo ma il T.A.R. dichiarava irricevibile il ricorso per tardività con sentenza n. 1988 del 2 marzo 2011.

4.- Il dr. Conte si rivolgeva quindi all'Amministrazione chiedendole di essere assunto in servizio, a tempo indeterminato, in esecuzione di quanto disposto con il suddetto D.P.R. del 7 giugno 2006. Ma la sua istanza veniva respinta il 29 settembre 2006 *«mancando nel citato decreto alcun comando a carico della scrivente Azienda Ospedaliera di provvedere all'assunzione»*.

Una successiva diffida indirizzata all'Azienda dall'interessato il 30 aprile 2008 restava senza esito.

5.- Il dr. Conte si rivolgeva allora al T.A.R. per la Campania per chiedere l'esecuzione del giudicato formatosi sulla citata sentenza, n. 9175 del 2008, con la quale lo stesso T.A.R. aveva respinto il ricorso che era stato proposto dal dr. Mucerino nei confronti del D.P.R. del 7 giugno 2006, nonché il risarcimento per i danni subiti.

Il T.A.R. per la Campania, con l'appellata sentenza della Sezione I, n. 4505 dell'8 novembre 2012, ha però respinto il suo ricorso.

Secondo il T.A.R., infatti, non era possibile esperire il rimedio del ricorso per l'ottemperanza poiché il giudicato si era formato su una sentenza di rigetto in un ricorso proposto da altri.

Secondo il T.A.R. non era, inoltre, possibile nemmeno accogliere una richiesta di esecuzione del richiamato D.P.R., sia perché la domanda era stata proposta davanti ad un T.A.R. territorialmente incompetente sia perché la decisione del ricorso era intervenuta prima della "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario operata con la legge n. 69 del 2009.

6.- Il dr. Conte ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

Dopo aver ricordato che l'Amministrazione è rimasta, a distanza di tanti anni, inerte, nonostante le sue ragioni siano state riconosciute fondate sia in sede amministrativa che in sede giurisdizionale, il dr. Conte ha sostenuto di non avere a propria disposizione altri mezzi per agire e per far valere le sue ragioni.

7.- L'appello non può tuttavia essere accolto.

Come ha osservato il T.A.R. per la Campania nella sentenza appellata, il dr. Conte ha chiesto l'esecuzione di una sentenza dello stesso T.A.R. (la n. 9175 del 2008) che, *«contrariamente a quel che di solito accade, non ha accolto il ricorso del ...ricorrente, ma si è limitata a respingere quello promosso dal suo controinteressato, il quale, a sua volta, aveva impugnato il Decreto emesso dal Presidente della Repubblica con D.P.R. del 7 giugno del 2006 che accoglieva il ricorso del dr. Conte»*. Inoltre quest'ultimo provvedimento (l'accoglimento del ricorso straordinario) *«presenta una caratteristica ... peculiare. Esso infatti è stato emesso, ai sensi del comma 2*

dell'art.14 del D.P.R.1199/1971 (poi soppresso dalla riforma di cui alla legge 18 giugno 2009, n. 69), su parere difforme del Consiglio di Stato».

Sulla base di tali osservazioni il T.A.R. ha ritenuto che non poteva «trovare ingresso» il giudizio di ottemperanza in quanto «*incentrato su di una pronuncia di rigetto del ricorso di altro soggetto e comunque privo, in via autonoma ed autosufficiente, di qualsivoglia previsione prescrittiva o comunque conformativa della futura azione amministrativa*». Né il giudizio di ottemperanza poteva essere azionato per l'esecuzione del citato D.P.R. «*attese le peculiarità che ne connotano le modalità di coattiva attuazione*».

7.1.- Questa Sezione ritiene condivisibili le ragioni che hanno indotto il T.A.R. per la Campania a respingere il ricorso proposto dal dr. Conte.

7.2.- Per quanto riguarda la prima questione, riguardante la possibilità di chiedere l'esecuzione di un giudicato formatosi su una sentenza di rigetto in un ricorso nel quale chi agisce per l'esecuzione ha rivestito la parte di controinteressato, si deve ricordare che anche questa Sezione ha, di recente, affermato che le sentenze di rigetto non sono, propriamente parlando, suscettibili di ottemperanza in quanto hanno lasciato inalterato l'assetto giuridico controverso: sicché quello che deve essere eseguito non è la sentenza, bensì il provvedimento amministrativo che era stato (inammissibilmente e/o infondatamente) impugnato. Mentre il terzo (e quindi anche il controinteressato nel giudizio nel quale si è formato il giudicato) ha altri mezzi per ottenere l'eventuale conformazione (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 744 dell'11 febbraio 2013).

7.3.- In effetti, la sentenza del T.A.R. della quale è stata chiesta l'esecuzione (poi confermata dal Consiglio di Stato), pur avendo

respinto le censure che erano state sollevate nei confronti del D.P.R. del 7 giugno 2006, con il quale era stato deciso il ricorso straordinario, consolidandone quindi in sostanza gli effetti, non conteneva (e non poteva contenere) un dispositivo di carattere conformativo della successiva azione amministrativa.

8.- La sentenza appellata deve essere poi confermata anche nella parte in cui ha ritenuto che l'azione di ottemperanza non sarebbe stata ammissibile neppure se fosse stata intesa come riferita all'esecuzione del D.P.R. del 7 giugno 2006 con il quale era stato deciso il ricorso straordinario proposto dal dr. Conte.

Correttamente, infatti, il giudice di primo grado ha evidenziato che, nella fattispecie, il ricorso straordinario era stato deciso, con deliberazione del Consiglio dei Ministri che disattendeva il parere contrario (n. 2705/02) espresso dalla Sezione III consultiva del Consiglio di Stato il 15 ottobre 2002, prima della riforma operata sulla disciplina del ricorso straordinario con la legge n. 69 del 18 giugno 2009 (che ha modificato l'art. 13 della legge n. 1199 del 1971) e prima anche delle disposizioni innovative dettate dall'art. 112 del c.p.a.

8.1.- Prima di tali rilevanti innovazioni normative, infatti, la giurisprudenza (ampiamente prevalente) aveva affermato che le decisioni sul ricorso straordinario, per la loro natura di atti sostanzialmente amministrativi (sebbene a contenuto decisorio), non potessero essere eseguite con il rimedio del giudizio di ottemperanza (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4108 del 3 settembre 2008; Sez. V, n. 4937 del 14 agosto 2009; Sez. VI, n. 4156 del 27 luglio 2007).

In particolare, tale conclusione, secondo quanto affermato dalla Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 15978 del 2001 (di

annullamento della decisione della Sez. IV del Consiglio di Stato, n. 6695 del 15 dicembre 2000), si fondava sulle seguenti considerazioni:

a) che il procedimento promosso con il ricorso straordinario aveva per protagonista un'Autorità amministrativa che non era neppure vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato, potendo anche risolvere la controversia secondo criteri diversi da quelli risultanti dalla pura e semplice applicazione delle norme di diritto, così venendo a mancare i requisiti indefettibili dei procedimenti giurisdizionali;

b) che il meccanismo dell'alternatività, regolante il rapporto fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale, non comportava comunque la natura giurisdizionale del primo rimedio, essendo la portata del principio di alternatività notevolmente attenuata dalla preferenza espressa dal legislatore per il rimedio giurisdizionale, con la previsione che i controinteressati possano far venire meno la procedibilità del ricorso straordinario notificando al ricorrente e all'Autorità che ha emanato l'atto impugnato la richiesta di trasporlo in sede giurisdizionale (art. 10, comma 1 del D.P.R. n. 1199 del 1971);

c) che non era significativa la previsione della revocabilità del decreto (art. 15 del citato D.P.R. n. 1199), poiché la revocazione è ammessa anche per i ricorsi amministrativi ordinari.

8.2.- Solo dopo i richiamati interventi normativi – e nel contesto del quadro risultante - la giurisprudenza ha invece ritenuto che possono formare oggetto di giudizio di ottemperanza anche i decreti con i quali sono decisi i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica.

La Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 2065 del 28 gennaio 2011, nel modificare il proprio orientamento, ha in

proposito osservato che la materia è stata oggetto di vari interventi del legislatore che hanno inciso in modo profondo sulle principali considerazioni che erano state poste a fondamento delle precedenti decisioni.

In particolare le modifiche apportate dall'art. 69 della legge n. 69 del 2009 alla disciplina del ricorso straordinario, sono state tali, secondo la Suprema Corte, da eliminare alcune delle determinanti differenze del procedimento per il ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, in particolare in ordine alla qualificazione e ai poteri dell'organo decidente. Secondo la Corte, inoltre, l'eliminazione *«del potere della P.A. di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato conferma che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio...vincolante»* che *«se non trasforma il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in ragione, essenzialmente, della natura dell'organo emittente e della forma dell'atto), lo assimila a questo nei contenuti, e tale assimilazione si riflette sull'individuazione degli strumenti di tutela, sotto il profilo della effettività»*.

Ciò, aggiunge la Suprema Corte, trova conferma nella nuova disciplina del giudizio d'ottemperanza prevista dall'art. 112 del nuovo codice del processo amministrativo.

In tale sistema la decisione su ricorso straordinario al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, *«si colloca nella ipotesi prevista alla lett. b) dell'art. 112, comma 2»* del c.p.a. *«e il ricorso per l'ottemperanza si propone, ai sensi dell'art. 113 comma 1 dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica "il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta"»*.

8.3.- Anche il Consiglio di Stato, con la decisione dell'Adunanza Plenaria n.18 del 5 giugno 2012 ha affermato che, per effetto di

quanto disposto dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69 e dall'art. 112 del d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104, i decreti con i quali il Capo dello Stato o il Presidente della Regione siciliana decidono i ricorsi straordinari, pur non essendo formalmente giurisdizionali, possono formare oggetto di giudizio di ottemperanza ed ha aggiunto che il ricorso si propone, ai sensi dell'art. 113 comma 1 del c.p.a., dinanzi allo stesso Consiglio di Stato.

Con la successiva Adunanza Plenaria n. 9 del 6 maggio 2013 il Consiglio di Stato ha ribadito che il decreto del Capo dello Stato che definisce la procedura innescata dalla proposizione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia avente (ora) natura sostanzialmente giurisdizionale, con la conseguenza che è ammissibile il ricorso per ottemperanza, al fine di assicurarne l'esecuzione, dinanzi al Consiglio di Stato in unico grado alla stregua del combinato disposto dell'art. 112 comma 2 lett. b) e 113 comma 1 del c.p.a.

9.- Sulla base di quanto esposto, si devono condividere anche sul punto le conclusioni alle quali è giunto il T.A.R. per la Campania con l'appellata sentenza.

Infatti, la decisione sul ricorso straordinario era intervenuta prima della giurisdizionalizzazione delle decisioni sul rimedio straordinario, che, come si è ricordato, è stata operata con le su richiamate disposizioni normative, quando l'Amministrazione - come in effetti è accaduto nella fattispecie - poteva anche (motivatamente) disattendere il parere reso sulla questione dal Consiglio di Stato.

9.1.- Il ricorso, se volto ad ottenere l'esecuzione del citato D.P.R. del 7 giugno 2006, risultava inoltre proposto davanti ad un giudice

amministrativo comunque incompetente, come pure rilevato dal giudice di primo grado.

10.- Né si può sostenere che le conclusioni raggiunte possono determinare una irragionevole limitazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Infatti, nel caso di mancata esecuzione di una decisione favorevole di un ricorso straordinario, come era stato affermato dalla giurisprudenza formatasi prima delle innovazioni intervenute sul ricorso straordinario (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2632 del 5 giugno 2008), l'interessato aveva comunque la possibilità di mettere in mora l'Amministrazione ed agire in giudizio avverso un eventuale provvedimento ritenuto non soddisfacente o nei confronti dell'eventuale comportamento inerte della Amministrazione, con il possibile esercizio dell'ottemperanza sul giudicato così formatosi, e fatta salva l'esperibilità dell'azione risarcitoria.

11.- Peraltro, nella fattispecie, il dr. Conte (che nel 2003 si era visto dichiarare inammissibile, per non aver provveduto tempestivamente all'integrazione del contraddittorio, il ricorso da lui proposto davanti al T.A.R. per la Campania avverso gli atti della seconda procedura concorsuale), non ha nemmeno impugnato, come avrebbe potuto, la nota con la quale l'Azienda Ospedaliera, ha ritenuto, il 29 settembre 2006, che nel citato decreto non vi era «alcun comando ... di provvedere all'assunzione», con il conseguente rigetto della sua richiesta di esecuzione del D.P.R. del 7 giugno 2006. Né il dr. Conte ha impugnato, come pure avrebbe potuto, il silenzio serbato dall'Amministrazione sulla successiva diffida indirizzata all'Azienda il 30 aprile 2008.

11.1.- Resta fermo che l'interessato, qualora ritenesse di dover (ancora) agire a tutela dei suoi interessi, ha sempre a sua disposizione tutti gli altri mezzi previsti dall'ordinamento, pacificamente ritenuti esperibili nella ultrasecolare storia del ricorso straordinario: quali l'impugnazione di atti e provvedimenti che abbiano per presupposto quelli annullati dal d.P.R. decisorio, o, se del caso, il ricorso contro il silenzio-rifiuto ovvero contro il rigetto delle istanze rivolte all'amministrazione.

12.- Per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto.

Si ritiene di poter comunque disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone la compensazione fra le parti delle spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)