

## **Mancata assunzione del pubblico dipendente non sussiste il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro ma solo un diritto al risarcimento**

### **REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

**N.5413/08  
Reg.Dec.  
N. 671 Reg.Ric.  
ANNO 2007**

#### **DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 671/2007 proposto da MAZZOTTA Salvatore, rappresentato e difeso dall' avv.to Franco Carrozzo, con domicilio eletto in Roma, viale G. Cesare, n. 95, presso l' avv.to E. Bruno,

contro

il Ministero della Pubblica istruzione ed il Dirigente dell' Ufficio Scolastico provinciale di Lecce, costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio per legge presso la sede della stessa in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Staccata di Lecce, Sez. II<sup>a</sup>, n. 5761/05 del 06.12.2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero intimato;

Vista la memoria prodotta dalla parte istante a sostegno della propria difesa;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 08.07.2008 il Consigliere Polito Bruno Rosario;

Uditi per le parti l' avv.to Spata per delega dell' avv.to Carrozzo e l'Avvocato dello Stato Giannuzzi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### **FATTO e DIRITTO**

1). Con sentenza del T.A.R. di Lecce n. 33/1987 era riconosciuto il diritto del prof. Salvatore MAZZOTTA, già supplente annuale per la cattedra "*arte della formatura e forgiatura della ceramica*" presso l' Istituto d'arte di Lecce nell' anno scolastico 1983/1984 ed inserito al primo posto nella graduatoria provinciale, al conseguimento di detto incarico anche per gli anni scolastici 1984/1985, 1985/1986, 1986/1987.

In esecuzione di detta sentenza il Provveditore agli studi di Lecce provvedeva con atto del 07.05.1987 alla nomina del prof. MAZZOTTA a supplente annuale per i predetti anni scolastici ai soli effetti giuridici , fissando invece la decorrenza economica alla data di assunzione in servizio.

Avverso detta determinazione, nella parte limitativa della decorrenza della ricostruzione della posizione economica, il prof. MAZZOTTA proponeva ricorso avanti al T.A.R. per la Puglia, Sezione Staccata di Lecce, notificato il 02.08.1987 deducendo motivi di violazione degli effetti ripristinatori del giudicato e delle regole sulla "*restituito in integrum*".

Il T.A.R. adito respingeva il ricorso sui rilievi:

- che, alla luce dell' indirizzo segnato dall' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 12.12.1991, la "*restituito in integrum*" spetta solo nel caso di illegittima interruzione di un rapporto di lavoro già in atto e non quando si aspiri alla costituzione del rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione;

- che la domanda risarcitoria, formulata con memoria notificata all' Amministrazione il 22.04.2005, incorre in inammissibilità per difetto di giurisdizione, trattandosi di questione relativa ad un periodo del rapporto di lavoro svoltosi anteriormente al 30.06.1998, per il quale la regola di riparto di giurisdizione dettata dall' art. 69, comma settimo, del d.lgs. n.

165/2001 a seguito della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego con devoluzione all' a.g.o. in funzione di giudice del lavoro delle relative controversie, impone la formulazione della domanda avanti al giudice amministrativo entro il 15.09.2000 (c.d. gestione stralcio del contenzioso pregresso).

Avverso detta decisione il prof MAZZOTTA ha proposto atto di appello insistendo per un' interpretazione evolutiva dell' istituto della "*restituito in integrum*" alla luce della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego a partire dal d.lgs. n. 29/1993 e dell' esigenza di assicurare tutela non discriminatoria a seconda che il giudizio verta avanti all' a.g.o., che riconosce pieni effetti ripristinatori in caso di illegittima preclusione dell' assunzione, ovvero avanti al giudice amministrativo.

Ha poi censurato il diniego di giurisdizione in ordine alla domanda risarcitoria che, diversamente da quanto statuito dal T.A.R., va ricondotta al contenuto sostanziale del ricorso introduttivo del giudizio, teso all' integrale ripristino della situazione patrimoniale lesa dal mancato conferimento delle supplenze annuali, ed ha concluso per la condanna dell' Amministrazione al pagamento delle somme dovute con maggiorazione per interessi e rivalutazione monetaria, oltre alla regolarizzazione della posizione previdenziale ed assistenziale anche ai fini dell' indennità di fine rapporto.

L' Amministrazione intimata si è costituita in resistenza.

All' udienza dell' 8 luglio 2008 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2). L' appellante fondatamente contesta la statuizione del T.A.R. che ha dichiarato il difetto di giurisdizione sulla domanda risarcitoria per il mancato conferimento delle supplenze annuali anche per gli anni scolastici 1984/1985, 1985/1986, 1986/1987 - oggetto di declaratoria di illegittimità da parte del giudice territoriale con sentenze n. 415/1985 e n. 33/1987, con riconoscimento del diritto alla nomina sulla cattedra rivendicata - sul rilievo che la domanda, relativa ad un rapporto di lavoro svoltosi anteriormente al 30.06.1998, è stata proposta con memoria notificata oltre il termine del 15.09.2000, fino al quale l' art. 69, comma settimo, del d.lgs. n. 165/2001 mantiene ferma la giurisdizione del T.A.R. sul rapporto di lavoro privatizzato.

Con il ricorso introduttivo avanti al T.A.R. il prof. MAZZOTTA, nel censurare il decreto del Provveditore agli studi di Lecce del 07.05.1987, con il quale era stato disposto ai soli effetti giuridici la nomina a supplente annuale per gli anni scolastici in precedenza indicati, aveva sviluppato un articolato ordine argomentativo che - sottoponendo a critica l' indirizzo giurisprudenziale che nel settore del pubblico impiego nei casi di annullamento di atti impeditivi dell' assunzione limita la "*restitutio in integrum*" al solo ripristino della posizione di "*status*" - era altresì indirizzato ad individuare, con richiamo anche a disposizioni civilistiche, evidenti profili di responsabilità della Pubblica Amministrazione che, con l' adozione di atti riconosciuti illegittimi, aveva impedito la regolare costituzione del rapporto di lavoro in danno della parte più debole.

Nell' epigrafe del ricorso e nelle conclusioni era, inoltre, chiaramente formulata la domanda tesa al ristoro del "*vulnus*" sofferto nella sfera economica con l' erogazione delle retribuzioni che sarebbero spettate quale supplente annuale ove gli incarichi fossero stati a suo tempo regolarmente conferiti.

Così ricostruito l' oggetto della domanda inizialmente formulata avanti al T.A.R. ben poteva l' istante precisarne in sede di note conclusive contorni e contenuto, con richiamo all' obbligo della P.A. di risarcimento del danno derivante da provvedimenti di cui sia stata dichiarata l' illegittimità in sede giurisdizionale.

Diversamente da quanto ritenuto dal T.A.R. - con un approccio strettamente formale nell' individuare il contenuto del ricorso, in contrasto con il risalente indirizzo della giurisprudenza amministrativa che valorizza il suo contenuto sostanziale rispetto alle proposizioni meramente formali (cfr. Cons. St., Sez. IV<sup>a</sup>, n. 465 del 09.06.1981; n. 976 del 09.11.1979) - non si versava a fronte di una domanda nuova formulata per la prima volta nella memoria

notificata il 22.04.2005, ma in una specificazione di quella originaria alla luce della successiva evoluzione normativa e giurisprudenziale.

2.1). Passando all' esame nel merito non può accedersi alla tesi del ricorrente volta alla reintegrazione della posizione economica con carattere di automatismo e con effetto "ex tunc" al pari di quanto già disposto dalla stessa Amministrazione in ordine alla posizione giuridica.

Ed invero, come posto in rilievo nella decisione dell' Adunanza Plenaria n. 10/1991, per il periodo in cui il rapporto di pubblico impiego non è venuto ad esistenza possono essersi verificate una serie di evenienze, fra queste in primo luogo la possibilità di svolgere una diversa attività lavorativa in assenza di vincolo di prestazione in favore della P.A., di cui necessariamente deve tenersi conto ai fini della quantificazione del danno emergente per mancata assunzione, che va individuato caso per caso e non sulla sola base del solo ragguaglio della retribuzione contrattuale al periodo in cui la prestazione lavorativa non ha avuto luogo.

2.2). Sussistono invece i presupposti perché la domanda possa avere ingresso in termini risarcitori.

Si qualifica, invero, come colposa la condotta dell' Amministrazione che, come riconosciuto dal T.A.R. nella sentenza n. 451/1985, ha conferito l' incarico di supplenza annuale in luogo dell' appellante a docente privo dei requisiti chiaramente indicati nell' ordinanza ministeriale, senza che, quindi, possa invocarsi un errore scusabile per incertezze di interpretazione o oscillazioni della giurisprudenza nella materia.

Il danno, la cui ingiustizia trova riscontro nelle decisioni del T.A.R. di annullamento degli atti ostativi all' assunzione, si pone in diretto rapporto di causalità con l' indebita gestione delle graduatorie per il conferimento degli incarichi e supplenze in pregiudizio dell' istante - collocato al primo posto ed in possesso dei titoli per l'accesso alla cattedra di "arte della formatura e forgiatura della ceramica" - e si identifica nella perdita economica derivante dall' omessa costituzione del rapporto di lavoro.

In sede di quantificazione per equivalente del danno nel caso di omessa o ritardata assunzione esso non si identifica in astratto nella mancata erogazione della retribuzione e della contribuzione, elementi che rilevano sotto il profilo della responsabilità contrattuale. In contrario occorre caso per caso indicare e dimostrare l' entità dei pregiudizi di tipo patrimoniale e non patrimoniale che trovino causa nella condotta del datore di lavoro che si qualifica come illecita (cfr. sul principio Corte di Cassazione, SS.UU., n. 62282 del 14.12.2007; n. 1324 del 21.12.2000).

In casi analoghi la giurisprudenza amministrativa ha posto in rilievo che l' interessato, per il periodo di mancata assunzione, non ha dovuto impegnare le proprie energie lavorative nell' esclusivo interesse dell' Amministrazione, ma ha potuto rivolgerle alla cura d'ogni altro interesse, sia sul piano lavorativo, che del perfezionamento culturale e professionale anche in relazione alla particolare tipologia di impiego cui si aspira (cfr. Cons. St., Sez. VI<sup>a</sup>, n. 5174 del 02.10.2002; Cons. Giust. Sic., n. 361 del 20.04.2007).

In applicazione del combinato disposto degli artt. 2056, I e II comma, e 1226 cod. civ. il danno sofferto va pertanto determinato in una somma pari al 50% delle retribuzioni previste per le supplenze annuali relative agli anni scolastici 1984/1985, 1985/1986, 1986/1987 non conferite al prof. MAZZOTTA, con esclusione di ogni eventuale periodo di attività lavorativa reso per altro incarico o supplenza assegnato dall' Amministrazione scolastica. Al riconoscimento delle spettanze retributive si collega l' obbligo di regolarizzazione della posizione contributiva e previdenziale. Sulle somme dovute spettano la rivalutazione monetaria e gli interessi al tasso legale, questi ultimi nella misura eccedente il danno da svalutazione, da calcolarsi a partire dal momento di maturazione dei singoli ratei di retribuzione e fino all' effettivo soddisfo.

L' appello va, quindi, accolto in parte.

In riforma della sentenza impugnata il Ministero convenuto va condannato al pagamento in favore del prof. MAZZOTTA delle somme da liquidarsi secondo i criteri indicati in motivazione, con obbligo di regolarizzazione della connessa posizione contributiva e previdenziale.

Le spese del giudizio, in relazione ai particolari profili della controversia, devono compensarsi per entrambi i gradi del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie in parte l' appello e per l' effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, condanna il Ministero convenuto al pagamento delle somme da liquidarsi secondo i criteri indicati in motivazione, con obbligo di regolarizzazione della connessa posizione contributiva e previdenziale del ricorrente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI<sup>A</sup> - nella Camera di Consiglio dell' 8.07.2008, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Domenico Cafini	Consigliere
Francesco Garofoli	Consigliere
Bruno Rosario Polito	Consigliere est.
Francesco Bellomo	Consigliere

**Presidente**

**GIUSEPPE BARBAGALLO**

**Consigliere**

**BRUNO ROSARIO POLITO**

**p. Segretario**

**MARIA RITA OLIVA**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2008

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria