

Consiglio di Stato sez. IV 22/1/2013 n. 369

(Omissis)

FATTO

1.- Con ricorso al TAR del Lazio il sig. A.J. esponeva di aver partecipato al concorso per titoli ed esami, indetto con decreto ministeriale pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24.5.2004, per il reclutamento di ventiquattro sottotenenti in servizio permanente del Ruolo speciale del Corpo di Amministrazione e di Commissariato dell'Esercito. L'esponente si classificava al settimo posto della graduatoria (approvata in data 31.12.2004) e tuttavia, a seguito della riduzione dei posti messi a concorso per ragioni di contenimento della spesa pubblica, la precedente Amministrazione disponeva l'assunzione dei soli due primi classificati fra i concorrenti non già in servizio permanente. Successivamente (con decreto 10.6.2005), assunta l'esigenza di ricoprire un fabbisogno di venti unità di personale della posizione anzidetta, l'Amministrazione della Difesa procedeva all'indizione di una nuova selezione concorsuale, analoga alla precedente, al termine della quale il sig. Jeni si collocava nuovamente in posizione utile e veniva dichiarato vincitore.

Il sig. Ieni, tuttavia, col predetto ricorso al TAR, contestava l'indizione del nuovo concorso, ritenendo illegittimo in ragione della possibilità di utilizzare la graduatoria risultante dal precedente ed analogo concorso espletato, ma il Tribunale adito respingeva il gravame (sez. I-bis, sent. n.443/2010).

2.- La decisione era impugnata dall'interessato con appello proposto a questo Consiglio, il quale accoglieva il gravame (sent. sez.IV, n. 4138/2011), annullando, nei confronti del ricorrente, la sentenza del TAR ed il decreto del Direttore Generale del Personale Militare del Ministero, in data 10 giugno 2005, recante la indizione del nuovo concorso. La Sezione supportava la pronuncia rilevando il difetto di motivazione del ricorso all'ulteriore procedura di reclutamento senza attingere dalla graduatoria degli idonei, che al momento della indizione del secondo concorso, era ancora in corso di validità.

3.- Il Ministero, preso atto della sentenza, ha disposto (D.M. 14.3.2012) l'integrazione in punto motivazione del bando concorsuale annullato e la sua conferma, unitamente alla nomina ad ufficiale in SPE conseguita dallo Ieni, mediante il decreto in data 18.4.2006 e pertanto con decorrenza dell'anzianità dal 22.12.2005.

4.- Col ricorso pervenuto oggi in decisione, il sig. Ieni ha infine adito questo Consiglio in sede di ottemperanza, chiedendo la declaratoria di nullità o l'annullamento del cennato decreto. A sostegno del ricorso l'istante ha lamentato la violazione o l'elusione da parte del Ministero della cennata sentenza n.4138/2011. Le censure sviluppate a supporto del ricorso sono specificate nella sede della loro trattazione.

5.- Nel giudizio si è costituita l'amministrazione intimata, la quale, con successiva memoria, ha in sintesi opposto la correttezza dell'operato del Ministero, nei termini in cui, in esercizio della discrezionalità ad esso riservata, ha sopperito al riscontrato difetto di motivazione.

Anche parte appellante ha replicato e alla camera di consiglio del 2 ottobre 2012, è stata trattenuta in decisione.

6.- Il Collegio, a tale fine, ha rilevato l'emergere di una questione preliminare sulla natura del decreto di esecuzione rispetto al giudicato ed in particolare se il medesimo rivesta o meno carattere elusivo del "dictum" giurisdizionale e se conseguentemente ne sia ammessa o meno la cognizione nel contesto del presente giudizio di ottemperanza, con le differenti e rispettive conseguenze da trarsi sotto il profilo processuale. La Sezione ha inoltre osservato che tale problematica, emersa successivamente al passaggio in decisione del ricorso, non ha costituito oggetto di alcun

contraddittorio tra le parti, sicchè, ai sensi dell'art. 73, comma terzo, del cpa, se ne è riservata la trattazione, assegnando alle parti il termine di trenta giorni per il deposito di memorie in merito.

Alla camera di consiglio del 21.12.2012, fissata per la trattazione, il ricorso è stato definitivamente posto in decisione.

DIRITTO

1.- Come precisato in fatto, la questione centrale, oggetto del giudizio in esame, verte sulla natura da riconoscersi al Decreto in data 14.3.2012 con il quale il Ministro della difesa ha ritenuto di ottemperare in maniera conforme alla sentenza n. 4138/2011 di questa Sezione (passata in giudicato) recante l'annullamento della procedura concorsuale per immotivato mancato ricorso alla graduatoria di analogo precedente concorso. La questione, che investe la problematica dei limiti della discrezionalità amministrativa nell'attuazione di un giudicato di annullamento per difetto di motivazione, verte sullo stabilire se il cennato provvedimento costituisca, come sostiene il ricorrente, una elusione del cennato "dictum" giurisdizionale, postulando l'avvio dell'iter attuativo auspicato dall'istante, o al contrario un atto che, avendo emendato il rilevato difetto di motivazione, poteva essere avverso unicamente con nuovo ricorso di primo grado e quindi non discutibile in sede di giudizio di ottemperanza.

2.- La tesi articolata dal ricorso argomenta che il decreto integrativo recherebbe una motivazione generica sulle esigenze del servizio, non tenendo in sostanza conto dei principi enunciati dalla sentenza, la quale aveva tra l'altro sottolineato che il personale reclutato col secondo concorso era già stato positivamente vagliato, e poteva pertanto essere assunto in forza della precedente procedura e con la decorrenza da essa prevista.

2.1.- Tale orientamento è contrastato dalle argomentazioni del Ministero, che possono essere sintetizzate come segue:

- l'Amministrazione, con il citato decreto, ha inteso ed attuato la sentenza nel limite del suo effetto, costituito dall'annullamento per difetto di motivazione, ed ha conseguentemente reiterato il provvedimento previo emendamento della riscontrata carenza motivazionale;

- il riferirsi della sentenza alla utilità nel pubblico interesse che si sarebbe ricavata dall'utilizzo della precedente graduatoria, pur avendo indotto il giudice d'appello a ritenere illogico e contrastante col pubblico interesse il comportamento del Ministero, costituisce un mero "obiter dictum";

- in ogni caso il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione nel ponderare il merito della scelta alternativa, essendo ad essa riservata in via esclusiva la scelta discrezionale se assicurare o meno la realizzazione del pubblico interesse mediante l'indizione di un nuovo concorso;

- pertanto la corretta esecuzione della sentenza deve ritenersi effettuata dalla motivazione emendante il provvedimento, resa dal decreto 14.3.2005, senza che il giudice possa ulteriormente procedere a verifiche della sua congruità.

3.- Le considerazioni svolte dalla difesa ministeriale non sono condivisibili, atteso che il Collegio ritiene fondato ricorso in esame, ravvisando la natura elusiva del provvedimento per le ragioni che seguono.

Ritiene anzitutto il Collegio di formulare alcune osservazioni di carattere generale muovendo dalla giurisprudenza formatasi sul c.d. "effetto conformativo" del giudicato, che come è noto esplica effetti anche con riferimento ai giudicati di annullamento dei provvedimenti amministrativi per difetto di motivazione (v. fra le altre, Cons. di Stato sez. IV, n.2568/2008). Anche in tali fattispecie l'esame dell'atto esecutivo deve quindi avvenire alla stregua delle ragioni giuridiche, e relative indicazioni, per le quali l'atto è stato ritenuto carente di motivazione, sicchè, per logica conseguenza, il difetto di motivazione non può essere semplicemente integrato dal formale inserimento nell'atto originario della motivazione quale elemento originariamente assente, ma deve essere ovviato fornendo motivazioni riconducibili alle indicazioni sostanziali fornite dalla sentenza. Al riguardo la giurisprudenza ha da tempo precisato che in via generale " il potere discrezionale che

residua (o può residuare) all'amministrazione in seguito a un annullamento giurisdizionale è fortemente condizionato dalla 'motivazione' della sentenza, vincolata a sua volta dalle censure in concreto formulate dal ricorrente: di conseguenza, la clausola della salvezza delle 'ulteriori attività procedurali' - contenuta in sentenza - non restituisce all'Amministrazione una 'facoltà di scelta' incondizionata, ma un potere-dovere di adottare un provvedimento di cura dell'interesse pubblico, che non contrasti o eluda la sentenza in discussione (C.G.A., 28/12/2006, n. 883) “ (Cons. di Stato, sez. IV, n.2568/2008). Ne deriva che i principi emergenti dalla decisione non possono essere valutati come semplici “obiter dicta”, poiché la loro funzione è quella di contribuire complessivamente alla concreta individuazione della regola giuridica assunta dalla decisione da eseguire.

Dunque l'effetto conformativo, ove il “dictum” non si limiti a sancire il dovere di motivazione formale (ex art. 3 legge n. 241/1990) ma, come sviluppo delle censure accolte, lo ponga in relazione con le posizioni soggettive azionate dal ricorrente, determina che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione assume certamente maggiore intensità, nel senso che deve essere assolto permanendo all'interno della prospettiva giuridica sostanziale tracciata dalla decisione, al di fuori della quale l'atto di esecuzione risulta elusivo.

Se dunque quella sopra delineata rappresenta la peculiare estensione che contraddistingue l'oggetto del giudizio di ottemperanza rispetto a quello di mera esecuzione del giudicato, occorre ora calare questi principi all'interno della fattispecie in esame, la quale è connotata dal concorso dei seguenti elementi:

- una posizione azionata dal ricorrente che, in quanto idoneo classificatosi in graduatoria entro il numero dei posti messi a concorso, aveva pieno titolo ad essere nominato vincitore, non è valutabile alla stessa stregua di quella del semplice idoneo, rispetto al quale l'amministrazione, al fine di coprire i posti vacanti, ha invece una discrezionalità piena (cfr. per il principio, Csi. 23 luglio 2001 n. 380); al riguardo è infatti evidente, in base alla “causa petendi”, che la pretesa non si limitava ad ottenere il supporto della motivazione mancante ma tendeva a verificare la sussistenza di motivazioni idonee a sacrificare la posizione conseguita;
- il permanere della predetta aspettativa alla nomina, basato sulla validità “ex lege” della graduatoria precedente al momento dell'indizione del nuovo concorso;
- a fronte di ciò, il potere-dovere dell'amministrazione di procedere alla nomina dei vincitori nei posti messi a concorso (che il legislatore ha ritenuto di precludere transitoriamente con il c.d “blocco delle assunzioni”, poi venuto meno);
- la carenza di motivazioni, rispetto alla esistenza della precedente selezione, da parte del decreto di indizione della nuova ed identica procedura.

Tutto ciò premesso, va rilevato che la sentenza n. 4138/2011, della cui ottemperanza si controverte, ha accolto la censura di difetto di motivazione (sostenuta in particolare, a fronte del venir meno del blocco delle assunzioni), a cui sostegno l'appellante rilevava che l'identità dei titoli di studio richiesti e delle prove da espletare rendeva la “scelta dell'amministrazione arbitraria e non rispondente ad alcun interesse pubblico”; dalla decisione, che ha fatto riferimento all'esistenza di personale qualificato e già positivamente vagliato, emerge con sufficiente chiarezza che giudice d'appello ha individuato a carico dell'Amministrazione un particolare e rafforzato onere di motivare sulle ragioni per le quali, pur disponendo di personale vincitore del precedente concorso, avesse valutato di procedere ad una nuova selezione per le medesima funzione. Alla stregua di tali rilievi occorre quindi esaminare la motivazione adottata dal decreto 14.3.2012, articolata nell'art.1 del suo dispositivo e che si fonda su un duplice ordine di considerazioni:

- in primo luogo il Ministero ribadisce la peculiarità delle esigenze operative di un ordinamento retto da normativa speciale e che postula “l'accertamento attuale dei requisiti di efficienza e di idoneità psicofisica ed attitudinale nonché il rispetto dei limiti di età”;

- con specifico riferimento al tema controverso, l'Amministrazione motiva poi il mancato ricorso alle graduatorie del precedente concorso qualificando l'utilizzabilità della precedente graduatoria eccezionale e derogatorio delle normali procedure, e del quale essa "non intende avvalersene per non compromettere la corretta ed armonica dinamica dei ruoli".

Entrambe le motivazioni sono da ritenere elusive, recando argomenti che in realtà supportano la necessità di procedere a nuova ed identica selezione concorsuale con argomenti inidonei a scalfire la posizione azionata, che si fonda sulla sostenuta necessità di utilizzare la graduatoria precedente.

Ed invero, muovendo dal primo aspetto, l'accertamento dei requisiti di efficienza e di idoneità psicofisica ed attitudinale nonché del rispetto dei limiti di età era già stato effettuato in esito alla procedura della quale domandava l'utilizzo il ricorrente, al quale del resto nessuna carenza di detti requisiti è stata mai contestata; in realtà proprio dalla identità della posizione conseguita dallo Ieni in esito al primo concorso e impediva un logico e legittimo superamento della graduatoria precedente. Senza considerare che il mancato utilizzo della graduatoria non è qui supportato da alcun profilo di interesse pubblico.

Quanto alla motivazione che indica la necessità di non compromettere la "corretta ed armonica dinamica dei ruoli", si tratta di argomento che sottende la speculare quanto indimostrata valutazione che tale compromissione sarebbe invece derivata dal ricorso alla precedente graduatoria, nonostante (come già sottolineato) essa fosse stata indetta per i medesimi posti e doveva presumersi, sino a prova contraria, essere altrettanto posta a servizio della corretta ed armonica dinamica dei ruoli. Sotto tale aspetto, inoltre, la motivazione afferisce a profili di interesse pubblico solo sotto il profilo tematico, non conducendo in alcun modo ad escludere nemmeno sotto tale aspetto l'utilizzabilità della graduatoria precedente.

Si tratta in definitiva di motivazioni che del tutto obliterando la prospettiva giuridica sostanziale tracciata dalla decisione, non forniscono alcuna valida ragione del mancato ricorso alla precedente ed ancor valida graduatoria, eludendo pertanto le esigenze affermate dal "dictum" giurisprudenziale.

L'indicazione delle esaminate motivazioni fa dunque emergere con evidenza l'insussistenza di motivi per non far ricorso alla graduatoria della precedente selezione, che quindi risulta illegittimamente non utilizzata.

Pertanto, ai sensi dell'art. 21 septies della legge n. 241/1990 (come modificato dalla legge n.15/2005), il decreto 14.3.2005 deve essere dichiarato nullo sia con riferimento alle motivazioni indicate che, in via consequenziale, con riguardo alla decorrenza dell'inquadramento del ricorrente, confermata nel 22.12.2005.

La presente decisione comporta la conferma dell'annullamento del bando di concorso indetto seppur "in parte qua", vale a dire soggettivamente limitata, come già in fatto specificato, alla posizione azionata nel processo dal sig. Ieni.

3.- Alcune precisazioni debbono emettersi in ordine alle modalità specifiche con cui procedere all'ottemperanza, che spetta in primo luogo al Ministero della difesa, nel termine assegnato dalla presente decisione. In ordine al contenuto del provvedimento, resta anzitutto esclusa la sussistenza del potere di emettere una nuova motivazione sul mancato utilizzo della graduatoria. Quest'ultimo, nei confronti del ricorrente, deve essere assicurato mediante effettiva costituzione del rapporto mediante nomina con la decorrenza ai fini giuridici dalla data prevista in esito alla prima selezione (d.m.10.4.2004) ed individuata nel 31.12.2004 (come per i concorrenti in quella sede dichiarati vincitori) dal d.p.r 30.5.2005.

3.1- Infine, per il caso di inottemperanza del Ministero oltre il termine assegnato, si provvede alla nomina di un commissario "ad acta", per il compimento dell'attività regolata come in motivazione.

4.- Le spese del giudizio seguono il principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto:

1.- dichiara nullo il d.m.14.3.2012;

2.- ordina al Ministero della difesa di ottemperare alla sentenza n. 4138/2011 di questa Sezione, entro trenta giorni dalla notificazione della presente sentenza, mediante nomina del ricorrente ad ufficiale in SPE del ruolo speciale del corpo di amministrazione, con decorrenza 31.12.2004, nei termini di cui in motivazione;

3.- nomina commissario "ad acta", per il caso di inottemperanza del Ministero oltre il termine assegnato, il dirigente dell'UCB del Ministero della difesa, fissandone il compenso in Euro 500.-;

4.-Condanna il Ministero della difesa al pagamento , in favore del ricorrente, delle spese della presente giudizio, che liquida complessivamente in Euro 1.500 (millecinquecento), oltre accessori, nonché delle spese per l'eventuale intervento commissariale.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 dicembre 2012 , dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con l'intervento dei signori:

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