

Publicato il 16/04/2024

N. 03472/2024REG.PROV.COLL.
N. 02407/2020 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2407 del 2020, proposto dai signori
(omissis),

,
rappresentati e difesi dall'avvocato
Oreste Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Arno, n. 6;

contro

Provincia di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Gregorio Barba, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in
Cosenza, viale F. e G. Falcone n. 45;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sezione
seconda, n. 00086/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Cosenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 10 aprile 2024 il Cons. Carmelina Adesso e udito, in collegamento da remoto, per gli appellanti l'avv. Morcavallo Achille, in sostituzione dell'avv. Morcavallo Oreste;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Gli appellanti, dipendenti della Provincia di Cosenza, chiedono la riforma della sentenza in epigrafe indicata che ha dichiarato irricevibile per tardività il ricorso proposto per la condanna della Provincia allo scorrimento delle graduatorie ancora efficaci e al conseguente inquadramento dei ricorrenti nelle relative categorie professionali.

1.1 Il giudice di primo grado dichiarava irricevibile il ricorso, proposto in riassunzione a seguito della declaratoria di difetto di giurisdizione pronunciata dal Tribunale di Cosenza, sezione lavoro, con la sentenza n. 1431 del 21.07.2017, rilevando che l'azione dei ricorrenti- che investe le modalità di esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione, come cristallizzato negli scorrimenti delle graduatorie cat. C1 e cat. D1, avvenuti, rispettivamente, con distinte determinazioni n. 4852 del 29.12.2010 e nn. 4446, 4447, 4449 del 30.12.2011- è stata proposta innanzi al Tribunale di Cosenza nel maggio 2014, oltre il termine decadenziale stabilito dagli artt. 29 e 41 c.p.a.

2. Con l'appello in trattazione gli originari ricorrenti lamentano l'erroneità della declaratoria di irricevibilità del ricorso da parte del giudice di primo grado e ripropongono le censure di merito non esaminate dal TAR.

3. Si è costituita in giudizio la Provincia di Cosenza che ha eccepito l'infondatezza delle avverse difese, chiedendone la reiezione.

4. All'udienza di smaltimento del 10 aprile 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. L'appello è affidato alle seguenti censure: a) la sentenza è contraddittoria perché, dopo aver dichiarato l'inutilizzabilità della memoria di costituzione della Provincia di Cosenza, in quanto depositata oltre il termine perentorio di cui all'art. 73 c.p.a., ha aderito all'eccezione di tardività dell'impugnativa formulata nella memoria di replica dalla stessa controparte, dichiarando l'irricevibilità del ricorso. Una volta dichiarata l'inutilizzabilità della memoria di costituzione unitamente all'allegata procura a stare in giudizio, il TAR non avrebbe potuto fondare la decisione su un'eccezione contenuta nelle memorie di replica prive di mandato alle liti; b) l'eccezione di tardività non coglie nel segno poiché la pretesa azionata è volta alla condanna dell'ente allo scorrimento delle graduatorie in cui i ricorrenti risultano posizionati in qualità di idonei, indipendentemente dall'impugnazione delle delibere citate; c) il TAR ha basato la motivazione della sentenza sulla sola irricevibilità del ricorso, omettendo di valutare i motivi ivi formulati che vengono riproposti in via devolutiva.

6. Le censure sono infondate.

7. Quanto alla censura *sub a)* è sufficiente osservare che:

i) il giudice di primo grado ha dichiarato l'inutilizzabilità della memoria di costituzione della provincia di Cosenza ma non l'invalidità della procura rilasciata al difensore che, quand'anche rilasciata a margine o in calce all'atto introduttivo del giudizio o all'atto di costituzione della controparte, è negozio autonomo rispetto ad esso, costituendo comunque un *prius* logico dell'attività svolta dal difensore tecnico, in ragione del conferimento dello "*ius postulandi*" che esso attribuisce (cfr. Cass civile sez. II, 03/06/2020, n.10450);

ii) la giurisprudenza amministrativa ha precisato che "*Ai sensi dell'art. 11 comma 2, c.p.a., secondo cui, in caso di tempestiva riassunzione del giudizio a seguito di declinatoria della giurisdizione, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda proposta dinanzi al giudice a quo (c.d. translatio iudicii), deve ritenersi non necessaria l'allegazione di una nuova procura ad litem, essendo sufficiente il richiamo di quella originariamente conferita per l'instaurazione del giudizio dinanzi al primo giudice*

adito, analogamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza per il caso di riassunzione successiva a declinatoria di competenza” (Consiglio di Stato sez. IV, 08/01/2016, n.28);

iii) la disciplina della cd. *translatio iudicii* comporta la salvezza degli effetti, sostanziali e processuali, della domanda avanzata innanzi al giudice sfornito di giurisdizione; tale salvezza non può spingersi fino al punto di rimettere nei termini un ricorrente che fosse già incorso in una decadenza; infatti, la rituale riassunzione del giudizio nel termine di tre mesi decorrenti dal passaggio in giudicato della prima sentenza, benché astrattamente idonea alla conservazione degli effetti sostanziali e processuali dell’originaria domanda, non impedisce al giudice amministrativo di verificare se l’originaria pretesa, azionata per errore dinanzi al giudice ordinario, sia stata proposta entro il termine di decadenza (cfr., *ex multis*, Cons. Stato sez. III, 14/11/2023, n.9744; id. 02/10/2023, n.8599 e 21/02/2012, n.940)

7.1 Alla luce delle sopra esposte considerazioni deve essere respinta la doglianza relativa alla contraddittorietà della sentenza impugnata e alla violazione del diritto di difesa.

8. Non può essere accolta nemmeno la censura *sub b)* relativa alla natura di diritto soggettivo, *sub specie* di “*diritto ad ottenere lo scorrimento delle graduatorie ancora efficaci*” del *petitum* sostanziale del ricorso originario poiché l’idoneo non vincitore in un concorso pubblico vanta una mera aspettativa all’assunzione, atteso che l’amministrazione conserva un’ampia discrezionalità sullo scorrimento della graduatoria e sulla copertura dei posti vacanti (Consiglio di Stato sez. V, 08/08/2023, n.7643). In tema di concorsi pubblici, infatti, la disciplina in materia di scorrimento non assegna agli idonei un diritto soggettivo pieno all’assunzione, mediante lo scorrimento, per il mero fatto della vacanza e disponibilità di posti in organico (Consiglio di Stato sez. II, 24/06/2022, n.5217)

8.1 A fronte dell’ampia discrezionalità di cui gode l’amministrazione nella scelta organizzativa di coprire solo in parte i posti vacanti mediante

scorrimento della graduatoria, la posizione soggettiva degli idonei esclusi è, quindi, di interesse legittimo la cui tutela è demandata all'impugnazione dei provvedimenti con cui è stato disposto lo scorrimento parziale.

8.2 Per tali ragioni è infondato l'assunto difensivo in ordine al preteso accertamento del diritto allo scorrimento e alla conseguente condanna dell'amministrazione all'inquadramento superiore a prescindere dall'impugnazione delle determinazioni di scorrimento di graduatoria.

9. Quanto all'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di impugnazione, esso emerge *per tabulas* dalla documentazione in atti afferente alla data di pubblicazione delle delibere in questione sull'albo pretorio del comune (rispettivamente nelle date del 29/12/2010 e 30/12/2011: cfr. doc. 3 deposito primo grado ricorrenti), sicché la proposizione del ricorso dinanzi al giudice del lavoro nel maggio 2014 risulta certamente tardiva ai sensi degli artt. 29 e 41 c.p.a.

10. Per le ragioni sopra indicate l'appello deve essere respinto con conseguente inammissibilità delle censure di merito non esaminate dal giudice di primo grado e riproposte in appello (motivo di censura sopra indicato *sub c*).

11. Sussistono giustificati motivi, in ragione della natura delle questioni trattate, per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2024, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113 con l'intervento dei magistrati:

Oreste Mario Caputo, Presidente FF

Davide Ponte, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Carmelina Adesso

IL PRESIDENTE
Oreste Mario Caputo

IL SEGRETARIO