N. 166/10 Reg.Dec.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sui ricorsi in appello, riuniti n. 954/08 e n. 999/08 proposti da:

- Ric. n. 954/2008: ASSESSORATO BENI CULTURALI ED AMBIENTALI E P.I DELLA REGIONE SICILIANA, in persona del rappresentate legale *pro tempore,* rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, presso cui uffici in via A. De Gasperi 81, è domiciliato *ex lege*;

c o n t r o

XXXXX, rappresentata e difesa dall' avv. Michele Salazar ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Libertà n. 171, presso lo studio dell'avv. Giovanni Immordino;

e nei confronti

dei signori XXXXXXXX, non costituiti in giudizio;

- Ric. n. 999/2008: XXXXXXXXX, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Mangano ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Nunzio Morello n. 40, presso lo studio dello stesso;

c o n t r o

XXXXXXXXXXX, non costituita in giudizio;

e nei confronti

della REGIONE SICILIANA, in persona del Presidente pro tempore, e dell'ASSESSORATO BENI CULTURALI ED AMBIENTALI E P.I DELLA REGIONE SICILIANA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici in via A. De Gasperi n. 81, sono domiciliati *ex lege*;

dei signori XXXXXXXXXXXXXXXXXXX, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sede di Palermo (sez. III) - n.1674/07, del 15 giugno 2007.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'avv. M. Salazar per XXXXXXXXXXXX (nel ric. n. 954/08) e dell'Avvocatura dello Stato per la Regione siciliana e per l'Assessorato regionale BB.CC.AA. e P.I. (nel ric. n. 999/08);

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 1 aprile 2009 il Consigliere Antonino Corsaro, e uditi altresì l'avv. dello Stato Ciani per l'assessorato appellante, l'avv. L. Di Salvo, su delega dell'avv. M. Mangano, per l'appellante Malleo Maria Antonietta e l'avv. G. Immordino, su delega dell'avv. M. Salazar per XXXXXXXXX;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso n. 4233/2004 presentato innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia di Palermo, la ricorrente XXXX esponeva di aver presentato domanda di partecipazione al concorso per titoli a n. 39 posti di dirigente tecnico storico dell'arte del ruolo tecnico dei beni culturali bandito con D.A 29 marzo 2000, allegando apposito curriculum nel quale, oltre al possesso della laurea in lettere e della specializzazione in storia dell'arte medievale e moderna, venivano indicati tutti i titoli, di studio professionali e di servizio, posseduti dalla stessa.

A seguito della redazione della graduatoria definitiva, alla ricorrente risultava attribuito un punteggio tale che la collocava al 56° posto con l'attribuzione del diritto alla riserva, il che avrebbe dovuto consentirle di essere inclusa nella graduatoria definitiva, atteso che il numero dei posti riservati era pari a 19.

La stessa era stata però di fatto esclusa dall'inserimento tra i vincitori, per effetto del computo, tra gli aventi diritto alla riserva, anche dei vincitori per meriti propri.

La ricorrente aveva richiesto l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

- del D.D.S. 7 maggio 2004 n. 6230, pubblicato nella G.U.R.S., serie speciale concorsi del 28 maggio 2004, n. 6 con cui era stata approvata la graduatoria definitiva relativa al concorso per titoli a n. 39 posti di dirigente tecnico storico dell'arte del ruolo tecnico dei beni culturali bandito con D.A. 29 marzo 2000 ed erano stati dichiarati i vincitori, limitatamente alla mancata inclusione nella stessa della ricorrente;

- della esclusione della ricorrente dalla graduatoria dei vincitori e dalla nomina quale riservista;

- della nomina conferita alla dott.ssa XXXXXXXX, ultima degli aventi diritto alla riserva;

- di ogni atto connesso, collegato, presupposto, precedente e conseguente, compresa la nota 12 maggio 2004, n. 111

Venivano dedotti i seguenti motivi:

illegittimità del comportamento dell'Amministrazione laddove aveva computato, tra gli aventi diritto alla riserva, anche i vincitori per meriti propri;

illegittimità dell'attribuzione del punteggio assegnatole a causa del mancato riconoscimento di 2,7 punti per il servizio svolto ex lege 160/88;

violazione dell’art. 7 della legge 241/90 per effetto della mancata comunicazione di avvio del procedimento preordinato alla revisione del punteggio originariamente riconosciutole.

Si costituiva l’Amministrazione intimata in giudizio producendo documentazione.

Si costituiva in giudizio anche la controinteressata XXXXXXX per resistere al ricorso, sostenendone l’infondatezza nella parte in cui l’interpretazione della *lex specialis* proposta con il primo motivo di ricorso porterebbe alla violazione del limite 50% fissato per l’attribuzione dei posti riservati.

La stessa concorrente XXXXXX presentava anche ricorso incidentale per ottenere la dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità del ricorso principale, almeno nei confronti della medesima, posto che la sua posizione non sarebbe scalfita dall’accoglimento del ricorso, considerato che, anche essa, comunque collocata al 36 posto, avrebbe diritto a rientrare tra i riservisti, ancorché la riserva non le sia stata erroneamente riconosciuta in sede di redazione della graduatoria.

Si costituiva in giudizio la concorrente XXXXXXXX, eccependo l’infondatezza del ricorso principale e di quello incidentale.

Il candidato XXXXXXXXXX interveniva in giudizio al fine di sostenere l’infondatezza del ricorso.

Si costituiva la controinteressata XXXXXXXXX, contestando la tesi della ricorrente principale, precisando che, se il maggior punteggio rivendicato dovesse essere riconosciuto, il medesimo spetterebbe anche alla stessa.

Anche la concorrente XXXXXXXX, infine, eccepiva l’infon-datezza del ricorso principale.

Con sentenza n. 1674/2007 il TAR accoglieva il ricorso nella parte in cui era volto a censurare il comportamento dell’Amministra-zione, laddove essa aveva individuato i nominativi degli aventi diritto alla riserva includendo tra gli stessi anche coloro che si sono collocati in posizione utile in graduatoria per meriti propri.

La ratio della riserva di cui all’art. 6 della L.R. 8/99 è, infatti, quella di garantire, tra quelli banditi, l’assegnazione del maggior numero di posti consentito dalla legge a quei soggetti che già hanno maturato una specifica professionalità nel settore attraverso l’utilizzo di fondi pubblici a tale scopo impiegati.

Il Collegio riteneva di poter aderire all’orientamento già fatto proprio con la sentenza 25 marzo 2002, n. 793 e conforme a quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. VI, nella sentenza 16 maggio 2001, n. 2759.

Appella la citata decisione, con ricorso n. 954/2008 la parte soccombente, Assessorato beni culturali ed ambientali e p.i della Regione siciliana, deducendo che il Giudice di 1° grado ha errato perchè ha ritenuto che l’individuazione degli aventi diritto alla riserva sarebbe dovuta avvenire prescindendo da coloro che si fossero utilmente collocati in graduatoria per meriti propri.

Propone altresì appello con ricorso n. 999/2008, XXXXXXXX, riproponendo anche le tesi incidentali di prime cure.

L’intimata si costituisce in giudizio, per resistere al gravame.

Alla udienza dell'1 aprile 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

Va preliminarmente riunito ai sensi dell'art. 335 c.p.c. il ricorso n. 999/2008, proposto da XXXXXXXXXX, a quello portante il n. 954/2008 proposto dall'Assessorato Beni Culturali ed Ambientali e P.I della Regione siciliana, essendo rivolti avverso la stessa sentenza.

Il TAR aveva accolto il ricorso nella parte in cui era volto a censurare il comportamento dell'Amministrazione, laddove essa aveva individuato i nominativi degli aventi diritto alla riserva includendo tra gli stessi anche coloro che si sono collocati in posizione utile in graduatoria per meriti propri.

Il Collegio riteneva di aderire all'orientamento del Tribunale conforme a quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. VI, nella sentenza 16 maggio 2001, n. 2759 e individuava la ratio della riserva di cui all'art. 6 della L.R. 8/99 in quella di garantire l'assegnazione del maggior numero di posti consentito dalla legge a quei soggetti che già hanno maturato una specifica professionalità nel settore attraverso l'utilizzo di fondi pubblici a tale scopo impiegati.

Gli appellanti contestano la sentenza sostenendo la tesi contraria.

Questo Collegio ha già affrontato tale problematica nella decisione n. 875 del 2008, dalla quale ritiene di non doversi disco-stare.

E' stato affermato nella predetta decisione che

Il comma 3 dell'articolo 97 della Costituzione stabilisce il principio generale per cui a pubblici uffici si accede mediante concorso, salvi i casi previsti dalla legge.

La riserva di legge non affievolisce il principio fondamentale posto dalla Costituzione a base della efficienza della Pubblica Amministrazione e della sua imparzialità, e cioè che il concorso tende a selezionare i soggetti migliori ed in maniera anonima, sì da evitare favoritismi.

La legge cui rinvia la Costituzione si pone, quindi, come eccezione ad un principio base, e come tale essa deve essere interpretata in maniera restrittiva, il che non significa soltanto che non si può ricorrere all'analogia e si deve rifuggire da applicazioni estensive, ma anche che nella attività ermeneutica deve essere privilegiata l'inter-pretazione che risponde al principio base piuttosto che all'eccezione.

La Corte Costituzionale ha fatto applicazione di questi principi là dove ha ritenuto che una percentuale eccessiva di riserve interne nei pubblici concorsi violi l'articolo 97, poiché impedisce il raggiungimento del fine costituzionale della selezione dei migliori.

Ciò premesso, ha da sempre costituito un conflitto giurisprudenziale e dottrinario la questione se i titolari di riserva, che si siano collocati utilmente nella graduatoria tanto da risultare vincitori per merito o ex se, debbano essere considerati quali riservatari al fine di computare il numero complessivo di candidati titolari di una determinata riserva.

La giurisprudenza ha oscillato in questa materia. Lo stesso TAR, nelle sentenze qui impugnate, ha ricordato alcune tra le più recenti di segno contrario. Con la sentenza sez. VI, 16 maggio 2001, n. 2759, il Consiglio di Stato ha ribadito una precedente giurisprudenza secondo la quale il vincitore per merito non deve

essere computato nel numero complessivo dei riservatari. Di contro, con la sentenza n. 3176 del 2002 ha affermato il principio contrario. La circostanza che si trattasse, in questi e negli altri casi, di riserve destinate alle così dette categorie protette non muta di molto la questione, che continua ad essere quella del contemperamento di due principi opposti: la prevalenza del merito e l'attenzione a determinate categorie di soggetti per corrispondere a fini specifici e di diversa natura.

Orbene, l'esigenza di assicurare che agli uffici pubblici accedano soggetti tanto preparati da battere gli avversari in una competizione concorsuale ad armi pari è talmente intuitiva che non vale la pena di spendere ulteriori parole a suo commento. Si deve, tuttavia, ammettere che, la stessa previsione di una norma di legge che prospetti un'eccezione rinvia alla volontà del Legislatore Costituzionale di riconoscere situazioni in cui gli interessi della Amministrazione o della collettività possano prevalere sul principio stesso. Proprio per la previsione di una norma primaria eccezionale, l'articolo 97 della Costituzione rinvia necessariamente alla previa individuazione dell'interesse concreto che la norma d'eccezione vuole soddisfare.

In linea generale tale interesse si può illustrare nel senso che appare conveniente che sia assunto dalla Pubblica Amministrazione un certo numero di soggetti dotati di determinate caratteristiche e ciò al fine di rispondere ad un bisogno sociale (categorie protette: invalidi, orfani etc.) o ad un bisogno di efficienza (assicurare un certo numero di impiegati appartenenti alla stessa Amministrazione dotati, quindi, di professionalità specifica sia pure in qualifica inferiore). In sostanza, la riserva surroga la preparazione ed impone l'assunzione di soggetti che, per se stessi, sarebbero stati immeritevoli di superare il concorso, ma la cui presenza nella Amministrazione è considerata dal Legislatore utile od opportuna.

La percentuale della riserva costituisce il mezzo matematico per individuare, di volta in volta, il numero massimo di soggetti che rispondano a questo bisogno e quindi debbano essere assunti a prescindere dalla loro graduazione.

Consegue da questa impostazione che, le volte in cui un candidato riservatario si sia collocato tra i vincitori per merito, egli avrà, al contempo, soddisfatto i due interessi in gioco: quello costituzionale alla selezione dei migliori e quello della legge alla presenza, nella Amministrazione, di un soggetto dotato di quelle determinate caratteristiche che inducono la riserva. In tal modo, la legge di eccezione è soddisfatta, poiché lo scopo è stato raggiunto e tale scopo, come si è premesso, deve essere indagato con criteri ermeneutici ristretti e non ampliativi.

Ritiene, pertanto, questo Consiglio che il candidato vincitore per merito debba essere computato nel totale dei soggetti titolari di una riserva.

Nella fattispecie all'esame di questo Giudice, la Pubblica Amministrazione ha giustamente stilato la graduatoria dei vincitori esattamente computando nel numero dei riservisti da considerare anche i candidati vincitori per merito.

In base a tali principi, le conclusioni del primo decidente non appaiono condivisibili.

Conclusivamente, gli appelli vanno accolti e, per l'effetto, riformata l'impugnata decisione, con la motivazione di cui sopra.

Ritiene il Collegio che ogni altro motivo od eccezione possa essere assorbito in quanto ininfluente ed irrilevante ai fini della presente decisione.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, riuniti gli appelli, li accoglie.

Spese compensate nei due gradi.

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

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 1 aprile 2009, con l'intervento dei signori: Pier Giorgio Trovato, Presidente, Chiarenza Millemaggi Cogliani, Marco Lipari, Antonino Corsaro, estensore, Filippo Salvia, Componenti.

F.to: Pier Giorgio Trovato, Presidente

F.to: Antonino Corsaro, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria il 24 febbraio 2010.