



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



L'INDIZIONE DELLA PROCEDURA CONCORSUALE IN REGIME DI PROROGATIO DELL'ORGANO DI VERTICE DELL'ENTE PUBBLICO

Secondo la giurisprudenza amministrativa il bando di concorso, adottato in regime di prorogatio dell'Organo di vertice della P.A., è legittimo ai sensi dell'art. 3 del D.L. n. 293/94 in quanto atto di ordinaria amministrazione preordinato al miglioramento ed all'accrescimento dell'efficacia dell'azione amministrativa e del patrimonio dell'ente.

di **Francesco Orabona**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Giovedì 30 Gennaio 2020

Sommario: 1. La prorogatio: nozione e cenni storici; 2. Gli atti di ordinaria amministrazione ed atti straordinari di cui al D.L. n. 293/94: criterio civilistico; 3. La qualificazione giuridica del bando di concorso: 3.1 La tesi privatistica, 3.2 La tesi pubblicistica; 4. Il bando concorsuale adottato in regime di prorogatio dell'Organo di vertice dell'Amministrazione; 5. Alcuni spunti di riflessione.

Abstract (eng): According to the recent orientation of the administrative jurisprudence, the notice of competition, adopted under the "prorogatio" regime of the governing body of the P.A., is legitimate pursuant to art. 3 of Legislative Decree n. 293/94 as an act of ordinary administration preordained for the improvement and enhancement of the effectiveness of the administrative action and the assets of the entity.

1. La prorogatio: nozione e cenni storici

L'istituto della prorogatio degli Organi è necessario nel nostro ordinamento giuridico per assicurare la continuità nella gestione dello Stato e/o degli Enti pubblici, per cui un Organo scaduto deve continuare ad esercitare sia pur limitatamente, nei casi previsti dalla legge, i suoi poteri.

Esso trova le sue radici nel diritto romano e, in particolare, si fa risalire all'epoca dell'ordinamento repubblicano (327 a.C.).

La prorogatio, infatti, veniva intesa come prolungamento dell'imperium militiae del magistrato che stava per scadere, in contrapposizione all'abrogatio, la quale consisteva all'opposto nella rimozione del titolare della carica attraverso una legge apposita. La prorogatio doveva necessariamente essere legittimata, trattandosi di evenienza eccezionale, con apposito voto popolare, essendo la ratio dell'istituto quella di evitare che in momenti delicati di campagne belliche o di operazioni militari venisse imposto un radicale mutamento di direzione nella conduzione delle strategie, specialmente se quest'ultima fosse risultata efficace o avesse messo in luce le buone capacità di chi conduceva le operazioni.

La prorogatio prevista dal diritto romano costituiva un fenomeno parzialmente diverso, seppur simile, da quello che è attualmente indicato nel nostro ordinamento giuridico.

Ancor prima dell'entrata in vigore della nostra Costituzione, già erano previste una serie di disposizioni preordinate a garantire la continuità relativamente agli organi comunali e provinciali.

Infatti, sin dalla legge Comunale e Provinciale del 1865 venne introdotta una possibilità di proroga dei poteri dei pubblici funzionari sino alla nomina dei successori, e la medesima disposizione fu poi ripresa anche nel T.U. delle leggi comunali e provinciali del 1915 (art. 283) e in quello successivo del 1934 (art. 14), sino all'art. 31 della L. 142/1990 (per i Consigli degli enti locali), e ciò a riprova del rilievo attribuito al principio di continuità a livello di amministrazione locale, come canone per assicurare una stabilità dell'azione che non venisse mai meno ai compiti di cura della pluralità di interessi pubblici costantemente emergenti dalle collettività territoriali di riferimento, in un'ottica di coerenza con la politica ontologicamente connaturata all'ente locale.

Con l'approvazione della Carta costituzionale, la prorogatio ha operato quale garanzia del funzionamento del sistema inteso nel suo complesso per sopperire al rischio di una interruzione funzionale che finirebbe per alterare e mettere a rischio la stessa forma di governo

Infatti, in tal senso, indicazioni preziose relative alla continuità degli organi costituzionali sono fornite ad esempio dagli artt. 61, secondo comma, 85, terzo comma e 135, quarto comma della Costituzione

Oltre alle suddette norme non si può omettere di rilevare che l'esigenza di un principio di continuità, di necessaria applicazione con riferimento agli organi costituzionali, emerge anche nella giurisprudenza costituzionale la quale in numerose sentenze ha sottolineato l'indefettibile esigenza di continuità dei poteri degli organi come principio generale dell'ordinamento anche al di fuori dell'ambito organizzativo strettamente inteso.

Inoltre la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto un principio generale di continuità degli organi in base al quale «in virtù del principio della prorogatio – principio di portata generale in diritto pubblico – gli organi amministrativi degli enti pubblici rimangono in carica, anche dopo la scadenza del mandato, fino all'insediamento dei successori e la loro competenza – durante tale periodo – in mancanza di una normativa esplicita al riguardo, non è limitata ai soli atti conservativi»

Con la sentenza della Corte Cost., 4 maggio 1992, n. 208, si è esclusa in via definitiva la generale applicabilità agli organi amministrativi del principio della prorogatio, negandosi al contempo che dalle disposizioni testuali che la prevedono potesse dedursi in via analogica la sua configurabilità come canone di portata generale; inoltre, con riferimento al dato eminentemente fattuale, si è affermata la assoluta incompatibilità della prorogatio di fatto sine die con il modello costituzionale di amministrazione, stante un insuperabile contrasto con i principi di riserva di legge, buon andamento e imparzialità.

Le esigenze sottese al principio di continuità degli organi amministrativi, la cui portata non è stata in alcun modo sminuita dalla sentenza predetta ma solo ricondotta entro limiti di certezza condannando l'abuso della prorogatio, vengono affidate dalla Corte a due diversi strumenti: da un lato, la previsione legislativa di un termine massimo di proroga, dall'altro la configurazione di responsabilità in capo ai titolari del potere di ricostituzione dell'organo in caso di inerzia protratta o comportamento omissivo.

Come si può ben notare, il filo conduttore della pronuncia è prevalentemente la reazione alle distorsioni e alla confusione generati dalla prorogatio sine die, nonché alla creazione di forti centri di potere consolidati all'interno delle amministrazioni, cosicché essa sembra caratterizzarsi per un certo radicalismo al quale però non segue un chiarimento soddisfacente sul principio di continuità.

Anche autorevole Dottrina ha escluso l'operatività della prorogatio come «regola valevole in generale per gli organi amministrativi» né tantomeno principio generale dell'ordinamento, operante automaticamente laddove norme eccezionali non ne escludano l'applicazione

Si è ritenuto, pertanto, che ogni proroga di organi amministrativi, nel rispetto del modello costituzionale di organizzazione amministrativa, può aversi soltanto se prevista espressamente per legge e nei limiti da questa indicati configurandosi, in queste ipotesi, come istituto di carattere eccezionale non passibile, in ogni caso, di estensione analogica.

Dopo la pronuncia della Corte costituzionale del 1992, vanno evidenziate altre sentenze della medesima Corte, attraverso le quali sembra emergere una copertura costituzionale della continuità dei poteri anche al di fuori della sua applicazione alla titolarità degli organi riferita alla funzione amministrativa e dunque all'attività di questi: tipicamente ciò è stato messo in luce in occasione del trasferimento delle competenze normative e funzionali alle Regioni seguita alla riforma del Titolo V della Costituzione. In tal caso, la Corte ha statuito, in applicazione di un'esigenza di continuità, l'applicabilità della legge statale esistente in attesa che le Regioni si appropriassero delle competenze loro attribuite. Al fine di garantire la c.d. continuità dell'ordinamento, ossia l'operatività delle istituzioni create prima della riforma, la giurisprudenza costituzionale ha altresì stabilito che ciò valesse anche per gli apparati statali, fino a quando le Regioni non fossero state in grado di sostituirli con proprie strutture ed uffici.

Si era posto il problema se la continuità dei poteri fosse applicabile, in via analogica, anche nell'ambito dell'ordinamento amministrativo, prendendo le mosse dal tradizionale istituto della prorogatio previsto dalla Costituzione.

Ebbene, la dottrina tradizionale, nell'ottica di una soluzione unitaria, in omaggio al canone della totalità ermeneutica, è stata favorevole ad estendere anche al diritto amministrativo le garanzie di permanenza e stabilità soggettivo-oggettiva dell'ordinamento costituzionale

Proprio tale esigenza di continuità ha dunque spinto gli interpreti ad analizzare con rigore l'istituto delle prorogatio, giungendo sino ad elevarla a principio generale di costante applicazione, giustificando inoltre la pienezza dei poteri, ben al di là di ogni limitazione ai soli atti strettamente conservativi, ai titolari degli organi dopo la scadenza ed in attesa del necessario avvicendamento.

Autorevole dottrina aveva posto il problema che il ricorso alla prorogatio, in assenza di precisi limiti temporali e/o funzionali, si ponesse in aperto contrasto con il canone del buon andamento e con il rispetto delle sfere di competenza, attribuzione e responsabilità dei preposti ai pubblici uffici (art. 97 Cost.). Tale incertezza è rimasta sino al D.L. 16-5-1994 n. 293 che ha aderito all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale.

Infatti, tale legge ha disciplinato con chiarezza le modalità previste per la ricostituzione degli organi amministrativi cessati dalla carica, fissandone innanzitutto i limiti temporali, provvedendo poi ad introdurre misure di responsabilizzazione e conseguente responsabilità per l'inerzia dei soggetti cui è demandata la sostituzione, nonché prevedendo la sanzione della radicale nullità, assai grave nel diritto amministrativo, per gli atti adottati dai titolari scaduti oltre il termine massimo di ultrattività, stabilito in 45 giorni dalla scadenza naturale.

La legge tenta, dunque, di superare ogni possibile stasi anche con riferimento agli organi collegiali, disponendo un meccanismo sostitutivo di carattere generale di competenza dei relativi Presidenti, esercitabile nei tre giorni che precedono la scadenza.

Infine, l'intervento legislativo ha definitivamente statuito in ordine alle categorie di atti che gli organi prorogati sono legittimati ad adottare, limitandoli ad alcune categorie soltanto, in particolare riferibili a quelli di ordinaria amministrazione e a quelli urgenti ed indifferibili, previa indicazione specifica dei motivi che in tal senso li giustificano.

2. Gli atti di ordinaria amministrazione ed atti straordinari di cui al D.L. n. 293/94: criterio civilistico

L'art. 3, comma 2, del D.L. n. 293/94 indica espressamente gli atti che possono adottare gli Organi amministrativi prorogati e cioè gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti

urgenti e indifferibili: in tale ultima ipotesi l'Amministrazione è tenuta ad esplicitare specificamente i motivi di urgenza e indifferibilità.

Ebbene, come si può ben notare, nella disposizione normativa è chiaramente individuato un criterio distintivo degli atti che l'Organo in prorogatio è tenuto ad adottare che sembra ispirarsi ai canoni del diritto civile.

Tale distinzione è stata oggetto da tempo di un'ampia indagine dottrina e giurisprudenziale.

Secondo la dottrina tradizionale la differenza tra le due categorie di atti acquista incidenza ogni volta che il patrimonio sia amministrato da soggetto diverso dal titolare. L'interesse tutelato può essere individuato in quello individuale del titolare (o di chi altro vanta diritti sul suo patrimonio), ovvero, più correttamente, in quello generale che è collegato all'interesse individuale: ad esempio, la disciplina dell'amministrazione dei beni dell'incapace o dell'assente trova giustificazione nell'interesse generale alla protezione di questi soggetti, affinché sia evitata la dispersione dei beni e sia assicurata la continuità degli atti della loro vita civile; all'amministrazione dei beni ereditari è sottesa l'esigenza di carattere generale di soddisfare gli interessi dei creditori e dei legatari; altrettanto generale è l'interesse di assicurare la retta amministrazione delle cose comuni nella comunione ordinaria, dove la legge interviene, prevedendo anche l'intervento giudiziale, per prevenire le liti e per evitare l'inerzia di amministrazione.

Secondo la ricostruzione di altri autori, il concetto di amministrazione ordinaria è stato fatto coincidere con la conservazione del patrimonio amministrato. Secondo tale impostazione, appartengono alla categoria degli atti di ordinaria amministrazione gli atti che tendono al mantenimento dell'integrità economica del patrimonio o al miglioramento della sua capacità produttiva, e che sono posti in essere attraverso la semplice utilizzazione delle rendite. Eccedono l'amministrazione ordinaria, invece, tutti gli atti che comportano un mutamento dell'entità del patrimonio, nel senso che modificano l'essenza economica o la situazione giuridica che ne forma la composizione di base: alienazioni, trasformazioni di strutture, obbligazioni che incidono sulla sostanza del patrimonio, ecc..

Secondo altra parte della Dottrina, il criterio distintivo non può essere ricavato dalle norme che impongono l'autorizzazione giudiziale per il compimento di determinati atti. In quei casi la legge si limita ad imporre particolari cautele, ma non pone la distinzione; essa la presuppone. La legge non ha voluto costruire un concetto proprio, ma, al contrario, si è riferita al concetto corrente di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Un'altra tesi tiene conto del fatto di riconoscere nell'ordinarietà dell'amministrazione

null'altro che la comune nozione di "normalità", che comunque risalirebbe ad epoche remote. Ma a parte pochi esempi isolati, il concetto di "normalità" era troppo vago e generico per essere realmente d'ausilio alla soluzione dei casi concreti.

L'acquisto da parte di un'impresa di nuovi macchinari tecnologicamente innovativi, o l'ampliamento dell'immobile industriale, sono due esempi classici, per la dottrina della normalità, di atti suscettibili di modificare la struttura economico-finanziaria dell'impresa, e quindi di atti straordinari. Ebbene, se si guarda all'attività dell'impresa, e si rapporta l'atto all'interno di quest'attività e del suo scopo, essi sono indubbiamente due atti di straordinaria amministrazione; ma possono non esserlo più se si guarda alla singola struttura patrimoniale dell'impresa considerata e si rapporta ad essa il valore dell'atto. Peraltro, gli atti di amministrazione saranno liberamente attuabili dagli amministratori se hanno finalità conservativa, ossia se tendono al mantenimento, alla fruttificazione e al miglioramento dei beni sociali; se eccedono questo limite, saranno egualmente attuabili, ma soltanto previa apposita delibera dell'assemblea, alla cui attenzione gli amministratori medesimi hanno l'obbligo di proporli. La delibera, nella specie, ha il valore di un'autorizzazione.

Riconducendo tali concetti di natura civilistica nell'ambito dell'apparato della Pubblica amministrazione, se ne deduce che anche i provvedimenti amministrativi diretti al recupero di crediti vantati nei confronti di soggetti privati, adottati in regime di prorogatio dall'Organo commissariale dell'Ente, rientrano nella categoria degli atti di ordinaria amministrazione atteso che essi sono diretti a migliorare ed a conservare la consistenza patrimoniale già esistente dell'Amministrazione pubblica.

3. La qualificazione giuridica del bando di concorso

E' controversa la natura giuridica delle selezioni pubbliche (assunzione di lavoratori e bandi di gara) tanto che in dottrina ed in giurisprudenza sono stati elaborati diversi orientamenti.

Da un lato, è stata avanzata una impostazione di tipo "privatistico-negoziale"; dall'altro è emersa una concezione pubblicistica.

3.1. La tesi privatistica

Nell'ambito della tesi privatistica, alcuni autori ritengono di dover attribuire alle dichiarazioni contenute nel bando valenza di promessa al pubblico di talché quest'ultima, non perdendo la propria natura unilaterale, si collegherebbe alla successiva stipula del

contratto di lavoro con chi abbia compiuto l'azione di per sé non negoziabile (i.e. la vittoria al concorso) indicata nella dichiarazione del promittente. In tal caso, la partecipazione fruttuosa al concorso darebbe dunque luogo al formarsi del diritto in capo al lavoratore utilmente collocato in graduatoria, alla successiva stipulazione del contratto di lavoro, che, in tal modo, non vedrebbe sacrificata la propria natura bilaterale.

Com'è noto, la promessa al pubblico consiste in una dichiarazione con cui un soggetto, «rivolgendosi al pubblico, promette una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione», con la conseguenza che il promittente «è vincolato dalla promessa non appena questa è resa pubblica» (art. 1989 c.c.).

Altra parte della dottrina qualifica il bando (in particolare per l'assunzione o per progressioni di carriera) come mera forma di invito ad offrire (offerta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c.), allo scopo di superare i rischi connessi alla sussunzione dell'atto unilaterale nell'alveo delle dichiarazioni unilaterali vincolanti.

L'offerta al pubblico, secondo il codice civile, «quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi». Tale istituto, dunque, può essere definito quale proposta contrattuale che si caratterizza per il fatto di non essere diretta ad un soggetto individuato, bensì ad una cerchia indeterminata di soggetti, all'evidente scopo di aumentare la possibilità di concludere il negozio con il contraente più adatto e alle condizioni predisposte.

Sono, dunque, diversi gli effetti giuridici tra le due figure: infatti, mentre la promessa al pubblico è un negozio dal quale sorge immediatamente un vincolo in capo al promittente sin dal momento in cui venga resa pubblica - anche se l'obbligazione in essa prevista sorgerà - se sorgerà - in un momento successivo-, l'offerta al pubblico costituisce, invece, un atto prenegoziale e dunque sarà liberamente revocabile finché non giunga nella sfera di conoscibilità del suo emittente l'accettazione dell'altra parte. In questo secondo caso, quindi, l'obbligazione sorgerà normalmente assieme al vincolo giuridico, con l'incontro tra proposta ed accettazione.

La giurisprudenza ha, invero, chiarito che la natura del bando di concorso dipenda dal tenore delle sue previsioni, e che tale natura debba essere accertata in concreto, caso per caso, desumendola dalla formulazione del bando stesso e, se necessario, dalla normativa collettiva che disciplini, eventualmente, sia i contenuti del bando sia le modalità di espletamento del concorso stesso. Inoltre, dal bando sorge l'obbligazione di svolgere il concorso e di designarne i vincitori nel rispetto dei criteri di correttezza e di buona fede.

Pertanto, al bando è riconosciuta la natura giuridica di offerta al pubblico in tutti i casi in cui è espressamente previsto che il rapporto di lavoro si costituirà con coloro che risulteranno in posizione utile in graduatoria, purché la disciplina del futuro contratto sia sufficientemente specificata - anche per relationem -. Ricorrendo tali condizioni, il contratto di lavoro si intende automaticamente concluso con i candidati risultati idonei. La conseguente azione spettante al candidato in caso di mancata assunzione, in violazione delle regole fissate nel bando di concorso, sarà dunque l'azione di accertamento della già avvenuta costituzione del rapporto, oltre al risarcimento del danno.

Si è parlato, invece, di promessa al pubblico nei casi in cui il bando dispone, in modo generico, che l'ente provvederà ad assumere coloro che risulteranno in posizione utile in graduatoria. In questo caso si ritiene che la proclamazione dei vincitori abbia lo scopo di individuare i creditori della prestazione promessa, consistente nella stipulazione del contratto di lavoro. L'eventuale azione avrà quindi carattere costitutivo ex art. 2932.

Il bando si considera un mero invito ad offrire quando il concorso ha solo la funzione di selezionare i possibili candidati, senza obbligo di assunzione. In questo caso, il datore di lavoro gode della libertà di contrarre, sicché il successivo ed ingiustificato rifiuto di assunzione potrà eventualmente condurre all'imputazione della responsabilità in via precontrattuale, ex art. 1337 c.c., solo ove sia configurabile la violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative.

Infine, la Corte di cassazione a Sezioni Unite, pronunciandosi per la prima volta direttamente sulla natura del bando di concorso, ha sostenuto che esso non può essere inquadrato nella categoria delle promesse al pubblico in senso proprio, perché queste ultime si presentano come atti unilaterali tipici in sé perfetti, che non esigono né tollerano alcuna integrazione negoziale e sono in quanto tali suscettibili di sviluppo solo sul piano dell'esecuzione; invece l'assunzione, cui il procedimento di concorso è destinato a dar luogo, richiede la prestazione in funzione costitutiva del consenso di chi verrà a trovarsi nelle condizioni di essere assunto.

Tale ricostruzione è stata poi confermata e successivamente approfondita in numerose sentenze che hanno configurato il bando come un'offerta al pubblico di contratto di assunzione già accettata con la partecipazione al concorso ma sottoposta alla condizione sospensiva dell'idoneità verificata concorsualmente; anche se, in alcuni casi isolati, la Corte è talvolta ritornata alla qualificazione di promessa al pubblico

3.2 La tesi pubblicistica

Secondo l'impostazione di tipo pubblicistico, il bando concorsuale è un tipico atto amministrativo il cui scopo non è solo quello di manifestare l'intento della P.A. di addivenire alla stipula di un contratto ma soprattutto quello di dare corso e regolare la fase procedimentale volta all'accertamento dell'offerta.

Un indirizzo giurisprudenziale, qualifica il bando di gara quale atto normativo configurato alla stregua della *lex specialis* della procedura (ad evidenza pubblica), che vincola, non solo i concorrenti ma anche l'Amministrazione.

La giurisprudenza maggioritaria attribuisce, invece, al bando valore di atto avente contenuto sostanzialmente e formalmente amministrativo privo dei caratteri delle fonti normative. In tal caso, il bando ha valore di atto amministrativo generale avente i requisiti di generalità, astrattezza ed innovatività.

Generalmente il bando di concorso viene adottato dall'Organo di vertice dell'Amministrazione pubblica (Delegato del Ministro, Presidente o Direttore generale di Ente pubblico, Dirigente dell'Ufficio competente, ecc.), ed è pubblicato sulla Gazzetta ufficiale e sul relativo sito istituzionale.

Il bando va tempestivamente impugnato entro sessanta giorni dalla pubblicazione dinanzi al Giudice amministrativo; esso può essere autonomamente impugnato se contenente clausole immediatamente lesive delle posizioni giuridiche dei candidati e qualora imponga determinati requisiti di partecipazione anziché altri

4. Il bando concorsuale adottato in regime di prorogatio dell'Organo di vertice dell'Amministrazione

Pare opportuno, a questo, punto analizzare la questione in merito alla possibilità, o meno, di ritenere valido ed efficace il bando di concorso adottato durante il periodo di prorogatio dell'Organo di vertice dell'Amministrazione.

Ebbene, un Ente pubblico aveva indetto, a firma del suo Presidente, alcune selezioni pubbliche per il reclutamento di personale di varie qualifiche per varie aree tematiche proprio nel periodo in cui detto Organo era decaduto dalla sua carica per scadenza naturale del mandato ma rimasto in prorogatio fino alla data successiva alla pubblicazione dei bandi in Gazzetta Ufficiale.

Un gruppo di candidati aveva impugnato dinanzi al competente Tribunale amministrativo regionale i vari bandi di concorso sollevando diversi motivi di illegittimità e deducendo,

preliminarmente, la nullità dell'atto impugnato per carenza di potere del Presidente dell'Ente che lo aveva emesso.

Il Giudice amministrativo ha rigettato il ricorso dando ragione all'Amministrazione.

In merito alla questione oggetto del presente contributo e scrutinata dal TAR Lazio con la sentenza n. 06778 del 25.09.2019, si rileva quanto segue.

Il Giudice ha inquadrato la fattispecie della prorogatio nell'ambito della disciplina di cui all'art 3, commi 2 e 3, del decreto legge n. 293/1994 secondo cui gli organi scaduti possono, durante il periodo di proroga del mandato (45 giorni), adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità.

Premesso ciò, il TAR, aderendo alla precedente giurisprudenza, ispiratasi all'impostazione di tipo civilistico in merito alla distinzione tra atti di ordinaria ed atti di straordinaria amministrazione, ha ribadito che “sono atti di ordinaria amministrazione quelli diretti a migliorare ed a conservare la consistenza patrimoniale già esistente, mentre sono atti di straordinaria amministrazione quelli capaci di arrecare pregiudizio e diminuzione al patrimonio”.

Sulla scorta di tali concetti, strettamente civilistici, il Giudice amministrativo ha qualificato il bando di concorso quale “atto di ordinaria amministrazione, in quanto preordinato al miglioramento ed all'accrescimento dell'efficacia dell'azione amministrativa – e dunque correlativamente del patrimonio dell'ente – mediante il reclutamento di figure professionalmente qualificate che possano fattivamente contribuire al complessivo miglioramento della macchina amministrativa nella sua complessiva consistenza”.

Ovviamente, come aveva, tra l'altro, dimostrato l'Amministrazione resistente, i bandi in questione erano stati adottati in attuazione di un atto a carattere generale (Piano di fabbisogno del personale), atto, quest'ultimo adottato a monte dai dai competenti organi dell'ente stesso antecedentemente alla scadenza del mandato presidenziale.

A tal proposito, si fa presente che la decisione dell'Ente di procedere alle assunzioni di personale era stata temporalmente individuata non nel momento della sottoscrizione e/o della successiva pubblicazione del bando di concorso, ma nell'intervallo di tempo in cui si è palesata l'esigenza di copertura dei posti e, dunque, conclusosi nel momento della decisione della Pubblica Amministrazione di procedervi, vale a dire che la determinazione

è stata assunta nel giorno in cui il Piano di fabbisogno era stato adottato in una data abbondantemente antecedente alla scadenza del mandato presidenziale.

Infatti, l'emanazione dei bandi potrebbe costituire un'attività meramente esecutiva di decisioni prese in documenti programmatici approvati dall'organo decisionale di vertice dell'Ente, ed in tal senso non sarebbe configurabile come eccedente l'ordinaria amministrazione cui si devono attenere le figure istituzionali in regime di prorogatio.

Appare evidente che i bandi rappresentino l'iter conclusivo di un articolato procedimento deliberativo e decisionale, sostanziatosi nell'adozione di atti interni di ricognizione del fabbisogno di personale, di verifiche delle disponibilità economiche e finanziarie assunzionali, d'insussistenza di altre condizioni ostative o preliminari alla predetta indizione (es. graduatorie vigenti formulate all'esito di espletamento di un pubblico concorso), di corretta applicazione della quota legale di riserva al personale di ruolo per il profilo professionale messo a concorso e di comunicazione all'organo vigilante.

Infine, il Tribunale ha concluso nel senso di annoverare il bando nell'ambito degli atti adottabili in regime di prorogatio, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del decreto legge n. 293/1994.

5. Alcuni spunti di riflessione

A questo punto, da un esame delle argomentazioni utilizzate dal TAR nella citata sentenza in merito alla disciplina di cui D.L. 16-5-1994 n. 293 in tema di prorogatio degli Organi degli Enti pubblici, si possono trarre alcune considerazioni critiche che di seguito si riportano.

In primo luogo, occorrerebbe analizzare la situazione relativa alla competenza e/o all'effettività del potere dell'Organo dell'Ente ad adottare l'atto e verificare se quest'ultimo eserciti funzioni politiche o amministrative al fine della corretta applicazione del decreto legge n. 293/1994; di conseguenza, andrebbe valutato se esiste una disposizione interna (Statuto o regolamento) dell'Amministrazione che preveda la prorogatio del mandato in caso di scadenza delle funzioni dell'Organo medesimo.

Ebbene, se la normativa interna dell'Ente attribuisce al Presidente funzioni di indirizzo e coordinamento e non di gestione amministrativa, il Presidente non avrebbe il potere di adottare il bando atteso che, secondo l'art. 3, commi 1 e 2, del D.L. 16-5-1994 n. 293, solo l'Organo amministrativo in regime di prorogatio può ad adottare gli atti ordinari e straordinari. In tal caso, non troverebbe applicazione la disciplina della prorogatio di cui

alla citata norma e, quindi, il provvedimento assunto dal Presidente sarebbe nullo per carenza di potere assoluto. In tal modo, il bando doveva essere firmato dal nuovo Presidente e non da quello precedente durante il periodo di proroga delle sue funzioni.

A tal proposito, il Giudice amministrativo non si è espressamente pronunciato sulla natura politica o amministrativa dell'Organo ammettendo per implicito l'applicazione della citata normativa e ribadendo la qualificazione del bando quale atto di ordinaria amministrazione dopo aver operato la distinzione con gli atti di straordinaria amministrazione.

Sull'altro versante, si rileva che se la regolamentazione interna prevede solo ed esclusivamente la cessazione dell'incarico alla scadenza naturale del mandato dell'Organo senza alcuna soluzione di proroga dei poteri, allora potrebbe trovare applicazione il principio generale di cui al D.L. 293/1994 in merito alla possibilità di prorogare il mandato entro il termine di 45 giorni. Tale soluzione pare sia stata adottata dalla sentenza del TAR Lazio in esame.

Secondo il parere di chi scrive, appare giusto e ragionevole risolvere la problematica se si prendono in considerazione gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e di autorevole Dottrina, come sopra detto, che hanno esteso la copertura costituzionale della continuità dei poteri anche alla titolarità degli organi riferita alla funzione amministrativa e dunque all'attività di questi nell'ottica di una soluzione unitaria e di continuità dei poteri anche nell'ambito dell'ordinamento amministrativo.

Ebbene, anche il Tribunale adito sembra essersi implicitamente posto in tale ottica accertando che il bando censurato sia stato effettivamente adottato dal Presidente dell'Amministrazione durante il periodo di 45 giorni di prorogatio delle funzioni.

Non appare poi chiara la questione se il bando fosse stato adottato quale atto urgente dell'Amministrazione data l'imminente scadenza dell'Organo di vertice della stessa e se effettivamente l'atto possa essere qualificato come atto di ordinaria amministrazione come deciso dalla sentenza del TAR Lazio.

Se l'amministrazione abbia voluto indire con urgenza le selezioni pubbliche senza aspettare la scadenza naturale del mandato del Presidente, allora sembra che la stessa abbia voluto intendere l'adozione del bando quale atto di straordinaria amministrazione: in tal caso il provvedimento avrebbe dovuto specificamente contenere i motivi di urgenza e indifferibilità così come impone l'art. 3, comma 2, del decreto legge n. 293/1994. Ne consegue, quindi, che l'atto privo di tali requisiti sarebbe nullo e l'Amministrazione non avrebbe potuto indire le selezioni pubbliche a firma del Presidente in prorogatio.

Infatti, se si vogliono applicare in analogia al caso de quo i principi posti dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, che ha sancito il divieto di adozione degli atti di straordinaria amministrazione durante il regime di prorogatio da parte degli Organi elettivi di Enti locali, il bando non poteva essere adottato senza che l'Amministrazione avesse manifestato la necessità e l'urgenza dell'indizione delle selezioni pubbliche oggetto di censura stante la situazione dell'Organo di vertice in regime di prorogatio.

Il TAR non pare aver utilizzato un criterio sostanziale di distinzione tra atti ordinari ed urgenti limitandosi solo a richiamare il criterio utilizzato dalla giurisprudenza civile in merito all'esatta qualificazione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Il ragionamento seguito dal Giudice amministrativo sembra contraddire con l'operato dell'Amministrazione che ha proceduto immediatamente all'indizione dei concorsi nel periodo di proroga del mandato presidenziale senza attendere la cessazione naturale di quest'ultimo posto che i bandi sono stati firmati e pubblicati dal Presidente a poca distanza dalla scadenza dell'incarico.

Sarebbe stato opportuno che il Tribunale avesse approfondito la questione al fine di poter meglio definire se l'atto censurato potesse rientrare nella categoria degli atti ordinari o urgenti.

Anche qui, il TAR pare che abbia adottato una soluzione conservativa dell'efficacia e validità dell'atto amministrativo in coerenza con i principi di diritto civile sopra descritti.

Note e riferimenti bibliografici

MARRAMA R., Titolari degli organi pubblici e principio di continuità (sul problema della c.d. «prorogatio» dei poteri), Napoli, p. 33 ss, 1969

CRISAFULLI V., Lezioni di diritto costituzionale, Padova, 1970, I, 81 e F. S.; MARINI, Il principio di continuità degli organi costituzionali, cit., 4;

Ai sensi dell'art. 61, secondo comma, Cost., «Finché non siano riunite le nuove Camere sono prorogati i poteri delle precedenti»; l'art. 85, terzo comma, Cost., stabilisce invece che «Se le Camere sono sciolte o manca meno di tre mesi alla loro cessazione, la elezione

(del Presidente della Repubblica)ha luogo entro quindici giorni dalla riunione delle Camere nuove. Nel frattempo sono prorogati i poteri del Presidente in carica»; infine, l'art. 135, quarto comma, Cost., statuisce che «Alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni»

Ex multis, si veda ad esempio Corte Cost., 10 febbraio 1997, n. 26, in Giur. Cost., 1997, 184

Cons. Stato, Sez. VI, 6 novembre 1970, n. 747, in Foro amm., 1970, I, 2, 1291

CANNADA BARTOLI E., «Prorogatio» tacita di organi amministrativi ed art. 97 Costituzione, in Foro amm., 1971, II, 55; L: Elia, I controlli sul potere, Firenze, 1967, 89; Id., Durata in carica e prorogatio dei giudici costituzionali, in Giur. It., 1966, IV, 62; G. D'Orazio, Considerazioni critiche sulla prorogatio nell'organizzazione costituzionale italiana, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1980, 818 e segg. e spec. 829 e segg.; Jorg Luther, I giudici costituzionali sono giudici naturali?, in Giur. Cost., 1991, 2499

Crisafulli V., Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto, in Riv. Int. Fil. Dir., 1941, 251

Cannada Bartoli E., Prorogatio tacita, cit., 55

Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 13, in Foro amm. -CdS, 2004, 41; Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 50, in Giur. cost., 2005, 21: medesimo principio applicato per il procedimento di avvicendamento tra Province e Regioni

BETTI E., Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica), Milano, 1949, 28,

ROMANO A., Ordinaria amministrazione e continuità funzionale degli organi, p. 80, Torino, 1988; ELIA L., La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali, Milano, p. 218, 1958; MARRAMA R., Titolari degli organi pubblici e principio di continuità (sul problema della c.d. «prorogatio» dei poteri), p. 6, Napoli, 1969,

LONGOBARDI V. N., Alcune considerazioni sull'istituto della prorogatio nel diritto amministrativo, in Giur. merito, 1979, III, 182; D'ALESSIO G., Commento alla legge comunale e provinciale, Torino, 1936; F. GARRI, Brevi note sui principi giurisprudenziali in materia di «prorogatio» degli organi degli enti pubblici, in Amm. it.,

1971, 1283; LA ROCCA D., La prorogatio nel diritto amministrativo, in Riv. amm., 1974, I, 341

Trimarchi V.M., Patrimonio (nozione generale), in Enc. dir., XXXII, Milano, 1982, p. 271 ss.

Ferrara sen., Gli atti d' amministrazione , estratto dal periodico Il Filangieri, Milano, 1903

D'Orazi, Gli atti di amministrazione e l'acquisto nell'interesse dei minori, Napoli, 1942; Mirabelli, I cosiddetti atti di amministrazione , in Scritti giuridici in onore di A. Scialoja, III, Bologna, 1953, p. 351

Redenti, Dei contratti nella pratica commerciale, I, Padova, 1931, p. 257

T.A.R. Campania Napoli Sez. I, Sent., (ud. 02-12-2015) 07-03-2016, n. 1203.

Renna L., La natura del bando di concorso al vaglio delle Sezioni Unite: un problema non ancora risolto, in Giur. it., 1987, I, 743 ss.; Gazzoni F., Manuale di diritto privato, Napoli, 2007, 678; Branca G., Delle promesse unilaterali, in AA.VV., Commentario del codice civile, a cura di Scialoja-Branca, Bologna Roma, 1959, 385.

Messineo F., Il contratto in generale, in AA.VV., Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu-F. Messineo, XXI, 1, Milano, 1972, 323 ss.

Sbisà, voce Promessa al pubblico, in Dig. disc. priv., XIII, Torino, 1995, 363 ss.; Oberto, voce Offerta al pubblico, in Dig. disc. priv., XIII, Torino, 1995, 13 ss.; Mirabelli, Delle obbligazioni. Dei contratti in generale, in Commentario al codice civile, Torino, 1980, 105; Bianca, Diritto civile, Il contratto, III, Milano, 1984, 256

Cass. sez. lav., 19 gennaio 1985, n. 171, in Riv. dir. lav., 1985, II, 299; vedi anche Cass. sez. lav., 27 agosto 1992, n. 9899, in Not. giur.lav., 1992, 630

Cass. civ. Sez. lavoro, 05 dicembre 2001, n. 15336; Cass. civ. Sez. lavoro, 09 novembre 2001, n. 13922.

Cass. 26 ottobre 1979, n. 5619, in Foro it. Rep., 1979, 842; Zoli, Bando di concorso e costituzione del rapporto di lavoro, in Riv. it. dir. lav., 1985, 311 ss.

Cass., 12 novembre 1993, n. 11158, in Not. giur. lav., 1994, 321; Sbisà, voce Promessa al pubblico, in Dig. disc. priv., Torino, 1995, 374 ss.

Cass., sez. un., 10 gennaio 1986, n. 63, in Giur. it., 1987, I, 1, 742 ss.

Cass. sez. lav., 19 febbraio 1987, n. 1804, in Giur. it., 1987, I, 1, 803 ss.; Cass. sez. lav., 7 aprile 1987, n. 3397, in Foro it., 1987, 2062 ss.; Cass. sez. un., 11 giugno 1991, n. 6590, in Not. giur. lav., 1991, 542 ss.; Cass. sez. un., 12 novembre 1993, n. 11158, in ivi, 1994, 320 ss.; Cass. sez. lav., 6 ottobre 1995, n. 10500, in Giur. it., 1997, I, 1, 258 ss.

Cass. sez. lav., 14 febbraio 1987, n. 1670, in Giur. it., 1988, I, 1, 854 ss. Vedi anche Cass. sez. lav., 9 marzo 1991, n. 2520 e Cass. sez. lav., 14 marzo 1991, n. 2674, in Foro it., 1991, I, 3148 ss.

Garofoli R., Manuale di diritto amministrativo, Nel diritto Editore, Roma, 2012.

Cons. St., sez. IV, 29.01.2008, n. 263

Cons. St., Sez. V, 10.01.2003, n. 35

Cons. St., sez. V, 25.02.2015 n. 946; Cons. St., VI, 07.03.2018 n. 1469

Cass. Civ., Sez. II, 19 gennaio 2012 n. 743; T.A.R. Napoli, sez. I, 7 marzo 2016, n. 1203

Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 13, in Foro amm. -CdS, 2004, 41; Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 50, in Giur. cost., 2005, 21: medesimo principio applicato per il procedimento di avvicendamento tra Province e Regioni

BETTI E., Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica), Milano, 1949, 28,

Corte Cost. n. 468 del 1991; Corte Cost. n. 81/2015.

Cons. St. n. 2304/2017.

L'INDIZIONE DELLA PROCEDURA CONCURSALE IN REGIME DI PROROGATIO DELL'ORGANO DI
VERTICE DELL'ENTE PUBBLICO