

Publicato il 02/02/2021

N. 00947/2021REG.PROV.COLL.
N. 03905/2020 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 3905 del 2020, proposto dal Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi - Melacrino - Morelli" di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'**avvocato** Giorgio Vizzari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;*

contro

*Leonilde Nobile, rappresentata e difesa dall'**avvocato** Francesco Cannizzaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;*

per l'annullamento o la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione staccata di Reggio Calabria n. 134/2020 del 28 febbraio 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Leonilde Nobile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2021 il Cons. Raffaello Sestini e rinviato al verbale d'udienza quanto alla presenza ai sensi di legge degli avvocati delle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

*1 - Il Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli" di Reggio Calabria ha indetto un concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura di un posto con profilo professionale di dirigente **avvocato** chiedendo, fra gli altri requisiti, quello della "iscrizione all'ordine professionale, attestata da certificato recante la data non anteriore a mesi sei rispetto a*

quella di scadenza del bando”.

2 - La ricorrente in data 30.06.2018 ha presentato la domanda di partecipazione al concorso, inviandola a mezzo pec come previsto dall'art. 3 del bando, pur non possedendo il predetto requisito, ed ha proposto ricorso per l'annullamento in parte qua del bando innanzi a al TAR, che con Ordinanza n. 166/2018 ha respinto l'istanza cautelare con la seguente motivazione: “Ritenuto che – impregiudicata ogni valutazione in merito al possesso, da parte della ricorrente, dei requisiti prescritti dal bando – non risultando ad oggi emanato alcun atto di esclusione della stessa dalla procedura concorsuale per cui è causa non è ravvisabile l'indefettibile presupposto della tutela cautelare, rappresentato dalla sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato.”

*3 - Con Determina del Direttore della U.O.C. Gestione e Sviluppo Risorse Umane e Formazione n. 441 del 05.04.2019, intervenuta nelle more della decisione del ricorso nel merito, la ricorrente è stata esclusa dal concorso in quanto non in possesso del requisito di cui al punto 2 comma c): “**Iscrizione** all'ordine professionale”, richiesto dal bando”, pertanto con successivi motivi aggiunti l'odierna appellata ha impugnato la predetta determina n. 441 di esclusione del concorso.*

4 - Con ordinanza cautelare n. 00088/2019 del 30/05/2019 Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, ha accolto l'istanza cautelare disponendo, “conseguentemente, l'ammissione con riserva della ricorrente al prosieguo della procedura concorsuale in questione”. Peraltro, rappresenta l'odierna controinteressati, tale ordinanza non è mai stata eseguita dall'appellante.

*5 - All'esito del giudizio di merito, con la sentenza n. 134/2020, il Tar Calabria ha accolto il ricorso anche nel merito, disponendo l'annullamento degli atti impugnati, previa disapplicazione del D.P.R. 10.12.1997 n. 483, sia nella parte in cui richiede, quale requisito specifico di ammissione al concorso di **avvocato** dirigente, l'**iscrizione** all'ordine professionale, attestata da certificato in data non anteriore a sei mesi rispetto a quella di scadenza del bando (art. 58 n. 1 lett. d), sia nella parte relativa ai requisiti generali di ammissione, ove si stabilisce che possono partecipare al concorso coloro che possiedono l'**iscrizione** all'Albo Professionale, ove richiesta, per l'esercizio professionale (art. 1 n. 1 lett. d).*

*6 – In particolare la sentenza di primo grado, condividendo l'orientamento già espresso dal TAR in altra causa riguardante identica fattispecie, osserva che “una volta superato l'esame di abilitazione, l'**iscrizione** all'Albo, pur costituendo condicio sine qua non per l'esercizio della professione, rappresenta un adempimento formale, cui l'Ordine è tenuto, salva la verifica dell'assenza di cause ostative, senza invece che tale **iscrizione** sia preceduta dell'accertamento del possesso di ulteriori requisiti di capacità professionale in capo al richiedente, tanto da configurarsi come atto a basso contenuto di discrezionalità, atteso che l'esercizio del potere*

tecnico-discrezionale di controllo è riservato alla precedente fase abilitativa” (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 5.4.2011 n. 1919). In particolare, l'**iscrizione** all'Albo può essere negata unicamente in considerazione dell'esistenza di determinate sentenze penali di condanna pronunciate a carico dell'aspirante, ex art. 42 R.D. n. 1578/1933, o a fronte di una delle cause di incompatibilità di cui all'art. 3 del R.D. cit., la cui sopravvenienza preclude peraltro la possibilità di esercitare le funzioni di **avvocato**, anche successivamente all'**iscrizione**, e pertanto, in ipotesi, anche dopo la presentazione della domanda di partecipazione al concorso di che trattasi. Il R.D. n. 1578/1933, così come l'art. 2229 c.c., si limitano infatti ad affermare che l'**iscrizione** all'Albo costituisce una condizione indispensabile all'esercizio della professione di **avvocato**, e ciò anche nel caso in cui le relative funzioni siano esercitate in un Ente Pubblico di cui l'**avvocato** è dipendente, dovendo in questo caso iscriversi all'elenco “speciale” di cui agli artt. 3 c. 4 lett. b), e 69 R.D. 22.1.1934 n. 37.

Il bando impugnato, ed il citato art. 58 c. 1 lett. d) del D.P.R. n. 483/97 richiamato nel medesimo, illegittimamente richiedono pertanto, quale requisito di partecipazione, il possesso di un elemento che è in realtà previsto solo per l'esercizio delle funzioni oggetto del concorso, e pertanto inidoneo a selezionare la platea dei potenziali concorrenti, che al contrario viene arbitrariamente limitata, proprio a causa di tale criterio di selezione, che è pertanto irragionevole.

Viene in rilievo a tale riguardo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 296/2010 che ha dichiarato incostituzionale la norma dell'articolo 2, comma 1, lettera f), del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, recante «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150», come sostituito dall'articolo 1, comma 3, lettera b), della legge 30 luglio 2007, n. 111 (Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario), “nella parte in cui non prevedeva tra i soggetti ammessi al concorso per magistrato ordinario anche coloro che abbiano conseguito soltanto l'abilitazione all'esercizio della professione forense, anche se non siano iscritti al relativo albo degli avvocati.” Nel dichiarare fondata la questione, la Corte costituzionale ha affermato testualmente che “la disposizione censurata attribuisce rilievo decisivo ad «un requisito di ordine meramente formale», l'**iscrizione** all'albo forense, rispetto a quanti risultino “solo” abilitati a svolgere la professione di **avvocato**”.

7 - La struttura sanitaria ha proposto ricorso avverso la sentenza n. 134/2020, chiedendone l'annullamento o la riforma previa sospensione dell'efficacia. Si è costituita in giudizio l'interessata.

8 - In sede di sommaria delibazione questa Sezione ha respinto la domanda cautelare con ordinanza del 18 giugno 2020 “Considerato che, nei limiti di cognizione della fase cautelare, l'istanza di sospensione della sentenza appellata si rivela non assistita dal necessario fumus boni

juris, essendo prima facie condivisibili le argomentazioni in diritto della giurisprudenza richiamata dalla sentenza appellata”.

9 – Nel merito, l’amministrazione deduce tre motivi di appello.

*9.1 - Con il primo motivo di impugnazione insiste nel ritenere legittimo il requisito di ammissione al concorso previsto dal bando consistente nella “**iscrizione** all’ordine professionale, attestata da certificato recante la data non anteriore a mesi sei rispetto a quella di scadenza del bando”.*

*9.2 - Con il secondo e il terzo motivo di impugnazione l’amministrazione sostiene che l’attualità del requisito dell’**iscrizione** all’Albo Professionale “dimostra l’attuale e perdurante sussistenza in capo al candidato di tutti i requisiti (tecnici e morali) richiesti dalla legge per l’esercizio della professione” ed osserva che altre Aziende Sanitarie hanno operato in modo similare.*

9.3 - Con l’ultimo motivo d’appello si sostiene poi la discrezionalità di parte appellante nella scelta dei requisiti da richiedere per la partecipazione alle procedure concorsuali.

10 – Le predette censure non risultano fondate.

10.1 - In particolare, l’amministrazione con il primo motivo di impugnazione insiste nel ritenere legittimo il requisito di ammissione al concorso sopraindicato.

*In effetti, considera il Collegio, l’**iscrizione** all’Albo costituisce una condizione indispensabile all’esercizio della professione di **avvocato**, e ciò anche nel caso in cui le relative funzioni siano esercitate in un Ente Pubblico di cui l’**avvocato** è dipendente, dovendo in questo caso iscriversi all’elenco “speciale” di cui agli artt. 3 c. 4 lett. b), e 69 R.D. 22.1.1934 n. 37.*

*Tuttavia, così come indicato dalla giurisprudenza richiamata dalla decisione di primo grado, il possesso delle richieste competenze professionali era già accertato dal superamento dell’esame di Stato di abilitazione all’esercizio della professione, mentre la successiva **iscrizione** all’Albo, pur costituendo condicio sine qua non per l’esercizio della professione, rappresenta un adempimento formale, cui l’Ordine è tenuto, salva la verifica dell’assenza di cause ostative e senza invece che tale **iscrizione** sia preceduta dell’accertamento del possesso di ulteriori requisiti di capacità professionale in capo al richiedente, tanto da configurarsi come atto a basso contenuto di discrezionalità, atteso che l’esercizio del potere tecnico-discrezionale di controllo è riservato alla precedente fase abilitativa (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 5.4.2011 n. 1919). Il bando impugnato illegittimamente richiedono pertanto, quale requisito di partecipazione, il possesso di un elemento che è in realtà previsto solo per l’esercizio delle funzioni oggetto del concorso, e pertanto inidoneo a selezionare la platea dei potenziali concorrenti, che al contrario viene arbitrariamente limitata, proprio a causa di tale criterio di selezione, da ritenere pertanto irragionevole.*

Assume al riguardo rilievo non secondario la pronuncia della Corte Costituzionale n. 296/2010, richiamata dal giudice di primo grado, che ha dichiarato incostituzionale l’articolo 2, comma 1,

lettera f), del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, recante «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150», come sostituito dall'articolo 1, comma 3, lettera b), della legge 30 luglio 2007, n. 111 (Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario), «nella parte in cui non prevedeva tra i soggetti ammessi al concorso per magistrato ordinario anche coloro che abbiano conseguito soltanto l'abilitazione all'esercizio della professione forense, anche se non siano iscritti al relativo albo degli avvocati», statuendo che «la disposizione censurata attribuisce rilievo decisivo ad «un requisito di ordine meramente formale», l'**iscrizione** all'albo forense, rispetto a quanti risultino «solo» abilitati a svolgere la professione di **avvocato**».

10.2 - Con il secondo e il terzo motivo di impugnazione l'amministrazione sostiene che l'attualità del requisito dell'**iscrizione** all'Albo Professionale «dimostra l'attuale e perdurante sussistenza in capo al candidato di tutti i requisiti (tecnici e morali) richiesti dalla legge per l'esercizio della professione», giustificando la sua introduzione nel bando, così come in numerosi altri bandi di concorso approvati da altre strutture sanitarie.

Tale tesi, considera il Collegio, contrasta peraltro con la sussistenza del potere-dovere dell'Amministrazione di verificare il possesso dei titoli tecnici e morali dei propri dipendenti e collaboratori prima dell'assunzione delle funzioni e poi in ogni momento del loro svolgimento.

Lo stesso bando prevede quindi, all'art. 11, che i concorrenti dichiarati vincitori, al momento della notifica disposta dall'Azienda, saranno invitati a produrre, nel termine di trenta giorni dalla data di comunicazione e sotto pena di decadenza, i documenti previsti per legge o dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà.

Del tutto ininfluyente è del resto quanto dedotto in merito alle prassi assuntamente seguite da altre Amministrazioni.

9.4 - La sentenza di primo grado avrebbe infine, secondo l'appellante, indebitamente invaso l'area di discrezionalità tecnico-amministrativa dell'Amministrazione, particolarmente ampia nella materia in oggetto e non sindacabile dal giudice amministrativo.

Al riguardo considera il Collegio che, se è pur vero che, così come riconosciuto anche dal giudice di primo grado, sussiste in capo all'amministrazione che indice la procedura selettiva un potere discrezionale nell'individuazione della tipologia dei titoli richiesti per la partecipazione, da esercitare tenendo conto della professionalità e della preparazione culturale richieste per il posto da ricoprire (cfr., Cons. St., Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 5351; Cons. St., Sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2494), nondimeno, la giurisprudenza ha chiarito che «in assenza di una fonte normativa che stabilisca autoritativamente il titolo di studio necessario e sufficiente per concorrere alla copertura di un determinato posto o all'affidamento di un determinato incarico, la discrezionalità nell'individuazione dei requisiti per l'ammissione va esercitata tenendo conto

della professionalità e della preparazione culturale richieste per il posto da ricoprire o per l'incarico da affidare, ed è sempre naturalmente suscettibile di sindacato giurisdizionale sotto i profili della illogicità, arbitrarietà e contraddittorietà (Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 28 febbraio 2012, n. 2098).

L'imposizione a tutti i candidati di un previo requisito di partecipazione al concorso, comportante un onere amministrativo ed economico per gli interessati, ma necessario solo al momento dell'effettiva assunzione delle funzioni in caso di superamento del concorso (e a quel momento sicuramente ottenibile da chi ha superato l'esame di abilitazione, salva la mancanza dei requisiti di moralità comunque necessari ai fini dell'assunzione) non risulta, quindi, né adeguato né proporzionato alla tutela dell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione.

10 – Alla stregua delle pregresse considerazioni l'appello deve essere respinto. Sussistono tuttavia, in ragione della complessità e parziale novità delle questioni controverse, giustificate ragioni per disporre la compensazione fra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO