

Pubblicato il 15/11/2016

N. 04718/2016REG.PROV.COLL.

N. 08002/2015 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 8002 del 2015, proposto da:  
Fortunato Giuseppe, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Rinaldi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

***contro***

-Regione Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria D'Elia ed Almerina Bove, con domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza Regione Campania in Roma, via Poli, 29;  
- Bianco Francesco, rappresentato e difeso dall'avvocato Felice Laudadio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.G.Belli, 39;

***per l'ottemperanza***

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V n. 00807/2015, resa tra le parti, concernente la nomina del difensore civico regionale - risarcimento danno.

Visti il ricorso per l'ottemperanza e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Francesco Bianco;  
Visto il ricorso in riassunzione;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2016 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Scatola per delega di Rinaldi, Laudadio, e De Gennaro per delega di Bove;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1.- Il dott. Fortunato Giuseppe chiede l'ottemperanza della sentenza di questa V Sezione 17 febbraio 2015, n. 807 (con declaratoria della nullità del d.P.C.R. della Campania n. 25 del 9 marzo 2015, asseritamente adottato in violazione del giudicato) di accoglimento dell'appello esperito dalle controparti avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, n. 985 del 2014, cui è conseguito l'esame dei motivi dichiarati assorbiti in primo grado, e l'accoglimento del ricorso di primo grado, proposto dall'esponente, con conseguente annullamento (sotto altro profilo) del decreto (n. 81 del 26 marzo 2013) di nomina del dott. Bianco a difensore civico regionale.

2. – Egli allega che, nonostante la portata della sentenza, la Regione Campania, con il d.P.C.R. n. 25 del 9 marzo 2015, ha inteso nominare nuovamente il dott. Bianco quale difensore civico.

A sostegno del ricorso egli deduce tre motivi di diritto, incentrati sul difetto di motivazione del decreto di nomina (i requisiti del candidato avrebbero dovuto essere motivati in relazione alla peculiarità della competenza richiesta dalla l.r. n. 23 del 1978, e sarebbe stata necessaria una comparazione tra i requisiti posseduti dal

dott. Bianco e quelli del dott. Fortunato), sul difetto di istruttoria (non avendo l'Amministrazione verificato l'assenza, in capo al dott. Bianco, dei requisiti curriculari dichiarati nella domanda di partecipazione), nonché sulla irragionevolezza della scelta (stante la non comparabilità tra i requisiti del nominato e quelli specifici del dott. Fortunato).

Il dott. Fortunato ha chiesto altresì il risarcimento del danno da ritardo nella nomina a difensore civico regionale.

3. - Con successivo atto, depositato in data 7 aprile 2016, il dott. Fortunato ha riassunto il giudizio di ottemperanza a seguito dell'ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, 7 marzo 2016, n. 1205 che ha dichiarato la propria incompetenza sul ricorso dal medesimo proposto avverso il d.P.C.R. n. 25 del 9 marzo 2015, di nomina, come già esposto, a difensore civico della Regione Campania del dott. Bianco Francesco, in favore del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza. Con tale ricorso, mediante il quale si chiede anche l'annullamento del provvedimento impugnato, vengono svolte censure sovrapponibili a quelle contenute nell'atto introduttivo, con articolazione di ulteriori doglianze, mediante le quali viene dedotto il vizio di incompetenza, nell'assunto che questa appartenga (ai sensi dell'art. 6 della l.r. Campania n. 23 del 1978) al Consiglio regionale e non già al Presidente del medesimo, nonché la violazione dell'art. 6 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, nella considerazione che il dott. Bianco è stato collocato in quiescenza (con il grado di tenente colonnello dell'Aeronautica), ragione per cui è precluso dalla norma da ultimo indicata conferirgli l'incarico di difensore civico.

4. - Si è costituito in resistenza il dott. Bianco eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del ricorso.

5.- Nella camera di consiglio del 7 luglio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Rileva anzitutto il Collegio che il provvedimento del Presidente del Consiglio regionale della Campania n. 25 in data 9 marzo 2015 non può ritenersi nullo per violazione del giudicato di cui alla sentenza n. 807 del 2015 di questa Sezione.

I limiti oggettivi del giudicato vanno infatti rinvenuti nell'accertamento della «radicale assenza di motivazione capace di giustificare la scelta del Bianco quale difensore civico. Premesso, infatti, che i canoni di buon andamento, di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa, attuati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, impongono un'adeguata motivazione anche ad atti di alta amministrazione di carattere fiduciario, si deve rimarcare che, nel caso di specie, l'atto finale e gli atti procedimentali a monte non recano alcuna indicazione delle ragioni della scelta del candidato nominato alla stregua della complessiva valutazione dei requisiti posseduti in relazione alle mansioni da svolgere, così rendendo impossibile la decifrazione dell'*iter* logico seguito al fine di pervenire alla soluzione contestata».

Come noto, la conformazione al giudicato da parte dell'Amministrazione, al cospetto di un annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione, conserva uno spazio assai ampio per il riesercizio dell'attività amministrativa e valutativa; ciò significa che se l'Amministrazione elimina il vizio motivazionale ma adotta un provvedimento ugualmente non soddisfacente della pretesa, si ha violazione od elusione del giudicato solamente allorché l'attività asseritamente esecutiva dell'Amministrazione risulti contrassegnata da uno sviamento manifesto, diretto ad aggirare le prescrizioni stabilite con il giudicato; diversamente, viene in rilievo non già una violazione/elusione del giudicato, ma un'eventuale nuova illegittimità (in termini, *ex multis*, Cons. Stato, VI, 8 aprile 2016, n. 1402; IV, 18 marzo 2011, n. 1692).

L'impugnato decreto n. 25 in data 9 marzo 2015 espone il ragionamento logico-giuridico sottostante alla decisione di nomina, riconsiderando la posizione del dott.

Bianco, del quale viene, all'esito, confermata la nomina a difensore civico regionale.

Deve dunque respingersi l'azione di ottemperanza al giudicato.

2. - Procedendo alla disamina dell'azione di annullamento, occorre anzitutto precisare che non occorre disporre la conversione dell'azione ai sensi dell'art. 32 Cod. proc. amm. e secondo le coordinate ermeneutiche di Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, avendo l'appellante già provveduto alla riassunzione del ricorso a seguito del provvedimento declinatorio della competenza da parte del Tribunale amministrativo regionale della Campania n. 1206 del 2016.

Ciò premesso, con il primo motivo viene dedotta l'incompetenza del presidente del Consiglio regionale a provvedere alla nomina del difensore civico, tale potere spettando al Consiglio regionale ai sensi dell'art. 3 (*Competenze*), comma 3, lett. b), l.r. 7 agosto 1996 n. 17 (*Nuove norme per la disciplina delle nomine e delle designazioni di competenza della Regione Campania*), come novellata dall'art. 2 della l.r. 13 febbraio 2014, n. 7.

Il motivo è fondato, quanto meno sotto il profilo del difetto di motivazione.

Il provvedimento impugnato individua solamente "*motivi di urgenza conseguenti alla perdurante vacanza dell'ufficio del difensore civico regionale*" che imporrebbero l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'art. 10, comma 2, l.r. n. 17 del 1996, tenendo conto della rilevanza sociale della funzione del difensore civico e del fatto che tali poteri sarebbero già stati esercitati nel corso del procedimento.

Senonché l'invocata disposizione dell'art. 10, comma 2, ha un ambito di operatività determinato, parametrato alla scadenza della legislatura (consiliatura) e alle nomine o designazioni che rivestono carattere di indifferibilità ed urgenza od al parziale rinnovo di organi, rispetto ai quali la mancanza di uno o più componenti impedisca il funzionamento.

Nel caso di specie non vi è alcun riferimento alla cornice temporale di fine consiliatura; inoltre il carattere di indifferibilità ed urgenza della nomina viene fatto discendere dalla mera rilevanza sociale della funzione.

3. - Analogamente fondato è il motivo con cui si allega l'inadeguatezza motivazionale del decreto impugnato nella prospettiva della mancata "comparazione" (in senso atecnico) tra i requisiti di competenza, esperienza e professionalità posseduti dal dott. Bianco e dal dott. Fortunato, limitandosi il provvedimento alla mera enunciazione del *curriculum* del nominato, recante peraltro titoli almeno in parte contestati *ex adverso*.

Osserva il Collegio che il profilo della valutazione tra i candidati discende dalle previsioni legislative applicabili, per le quali le nomine a pubblici incarichi di competenza della Regione Campania sono effettuate con riferimento ai "*requisiti di competenza, esperienza e professionalità dei candidati prescelti in relazione ai fini ed agli indirizzi da perseguire negli Enti*" (art.1, comma 1, l.r. n. 17 del 1996), e che il difensore civico «*deve essere scelto fra persone munite di peculiare competenza giuridico-amministrativa*» (art. 8 l.r. n. 23 del 1978).

Il decreto impugnato nemmeno consente una sommaria raffrontabilità dei requisiti di competenza giuridico-amministrativa dei candidati alla carica di difensore civico regionale.

E' pur vero che il provvedimento di nomina del difensore civico si fonda su di un rapporto di carattere fiduciario, ma è caratteristica che non dispensa, come afferma la giurisprudenza, l'amministrazione procedente dall'obbligo di esplicitare le ragioni che l'hanno indotta a privilegiare, tra più candidati, un aspirante rispetto agli altri.

In altri termini, non occorre una rigorosa comparazione tra i requisiti dei singoli candidati, con conseguente motivazione puntuale e specifica, come se si trattasse di un procedimento concorsuale: il provvedimento di nomina piuttosto deve dar

conto del fatto che i differenti requisiti di competenza, esperienza e professionalità siano stati valutati in relazione al fine da perseguire.

Tale esigenza appare tanto più evidente nel caso in esame, dove la nomina è stata fatta con provvedimento presidenziale, nell'esercizio di un potere sostitutivo, non già dall'organo assembleare attraverso un meccanismo di tipo elettorale (anche in tale evenienza è comunque necessaria una prima fase di verifica idoneativa o, se si vuole, di prequalifica dei candidati).

4. - L'accoglimento dei motivi esaminati conduce di per sé all'annullamento del provvedimento gravato.

Peraltro, per completezza, vale esaminare anche la quarta censura con cui il ricorrente deduce la violazione dell'art. 6 (*Divieto di incarichi dirigenziali a soggetti in quiescenza*) d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, posto che, essendo il dott. Bianco stato collocato in quiescenza (con il grado di tenente colonnello), non può attualmente conseguire l'incarico di difensore civico regionale.

Anche tale motivo merita condivisione.

Detta norma fa divieto alle amministrazioni pubbliche di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza; analogamente vieta loro di conferire ai medesimi incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni- Tali incarichi sono consentiti solamente a titolo gratuito, e per un periodo non superiore ad un anno.

Non si vedono ragioni per cui la norma, la cui *ratio* è evidentemente di favorire l'occupazione giovanile, non sia riferibile anche alla nomina a difensore civico regionale. Non ha rilievo la circostanza che i tratti di un incarico onorario, perché si tratta di distinzione non contemplata dalla legge. Del resto una tale figura è comunque caratterizzata da un rapporto di ufficio con attribuzione di funzioni

pubbliche, seppure in assenza di un rapporto di lavoro: ma questo non risulta necessario presupposto degli incarichi e collaborazioni cui si riferisce l'art. 6 del d.l. n. 90 del 2014.

Anche il funzionario onorario fruisce di indennità e la sua attività non è ascrivibile nell'ambito di un rapporto a titolo gratuito, di durata peraltro superiore all'anno.

5. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso va accolto nei termini di cui in motivazione con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di nomina.

Va invece disattesa la domanda di risarcimento del danno da ritardo perché la pronuncia di annullamento non contiene un accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato (Cons. Stato, V, 10 febbraio 2015, n. 675). Un siffatto accertamento è necessario anche per il riconoscimento del danno da ritardo, il quale non può restare avulso da una valutazione di merito sulla spettanza del bene sostanziale della vita, e va quindi subordinato anche alla dimostrazione che l'aspirazione del provvedimento è comunque destinata a un esito favorevole (in termini, da ultimo, Cons. Stato, V, 22 settembre 2016, n. 3920).

La complessità della vicenda processuale giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento dell'impugnato d.P.C.R. n. 25 del 9 marzo 2015.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:



Giuseppe Severini, Presidente  
Fabio Franconiero, Consigliere  
Raffaele Prosperi, Consigliere  
Alessandro Maggio, Consigliere  
Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO