



Giunta Regionale della Campania

Ufficio Speciale
Avvocatura Regionale

L'Avvocato Capo

Al Presidente del Consiglio
Regionale della Campania
Centro Direzionale Is. F 13
Napoli

Oggetto: modalità di ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato n.596/2017.

5834/2017

1. La sentenza del Consiglio di Stato n.596/2017.

Le vicende che hanno condotto alla pronuncia del Consiglio di Stato n.596/2017 sono come di seguito riassunti nella stessa pronuncia:

"1. Con sentenza 17 febbraio 2015, n. 807, questa V Sezione accoglieva in via definitiva il ricorso dell'avvocato Giuseppe Fortunato per l'annullamento del decreto del presidente del consiglio della Regione Campania, di nomina del dottor Francesco Bianco a difensore civico regionale (decreto 26 marzo 2013 n. 81, emanato all'esito della selezione di cui all'avviso pubblicato il 25 giugno 2012).

2. Contro la nuova nomina del controinteressato emessa dalla Regione (decreto del presidente del consiglio 9 marzo 2015, n. 25) l'avv. Fortunato proponeva un'impugnazione ordinaria davanti al Tribunale amministrativo regionale della Campania - sede di Napoli e un ricorso per ottemperanza a questo Consiglio di Stato (iscritto al n. di r.g. 8002/2015).

3. Il primo giudice declinava la propria competenza a favore di questo Consiglio di Stato, quale giudice dell'ottemperanza (ordinanza 7 marzo 2016, n. 1205). Quindi, l'avv. Fortunato riassumeva il ricorso nel giudizio di ottemperanza già da egli stesso incardinato.

18/01/18
vs. Aff. 6/2017
d. l. 6/1/18
C. d. 1/18
S. P.



4. Con sentenza 15 novembre 2016, n. 4718, questa Sezione respingeva l'azione di ottemperanza mentre accoglieva quella di cognizione.

In questa pronuncia si affermava che l'atto di nomina del dott. Bianco:

- era stato innanzitutto adottato dal presidente del consiglio regionale in assenza dei rigorosi presupposti di urgenza che ai sensi dell'art. 10, comma 2, l. reg. 7 agosto 1996 n. 17 (Nuove norme per la disciplina delle nomine e delle designazioni di competenza della Regione Campania) avrebbero consentito allo stesso di provvedere in sostituzione del consiglio regionale, ordinariamente competente sull'affare ai sensi dell'art. 3, comma 3, lett. b), della medesima legge regionale;

- era inoltre carente della necessaria comparazione con il curriculum del ricorrente in ordine ai requisiti di competenza, esperienza e professionalità richiesti per l'ufficio, ai sensi degli artt. 1, comma 1, della citata l. reg. n. 17 del 1996), e 8 l. reg. 11 agosto 1978, n. 23 (Istituzione del difensore civico presso la Regione Campania);

- infine, era illegittimo in virtù del divieto introdotto dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, all'art. 6, atteso che il controinteressato non poteva comunque conseguire alcuna nomina, quale dipendente pubblico collocato in quiescenza.

5. Per l'esecuzione di questa sentenza l'avv. Fortunato agiva nuovamente davanti a questo Consiglio di Stato con ricorso in ottemperanza, in cui censurava l'inerzia della Regione (iscritto al n. di r.g. 8002/2015).

6. Dal canto suo, contro la stessa sentenza il controinteressato dott. Bianco proponeva ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione davanti alle Sezioni unite della Corte di Cassazione, poi respinto (sentenza 14 settembre 2017, n. 21306).

7. Nel frattempo, la Regione Campania aveva annullato in autotutela la procedura per il conferimento dell'incarico di difensore civico e contestualmente ne aveva indetta una nuova (decreto del presidente del consiglio regionale n. 1 dell'11 gennaio 2017).

8. Contro quest'ultimo atto il dott. Bianco proponeva un nuovo ricorso ordinario, in relazione al quale il Tribunale amministrativo regionale della Campania – sede di Napoli declinava ancora una volta la propria competenza (ordinanza 23 marzo 2017, n. 1580), dacché una nuova riassunzione davanti a questo Consiglio di Stato, nel medesimo giudizio di ottemperanza iscritto al n. di r.g. 8002/2015.

9. Con successivi motivi aggiunti l'avv. Fortunato impugnava l'atto di nomina a difensore civico regionale dell'avvocato professor Francesco Eriberto d'Ippolito, con cui la nuova procedura per la nomina indetta con il decreto n. 1 dell'11 gennaio 2017 era stata definita (delibera del consiglio regionale assunta in data 11 luglio 2017)".

2. Così riportati i fatti, la citata sentenza ha, in primo luogo, accolto il ricorso avverso il decreto del Presidente del Consiglio Regionale che ha indetto nuovo avviso di selezione, dichiarandone la nullità, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. b), Cod. proc. amm. per elusione del giudicato; ha, quindi, esteso la dichiarazione di nullità, in via derivata, alla nomina dell'avv. D'Ippolito, impugnata dall'avv. Fortunato con i motivi aggiunti proposti nel giudizio di ottemperanza, in particolare con il decimo motivo aggiunto, con assorbimento delle restanti censure.

Quale effetto della dichiarazione di nullità degli atti indicati, la sentenza ordina alla Regione Campania, ai sensi del citato art. 114, comma 4, lett. a) Cod. proc. amm., *"ed in particolare al Consiglio regionale, di ottemperare alla sentenza di questa V Sezione 15 novembre 2016, n. 4718, mediante l'esame del curriculum professionale presentato dall'odierno ricorrente avv. Fortunato nella procedura selettiva indetta nel 2012. A questo scopo, nel caso di valutazione favorevole all'odierno ricorrente l'organo consiliare terrà in ipotesi conto dei requisiti di inconfiribilità e incompatibilità previsti dalla legge per l'incarico di difensore civico regionale"*.

Per l'indicata attività di esecuzione del giudicato il Consiglio di Stato ha assegnato il termine di giorni sessanta dalla comunicazione in via amministrativa o, se anteriore, notificazione della sentenza. In caso di persistente inottemperanza oltre tale termine, la sentenza prevede che sarà dall'Amministrazione regionale dovuta la somma di € 200,00 (duecento/00) al giorno all'avv. Fortunato, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), Cod. proc. amm..

2. La sentenza n.4718/2016

La pronuncia citata ordina, come sopra rilevato, di ottemperare alla sentenza n.4718/2016.

In quest'ultima si rileva che " (omissis) 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 (omissis)".*

3. L'individuazione di corrette modalità di ottemperanza.

Dalla citata sentenza n.4718/2016 si evince, in primo luogo, che, in assenza della ricorrenza della "cornice temporale" di fine consiliatura e/o di ulteriori, specifici motivi di urgenza- che, secondo quanto si ricava dalla medesima pronuncia, non possono ritenersi integrati, *ex se*, dalla necessità di procedere alla nomina del difensore civico- la competenza alla nomina deve essere esercitata dall'Assemblea consiliare e non dal Presidente.

Tale assunto può ritenersi pacifico, in quanto confermato dalla recente sentenza n.5834/2017, riportata innanzi, che espressamente ordina al Consiglio Regionale di ottemperare.

Meno immediata appare, invece, alla luce delle pronunce in questione, la individuazione delle modalità di conformazione sotto il profilo del procedimento di valutazione e scelta del difensore civico. Al riguardo, la sentenza del 2016 di annullamento della nomina del Bianco afferma - come sopra rilevato - la illegittimità della nomina per difetto di motivazione, derivante dalla mancata "comparazione in senso atecnico " (*id est*: dal mancato raffronto, ancorchè non analitico) dei *curricula* del Fortunato con quello del Bianco e rileva che "*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)*".

Dalle affermazioni testè riportate sembra a chi scrive senz'altro derivare che, ove sia il Consiglio ad effettuare la scelta - nella modalità, prevista dalle legge, della elezione a scrutinio segreto- la motivazione sia da considerarsi *in re ipsa* nell'esito della votazione, beninteso con la necessità che gli uffici abbiano in sede istruttoria verificato per tutti gli ammessi al voto il possesso dei requisiti prescritti, in quella che la sentenza medesima definisce "*prima fase di verifica idoneativa o, se si vuole, di prequalifica dei candidati*".

L'indicata soluzione trova conforto nella giurisprudenza secondo cui "Può sottolinearsi, inoltre, come la natura fiduciaria del rapporto sia confermata dalla previsione della maggioranza qualificata richiesta, in prima votazione, per la proclamazione del nominando (voto favorevole dei due terzi dei Consiglieri assegnati al Comune), la cui scelta, a scrutinio segreto (così l'art. 6, comma 4, del regolamento) presuppone anche lo svolgimento di consultazioni fra le varie componenti consiliari ai fini del raggiungimento preferibile di una indicazione che soddisfi anche la parte minoritaria del Consiglio. La votazione di secondo grado, che caratterizza il procedimento di scelta, evidenzia anche che la nomina costituisce un atto latamente politico dell'intera Assemblea, alla quale non trovano applicazione le regole proprie delle procedure e dei provvedimenti di tipo concorsuale, cosicché la correlazione fra l'uno e l'altro dei soggetti non può essere effettuata in termini di maggiori o minori titoli (culturali o professioni), ma di gradimento e fiducia che il nominativo ha riscosso nell'assemblea, di modo che rilevano i vizi della ammissione alla procedura (per mancanza dei requisiti richiesti dallo statuto e dal regolamento) e della votazione, per violazione della segretezza del voto o vizi della procedura in sé, ma non anche i criteri e le ragioni che hanno indotto l'Assemblea ad esprimere la fiducia nei confronti dell'uno, piuttosto che dell'altro candidato il cui atto di nomina, dunque, non è sindacabile, se non sotto il profilo della evidente irrazionalità e della falsità dei presupposti, ma non anche per il giudizio di valore tratto dai dati curriculari del candidato e tanto meno per vizio formale, essendo nella espressione del voto, la ragione stessa della nomina (in tal senso, in un caso analogo, si è espresso il consiglio di Stato, Sezione Quinta, nella decisione 26 aprile 2005 n. 1910)" (TAR Lazio, Roma, n.139/2009).

La sentenza n.5834/2917, peraltro, come sopra rilevato, ordina al Consiglio "l'esame del curriculum professionale presentato dall'odierno ricorrente avv. Fortunato nella procedura selettiva indetta nel 2012" e aggiunge che "A questo scopo, nel caso di valutazione favorevole all'odierno ricorrente, l'organo consiliare terrà in ipotesi conto dei requisiti di inconfiribilità e incompatibilità previsti dalla legge per l'incarico di difensore civico regionale".

Tale *dictum* sembrerebbe orientato all'esame e votazione specifica sul curriculum del dott. Fortunato, peraltro incompatibile con la normativa regionale vigente in materia (art. 6 della legge regionale 1978, n.11), a mente della quale "il Difensore civico è eletto dal Consiglio a scrutinio segreto e nominato con decreto del Presidente della Giunta. L'elezione è valida se il candidato ottiene il voto dei due terzi dei Consiglieri assegnati alla Regione. Nel caso in cui nessuno dei candidati ottiene la maggioranza di cui al

precedente comma nelle prime tre votazioni, l'elezione è effettuata dal Consiglio nella seduta successiva ed è valida se il candidato abbia ottenuto la maggioranza assoluta dei voti dei Consiglieri assegnati alla Regione. Qualora tale maggioranza non venga raggiunta dopo tre votazioni, il Consiglio procederà a nuova votazione entro i successivi trenta giorni e per la validità dell'elezione è richiesta la maggioranza assoluta dei voti dei Consiglieri assegnati alla Regione".

Una volta acclarato che la competenza alla nomina deve essere esercitata dal Consiglio, a parere di chi scrive, l'unica modalità di conformazione possibile, in quanto coerente alle previsioni normative in materia (L.R. n.23/1978), risulta la indizione di una seduta, nella quale sottoporre al voto del Consiglio i *curricula* dei soggetti che abbiano partecipato all'avviso indetto nel 2012 e siano risultati in possesso dei requisiti prescritti, sulla base dell'istruttoria svolta dagli uffici.

Al fine di consentire ai consiglieri di esercitare consapevolmente il diritto al voto e di assicurare la completezza delle valutazioni sottese alla scelta, gli indicati *curricula* dovranno essere necessariamente messi a disposizione dei consiglieri in tempo utile al relativo esame, in uno a tutti gli atti dell'istruttoria.

Altre modalità di valutazione e scelta da parte del Consiglio regionale non sembrano, invero, consentite dalle norme sopra richiamate: in particolare, poiché il Consiglio ha competenza alla scelta tra più istanti, non sembra ammissibile mettere al voto esclusivamente il *curriculum* dell'avv. Fortunato, subordinandone la nomina al conseguimento del *quorum* prescritto dalla legge, in quanto in tal caso mancherebbe in radice – peraltro, come conseguenza di un atto illegittimo (la precedente nomina del Bianco, impugnata dal Fortunato)- la scelta tra diversi *curricula* che costituisce, anche secondo quanto affermato nelle pronunce *de quibus*, elemento indefettibile ai fini della nomina.

Sotto altro profilo – e a conferma della indicata soluzione- si rileva che la pronuncia non limita l'ambito dell'esame oggetto dell'ordine giurisdizionale al solo *curriculum* dell'avv. Fortunato, in tal guisa consentendo anche sotto il profilo letterale la piena esplicitazione del procedimento previsto dall'art.6 della legge regionale n.23/1978.

Nei sensi indicati è il parere dell'Avvocatura regionale.

L'estensore

Avv. Almerina Bove

L'Avvocato Capo

Avv. Maria d'Elia

