

N. 01922/2014REG.PROV.COLL.

N. 02907/2010 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 2907 del 2010, proposto da:
Emilio Contieri, rappresentato e difeso dall'avv. Bruno Aguglia, presso il cui studio
ha eletto il proprio domicilio in Roma, via Cicerone,44;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso
per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: sezione I BIS n. 1327/2009, resa tra le
parti, concernente l'esclusione dal concorso a 173 posti di vigile del fuoco per
inidoneità alla visita medica

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2014 il Cons. Hadrian Simonetti, presenti per le parti l'Avvocato Aguglia e l'Avvocato dello Stato Soldani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno ricorrente ha partecipato al concorso indetto il 5.11.2001 dal Ministero dell'Interno per 173 posti di vigile del fuoco, riservato al personale volontario, collocandosi all'esito delle prove al 466° posto della graduatoria di merito, tra gli idonei.

Sottoposto alla visita medica il 23.5.2003, per l'accertamento dei requisiti psicofisici ed attitudinali di cui all'art. 2 punto 6 del bando di concorso, è risultato non idoneo per deficit della funzione visiva, come da nota del Capo Dipartimento dell'11.6.2003.

2. Proposto ricorso dinanzi al Tar, deducendo l'inattendibilità della valutazione tecnica della commissione medica, di cui ha chiesto la verifica, il Giudice di primo, dopo avere disposto la ripetizione della visita medica, ha respinto il ricorso sul rilievo che la piena acutezza visiva accertata in occasione della seconda visita fosse la conseguenza di un intervento correttivo con il laser effettuato nel mese di giugno del 2003.

3. Con il presente appello è impugnata la sentenza, deducendo con un primo motivo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quella del giudice ordinario, sul presupposto che la controversia verta in materia di rapporto di lavoro e non di pubblico concorso e sul rilievo che il ricorso sia stato proposto in primo grado in epoca antecedente alla l. 271/2005.

Con il secondo motivo sono riprodotte le originarie censure, sostenendo nuovamente come l'intervento correttivo con il laser fosse stato effettuato prima

della visita medica del 23.5.2003, sebbene gli effetti si fossero manifestati in epoca successiva.

3.1. Si è difesa l'amministrazione dell'interno eccependo l'inammissibilità del motivo relativo alla giurisdizione e, nel merito, l'infondatezza dell'appello.

3.2. All'udienza pubblica del 27.3.2014 la causa è passata in decisione.

4. Deve essere esaminata la questione di giurisdizione sollevata con il primo motivo di appello, la cui ammissibilità è posta in dubbio dalla difesa erariale, sull'assunto che simile questione non potrebbe essere dedotta dalla parte che in primo grado ha scelto di adire il giudice amministrativo e che su tale profilo sia risultata (in maniera esplicita o implicita) vittoriosa.

4.1. Osserva il Collegio come sul tema, alla tesi tradizionale, che ammette senza ripercussioni di sorta la possibilità per l'appellante già soccombente in primo grado di sollevare in appello il difetto di giurisdizione del giudice da lui precedentemente adito (cfr. Cons. St., VI, n. 5454/2009); si è andato contrapponendo un indirizzo più recente secondo cui un simile cambio di strategia, all'insegna del *venire contra factum proprium*, ricadrebbe nel generale divieto dell'abuso del diritto (processuale) la cui sanzione sarebbe data ora radicale inammissibilità del motivo di appello (cfr. Cons. St., V, n. 5421/2013 e 656/2012 e III, n. 2857/2012), ora, seguendo una soluzione intermedia, dalla condanna alle spese processuali ai sensi dell'art. 88 c.p.c., facendo però salvo (secondo questo indirizzo) il tardivo pentimento sulla giurisdizione ovvero quello che con formula suggestiva è stato definitivo come "il diritto ad avere torto" (v., in questi termini, Cass. SS.UU., n. 7097/2011).

4.3. Così riassunte le diverse tesi in discussione, reputa il Collegio che l'orientamento da ultimo richiamato della Corte di Cassazione realizzi la soluzione più equilibrata e convincente, sul rilievo che, al cospetto di un tempestivo motivo di appello che impedisce il formarsi del giudicato, l'art. 37 c.p.c. riacquisti la sua massima espansione, a garanzia del fondamentale principio di cui all'art. 25 Cost,

secondo cui nessuno può essere destituito dal giudice naturale precostituito per legge (Cass. SS.UU., n. 26129/2010).

5. Il motivo sulla giurisdizione, come veduto ammissibile, è peraltro infondato.

5.1. Deve infatti ritenersi che il giudizio di non idoneità formulato dall'amministrazione, di cui il ricorrente ha chiesto l'annullamento, si collochi pur sempre all'interno della fase concorsuale della vicenda, quale momento di necessario controllo in ordine all'effettivo possesso dei requisiti psico-fisici.

5.2. La circostanza che, nel caso in esame, verosimilmente per ragioni di semplificazione della procedura, questa fase di verifica si sia svolta dopo la formazione della graduatoria non vale a mutare i termini essenziali della questione, valendo semmai a caratterizzare la stessa graduatoria come ancora provvisoria, prima dell'esito positivo dei relativi controlli.

5.3. Sicché, per restare alle categorie tradizionali sui cui si fondano le regole del riparto, in pendenza di tali controlli, la posizione fatta valere era quella dell'interesse legittimo, senza che fosse ancora maturato un vero e proprio diritto all'assunzione tale da radicare la giurisdizione del giudice ordinario.

6. Così ribadita - questa volta espressamente - la giurisdizione del giudice amministrativo, nel merito si controverte essenzialmente sull'attendibilità dell'accertamento medico effettuato sul ricorrente in occasione della visita del 23.5.2003 all'esito della quale era stato riscontrato un deficit significativo della funzione visiva.

6.1. Deve muoversi dal duplice dato storico secondo cui, pacificamente:

-il successivo esame, disposto dalla stessa commissione sanitaria su ordine istruttorio del Giudice di primo grado, a distanza di circa quattro mesi dal primo accertamento, ha dato invece un esito del tutto favorevole, accertando la normalità dell'acutezza visiva;

-tale miglioramento è da imputare ad un intervento correttivo laser cui il ricorrente ammette di essersi sottoposto.

6.2. Controverso è, invece, il momento nel quale tale intervento correttivo sarebbe avvenuto, se in epoca anteriore alla visita del 23.5.2003 oppure in epoca immediatamente successiva, ma comunque prima del secondo esame del 3.10.2003.

6.3. Rilevato come sia stato lo stesso Contieri a dichiarare a verbale, all'atto della seconda visita, che l'intervento era avvenuto successivamente alla prima visita e come di tale verbale non sia contestata la veridicità; più in generale l'assunto di parte appellante è, per un verso, carente sul piano della prova e, per altro verso, comunque poco rilevante.

6.3.1. Sotto il primo profilo, infatti, la prova contraria e qualificata derivante dal pubblico verbale appena richiamato non è sufficientemente contraddetta dalla documentazione medica prodotta dal ricorrente, sul rilievo che, come evidenziato da controparte nella memoria 21.2.2014 (a p. 9), non ha depositato la cartella clinica relativa all'intervento laser, da cui si sarebbe potuto ricavare, con la stessa valenza probatoria del verbale, l'esatta tempistica dell'operazione.

6.3.2. Sotto il secondo profilo, è anche vero – e probabilmente dirimente - che la contestazione in ordine alla presunta inattendibilità dell'accertamento del 23.5.2013 è formulata in termini generici e assertivi, incentrandosi solamente sull'esito della visita senza estendere la censura alle modalità della stessa e come, in ogni caso, per un elementare principio generale a garanzia della *par condicio*, il requisito di partecipazione debba essere posseduto al momento dello svolgimento del pubblico concorso, senza che possano rilevare effetti favorevoli manifestatisi solamente in un secondo momento.

6.4. Ne consegue l'infondatezza dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado.

7. Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna Emilio Contieri al pagamento delle spese processuali in favore del Ministero dell'Interno, liquidate nell'importo di euro 1500,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2014