

Publicato il 16/02/2022

**N. 01167/2022REG.PROV.COLL.
N. 00941/2017 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 941 del 2017, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Petrarchini, domiciliato in via digitale come da pubblici registri e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, Circonvallazione Trionfale 145;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato in via digitale come da pubblici registri e domicilio fisico in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il -OMISSIS- (Sezione Prima) n. -OMISSIS-/2016, resa tra le parti, che dichiarato improcedibile il ricorso n. -OMISSIS-/2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2022 il Cons. Fabrizio D'Alessandri e vista l'istanza di passaggio in decisione di parte appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte appellante ha impugnato la sentenza del T.A.R. -OMISSIS-, Sez. I Bis, 16.8.2016, n. -OMISSIS-, che ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso di cui al R.G. -OMISSIS-/2015.

In particolare, l'odierna appellante ha partecipato al concorso per il reclutamento di 2165 volontari in ferma prefissata quadriennale per l'anno 2015 nell'Esercito italiano, nella Marina Militare e nell'Aeronautica Militare, indetto con il bando di concorso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, quarta serie speciale, n. 95 del 5 dicembre 2014.

La stessa veniva esclusa per non aver superato una prevista prova fisica e, in particolare, per il mancato superamento delle prove dei piegamenti sulle braccia.

Avverso tale determinazione negativa la predetta appellante ha proposto ricorso giurisdizionale dinanzi al T.A.R. -OMISSIS- (R.G. -OMISSIS-/2015), con richiesta di misure cautelari, anche monocratiche.

Con Decreto presidenziale n. -OMISSIS-/15 è stato sospeso il provvedimento di esclusione.

Con successiva ordinanza collegiale n. -OMISSIS-/15 è stata confermata la misura interinale di sospensione del provvedimento di esclusione e sono stati disposti incumbenti istruttori.

In data 9 dicembre 2015, in esecuzione dell'indicata ordinanza cautelare, l'attuale appellante è stata nuovamente convocata dalla Commissione di concorso per essere sottoposta ai previsti accertamenti psico-fisici e nuovamente esclusa per la presenza di un tatuaggio sul lato sinistro del

collo, ritenuto non compatibile con i requisiti concorsuali.

L'odierna appellante ha avverso questo ulteriore provvedimento di esclusione con ricorso per motivi aggiunti.

All'udienza del giorno 13 aprile 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione, previsto avviso, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., della sussistenza di ragioni di improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione della graduatoria finale del concorso in argomento, adottata con Decreto dirigenziale n. 17 del 4 febbraio 2016 e pubblicata, in pari data, sul sito ufficiale dell'Amministrazione resistente.

L'adito T.A.R., con la sentenza gravata ha dichiarato il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, stante la mancata impugnativa della graduatoria finale del concorso.

L'appellante ha gravato la sentenza in esame per i motivi che seguono.

1. Parte appellante lamenta che la dichiarazione di improcedibilità per la mancata impugnazione del Decreto dirigenziale n. 17 del 04.02.2016 si paleserebbe erronea in quanto con quest'ultimo decreto è stata approvata la graduatoria relativa alla 2° immissione nell'Esercito come VFP 4, mentre la stessa rientra nella 1° immissione di VFP 4.

Il concorso in questione, infatti, riguarda il reclutamento di 785 VFP 4 per la 1° immissione e di 785 VFP 4 per la 2° immissione, con la previsione che per ciascuna immissione le commissioni redigono distinte le graduatorie di merito.

Conseguentemente l'Amministrazione ha provveduto alla pubblicazione di due diverse graduatorie di merito, una per ciascuna immissione nell'Esercito e, precisamente, con il decreto n. 122 del 3.7.2015, il cui avviso è stato pubblicato in pari data, è stata approvata la graduatoria di merito relativa alla 1° immissione nell'Esercito, mentre con il Decreto dirigenziale n. 17 del 04.02.2016, pubblicato in data 5.2.2016, è stata

convalidata la graduatoria relativa alla 2° immissione.

Dato che l'odierna appellante rientrava nella 1° immissione, in quanto appartenente ai VFP 1 in congedo per fine ferma dal 16.4.2013, del tutto erronea si paleserebbe la sentenza gravata per aver "censurato" con l'improcedibilità il ricorso per la mancata impugnativa della graduatoria inerente alla 2° ammissione.

La stessa appellante specifica che la graduatoria di merito del concorso in oggetto relativa alla 1° immissione nell'Esercito è stata pubblicata sia nel portale dei concorsi *on line* del Ministero della Difesa, sia nel sito *internet* del Ministero stesso con il decreto dirigenziale n. 122 in data 03.07.2015 e non con il Decreto dirigenziale n. 17 del 4.2.2016.

La medesima parte appellante deduce, altresì, che il ricorso dinanzi al T.A.R. avverso il provvedimento di esclusione è stato notificato all'Amministrazione il 26.6.2015, ovverosia in data precedente alla pubblicazione della suddetta graduatoria di merito del 3.7.2015, graduatoria che, pertanto non poteva essere oggetto di impugnazione.

2. Parte ricorrente ha riproposto, in via generica e senza trascriverli, tutti i motivi non esaminati dal giudice di prime cure in quanto ritenuti assorbiti dalla qui impugnata dichiarazione di improcedibilità del giudizio.

Per quanto riguarda l'esclusione a causa della presenza del tatuaggio, impugnato con ricorso per motivi aggiunti (aspetto anch'esso assorbito dalla pronuncia di improcedibilità), ha specificamente dedotto il vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione.

L'appellante lamenta che la presenza di un tatuaggio non può comportare automaticamente l'esclusione dal concorso per non idoneità, essendo necessario che lo stesso, per la sua sede e natura, sia deturpante o contrario al decoro dell'uniforme o possibile indice di personalità abnorme.

Nel caso di specie il tatuaggio consiste in "*un piccolo e quasi invisibile tatuaggio*

in prossimità dell'orecchio sinistro e dell'attaccatura dei capelli il quale non presenta certamente le caratteristiche suindicate” e, comunque, l'Amministrazione avrebbe omesso ogni valutazione in merito.

Tra l'altro l'appellante si sta sottoponendo già da molti mesi ad un trattamento laser chirurgico per procedere all'eliminazione definitiva del tatuaggio in questione.

Deduce che il tatuaggio era presente già all'atto del primo arruolamento e non è stata ritenuta ostativa né in tale sede, né al momento del prolungamento della rafferma dei VFP1 nel marzo del 2012.

Si è costituito in giudizio l'Amministrazione appellata resistendo al ricorso e depositando memoria difensiva.

All'udienza pubblica del 25.1.2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) L'appello si rivela infondato per i motivi che seguono.

Irrilevante si palesa, ai fini della pronuncia di improcedibilità, la circostanza che la graduatoria finale indicata nella sentenza rispetto alla quale è stata imputata alla parte la mancata impugnativa, sia quella relativa alla 2° immissione di 785 VFP 4 (di cui al Decreto dirigenziale n. 17 del 04.02.2016) per l'anno 2015, mentre l'appellante rientrava nell'ambito della 1° immissione di 785 VFP 4 del medesimo anno.

La stessa parte appellante, infatti, ha dichiarato che la graduatoria relativa alla 1° immissione di 785 VFP 4 è stata pubblicata (ancora prima dell'altra), successivamente alla proposizione del ricorso di prime cure, nelle more del giudizio, indicandone gli estremi e precisamente il decreto n. 122 del 3.7.2015, pubblicato in pari data.

La stessa parte appellante non ha però mai dichiarato di aver impugnato quest'ultima graduatoria e, pertanto, del tutto irrilevante risulta l'indicazione nella sentenza degli estremi errati della graduatoria non gravata.

Resta fermo, infatti, il fatto sostanziale della mancata impugnativa della graduatoria finale della procedura selettiva della quale sono stati impugnati gli atti prodromici e, nella specie, i due provvedimenti di esclusione.

Al riguardo il Collegio ribadisce adesione all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la mancata tempestiva impugnativa della graduatoria di merito comporta l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso avverso il provvedimento di esclusione della medesima procedura, affermato dalla sentenza gravata, permanendo l'onere di impugnare la graduatoria concorsuale (T.A.R. -OMISSIS-, Sez. I bis, n. -OMISSIS-) per mantenere l'interesse al ricorso.

In punto di diritto, infatti, il ricorrente che ha impugnato l'esclusione ha l'onere, a seguito della pubblicazione della graduatoria di merito di un concorso pubblico cui ha partecipato, di impugnare anche tale provvedimento, non potendosi ritenere che un eventuale annullamento del provvedimento di esclusione possa avere un effetto caducante della graduatoria stessa (Cons. Stato Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4936; Cons. Stato, IV, 24 maggio 2019, n. 3422).

A tacer d'altro, l'affermazione di siffatta esigenza trova piena ragione nel rilievo che è proprio l'approvazione della graduatoria l'atto che radica in capo ai vincitori ivi dichiarati l'interesse a contraddire alla domanda di annullamento dell'esclusione, giuridicamente non configurabile anteriormente, e che dunque trasforma – solo rispetto alla nuova necessaria impugnazione della graduatoria – il c.d. controinteressato successivo (che di per sé non lo è) in litisconsorte necessario: il che, da un lato, consente la piena tutela di tali soggetti nel giudizio e, dall'altro, sottrae l'emananda sentenza dalla spada di Damocle dell'opposizione di terzo (impugnazione straordinaria senza termine).

2) Fermo quanto indicato, il Collegio rileva come, peraltro, l'appello

sarebbe stato in ogni caso inammissibile, in quanto l'appellante ha specificamente riproposto i motivi di appello, formulati in primo grado e assorbiti con la pronuncia di improcedibilità, solo per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti inerente alla seconda esclusione per la presenza di un tatuaggio, mentre ha effettuato solo un generico richiamo alle censure assorbite proposte avverso la prima esclusione, relativa al mancato superamento della prova fisica di piegamenti sulle braccia (rispetto alla quale a seguito ordinanza cautelare era stata disposta la ripetizione con riserva) .

Al riguardo, ai fini della riproposizione dei motivi assorbiti in primo grado non è sufficiente un rinvio del tutto generico agli atti di primo grado (Cons. Stato Sez. II, 04/01/2021, n. 111; Cons. Stato Sez. II, 10/12/2020, n. 7887) e la mancata riproposizione delle censure avverso di tale provvedimento di esclusione costituisce motivo di inammissibilità dell'appello, in quanto il mancato superamento della prova fisica costituisce motivo autonomamente idoneo a giustificare l'esclusione.

3) Il medesimo Collegio rileva, infine, come in ogni caso, il ricorso si sarebbe palesato infondato nel merito anche con riferimento ai riproposti profili di censura, assorbenti ai fini del rigetto, sulla legittimità dell'esclusione dell'appellante per la presenza del tatuaggio sul collo e, come tale, visibile con la divisa.

In particolare, è stato rilevato un tatuaggio sul lato sinistro del collo dietro l'orecchio sinistro e vicino all'attaccatura dei capelli, quindi "emergente, prossimalmente, da una fascia immaginaria, di altezza pari a cm 3.5 estesa intorno alla base del collo sino al margine anteriore del muscolo sterno-cleidomastoideo di sinistra".

La circostanza in questione si palesa contraria a quanto previsto dal Bando di Concorso (pubblicato in G.U. Serie Speciale n.95 del 5/112014) e, in

particolare, al capo B, paia 2, lettera a) dell'Allegato A — Esercito Italiano, che dispone “La commissione giudicherà, altresì, inidonei i concorrenti che presentino tatuaggi quando, per la loro sede, siano contrari al decoro dell'uniforme (e quindi visibili con l'uniforme di servizio estiva)” e – merita ben rimarcarsi – ciò indipendentemente dal contenuto degli stessi che, se fonte di discredito alle istituzioni o possibile indice di personalità abnorme, comporterebbero l'esclusione anche se posti in zone coperte dall'uniforme .

Secondo giurisprudenza, infatti, il tatuaggio è causa di esclusione qualora esso, quale che ne sia l'entità o il soggetto rappresentato, sia collocato nelle parti del corpo non coperte dall'uniforme, dovendosi, a tal fine, fare riferimento a tutti i tipi di uniforme utilizzate o utilizzabili nell'ambito del servizio. In particolare, l'amministrazione non è titolare di alcuna discrezionalità, non dovendo procedere ad alcuna valutazione, dovendo bensì solo prendere atto degli esiti di un mero accertamento tecnico (Cons. Stato Sez. IV, 09/03/2020, n. 1690; Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 2019 n. 6640; T.A.R. -OMISSIS-, Sez. I Bis, 29/10/2014, n. 10852; Cons. Stato, Sez. IV, 18/03/2011 n. 1690)

Quanto all'affermata circostanza che il tatuaggio sia in fase di rimozione, il Collegio rileva come sia rilevante che lo stesso fosse visibile al momento della visita concorsuale, tant'è che in sede di visita medica la commissione lo ha rilevato e segnalato, accertando la sussistenza della causa di esclusione.

In questi casi la commissione medica è solo tenuta a verificare la riconducibilità della situazione di fatto accertata nella fattispecie astratta che disciplina le cause di esclusione. Constatato che il tatuaggio era chiaramente visibile al momento della visita, essa ha correttamente ricondotto il segno, visibile sulla cute in zona non coperta dall'uniforme, nel novero delle cause

di esclusione, senza dover indugiare in ulteriori accertamenti istruttori sulla relativa entità, in quanto non previsti dalla disciplina di accesso al concorso. In applicazione del principio di imparzialità e di parità di trattamento tra i candidati di un concorso pubblico, ai fini del possesso dei requisiti di partecipazione rileva la data di scadenza del termine di presentazione della domanda.

La circostanza per cui, nel caso dei requisiti psicofisici, tale termine sia di fatto posticipato al momento della visita medica, non consente in ogni caso di attribuire rilevanza a fatti sopravvenuti, e successivi al momento della visita (Cons. Stato, Sez. IV, 27 gennaio 2020, n. 658; Cons. Stato Sez. IV, 30/06/2020, n. 4109; Cons. Stato Sez. II, 01/09/2021, n. 6155).

4) Per le suesposte ragioni l'appello va rigettato.

Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante al pagamento, in favore del Ministero appellato, delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila), oltre s.g. e accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2022

con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.