

N. 03410/2013REG.PROV.COLL.

N. 07401/2002 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7401 del 2002, proposto dalla Regione Abruzzo, in persona del presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

Nuova Tecnica 2000 s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Renata Angelini, Mario Sanino e Tommaso Marchese, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per l'Abruzzo - l'Aquila - n. 311 del 5 giugno 2002.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Nuova Tecnica 2000 s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dalla regione Abruzzo (in data 10 maggio 2013) e dalla società Nuova Tecnica 2000 (in data 20 maggio 2013);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2013 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Lumetti (Avv. St.) e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Nuova Tecnica 2000 s.r.l. (in prosieguo società NT) ha presentato alla regione Abruzzo, in data 2 ottobre 2000, una richiesta di autorizzazione (integrata con nota prot. n. 04/P del 16 ottobre 2000) per l'attivazione di un corso biennale per massaggiatore e capo bagnino degli stabilimenti idroterapici ai sensi degli artt. 99 e 140 del T.U.L.S. di cui al r.d. n. 1265 del 1934.

1.1. Con nota della direzione sanità della Giunta regionale – prot. n. 13246 del 26 giugno 2001 – stante l'assenza di normative statali ordinarie, è stato chiesto un parere al Ministero della sanità.

1.2. Con nota della direzione sanità della Giunta regionale – prot. n. 14311 del 13 luglio 2001 – è stato comunicato alla società NT che, non risultando essere mai stata regolamentata la professione in relazione alla quale era stata chiesta l'autorizzazione, si rimaneva in attesa di acquisire elementi utili da varie amministrazioni onde addivenire ad una soluzione in tempi rapidi anche sotto il profilo del completamento della necessaria disciplina di settore.

1.3. Avverso le due note è insorta la società NT, davanti al T.a.r. per l'Abruzzo, articolando due autonomi motivi (cfr. ricorso n.r.g. 445/2001 notificato in data 17 settembre 2001); l'adito T.a.r. ha concesso una misura cautelare propulsiva (cfr. ordinanza n. 333 del 10 ottobre 2001) imponendo alla regione di concludere il procedimento.

1.4. Con ordinanza dirigenziale DG5/59 del 19 novembre 2001 è stata formalmente negata la richiesta autorizzazione mercé il richiamo al parere negativo reso dal Ministero della salute – determinazione del direttore generale delle risorse umane e delle professioni sanitarie prot. n. 8152/2001 dell'8 ottobre 2001 – sostanzialmente per la totale assenza della disciplina statale recante l'indispensabile quadro ordinamentale secondo quanto disposto dall'art. 3 *octies*, co. 5, d.lgs. n. 502

del 1992, introdotto dal d.lgs. n. 229 del 1999, in base al quale <<5. *Le figure professionali operanti nell'area sociosanitaria a elevata integrazione sanitaria....sono individuate con regolamento del Ministro della sanità di concerto con il Ministro per la solidarietà sociale, sentita la conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome ...ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400...>>.*

1.5. La società NT ha notificato in data 1 dicembre 2001 ricorso per motivi aggiunti avverso il diniego espresso di autorizzazione deducendo:

a) con il primo motivo (pagine 6 – 15), che l'arte ausiliaria delle professioni sanitarie di massaggiatore e capo bagnino è tutt'ora disciplinata dalle originarie disposizione normative statali, che ne subordinano l'esercizio al raggiungimento della maggiore età ed al conseguimento di una licenza rilasciata da apposite scuole istituite per impartirne l'insegnamento; la competenza alla istituzione delle scuole professionali è demandata alle regioni; anche in assenza della disciplina ordinamentale è doveroso il rilascio delle prescritte autorizzazioni (come verificatosi per la scuola relativa all'insegnamento della professione di puericultrice gestita dalla società istante); l'autorizzazione all'apertura della scuola ed allo svolgimento dei corsi costituisce adempimento dovuto anche in relazione al principio di reciprocità che pervade l'ordinamento comunitario, per cui sarebbe irragionevole consentire che un titolo rilasciato ad un italiano in un paese CE sia riconosciuto in Italia ma non sia consentito al medesimo cittadino italiano di conseguire il medesimo titolo presso scuole in Italia; le disposizioni del T.U.L.S. non sono mai state abrogate e non possono ritenersi sostituite dalle norme sancite dall'art. 3 *octies* cit. e neppure da quelle sancite dalla l. n. 323 del 2000 (specie art. 9) che si riferiscono alle diverse figure degli operatori termali;

b) con il secondo motivo (pagine 15 - 16) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 *octies*, co. 5 cit. per contrasto con gli artt. 1 e 2, l. n. 419 del 1998, in relazione all'art. 117 della Costituzione, sotto il profilo che nelle materie di legislazione concorrente lo Stato non potrebbe emanare disposizioni di carattere regolamentare.

1.6. Con ordinanza n. 444 del 12 dicembre 2001 il T.a.r. ha accolto una ulteriore istanza cautelare, formulata contestualmente al primo atto di motivi aggiunti, ordinando alla regione di riprovedere; è seguita l'ordinanza dirigenziale DG5/71 del 4 marzo 2002 che ha confermato il richiamato diniego di autorizzazione.

1.7. La società NT ha proposto un secondo atto di motivi aggiunti (notificato in data 27 aprile 2002), contestando anche tale ultimo provvedimento.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per l'Abruzzo - l'Aquila - n. 311 del 5 giugno 2002 -:

a) ha riconosciuto che dopo la riforma del Titolo V della Costituzione la materia delle "professioni" e della "salute" è ricompresa fra quelle di legislazione concorrente, per cui rientra nella competenza statale l'individuazione delle varie professioni, i loro contenuti, i titoli richiesti per l'accesso e l'esercizio all'attività professionale;

b) ha preso atto che lo Stato non ha ancora definito l'ordinamento professionale in questione ma al contempo ha ritenuto che, in considerazione dei numerosi titoli conseguiti in favore di cittadini italiani all'estero, la regione, pur in mancanza di un assetto unitario a livello nazionale, dovrebbe determinarsi in modo autonomo;

c) ha accolto il ricorso di primo grado;

d) ha compensato fra le parti le spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato (rispettivamente in data 4 e 18 settembre), la regione Abruzzo ha interposto appello confutando analiticamente tutte le argomentazioni poste a sostegno dell'impugnata sentenza.

4. Si è costituita la società NT concludendo per l'infondatezza del gravame in fatto e diritto e sollevando profili in parte nuovi rispetto alle censure di primo grado.

5. Con ordinanza di questa sezione – n. 4445 del 15 ottobre 2002 – è stata respinta l'istanza di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza, nel presupposto dell'assenza del pregiudizio irreparabile a carico della regione.

6. In esecuzione della sentenza di primo grado, non sospesa, la regione ha rilasciato la richiesta autorizzazione (cfr. determinazione dirigenziale prot. n. DG5/156 del 25 settembre 2003).

Nelle more del processo, la regione Abruzzo, volendo dare seguito ai principi espressi dall'impugnata sentenza, ha approvato la legge regionale n. 2 del 23 gennaio 2004 – Istituzione corsi di formazione professionale per l'esercizio dell'arte ausiliaria della professione sanitaria di massaggiatore – capo bagnino degli stabilimenti idroterapici – che, successivamente, è stata dichiarata incostituzionale (cfr. Corte cost., 26 luglio 2005, n. 319).

7. La parti hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi con memorie ritualmente depositate (nel maggio del 2013); in particolare la regione ha evidenziato, senza essere smentita da controparte, che l'autorizzazione rilasciata in favore della società è interinale e non costituisce acquiescenza alla sentenza di primo grado.

8. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica dell'11 giugno 2013.

9. L'appello è fondato e deve essere accolto.

9.1. Preliminarmente il collegio rileva che:

a) non è venuto meno l'interesse della regione alla coltivazione del presente giudizio in quanto il rilascio del provvedimento autorizzatorio è stato effettuato in doverosa esecuzione della sentenza impugnata e non sospesa;

b) il perimetro del *thema decidendum* è delimitato dalle censure poste a sostegno del ricorso di primo grado, non potendosi esaminare nuovi motivi in quanto proposti in violazione del divieto dei *nova* sancito dall'art. 345 c.p.c. (applicabile *ratione temporis*, oggi art. 104, co. 1, c.p.a.).

9.2. In ordine logico deve essere dichiarata la inammissibilità del ricorso principale di primo grado in quanto rivolto a contrastare atti privi di autonomo valore provvedimentale; tale ricorso è comunque superato dall'emanazione del diniego regionale di autorizzazione di cui alla determinazione della direzione di sanità prot. n. DG5/59 del 2001.

9.3. Assume importanza centrale l'esame delle censure articolate con il primo atto di motivi aggiunti per contrastare il diniego di autorizzazione opposto dalla regione sulla scorta del parere del Ministero della salute.

9.3.1. La tesi sviluppata dalla società ricorrente, e parzialmente recepita dall'impugnata sentenza, è inaccoglibile sulla scorta delle seguenti ragioni:

a) successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione, nella materia delle professioni, rientrante nella competenza legislativa concorrente, costituiscono principi fondamentali (come tali riservati alla legge statale), la determinazione delle figure professionali e la definizione degli elementi costitutivi e delle modalità formative, per cui non spetta alla legge regionale creare nuove professioni o introdurre diversificazioni in seno all'unica figura professionale disciplinata dalla legge statale (cfr. Corte cost. n. 319 del 2005 resa proprio sulla l.r. abruzzese sopra menzionata, nonché le ulteriori pronunce che si sono succedute sul punto, da ultimo v. Corte cost. n. 86 del 2012); coerentemente sono ritenuti lesivi i provvedimenti regionali che regolano *ultra vires* i percorsi professionali sanitari invadendo la competenza statale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2010, n. 4427); in definitiva, la circostanza che il T.U.L.S. contempli ancora formalmente la figura del massaggiatore – capo bagnino degli stabilimenti idroterapici è irrilevante in assenza di una compiuta disciplina di settore armonicamente ricomposta sui due livelli di competenza previsti dalla Costituzione (statale e regionale);

b) come ben evidenziato da questo Consiglio (cfr. parere dell'adunanza generale 11 aprile 2002, n. 67/2002), le riforme intervenute sul calare del 1999 (in particolare la l. n. 42 del 1999, che ha trasformato le arti sanitarie ausiliarie in professioni sanitarie attraendo la relativa formazione nell'area del diploma universitario, nonché l'art. 3 *octies* cit.), dimostrano che le nuove professioni non possono cominciare a vivere nell'ordinamento se manca l'individuazione dei profili che le caratterizzano e la descrizione dei relativi percorsi formativi;

c) non può essere invocato il principio di reciprocità, ovvero il divieto di discriminazione rovesciata [elaborato dalla giurisprudenza nazionale, cfr. da ultimo Cass. civ., sez. I, 17 marzo 2009, n. 6441, quindi cristallizzato dalla legge, ora artt. 32, u.c., lett. i) e 53, co. 1, l. n. 234 del 2012], perché negli altri Stati europei i cittadini (anche quelli italiani) frequentano appositi corsi rispondenti a parametri

ordinamentali ben individuati, situazione questa che non è paragonabile a quella italiana dove manca proprio la fondamentale disciplina ordinamentale.

9.3.2. Per quanto concerne la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 3 *octies* cit., è appena il caso di osservare che la stessa è irrilevante non dovendosi fare applicazione di norme regolamentari emanate in base alla disposizione in commento.

9.4. Il rigetto del primo atto di motivi aggiunti travolge la misura cautelare ad esso collegata, in quanto intrinsecamente interinale nonché il provvedimento di conferma del diniego rilasciato dalla direzione regionale di sanità in data 4 marzo 2002; conseguentemente rimangono prive di oggetto, e dunque improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, le doglianze sviluppate con il secondo atto di motivi aggiunti.

10. In conclusione l'appello deve essere accolto.

A tanto consegue la riforma dell'impugnata sentenza, la declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, il rigetto del primo atto di motivi aggiunti e l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del secondo atto di motivi aggiunti.

11. Nella peculiarità della vicenda contenziosa in trattazione e nella novità delle questioni affrontate, il collegio ravvisa, a mente del combinato disposto degli artt. 26, co. 1, c.p.a. e 92, co. 2, c.p.c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione degli onorari e spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, dichiara inammissibile il ricorso di primo, respinge il primo atto di motivi aggiunti e dichiara improcedibile il secondo atto di motivi aggiunti;

c) dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)