

ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

RICORSO

Nell'interesse della Sig.ra **Giuseppe Nasca** [OMISSIS], **Simona Di Cuia** [OMISSIS], **Rachele Marano** [OMISSIS], **Pupillo Sofia** [OMISSIS], **Marciante Vittorio** [OMISSIS], **Femia Francesca** [OMISSIS] **Matilde Coppola** [OMISSIS], **Giammelli Calogero** [OMISSIS], **Galati Claudia** [OMISSIS], **Trifirò Agnese** [OMISSIS], **Ester Adinolfi** [OMISSIS], **Leonardo Benvenuti** [OMISSIS], **Pezzella Chiara** [OMISSIS], **Francesca Spiezia** [OMISSIS], **Cristofaro Simone** [OMISSIS], **Lucisano Alessandra** [OMISSIS], **Occhino Gaia** [OMISSIS], **Riela Carla** [OMISSIS], **Tramontana Francesca** [OMISSIS], **Rosario Rizzo** [OMISSIS], **Longo Matteo** [OMISSIS], **Rossi Giulia** [OMISSIS], **Porpora Roberta** [OMISSIS], tutti meglio identificati in atti e rappresentati e difesi, anche disgiuntamente, dagli Avv. Michele Bonetti (C.F. BNTMHL76T24H501F) e Santi Delia (C.F. DLESNT79H09F158V), elettivamente domiciliato presso lo studio degli stessi sito in Roma alla via San Tommaso d'Aquino n. 47 e che dichiarano di voler ricevere eventuali comunicazioni e notificazioni agli indirizzi pec michelebonetti@ordineavvocatiroma.org, avvsantidelia@cnfpec.it,

contro

il **MINISTERO DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA**, in persona del Ministro *pro tempore*, il **CISIA** in persona del legale rappresentante *pro tempore*, il **CINECA**, in persona del legale rappresentante p.t. e dei controinteressati in atti

per l'annullamento in via incidentale in parte qua

della nota Ministeriale 18 gennaio 2024 emessa in asserita esecuzione della sentenza del T.A.R. Lazio n. 863/24.

IN FATTO ED IN DIRITTO:

1. Le parti ricorrenti hanno partecipato ai TOLC ed hanno ottenuto i seguenti punteggi: Giuseppe Nasca con il punteggio di 56,99 si collocava nella posizione n. 18.143; Simona Di Cuia con il punteggio di 57,17 si collocava nella posizione n.

17.705; Rachele Marano con il punteggio di 56,83 si collocava nella posizione n. 18.559; Vittorio Marciante con il punteggio di 56,96 si collocava nella posizione n. 18.220; Sofia Pupillo con il punteggio di 57,02 si collocava nella posizione n. 18.068; Francesca Femia con il punteggio di 56,92 si collocava nella posizione n. 18.321, Matilde Coppola con il punteggio di 56,95 si collocava nella posizione n. 18.236, Giammelli Calogero con il punteggio di 51,98 si collocava nella posizione n. 30541; Galati Claudia con il punteggio di 48,81 si collocava nella posizione n. 38519, Trifirò Agnese con il punteggio di 50,51 si collocava nella posizione n. 34529, Ester Adinolfi 56,81 ed è collocata alla posizione n. 18.592, Leonardo Benvenuti con il punteggio di 56,79 ed è collocato alla posizione n. 18.661, Pezzella Chiara con un punteggio di 57,09 ed è collocata alla posizione n. 17904, Francesca Spiezia con un punteggio di 57,49 ed è collocata alla posizione n. 17025, Cristofaro Simone con il punteggio di 45,57 si collocava nella posizione n. 45997, Lucisano Alessandra con il punteggio di 48,44 si collocava nella posizione n. 39424, Occhino Gaia con il punteggio di 44,67 si collocava nella posizione n. 47782, Riela Carla con il punteggio di 46,58 si collocava nella posizione n. 43854, Tramontana Francesca con il punteggio di 48,84 si collocava nella posizione n. 43854, Rosario Rizzo con il punteggio di 43,32 si collocava nella posizione n. 50669, Longo Matteo con il punteggio di 43,02 si collocava nella posizione n. 50192, Rossi Giulia con il punteggio di 58,14 ed è collocata alla posizione n. 15527, Porpora Roberta con il punteggio di 56,98 occupa la posizione in graduatoria n. 18171.

Il Ministero, in asserita esecuzione della sentenza in epigrafe di codesto T.A.R. ha bloccato gli scorrimenti generando centinaia di posti vacanti. Ad oggi vi sono ben 664 posti liberi (467 di medicina e 197 di odontoiatria). Ad odontoiatria vi è il 18,3% di posti liberi, mentre per medicina vi è la disponibilità di 467 posti.

Per la facoltà di odontoiatria la situazione è particolarmente grave presso alcune sedi; si consideri ad esempio che presso l'Ateneo di Messina neanche la metà dei posti banditi è stata assegnata (su 50 posti banditi solo 17 sono stati utilizzati) con il 66% di posti disponibili ancora oggi. Negli Atenei di Foggia e de L'Aquila su 50 posti banditi

solo 29 sono stati coperti con una percentuale di posti liberi pari al 42% (ben 21 posti disponibili).

Per la facoltà di medicina la situazione non cambia; in alcuni Atenei come ad esempio l'Università di Catanzaro su 433 posti banditi ben 58 sono liberi con una percentuale di posti non coperti pari al 13,5%, mentre presso l'Università di Messina su 469 posti banditi il 10% non è stato coperto (solo 423 posti coperti con 46 posti liberi).

A seguito dell'annullamento della graduatoria e del blocco degli scorrimenti l'ultima posizione utile in graduatoria per la facoltà di medicina è occupata dallo studente in posizione n. 18.056 con un punteggio pari a 57.02; mentre per la facoltà di medicina l'ultimo studente in posizione utile occupa la posizione n. 18714 con il punteggio di 56,76.

Considerando quindi i posti ancora ad oggi disponibili è evidente che la graduatoria con gli scorrimenti avrebbe quantomeno permesso l'immatricolazione di tutti coloro (che **considerando i n. 746 rinunciatari presenti in graduatoria e i 664 posti disponibili** in totale), si collocavano in una posizione utile entro la posizione n. 20085 occupata dal candidato con un punteggio di 56,16.

Tutti i ricorrenti sono accomunati dalla circostanza che se non vi fosse stato l'atto impugnato del 18 gennaio 2024 con i successivi scorrimenti si sarebbero immatricolati in una sede migliore. Difatti, come si vedrà nel prosieguo superano ampiamente tutti la prova di resistenza, e che meglio si svilupperà nei successivi atti. Basterebbe il mero annullamento della nota impugnata e la ripresa degli scorrimenti per far sì che si verificassero le condizioni della immatricolazione di cui in ricorso.

Parte ricorrente ha interesse a impugnare la nota in epigrafe stante il fatto che il Ministero avrebbe dovuto, preso atto della mancata immatricolazione degli oltre 664 candidati nelle sedi ambite da parte ricorrente, consentire di immatricolarsi, non potendo, codesto T.A.R., prevedere tale ipotesi.

Parte ricorrente al momento della chiusura della graduatoria era assai prossima all'ammissione e, documentalmente, ove le regole di concorso fossero state rispettate

con riguardo alle modalità di scorrimento, avrebbe ottenuto l'immatricolazione che, invece, è preclusa.

2. L'erroneità della nota in epigrafe anche alla luce degli accadimenti successivi alla sentenza stessa ed all'appello principale.

Codesto T.A.R., con la sentenza su cui la nota si fonda, pur dichiarando l'illegittimità della procedura, è giunto alla conclusione di non consentire l'ammissione sovranumeraria di quel ricorrente e non annullare la procedura.

A chi scrive pare che la sentenza, con riferimento alla modulazione degli effetti che si è ritenuto di dare, alla luce di tali vacanze, non giunge ad un corretto temperamento di interessi. Chi perde (il Ministero e il CISIA), difatti, ottiene in realtà il massimo risultato, in quanto consentendo a tutti i prenotati di iscriversi, fa sì che tutti i posti vengano occupati persino senza ulteriori sforzi dell'Amministrazione stessa, modificando in corsa le regole del bando a cui parte ricorrente si era affidata. A ben vedere gli unici soggetti lesi sono due categorie, ovvero i concorrenti in prossimità della soglia di ammissione che ora si vedono esclusi o i prenotati che hanno subito l'attribuzione di una sede peggiore,

Per la peculiare situazione di parte ricorrente possiamo dimostrare che proprio tale categoria di soggetti è direttamente penalizzata giacché il legame di consequenzialità è immediato in quanto lo scorrimento sarebbe giunto alla loro posizione.

Ciò che si chiede, dunque, è che, anche in ragione della mancata impugnazione da parte dell' "originario ricorrente Alessandro Azzaro" delle norme del bando inerenti le modalità di scorrimento, che si ritenga illegittima la scelta ministeriale di incidere su esse. Così facendo, si dà un'interpretazione della sentenza in violazione del principio di cui all'art. 112 c.p.c. (pacificamente applicabile al processo amministrativo cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2020, n.6973) nonché l'art. 41 c.p.a. e l'art. 34 c.p.a. addebitando a codesto T.A.R. una pronuncia su poteri non ancora esercitati.

2.1. Né può negarsi che sia possibile agire avverso la nota in epigrafe, perché:

- se così non fosse, la sentenza non sarebbe opponibile a parte ricorrente che non ha partecipato a quel giudizio;
- la sentenza, anche ove fosse opponibile, non ha travolto tutte le posizioni salvando, a contrario, proprio tutti i soggetti già ammessi.

Con tali premesse non potrà che concludersi per l'illegittimità della nota in epigrafe per i seguenti

MOTIVI

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 112 C.P.C. (PACIFICAMENTE APPLICABILE AL PROCESSO AMMINISTRATIVO CFR. CONS. STATO, SEZ. V, 12 NOVEMBRE 2020, N.6973) 34 E 41 C.P.A.

I bis. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 34 E 97 DELLA COSTITUZIONE E DELLA LEGGE 2 AGOSTO 1999 N. 264. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONevolezza, DIFETTO DI MOTIVAZIONE E CONTRADDITTORIETÀ TRA PROVVEDIMENTI PROVENIENTI DALLO STESSO ATENEO. DIFETTO DI MOTIVAZIONE PER CONTRADDITTORIETÀ MANIFESTA. ILLOGICITA' MANIFESTA, FALSA INTERPRETAZIONE E VIOLAZIONE DEL DICTUM GIUDIZIALE, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL BUON ANDAMENTO E DELL'EFFICIENZA, EFFICACIA ED ECONOMICITA' DELLA P.A.

La nota ministeriale è illegittima nella parte in cui incide sui soggetti prossimi all'ammissione il cui scorrimento di graduatoria è stato bloccato.

La nota ministeriale è illegittima nella parte in cui incide sui ricorrenti a cui è stata tolta la possibilmente, documentalmente ottenibile, di ottenere la sede ambita sebbene la presenza di posti disponibili.

Il Ministero, difatti, non ha valutato che la sentenza ha dato un'indicazione sulla graduatoria ma non sui criteri di svolgimento dello scorrimento che, a ben vedere, riguardavano parti della lex specialis non censurata dall'originario ricorrente.

Così interpretando la sentenza ha generato un'illegittimità della stessa facendo sì che il Giudice fosse andato oltre la domanda e l'impugnazione rassegnata

violando le norme in epigrafe, nonché il principio secondo cui ha inciso su poteri ancora non esercitati dall'Amministrazione.

A chi scrive, inoltre, pare insuperabile che i poteri del G.A. volti alla modulazione degli effetti, si estendano persino ad atti non impugnati dal ricorrente consentendo, così, che il G.A. possa incidere non soltanto in danno dello stesso ricorrente ma persino su atti che lo stesso non aveva mai impugnato. Si assiste, così facendo, ad un trasferimento al G.A. di poteri che il codice sconosce in palese contrasto con il principio della domanda e dell'impugnazione con le correlative decadenze.

Se quegli atti non sono tempestivamente impugnati non sarà possibile coinvolgerli.

E' sin troppo noto, difatti, che in base al principio dispositivo la scelta di chiedere (o meno) la tutela giurisdizionale di una propria posizione sostanziale violata è interamente rimessa alla scelta della parte. Accompagnano il principio dispositivo alcuni noti e importanti corollari, come il principio della domanda, il principio dispositivo istruttorio e il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. In base al **principio della domanda** il processo amministrativo può ricevere impulso solo grazie all'istanza di una parte, non potendo invece essere iniziato officiosamente. Se, allora, come chiarito, il bando, in parte qua, non era impugnato nella parte degli scorrimenti, del tutto arbitrariamente il Ministero ha ritenuto che il T.A.R. avesse potuto farlo.

Né possono esservi dubbi circa l'applicazione dell'art. 112 c.p.c. al c.p.a. Esso, difatti, è ricavabile sulla scorta dell'**art. 34, comma 1, c.p.a.** nella parte in cui stabilisce che il giudice deve pronunciarsi "*nei limiti della domanda*", nonché dell'**art. 39 c.p.a.**, nella parte in cui rinvia ai principi applicabili secondo il codice di procedura civile.

Il caso ha chiare assonanze con quello trattato dalla Plenaria n. 4/15 che difatti il T.A.R. ha citato per giustificare la scelta di non procedere all'annullamento della selezione. Qui, tuttavia, il tema sono gli scorrimenti su atti a suo tempo non impugnati.

Nel caso della Plenaria l'ordinanza di rimessione chiedeva se fosse possibile per il giudice convertire una domanda di annullamento in una domanda risarcitoria nel caso in cui risulti che la pronuncia di annullamento provocherebbe un **grave pregiudizio in**

capo ai controinteressati o se ciò si ponga in contrasto con il principio dispositivo. In quel caso si trattava dell'accertamento dell'illegittimità di un concorso pubblico a distanza di quindici anni dallo svolgimento della procedura avrebbe effettivamente provocato un grave pregiudizio ai vincitori ormai nel ruolo da tempo.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza in discorso, ha ritenuto che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso, **non può ex officio** limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, neppure nel caso in cui la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati. È noto, infatti, che l'azione di annullamento si distingue dalla domanda di risarcimento tanto per la *causa petendi*, quanto per il *petitum*.

In quella stessa occasione l'Adunanza Plenaria ha però affermato che il giudice amministrativo può **modulare la portata dell'annullamento** (disponendo, ad esempio, un annullamento parziale o con effetti retroattivi limitati).

Qualora invece il giudice si spingesse fino a trasformarne il *petitum* o la *causa petendi* della domanda di parte incorrerebbe nel **vizio di extrapetizione**. A evitare questo esito non può neppure valere il richiamo al c.d. principio di continenza, in quanto, se è vero che l'accertamento è compreso nell'annullamento (giacché il più comprende il meno), l'accertamento a fini risarcitori è qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento.

Ci si è chiesti, allora, se sia possibile per il giudice convertire una domanda di annullamento in una domanda risarcitoria nel caso in cui risulti che la pronuncia di annullamento provocherebbe un **grave pregiudizio in capo ai controinteressati** (si trattava di un concorso pubblico a distanza di quindici anni dallo svolgimento della procedura avrebbe effettivamente provocato un grave pregiudizio ai vincitori ormai nel ruolo da tempo).

Così come chiarito dalla Plenaria, il G.A. può modificare “*la forma di tutela sostituendola a quella richiesta, ma determinare, in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente, la portata dell'annullamento [...]. Se poi la*

domanda di annullamento, con il suo effetto tipico di eliminazione dell'atto impugnato dal mondo giuridico non dovesse soddisfare l'interesse del ricorrente e anzi dovesse lederlo (in realtà l'ordinanza di rimessione riconosce che non si verte in tale ipotesi), la pronuncia del giudice non potrebbe che essere di accertamento, ma nell'altro senso, cioè della sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente che aveva proposto domanda di annullamento».

Ecco perché l'interpretazione asseritamente esecutiva del Ministero è errata. Se così fosse il T.A.R. avrebbe, a sua volta, agito contro i principi della Plenaria.

In questo come in quel caso, non si tratta di accertare il sopravvenuto difetto di interesse del ricorrente, ma al contrario, di ammettere che il giudice, a fronte di un perdurante interesse all'annullamento – ancorché nella forma dell'interesse strumentale – possa derogare al principio della domanda *ex officio*, facendo recedere l'interesse indebolito del ricorrente sulla base di altre valutazioni di interessi quali ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità. Secondo il Collegio, se si agisse come il Ministero ha ritenuto abbia fatto codesto T.A.R. *«si tratterebbe di una omessa pronuncia, di una violazione della domanda previsto dall'art. 99 c.p.c. e del principio della corrispondenza previsto dall'art. 112 c.p.c. tra chiesto e pronunciato secondo cui “il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”, applicabili ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm. anche al processo amministrativo».* Dunque, a fronte della persistenza dell'interesse del ricorrente nemmeno il tempo trascorso può rilevare: secondo l'Adunanza *«infatti, la durata occorrente per il giudizio, a maggior ragione quando essa sia prolungata e inaccettabile nelle sue dimensioni, non può andare a danno del ricorrente che ha ragione e pregiudicargli la sua pretesa, se non a costo di infliggergli un doppio danno».* Ugualmente non viene considerata rilevante neppure *«l'utilità più o meno ampia, che l'appellante possa ricevere da un eventuale annullamento, né possono avere rilievo le ragioni di inopportunità, in tale sede e fase, per i disagi causati ai controinteressati incolpevoli o la valutazione preminente dell'interesse pubblico, il quale coincide, in tale momento, con l'annullamento degli atti illegittimi impugnati».*

Secondo l'Adunanza Plenaria, poi, al fine di potere ammettere che il giudice possa pronunciare *ex officio* il risarcimento del danno al posto dell'annullamento degli atti, *«non appare utile il richiamo operato ai poteri di cui all'art. 21 nonies L. 241 del 1990, attenendo essi specificamente (ed esclusivamente, stante la loro natura eccezionale) all'attività amministrativa propriamente detta; così come non appare utile il richiamo alle disposizioni in materia di appalti (artt. 121 e 122 c.p.a.), in cui viene riconosciuta la possibilità al giudice di disporre un rimedio piuttosto che un altro, sulla base della inefficacia, con un potere valutativo che tenga conto del tempo trascorso, della effettiva possibilità di subentrare, delle situazioni contrapposte, dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e così via: trattasi, infatti, di fattispecie esclusive la cui disciplina non è estensibile in via analogica né tanto meno può essere assunta come espressiva di principi generali»*.

Ed allora *«Sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può ex officio limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita»* (Consiglio di Stato ad. plen., 13_04_2015, n. 4).

In disparte, come già accennato, che gli effetti della sentenza possono essere differenziati a sola tutela maggiore e non minore del ricorrente, nella specie tale possibilità sarebbe stata resa attuabile solo se il ricorrente avesse impugnato il sistema di svolgimento degli scorrimenti che, invece, l'impugnazione non lambiva.

E' illegittimo dunque, che si sia deciso di incidere su tale parte della *lex specialis*, imponendo a soggetti prenotati che avrebbero potuto ottenere la sede migliore di averla o soggetti prossimi all'ammissione di iscriversi, pur a fronte di una specifica impugnazione a suo tempo spesa.

I bis. In subordine, ammesso possa incidere su tali parti della *lex specialis*, la scelta del Ministero di bloccare la graduatoria stante la non volontà di perpetrare effetti illegittimi non è corretta.

E ciò per due ordini di ragioni:

Sub a) In primis in quanto non è legittimo in una procedura di cui alla L.n. 264/99 lasciare posti vacanti.

Sub b) In subordine in quanto è illogico e contraddittorio ritenere di non voler far proseguire gli effetti illegittimi sugli scorrimenti, salvo consentire tali effetti permettendo a oltre 14 mila studenti iscritti con una procedura illegittima. L'illegittimità secondo il Ministero, dunque, permarrebbe dunque solo per gli ultimi 664 senza che, stante il fatto che la mera cabala ha deciso il momento di tale blocco, vi sia una qualche differenza meritocratica tra loro e gli altri concorrenti.

Sub a) I. I posti liberi esistenti non possono rimanere vacanti, ma devono essere assegnati a chi li chiede giudizialmente, giacchè è illegittimo lasciarli vacanti (*ex multiis* e sempre sulla copertura dei posti il Tar Salerno n. 1142 del 2012 e Tar Milano 2412 del 2012 e 2414 del 2012; ordd. Cons. Stato, Sez. VI, nn. 1791/2012, 1034/2012, 1074/2012, 647/2012).

La fattispecie qui in esame coinvolge, infatti, i principi costituzionali del diritto allo studio e alla formazione che non può essere compresso se non per la necessità di garantire in ciascuna Università un equilibrato rapporto tra studenti e docenti, in ragione delle aule e delle strutture a disposizione, al fine di assicurare la regolarità dei corsi.

Il “budget” degli iscrivibili, peraltro, verrebbe intaccato pesantemente non tanto in senso assoluto ma con riferimento specifico a talune sedi ove, come si è visto, il numero dei posti vacanti è oltre il 40%.

La giurisprudenza, nel prevedere l'obbligo degli Atenei a procedere con la copertura integrale dei posti banditi, è granitica, basti pensare ad esempio a quanto chiarito sul punto dal C.G.A. *“La ratio del numero chiuso non sembra essere quella di creare una rigida rete protettiva a favore dei laureati in medicina (che*

sarebbe probabilmente in contrasto col diritto all'istruzione e con la logica comunitaria avversa in linea di principio a ogni forma di contingentamento), bensì quella (essenzialmente organizzativa) di mettere le Università nelle condizioni di poter rendere al meglio un servizio con un numero di studenti adeguato alle strutture: né superiore né inferiore alle effettive capacità delle strutture, secondo un criterio di economicità che esige la piena utilizzazione delle medesime. Tale impostazione peraltro sembra trovare un supporto indiretto nella giurisprudenza costituzionale e in particolare nella sentenza n. 383/1998 la quale - pur avendo come oggetto specifico il problema della definizione dell'ambito della riserva di legge in tema di istruzione - ha avuto modo di chiarire che il numero chiuso tende ad assicurare che nei diversi Paesi comunitari vengano assicurati standard di formazione minimi a garanzia che i titoli medesimi attestino il possesso effettivo delle conoscenze necessarie all'esercizio delle attività professionali corrispondenti. Per quanto riguarda in particolare le Facoltà di Medicina la Corte ricorda che le direttive comunitarie prescrivono che “gli studi teorici si accompagnino necessariamente a esperienze pratiche, acquisite attraverso attività cliniche o, in genere, operative svolte nel corso di formazione e di tirocinio aventi luogo in strutture idonee e dotate delle strumentazioni necessarie, sotto gli opportuni controlli. E ciò implica e presuppone che tra la disponibilità di strutture e il numero di studenti vi sia un rapporto di congruità, in relazione alle specifiche modalità dell'apprendimento” (C.G.A., 21 luglio 2008, nn. 633, 634, 635).

“A maggior ragione tali principi (quelli relativi alla assegnazione dei posti rimasti liberi) vanno applicati in tutti i casi di evidenti disponibilità dei posti predeterminati” (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 24 agosto 2011, n. 1101).

In aggiunta a tali considerazioni di ordine generale, non può sottacersi l'ulteriore principio secondo cui l'iscrizione della ricorrente in utilizzazione di uno dei posti comunque, resisi liberi, non comporterebbe comunque eccedenza di studenti iscritti rispetto al numero di posti, superando il

concetto di ammissione sovranumeraria comunque da sempre adoperato dalla giurisprudenza.

“In conclusione, poiché l’Università resistente ha ritenuto che il numero ottimale di studenti da immatricolare fosse - in relazione alle risorse disponibili - di riservati agli extracomunitari non residenti, essa aveva l’obbligo di completare tale contingente a vantaggio degli studenti italiani, realizzando quel “pieno impiego” delle risorse disponibili insito nel sistema normativo cui si richiama il ricorrente e, quindi, favorire quanto più possibile la domanda degli studenti, anche in relazione ai principi di cui agli art. 33 e 34 della Costituzione” (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 5 agosto 2003, n. 10874).

Non v’è chi non veda, pertanto, che si tratti di ammissioni tutte autorizzate dopo aver previamente verificato che, a tali anni di corso, vi sia la relativa disponibilità. Ed è questo il principio che a nostro avviso deve guidare ogni decisione in tema di programmazione degli studi, a prescindere dal merito della questione di diritto, nel caso in cui l’alternativa sia la permanenza di posti liberi.

Anche il G.A. ha chiarito che *“come condivisibilmente rilevato nel primo e secondo motivo, è mancata nel caso di specie un’adeguata istruttoria in ordine alle modalità con cui è stata individuata proprio una soglia minima di p.20, pari ad un quarto del massimo punteggio ottenibile, laddove il numero delle domande, la loro conformazione e la circostanza per la quale solo 5 candidati hanno potuto accedere al corso di laurea su 14 posti disponibili, hanno reso evidente la difficoltà del test di ingresso e avrebbero consigliato l’individuazione di una soglia minima diversa, non orientata ad incrementare la selezione in sé considerata ma ad escludere solo i candidati con un bagaglio culturale non idoneo nemmeno ad iniziare la fase di studio universitario. In sostanza, deve richiamarsi il principio giurisprudenziale secondo il quale la piena utilizzabilità dei posti predeterminati (anche in termini di fabbisogno sociale) sia più aderente ai principi costituzionali enunciati negli articoli 33 e 34 della Costituzione e ai*

canoni di logicità e ragionevolezza dell'operato della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 10.9.09, n. 5434) che deve privilegiare la tesi volta ad assicurare lo scorrimento della graduatoria nei posti non utilizzati, dato che la garanzia del diritto allo studio sancita dall'art. 34 Cost. si qualifica come diritto della persona e non soffre limitazioni in relazione al grado di istruzione (TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 1.8.11, n. 2031)” (T.A.R. Lazio, Sez. III, 21 marzo 2014, n. 3204).

Sub b) In subordine in quanto è illogico e contraddittorio ritenere di non voler perpretare effetti illegittimi, salvo consentire tali effetti permettendo a oltre 14 mila studenti di iscriversi (*rectius*, di rimanere immatricolati) all’esito di una procedura illegittima. Come accennato l’illegittimità permarrebbe solo per gli ultimi 664 senza che, stante il fatto che la mera cabala ha deciso il momento di tale blocco, vi sia una qualche differenza meritocratica tra i concorrenti.

Né può essere decisivo il fatto che i 14.000 studenti iscritti avevano svolto già una parte cospicua della carriera, trattandosi di mere frequenze da, al massimo, 3 mesi, compresa la pausa natalizia, senza che neanche alcun esame era stato verosimilmente sostenuto da tali soggetti. Ed ammesso che ciò fosse accaduto si sarebbe trattato di esami comunque utili per successiva carriera essendo inferiori o uguali a n. 2 e dunque sempre sostenibili anche senza l’accesso all’esito del test (cd. corsi liberi ex art. 6). La realtà è che trattasi di studenti che al massimo avevano assistito ad un mese e mezzo di lezioni e che in alcuni casi con gli scorrimenti settimanali avevano una matricola da una decina di giorni.

La differenziazione imposta dal Ministero, tra immatricolati e non ancora tali ma in posizione utile, è, semplicemente, inaccettabile e per nulla legata al merito.

Non vi era, a contrario, alcun elemento utile per ritenere decisiva la tutela di tali soggetti rispetto a parte ricorrente, ed infatti:

- il tempo dall'immatricolazione è certamente troppo limitato per immaginare un consolidamento di tali posizioni da tutelare; e ciò tanto dei soggetti immatricolati ab origine, quanto per gli ulteriori 500 candidati a cui è stato consentito iscriversi durante l'ultima sessione successiva al deposito della sentenza;

- proprio per questi ultimi, senza neanche un giorno di lezione, è davvero abnorme che si ritenga di tutelarne la posizione. ritenendoli meritevoli a fronte di analoga posizione di parte ricorrente egualmente a poche posizioni dagli stessi e con centinaia di posti vacanti.

La nota che qui si impugna a parere di chi scrive erra e mal interpreta la sentenza di codesto On.le TAR che come tra l'altro contraddittoriamente riportato nella stessa nota ministeriale, ha fatto salve le immatricolazioni avvenute O **COMUNQUE IN CORSO DI PERFEZIONAMENTO.**

.....
Parte ricorrente, al momento della pubblicazione della nota, aveva la “finestra di perfezionamento” ancora aperta. Lo stesso On.le TAR ha considerato la tutela degli immatricolati e allo stesso tempo degli immatricolabili, non distinguendo in alcun punto tra “prenotati”, “in attesa”, “fine posti” e “posti esauriti”. Una interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela del bene della vita e al diritto allo studio ex art. 34 Cost. deve considerare anche la posizione di parte ricorrente che non era prenotata, ma che non rientrava neanche negli altri casi della legenda “della graduatoria”¹, ovvero:

¹ *Assegnato*

Esiste per il candidato un posto assegnato nell'Università che ha indicato come prima scelta, oppure come altra scelta se le scelte precedenti sono state esaurite da candidati che lo precedono nella graduatoria. Ha tempo per immatricolarsi fino al giorno 18 marzo 2024. La mancata immatricolazione corrisponde a rinuncia; il candidato non verrà più considerato per ulteriori assegnazioni.

Prenotato

La prima scelta indicata dal candidato al momento non ha posti disponibili. Tuttavia c'è posto in almeno una delle sue scelte successive. E' quindi prenotato presso la prima scelta disponibile fra le opzioni indicate nell'iscrizione (l'ultima di quelle elencate a fianco del suo nome in questa pagina). Nello stato di "Prenotato" è possibile:

1) immatricolarsi subito sulla scelta in cui si risulta "prenotato". ATTENZIONE: in questo caso si annullano automaticamente e irrevocabilmente tutte le altre preferenze espresse.

“posti esauriti”, “rinuncia”, “rinuncia dopo immatricolazione”, “rinuncia per mancata dichiarazione”. In queste ipotesi il candidato non è chiamabile, diversamente dall’ipotesi rappresentata dai ricorrenti che erano in attesa, ovvero in attesa di eventuali rinunce per subentrare; anche altre ipotesi tra cui il fine posti lasciano intendere che i candidati potrebbero essere successivamente richiamati per l’immatricolazione.

Una interpretazione costituzionalmente orientata della esecuzione della sentenza non può non portare a non valorizzare tutti i soggetti in attesa di “perfezionamento”; diversamente l’operato del Ministero con la nota impugnata viola lo stesso provvedimento esecutivo secondo cui *“non si potrà, pertanto, procedere a ulteriori scorrimenti della graduatoria, salvo quelli la cui finestra di perfezionamento risulti ancora aperta alla data di pubblicazione della presente sentenza”*.

Del resto alcuna differenza vi è tra i ricorrenti che si sarebbero immatricolati con lo scorrimento immediatamente successivo all’annullamento della graduatoria e tutti coloro che in tal momento erano prenotati. Quantomeno per evitare disparità di

2) *attendere che si liberi un posto in una delle scelte preferite rispetto alla scelta su cui si risulta "prenotato" (la prenotazione si trasformerà in una ASSEGNAZIONE sulla stessa scelta nel momento in cui tutte le altre scelte preferite avranno esaurito i posti disponibili).*

Attesa

Non esistono, al momento, posti disponibili in nessuna delle Università indicate dal candidato. Rimane in attesa di eventuali rinunce.

Fine posti

Il candidato non è collocato entro il numero dei posti disponibili. Può ottenere un posto in una delle Università prescelte solo in caso di rinunce da parte di candidati che lo precedono in graduatoria.

Immatricolato

Il candidato ha effettuato l'immatricolazione ed è a tutti gli effetti iscritto al corso di laurea indicato.

Posti esauriti

Le scelte indicate dallo studente hanno esaurito i posti a disposizione, poiché i candidati che lo precedono nella graduatoria si sono immatricolati.

Rinuncia

Il candidato non ha effettuato l'immatricolazione entro il termine prescritto come d'obbligo, risulta rinunciatario e non verrà più considerato per ulteriori assegnazioni.

Iscritto II anno

Il candidato si è regolarmente iscritto al II anno del corso.

Rinuncia dopo immatricolazione

Il candidato si è immatricolato ma poi ha rinunciato al posto.

Rinuncia per mancata dichiarazione

Il candidato non ha espresso l'interesse all'eventuale immatricolazione, non verrà considerato per le assegnazioni.

trattamento tra situazioni identiche l'Amministrazione avrebbe quantomeno dovute verificare il numero dei posti ancora liberi ed assegnarli a tutti coloro che, come i ricorrenti, erano in posizione utile per l'immatricolazione. Diversamente agendo l'Amministrazione ha creato un vulnus tra posizioni identiche ossia i prenotati e i ricorrenti comunque in posizione utile all'immatricolazione.

Non vi è chi non veda come l'unica soluzione non manifestatamente illogica da adoperare doveva essere quella di effettuare un interpello tra tutti i chiamabili compresi i ricorrenti.

Tali posti liberi vanno assegnati a parte ricorrenti e non rimessi a scorrimento erga omnes (Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 3953/2019).

Giova, inoltre, richiamare come su fattispecie identica, preliminarmente, la pronuncia da parte del Consiglio di Stato che sul motivo surriferito ha definitivamente chiarito come ***“si dovrà tener conto unicamente di candidati che, mediante ricorso giurisdizionale, hanno contestato, con successo, l'illegittimità della detta programmazione”*** (Sez. VII, 27/10/2022, n. 9246; Cons. Stato, Sez. VI, citata sent. n. 5429/2020).

L'erroneità della posizione del Ministero è inoltre confermata in un'altra pronuncia in cui il Consiglio di Stato ha ribadito che **“si deve ritenere illogica e contraddittoria la ricordata scelta del giudice di prime cure di rimettere all'amministrazione ai fini della redistribuzione dei posti riservati a studenti extracomunitari, rimasti vacanti, lo scorrimento della graduatoria anche verso soggetti che non abbiano proposto ricorso giurisdizionale. E tanto per una serie di considerazioni: innanzitutto perché quel dispositivo è in contrasto con il principio processuale della domanda e con i limiti agli effetti del giudicato sostanziale propri di una giurisdizione di carattere soggettivo. In secondo luogo perché la ridetta scelta integrerebbe un significativo vulnus in punto di dispendio di risorse e attività in danno sia del privato interessato sia della p.a., integrando un pregiudizio all'interesse pubblico perseguito ed all'efficienza dell'azione amministrativa. Infine perché graverebbe la Pubblica**

amministrazione dell'indebito ed improbo compito di avviare una dispendiosa ricerca volta a reperire tutti i (numerosi) candidati che illo tempore hanno partecipato alla procedura, e che potrebbero non essere più interessati, a partecipare, ora per allora ad un processo formativo lungo e impegnativo, da intraprendere nonostante il quinquennio trascorso dalla data in cui ebbero a presentare la loro candidatura” (Sez. VII, n. 9246/22).

A fortiori, giova richiamare la recentissima pronuncia del Consiglio di Stato su fattispecie analoga (n. 5085/2023) con la quale si dà atto della produzione degli effetti dell'annullamento del D.M. sui soli ricorrenti.

Posizione che, peraltro, con la sentenza **n. 102/22 del 7 gennaio 2022** sostenuta dal T.A.R. del Lazio “*la disposizione in questione, quindi, si limita a disciplinare l'adempimento ad un obbligo dello Stato rispetto alla domanda di istruzione proveniente da cittadini stranieri, ma non contiene sbarramenti alla possibilità che, una volta adempiuti detti obblighi, torni ad espandersi (anche per gli studenti comunitari) il diritto costituzionalmente garantito all'istruzione, di cui è espressione la piena occupazione di tutti i posti disponibili nelle facoltà interessate. Ne deriva che il motivo merita accoglimento nei limiti di interesse della ricorrente. Da tale annullamento potrà conseguire la immatricolazione definitiva di parte ricorrente, in base alla occupazione di posto lasciato vacante presso la facoltà di Odontoiatria dell'Università di Sassari, secondo quanto sarà onere dell'Amministrazione di valutare”*.

I posti “*non rimessi a scorrimento*”, a seguito dell'arbitrario blocco, difatti, vanno assegnati ai soli ricorrenti (Cons. Stato, Sez. VI, n. 3953/19; a patto “*dell'aver conseguito il punteggio minimo pari a 20 punti, nonché aver confermato l'interesse all'immatricolazione nei termini di cui al d.m. 337/2018*” (ord. n. 5145/19) che hanno spiegato tale vizio. In particolare, in sede d'appello (proposto dal Ministero avverso la sentenza del TAR Firenze) questo giudice, già nel 2019, chiariva come la clausola del bando annullata sia scindibile con effetti dunque limitati ai ricorrenti e non estensibili a chi non aveva proceduto ad agire.

Il Ministero, in sede di appello, in particolare, aveva sostenuto che l'Adunanza Plenaria (nn. 4 e 5/19) avrebbe avallato la tesi oggi fatta propria dal Decreto impugnato e che dunque anche i soggetti che non hanno agito, avrebbero diritto al posto. Il Consiglio di Stato, tuttavia, "correggeva" espressamente il Miur circa la teoria prospettata chiarendo che la clausola del bando annullata è scindibile con effetti limitati, dunque ai ricorrenti, e non estensibili a chi non aveva proceduto ad agire. Rimane *"ferma in ogni caso"*, ci tiene a precisare il Cds pur a fronte di altre ragioni già utili al rigetto dell'appello, *"la scindibilità nella specie dell'annullamento dell'impugnata clausola, il cui concetto è come descritto in Cons. St., ad. plen., n. 4/2019 e non come asserito dagli appellanti"*. La decisione, dunque, conferma in maniera tranciante che chi non ha agito in giudizio e non ha un provvedimento favorevole non può pretendere il posto che, al contrario, deve essere assegnato a chi ha ricorso.

Tale tesi è stata tra l'altro confermata dall'ampia fase di ottemperanza cautelare su analoghi contenziosi degli ultimi anni, che ha appunto confermato che solo i ricorrenti potevano beneficiare dell'esito giudiziale. *"- Visto il contenuto dell'ordinanza oggetto di esecuzione nonché l'ulteriore consolidarsi dell'orientamento espresso in materia dalla sezione (cfr. da ultimo ad es. ord.za 5087\2019); - rilevato che l'ordinanza stessa non risulta essere stata ancora eseguita; - atteso che è ormai imminente l'inizio dei corsi in oggetto; - ritenuto che vada pertanto ribadito l'ordine di esecuzione, attraverso l'ammissione dei ricorrenti ai corsi di laurea indicati in prima o diversa opzione; - considerato che, a fronte degli elementi da ultimo evidenziati dall'amministrazione attraverso la relazione di chiarimenti depositata in data 8\10\2019, occorre chiarire che l'ammissione presuppone il rispetto delle due condizioni di ammissibilità dell'essere in graduatoria, cioè aver conseguito il punteggio minimo pari a 20 punti, nonché aver confermato l'interesse all'immatricolazione nei termini di cui al d.m. 337/2018" (n. 5145/19).*

Come chiarito in fattispecie analoga sempre da codesto Consiglio di Stato, difatti, *“parimenti fermo è l’altro principio, invocato dalla ricorrente anche nella sua memoria conclusiva e che costituisce un caposaldo dell’azione d’annullamento soggetta a termine di decadenza, in virtù del quale, allo stato, non rileva la materiale esistenza d’uno o più candidati che sopravanzavano la ricorrente stessa nella graduatoria, in quanto costoro non possono giovare dell’accoglimento statuito con l’ottemperanda sentenza se non hanno a loro volta proposto ricorso contro il DM (...) ed ogn’altra preclusione alla poeriorità della loro posizione verso sia la ricorrente, sia la graduatoria, ormai esauriti essendo i loro rapporti su tali aspetti”* (Sez. VI, n. 1781/20).

Tale tesi è stata da ultimo confermata, in un contenzioso parimenti noto alla Sezione sul diploma magistrale e le G.A.E dalla Cassazione con sentenza n. 3830/2021 del 15 febbraio 2021. La Suprema Corte, in particolare, ha evidenziato, come sostenuto da questa difesa, che in ipotesi di annullamento generale di un atto inscindibile (in questo caso il riferimento è alla *“determinazione normativa dell’offerta formativa o agli effetti delle contestazioni sulle domande”*), *“la sfera di efficacia soggettiva della pronuncia giurisdizionale di annullamento va differenziatamente individuata a seconda che si abbia riguardo alla sua portata dispositivo – cassatoria ovvero a quella ordinatorio – prescrittiva, statuyente limiti e vincoli per la successiva azione dell’amministrazione; mentre infatti nel primo caso, con l’eliminazione dal mondo giuridico del provvedimento impugnato la pronuncia non può che fare stato “erga omnes”, nel secondo, la mancata evocazione in giudizio di una parte impedisce la costituzione nei suoi confronti di quella “res iudicata” idonea a vincolare i successivi organi giudicanti”* (dunque quanto a siffatti ultimi effetti gli stessi si produrranno solo nei confronti dei ricorrenti) [pagg. 11 (ultimo capoverso) e dodici (primo e secondo capoverso)].

E, come detto, da ultimo dalla stessa Sezione del T.A.R. Lazio che ha emesso la sentenza appellata (n. 102/22).

Per questi motivi,

SI CHIEDE

che codesto Ecc.mo Consiglio, voglia accogliere il ricorso anche con ammissione in prima sede e corso di laurea, o in diversa sede o corso e sempre a copertura dei posti disponibili in atti.

Con vittoria di spese e compensi.

Roma, 14 marzo 2024

Avv. Santi Delia

Avv. Michele Bonetti

ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'

Ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 9 comma 1-bis e 6 comma 1 della L. 53/94 così come modificata dalla lettera d) del comma 1 dell'art. 16 – quater, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, aggiunto dal comma 19 dell'art. 1, L. 24 dicembre 2012, n. 228 e dell'art. 23 comma 1 del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e ss. mm. si attesta la conformità della presente copia cartacea all'originale telematico da cui è stata estratta.

Avv. Michele Bonetti