

ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

RICORSO

CON ISTANZA EX ART. 116 COMMA 2 C.P.A.

Nell'interesse del Dott. **GIOVANNI CORBO** (c.f. CRBGNN84T29A089V), rappresentato e difeso, giusta procura in calce al presente atto che individua correttamente anche i dati anagrafici di parte ricorrente e a cui far riferimento in caso di omissioni e/o errori materiali unitamente alla documentazione depositata in atti, anche disgiuntamente, dagli Avv.ti Michele Bonetti (C.F. NTMHL76T24H501F), Santi Delia (C.F. DLESNT79H09F158V) e Umberto Cantelli (C.F. CNTMRT51B23H501K) che dichiarano di ricevere le comunicazioni di segreteria ai numeri di fax 06/64564197 o agli indirizzi di posta elettronica info@avvocatomichelebonetti.it o pecmichelebonetti@ordineavvocatiroma.org, avvsantidelia@cnfpec.it, avvumbertocantelli@puntopec.it, elettivamente domiciliati presso lo Studio degli Avvocati Michele Bonetti & Santi Delia sito a Roma in via San Tommaso D'Aquino, n. 47

contro

il **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA**, in persona del legale rappresentante *p.t.*,

L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MESSINA, in persona del Rettore *pro tempore*,

e nei confronti

dei controinteressati in atti

PER L'ANNULLAMENTO,

PREVIA ADOZIONE DELLE OPPORTUNE MISURE CAUTELARI

- del D.M. 20 maggio 2016, n. 313 e dei relativi allegati, come modificato dal D.M. 319/2016;
- del D.M. 16 maggio 2016, n. 306 e dei relativi allegati;
- della graduatoria nazionale di merito pubblicata dal Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca in data 11 agosto 2016 per l'ammissione alla Scuola di Specializzazione di Medicina a.a. 2015-2016 esclusivamente nella parte in cui consente l'esistenza di posti liberi rimasti vacanti;
- degli sconosciuti provvedimenti con cui sono state approvate tali graduatorie;
- di tutti gli atti ulteriori e nella parte in cui consentono la presenza di posti disponibili senza ridistribuirli e metterli a scorrimento e senza assegnarli a soggetti come parte istante;
- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, anche non conosciuto,

rispetto a quello impugnato;

NONCHÉ EX ART. 116 C.P.A.

per l'annullamento della nota 20 dicembre 2016, prot. n. 30590 con la quale viene negato l'accesso alla documentazione di concorso e, in particolare, non si consente di conoscere *“il numero dei posti ancora disponibili nei singoli Atenei indicati [in domanda] per i quali lo stesso ha manifestato la propria preferenza cui, comunque, in forza dell'azione giudiziale instauranda, ambisce all'attribuzione”*;

NONCHE' PER L'ACCERTAMENTO

del diritto di parte ricorrente ad essere ammessa in prima sede alle Scuole di specializzazione in Medicina a.a. 2015/2016 presso le sedi specificate nella domanda di partecipazione al concorso secondo l'ordine di preferenza di cui alla domanda allegata,

E PER LA CONSEGUENTE CONDANNA

delle Amministrazioni resistenti a risarcire il danno subito dalla ricorrente mediante reintegrazione in forma specifica, con l'ammissione (anche con riserva e in sovrannumero) al corso di specializzazione per cui è causa e, in via subordinata, per equivalente monetario.

FATTO

Parte istante ha partecipato al test per l'ammissione alle Scuole di Specializzazioni Mediche, giusta domanda in atti, alla quale si rimanda, per l'anno accademico 2015/2016. Egli, in particolare, indicava tutte le sedi degli Atenei d'Italia disponibili, per accedere alle scuole di specializzazione in **Chirurgia generale** (prima scelta per n. 41 sedi), **Malattie dell'apparato digerente** (seconda scelta, per n. 21 sedi), **Anestesia Rianimazione, Terapia Intensiva e del dolore** (terza scelta, per n. 39 sedi).

Secondo le indicazioni del bando, dopo l'ultimo scorrimento, i candidati presenti in graduatoria, avevano l'onere di iscriversi entro il 31 ottobre 2016 pena decadenza. I posti che, all'esito di tale fase procedimentale, sarebbero rimasti vacanti non venivano ulteriormente messi a scorrimento per espressa previsione della lex specialis.

Stante la prossima collocazione rispetto all'ultimo ammesso, in particolare per la scuola di Chirurgia generale ove egli è distante 6 posti dall'ultimo soggetto “assegnato”, con istanza d'accesso del 20 novembre 2016, parte ricorrente chiedeva *“il numero dei posti ancora disponibili nei singoli Atenei sopra indicati per i quali lo stesso ha manifestato la propria preferenza cui, comunque, in forza dell'azione giudiziale instauranda, ambisce all'attribuzione”*.

Il MIUR, con la nota in epigrafe, negava l'accesso a tali informazioni asserendo che

in ragione del fatto che il candidato avrebbe accettato le clausole del bando e, tra esse, quella qui contestata della mancata redistribuzione dei posti rimasti vacanti, nulla oggi può essere preteso.

Tanto il provvedimento sul diniego di accesso quanto la scelta di non redistribuire i posti vacanti è illegittima e merita di essere annullata per i seguenti

MOTIVI

0. Sulla tempestività dell'azione. Il presente ricorso viene notificato nei termini di 60 giorni dalla chiusura della graduatoria (31 ottobre 2016) in quanto mira a censurare, esclusivamente, la previsione del bando nella parte in cui dispone che a fronte di posti vacanti questi non siano redistribuiti a chi, non prestando acquiescenza a tale disposizione, ne pretende l'attribuzione. Si tratta dunque di un'impugnazione il cui interesse sopravviene rispetto alla previsione del bando ed alla stessa pubblicazione della graduatoria del mese di agosto. Il termine di proposizione dell'azione, dunque, non può e non deve essere legato alla pubblicazione di quest'ultima ma, esclusivamente, alla sopravvenuta circostanza dell'effettiva esistenza di posti vacanti proprio per le scuole e le sedi opzionate da parte ricorrente.

L'effetto lesivo della disposizione, dunque, è naturalmente successivo rispetto alla data del 31 ottobre 2016 (quando i singoli aventi diritto avrebbero dovuto confermare la propria iscrizione) ragion per cui l'odierna impugnativa è tempestiva.

0.1. Com'è noto, l'ammissione alle scuole di specializzazione sulla base di un complesso procedimento che prevede, “*a monte*”, l'individuazione (da parte del M.I.U.R. di concerto con il Ministero della Salute) del numero dei posti disponibili che ogni Ateneo potrà e dovrà bandire. La collocazione in posizione di “*idoneo non vincitore*” in graduatoria non è, pertanto, di per se lesiva ma lo diventa solo in ragione ed in rapporto al numero dei posti che il M.I.U.R. aveva concesso di bandire per le scuole e per gli Atenei presso cui concorre il candidato.

È pacifico, infatti, che “**in un concorso a pubblico impiego, l'interesse ad una più ampia determinazione dei posti da mettere a concorso diventa attuale nel momento in cui il procedimento è giunto alla fase conclusiva, poiché solo con essa acquistano giuridica esistenza gli effetti che determinano in concreto la lesione dell'interesse vantato dal ricorrente**” (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2004, n. 186).

Tale fase conclusiva, nella specie, è legata esclusivamente alle vacanze esistenti che, a torto o a ragione (è indifferente ai fini della verifica della tempestività del ricorso e dell'interesse) oggi vengono reclamati previo annullamento di una clausola del bando illegittima.

I provvedimenti gravati rapportati alla posizione di parte ricorrente ed alla sua esigua distanza dall'ultimo ammesso, pertanto, rendono palese che, proprio successivamente alla pubblicazione di questi e l'effettiva esistenza di vacanze, si è determinato l'effetto lesivo idoneo ad integrare l'interesse al ricorso. *“Nel giudizio amministrativo l'interesse a ricorrere postula che l'atto impugnato abbia prodotto in via diretta una lesione attuale della posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio, sicché esso non sussiste, con conseguente inammissibilità del ricorso, quando l'atto, ancorché avente natura provvedimento, sia privo di immediata ed autonoma lesività”* (T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 14 dicembre 2009, n. 8697).

0.2. Priva di fondamento è la velata posizione del MIUR di cui alla nota impugnata in base alla quale la disposizione del bando doveva essere impugnata tempestivamente e non accettata. Tale assunto è diametralmente opposto ai principi sopra calendati.

Il ricorso avverso il bando, infatti, sarebbe stato inammissibile per carenza di interesse in quanto ove non fossero residuati posti all'esito della graduatoria (o il ricorrente sarebbe stato ammesso grazie al punteggio ottenuto o, per converso, espulso dalla procedura per altre ragioni) nessuna censura poteva essere spiegata ed aveva ragion d'essere. Al contrario, è sin troppo noto, che il bando va immediatamente impugnato solo innanzi a clausole immediatamente espulsive.

L'accettazione delle clausole concorsuali, dunque, è meramente volta (perché imposta) alla partecipazione alla procedura non certo alla concreta e, nella specie illegittima, scelta ministeriale di lasciare vacanze a fronte di legittimi aspiranti al posto. E' solo l'esistenza della vacanza, nelle scuole e sedi opzionate (non ovunque), dunque, a legittimare, solo ora, l'azione ragion per cui nessuna acquiescenza può dirsi prestata.

0.3. Pur ritenendo che non vi siano controinteressati rispetto al *petitum* giudiziale rappresentato dalla richiesta di attribuzione (o in subordine alla redistribuzione) di uno dei posti vacanti, essendo pacifico che i soggetti che sopravanzano in graduatoria parte ricorrente sono cointeressati alla domanda (seppur decaduti dal formularla) e non controinteressati rispetto alla stessa, solo cautelativamente il ricorso viene notificato ad un controinteressato.

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D.M. 48/15 NONCHÉ DEGLI ARTT. 34 E 97 DELLA COSTITUZIONE E DEL D.LGS. N. 368/1999. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE E CONTRADDITTORIETÀ TRA PROVVEDIMENTI PROVENIENTI DALLO STESSO MIUR. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA CONCORSUALE. ECCESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETÀ, ILLOGICITÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. LESIONE DEL PRINCIPIO

DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO. SVIAMENTO DI INTERESSE.

VIOLAZIONE DELLA GERARCHIA DELLE FONTI, ESORBITANZA NORMATIVA E ANCORA SULLA VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA MINISTERIALE.

1. Il Regolamento *“concernente le modalità per l'ammissione dei medici alle scuole di specializzazione in medicina, ai sensi dell'articolo 36, comma 1, del decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 368”* è fonte sovraordinata rispetto al bando di ammissione dettando le regole generali cui la lex specialis di concorso deve adeguarsi.

In particolare, l'art. 5 del D.M. n. 48/15, prevede che *“il Ministero redige una graduatoria nazionale per ciascuna tipologia di scuola”* stabilendo che *“sono ammessi alle scuole di specializzazione coloro che, in relazione al numero dei posti disponibili, si siano collocati in posizione utile nella relativa graduatoria nazionale sulla base del punteggio complessivo riportato”*. In merito alla chiusura della graduatoria, inoltre, si chiarisce che *“in caso di rinuncia, mancata immatricolazione secondo le modalità indicate dal bando o mancato superamento dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione di medico-chirurgo entro il termine fissato per l'inizio delle attività didattiche ai sensi del comma 3, subentra il candidato che segue nella graduatoria, fermo restando che, tra i candidati ammessi alle scuole di specializzazione, e' precluso lo scambio di sede”*.

La norma non lascia spazio a dubbi o interpretazione di sorta: senza se e senza ma, OVE la rinuncia di un candidato pervenga prima dell'inizio delle attività didattiche, ad esso subentra il candidato che lo segue in graduatoria.

Nella specie, dunque, non esiste una norma del Regolamento che consenta la vacanza dei posti.

In totale antitesi con tali inequivocabili disposizioni, pertanto, è la scelta del bando che consente l'esistenza di vacanze chiudendo la graduatoria.

Si è, pertanto, valorizzata la scelta del bando di ritenere definitivamente chiusa la graduatoria nonostante la vacanza di posti già acclarata prima dell'inizio dell'attività didattica (il 31 ottobre): in tal senso, non potrà che concludersi per l'illegittimità del bando per violazione della fonte regolamentare sovraordinata.

È principio pacifico in giurisprudenza, infatti, che costituendo il Regolamento fonte sovraordinata rispetto alle concrete regole esecutive del bando (proprio sul primo concorso per l'accesso alle specializzazioni mediche T.A.R. Lazio, Sez. III bis, 17 novembre 2014, n. 6482 *ex multis* Cons. Stato, V Sez., 6 marzo 1991, n. 204; T.A.R. Calabria, 29 marzo 2000, n. 344), *“alle sue previsioni non possono essere attribuiti contenuti ulteriori e diversi rispetto a quelli risultanti dal tenore letterale dello stesso”* (C. G. A., 9 giugno 1998, n. 335). Ciò è ancora più vero ove si discorra di prescrizioni la

cui inosservanza verrebbe sanzionata con l'esclusione dal concorso, in quanto si vedrebbe illegittimamente lesi, oltre agli interessi privati inerenti al diritto al lavoro futuro (artt. 4 e 35 Cost.), l'interesse pubblico, di cui è espressione il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. L'Amministrazione, in altre parole, deve favorire la realizzazione di tale interesse pubblico, consentendo la partecipazione dei soggetti forniti dei requisiti sostanziali prescritti, nel rispetto della *“par condicio”* dei concorrenti.

Anche in occasione del primo concorso per l'accesso alle medesime scuole, codesto On.le T.A.R. ha accolto la doglianza sul bando *“ritenuto, ad un sommario esame tipico della presente fase, che il ricorso non sia manifestamente infondato laddove si evidenzia la violazione dell'art.1 del D.M. 30 giugno 2014, n. 105 (oggi sostituito quale fonte regolamentare con il D.M. 48/15, n.d.r.)”*.

Nella specie ciò che sfugge a chi scrive è quale interesse possa avere l'Amministrazione nel non consentire a parte ricorrente di poter ottenere il posto ambito, come prevede il Regolamento, **prima dell'inizio delle attività didattiche**.

2. Una disposizione del bando di tal guisa, peraltro, rende la possibile o negata attribuzione del posto affidata alla mera cabala dettata da fattori per nulla prevedibili di gestione della graduatoria anziché al merito dei candidati e alle loro scelte. L'esistenza o meno delle vacanze, infatti, dipende dalle scelte dei singoli candidati prenotati o assegnati che, per una libera ed insindacabile scelta, hanno deciso di provvedere o non provvedere alla preventiva rinuncia optando per l'omessa iscrizione all'esito dell'ultimo scorrimento. In altre parole, dunque, la scelta se il posto verrà assegnato a chi è in graduatoria in posizione utile o verrà accantonato (*“compatibilmente con le procedure ministeriali in atto”*), *“nell'ambito del contingente di dei contratti di specializzazione per il successivo Anno Accademico”* dipenderà dal libero arbitrio (legittimo per carità) di un candidato rendendo, quindi, illogica, inaccettabile ed irrazionale una procedura di tal guisa.

Il paradosso, per concludere, è che se il Dott. Tizio o CAIO avesse usato il “tasto” rinuncia prima dell'ultimo scorrimento, oggi parte ricorrente sarebbe ammessa; avendo omesso di provvedere, l'ha di fatto esclusa facendo perdere la borsa ed il posto.

II. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ, DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO ED EFFICIENZA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E DELL'ART. 2, 3, 33, 34 COST. VIOLAZIONE DELL'ART. 13 E 14 DELLA CARTA EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. ESORBITANZA NORMATIVA. INGIUSTIZIA MANIFESTA, ILLOGICITÀ E CONTRADDITTORIETÀ. VIOLAZIONE E/O

FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DELLA PROGRAMMAZIONE E DEGLI ARTT. 34-43 L. 368/1999. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, CONTRADDITTORIETA' TRA PIU' ATTI PROVENIENTI DELLA PA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITA', DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO, DI IRRETROTTIVITA' DELLA LEGGE, VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 11 DELLE PRELEGGI. LESIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO

La questione dei posti vacanti all'esito della chiusura di graduatoria è stata già affrontata positivamente dal G.A. con riguardo alla graduatoria del corso di laurea a numero programmato (ex multis Sez. III bis sentenza n. 10600 del 04.08.2015; da ultimo ord. n. 6214/16; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2060/16, Sez. Consultiva, Sez. II, parere n. 2857/2014) e persino, in fattispecie identica, relativa proprio al concorso di specializzazione medica. Codesto On.le Tribunale ha dapprima accolto la misura cautelare (Sez. III bis, ordinanza n. 05518/2015 del 10.12.2015) poi confermata in appello (Sez. VI, n. 877/2016) ed infine attribuito definitivamente il posto con sentenza (30 novembre 2016, n. 11950).

Secondo la nota impugnata, tuttavia, il M.I.U.R. può legittimamente decidere di chiudere la graduatoria lasciando posti vacanti (e non solo chiudere la graduatoria come noi riteniamo) in quanto la doglianza circa il fatto *“che rimangono posti scoperti disponibili cui la stessa parte ambisce sulla base del punteggio conseguito”*, non è fondata in quanto *“il D.M. impugnato appare scevro dalle censure articolate nel predetto ricorso in quanto supportato dalla finalità di assicurare un ordinato e regolare svolgimento dei corsi in questione”* (decreto n. 1346/e decreto n. 1933/14 cui seguì ord. n. 2369/14 riformata in appello da ord. n. 3161/14).

Proprio preso atto di tale riforma il M.I.U.R., l'anno successivo non lasciò più posti vacanti e codesto On.le T.A.R. (Sez. III bis), in sede di merito, cambiò orientamento (**4 agosto 2015, n. 106000**) e richiamando la citata giurisprudenza sull'onere di completamento totale del contingente, accolse il ricorso. *“Tutte le censure vanno accolte sulla base della costante giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi in tema di scorrimenti, validamente mutuabili anche per l'ammissione ai corsi di laurea in medicina in lingua inglese. Il principio basilare è che lo scorrimento della graduatoria a favore degli idonei non contrasta con la legge n. 264 del 1999 sull'accesso alle Facoltà a numero chiuso, in quanto anche se le prove sono identiche perchè predisposte a livello centrale, ogni università gestisce in piena autonomia la fase della ammissione ai propri corsi, che non è mai conseguenza diretta della graduatoria stilata sulla base degli esiti della prova a quiz. Infatti i soggetti idonei inclusi nella graduatoria finale non sempre procedono ad*

effettuare l'immatricolazione, di modo che le Università possono dar luogo allo scorrimento, a volte anche in più fasi, della medesima graduatoria (cfr.: TAR Campania, Napoli, 27 aprile 2006, n. 3842 che si attaglia alla fattispecie anche se anteriore alla vicenda in esame)''.

1. *Sull'illegittimità della chiusura della graduatoria pur in presenza di posti disponibili.*

Parte ricorrente, pur in presenza di posti disponibili, si trova esclusa dalla possibilità di accedere alla scuola di specializzazione ambita. Il bando pertanto nella parte in cui non consente la distribuzione dei posti liberi (se non con la irrilevante, ai fini dell'interesse di parte ricorrente, promessa che verranno banditi l'anno successivo), risulta palesemente illegittimo, contra legem e lesivo dei principi costituzionali.

Per tali ragioni si censura il bando impugnato nella parte in cui non permette di accedere in sedi ove sono rimasti posti vacanti, violando gli stessi principi del fabbisogno sociale e produttivo, della capienza strutturale d'ateneo e in buona sostanza violando la stessa programmazione degli accessi.

Se dopo una accurata programmazione, prevista all'esito di un procedimento istruttorio ex artt. 34-43 D.Lgs. n. 368/1999, si erano determinati quei posti in virtù di una media ponderata tra la capienza strutturale d'ateneo e il fabbisogno sul territorio, non si vede il motivo per cui i posti "programmati" non siano distribuiti (*"Con cadenza triennale ed entro il 30 aprile del terzo anno, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, tenuto conto delle relative esigenze sanitarie e sulla base di una approfondita analisi della situazione occupazionale, individuano il fabbisogno dei medici specialisti da formare comunicandolo al Ministero della sanità e dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica. Entro il 30 giugno del terzo anno il Ministro della sanità, di concerto con il Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, sentita la conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, determina il numero globale degli specialisti da formare annualmente, per ciascuna tipologia di specializzazione, tenuto conto dell'obiettivo di migliorare progressivamente la corrispondenza tra il numero degli studenti ammessi a frequentare i corsi di laurea in medicina e chirurgia e quello dei medici ammessi alla formazione specialistica, nonché' del quadro epidemiologico, dei flussi previsti per i pensionamenti e delle esigenze di programmazione delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano con riferimento alle attività del Servizio sanitario nazionale"*). La scelta della PA nel caso di specie viola il principio di proporzionalità, anche nell'accezione propinata dalla normativa

e giurisprudenza UE, riverberando nell'eccesso di potere sotto il profilo della figura sintomatica dell'eccesso di potere per illogicità e ingiustizia manifesta. La mancata distribuzione di tali posti e la chiusura anticipata della graduatoria, pertanto, non sembra fornire alcun vantaggio o finalità specifica per l'Università.

La finalità deve essere un utilizzo dello strumento formativo, inteso come struttura, personale docente, etc., efficiente ed efficace, anche al fine di favorire la formazione di professionisti del campo (sul punto: sent. Tar Lazio, 07 febbraio 2014, n. 1543/2014 *“l'utilizzo integrale dei posti disponibili deve comunque essere il fine ultimo della selezione per favorire il più possibile la domanda di formazione professionale, anche in relazione agli artt. 33 e 34 Cost., e fornire alla collettività un numero di studenti adeguato alle strutture che impone la piena utilizzazione delle medesime”*).

A parere di chi scrive, parimenti illogica, manifestamente ingiusta e contraddittoria, è la scelta “scriminante” (ma non rilevante per l'interesse di parte ricorrente) in base alla quale i posti liberi derivanti dalla chiusura anticipata della graduatoria siano rimessi a bando solo negli anni successivi.

Difatti i posti vengono programmati di anno in anno in virtù del principio della copertura strutturale e del fabbisogno sociale che tiene conto di determinati periodi temporali definiti in anni accademici.

Pertanto pur non essendo sostenitori della programmazione degli accessi si ritiene che tale previsione violi i principi del D.Lgs.n. 368/1999.

Invero, il concetto di “programmazione”, di cui alla fonte citata, prevede una attenta istruttoria su diversi parametri, sussistendo in subordine la violazione dei principi di rango costituzionale, di cui agli artt. 2, 3, 33, 34 Cost. Quanto al caso che ci occupa, è noto che ai sensi della legge n. 368 del 1999 spetta al MIUR di definire annualmente, mediante appositi decreti, le modalità e i contenuti delle prove di ammissione. Programmare a livello nazionale gli accessi vuol dire evidentemente adottare decreti ministeriali che specifichino come garantire il fabbisogno sociale (regionale e nazionale) di futuri esperti in un determinato settore; cosa diversa è impedire che quel fabbisogno prestabilito nello stesso Decreto venga raggiunto, adottando criteri che si traducono in una chiusura immotivata e anticipata degli scorrimenti e della graduatoria che riduce e incide sulla programmazione. La chiusura anticipata della graduatoria, nella parte e qualora generi posti disponibili, dunque, sconfina dalla ratio della programmazione degli accessi su cui è impostata lo stesso D.Lgs. n. 368/99.

In ragione del fatto che tale fonte non prevede affatto un contingentamento degli accessi rimodulabili con la chiusura anticipata della graduatoria, non v'è dubbio che gli atti

impugnati siano illegittimi, mancando una fonte normativa che li legittimi. Diversamente opinando, la norma (quella della L.n. 368/99, se è a questa che qui può riferirsi giacchè diversamente sarebbe violata la riserva di legge) sarebbe “tacciata” di incostituzionalità e non risponderebbe ai criteri individuati dalla nota sentenza della Corte Costituzionale del 1998 che ha delimitato le ipotesi di programmazione che determinano la legittimità del *numerus clausus*.

È chiaro pertanto che tutto l'impianto normativo del D.Lgs. n. 368/1999 è centrato sul concetto di PROGRAMMAZIONE, dal “titolo” sino ad una specifica elencazione dei criteri: *“Presso il Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica è istituito l'Osservatorio nazionale della formazione medica specialistica con il compito di determinare gli standard per l'accREDITAMENTO delle strutture universitarie e ospedaliere per le singole specialità, di determinare e di verificare i requisiti di idoneità della rete formativa e delle singole strutture che le compongono, effettuare il monitoraggio dei risultati della formazione, nonché definire i criteri e le modalità per assicurare la qualità della formazione, in conformità alle indicazioni dell'Unione europea. Ai fini della determinazione dei requisiti di idoneità della rete formativa si tiene conto: a) dell'adeguatezza delle strutture e delle attrezzature per la didattica, la ricerca e lo studio dei medici in formazione specialistica, ivi compresi i mezzi di accesso alla lettura professionale nazionale e internazionale; b) di un numero e di una varietà di procedure pratiche sufficienti per un addestramento completo alla professione; c) della presenza di servizi generali e diagnostici collegati alla struttura dove si svolge la formazione; d) delle coesistenze di specialità affini e di servizi che permettono un approccio formativo multidisciplinare; e) della sussistenza di un sistema di controllo di qualità delle prestazioni professionali (1); f) del rispetto del rapporto numerico tra tutori e medici in formazione specialistica di cui all'art. 38, comma 1.”*”.

Ridurre i posti in spregio a tali regole è palesemente illegittimo e parte ricorrente in virtù degli stessi criteri della programmazione avrebbe diritto ad entrare in graduatoria.

Rispetto all'istruttoria svolta in analogo giudizio lo scorso anno (R.G. n. 12871/15 ove in sede istruttoria si evidenziò al MIUR *“che sono necessari chiarimenti in ordine alla posizione dei candidati che precedono il ricorrente nella graduatoria (c.d. “posti accantonati”) e che occorre dare all'amministrazione il termine di trenta giorni per produrre una documentata relazione in ordine a tale profilo”*) si è potuto appurare che, ogni anno, sono decine i posti rimasti vacanti che poi, in concreto, non vengono affatto rimessi a bando l'anno successivo. Si pensi, infatti, che l'anno passato, per le scuole di cui a quel ricorso, risultavano vacanti X posti rispetto a X banditi. Quest'anno per le medesime

scuole il **numero dei posti banditi non è affatto aumentato ma, paradossalmente diminuito.**

1.1. Sull'eccesso di potere.

L'eccesso di potere ridonda in punto di sviamento con specifico riguardo alla circostanza della vacanza dei posti. Come già chiarito, infatti, il MIUR ha chiuso la graduatoria al fine, legittimo e corretto, di assicurare un ordinato inizio delle attività didattiche ma, non per questo, è legittimato a lasciare posti vacanti essendo suo onere introdurre metodi e sistemi utili a perseguire tanto il legittimo fine dell'inizio delle attività didattiche, quanto non comprimere il diritto di chi è in posizione utile per ottenere il posto che, all'esito del concorso, gli spetta di diritto.

È noto, infatti, che *“il vizio di sviamento si connota per l'esercizio del potere per un fine diverso dalla sua causa tipica”* (Consiglio di Stato, sez. VI, 22/06/2006, n. 3825) nella specie il fine indicato dalla Corte costituzionale e dalla L.n. 264/99 per l'intero procedimento di selezione degli accessi è rispettare un numero massimo di ingressi M.I.U.R. che otterranno, nei 4, 5 o 6 anni di scuola, una formazione adeguata, non certo di assicurare l'ordinato inizio dei corsi che è esclusiva responsabilità del MIUR.

Si persegue un fine legittimo, dunque, ma usando mezzi errati, giacché la scelta di lasciare vacanti questi posti, è in antitesi totale con i principi mai messi in discussione dalla giurisprudenza, giacché ai sensi della L.n. 264/99 e del D.Lgs. n. 368/99 mai ci dovrebbe essere la presenza di posti liberi che non vanno a scorrimento.

Invero, non esiste alcun precedente di segno contrario dopo l'orientamento del **Consiglio di Stato** (Sez. VI, ordd. 14 febbraio 2012, n. 647, 14 marzo 2012, nn. 1074 e 1034 e, da ultimo, anche 9 maggio 2012, n. 1791). Da allora il principio è stato sempre ribadito dal **C.G.A.** (10 maggio 2013, n. 464, ord. 9 maggio 2012, n. 271; 11 aprile 2011, n. 4072) ed è ormai acquisito anche da parte di codesto On.le **T.A.R. Lazio** (Sez. III, 21 dicembre 2012, n. 4744, ma già prima proprio dal Presidente Sez. III *bis*, 10 dicembre 2010, n. 5288), dal **T.A.R. Lombardia**, Sez. III, 26 settembre 2012, n. 2413, 30 marzo 2012, n. 453; 19 dicembre 2011, n. 1881, **Catania**, Sez. I, 24 dicembre 2009, n. 1881; 28 dicembre 2009, n. 1895 e 10 febbraio 2010, n. 204 e, da ultimo, con argomenti assai diffusi proprio con la sentenza 23 aprile 2012, n. 1092, **T.A.R. Salerno** (sentenza breve n. 389/12) e dal **T.A.R. Abruzzo** (Sez. I, 29 aprile 2012, n. 100; 1 marzo 2012, n. 72).

Inoltre vanno menzionati anche i recentissimi provvedimenti di codesto On.le T.A.R. relativi all'illegittimità della chiusura delle graduatorie ex multis T.A.R. Lazio Sez. III bis, 13 ottobre 2016 n. 06223/2016, T.A.R. Lazio Sez. III bis, 12 ottobre 2016 n. 6116/2016, T.A.R. Lazio Sez. III bis, 12 ottobre 2016 n. 6119/2016; T.A.R. Lazio Sez.

III bis, 13 ottobre 2016 n. 6189/2016.

I posti liberi a qualsiasi titolo vanno sempre coperti.

1.2. Questa difesa non censura affatto la chiusura della graduatoria in sè ed il fatto che la gestione della stessa potesse essere affidata ad un sistema di conferma dell'interesse **qui si contesta, esclusivamente, che dopo aver adottato tali metodi per accelerare le fasi di immatricolazione, siano rimasti posti vacanti** e la graduatoria sia stata, nonostante ciò, illegittimamente chiusa.

Ed allora, per capire se tale rimedio adottato dalla P.A. improntato “*alla finalità di assicurare un ordinato e regolare svolgimento dei corsi in questione*””, sia legittimo vi è da chiedersi quali siano i beni da tutelare e come una P.A. poteva agire per garantirli, tutti, al meglio.

In primis, come è ovvio, il diritto allo studio ed alla formazione professionale giacchè, senza specializzazione la laurea in Medicina non ha, di fatto, valore neanche per accedere al SSN (non serve ricordarlo, beni costituzionalmente garantiti). Lì si possono comprimere, è pacifico, solo all'esito di una procedura di concorso conforme a legge e solo, nel caso dell'accesso programmato, al fine di garantire identici standard di insegnamento a livello comunitario. Ecco perché si contingentano gli accessi ed ecco perché, ove i posti disponibili (ivi comprese le risorse economiche per pagare le borse), comunque, vi siano, non possono restare vacanti e devono sempre, essere assegnati agli aventi diritto. Diversamente non c'è alcuna valida ragione per non consentire che il ricorrente possa studiare ciò che ha scelto. Non è, affatto, in tal senso, bene da tutelare “*il protrarsi delle procedure di numero chiuso oltre un termine ragionevole della loro durata, compatibile con le attività didattiche universitarie*” e ciò per una serie infinita di ragioni che si affronteranno successivamente e che non può seriamente porsi in discussione.

1.3 Sui posti disponibili a seguito del mancato scorrimento della graduatoria.

Nella fattispecie in esame non si discute dunque della legittimità di “chiudere”, *rectius* terminare, anticipatamente gli scorrimenti della graduatoria, ma della possibilità di far terminare gli scorrimenti senza che i posti liberi siano tutti assegnati.

Lo scorrimento si è protratto nel tempo per un errato meccanismo scelto dal Miur che fa sì che i candidati rimangano “prenotati” in graduatoria, bloccando la graduatoria senza farla scorrere. La scelta di rimanere prenotati da parte degli specializzandi è spesso connessa all'attesa di una sede *potiore* o comunque maggiormente ambita.

Cosa è successo, nell'anno accademico oggetto di causa?

Il Ministero, ha chiuso anticipatamente la graduatoria, ma ha dato la possibilità di immatricolazione con un giusto termine perentorio solo a coloro che erano prenotati,

escludendo parte ricorrente, collocatosi tra i posti messi a bando e che, dunque, per la così detta *lex specialis* avrebbe vinto il concorso se si fosse consentita la copertura integrale dei posti.

Nel caso di specie accade che il Ministero concede a coloro che sono prenotati la possibilità di ottenere la borsa di studio, escludendo parte ricorrente collocatisi tra i posti messi a bando e che, dunque, per la così detta *lex specialis* avrebbe vinto il concorso se non fosse stata chiusa illegittimamente la graduatoria.

Un esempio banale, che per mera semplicità espositiva sarà riportato con dati numerici più semplici e diversi, chiarirà ulteriormente la vicenda.

In un concorso con 10 posti messi a bando, a seguito dello scorrimento, alle prime “chiamate” la situazione è la seguente:

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
---	---	---	---	---	---	---	---	---	----

Otto (colore chiaro) si sono immatricolati, il n. 9 (colore “medio”) rimane prenotato, poiché in attesa ad esempio di un'altra scuola di specializzazione e il n. 10 (colore più scuro) rinuncia poiché ha già ottenuto la borsa di studio per un'altra scuola.

In tal caso di 10 posti messi a bando 8 sono coperti, 1 è prenotato e ne rimane 1 libero. Gli scorrimenti dovrebbero proseguire sino all'integrale copertura dei posti. Tuttavia, se si decide di chiudere anticipatamente le graduatorie si possono verificare due situazioni:

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
---	---	---	---	---	---	---	---	---	----

Il candidato prenotato, a seguito della chiusura, diventa assegnato e si immatricola. In tal caso rimane 1 posto libero.

Altra ipotesi:

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
---	---	---	---	---	---	---	---	---	----

Il candidato prenotato nel termine perentorio non si immatricola, e in tal caso la chiusura anticipata determina due posti liberi.

Dal 2013 ad oggi risultano tantissime rinunce, così come comprovato dalle difficoltà oggettive dei reparti nella gestione del lavoro; è chiaro che i posti disponibili e le borse perse sono molteplici e non conosciute (ed è per questo che il MIUR ne cela l'entità come si chiarirà con l'istanza ex art. 116 c.p.a.).

Cosa accadrebbe se gli scorrimenti si protraessero nel tempo come nella maggior parte dei Paesi Europei)?

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
---	---	---	---	---	---	---	---	---	----

Come testimonia il grafico anche il n. 10, collocatosi in posizione utile, diverrebbe “assegnato” e potrebbe immatricolarsi.

Un accesso programmato stabilito nei predetti termini, a nostro avviso, è contrario ai principi costituzionali e alle statuizioni della sentenza n. 383 del 1998 della Corte Costituzionale.

Si impone, pertanto, una interpretazione costituzionalmente orientata che non violi gli articoli 2, 3, 33, 34 Cost.

Difatti, si imporrebbe così una chiusura indiscriminata ed arbitraria della programmazione lasciando posti liberi e tale da rimettere in dubbio la legittimità della stessa fonte di cui al D.Lgs. n. 368/1999, se così interpretata, e per cui occorrerebbe rimettere gli atti alla Corte Costituzionale nei modi e nei termini predetti.

1.4 Sullo scorrimento delle graduatorie in materia concorsuale.

Lo scorrimento di una graduatoria preesistente ed efficace rappresenta, oramai, la regola generale anche inerentemente alle modalità di reclutamento nei concorsi pubblici, mentre l'indizione di una nuova procedura costituisce l'eccezione opzionabile solo in seguito ad un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico.

Ciò è quanto affermato dall'Adunanza Plenaria n. 14/2011, in materia di concorso pubblico, che *“aderisce all'orientamento secondo cui l'Amministrazione deve sempre motivare la determinazione di indire un nuovo concorso, dando conto, tra l'altro, delle ragioni dei soggetti utilmente collocati in graduatoria e del sacrificio loro imposto”*.

In tal senso si pone anche la decisione della V Sezione, sentenza 4 marzo 2011, n. 1395 (la quale richiama Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 668), secondo cui *“è illegittima la delibera con la quale una P.A. indice un concorso pubblico, piuttosto che utilizzare una graduatoria di un precedente concorso per la copertura dei posti banditi, nel caso in cui la stessa graduatoria sia stata in precedenza utilizzata per la copertura di altri posti e la scelta di procedere per gli ulteriori posti con un nuovo concorso non trovi alcuna ragionevole giustificazione, ponendosi in contrasto con il già avvenuto utilizzo della graduatoria”*. In definitiva, pur spettando soltanto all'Amministrazione di decidere se ovviare alla vacanza sopravvenuta di posti in organico avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso ovvero espletando una nuova selezione, i principi generali che informano il procedimento amministrativo impongono una congrua e puntuale motivazione al riguardo. Sul piano dell'ordinamento positivo, si è, ormai, realizzata la

sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace.

Nel caso di specie il diverso caso citato lascia intendere in tutta la sua interezza l'illogicità della PA. Difatti, i posti vacanti non vengono in alcun modo messi a bando nell'anno successivo che soggiace alle regole del fabbisogno annuale e della capienza strutturale d'Ateneo. Pertanto i posti non saranno recuperati il prossimo anno in cui si annuncia una ulteriore diminuzione dei posti messi a bando.

1.5 Sull'assegnazione dei posti liberi a parte ricorrente.

Vale la pena rammentare che i posti disponibili, a prescindere dalla collocazione in graduatoria, vanno attribuiti a parte ricorrente che ha agito giudizialmente per ottenerli (T.A.R. Catania, Sez. I, agosto 2011, n. 2103; ord. 20 aprile 2010, n. 448; ord. 15 aprile 2011, n. 508, sentenza 24; T.A.R. Palermo, Sez. I, 7 giugno 2007, n. 1637; C.G.A., 21 luglio 2008, nn. 633, 634, 635).

Tali posti liberi, dunque, vanno assegnati difatti a chi agisce in giudizio mostrando interesse ad impugnare la determinazione d'Ateneo. È noto, infatti, che **“i candidati collocati tra il primo dei non immatricolati a seguito dell'unico scorrimento della graduatoria effettuato dall'Università e la posizione in graduatoria precedente quella del ricorrente rivestano una mera posizione di cointeressati (non già di controinteressati) all'annullamento dei provvedimenti impugnati con il presente gravame, cosicché l'acquiescenza dai primi prestata alla mancata integrale copertura dei posti resi vacanti a vario titolo per l'immatricolazione al primo anno del corso di laurea in Medicina e Chirurgia per l'a.a. 2009/10 consolida l'autonoma e differenziata posizione del ricorrente a far valere giudizialmente tale interesse per il conseguimento, in caso di accoglimento, del bene-vita sotteso (ved mmm , bnmbnkpj sentenza di questa sezione n. 1252 del 9 ottobre 2008 e della sezione II n. 1216 del 10 giugno 2009)”** (T.A.R. Sicilia, Sez. I, 21 dicembre 2009, n. 2162). In un caso assolutamente identico a quello che ci occupa altro T.A.R. ha “ritenuto, in particolare, che la sospensione richiesta con la domanda cautelare può essere concessa a condizione (che dovrà essere verificata dall'Università resistente) che nessuno studente extracomunitario ritenuto idoneo all'ammissione all'omologo corso di laurea presso altra Università **abbia fatto richiesta di immatricolazione presso l'Ateneo resistente ovvero altro studente meglio posizionato in graduatoria**” (T.A.R. Catania, Sez. I, 20 aprile 2010, n. 448; in termini ord. 15 aprile 2011, n. 508, secondo cui “l'esecuzione dell'ordinanza comporta l'immatricolazione con riserva in favore dei soli concorrenti che abbiano proposto ricorso giurisdizionale e che abbiano beneficiato della misura cautelare favorevole, secondo il rispettivo ordine di

graduatoria, che dovrà essere verificato dall'Università resistente" (sent. 24 agosto 2011, n. 2103). Ancora, il T.A.R. Palermo, con pronunce sul punto sempre confermate dal C.G.A. (21 luglio 2008, nn. 633, 634, 635), ha chiarito come *"il ricorso è, pertanto, fondato e va accolto, con conseguente obbligo dell'Amministrazione di assegnare, ai concorrenti che non abbiano prestato acquiescenza alla determinazione universitaria impugnata, e secondo l'ordine di graduatoria, tutti i posti resisi disponibili per l'immatricolazione al primo anno del corso di Laurea in Medicina e Chirurgia a seguito della selezione indetta con il bando indicato in epigrafe"* (T.A.R. Palermo, Sez. I, 7 giugno 2007, n. 1637).

In merito allo specifico interesse al ricorso, vi è infatti un autorevole orientamento giurisprudenziale che fa leva sull'onere di impugnazione nei termini decadenziali e, per l'effetto, sull'impossibilità di accedere ai benefici demolitori derivanti dal processo amministrativo anche in capo a chi non ha impugnato in termini i provvedimenti lesivi.

Chi non impugna, in altre parole, nonostante sopravanzi i ricorrenti, non è controinteressato perché non avendovi provveduto non può beneficiare dell'esito dell'accoglimento (T.A.R. Sicilia, Sez. I, 21 dicembre 2009, n. 2162; T.A.R. Catania, Sez. I, ord. 20 aprile 2010, n. 448; in termini ord. 15 aprile 2011, n. 508, e sent. 24 agosto 2011, n. 2103; C.G.A. 21 luglio 2008, nn. 633, 634, 635).

In questo senso, il G.A. ha più volte affermato che *"l'esecuzione dell'ordinanza comporta l'immatricolazione con riserva in favore dei soli concorrenti che abbiano proposto ricorso giurisdizionale e che abbiano beneficiato della misura cautelare favorevole, secondo il rispettivo ordine di graduatoria, che dovrà essere verificato dall'Università resistente"* (*ex multis*, T.A.R. Catania, sent. 24 agosto 2011, n. 2103).

Chi non ha agito giudizialmente, in definitiva, non può pretendere nulla e non può fondarsi un criterio di verifica della prova di resistenza asserendo l'applicazione, anche a costoro, dei benefici del contenzioso che gli stessi non hanno attivato e da cui, al contrario, sono definitivamente decaduti.

In tal senso, peraltro, è la stessa posizione del MIUR che ha persino asserito con la nota impugnata che l'accettazione del bando comporta acquiescenza quanto meno, su questo siamo d'accordo, ove non si impugni l'esito concorsuale.

Non vi è dubbio, quindi, che tali posti vanno assegnati a parte ricorrente (*recte* a tutti i ricorrenti, che, comunque hanno agito giudizialmente, nell'ordine di graduatoria) *"secondo l'ordine di graduatoria"* senza che alcun diritto possa essere accampato da altri partecipanti meglio collocati.

1.5.1. In tutto il contenzioso sul tema, il G.A. ha sempre preso a riferimento per fondare la prova di resistenza esclusivamente il punteggio del singolo ricorrente per verificare se, in astratto, ove si applicasse la teoria spiegata in ricorso, si sarebbe ottenuta l'ammissione accogliendo o rigettando le domande sulla base di tale presupposto. Ecco le ultime parole, in fattispecie identica, del Consiglio di Stato: l'appello appare fondato *“in particolare sui rilievi svolti dall'appellante circa l'applicazione della decisione della Corte Costituzionale n. 302 del 2013 e sulla mancata utilizzazione del maggior punteggio conseguito, rispetto a candidati ammessi in corsi oggetto della scelta subordinata”* (Sez. VI, ord. 26 febbraio 2014, n. 839; 21 maggio 2014, n. 2086; 2 luglio 2014, nn. 2837).

Nessuno disse mai che anche coloro che non avevano agito avevano poi diritto ad ottenere il posto lamentato dai ricorrenti.

Ed ancora, nel caso delle graduatorie accorpate su base regionale nell'a.a. 2012/2013 per il corso di laurea in Medicina, codesta Sezione accolse le domande di tutti i concorrenti con punteggi superiori a 35,50 in quanto tale era il punteggio dell'ultimo ammesso in Italia (a Roma La Sapienza) (tra quelle che citano il punteggio si veda T.A.R. Lazio, Sez. III, ord. 22 febbraio 2013, n. 932) senza alcuna, impossibile, verifica di quali sarebbero state le effettive possibilità di collocazione in graduatoria. Nel caso della rimessione alla Corte Costituzionale, infine, il Consiglio di Stato (ord. n. 3541/12) – che altrimenti non poteva sollevare la questione difettandone l'interesse - ritenne sufficiente che i ricorrenti, esclusi con 45 punti da Bologna, potessero ottenere ingresso altrove (*“Esemplificando, mentre a Bologna sono stati necessari 47 punti per il collocamento utile in graduatoria, a Sassari ne sarebbero stati sufficienti 37, a Napoli 40,75; vengono menzionati altri 4 Atenei (Brescia, Firenze, Roma Tor Vergata, Siena) in cui sono stati collocati in posizione utile candidati con meno di 47 punti.”*).

Stessa questione innanzi alla Corte Costituzionale (n. 42/11) per gli insegnanti ove la verifica dell'ammissione a pettine è stata compiuta sulla base delle allegazioni del ricorrente e non pensando che tutti gli insegnanti d'Italia potessero spostarsi su quella provincia.

Non si può, al contrario, fondare una prova di resistenza su dati apparentemente concreti non essendo dimostrato, né dimostrabile che quei soggetti indicati abbiano poi interesse ad iscriversi.

Le soluzioni per la verifica dell'interesse al ricorso, dunque, sono esclusivamente due e, in entrambi i casi, non può comminarsi alcun rigetto rispetto alla domanda di parte ricorrente:

1) La prima è quella dell'attribuzione del posto ai ricorrenti nell'ordine di graduatoria. Tale teoria, come accennato, spiegata in via principale, fa leva sull'onere di impugnazione nei termini decadenziali e, per l'effetto, sull'impossibilità di accedere ai benefici demolitori derivanti dal processo amministrativo anche in capo a chi non ha impugnato in termini i provvedimenti lesivi.

2) La seconda necessiterebbe dell'applicazione, in concreto, a seguito di emissione di un'ordinanza propulsiva rivolta all'Amministrazione con l'onere di scorrere la graduatoria sulla base delle censure di cui in ricorso (in fattispecie identica T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 9 dicembre 2009, n. 2820 secondo cui *“ritenuto che il ricorso, ad una prima sommaria delibazione propria della fase cautelare, presenta profili di fondatezza, e che al danno prospettato da parte ricorrente è possibile ovviare invitando l'Amministrazione a riesaminare l'impugnata graduatoria alla luce dei motivi di ricorso entro il termine di giorni venti dalla notificazione o comunicazione della presente ordinanza”*). Solo in tal caso, in concreto, si potrà verificare chi riuscirebbe ad occupare tutti i posti disponibili.

Non v'è dubbio che parte ricorrente abbia comunque interesse alla censura giacchè, a tal fine, soccorre la pronuncia dell'**Adunanza Plenaria (n. 14/11) i cui principi sono stati enunciati ai sensi dell'art. 99, comma 5 c.p.a.**: *“è vero che gli appellanti non figurano, attualmente, come i soggetti i quali potrebbero essere assunti immediatamente, a tempo indeterminato, attraverso la procedura di scorrimento. Ma resta comunque intatto il loro interesse all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di utilizzare la precedente graduatoria, tenendo conto della possibilità, non irragionevole, di rinunce da parte dei concorrenti idonei collocati in migliore posizione nella classifica”* (Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14). Nella specie non sappiamo neanche quanti posti in concreto vi siano ed è dunque per ciò solo scontato che debba riconoscersi un diretto interesse in tal senso¹.

¹ Un esempio rende massima chiarezza e svela quanto attuale è l'interesse dell'istante.

Diversi anni accademici fa, proprio in un contenzioso deciso da codesto On.le T.A.R. Lazio in *subiecta* materia, si è assistito alla prova più evidente della correttezza di tale impostazione ora enunciata *“ai sensi dell'articolo 99, comma 5, del codice del processo amministrativo”* dalla Plenaria. Nel giudizio R.G. n. 10261/10 il T.A.R. aveva concesso l'ammissione con riserva solo alla prima delle ricorrenti in ragione del posto occupato in graduatoria e del fatto che per tale collocazione *“risulta tra i concorrenti da iscrivere tra quelli riferibili al numero chiuso”*. *“Tale conclusione, tuttavia”*, precisava il T.A.R. Lazio, *“non può valere per l'altra ricorrente stante la sua inferiore posizione in graduatoria”* (ord. n. 836/11). Alcuni Atenei, stante il cospicuo contenzioso di condanna da parte del T.A.R. Lazio e del T.A.R. Palermo, hanno già in passato provveduto a dare ottemperanza alle ordinanze cautelari scorrendo integralmente la graduatoria e, stante appunto le rinunce sopravvenute, chiamando per l'immatricolazione proprio (anche) i successivi ricorrenti e in ogni caso non è esclusa una pronuncia di scorrimento della graduatoria (TAR Lazio III Bis n. 296/2013, ruolo generale 11048/2012).

In subordine, pertanto, tali posti andranno messi a scorrimento tra chi ha giudizialmente agito a seguito di ordine di codesto On.le T.A.R. e così da verificarne l'esito di tale attribuzione in maniera concreta.

1.6. Il caso identico già deciso da TAR e CDS.

In fattispecie identica, relativa proprio ad una vacanza non assegnata, codesto On.le Tribunale ha dapprima accolto la misura cautelare (Sez. III bis, ordinanza n. 05518/2015 del 10.12.2015) poi confermata in appello (Sez. VI, n. 877/2016) ed infine attribuito definitivamente il posto con sentenza (30 novembre 2016, n. 11950).

Sulla possibilità di attribuire la vacanza del posto, inoltre, è recentemente intervenuto anche il Giudice d'appello seppur con riguardo alle modalità esecutive di un'ordinanza legata al reinserimento postumo di un candidato escluso (ex multis Consiglio di Stato VI Sezione 28 Ottobre 2016 n. 5290/2016).

ISTANZA EX ART. 116 C.P.A. E ISTRUTTORIA

1. Il MIUR, da ormai oltre 2 anni a questa parte (in particolare dopo il "noto" concorso per l'accesso alle scuole di specializzazione dell'a.a. 2013/14 ove si verificò lo scambio delle prove di area clinica e dei servizi per mano del Cineca) nega l'accesso agli atti di concorso costringendo questa difesa a defaticanti contenziosi che, inevitabilmente, incidono, diluendo nel tempo la trattazione della domanda principale in ricorso, sul contenzioso stesso spostando in avanti la pretesa e rendendo sempre più difficile l'accesso alla tutela cautelare. Negare l'accesso vuol dire giungere in camera di consiglio dopo due mesi dall'inizio delle attività accademiche cui si aspira a partecipare, attendere la deliberazione della domanda ex art. 116 c.p.a., se si ottiene l'accoglimento attendere l'ostensione, fare motivi aggiunti, etc..

E' evidente che si tratti di una strategia difensiva che codesto On.le T.A.R. è chiamato a valutare giacchè, preso atto di precedenti identici già decisi dalla giustizia amministrativa circa gli obblighi di trasparenza ed informazione cui l'Amministrazione è tenuta, insistere su una posizione di chiusura totale incidendo, quanto meno sui tempi (che stante il valore della misura cautelare in contenziosi come quello che ci occupa, è centrale) del contenzioso merita approfondimento.

La Sez. III bis, ad esempio, l'anno passato, a fronte del diniego totale di trasmissione di tutti gli atti di concorso per accedere ai corsi di laurea a numero programmato (provvedimento adottato nuovamente quest'anno e che verrà deliberato da codesto Collegio a partire dal mese di gennaio 2017), ha stigmatizzato tale posizione ministeriale imponendo, con centinaia di ordinanze collegiali di accoglimento dell'istanza ex art. 116 c.p.a., l'ostensione documentale.

“Parte ricorrente ha proposto l’istanza di accesso ai documenti il cui parziale diniego viene contestato con la domanda introdotta nel corso del giudizio principale; che difatti oltre a quanto prodotto in esito alla domanda di ostensione documentale presentata al ministero, vengono richiesti altri e ulteriori documenti il cui accesso è stato negato per essere qualificati come atti di programmazione, perciò solo esclusi dall’obbligo di visione;

ritenuto: che le doglianze proposte nel corso del giudizio, nel quale viene impugnato dapprima il procedimento di mancata ammissione al corso di laurea e successivamente il decreto ministeriale con il quale si è provveduto alla chiusura delle graduatorie con l’effetto di impedire gli eventuali scorrimento determinati da rinunce o decadenze, giustifichino la richiesta presentata;

che se la domanda di accesso documentale può essere giustificata dall’astratta possibilità di utilizzo della stessa ai fini di meglio comprendere le ragioni di instaurazione o resistenza in giudizio - in tale quadro deve essere letta la previsione dell’articolo 24, comma sette, della legge numero 241 del 1990, laddove afferma debba essere comunque garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici-, a fortiori tale sindacato diviene possibile nel caso in cui l’azione giurisdizionale sia già stata proposta, e siano peraltro già lumeggiate le censure dedotte in giudizio;

che dunque, e in particolare nel caso in esame, anche ai fini della verifica e dell’accertamento della persistenza delle condizioni processuali legittimanti l’instaurazione dell’azione davanti al giudice amministrativo, con particolare riferimento all’interesse alla pronuncia di merito, ritiene il collegio essere fondata la richiesta di accesso proposta, risultando palese la utilità, se non la necessità, di acquisizione al processo della documentazione richiesta ai predetti fini;

che, peraltro, è evidente come l’accoglimento della domanda di accesso relativa alla produzione di particolare documentazione non comporta la implicita affermazione di fondatezza della domanda proposta né tanto meno la rilevanza concreta della documentazione in sede di deliberazione della domanda, posto che, non trattandosi di acquisizione ex officio, ma di accoglimento della specifica istanza proposta, è solo l’intermediazione dell’attività processuale delle parti che può orientare il giudizio conclusivo del collegio” (ex multis, T.A.R. Lazio, Sez. III bis, ord. 6 ottobre 2016, n. 10080).

Codesto On.le T.A.R., dunque, ha già chiarito al MIUR (al medesimo D.G. che oggi sottoscrive la nota impugnata) come risulti evidentemente illegittima la scelta di non

ostendere la documentazione arrogandosi il diritto di sostenere che il bando, comunque, imponga scelte obbligate (proprio nel caso della chiusura della graduatoria lasciando posti vacanti) o richiamando (peraltro in maniera parziale in quanto i giudizi proposti da questa difesa sono, invece, stati accolti da TAR e CDS) precedenti giurisprudenziali che giustificerebbero, nel merito, l'inesistenza di un diritto a lagnarsi di qualunque circostanza tale da rendere inutile l'ostensione.

E ciò è accaduto non solo innanzi a codesto On.le T.A.R. in fattispecie identica (si vedano le O.C.I. n. 5814/15 ma anche quelle rese nei giudizi richiamati nella nota prima del rigetto della cautelare occasionato, evidentemente, stante il diverso esito rispetto a quelli ottenuti da questa difesa innanzi al medesimo T.A.R. e C.D.S.) ma anche davanti ad altri T.A.R.

*“Ciò premesso, la ricorrente, ritenendo di avere diritto all'immissione in ruolo, previo scorrimento della graduatoria del concorso al quale ha partecipato, ha chiesto di accedere agli atti sopra specificati. **Il MIUR nelle proprie difese** (cfr. nota del 19.1.2014 diretta all'Avvocatura dello Stato) rappresenta che tutti i posti messi a bando con il concorso in questione al quale ha partecipato la ricorrente sono stati coperti, pertanto, **quest'ultima non può invocare lo scorrimento della graduatoria “perché non previsto dalla normativa concorsuale”**.*

Ritiene il Collegio che quanto rappresentato dal Ministero non costituisca ragione sufficiente per negare l'accesso agli atti.

In proposito, è sufficiente rammentare che in sede di giudizio sull'accesso il giudice amministrativo non è tenuto a valutare se i documenti per cui è causa sono o meno realmente utili all'azione giudiziale che il richiedente intende intraprendere. In altri termini, non è né l'amministrazione né questo giudice che deve stabilire la concreta utilità degli atti richiesti dovendo limitarsi a verificare che l'istante sia titolare di una posizione giuridicamente rilevante e che il suo interesse si fondi su tale posizione (nel caso in cui l'accesso ai documenti amministrativi sia invocato per la cura o per la difesa degli interessi giuridici dell'istante, ex art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, il giudice dell'accesso non può che compiere una valutazione in astratto della necessità difensiva evidenziata dall'istante medesimo e della pertinenza del documento, non potendo giungere sino a sindacare la concreta utilità della documentazione ai fini della vittoriosa conclusione di quel giudizio; cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4493)” (T.A.R. Napoli, Sez. VI, 15 aprile 2015, n. 2107).

Persino in ipotesi di richiesta di ostensione di *“documenti concernenti la struttura ordinativa e dotazioni organiche di personale, mezzi, armamento, e munizionamento*

tecnico dei reparti dell'Arma dei carabinieri, con riferimento alla concreta utilizzazione dei mezzi, dell'armamento e munizionamento tecnico e alla dislocazione delle dotazioni organiche”, secondo il Consiglio di Stato, nonostante possa sembrare fondato il diniego d’accesso in virtù dell’art. 24 della legge 241/90 in ragione dell’interesse alla salvaguardia dell’ordine pubblico, della prevenzione e repressione della criminalità, non può dimenticarsi che “deve comunque essere garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici” (art. 24 comma 7).

“Il legislatore ha cioè operato a monte un bilanciamento degli interessi, affermando la cedevolezza delle esigenze connesse alla segretezza, dinanzi a quelle alla difesa degli interessi dell’istante, ove i documenti risultino perciò necessari. Non v’è dubbio che, nel caso di specie, le tabelle degli organici fossero necessarie a contestare efficacemente, nella sede giurisdizionale amministrativa (presso la quale già all’epoca della domanda pendeva giudizio), il diniego opposto dall’amministrazione alla domanda di ricongiungimento. Il Giudice dell’accesso, ovviamente, non può che compiere una valutazione in astratto della necessità difensiva evidenziata, e della pertinenza del documento, non potendo giungere sino a sindacare – come perorato dall’appellante - la concreta utilità della documentazione ai fini della vittoriosa conclusione di quel giudizio” (Cons. Stato, Sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4493).

Né, d’altra parte, ci si può trincerare dietro la circostanza che il dato numero delle vacanze sarebbe un’informazione e non un documento. *“In tema di accesso agli atti, il controllo generalizzato che, in tali casi, non è limitato ai documenti, ma riferito alle "informazioni", termine che concettualmente indica un ambito più esteso dei documenti fisicamente esistenti, **non solo non è vietato, ma è auspicato**. Sicché (..) posto che la domanda tende ad ottenere informazioni attinenti alla organizzazione dell’amministrazione si ricade nell’ambito dell’accesso "organizzativo" previsto dalla l. n. 15 del 2009 e dal d.lg. n. 150 del 2009; pertanto l’Amministrazione dovrà consentire l’accesso” (cfr. T.A.R. Catania, sez. II, sent. 4 ottobre 2011, n. 2388, relativa alla distribuzione delle cattedre della scuola ed al computo dei posti).*

2. Né, ancora, la richiesta del computo dei posti vacanti rientra nell’esclusione di cui al citato art. 24, lett. c) L.n. 241/90. In particolare gli atti normativi sono sottratti dall’obbligo motivazionale in ragione della loro natura di fonti *latu sensu* politico, caratterizzati da generalità ed astrattezza. I secondi ne sono sottratti in quanto espressione di poteri latamente discrezionali ma per i quali *“restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”* riuscendo comunque a soddisfare gli eventuali interessi

conoscitivi dei privati. Si pensi, ad esempio, alla normativa dettata in tema di pianificazione urbanistica che, ai sensi dell'art. 9 della L. urbanistica n. 1150/42, consente la visione del piano regolatore generale con determinate modalità.

Nella specie, viceversa, l'esistenza di quante vacanze sono esistenti al fine di comprendere quanti tra essi possono fruire del proprio diritto allo studio costituzionalmente garantito, sono secretati alla stessa stregua dei segreti di Stato. La mancata ostensione, inoltre, lede il diritto di difesa costituzionalmente tutelato ex art. 24 Cost. È forse il caso di ricordare, infatti, che *“la normativa di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241 fonda un diritto per gli interessati ed un preciso obbligo per le Amministrazioni, le quali non possono vietare l'accesso per la circostanza che i documenti di cui è chiesta la conoscenza siano utilizzabili contro di esse in processi nei quali sono convenute”* (T.A.R. Roma (Lazio) sez. II, 05/12/2007, n. 12563).

Tutto ciò premesso parte ricorrente, come già rappresentata e difesa

INSISTE

per l'ostensione dei documenti dai quali si evinca *“il numero dei posti ancora disponibili nei singoli Atenei sopra indicati (recte indicati in domanda di partecipazione e nell'istanza di accesso) per i quali lo stesso ha manifestato la propria preferenza cui, comunque, in forza dell'azione giudiziale instauranda, ambisce all'attribuzione”*.

ISTANZA EX ART. 52 COMMA 2 C.P.A.

Ai sensi dell'art. 52, comma 2 c.p.a., essendo la notificazione del ricorso nei modi ordinari particolarmente difficile per il numero delle persone da chiamare in giudizio, si chiede l'autorizzazione ad effettuare la notificazione del ricorso introduttivo **ai soli controinteressati** allo stato non noti essendo precluse le informazioni circa le vacanze esistenti nei modi di cui al Decreto di codesto On.le T.A.R. (Sez. III bis) 12 novembre 2013, n. 23921. **Solo ove non si ritengano sufficienti le notifiche già eseguite all'Ateneo (Messina) ove parte ricorrente ha contezza aliunde dell'esistenza di almeno una vacanza e al M.I.U.R. nei rispettivi domicili ex lege e/o presso la difesa erariale** (in conformità al richiamato D.P. 12 novembre 2013, n. 23921), si chiede di poter provvedere alla notifica nei confronti di tutti gli altri Atenei a mezzo pec.

ISTANZA CAUTELARE

In via cautelare, si chiede la sospensione dell'efficacia e dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, con particolare riferimento alla prima graduatoria e alle successive graduatorie di scorrimento, e in ogni caso l'iscrizione con riserva e in sovrannumero alle scuole di specializzazione indicate nella domanda di partecipazione al

concorso secondo l'ordine riportato nelle tabelle di cui al presente atto e comunque secondo la tabella in atti nella scheda di ogni singolo candidato.

Quanto al *fumus boni iuris*, ci si riporta a quanto rilevato nei motivi di ricorso che danno evidenza del fondamento giuridico della presente istanza.

In ordine al *periculum in mora*, ci si permette di portare all'attenzione di codesto On.le T.A.R. l'esigenza di ottenere una pronuncia cautelare con la massima urgenza.

Infatti, la mancata concessione della misura cautelare impedirebbe a parte ricorrente di poter effettuare, nelle more della definizione di merito del contenzioso, l'iscrizione alla Scuola di specializzazione, pregiudicando in modo grave e irreparabile la possibilità di programmare altre scelte di vita e universitarie.

In altri termini, in difetto di una misura cautelare che sospenda l'esecutività della graduatoria (per la parte relativa alla posizione del ricorrente) e consenta l'ammissione con riserva, anche in sovrannumero, al corso del corrente anno accademico, parte ricorrente vedrebbe vanificata la possibilità di frequentare il corso di specializzazione per cui è causa.

Con ciò vanificando la tutela giudiziale invocata e pregiudicando irreparabilmente la possibilità di ottenere il bene della vita cui aspira.

Per converso, anche nell'ottica di una meditata ponderazione degli interessi in causa, nessun danno potrebbe derivare alle Amministrazioni resistenti dalla concessione – nei termini sopra indicati – dell'invocata misura cautelare, atteso che l'inserimento di una unità in sovrannumero non influirebbe (anche in ragione del fatto che ciò avviene solo per la presenza delle vacanze, stante il sovrabbondante fabbisogno strutturale) in alcun modo sul regolare svolgimento del corso di specializzazione.

In definitiva, solo un'ammissione (*rectius*, immatricolazione) con riserva e in consentirebbe, infatti, all'odierna parte istante di giungere, *re adhuc integra*, alla deliberazione nel merito della presente impugnativa: ove, infatti, parte ricorrente dovesse attendere gli esiti della decisione di merito, vedrebbe sostanzialmente impedita la propria possibilità di frequentare con profitto il primo anno della scuola di specializzazione, con ciò sostanzialmente vanificando la propria aspirazione.

P.Q.M.

si chiede che codesto On.le T.A.R. Voglia accogliere il presente ricorso e, per l'effetto, previo accoglimento dell'istanza cautelare e – ove occorra – dell'istanza ex art. 116 c.p.a. e dell'istruttoria sopra formulate, annullare i provvedimenti impugnati e condannare le Amministrazioni intimato (anche a mezzo risarcimento del danno cagionato a parte

ricorrente in forma specifica) all'immatricolazione anche in sovrannumero rispetto agli attuali immatricolati alle scuole di specializzazione per cui è causa e/o in subordine, anche ai sensi dell'art. 34 c.p.a., previo accordo con l'Amministrazione resistente ai fini dell'individuazione della scuola di assegnazione nel rispetto di tutte quelle indicate in domanda e nel rispettivo ordine di sedi e, ancora in via subordinata, per l'equivalente monetario che sarà quantificato in corso di causa.

Vinte le spese.

Ai fini delle vigenti disposizioni in materia di spese di giustizia, il presente atto comporta il pagamento del contributo unificato in misura pari a 650 euro.

Roma, 29 dicembre 2016

Avv. Michele Bonetti

Avv. Santi Delia

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. Santi Delia