**N. 01536/2014 REG.PROV.COLL.**

**N. 10089/2012 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10089 del 2012, proposto dai Sigg.ri RITA SAVASTA, partecipante alla prova di ammissione per l'accesso ai corsi di laurea delle professioni sanitarie avente optato come prima scelta per il CDL in LOGOPEDIA, CLAUDIA TOADER, partecipante alla prova di ammissione per l'accesso ai corsi di laurea delle professioni sanitarie avente optato come prima scelta per il CDL in TERAPIA DELLA NEURO PSICOMOTRICITA' INFANTILE, rappresentate e difese dagli Avv.ti Santi Delia e Michele Bonetti presso gli stessi elettivamente domiciliate in Roma, presso lo Studio legale Avvocato Michele Bonetti & Partners sito in Via San Tommaso d'Aquino, 47;

***contro***

il MINISTERO DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, in persona del Ministro pro tempore e l'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA, in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentati e difesi dall’Avvocatura generale dello Stato;

***per l'annullamento per l'annullamento***

a) del bando di concorso, anche ove interpretato nel senso di non consentire la ridistribuzione ai cittadini comunitari dei posti (asseritamente) riservati ai cittadini extracomunitari non residenti in Italia, nell'ipotesi in cui tali posti non siano stati assegnati, in tutto o in parte, ai soggetti interessati;

al) del medesimo bando di ammissione, anche ove interpretato nel senso di non consentire gli scorrimenti che si rendessero possibili grazie al passaggio diretto ad anni successivi al primo, degli ammessi che ne facciano richiesta o nel caso di posti vacanti, trasferimenti e rinunce;

b) delle graduatorie di concorso, pubblicate il 26 settembre 2012, per l'ammissione ai corsi di Laurea nelle professioni sanitarie della facoltà di Medicina e Chirurgia per l'a.a. 2012/2013, con particolare riferimento a quelle di - "Terapia della neuro psicomotricità infantile ", nella quale parte ricorrente (TOADER) risulta collocata oltre l'ultimo posto utile e, quindi, non ammessa al corso,

- "Logopedia", nella quale parte ricorrente (SAVASTA) risulta collocata oltre l'ultimo posto utile e, quindi, non ammessa al corso, e del D.R. 26 settembre 2012, n. 2346, di approvazione della graduatoria e delle prove di concorso nonché degli scorrimenti della graduatoria, nella parte in cui non considerano l'iscrizione di parte ricorrente;

c) del provvedimento con il quale, ai sensi dell'art. 46 D.P.R. n. 394/99 - "gli Atenei, sulla base di criteri predeterminati e in applicazione della regolamentazione sugli accessi all 'istruzione universitaria" - è stato deciso quanti posti riservare al contingente degli studenti extracomunitari;

cl) delle disposizioni ministeriali 18 maggio 2011 con le quali sono state regolamentate le immatricolazioni degli studenti stranieri per l'anno accademico 201212013 nella parte in cui assume che ai sensi dell’art.46 DPR n.394/99 vi sarebbe una riserva di legge di un determinato numero di posti per gli extracomunitari;

d) ove occorra del provvedimento non conosciuto con il quale il MIUR avrebbe espresso parere negativo sulla richiesta dell' Ateneo, formalizzata con nota 23 ottobre 2012, pro t. n. 56833, di mettere a scorrimento i posti extracomunitari rimasti vacanti e della nota d'Ateneo stessa nella parte in cui assume necessario il nulla asta del M.LU.R. all'attivazione dello scorrimento.

per l'accertamento

del diritto di parte ricorrente di essere ammessa al Corso di laurea di cui sopra e di ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi a causa del diniego all'iscrizione opposta

per la condanna in forma specifica ex art. 30, comma 2, c.p.a.

delle Amministrazioni intimate all'adozione del relativo provvedimento di ammissione al corso di laurea per cui è causa nonché, ed in subordine, ove occorra, al pagamento delle relative somme, con interessi e rivalutazione, come per legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Universita' degli Studi di Messina e di Ministero Universita' e Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Francesco Brandileone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Asserisce parte ricorrente che:

a)l'11 settembre 2012 si sono celebrate le prove di ammissione ai corsi programmati delle professioni sanitarie presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia per l'a.a. 2012/2013. In conformità a quanto previsto dall'art. 7 del D.M. del 28 giugno 2012, la prova per l'accesso a tutti i corsi di laurea suddetti - consistente nella soluzione di ottanta quesiti a risposta multipla - era stata predisposta ed espletata dall'Università di Messina (recte dalla Ditta privata calabrese Eurosistemi) in modo identico per tutte le diverse tipologie dei corsi di laurea delle Professioni Sanitarie, attivate presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia.

b) La graduatoria pubblicata dall' Ateneo vede parte ricorrente collocata oltre l'ultimo posto utile che, per Logopedia, oggi è ricoperto dal candidato n. 12 con il punteggio di 68,75. Parte ricorrente (Savasta), invece, è collocata alla posizione 13 con il punteggio di 68,25. Per il corso di laurea in "Terapia della neuro psicomotricità infantile", invece, l'ultimo posto è ricoperto dal candidato n. 12 con il punteggio di 62,00. La ricorrente Toader è alla posizione n. 14 con 58,75.

c) In entrambi i casi vi sono dei posti liberi non ricoperti dai cittadini comunitari che, ove messi a scorrimento, consentirebbero l'ammissione di parte ricorrente.

d) E' rimasto un posto libero per Logopedia e due per Terapia della neuro psicomotricità infantile. Nonostante l' Ateneo abbia chiesto al Ministero l'autorizzazione a provvedere, questi non ha neanche riscontrato la richiesta evidenziando per le vie brevi che il D.M. 28 giugno 2012, n. 201, a differenza di quello n. 197, non consente tale possibilità.

Con il ricorso in esame parte ricorrente impugna gli atti indicati in epigrafe, deducendo le seguenti doglianze:

I. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 34 E 97 DELLA COSTITUZIONE, DELL' ART.- 46 D.P.R. D. 394/99, DEL DECRETO LEGISLATIVO 25 LUGLIO 1998 N. 286 E DELLA LEGGE 2 AGOSTO 1999 N. 264. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE E CONTRADDITTORIET À TRA PROVVEDIMENTI PROVENIENTI DALLO STESSO ATENEO.

E' noto che, da diversi anni, le Università riservano un certo numero di posti messi a concorso agli studenti extracomunitari.

Tale riserva, tuttavia, non è prevista da nessuna norma di legge e, a parere di chi scrive, è letteralmente una (illegittima) invenzione del M.LU.R.

La fonte di tale riserva, infatti, dovrebbe rintracciarsi nell'art. 46 D.P.R. n. 394/99 che, invece, non parla mai di "riserva" ed anzi, chiarisce, che "nel caso di accesso a corsi a numero programmato l'ammissione è, comunque, subordinata alla verifica delle capacita ricettive delle strutture universitarie e al superamento delle prove di ammissione".

La norma si limita a disporre che "in armonia con gli orientamenti comunitari sull'accesso di studenti stranieri all'istruzione universitaria, gli atenei, sulla base di criteri predeterminati e in applicazione della regolamentazione sugli accessi all'istruzione universitaria, stabiliscono, entro il 31 dicembre di ogni anno, il numero dei posti da destinare alla immatricolazione degli studenti stranieri ai corsi di studio universitari, per l'anno accademico successivo, anche in coerenza con le esigenze della politica estera culturale e della cooperazione allo sviluppo, fatti salvi gli accordi di collaborazione universitaria con i Paesi terzi".

Niente riserva ma solo la necessità di prevedere quanto e quali posti destinerò ai soggetti non comunitari.

Anche il successivo D.P.R. n. 334/2004 non prevede affatto una riserva di posti per i cittadini extracomunitari. Al contrario, si legge che "gli studenti stranieri accedono, a parità di trattamento con gli studenti italiani, ai servizi e agli interventi per il diritto allo studio di cui alla legge 2 dicembre 1991, n. 390, compresi gli interventi non destinati alla generalità degli studenti, quali le borse di studio, i prestiti d'onore ed i servizi abitativi, in conformità alle disposizioni previste dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato ai sensi dell'articolo 4 della stessa legge n. 390 del 1991, che prevede criteri di valutazione del merito dei richiedenti, in aggiunta a quella delle condizioni economiche degli stessi e tenuto, altresì, conto del rispetto dei tempi previsti dall'ordinamento degli studi ".

Nessun privilegio, quindi, solo parità.

Non v'è chi non veda, pertanto, che in mancanza di una Legge che autorizzi la riserva di posti questa sia assolutamente illegittima e, allo stato, i cittadini extracomunitari che hanno partecipato alla selezione sono illegittimamente collocati in una graduatoria riservata che non dovrebbe esistere ragion per cui, avendo un punteggio più basso di parte ricorrente, illegittimamente li sopravanzano.

In ogni caso, allo stato, non è stato emanato, per l'anno che ci occupa, il Decreto Ministeriale previsto dall'art. 39, comma 4, del D.Lgs., n. 286/98 con il quale deve essere fissato "il numero massimo dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per l'accesso all'istruzione universitaria degli studenti stranieri residenti all'estero ", ragion per cui, manca il titolo sulla base del quale poter consentirne l'immatricolazione. Per l'anno accademico passato (2010/2011) tale D.M. è stato emesso solo in data 3 agosto 2011, in G.U. n. 202 del 31 agosto 2011.

I cittadini extracomunitari, quindi, non avendo diritto ad alcuna riserva dei posti, vanno collocati nella graduatoria generale "a pettine" ivi spendendo il punteggio ottenuto.

In mancanza di una riserva di posti legislativamente pattuita, quindi, i soggetti extracomunitari ammessi dovranno, per confermare la loro posizione di vincitori, verificare che il punteggio ottenuto gli consentirebbe l'ingresso nella graduatoria di merito ove concorre assieme ad altri colleghi comunitari.

In ogni caso, ammesso, per ipotesi, che la fonte di legge vi sia, è stato platealmente disatteso l'altro disposto di legge (n. 394/99) volto alla stima dei soggetti ammissibili in virtù della loro qualità.

Ai sensi dell'art. 46 D.P.R. n. 394/99, infatti, "gli Atenei, sulla base di criteri predeterminati e in applicazione della regolamentazione sugli accessi all 'istruzione universitaria", dovrebbero decidere quanti posti riservare al contingente degli studenti extracomunitari.

Nella specie tale determinazione manca del tutto ragion per cui i posti erroneamente riservati devono, invece, essere messi a disposizione di chi, come i ricorrenti, oggi li reclama (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 21 dicembre 2009, n. 2162).

In via subordinata ove non risulti fondato il precedente motivo di ricorso si eccepisce quanto appresso.

II. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI AUTONOMIA UNIVERSITARIA. VIOLAZIONE DELL' ART. 2, 9, 33 E 34 COST ECCESSO DI POTERE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E SVIAMENTO.

La determinazione del Rettore di inoltrare una mera richiesta al Ministero, anzichè determinarsi motu proprio per lo scorrimento, è illegittima in quanto è nelle sue competenze e non in quelle ministeriali provvedere sullo scorrimento della graduatoria.

A riprova della correttezza del superiore argomento, si rileva che diversi atenei italiani si determinano autonomamente su tale questione e nessuno, ha mai chiesto al MIUR alcuna autorizzazione.

III. 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.

Nonostante vi sia 1 posto riservato agli extracomunitari per logopedia e 2 per Terapista, l'Ateneo e il M.LU.R. non li hanno assegnati a parte ricorrente che è collocato subito dopo l'ultimo ammesso in graduatoria.

Trattasi di scelta palesemente illegittima giacchè, come statuito unanimemente dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. 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; C.G.A., 21 luglio 2008, n. 635), in relazione ai corsi a numero chiuso programmati a livello nazionale è obbligo dell'Ateneo "di assegnare i posti resisi disponibili per l'immatricolazione oggetto di causa" (cfr. sentenza n. 2164/2009).

Difatti il D.M. in atti 28 giugno 2012 n. 196, nell'allegato 1, chiarisce che "i posti eventualmente non utilizzati nella graduatoria dei cittadini extracomunitari residenti all'estero. verranno utilizzati per lo scorrimento della graduatoria dei cittadini comunitari e non comunitari di cui all'articolo 26 della legge 189 del 2002. qualora previsto nei successivi decreti di programmazione". Il D.M. di programmazione di Medicina prevede tale possibilità. Quelli di Professioni sanitarie, no.

E’ illegittimo non aver applicato il medesimo criterio usato per Medicina ove, come anticipato, è data la possibilità di usare tali vacanze per colmare il gap tra offerta degli Atenei e fabbisogno di professionalità,

Si legge nel D.M. 28 giugno 2012, n. 197 che "l'utilizzo dei predetti posti, rimasti vacanti, possano concorrere a colmare il divario esistente tra il fabbisogno rilevato e l'offerta delle Università".

Il fabbisogno nazionale per logopedista indicato dalle Professioni è pari a 681 posti necessari a livello nazionale solo 588 furono quelli banditi.

Il fabbisogno nazionale per Terapia della neuro psicomotricità infantile indicato dalle Professioni è pari a 455 posti necessari a livello nazionale ma solo 307 furono quelli banditi. In Sicilia, tuttavia, su un fabbisogno di 25 posti solo lO furono quelli banditi.

Non vi è, quindi, alcuna incidenza sul fabbisogno nazionale e regionale che comunque necessita di tali posti stante la determinazione dell'accordo Stato Regioni che è alla base della programmazione nazionale delle immatricolazioni.

3. In ogni caso è erroneo riferirsi al parametro del fabbisogno per giustificare la copertura di posti rimasti vacanti.

IV RISARCIMENTO DANNI IN FORMA SPECIFICA

Nella specie, ove si ritenesse di non poter accogliere la domanda principale di annullamento del diniego con conseguente riespansione del diritto allo studio costituzionalmente protetto ed ammissione al corso di laurea cui si aspira pur in ipotesi di vizi riguardanti l'intera selezione, in Via subordinata si chiede di beneficiare del risarcimento del danno in forma specifica e, quindi, dell' ammissione al corso di laurea.

Parte ricorrente, come verrà certamente dimostrato in corso di causa, ha subito tanto un danno da mancata promozione, quanto da perdita di chance.

Relativamente alla prima voce di danno, risulta già dimostrato per tabulas che una pacifica e trasparente gestione della prova avrebbe certamente consentito di colmare quel gap di un punti che, ad oggi, vede parte ricorrente esclusa.

In merito alla seconda voce di danno, "sul presupposto della irrimediabile perdita di chance in ragione dell'irripetibilità della procedura con le stesse modalità e gli stessi partecipanti di quella ritenuta illegittima - deve riconoscersi il danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile" (Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2006, n. 852).

Si costituisce in giudizio l’Amministrazione resistente, che nel controdedurre alle censure di gravame chiede la reiezione del ricorso .

DIRITTO

Il Collegio, anche al non più sommario esame proprio della fase di merito e in assenza di allegazioni da parte dell’Amministrazione, ritiene di confermare l’orientamento espresso in cautelare favorevole all’accoglimento del gravame ( ord. n..4744/2013 ) per “illegittimità della mancata previsione della riassegnazione dei posti riservati a extracomunitari non residenti rimasti vacanti ..”e che vedono la fondatezza dei primi tre motivi di ricorso nei limiti che si vanno a precisare.

Nel caso di specie, infatti, deve essere valorizzato il principio di ordine generale – a vario titolo richiamato nei suddetti motivi di ricorso - secondo cui nell’ambito della programmazione di posti accessibili per la formazione universitaria, ferma la legittimità dell’introduzione, anche sotto i profili del diritto comunitario, del c.d. “numero chiuso” (Cons. Stato, Sez. VI, 11.2.11, n. 898; Sez. II, 23.11.10, n. 591; Tar Lazio, Sez. III bis, 13.9.12, n. 7779;), deve essere primariamente valorizzato il contingentamento degli accessi in relazione al “fabbisogno” individuato relativamente alle strutture disponibili, proporzionato all’offerta formativa degli Atenei e non tanto al raggiungimento di un punteggio minimo in relazione alle specifiche domande formulate nei relativi “test”.

Se, dunque, appare legittima la formulazione di una graduatoria da cui attingere, nei limiti di posti ritenuti disponibili di anno in anno, secondo l’ordine meritorio di risposta (e di relativa assegnazione di punteggio fino ad esaurimento dei posti disponibili, comprese rinunce e revoche dei diretti interessati), 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 pur conseguente ad una legittima procedura di selezione (TAR Sicilia, Pa, Sez. I, 2.2.10, n. 1295).

Nel caso di specie, quindi, doveva essere considerata la possibilità di mancata integrale copertura dei posti messi a selezione e di procedere allo scorrimento della graduatoria integralmente considerata.

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).”

E ciò è tanto più vero ove si consideri che i posti, destinati ai cittadini comunitari e non, non assurgono a nozione di riserva esclusiva ma a mero contingente da destinare nel rapporto quantitativo in parte ai cittadini ed in parte agli extracomunitari con la conseguente irrilevante statuizione espressa o meno nel D.M della utilizzabilità o meno dei posti rimasti vacanti.

In conclusione, quindi, deve dichiararsi l’illegittimità della intrepretazione del d.m. 28.6.12 n. 196 secondo la quale il contingente per gli extracomunitari -2012-2013 non possa essere attribuito ai cittadini comunitari nell’ipotesi di mancata integrale copertura dei posti programmati.

L’ampia disponibilità di posti residuati esclude poi l’individuazione della posizione di controinteressati nel presente giudizio.

L’Amministrazione dovrà quindi provvedere allo scorrimento integrale della graduatoria in relazione alla posizione di parte ricorrente e disporre di conseguenza.

Non si rilevano i presupposti per accogliere anche la domanda risarcitoria, attesa la tutela cautelare intervenuta e la genericità della domanda medesima.

Le spese del giudizio possono eccezionalmente compensarsi, attesa la peculiarità e novità della questione e l’accoglimento solo parziale del ricorso in relazione alla domanda di annullamento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Francesco Brandileone, Consigliere, Estensore

Ivo Correale, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2014

IL SEGRETARIO

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