

N. 00026/2013REG.PROV.COLL.

N. 00024/2013 REG.RIC.A.P.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 24 di A.P. del 2013, proposto da: Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Giulia Nutile, Federico Saturno Spurio, Fabrizio Lo Giudice, Giorgia Intiliano, Udu - Unione Degli Universitari, non costituiti in questa fase del giudizio; Giorgio Barbaro, rappresentato e difeso dagli avv. Giacomo Ferrari ed Umberto Cantelli, con domicilio eletto presso Michele Bonetti in Roma, via San Tommaso D'Aquino 47;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA: SEZIONE I n. 02105/2011, resa tra le parti, concernente graduatoria concorso per l'ammissione al corso di laurea in medicina e chirurgia a.a.2010/2011

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Giorgio Barbaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il Cons. Antonino Anastasi e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Basilica e l'avvocato Cantelli.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'odierno appellante incidentale, avendo partecipato presso l'Università di Messina alla selezione di ammissione per l'anno accademico 2010/2011 al corso di laurea a numero chiuso in medicina e chirurgia, si è classificato in graduatoria in posizione non utile per conseguire l'immatricolazione su uno dei 200 posti disponibili.

Insieme ad altri studenti versanti nelle medesime condizioni il predetto ha impugnato avanti al TAR Catania la graduatoria finale chiedendo in via principale l'annullamento del diniego di ammissione ed in via subordinata l'annullamento della intera selezione, con conseguente risarcimento in forma specifica o per equivalente.

A sostegno dell'impugnativa i ricorrenti hanno dedotto censure relative alla errata definizione da parte dell'Università del numero dei posti effettivamente disponibili; alla tardiva pubblicazione del bando; alla carente informazione circa la corretta procedura da seguire in caso di ripensamento del candidato sulla correttezza di una risposta resa; alla violazione della regola dell'anonimato da parte della Commissione; al mancato scorrimento della graduatoria in relazione ai 25 posti originariamente riservati a studenti extracomunitari ma non integralmente coperti da questi.

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale etneo ha respinto tutte le censure salvo quella relativa al mancato utilizzo dei posti riservati agli studenti extracomunitari e non coperti, che è stata accolta, con conseguente scorrimento della graduatoria degli studenti comunitari.

Per quanto riguarda la questione della violazione della regola dell'anonimato il Tribunale, pur avendo riscontrato profili di non corretta applicazione delle regole concorsuali da parte della Commissione nella fase di distribuzione e ritiro dei test ai candidati, ha aderito all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'eventuale, astratta riconoscibilità dei candidati non può costituire ex se causa di invalidazione di una procedura concorsuale, allorché, come nella specie, non risulti in alcun modo dimostrato che tale evenienza abbia oggettivamente determinato condizioni di vantaggio rispetto ad altri candidati, incidendo negativamente sui risultati della selezione effettuata.

La sentenza è stata impugnata dall'Amministrazione la quale ha ribadito la legittimità del mancato utilizzo dei posti non coperti dagli studenti extracomunitari.

La sentenza è stata impugnata in via incidentale da alcuni degli originari ricorrenti i quali ne hanno chiesto la riforma nei capi a loro sfavorevoli, tornando a proporre tutte le doglianze già infruttuosamente versate in primo grado.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa, dopo aver disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli studenti utilmente graduati, con la sentenza parziale/ordinanza sopra citata ha:

- a) respinto l'appello principale dell'Amministrazione;
- b) respinto nella sostanza tutti motivi versati in via incidentale dalle parti private salvo quello concernente la violazione della regola dell'anonimato da parte della Commissione;
- c) rimesso a questa Adunanza Plenaria l'esame di tale motivo di impugnazione.

Nel merito di tale questione il Consiglio di Giustizia, il quale in definitiva propende per il rigetto del mezzo proposto dagli studenti, rileva che la Commissione ha pedissequamente applicato la normativa posta a disciplina della selezione.

In particolare alcuni comportamenti materiali posti in essere dalla Commissione (distribuzione dei test ai candidati e ritiro degli stessi seguendo l'ordine alfabetico/ apposizione sull'elenco identificativo accanto al nome del candidato del codice alfanumerico contrassegnante il relativo foglio dei test) risultano compatibili con le regole dettate dal bando ed ispirati a condivisibili esigenze di trasparenza e legalità, essendo tali accorgimenti imposti da esigenze di ordinata organizzazione della complessa procedura nonchè finalizzati ad ovviare possibili scambi di elaborati tra i candidati.

Peraltro, anche ammettendo che questi comportamenti materiali avessero reso in astratto possibile l'identificazione dell'autore di ciascun elaborato, in concreto le operazioni di distribuzione e raccolta dei test nonchè di sigillatura dei contenitori racchiudenti le relative buste si sono svolte costantemente alla presenza degli studenti: il che – specie tenendo presente la genericità delle doglianze mosse dai ricorrenti - porta ad escludere che in concreto l'ipotizzata violazione della regola dell'anonimato possa aver alterato la correttezza della procedura selettiva.

Osserva tuttavia il Consiglio di Giustizia che la II[^] Sez. del Consiglio di Stato (con parere 213 del 6.10.2011) ha accolto un ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto proprio da soggetti non ammessi nell'anno accademico 2009/2010 al corso di laurea in medicina e chirurgia dell'Università di Messina affermando l'opposto principio secondo cui “ non occorre accertare se il riconoscimento della prova di un candidato si sia effettivamente determinato, essendo sufficiente la mera astratta possibilità dell'avverarsi di tale evenienza”.

Pertanto, visto il rilievo di massima della questione, il Consiglio ha rimesso l'esame dell'appello incidentale a questa Adunanza Plenaria.

Si è costituita in questa fase del giudizio l'Amministrazione chiedendo il rigetto dell'appello avversario.

Si è costituito il sig. Giorgio Barbaro, insistendo per l'accoglimento del motivo e rilevando che la Commissione, diversamente da come ritenuto dal C.G.A., ha in realtà violato le regole fissate dal bando e dalla presupposta ordinanza ministeriale. Nel merito l'appellante chiede l'annullamento del diniego di ammissione oppure in via gradata l'annullamento della intera selezione, con risarcimento in forma specifica o generica.

Alla pubblica udienza del 9 ottobre 2013 l'appello incidentale è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. La controversia in esame origina dalla selezione di ammissione per l'anno accademico 2010/2011 al corso di laurea a numero programmato in medicina e chirurgia presso l'Università degli studi di Messina.

Alcuni studenti, classificatisi in posizione non utile per conseguire l'immatricolazione su uno dei 200 posti disponibili, hanno impugnato avanti al TAR Catania la graduatoria finale deducendo – tra l'altro – la violazione della regola dell'anonimato da parte della Commissione.

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale etneo ha disatteso questa censura, riproposta dai soccombenti in sede di impugnazione incidentale.

Al riguardo il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana riconosce che taluni comportamenti materiali della Commissione (pur non contrastanti con specifiche previsioni del bando) possono aver in teoria reso possibile l'identificazione dell'autore di ciascun elaborato.

Tuttavia il Consiglio, tenuta presente la genericità delle doglianze mosse dai ricorrenti e tenuta presente come meglio si vedrà poi la specifica tipologia della

selezione, propende per escludere che in concreto l'ipotizzata violazione della regola dell'anonimato abbia alterato la correttezza della procedura selettiva.

Ne consegue, a giudizio del Consiglio, che l'eventuale, astratta riconoscibilità dei candidati non dovrebbe costituire ex se causa di invalidazione della procedura concorsuale, allorché, come nella specie, non risulta in alcun modo dimostrato che tale evenienza abbia oggettivamente determinato condizioni di vantaggio per alcuni candidati, incidendo negativamente sui risultati della selezione effettuata.

Rileva tuttavia il Consiglio la presenza in giurisprudenza di un diverso orientamento secondo il quale non occorre accertare se a seguito della violazione il riconoscimento della prova di un candidato abbia in concreto sviato la procedura di correzione, essendo sufficiente la mera astratta possibilità dell'avverarsi di tale evenienza.

Pertanto, visto il rilievo di massima della questione, il Consiglio ha rimesso l'esame del ricorso incidentale a questa Adunanza Plenaria.

2. La violazione della regola dell'anonimato nei concorsi e nelle pubbliche selezioni viene nella prassi in rilievo sotto due profili che è opportuno tenere distinti, non potendosi applicare al secondo ambito i costrutti giurisprudenziali elaborati in relazione al primo.

Nell'ipotesi statisticamente più frequente si tratta di controversie innescate dalle esclusioni da procedure concorsuali (anche idoneative) di candidati che abbiano apposto al proprio elaborato segni di riconoscimento.

In questo caso – allorché dunque la violazione è addebitata al candidato - afferma costantemente la giurisprudenza che la regola dell'anonimato degli elaborati scritti non può essere intesa in modo tanto tassativo e assoluto da comportare l'invalidità delle prove ogni volta che sussista un'astratta possibilità di riconoscimento, perché se così fosse sarebbe materialmente impossibile svolgere concorsi per esami scritti, giacché non si potrebbe mai escludere a priori la possibilità che un commissario

riconosca una particolare modalità di stesura: è invece necessario che emergano elementi atti a provare in modo inequivoco l'intenzionalità del concorrente di rendere riconoscibile il suo elaborato. (ad es. VI Sez. n. 5220 del 2006).

In sostanza, nell'ipotesi in esame l'annullamento di un elaborato per riconoscibilità dell'autore ne presuppone l'intenzionalità, che va desunta, per via indiretta o presuntiva, dalla natura in sé dell'elemento riconoscibile e dalla sua suscettività oggettiva di comportare la riferibilità dell'elaborato stesso a un determinato soggetto. (ad es. V Sez. n. 2025 del 2011).

Nel diverso caso, statisticamente meno frequente, in cui la mancata osservanza della regola dell'anonimato è addebitata all'Amministrazione nel contesto di una selezione di stampo comparativo, l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario considera tale violazione rilevante in sé “ senza che sia necessario (per inferirne la illegittimità) ricostruire a posteriori il possibile percorso di riconoscimento degli elaborati da parte dei soggetti chiamati a valutarli”. (cfr. VI Sez. n. 1928 del 2010).

A sostegno di tale orientamento si osserva che “ L'ordinamento non chiede dunque che il giudice accerti di volta in volta che la violazione delle regole di condotta abbia portato a conoscere effettivamente il nome del candidato. Se fosse richiesto un tale, concreto, accertamento, lo stesso - oltre ad essere di evidente disfunzionale onerosità - si risolverebbe, con inversione dell'onere della prova, in una sorta di *probatio diabolica* che contrasterebbe con l'esigenza organizzativa e giuridica di assicurare senz'altro e per tutti il rispetto delle indicate regole, di rilevanza costituzionale, sul pubblico concorso.” (cfr. di recente VI Sez. n. 3747 del 2013).

In sintesi, come icasticamente precisato dalla II Sez. nel parere n. 213 del 2011 (richiamato dall'ordinanza di rimessione e col quale è stato accolto il ricorso straordinario n. 3672 del 2011 proposto proprio avverso la selezione svoltasi nella stessa facoltà nel precedente anno accademico) a fronte dell'esigenza di assicurare

l'indipendenza di giudizio dell'organo valutatore “ non occorre accertare se il riconoscimento della prova di un candidato si sia effettivamente determinato, essendo sufficiente la mera, astratta possibilità dell'avverarsi di una tale evenienza.”.

Secondo un diverso indirizzo – al quale hanno invece dato continuità il TAR Catania con la sentenza qui impugnata e in sostanza il Consiglio di Giustizia con l'ordinanza di rimessione a questa Adunanza Plenaria – “ in applicazione del principio di conservazione ex art. 21-octies, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, la violazione della regola procedimentale dell'anonimato in un procedimento amministrativo relativo a un concorso è irrilevante quando la prova concorsuale consista nella soluzione di quesiti a risposta multipla e non risultino, perciò, riconosciuti all'amministrazione margini di discrezionalità valutativa, se non sia stata fornita prova del fatto che l'osservanza della regola procedimentale dell'anonimato avrebbe determinato un differente esito procedimentale”. (cfr. anche CGA n. 168 del 2010).

In sostanza, allorché la correzione degli elaborati ha carattere non valutativo ma strettamente vincolato e specialmente allorché essa è come nel caso all'esame demandata ad un organo terzo (il CINECA) non basterebbe lamentare genericamente violazioni dell'anonimato da parte della Commissione, occorrendo invece l'indicazione di elementi concreti dai quali desumere che si sia in effetti verificata una lesione della *par condicio* tra i candidati.

3. Ciò premesso, osserva questa Adunanza Plenaria che il criterio dell'anonimato nelle prove scritte delle procedure di concorso – nonché in generale in tutte le pubbliche selezioni - costituisce il diretto portato del principio costituzionale di uguaglianza nonché specialmente di quelli del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la quale deve operare le proprie valutazioni senza

lasciare alcuno spazio a rischi di condizionamenti esterni e dunque garantendo la par condicio tra i candidati.

Tale criterio, costituendo appunto applicazione di precetti costituzionali, assume una valenza generale ed incondizionata, mirando esso in sostanza ad assicurare la piena trasparenza di ogni pubblica procedura selettiva e costituendone uno dei cardini portanti.

L'esigenza dell'anonimato si traduce infatti a livello normativo in regole che, per quanto ora rileva, tipizzano rigidamente il comportamento dell'Amministrazione imponendo (come fa ad es. il D.M. 10.6.2010 per la selezione in controversia) una serie minuziosa di cautele e accorgimenti prudenziali, inesplicabili se non sul presupposto dell'intento del Legislatore di qualificare la garanzia e l'effettività dell'anonimato quale elemento costitutivo dell' interesse pubblico primario al cui perseguimento tali procedure selettive risultano finalizzate.

Allorché l'Amministrazione si scosta in modo percepibile dall'osservanza di tali vincolanti regole comportamentali si determina quindi una illegittimità di per se rilevante e insanabile, venendo in rilievo una condotta già ex ante implicitamente considerata come offensiva in quanto appunto connotata dall'attitudine a porre in pericolo o anche soltanto minacciare il bene protetto dalle regole stesse.

In conclusione, mutuando la antica terminologia penalistica, può affermarsi che la violazione dell'anonimato da parte della Commissione nei pubblici concorsi comporta una illegittimità da pericolo c.d. astratto (cfr. in termini VI sez. n. 3747/2013 citata) e cioè un vizio derivante da una violazione della presupposta norma d'azione irrimediabilmente sanzionato dall'ordinamento in via presuntiva, senza necessità di accertare l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione. Nè, a giudizio dell'Adunanza, può affermarsi che nel caso in esame la Commissione sia incorsa in irregolarità così modeste o veniali da risultare giustificabili alla stregua del principio di ragionevolezza e proporzionalità.

Infatti, come si evince dagli atti e come meglio specificato nelle premesse, la Commissione ha fatto annotare sull'elenco alfabetico dei candidati, accanto al nome di ciascuno di essi, il codice alfanumerico CINECA riservato a lui attribuito, codice la cui funzione era appunto quella di consentire solo ex post l'abbinamento della scheda anagrafica con la prova corretta.

Certamente, come afferma l'Amministrazione, questa condotta può essere stata ispirata dall'intento di precludere disfunzioni e scambio delle prove tra i candidati, ma ciò non toglie che in buona sostanza dopo la conclusione della procedura la Commissione si è trovata in possesso di un elenco alfabetico in cui al codice (segreto) contrassegnante l'elaborato era inequivocabilmente associato al nome del candidato.

Incidentalmente, sembra significativo notare che nelle selezioni per i successivi anni accademici l'Università ha cessato di far annotare il codice segreto accanto al nome del candidato.

Inoltre, alla fine della prova in controversia il ritiro delle buste e soprattutto il loro posizionamento nei vari contenitori sono avvenuti seguendo rigorosamente l'ordine alfabetico dei singoli candidati, con conseguente possibilità di rintracciare con sicurezza la scatola in cui era stata collocata la prova consegnata da ciascun candidato.

Ne consegue che il comportamento della Commissione ha superato la soglia di criticità, mettendo a rischio nel senso anzidetto tutti gli accorgimenti predisposti a livello normativo generale e di settore al fine di assicurare l'anonimato nella fase di correzione.

Il mezzo in rassegna va quindi accolto, con conseguente annullamento della graduatoria invalidamente formata, dovendosi enunciare il seguente principio di diritto:

“ Nelle prove scritte dei pubblici concorsi o delle pubbliche selezioni di stampo comparativo una violazione non irrilevante della regola dell’anonimato da parte della Commissione determina *de iure* la radicale invalidità della graduatoria finale, senza necessità di accertare in concreto l’effettiva lesione dell’imparzialità in sede di correzione.”.

Ai sensi dell’art. 99 comma 4 cod. proc. amm. il giudizio è restituito per il seguito dell’esame delle restanti questioni al Consiglio remittente il quale provvederà anche per le spese della presente fase.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) non definitivamente pronunciando sull'appello incidentale, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Restituisce il giudizio al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana per il seguito dell’esame.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Raffaele Maria De Lipsis, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere, Estensore

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2013

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

Il Dirigente della Sezione