

Pubblicato il 24/12/2018

N. 07216/2018REG.PROV.COLL.
N. 08549/2017 REG.RIC.



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 (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8549 del 2017, proposto da Raffaella Aversa, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio Lofoco, con domicilio eletto presso lo studio Grez e Associati s.r.l. in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Universita' degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli-Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Fabiana Forte, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Rosario Spasiano, con domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, Via di Villa Sacchetti, n. 11;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE II, n. 2145/2017, resa tra le parti, in tema di copertura di posti di professori di seconda fascia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli-Napoli e di Fabiana Forte;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2018 il Cons. Italo Volpe e uditi per le parti gli avvocati Fabrizio Lofoco, dello stato Davide Di Giorgio e Mario Rosario Spasiano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso in epigrafe la persona fisica ivi pure indicata ha impugnato la sentenza in forma semplificata del Tar della Campania, Napoli, n. 2145/2017, pubblicata il 19.4.2017, che – a spese compensate – le ha dichiarato inammissibili:

- il suo originario ricorso introduttivo volto, contestualmente all'accertamento del suo diritto ad essere valutata immediatamente, e comunque a non essere pretermessa rispetto ad altri docenti di altri settori, in ottemperanza alle regole autodeterminate dall'Università, all'annullamento:

-- del verbale della seduta del Senato accademico del 27.6.2016, delibera n. 59, nel quale è stato espresso parere favorevole in merito alla chiamata di professore di seconda fascia in settore

scientifico-disciplinare diverso da quello di sua afferenza;

-- della determinazione n. 8784/II/8 del 23.1.2017 della Seconda Università degli Studi di Napoli, oggi Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” (di seguito “Università”), di convocazione del Consiglio di Dipartimento con all’o.d.g. la programmazione punti-organico 2017 e richiesta copertura di seconda fascia;

- i suoi successivi motivi aggiunti volti all’annullamento del verbale n. 2 del Consiglio di Dipartimento dell’Università del 30.1.2017, riguardante la programmazione punti-organico 2017- richiesta di copertura posti di seconda fascia.

1.1. La sentenza ha deciso affermando, in sintesi, che:

- era fondata l’eccezione della controinteressata d’inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse, tenuto conto del fatto che, prima ancora di ogni altra valutazione di merito, in applicazione dell’art. 18 della l.n. 240/2010, l’originaria ricorrente non poteva essere destinataria di alcuna procedura di chiamata indetta dall’Università, essendo ella coniuge di un professore ordinario già in servizio presso il medesimo Dipartimento nel quale avrebbe voluto essere chiamata;

- nella specie la procedura di chiamata si fondava sull’art. 24, co. 6, della l.n. 240/2010, che tuttavia avrebbe dovuto rispettare le cause di incompatibilità poste dall’art. 18 della stessa legge;

- *“le disposizioni regolamentari di Ateneo vigenti in materia di chiamata dei professori di prima e seconda fascia precludono la possibilità di partecipazione alle procedure di chiamata di coloro che “abbiano un rapporto di coniugio o un grado di parentela o di*

affinità fino al quarto grado compreso con un professore appartenente al Dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata””;

- la giurisprudenza aveva chiarito che “la previsione dell’art. 18 sopra richiamata deve ritenersi applicabile ai rapporti di coniugio, dovendosi a tale riguardo considerare che se l’affinità presuppone il coniugio, allora la ragione di incompatibilità riferita all’affinità vale, a maggior ragione, per il coniugio”;

- era inconferente nella fattispecie un precedente del Tar Campania (sentenza n. 5234/2016) addotto dalla ricorrente a sostegno delle proprie tesi

2. L’appello s’affida alle seguenti censure:

a) ingiustizia della sentenza per erronea presupposizione di fatto e di diritto - distorto uso della regola processuale relativa alla declaratoria di inammissibilità;

b) erroneità della sentenza per travisamento dei fatti e dei motivi spesi in primo grado - travisamento dei fatti, illogicità ed ingiustizia manifesta - difetto di motivazione;

c) sotto diverso profilo, ingiustizia della sentenza nel merito;

d) ingiustizia della sentenza per erronea individuazione delle norme cogenti, come attagliate al caso di specie.

2.1. Ad avviso di parte, in sostanza:

a.1) avevano errato i primi Giudici, allorché avevano annunciato ai difensori delle parti, nella camera di consiglio cautelare, di poter procedere con decisione in forma semplificata, a non enunciare formalmente anche il motivo di possibile inammissibilità che, poi, gli stessi avrebbero posto a base della loro decisione. In tal modo

s'era determinata una lesione del diritto di difesa dell'appellante;

b.1) la ricorrente ed il professore in servizio presso il Dipartimento in cui la prima poteva e doveva essere chiamata erano coniugi dal 2007, ossia da epoca anteriore sia all'avvio del procedimento di chiamata *ex art. 24, co. 6, della l.n. 240/2010* sia all'entrata in vigore di questa stessa legge. Inoltre, le cause di incompatibilità di cui all'art. 18 della legge citata, per un verso, non contemplano formalmente il rapporto di coniugio e, per altro verso, non possono trovare applicazione alla diversa procedura di chiamata di cui al predetto art. 24, co. 6. Ove pure si ritenesse operante la disposizione di cui all'art. 18 della legge, ciò dovrebbe al più valere per i rapporti di coniugio costituitisi dopo l'entrata in vigore di tale norma;

c.1) *“L'estensione (...) delle incompatibilità dell'art. 18 anche “alle chiamate disciplinate dall'art. 24, comma 6, del medesimo testo normativo, tenuto conto della ratio sottesa alla previsione (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4704 del 2016)”, non è ragionevole, né giustificabile e né ammissibile, perché estende un limite non espressamente previsto ad una procedura speciale, volta all'accesso agevolato nel ruolo di professore di prima e seconda fascia di professori di seconda fascia e ricercatori a tempo indeterminato in servizio nell'Università medesima entro un termine prestabilito (31 dicembre 2017)”;*

d.1) era del tutto conferente, di contro, il precedente del medesimo Tar (sentenza n. 5234/2016) che era stato invocato.

3. L'Università si è solo costituita.

4. La controinteressata, appellata, ha ribattuto partitamente alle

tesi dell'appellante col proprio atto di costituzione.

In particolare, a suo avviso:

- quanto alla prima censura, non incombe al Giudice, quando reputi di poter definire la controversia con decisione in forma semplificata, di 'anticipare' alcuna delle proprie valutazioni. Nella specie, inoltre, i profili di possibile inammissibilità dell'originario ricorso – oltre poter essere rilevabili d'ufficio – erano stati già dedotti in primo grado, sia dalla controinteressata sia dall'Università;

- l'originaria ricorrente *“non ha mai impugnato le disposizioni regolamentari di Ateneo concernenti la chiamata dei professori associati e ordinari”*, onde la sua eccezione (secondo la quale l'art. 5, co. 2, del “Regolamento per la disciplina della chiamata dei professori di prima e seconda fascia”, approvato con Decreto del Rettore dell'Università del 22.9.2015, farebbe riferimento solo alla disciplina di cui all'art. 18 della l.n. 240/2010, non anche a quella di cui all'art. 24 della stessa legge) *“non ha affatto costituito eccezione nel ricorso di primo grado, pertanto è inammissibile”*;

- doveva disporsi l'estromissione della sua posizione quanto meno in relazione all'oggetto degli originari motivi aggiunti

5. Con ordinanza della Sezione n. 402/2018, pubblicata il 29.1.2018, è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata *“Ritenuto, nell'ambito della delibazione tipica della presente fase, non sufficientemente comprovato al momento il requisito del fumus boni iuris a fondamento della formulata domanda cautelare”*.

6. La controinteressata ha riepilogato le sue tesi con memoria del 19.10.2018.

L'appellante l'ha fatto con memoria del 22.10.2018, con la quale tra l'altro ha rilevato che l'Università solo in data 26.6.2018 ha modificato il regolamento di Ateneo estendendo ai casi di procedure *ex art. 24, co. 6, della l.n. 240/2010* la causa di incompatibilità per rapporto di coniugio.

7. Con replica del 31.10.2018 l'appellante obietta che la controinteressata, giacchè effettivamente tale, non poteva essere estromessa.

Ribadisce, rispetto a quanto già illustrato in appello, che i primi Giudici hanno comunque omesso di affrontare il merito della controversia, ossia l'illegittimità della condotta dell'Università che nella specie non aveva osservato rigorosamente l'ordine (autoimposto) delle valutazioni delle chiamate da effettuare, così ingiustamente 'saltando' proprio quella che, invece, avrebbe riguardato l'appellante.

8. La causa quindi, chiamata alla pubblica udienza di discussione del 22.11.2018, è stata ivi trattenuta in decisione.

9. Preliminarmente va disattesa la richiesta di dichiarazione di estromissione della controinteressata, tenuto conto proprio di tale sua effettiva veste nell'ambito del giudizio in oggetto.

10. Non persuade, poi, la deduzione formulata dalla parte appellante circa la pretesa avvenuta lesione del suo diritto di difesa.

L'art. 60 c.p.a. prevede che, per poter chiudere il giudizio con sentenza in forma semplificata, il Collegio deve verificare solo la

completezza del contraddittorio e la completezza dell'istruttoria, onde valutare se la causa sia matura o meno per la sua definizione con sentenza, previa anticipazione alle parti della possibilità (appunto) di riservarsi la decisione in forma semplificata.

La norma, nel suo unico comma, individua i presupposti per poter definire la controversia in sede di decisione della domanda cautelare, consistenti nel fatto che:

- siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso;
- il contraddittorio e l'istruttoria siano completi.

Verificandosi tali evenienze, una volta avvertite le parti dell'intenzione del Collegio di definire il merito della causa, le stesse parti possono paralizzare una pronta definizione del giudizio solo se dichiarano la (concreta) necessità di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza ovvero regolamento di giurisdizione.

Di certo la possibilità di definire rapidamente il giudizio, quando sia trascorso un breve lasso di tempo dalla sua instaurazione, non può ledere i principi di effettività e del giusto processo, garantiti rispettivamente dall'art. 1 c.p.a., nel senso di assicurare alle parti una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, e dall'art. 2, co. 1, c.p.a., teso ad assicurare, nello svolgimento del processo, la parità delle parti, il contraddittorio e il giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione.

Per evitare un'elisione del diritto di difesa, in tutte le sue manifestazioni, l'art. 60 c.p.a. individua le cause ostative alla

definizione nel merito del giudizio quando esso pende in camera di consiglio per la fase cautelare.

Ed è per questo che le parti presenti devono essere debitamente informate dell'intenzione del Collegio di definire subito la causa nel merito, essendo diversi gli spazi di difesa delle parti in sede cautelare rispetto a quelli della fase di merito del giudizio (C.d.S., IV, n. 3992/2015).

Giurisprudenza sostanzialmente conforme afferma che detta informazione, che non è finalizzata alla previa acquisizione di un consenso delle parti (non richiesto dalla legge e quindi non vincolante), vale a consentire ad esse l'esercizio completo ed esauriente del diritto di difesa nel caso concreto (C.d.S., III, n. 5488/2013).

Comunque la decisione, se definire o meno nel merito la causa che pende in camera di consiglio per la fase cautelare, è del Collegio.

Consolidata è ormai sul punto la giurisprudenza, che affermare che la scelta in discorso – verificate le condizioni normativamente previste – è rimessa all'apprezzamento insindacabile del Giudice e non alla volontà delle parti alle quali, peraltro, è riconosciuto il diritto di essere avvertite dell'intenzione del giudice di decidere immediatamente nel merito la causa, onde non esaurire le loro difese sul piano della misura cautelare incidentalmente richiesta e di sviluppare le proprie argomentazione difensive anche nel merito (C.d.S., IV, n. 3478/2013; III, nn. 1533/2013 e 4305/2011).

E' un indirizzo peraltro coerente con l'indicazione costituzionale della ragionevole durata del processo, discendente dal principio generale del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, alla cui

realizzazione le parti e il Giudice sono tenute a collaborare ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p.a. (C.d.S., V, n. 52482014).

Né a dire che, nella fattispecie, il punto ritenuto poi dirimente dal Giudice di primo grado, in sede di definizione del merito, ossia il fatto che sussistesse 'a monte' una causa ostativa a che l'originaria ricorrente potesse essere valutata per l'attribuzione del posto da essa ambito, non facesse già parte del *thema decidendum* (onde, relativamente al suo apprezzamento nella sentenza impugnata, potesse essersi realizzata una c.d. decisione a sorpresa), dato che la parte interessata non poteva ignorare che fosse altresì onere del Giudice, nel decidere della sua pretesa, stabilire in primo luogo se essa fosse in ogni caso (altresì) pienamente e concretamente legittimata ad aspirare al bene della vita che l'aveva indotta ad agire in giudizio per il suo perseguimento.

11. Quanto alle ulteriori censure d'appello, si reputa che anch'esse non possono trovare accoglimento e, stante la relativa omogeneità, si ritiene di poterle trattare congiuntamente.

11.1. Punto centrale della controversia è senza dubbio il rapporto di coniugio corrente tra l'appellante ed un professore ordinario afferente al medesimo dipartimento che ha effettuato la chiamata della quale si discute.

L'espresso divieto sancito dall'art. 18, co. 1, lett. b), della l.n. 240/2010 (per il quale "*in ogni caso, ai procedimenti per la chiamata, di cui al presente articolo, non possono partecipare coloro che abbiano un grado di parentela o di affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata*"),

dev'essere necessariamente esteso anche al caso del rapporto di coniugio, per quanto non testualmente menzionato nella norma.

Tanto si comprende alla luce della *ratio* sottesa alla disposizione. Se l'intento del Legislatore è stato quello di evitare qualsivoglia tipo di interferenza, onde garantire in modo assoluto l'imparzialità nelle tipologie di procedure quali quella in discorso, non avrebbe senso alcuno permettere la chiamata quando ricorre il rapporto di coniugio con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata e non invece quando ricorre la semplice affinità, che certamente è legame interpersonale senza dubbio di minore intensità.

Va quindi condiviso l'orientamento secondo il quale l'elemento giustificativo dell'incompatibilità sancita dalla legge, ovvero la familiarità derivante dal rapporto di parentela o affinità tra uno dei candidati e i componenti degli organi dell'Ateneo (che possono incidere su una procedura di chiamata), tale da affievolire il principio di uguaglianza e la *par condicio* tra i candidati, raggiunge la massima intensità proprio nel caso del coniuge, considerato anche l'obbligo di coabitazione che esso implica. Sarebbe quindi illogico, anche in relazione al principio di imparzialità dell'azione amministrativa, non reputare che la norma includa il caso del coniugio come situazione genetica della detta incompatibilità, a maggior ragione se si considera che quest'ultima può derivare dall'affinità, vale a dire dal rapporto con i parenti del coniuge (C.d.S., VI, n. 4704/2016).

11.2. Non coglie nel segno nemmeno quanto rilevato dall'appellante in merito alla non operatività nel caso di specie

della incompatibilità *ex art.* 18 della l.n. 240/2010 per via della preesistenza del rapporto di coniugio alla data di entrata in vigore del disposto normativo.

Ovviamente, sempre nell'ottica della piena garanzia della imparzialità, dell'uguaglianza e della *par condicio*, in tali casi non rileva il momento in cui è stato contratto matrimonio ma quello nel quale l'esistenza del rapporto di coniugio deve essere effettivamente e concretamente valutato onde escludere che possa restare frustrata l'imparzialità e l'uguaglianza che deve connotare le procedure di chiamata.

11.3. Infine, le incompatibilità di cui al citato art. 18 devono trovare applicazione anche per le chiamate disciplinate dall'art. 24, co. 6, della l.n. 240/210, tenuto conto della sottesa *voluntas legis*.

Quest'ultima norma disciplina la chiamata nel ruolo di professore di prima e seconda fascia di professori di seconda fascia e ricercatori a tempo indeterminato in servizio nell'università, che abbiano conseguito l'ASN.

Questo procedimento si caratterizza per la chiamata diretta di soggetti che versano in particolari situazioni utili (ossia che prestano servizio presso la stessa università che chiama), effettuata dagli organi dell'Ateneo università senza neppure la 'mediazione' di una commissione di concorso che valuti l'idoneità scientifica del candidato.

Non convince perciò, a questo riguardo, la tesi dell'appellante secondo la quale, in mancanza di un esplicito richiamo anche per la chiamata diretta, l'incompatibilità sopra detta non può avere

efficacia generale ma varrebbe esclusivamente per tutte le altre procedure di assunzione.

Se la ragione dell'incompatibilità vale per le procedure concorsuali, essa a maggior ragione deve valere per le chiamate dirette.

E' quindi condivisibile la conclusione argomentativa cui è pervenuta la sentenza di primo grado.

12. In conclusione, l'appello va respinto.

Ricorrono giustificati motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Italo Volpe

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO