

N. 06501/2011REG.PROV.COLL.

N. 06145/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 6145 del 2011, proposto da

Schillaci Alberto, rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Romano e Anna Romano, con domicilio eletto presso Alberto Romano in Roma, Lungotevere Sanzio, 1;

contro

Università degli Studi di Udine, in persona del Rettore in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Pansini Giancarlo;

per l'ottemperanza

delle sentenze del Consiglio di Stato - sez. VI n. 5417/2008 e n. 5134/2009 - VALUTAZIONE COMPARATIVA
PER COPERTURA POSTI DI PROFESSORE UNIVERSITARIO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Udine;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2011 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le
parti gli avvocati Alberto Romano e l'avv.to dello Stato Di Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il giudizio di merito e la portata del giudicato

1. Con decreto rettorale n. 239 del 23 marzo 2005, l'Università degli Studi di Udine indiceva una procedura di valutazione comparativa per la copertura di un posto di prima fascia per il settore scientifico-disciplinare "Chirurgia Generale" MED/18, presso la Facoltà di medicina e chirurgia.

Presentavano domanda di partecipazione alla procedura otto candidati, tra i quali l'odierno ricorrente in ottemperanza, prof. Alberto Schillaci, e il prof. Giancarlo Pansini.

All'esito della procedura, venivano dichiarati idonei i professori Giancarlo Pansini e Andrea Risaliti, che ottenevano, rispettivamente, quattro e cinque voti, mentre un solo voto era stato conseguito dal prof. Alberto Schillaci, che, dunque, non risultava idoneo.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo del Friuli - Venezia Giulia, il prof. Schillaci impugnava il decreto rettorale n. 293 del 2 maggio 2006 (con il quale venivano approvati gli atti della procedura), nonché gli atti stessi della procedura e ogni atto presupposto, connesso o consequenziale.

Con la sentenza n. 487/2007, il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.

3. Avverso tale sentenza il prof. Schillaci proponeva appello al Consiglio di Stato, che veniva accolto, per quanto di ragione, con la decisione Cons. Stato, VI, 29 ottobre 2008, n. 5417.

3.1. In particolare, tale decisione, passata in giudicato, ha ritenuto che la Commissione di concorso avesse erroneamente valutato in favore del prof. Pansini alcune pubblicazioni viceversa non valutabili.

3.2. Anzitutto, il capitolo intitolato "Tumori cardio-pericardici primitivi" – inserito nel Trattato di Medicina Interna fondato da Pietro Larizza (pubblicazione n. 40 del candidato)– ad avviso del giudicato non poteva essere valutato in quanto non ancora pubblicato né altrimenti diffuso con deposito di copie presso la Prefettura e la Procura della Repubblica ex art. 1, d.lgs. lgt. 31 agosto 1945, n. 660; ad avviso del giudicato tale lavoro è stato valutato dalla Commissione ai fini del punteggio.

Su tale punto il giudicato ha impartito prescrizioni sulla successiva ottemperanza, disponendo che "la Commissione, appositamente riconvocata, dovrà procedere ad una nuova valutazione della

produzione scientifica del prof. Pansini, senza prendere in considerazione la pubblicazione n. 40 prodotta dal Prof. Pansini”.

3.3. In secondo luogo, la citata decisione del Consiglio di Stato ha ritenuto non valutabile un lavoro del prof. Pansini pubblicato nella rivista internazionale The New England Journal of Medicine, in quanto egli non ne risulta autore (afferma il giudicato: “Come emerge dall’attestazione rilasciata dal capo redattore della Rivista (nota del 15.06.06), il prof. Pansini non ha partecipato alla redazione di tale articolo, ma ha fatto solo parte del gruppo di sedici studiosi che hanno partecipato alla ricerca e che poi hanno inviato agli autori dell’articolo il materiale clinico sulla cui base questi – e solo questi – hanno formulato le tesi e le teorizzazioni contenute nelle loro pubblicazioni”).

Il giudicato aggiungeva che anche “sotto tale profilo, pertanto, la valutazione della produzione scientifica dei candidati risulta illegittima e dovrà, dunque, essere ripetuta”.

3.4. In terzo luogo, la citata decisione ha accolto il motivo di appello con cui si contestava l’illegittima valutazione dei contributi che il Prof. Pansini ha prodotto in collaborazione con altri autori.

La Commissione, secondo il Consiglio di Stato, ha fissato, per la valutazione delle opere collettanee, un criterio confliggente con l’art. 4, comma 2, lett. b) d.P.R. 23 marzo 2000, n. 117, alla stregua del quale la Commissione può valutare i contributi che i concorrenti abbiano dato a pubblicazioni collettanee purché “l’apporto individuale del candidato sia analiticamente determinato nei lavori in collaborazione”.

La Commissione ha invece disposto che “per quanto riguarda i lavori in collaborazione, l’apporto del candidato dovrà essere individuato sulla base di quanto risulta dalla pubblicazione stessa o, in mancanza, dalla coerenza della medesima dell’attività scientifica del candidato”.

Tuttavia la coerenza con la precedente produzione scientifica di un candidato non può, secondo il giudicato, “portare a stabilire, con ragionevole sicurezza, quale sia stato il suo apporto. Il criterio in esame, quindi, nella misura in cui consente la valutazione di pubblicazioni collettive pur in assenza della determinazione analitica dell’apporto individuale del candidato, risulta illegittimo”.

Per l’effetto il giudicato ha invitato ad “una nuova valutazione delle pubblicazioni scientifiche che avvenga senza tenere in considerazione le pubblicazioni collettanee in cui non sia chiaramente individuabile l’apporto del prof. Pansini”.

3.5. In sintesi e in conclusione, sulla valutazione dei titoli, il giudicato afferma che

“la Commissione ha errato sotto tre profili:

- a) ha illegittimamente attribuito al prof. Pansini un capitolo di un trattato non pubblicato tempestivamente;
- b) ha illegittimamente riconosciuto il medesimo come coautore di un lavoro comparso su una prestigiosa rivista internazionale;
- c) ha illegittimamente valutato positivamente contributi in pubblicazione collettive in assenza di analitica determinazione dell’apporto individuale.

La Commissione dovrà quindi essere riconvocata per il compimento di una attività rinnovatoria che avvenga nel rispetto delle prescrizioni contenute nella presente decisione”.

3.6. In quarto luogo, il giudicato ha affermato che il verbale dei lavori della Commissione deve analiticamente indicare “i giudizi individuali dei Commissari – e tra questi rientrano anche i voti espressi a favore dei candidati”.

3.7. In quinto luogo, la decisione in commento ravvisa il vizio di “difetto di motivazione della preferenza accordata al prof. Pansini nei confronti del prof. Schillaci”, atteso che dalla “lettura dei giudizi collegiali non emergono con chiarezza le ragioni che hanno determinato la superiorità di un candidato sull’altro”.

Si legge nel giudicato:

“In particolare, la Commissione ha ritenuto: che il prof. Pansini “dimostra di avere capacità didattiche molto buone, ben apprezzabile attività assistenziale e molto buone capacità di ricercatore”; che il prof. Schillaci “possiede buona esperienza didattica con buone capacità assistenziali e qualità di ricercatore molto buone”.

Risulta, quindi, che i due candidati si equivarrebbero per l’attività di ricerca, ma sotto tale profilo coglie senz’altro nel segno l’appellante quando deduce che l’affidabilità di tale giudizio è inficiata dai vizi, sopra evidenziati, che affliggono la valutazione delle pubblicazioni scientifiche del prof. Pansini.

Per quanto riguarda l’attività didattica, il giudizio espresso nei confronti del prof. Pansini risulta migliore rispetto al prof. Schillaci (“molto buona” quella del primo; solamente “buona” quella del secondo).

Con riferimento all'attività assistenziale sembra, invece, emergere la superiorità del prof. Schillaci sul prof. Pansini: perché le qualità assistenziali del primo sono definite "buone", mentre quelle del secondo "ben apprezzabili".

I giudizi collegiali in esame, alla luce dei vizi che inficiano la valutazione delle pubblicazioni scientifiche e della superiorità che risulta riconosciuta al prof. Schillaci in ordine all'attività assistenziale svolta, non consentono di comprendere le ragioni per le quali poi il prof. Schillaci sia rimasto poi soccombente nella valutazione finale.

Anche sotto questo profilo, si impone una attività rinnovatoria della Commissione".

3.8. Sono state invece disattese le censure con cui si contestavano i giudizi individuali e collettivi sulle capacità didattiche dei professori Pansini e Schillaci, atteso che "la valutazione della capacità didattica è riservata alla Commissione, trattandosi di attività tecnico-discrezionale che il giudice può sindacare solo in presenza di indici sintomatici di eccesso di potere", nella specie ritenuti insussistenti, non rilevando la maggiore anzianità di insegnamento del prof. Schillaci e non ravvisandosi elementi per ritenere che la Commissione non abbia tenuto conto degli insegnamenti tenuti dal prof. Schillaci nelle Scuole di specializzazione in Bioingegneria, in Chirurgia Generale e in Chirurgia d'urgenza.

3.9. Sono state anche disattese le censure relative alla valutazione della Commissione sull'attività assistenziale dei candidati, non essendovi elementi per ritenere che la Commissione abbia trascurato taluno degli elementi di valutazione a sua disposizione.

3.10. Il giudicato ha altresì condannato l'Amministrazione alla rifusione delle spese nella misura di euro ottomila per il doppio grado di giudizio.

Il primo giudizio di ottemperanza

4. A seguito di tale giudicato l'appellante vittorioso proponeva un primo ricorso per ottemperanza.

4.1. In particolare, a seguito del giudicato il Rettore dell'Università di Udine, con decreto 3 dicembre 2008 n. 839, aveva riconvocato la Commissione giudicatrice, perché provvedesse alla rinnovazione delle operazioni concorsuali, ponendo per il compimento dei suoi lavori, il termine del 31 gennaio 2009 (poi prorogato al 2 maggio 2009 su richiesta del Presidente della Commissione).

In detto decreto, il Rettore stabiliva che: "In esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato n. 5417/2008, sono da ritenersi annullati i verbali n. 2 e 3, e la relazione finale".

4.2. Con detto ricorso per l'ottemperanza, il prof. Schillaci lamentava che il decreto rettorale, laddove rilevava l'avvenuto annullamento "dei verbali n. 2 e n. 3, e della relazione finale" fosse nullo per violazione ed elusione del giudicato in quanto caducava quasi tutta la procedura concorsuale, ben oltre i puntuali e specifici annullamenti pronunciati dalla decisione cui doveva ottemperare.

4.3. Tale primo ricorso per ottemperanza veniva accolto con la decisione Cons. Stato, VI, 1° settembre 2009, n. 5134, secondo la quale l'atto impugnato "si discosta dagli effetti conformativi derivanti dalla sentenza n. 5417/2008".

Il giudicato n. 5417/2008 è stato autenticamente interpretato dalla decisione n. 5134/2009 (essendo identici nei due giudizi il Presidente e l'estensore) nel senso che, quanto alle pubblicazioni, "la nuova valutazione deve investire solo le pubblicazioni del Prof. Pansini e non anche quelle del Prof. Schillaci, e neanche del Prof. Risaliti, che non era nemmeno parte del giudizio concluso con la sentenza da ottemperare.

I giudizi espressi, in sede di esame delle pubblicazioni, nei riguardi degli altri due candidati non sono, infatti, stati investiti da alcun gravame (né in via principale né in via incidentale) e, pertanto, non sono attinti dal giudicato di annullamento. Ugualmente rimane fermo il giudizio sulle restanti pubblicazioni del Prof. Schillaci, rispetto alle quali la decisione non ha mosso alcun rilievo.

La citata decisione, inoltre, ha annullato la votazione finale perché non risultavano verbalizzati i voti espressi dai singoli commissari. Da tale statuizione deriva che quando ripeterà la votazione finale, la Commissione dovrà curare che risultino palesi i voti dei singoli commissari.

Infine, la decisione, dopo aver accertato che la Commissione ha illegittimamente valutato la produzione scientifica del Prof. Pansini perché vi ha compreso lavori viceversa non valutabili, ha concluso rilevando che era allora diventata incomprensibile la preferenza che la Commissione stessa gli ha dato per l'attribuzione della seconda idoneità rispetto al Prof. Schillaci. L'effetto di tale statuizione è che la Commissione, dopo aver rivalutato le sole pubblicazioni del prof. Pansini sulla base dei criteri indicati, dovrà procedere ad una nuova valutazione comparativa con le pubblicazioni e i titoli del Prof. Schillaci.

Dalle considerazioni svolte, emerge che il provvedimento adottato dal Rettore dell'Università di Udine, laddove ha dato per presupposto l'annullamento integrale delle operazioni di cui ai verbali n. 3 e 4 e della relazione finale, attribuisce alla sentenza di cui si chiede l'ottemperanza un effetto caducatorio molto più ampio di quella che essa realmente ha. Tale decreto, in tal modo, consente alla commissione di ripetere valutazioni che, al contrario, non risultano incise dal presente giudicato".

4.4. Il primo ricorso per ottemperanza è stato pertanto accolto, con conseguente ordine "al Rettore dell'Università degli Studi di Udine di riconvocare la Commissione giudicatrice affinché provveda alle nuove valutazioni specificate nella motivazione della presente decisione. Si assegna per l'adempimento il termine di giorni quarantacinque dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente decisione".

4.5. Le spese del primo giudizio di ottemperanza sono state poste a carico dell'Università nella misura di euro 2.500.

Il giudizio di revocazione

5. La decisione n. 5134/2009 è stata impugnata in revocazione dal Prof. Pansini, per asserito errore di fatto.

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile con la decisione Cons. Stato, VI, 27 luglio 2010, n. 4903.

La successiva vicenda amministrativa, le domande e le eccezioni nel secondo giudizio di ottemperanza

6. Il prof. Schillaci ha attivato un secondo giudizio di ottemperanza, che viene in decisione in data odierna, con cui lamenta che dopo la decisione n. 5134/2009 che ha ordinato l'esecuzione del giudicato, si sono verificate una serie di vicende afferenti alla Commissione di concorso, e segnatamente ritardi

nel suo operato, a causa di dimissioni di singoli membri e loro sostituzione, o impedimenti dei singoli membri, e, segnatamente, in ordine cronologico:

- dimissioni del prof. Bresadola;
- sua sostituzione con il prof. De Anna;
- impedimento temporaneo per motivi di salute del prof. De Anna;
- dimissioni del presidente prof. Bachi;
- sua sostituzione con il prof. Cennamo;
- impedimento per motivi familiari del prof. Trignano;
- impedimento per motivi professionali del prof. Cennamo;
- ultima riunione della commissione in data 18 marzo 2011, oltre i termini assegnati dal Rettore, e senza concludere i lavori, non avendo raggiunto i commissari un accordo sull'ambito della rivalutazione dei titoli spettante a ciascuno di essi.

Tali vicende sono sfociate, infine, nel decreto rettorale del 19 maggio 2011 n. 279 che dichiara decaduta l'intera Commissione di concorso, e che rimette la vicenda al Consiglio di Facoltà per le determinazioni del caso.

Il ricorrente ritiene tale atto violativo ed elusivo del giudicato.

6.1. Il ricorrente lamenta anzitutto che il Rettore avrebbe dovuto concedere un'altra proroga alla Commissione, e che al più andavano sostituiti singoli membri, a cui era imputabile il ritardo, mentre non avrebbe potuto essere dichiarata decaduta l'intera Commissione.

In particolare ad avviso del ricorrente i ritardi sarebbero da imputare a tre commissari, il prof. De Anna, il prof. Trignano e il prof. Cennamo (par. 6 dell'atto di ricorso).

6.2. In secondo luogo il ricorrente lamenta che il decreto rettorale si fonda su ragioni che esulano dall'ottemperanza, e che fanno leva su ipotetiche sopravvenienze che avrebbero fatto venir meno l'interesse dell'Università a completare la procedura concorsuale, a causa dei sei anni trascorsi rispetto al bando iniziale (par. 7 dell'atto di ricorso).

Osserva il ricorrente che non competeva al Rettore fare leva su tale situazione, che semmai giustificava l'adozione di altri provvedimenti, e comunque la verifica del perdurante interesse alla procedura concorsuale avrebbe postulato di sentire il parere della Facoltà di medicina e di altri organi universitari.

6.3. Il ricorrente conclude nel senso che il d.r. 19 maggio 2011 è nullo per violazione del giudicato perché arretra la procedura senza darvi attuazione e senza aprire il procedimento di sostituzione dei commissari (par. 8 dell'atto di ricorso).

Chiede, pertanto, che il giudice dell'ottemperanza si sostituisca all'amministrazione, se del caso mediante nomina di un commissario ad acta, dando suggerimenti sulla scelta del commissario e sul modo in cui dovrebbe operare, e in particolare suggerendo che il commissario ad acta nomini la commissione di concorso e se del caso si sostituisca ad essa ove essa non provveda (par. 9 dell'atto di ricorso e conclusioni del ricorso).

6.4. Il ricorrente chiede inoltre il risarcimento dei danni per la mancata ottemperanza al giudicato n. 5417/2008 e al giudicato che ordina l'ottemperanza, n. 5134/2009, e in particolare chiede le differenze economiche tra lo stipendio di professore universitario di prima e seconda fascia, e i danni morali ed esistenziali (par. 10 dell'atto di ricorso).

6.5. Il ricorrente chiede altresì che il giudice dell'ottemperanza proceda ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., fissando una astreinte per ogni ulteriore ritardo dell'Università di Udine.

7. L'Università, costituitasi in giudizio, eccepisce che il decreto rettorale non sarebbe violativo o elusivo del giudicato, perché il Rettore avrebbe fatto quanto in suo potere per far funzionare la Commissione di concorso, sicché i ritardi nell'ottemperanza sono imputabili alla Commissione e ai suoi componenti, non al Rettore, che avrebbe sempre manifestato la volontà di ottemperare.

Il ricorrente non avrebbe inoltre titolo al risarcimento del danno, sia perché quest'ultimo non potrebbe essere chiesto per la prima volta in sede di giudizio di ottemperanza davanti al Consiglio di Stato, sia

perché il ricorrente non è stato ancora dichiarato idoneo, e anche se lo fosse, ciò non gli darebbe senz'altro titolo, in base alla vigente legislazione universitaria, a conseguire la nomina a professore universitario.

Motivi della decisione

8. Il Collegio ritiene che, alla luce della complessa vicenda fattuale, le questioni sottoposte al Collegio vadano correttamente qualificate come questioni di inottemperanza, rientranti pertanto nella giurisdizione di merito di questo Collegio.

Ne consegue che non rileva, ai fini del decidere, che l'odierno ricorrente abbia attivato anche un altro giudizio di legittimità, davanti al Tribunale amministrativo del Friuli - Venezia Giulia, impugnando anche in quella sede il decreto rettorale 19 maggio 2011, e che tale decreto sia stato sospeso interinalmente dal Tribunale amministrativo, in quanto il decreto rettorale deve essere valutato nella sede propria del giudizio di ottemperanza.

8.1. Va premesso che nel giudizio di ottemperanza può essere dedotta come contrastante con il giudicato non solo l'inerzia della p.a., ossia il non fare (inottemperanza in senso stretto), ma anche il fare, quando un comportamento attivo realizzi un'ottemperanza parziale o inesatta, ovvero la violazione o l'elusione attiva del giudicato. L'ottemperanza, infatti, deve per sua natura consistere nell'"attuazione del giudicato" e deve essere "esatta" e dunque anche un'ottemperanza parziale o non corretta, o elusiva, o violativa della regola del giudicato, rientra – indipendentemente dal suo carattere attivo - nella nozione di inottemperanza, analogamente all'inerzia.

A simili considerazioni è da tempo giunta la giurisprudenza, con orientamento che risulta oggi recepito dal Codice del processo amministrativo (art. 112, comma 2; art. 114 comma 6; art. 114, comma 4, lett. b)).

Si tratta peraltro di un assunto in linea con i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo, alla luce dei quali il diritto alla tutela giurisdizionale comprende il diritto ad ottenere l'esecuzione della sentenza favorevole ottenuta, in tempi rapidi, e senza necessità di attivare ex novo un ulteriore giudizio di cognizione.

Può, a questo riguardo, essere ricordato che secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo:

- il diritto al processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo comprende, in quanto diritto ad un giudice, il diritto all'esecuzione del giudicato; l'esecuzione del giudicato va perciò riguardata come una parte integrale del processo ai sensi dell'art. 6 (CEDU, 19 marzo 1997, Hornsby v. Grecia; CEDU, 18 novembre 2004, Zazanis v. Grecia);
- il diritto al processo sarebbe illusorio se non vi fossero strumenti per dare esecuzione al giudicato (CEDU, 18 novembre 2004, Zazanis v. Grecia);
- l'esecuzione di un giudicato non può essere indebitamente ritardata (CEDU, 28 luglio 1999, Immobiliare Saffi v. Italia).

8.2. Nel caso di specie, il provvedimento impugnato dà luogo a inottemperanza perché ha di fatto bloccato sine die l'attuazione del giudicato e dunque ha reso in pratica vana la sua pronuncia.

E' bensì vero che il Rettore appare aver fatto quanto in suo potere per far operare la commissione di concorso, assegnandole termini per la conclusione dei lavori e sostituendone i membri dimissionari, ed è dunque vero che la perdurante inottemperanza dopo la decisione di questa VI Sezione n. 5134/2009 è stata principalmente causata dalla commissione o da suoi singoli componenti.

8.3. Tuttavia, ai fini di una valutazione complessiva circa l'ottemperanza, occorre aver riguardo non all'operato di un singolo ufficio o organo, ma all'operato dell'ente nel complesso, cui si imputa l'agire di uffici, organi e persone fisiche ad essi preposte.

Invero, l'operato della commissione di concorso è pur sempre imputabile all'Università degli studi di Udine nel suo complesso: è dunque l'Università degli studi di Udine, parte in causa, che va considerata inottemperante, e tanto a prescindere da un giudizio sulle responsabilità dei singoli commissari o del Rettore, che rileva in altre sedi (penale, contabile, disciplinare).

8.4. Inoltre, lo stesso atto finale del Rettore, adottato il 19 maggio 2011, va considerato parzialmente nullo per elusione del giudicato, atteso che esso non fa tutto quanto sarebbe stato necessario per assicurare l'ottemperanza.

Deve, da un lato, ritenersi conforme a legge ed opportuna la scelta del Rettore di dichiarare decaduta l'intera Commissione, ai sensi dell'art. 4, d.P.R. n. 117 del 2000, atteso che, alla luce della complessiva vicenda fattuale, la sostituzione di singoli membri non dava più nessuna garanzia di ripristino del corretto funzionamento della stessa.

Ma tale soluzione può essere considerata solo un principio di esecuzione del giudicato, e non una leale, effettiva e completa attuazione dello stesso, che avrebbe imposto, quanto meno, l'attivazione da parte del Rettore delle procedure per la ricostituzione della commissione di concorso, e, se del caso, una richiesta del Rettore al Consiglio di Stato, per ottenere chiarimenti su come eseguire il giudicato una volta che risultasse acclarata l'impossibilità di riconvocare la commissione, come prescritto nel giudicato stesso (art. 112, comma 5, Cod. proc. amm.).

Invece, il decreto rettorale, dopo aver dichiarata decaduta la Commissione, e lungi dall'avviare la costituzione di una nuova, contiene tutt'altre valutazioni che esulano dall'attuazione del giudicato, laddove paventa che il decorso di sei anni dalla data di indizione della procedura (maggio 2005), unitamente alle sopravvenienze fattuali e legislative (crisi economica nazionale e mondiale e limiti legislativi alle nuove assunzioni), potrebbe aver fatto venir meno l'interesse dell'Università alla procedura concorsuale in questione, e per l'effetto rimette gli atti al Preside della facoltà di medicina e chirurgia e al Consiglio di facoltà, per la presa d'atto dell'oggettiva difficoltà di giungere al termine della procedura di valutazione comparativa e per l'eventuale di più a farsi.

Invero, finché c'è un giudicato da eseguire e perdura l'interesse alla sua esecuzione, lo stesso va eseguito, salvo venga adottato un provvedimento di autotutela che annulli l'intera procedura concorsuale a partire dal bando iniziale, a causa di sopravvenienze fattuali e normative (e ferma la verifica, da parte del giudice, della legittimità di siffatta soluzione).

Ma, allo stato degli atti, non esiste alcun provvedimento di autotutela in tal senso (che peraltro, quale *contrarius actus*, richiederebbe il rispetto di specifiche regole partecipative e procedurali), e il solo paventare, da parte del Rettore, l'esistenza di sopravvenienze fattuali e normative non giustifica l'inattuazione del giudicato.

8.5. Deve, per quanto esposto, dichiararsi parzialmente nullo per elusione del giudicato il decreto rettorale 19 maggio 2011 n. 279, nella parte in cui contiene valutazioni esulanti dall'attuazione del giudicato, ferma restando la sua legittimità nella parte in cui dichiara decaduta l'intera Commissione di concorso.

Deve inoltre dichiararsi che vi è perdurante inottemperanza, in relazione al non facere consistito nell'inerzia mantenuta dopo la declaratoria di decadenza dell'intera Commissione di concorso.

9. Avuto riguardo alla sostanza delle domande di parte ricorrente, che continua a chiedere la corretta attuazione del giudicato, come già interpretato dalla Sezione, il Collegio ritiene necessario impartire ulteriori disposizioni per addivenirsi in tempi ragionevolmente celeri alla conclusione della vicenda.

9.1. Sotto tale profilo, nel giudizio di ottemperanza il vincolo che deriva al giudice dalla domanda di parte attiene solo al risultato e non al quomodo per raggiungere un tale risultato. Vale a dire, che a fronte di una fondata domanda di ottemperanza il giudice ha il dovere di adottare misure atte a garantire che l'ottemperanza avvenga effettivamente e in tempi rapidi.

Tuttavia la scelta delle modalità per raggiungere il risultato è riservata al giudice – nell'ambito dei confini segnati dal giudicato - e non è vincolata dai suggerimenti e dalle richieste di parte.

Tanto emerge da due dati esegetici.

Da un lato, il giudizio di ottemperanza rientra nella c.d. giurisdizione di merito, in cui il giudice ha il potere di sostituzione all'amministrazione (art. 7, comma 6, Cod. proc. amm.), e lo esercita secondo scelte non vincolate, quanto ai mezzi, alla domanda di parte, alla stessa stregua in cui la pubblica amministrazione individua, secondo proprie valutazioni, i migliori mezzi per conseguire il risultato richiesto.

Dall'altro lato, l'art. 114, comma 4, lett. a), Cod. proc. amm., coerentemente con la portata della giurisdizione di merito, espressamente dispone che in caso di accoglimento del ricorso per ottemperanza, il giudice ordina l'ottemperanza "prescrivendo le relative modalità", che dunque rientrano nei poteri di ufficio del giudice. Analogamente dispone l'art. 34, comma 1, lett. e), secondo cui il giudice "dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato (...)", così demandando al giudice la scelta di tali misure.

Alla luce di quanto esposto il Collegio indicherà le misure idonee ad attuare il giudicato, senza esser vincolato dai pur puntuali suggerimenti di parte ricorrente, che non rappresentano, a suo avviso, misure idonee allo scopo.

In particolare, il dato oggettivo è che la vicenda procedimentale si è sviluppata, senza raggiungere un esito effettivamente utile, all'interno dell'Università di Udine per ben oltre sei anni, e che la sostituzione di singoli membri della commissione non offre garanzia di pervenire ad un risultato utile in tempi rapidi: e tanto a prescindere da giudizi di imputazione di colpa, responsabilità, inidoneità.

Ne consegue, che per addivenire realmente ad un utile risultato in un contesto orientato all'efficacia e all'efficienza amministrativa, e comunque immune da qualsivoglia presunzione o sospetto di deroga al principio costituzionale di imparzialità, il Collegio ritiene che l'ottemperanza debba svilupparsi mediante un Commissario ad acta e una nuova commissione, entrambi esterni ed estranei all'ambito dell'Università degli studi di Udine.

9.2. A tale soluzione non ostano le prescrizioni del giudicato, che invitavano l'Università a "riconvocare la Commissione".

Infatti la "riconvocazione" si riferisce alla commissione come organo, senza postulare necessariamente l'identità fisica dei nuovi commissari rispetto ai precedenti.

Il che è coerente con due esigenze:

- assicurare la continuità dell'organo anche in caso di impedimento di alcuni o tutti i componenti;

- assicurare l'imparzialità di giudizio della Commissione.

Sotto il primo profilo, se il giudicato ordina di "riconvocare la commissione" e la commissione originaria non è in grado di funzionare, si verifica un ostacolo di mero fatto all'attuazione del giudicato, ma non anche una "impossibilità giuridica" di esecuzione: ostacolo che può e deve essere superato mediante incidente di esecuzione.

Sotto il secondo profilo, costituisce principio giurisprudenziale quello per cui, nel caso in cui il giudicato richieda il rinnovo di una procedura concorsuale, è di regola preferibile che la commissione sia riconvocata in diversa composizione, tutte le volte in cui il vizio ravvisato dal giudicato attenga proprio alle operazioni di giudizio della commissione stessa (Cons. Stato, VI, 31 marzo 2011, n. 1996; V, 12 giugno 2007, n. 3136; IV, 30 giugno 2004, n. 4834).

9.3. Il Collegio nomina commissario ad acta, il Rettore dell'Università degli studi di Brescia, prof. Sergio Pecorelli, precisando che al fine dell'individuazione del commissario ad acta il Collegio ha consultato l'elenco dei rettori delle Università italiane quale risulta dal sito internet della CRUI (Conferenza dei rettori delle università italiane) e relativi curricula, e ha orientato la scelta: (i) su un rettore laureato in medicina e chirurgia; (ii) con un mandato in corso sufficientemente lungo per poter eseguire il giudicato; (iii) appartenente ad università in cui non prestano servizio i concorrenti alla procedura di valutazione comparativa. Il rettore prescelto, oltre ad essere laureato in medicina e chirurgia, ha un mandato in scadenza nel 2014, a differenza di altri rettori, che, ancorché medici, hanno un mandato in scadenza nel 2011 o nel 2012.

9.4. Il Collegio ordina dunque al Rettore dell'Università degli studi di Udine di trasmettere tutti gli atti della procedura concorsuale, unitamente a tutte le decisioni del Consiglio di Stato sulla vicenda, compresa la presente, al commissario ad acta, a mezzo posta celere, entro venti giorni decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa o, se anteriore, notificazione della presente sentenza.

9.5. Per ogni giorno di ritardo rispetto al suddetto termine di venti giorni, l'Università degli studi di Udine dovrà corrispondere al ricorrente la somma di cinquecento euro netti giornaliere.

9.6. Il Commissario ad acta procederà a costituire una commissione di concorso straordinaria, che opererà quale ufficio ausiliario del Commissario ad acta.

Dovendosi dare esecuzione ad un giudicato, non vi è infatti alcun vincolo, per il giudice dell'ottemperanza, a disporre la costituzione della commissione secondo le regole previste dal d.P.R. n. 117 del 2000 per la ordinaria commissione.

I criteri vengono pertanto fissati dal giudice dell'ottemperanza.

La nomina della commissione di concorso straordinaria è affidata dal Collegio alla competenza del commissario ad acta secondo i seguenti criteri:

- la commissione sarà composta di cinque professori universitari ordinari appartenenti al settore scientifico-disciplinare oggetto del bando, e di chiara e comprovata fama nazionale;
- i componenti della commissione saranno nominati dal Rettore su parere obbligatorio e non vincolante del Consiglio della Facoltà di medicina e chirurgia dell'Università degli studi di Brescia;
- a sua volta detto Consiglio di Facoltà designerà i nominandi individuandoli nelle Facoltà di medicina e chirurgia di Università degli studi italiane, diverse dall'Università degli studi di Udine e dalle Università dove i professori Schillaci e Pansini sono attualmente in servizio; se possibile, i cinque commissari dovranno appartenere a cinque diverse Università, e per essi non dovranno, ovviamente, sussistere elementi che costituiscano ragione di astensione o di ricasazione.

La nomina della commissione dovrà avvenire entro sessanta giorni da quando il Commissario ad acta riceverà gli atti dal Rettore dell'Università di Udine, salve motivate richieste di proroga per gravi, oggettive e comprovate ragioni, da sottoporre al giudice dell'ottemperanza.

9.7. La commissione straordinaria opererà in costante raccordo con il Commissario ad acta, e compirà le operazioni di rivalutazione chieste dal giudicato entro sessanta giorni dalla nomina, salve motivate richieste di proroga per gravi, oggettive e comprovate ragioni, da sottoporre al vaglio del giudice dell'ottemperanza.

9.8. Dopo il compimento delle operazioni della commissione, il Commissario ad acta, in sostituzione del Rettore dell'Università degli studi di Udine, approverà gli atti della procedura, rimettendo il decreto di approvazione al Rettore dell'Università di Udine per i successivi adempimenti in ordine all'eventuale nomina dei vincitori e degli idonei.

A tanto il Commissario ad acta provvederà con la massima tempestività e comunque non oltre trenta giorni dal ricevimento degli atti della commissione, salve motivate richieste di proroga per gravi, oggettive e comprovate ragioni, da sottoporre al giudice dell'ottemperanza.

9.9. Il Rettore dell'Università degli studi di Udine e gli altri organi dell'Università competenti in ordine agli adempimenti di cui all'art. 5, d.P.R. n. 117 del 2000, provvederanno entro sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Commissario ad acta.

Per ogni giorno di ritardo rispetto a tale termine, il Collegio fissa, a carico dell'Università di Udine, e in favore del ricorrente, la somma di cinquecento euro netti al giorno.

9.10. Il Collegio, per le spese e il compenso per il Commissario ad acta e la commissione straordinaria, fissa un anticipo nella misura di euro cinquemila, che pone a carico dell'Università di Udine.

10. Quanto alla domanda di risarcimento del danno articolata con il ricorso di ottemperanza, occorre distinguere due diverse questioni.

10.1. Infatti, in sede di giudizio di ottemperanza, sono in astratto proponibili due diverse domande risarcitorie, rispettivamente ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 112 Cod. proc. amm..

Possono infatti essere chiesti i danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato (art. 112, comma 3, Cod. proc. amm.), e può essere proposta la domanda risarcitoria di cui all'art. 30, comma 5, Cod. proc. amm., ossia la domanda di risarcimento del danno derivante dal provvedimento illegittimo (art. 112, comma 4, Cod. proc. amm.).

10.2. Questa seconda domanda, tuttavia, deve rispettare il doppio grado di giudizio, e non può pertanto essere proposta per la prima volta nel giudizio di ottemperanza che si svolge davanti al Consiglio di Stato (Cons. Stato, V, 1° aprile 2011, n. 2031; III, 5 maggio 2011, n. 2693).

10.3. In questa sede, può essere esaminata solo la domanda di risarcimento del danno da inesecuzione, violazione ed esecuzione del giudicato.

10.4. Non risulta provato il danno morale, biologico, esistenziale, che era onere del ricorrente provare, e pertanto la relativa domanda di risarcimento va respinta.

10.5. Non risulta allo stato neppure provato il danno patrimoniale, diverso dalle spese di giudizio, che trovano separata liquidazione, atteso che, dovendo essere compiute operazioni di rivalutazione dei candidati, fino al compimento di tali operazioni non vi è certezza che il prof. Schillaci abbia titolo alla vittoria.

10.6. Pertanto, la domanda di ristoro del danno patrimoniale sarà esaminata dalla Sezione all'esito delle operazioni di esecuzione del giudicato, a seguito di nuova istanza di fissazione di udienza da parte del ricorrente.

11. Quanto alle spese del presente giudizio l'Università degli studi di Udine va condannata nella misura di euro seimila.

12. La presente decisione, le tre precedenti decisioni della Sezione sulla medesima vicenda, copia del ricorso e dei suoi allegati, copia della memoria dell'Università e dei suoi allegati, vanno trasmessi, a cura della segreteria della Sezione, per quanto eventualmente di rispettiva competenza:

- al Procuratore regionale della Corte dei conti del Friuli - Venezia Giulia (viale Miramare, 19 34135 Trieste);

- al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine (via Lovaria, 4 33100 Udine).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta),

parzialmente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie per quanto di ragione e per l'effetto:

- 1) dichiara in parte nullo, per elusione del giudicato, nei sensi di cui in motivazione, il decreto rettorale 19 maggio 2011 n. 279;
- 2) ordina al Rettore dell'Università di Udine di trasmettere tutti gli atti rilevanti, come indicati in motivazione, al Commissario ad acta entro venti giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza;
- 3) nomina Commissario ad acta il Rettore dell'Università di Brescia, che darà esecuzione al giudicato nei sensi e termini di cui in motivazione;
- 4) ordina all'Università di Udine di porre in essere gli adempimenti di cui in motivazione, successivi al provvedimento del Commissario ad acta di approvazione della nuova graduatoria dei vincitori, nei termini ivi indicati;
- 5) condanna l'Università di Udine al pagamento di una somma di cinquecento euro netti a favore del ricorrente per ogni giorno di ritardo rispetto ai termini fissati in motivazione per gli adempimenti a suo carico;
- 6) stabilisce a titolo di anticipo per le spese e i compensi al Commissario ad acta e alla nuova commissione di concorso, la somma di euro cinquemila che pone a carico dell'Università di Udine;
- 7) dichiara inammissibile la domanda di risarcimento del danno derivante dal provvedimento illegittimo;
- 8) respinge la domanda di risarcimento del danno morale ed esistenziale da inesecuzione, violazione, elusione del giudicato;
- 9) riserva l'esame della domanda di risarcimento del danno patrimoniale derivante da inesecuzione, violazione ed elusione del giudicato all'esito delle operazioni di esecuzione del giudicato, in una nuova udienza da fissarsi su istanza del ricorrente;
- 10) condanna l'Università di Udine al pagamento delle spese di lite nella misura di euro seimila;

11) ordina la trasmissione, a cura della segreteria della Sezione, al Procuratore regionale della Corte dei conti del Friuli Venezia Giulia e al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine, per quanto eventualmente di competenza, dei seguenti atti:

- presente decisione;

- le tre precedenti decisioni della Sezione sulla medesima vicenda;

- copia del ricorso e dei suoi allegati;

- copia della memoria dell'Università e dei suoi allegati.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/12/2011

IL SEGRETARIO

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