

Ecc.mo Consiglio di Stato

Atto di Appello

avverso la sentenza Tar Lazio Sede di Roma

Sezione Terza Bis n. 10724/2020 resa nel

procedimento n. 5139/2020

con **Istanza Cautelareed Istanza di Autorizzazione alla notifica per pubblici proclami.**

Nell'interesse e quale procuratore della Sig.ra Fontanella Giovanna, nata a Gela (Cl) il 12/09/1972 ed ivi residente in via Ruggero Settimo 23, c. f. FNTGNN72P52D960M, elettivamente domiciliata in Caltagirone Viale Sicilia n. 25, presso lo Studio del sottoscritto Avv. Orazio Papale, c.f. PPLRZO57A01B428Y, pec orazio.papale@cert.ordineavvocaticaltagirone.it, che la rappresenta e difende giusta procura in calce

Appellante

Contro

- IL MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, in persona del Ministro protempore, con sede in Roma nel Viale Trastevere, 76/A, C.F. 80185250588.
- UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA DIREZIONE GENERALE, in persona del rappresentante pro tempore con sede a Palermo in Via G. Fattori n.60, CF:8001850029.

Appellati

Ed altri individuati nella

- graduatoria del concorso docenti A046-Scienze Giuridico-Economiche, concorso docenti DDG 85/2018, per la scuola secondaria I e II grado regione Sicilia.

Controinteressati

Per l'annullamento e la riforma - previa sospensione - della

sentenza Tar Lazio Sezione Terza Bis n.10724/2020 del 21/10/2020, resa nel procedimento n.5139/2020 R.G. e non notificata, con cui è stato dichiarato inammissibile per mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati, il ricorso avente ad oggetto: l'annullamento, previa sospensione degli effetti della graduatoria classe di concorso A046-Scienze Giuridico-Economiche, concorso docenti DDG 85/2018, per la scuola secondaria I e II grado - Regione Sicilia, allegata al decreto prot. 2015 del 31.01.2020, **nella parte in cui non riconosce alla ricorrente il servizio prestato con contratto a tempo indeterminato, con la decurtazione di punti 29,20 relativi alla voce punteggio titoli con assegnazione di un punteggio totale che passa pertanto da punti 64,50 a punti 35,30** e della graduatoria allegata al decreto prot. 12906 del 17-06-2020 **nella parte in cui riconferma la decurtazione di punti 29,20 relativi alla voce punteggio titoli con assegnazione di un punteggio**

di punti 35,30; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale agli atti sopra indicati che incida sfavorevolmente sulla posizione giuridica dell'odierna appellante.

In via preliminare

Visto l'elevato numero dei controinteressati individuati in coloro che hanno partecipato al concorso docenti DDG 85/2018, per la scuola secondaria I e II grado Regione Sicilia, attualmente inseriti nella graduatoria di merito pubblicata dall'UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA DIREZIONE GENERALE, per la classe di concorso A046 Scienze Giuridico-Economiche, si propone

Istanza

Affinché la S.V.I., autorizzi ai sensi degli artt. 41 co.4 e 49 co. 3 d. lgs 104/2010 ad effettuare la notifica per pubblici proclami, con le relative modalità.

FATTO

- Con il Decreto del Direttore Generale per il Personale Scolastico n. 85/2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16.02.2018, 4a Serie Speciale n. 14, il MIUR, bandiva un concorso per il reclutamento di personale docente nella scuola secondaria, di primo e secondo grado.
- L'appellante, docente già assunta a tempo indeterminato, presentava domanda di partecipazione alla

selezione per il concorso di abilitazione classe di concorso A046-Scienze Giuridico-Economiche per la regione Sicilia il 12/03/2018 (n. di registro polis 0012974).

- In data 22/01/2020, con decreto prot. 1306 veniva approvata la graduatoria della sopra indicata classe di concorso, che vedeva l'odierna appellante collocata alla posizione n. 134, con un punteggio orale di 21,00 ed un punteggio titoli di 43,50 per un totale punti di 64,50.

- In data 31/01/2020, con decreto prot. 2015 veniva approvata una nuova graduatoria che invero vedeva l'appellante collocata alla posizione n.398, conseguenza della decurtazione di punti 29,20 relativi alla voce punteggio titoli, con assegnazione di un punteggio totale di 35,30 e non più di 64,50.

- In data 03/02/2020 l'appellante, inoltrava reclamo a mezzo pec avverso l'errata attribuzione del punteggio titoli, non ottenendo nessun riscontro da parte dell'Amministrazione competente.

- In data 17/06/2020, con decreto prot. 12906 veniva approvata una ulteriore graduatoria, che confermava la docente alla posizione n.398 con un punteggio totale di 35,30.

- Il concorso, di cui sopra, era previsto dall'art. 17, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 59 del 2017. La citata disposizione si limitava a prevedere i requisiti di

ammissione dei partecipanti nonché ulteriori requisiti relativi alla tipologia e al numero dei posti messi a disposizione, mentre all'art. 10 comma 1 del bando di concorso, si stabiliva che *"I titoli valutabili sono quelli previsti dall'allegato A al decreto n. 995 del 15 dicembre 2017"*.

- **L'allegato A** - *Tabella A di ripartizione del punteggio dei titoli valutabili nei concorsi a titoli ed esami per l'accesso ai ruoli del personale docente ed educativo nella scuola dell'infanzia, primaria, secondaria di I e II grado, nonché del personale docente per il sostegno agli alunni con disabilità - allegato al Decreto Ministeriale n. 995 del 15 dicembre 2017 Regolamento concorso docenti abilitati 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale serie generale n.33 del 9.2.2018, stabiliva ai punti D.1.1 e D.1.2 che "È valutato come anno scolastico il servizio prestato a tempo determinato, per un periodo continuativo non inferiore a 180 giorni per ciascun anno scolastico, ai sensi dell'articolo 438, comma 1, del decreto legislativo 16 aprile 1994, 297 nonché dell'articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124";*

- L'appellante aveva presentato domanda di partecipazione alla selezione, per la classe di concorso A046, dichiarando come titolo valutabile il servizio d'insegnamento prestato con contratto a tempo indeterminato.

- Secondo quanto stabilito dalle disposizioni ai punti D.1.1 e D.1.2, valutabile era il servizio prestato con il contratto a tempo determinato.
- Tale limitazione è venuta meno a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale che con **sentenza n. 251 dell'8 novembre 2017, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, terzo comma, ultimo periodo, del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59** sul "Riordino, adeguamento e semplificazione del sistema di formazione iniziale e di accesso nei ruoli di docente nella scuola secondaria per renderlo funzionale alla valorizzazione sociale e culturale della professione, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera b), della legge 13 luglio 2015, n. 107", che precludeva ai docenti di ruolo la partecipazione al concorso a cattedre, oggetto di giudizio, con la seguente motivazione: *"È bensì vero che, a differenza del comma 110 L. 13 luglio 2015, n. 107, in precedenza esaminato, questa disposizione collega la rinnovata preclusione all'espressa finalità «[...] di superare il precariato e ridurre il ricorso ai contratti a termine». Tuttavia, per i motivi illustrati in riferimento all'illegittimità della disposizione precedente, l'aver esplicitato la finalità che la norma intende realizzare rende ancora più irragionevole e discriminatoria la ripetizione della disposizione che, non diversamente dal comma 110, esclude dal concorso i docenti a tempo indeterminato della*

scuola statale e vi ammette, viceversa, quelli alle dipendenze del MIUR o di altra amministrazione, nonché i docenti a tempo indeterminato della scuola paritaria. Ciò evidenzia l'incongruità, già rilevata in riferimento al comma 110, tra tale asserita finalità e il mezzo prescelto per realizzarla e rende conseguentemente illegittima la disposizione". Nella fattispecie, è quindi venuta meno la disposizione in base a cui era statuito che ai concorsi pubblici per titoli ed esami non possa comunque partecipare il personale docente ed educativo già assunto su posti e cattedre con contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato nelle scuole statali. Con la sentenza citata quindi la Corte ha eliminato dall'ordinamento proprio la norma che limitava la partecipazione al concorso di coloro che sono già docenti di ruolo. Nel caso all'esame, è dunque possibile un'interpretazione, da parte dell'amministrazione, delle norme rubricate, che consenta la valutazione della professionalità acquisita dagli insegnanti anche per il servizio prestato a tempo indeterminato presso le scuole paritarie ((T.A.R. Lazio, sez. III - bis, sent. 18 luglio 2019, n. 9530).

- Il MIUR ha recepito la predetta sentenza della Corte Costituzionale rimuovendo le disposizioni regolamentari che precludevano ai docenti di ruolo la partecipazione al concorso a cattedre, facendone richiamo anche nello stesso

bando di concorso di cui in epigrafe. Lo stesso MIUR, tuttavia, molto probabilmente ha dimenticato di adattare l'allegato A - Tabella A di valutazione dei titoli allegata al Decreto Ministeriale n. 995/2017, che al contrario è rimasta immutata nella parte secondo la quale l'unico servizio valutabile è quello prestato con contratto a tempo determinato.

- In data 07-07-2020 avverso i suddetti provvedimenti, l'odierna appellante proponeva ricorso, regolarmente notificato in data 07/07/2020, dinanzi il TAR del Lazio, sede di Roma, che assumeva n.R.G. 5139/2020, per il riconoscimento del servizio prestato a tempo indeterminato con la assegnazione di un punteggio totale di 64,50 punti, sulla scorta della normativa sopra indicata e conseguente annullamento degli atti e provvedimenti impugnati quali:

- la graduatoria classe di concorso A046-Scienze Giuridico-Economiche allegata al decreto prot. 2015 del 31.01.2020 nella parte in cui non riconosceva all'appellante il servizio prestato con contratto a tempo indeterminato, con la decurtazione di punti 29,20 relativi alla voce punteggio titoli ed assegnazione di un punteggio totale di punti 35,30 anziché 64,50;

- la graduatoria allegata al decreto prot. 12906 del 17-06-2020, nella parte in cui riconfermava la decurtazione di

punti 29,20 relativi alla voce punteggio titoli con assegnazione di un punteggio di punti 35,30 per i motivi ampiamente sopra dedotti, ordinando al MIUR di valutare il servizio prestato a tempo indeterminato.

- Alla prima udienza fissata in data 11/08/2020, il Tar respingeva la richiesta cautelare, **omettendo tuttavia di pronunciarsi sull'istanza proposta per la determinazione delle modalità della notificazione del ricorso nei confronti dei controinteressati, con modalità diverse da quelle stabilite in via ordinaria, visto l'elevato numero dei destinatari (pag. 13-14-15 del ricorso di primo grado), rinviando all'udienza pubblica di discussione del 20/10/2020.**

- In tale occasione, il Collegio trattenuto in decisione, dichiarava il ricorso inammissibile con sentenza n.10724/2020 pubblicata il 21/10/2020, per mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati.

- La sentenza impugnata è illegittima ed erronea e va pertanto annullata e riformata - previa sospensione - con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado e, per l'effetto, declaratoria del diritto dell'appellante al riconoscimento del servizio prestato a tempo indeterminato, ora per allora, per i seguenti

MOTIVI

1. Omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado, sull'istanza di autorizzazione della notificazione del ricorso con modalità diverse da quelle stabilite in via ordinaria, ai sensi degli artt. 151 c.p.c. e 52 c.p.a.

Come emerge dalla sentenza impugnata, l'inammissibilità del ricorso di primo grado, è stata motivata dalla sua mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati da parte della ricorrente, trattandosi di una questione avente ad oggetto l'esatta instaurazione del giudizio nei confronti dei contraddittori necessari.

La motivazione del rigetto, tuttavia, si fonda sull'omessa pronuncia del Tar Lazio sulla richiesta di parte ricorrente di autorizzazione alla notificazione ai controinteressati con modalità diverse da quelle stabilite in via ordinaria.

Infatti, secondo il l'art. 52 c.p.a., in combinazione con l'art.151 c.p.c., è attribuito al giudice il potere di disporre che la notificazione sia eseguita in modo diverso da quello stabilito dalla legge, in particolare *"con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell'art. 151 del codice di procedura civile"*. Conformemente all'evoluzione normativa e tecnologica che permette oggi di individuare

nuovi strumenti idonei a consentire la medesima finalità di conoscibilità rispetto alla tradizionale pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, la ricorrente chiedeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei soggetti inseriti nella graduatoria di merito pubblicata dall'UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA DIREZIONE GENERALE per la classe di concorso A046, con l'autorizzazione alla notificazione del ricorso per pubblici proclami mediante pubblicazione dell'avviso sul sito web del istituzionale del MIUR.

Invero, il giudice, nella prima udienza dell'11-08-2020 sulla domanda cautelare, respingeva la suddetta domanda fissando direttamente l'udienza pubblica di discussione senza pronunciarsi sull'avanzata istanza di autorizzazione ai sensi dell'art. 151 c.p.c.

Dunque, l'asserita inammissibilità del ricorso per mancata notifica ai controinteressati, non è addebitabile all'odierna appellante ma va addebitata allo stesso giudice di prima istanza, che ha omesso di pronunciarsi sull'istanza stessa.

Pertanto, la sentenza oggi impugnata si palesa meritevole di censura e passibile di riforma. Inoltre, poiché il Tar, non ha esaminato né risposto alle censure avanzate con il ricorso introduttivo, si appalesa necessario riproporre in questa sede le ragioni che hanno

portano l'appellante ad impugnare i provvedimenti sopraindicati.

2. TOTALE CARENZA DI MOTIVAZIONE

Ai sensi dell'articolo 3 della legge 7 agosto 1990 numero 241 e successive modificazioni, ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione della amministrazione.

Gli atti oggetto di impugnazione, nel determinare la collocazione della ricorrente in graduatoria in base ad un punteggio titoli decurtato del servizio prestato a tempo indeterminato, nulla dicono delle ragioni né delle motivazioni di diritto che hanno portato a tale decisione.

Il difetto di motivazione sussiste tutte le volte in cui non sia dato comprendere in base a quali dati specifici, fattuali e normativi, sia stata operata la scelta della pubblica amministrazione e non sia pertanto possibile ricostruire l'iter logico-giuridico seguito dall'autorità per giungere alla decisione contestata, come nel caso di specie.

3. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E DI RAGIONEVOLEZZA

La ratio della valorizzazione dell'anzianità di servizio nei concorsi pubblici va cercata nel miglior apporto lavorativo che deriva dall'esperienza del lavoratore (Cass. 7 luglio 2008 n. 18584).

Appare quindi evidente l'illegittimità di una disposizione che, mentre premia il servizio prestato in regime di precariato con contratto a termine, non considera al contrario il servizio svolto dopo l'assunzione a tempo indeterminato.

L'evidenza dell'esclusione della valutazione dei servizi di ruolo in relazione all'interesse pubblico di individuare i candidati più preparati in quanto con più esperienza d'insegnamento, risulta in contrasto con il principio di ragionevolezza.

4. VIOLAZIONE PRINCIPIO LEGITTIMO AFFIDAMENTO

La mancata valutazione del servizio svolto a tempo indeterminato, viola il principio del legittimo affidamento comunque ingenerato dalla normativa così come applicata dall'Amministrazione resistente.

Costituisce invero un principio fondamentale del diritto nazionale e comunitario, quello della tutela del legittimo affidamento. Il principio, posto a presidio della certezza giuridica, allorquando un intervento pubblico pregiudica una situazione di vantaggio sulla quale il privato aveva in buona fede posto legittimo

affidamento, assicura allo stesso una doverosa tutela. I principi di legalità, di certezza del diritto e di uguaglianza, trovano infatti espresso fondamento nella nostra Costituzione agli artt. 1, 2 e 3. Il principio di legittimo affidamento è sorretto da una tutela costituzionale ancor più intensa, allorquando il soggetto titolare aspira ad un posto di lavoro. Detto principio oltre che dalla nostra Costituzione (art. 97) e dalla legislazione nazionale (Legge n. 15/2005 e Legge n. 241/1990) trova tutela anche nell'ordinamento comunitario.

Ne deriva che i provvedimenti impugnati risultano in contrasto oltre che con i criteri generali sanciti dall'ordinamento nazionale, anche con il principio comunitario di "buona amministrazione" sancito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea o Carta di Nizza (art. 41) recepito dunque non solo nella legislazione italiana, ma anche dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza n. 3536/2008; cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 2135/2015).

**5. VIOLAZIONE DELL'ART. 35, COMMA 3, DEL DECRETO
LEGISLATIVO N. 165/2001 E DEL CRITERIO
MERITOCRATICO NELLE ASSUNZIONI ALLE DIPENDENZE DEL**

**MIUR COSÌ COME RICOSTRUITO DALLA SENTENZA DELLA
CORTE COSTITUZIONALE N. 41 DEL 2011**

Gli atti impugnati sono altresì in contrasto con il principio meritocratico di accesso alle dipendenze del MIUR e con l'art. 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165/2001, il quale dispone che "le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: ... b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire".

Infatti, escludendo la valutazione dei servizi prestati con contratti a tempo indeterminato, si preclude alla Commissione di individuare i docenti più meritevoli. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 41/2011, ha chiarito che il criterio del merito costituisce l'unica regola per l'assunzione alle dipendenze del MIUR.

Conclusivamente la Corte, nella motivazione della sentenza n. 41/2011, afferma: "[...] Dal quadro normativo sopra riportato si evince che la scelta operata dal legislatore (...) è quella di individuare i docenti cui attribuire le cattedre secondo il criterio del merito (...)".

Da qui illegittimità costituzionale di un criterio di valutazione dei titoli che consentisse di valorizzare,

ai fini della collocazione nelle graduatorie finali, un elemento, quale quello della durata del contratto, che nulla ha a che vedere con la scelta del migliore candidato per la copertura del posto pubblico.

**6. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE
(ALLA ROVESCIA) TRA LAVORATORI A TEMPO DETERMINATO
E LAVORATORI A TEMPO INDETERMINATO AFFERMATO DALLA
DIRETTIVA 1999/70/CE**

In base all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (recepito dalla direttiva 1999/70/CE), sono vietate tutte le disposizioni che producano l'effetto di discriminare i lavoratori a tempo indeterminato rispetto ai lavoratori a tempo determinato, con conseguente lesione dei principi comunitari espressi dall'Accordo Quadro allegato alla Direttiva 1999/70, in connessione con gli artt. 11 e 117 Cost.

La clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE, infatti, esclude ogni discriminazione basate sulla durata del contratto di lavoro ed è stata correttamente interpretata, per un principio di reciprocità, come ostativa rispetto anche quelle disposizioni che assicurano vantaggi al personale precario a scapito dei diritti dei lavoratori stabilizzati (v. Cons. St., sez. VI, ordinanze collegiali n. 3977/11 del 4 luglio 2011 e n. 1287/14 del 14 marzo 2014).

SULLA DOMANDA CAUTELARE

Il *fumus boni iuris*, appare, per quanto sopra dedotto, palese e di tutta evidenza.

Per quanto concerne il *periculum in mora*, è evidente il pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile in conseguenza dell'illegitima mancata valutazione del servizio prestato a tempo indeterminato che limita ingiustamente il diritto dell'appellante di concorrere alla stipula del contratto annuale ed all'assunzione a tempo indeterminato.

Tanto esposto in fatto e considerato in diritto

VOGLIA

Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato accogliere, il presente appello e per l'effetto, in riforma all'appellata sentenza n.10724/2020 del 21/10/2020 emessa dal Tar Lazio Sezione Terza Bis, accogliere le seguenti domande

1. IN VIA PRELIMINARE

-autorizzare ad effettuare la notifica per pubblici proclami, con le relative modalità, come già richiesto nel giudizio di prima istanza

-sospendere gli effetti degli atti e dei provvedimenti impugnati, disponendo la rettifica della graduatoria della classe di concorso A046, ed il riconoscimento alla ricorrente del servizio prestato a tempo indeterminato con la assegnazione di un punteggio totale di 64,50 punti, sulla scorta della normativa indicata, con tutte le conseguenze di legge

NEL MERITO

accogliere il ricorso con l'annullamento degli atti e provvedimenti impugnati per i motivi ampiamente sopra dedotti, ordinando al MIUR di valutare il servizio prestato a tempo indeterminato.

Con vittoria di spese e compensi.

Ai fini dell'assolvimento degli oneri in materia di spese di giustizia, si dichiara che il presente appello in materia di pubblico impiego, è esente dal versamento del contributo unificato.

Si allega:

- 1.Procura alle liti
- 2.Dichiarazione sostitutiva
- 3.Sentenza Tar n.10724/2020 del 21/10/2020
- 4.Ordinanza Tar dell'11.08.2020
- 5.Ricorso in primo grado

- 6.Reclamo in autotutela e domanda concorso
- 7.Ricevuta pec di avvenuta consegna del reclamo
- 8.Graduatoria del 22.01.2020
- 9.Decreto approvazione del 22.01.2020
- 10.Graduatoria del 31.01.2020
11. Decreto approvazione del 31.01.2020
- 12.Graduatoria del 17.06.2020
- 13.Decreto approvazione del 17.06.2020

Caltagirone 01.02.2021

Avv. Orazio Papale