



TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

SEDE DI ROMA

Motivi aggiunti al ricorso 8130/2021 r.g.

Per

POSARELLI ILARIA, c.f. PSRLRI87L68D403A, nata il 28/7/87 a Empoli e residente a Empoli (FI) via Garigliano 11, ma elettivamente domiciliata in Grosseto via San Martino 38 presso lo studio dell'avv. Lavinia Mensi, c.f. MNSLVN87M41E202J, che la difende unitamente e/o disgiuntamente all'avv. Michele Mensi, c.f. MNSMHL64P12E202V, come da procura speciale rilasciata ai sensi dell'art. 83 c.p.c. in calce al ricorso introduttivo

Contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, in persona del **Ministro pro tempore**, domiciliato ex lege presso gli uffici dell'Avvocatura generale dello Stato, via dei Portoghesi 12 – 00186 ROMA

Nonché contro

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE TOSCANA, in persona del **Direttore pro tempore**, domiciliato ex lege presso gli uffici dell'Avvocatura generale dello Stato, via dei Portoghesi 12 – 00186 ROMA

Nonché contro

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER IL LAZIO, in persona del **Direttore pro tempore**, domiciliato ex lege presso gli uffici dell'Avvocatura generale dello Stato, via dei Portoghesi 12 – 00186 ROMA

E nei confronti

ALESSIO CIONI, residente in via dei Fossi 42, Cerreto Guidi (FI) in qualità di controinteressato

Per l'annullamento

- DDG n. 1206 del 8-10-21 pubblicato dall'Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio sul sito internet istituzionale in data 11/10/21 con oggetto: procedura



straordinaria – DD 510/2020 e ss.mm. ed ii. – GRADUATORIA classe di concorso AJ56 – STRUMENTO MUSICALE NELLA SCUOLA SECONDARIA DI I GRADO (PIANOFORTE)

- Nonché ogni atto presupposto e/o consequenziale e/o connesso.

***** ** *****

Premesso

- In data 4 agosto 2020 la ricorrente inoltrava la Domanda di partecipazione alla Procedura straordinaria, per titoli ed esami, per l'immissione in ruolo di personale docente della scuola secondaria di primo e secondo grado su posto comune e di sostegno di cui al Decreto 510 del 23 aprile 2020 per la classe di concorso AJ56 (Pianoforte).
- Nella suddetta domanda, n. protocollo m_pi.AOOPOLIS.REGISTRO UFFICIALE.I.0920751.04-08-2020, la candidata dichiarava di essere in possesso di tutti i requisiti di accesso alla procedura concorsuale, ivi compresi i titoli di servizio di cui all'art. 2, co. 1 lett. A) “tra l'anno scolastico 2008/2009 e l'anno scolastico 2019/2020 hanno svolto, su posto comune o di sostegno, almeno tre annualità di servizio, anche non consecutive, valutabili come tali ai sensi dell'art. 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124., di cui almeno uno specifico sulla classe di concorso.
- La candidata partecipava alla procedura concorsuale, sottoponendosi alla prova scritta in data 19/02/2021, svolta presso Liceo Immanuel Kant, piazza Zambeccari, Roma.
- In data 26 maggio 2021 riceveva la comunicazione mediante mail in riscontro ad una sua richiesta di informazioni da parte dell'USR Lazio, dr.ssa Alessandra Parente, che la informava dell'avvio del procedimento di esclusione della candidata, all'esito del controllo svolto dall'USP Roma circa la sussistenza dei requisiti di accesso dichiarati con la seguente motivazione: “In particolare manca l'annualità con servizio specifico sulla c.d.c. AJ56, in quanto l'a.s. 2018/19, indicato in domanda per la AJ56, non integra i requisiti previsti dall'art. 2, comma 1, lett. a) del Bando”.
- La candidata inviava quindi le sue osservazioni nei dieci giorni successivi alla ricezione del provvedimento precisando che il servizio presso l'I.C. Vinci nell'anno scolastico 2018/19 è stato svolto a partire dal 14 gennaio 2019 fino alla definizione delle operazioni di scrutinio finale senza soluzione di



continuità, poiché le interruzioni contrattuali sono stati concomitanti a brevi periodi di sospensione dell'attività didattica in cui la titolare non è rientrata in servizio, con la conseguente prosecuzione dell'incarico da parte della supplente.

- Così è avvenuto sia durante le vacanze pasquali nei giorni 18 Aprile - 28 Aprile 2019, sia durante le operazioni di seggio elettorale dal 24 maggio al 28 maggio 2019.
- Nonostante la suddetta precisazione, l'Amministrazione convenuta faceva pervenire in data 16 luglio 2021 il provvedimento di esclusione dalla procedura concorsuale in oggetto ed in data 19 luglio 2021 pubblicava la graduatoria per la classe di concorso AJ56 (pianoforte) in cui la stessa non compariva, a conferma della sua esclusione.
- Nelle more del procedimento pendente dinanzi a codesta Autorità giudicante, l'Ufficio Scolastico Regionale pubblicava in data 11.10.21 la graduatoria definitiva, in cui non compariva il nominativo della ricorrente, rendendo così necessario impugnare tale atto con i presenti motivi aggiunti.

***** ** *****

Ritenuto

Con il presente atto si impugnano i provvedimenti citati per i motivi di seguito indicati da intendersi in via gradata:

1. Violazione di legge: incompetenza dell'organo che ha provveduto all'esclusione della candidata, assenza di istruttoria

L'art 8 della L. 241/90 stabilisce il contenuto minimo dell'atto di avvio del procedimento amministrativo, che deve indicare l'Amministrazione competente nonché l'ufficio, il domicilio digitale dell'amministrazione e la persona responsabile del procedimento; ciò al fine di rendere effettiva la partecipazione del privato che subisce direttamente gli effetti del provvedimento definitivo.

Tale innovazione rispetto alla formulazione originaria si giustifica, così come sostenuto da ampia giurisprudenza (ex pluris T.A.R. Sicilia Catania, n. 67 del 1994) nell'intento del Legislatore di "spostare il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa dall'atto conclusivo alla precedente fase della formazione della decisione, ossia all'istruttoria, ed in conseguenza di ciò ha voluto che l'atto finale assumesse sempre di più il carattere di un riepilogo di quanto è avvenuto nell'istruttoria.



E' proprio nell'istruttoria che la partecipazione del destinatario dell'atto è, come si è visto, diventata indispensabile.

Tale partecipazione denominata funzionale costituisce, infatti, uno dei momenti chiave della trasparenza dell'azione amministrativa in quanto grazie ad essa il privato prende parte attivamente alla definizione degli interessi che il provvedimento realizza, prima dell'emanazione del provvedimento stesso. Con la nuova legge avviene in sostanza una "giurisdizionalizzazione" del procedimento amministrativo in quanto si introduce l'obbligatorietà del contraddittorio e si realizza quel principio del "giusto procedimento" desumibile dall'art. 97 Cost. Il principio dell'intervento dei privati, quindi, viene a collegarsi a quello dell'imparzialità e della buona amministrazione previsti espressamente dal citato art. 97 Cost. In definitiva, il procedimento è pur sempre rivolto a soddisfare interessi pubblici, ma nella nuova ottica legislativa l'intervento del privato e l'emersione del suo interesse nel procedimento serve proprio a consentire alla P.A. una migliore soddisfazione dell'interesse pubblico attraverso una gestione più democratica del potere, così da passare da una P.A. di tipo monologico ad una di tipo dialogico.

In secondo luogo, oltre all'aspetto collaborativo, si concretizza anche lo scopo difensivo in quanto la partecipazione del privato al procedimento consente una notevole deflazione del contenzioso, poiché il privato già nel corso del procedimento ha la facoltà di far presente gli stessi interessi che potrebbe rivendicare in un eventuale processo amministrativo. In tal modo, si anticipa in sede procedimentale il contraddittorio che altrimenti avrebbe luogo solo in sede processuale (Cons. St., Sez. VI, n. 57 del 1997)."

In definitiva, tale fase è stata introdotta al fine di rendere il provvedimento amministrativo un atto complesso, ossia il frutto di molteplici istanze provenienti dalla Pubblica Amministrazione e dai privati che hanno partecipato attivamente alla fase dell'istruttoria.

Nel caso di specie, l'atto di avvio del procedimento riportava soltanto l'Autorità emittente (USR Lazio) nonché un indirizzo di posta a cui indirizzare le osservazioni e gli atti di parte.

Non riportava quindi né l'Autorità amministrativa competente, né il responsabile del procedimento, titolare della fase istruttoria.



Non solo.

L'autorità che ha emesso il provvedimento finale si identifica nell'USR Toscana, che corrisponde ad altro organo rispetto a quello che aveva emesso l'atto di avvio.

Da ciò si evince che la candidata è stata lesa nel suo diritto a partecipare attivamente all'istruttoria per i seguenti motivi:

- La comunicazione di avvio del procedimento è stata inviata alla mail della candidata soltanto a seguito della sua richiesta di informazioni, in notevole ritardo rispetto all'emissione dell'atto (l'avvio del procedimento è datato 30 aprile ed è stato inviato alla candidata soltanto il 26 maggio, quando erano già scaduti 10 giorni per l'invio delle osservazioni);
- A seguito della ricezione dell'atto la candidata ha inviato le proprie argomentazioni all'indirizzo mail ivi indicato, non ricevendo alcuna comunicazione circa lo svolgimento dell'istruttoria;
- Riceveva a distanza di quasi due mesi il provvedimento di esclusione da parte dell'USR Toscana, che non era mai stato interpellato nel corso dell'istruttoria quale ente competente a emettere il provvedimento finale, rendendo pertanto impossibile alla candidata l'esercizio del diritto di difesa nei confronti del suddetto organo.

In definitiva, l'omessa istruttoria nonché la non corrispondenza tra l'organo che ha emesso il provvedimento di avvio del procedimento e il provvedimento finale hanno invalidato il procedimento ai sensi dell'art. 21-octies, co. 1 L. 241/90 con il conseguente annullamento dell'atto.

2. Violazione di legge: omessa motivazione ai sensi dell'art. 3 L. 241/90

Il provvedimento di esclusione riporta esclusivamente l'esito del procedimento, senza addurre le ragioni che hanno indotto l'Amministrazione ad adottare l'atto.

Ciò rende l'atto nullo ai sensi dell'art. 21-septies L. 241/90 perché privo del suo elemento essenziale; né potrà ritenersi assolto tale obbligo riferendosi alla lettura degli atti endoprocedimentali, così come sostenuto dal Consiglio di Stato, sezione quarta, nella sentenza 18 febbraio 2010, n. 944.

Se fosse sufficiente il mero richiamo alla motivazione adottata nella comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, allora si renderebbe priva di significato tale fase, volta a rendere effettiva la partecipazione del privato nel corso dell'istruttoria,



di talchè il provvedimento finale deve prendere posizione nella parte motivazionale delle osservazioni rese dal privato.

Ciò si desume dalla formulazione del comma 1, seconda parte, quando afferma che “la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”.

Dal momento che l'istruttoria coinvolge obbligatoriamente il privato che è interessato dagli effetti del provvedimento, la motivazione non può ridursi ad un mero richiamo dell'assunto iniziale (peraltro neanche accennato nell'atto finale) con cui l'Amministrazione ha dato avvio al procedimento, perché si tradurrebbe in un atto unilaterale, che renderebbe inutile la partecipazione del privato all'istruttoria.

Tale condotta risulta non solo in contrasto con l'obbligo di motivazione, ma anche con il principio di efficienza, imparzialità e buon andamento della P.A., stabiliti dall'art. 97 Cost.

**** ** ****

Eccesso di potere per violazione del principio di par condicio, manifesta illogicità, irrazionalità, violazione dell'art. 97 cost.

Dal combinato disposto della normativa vigente, richiamata dal D.D. 510 del 23 aprile 2020 al fine di discriminare tra gli intervalli di tempo in cui il docente precario è chiamato a sostituire il titolare, quelli che sono considerati quali annualità, si evidenzia nell'applicazione al caso concreto una stortura che ha pregiudicato l'accesso alla procedura concorsuale della candidata.

Ai sensi della L. 124 del 1999 è da valutarsi sul profilo giuridico quale annuale il servizio reso senza soluzione di continuità dal 1 febbraio al termine delle operazioni di scrutinio finale.

La regolamentazione dell'incarico di supplenza si evince dal DM 131/07 che disciplina due distinti istituti nel caso di prosecuzione dell'incarico di supplenza breve:

- La proroga che ai sensi dell'art. 7 co. 4 si applica qualora “ove al primo periodo di assenza del titolare ne consegua un altro, o più altri, senza



soluzione di continuità o interrotto solo da giorno festivo o da giorno libero dall'insegnamento, ovvero da entrambi, la supplenza temporanea viene prorogata nei riguardi del medesimo supplente già in servizio, a decorrere dal giorno successivo a quello di scadenza del precedente contratto.”

- La conferma, che ai sensi dell'art. 7 co. 5 si applica qualora “Nel caso in cui ad un primo periodo di assenza del titolare ne consegua un altro intervallato da un periodo di sospensione delle lezioni si procede alla conferma del supplente già in servizio; in tal caso il nuovo contratto decorre dal primo giorno di effettivo servizio dopo la ripresa delle lezioni”.

Nel caso di specie, ricadendo l'incarico nel periodo di sospensione dell'attività didattica corrispondente alle vacanze pasquali nonché all'espletamento delle operazioni elettorali, l'Amministrazione ha applicato l'istituto della conferma, interrompendo la continuità sul profilo giuridico dell'incarico.

Tale interpretazione non risulta conforme al dato normativo, dal momento che nonostante la docente abbia svolto l'attività di insegnamento dal 1 febbraio fino al termine degli scrutini, senza che la titolare non sia mai rientrata in servizio, la docente non si vede riconosciuta l'annualità ai fini dell'accesso al concorso.

Si rilevano due storture rispetto all'applicazione della normativa in esame:

- Dal momento che il periodo interessato dalla L. 124/99, coincidente con il secondo quadrimestre, è sempre intervallato dal periodo di sospensione dell'attività didattica, identificato nelle vacanze pasquali, la scelta indiscriminata della conferma in luogo della proroga comporterebbe il sostanziale svilimento della portata applicativa della norma, laddove riconosce l'annualità anche a coloro che insegnano in tutto il secondo quadrimestre fino al termine delle operazioni di scrutinio, così come avvenuto nel caso di specie.
- La scelta della conferma in luogo della proroga dovrebbe conseguire ad un rientro effettivo del titolare nel corso del periodo di sospensione dell'attività didattica. Sul punto si ripota la nota della Ragioneria territoriale dello Stato di Vercelli/Biello, prot. 11195/24-9-13 indirizzata alle Istituzioni scolastiche delle province di Vercelli e Biella secondo cui:
“Particolare attenzione andrà posta da parte di codeste Istituzioni scolastiche nel caso in cui la fine di un periodo di assenza vario titolo coincida con



l'inizio della sospensione delle attività didattiche quali i giorni non festivi del periodo natalizio Pasquale o estivo. In tali ipotesi, poiché la funzione dei docenti si esplica non solo con l'insegnamento nelle classi, ma anche con la partecipazione ad altre attività collaterali individuali e collettive, la sospensione delle attività didattiche di fatto non preclude l'effettiva ripresa del servizio al termine del periodo di assenza. E' appena il caso di precisare che ricade nella responsabilità del capo di istituto la dichiarazione da allegare al decreto dell'avvenuta ripresa del servizio (nota RGS-IGF prot 108127 del 15/06/1999). In tal caso può essere ritenuta valida per dare fondamento alla dichiarazione di ripresa del servizio anche una dichiarazione firmata di messa a disposizione della scuola inviata come volontà di interrompere il congedo, ma questo non certo in un giorno di chiusura della scuola o in un giorno festivo."

Con ciò a voler dire che, in assenza della suddetta dichiarazione che attesta l'effettiva presa di servizio del titolare nel corso della sospensione dell'attività didattica, non potrà ritenersi interrotto l'incarico del supplente, che dovrà quindi ritenersi valido sul profilo giuridico ai fini del riconoscimento dell'annualità.

Sul punto la giurisprudenza ordinaria ha già avuto modo di esprimersi a favore del principio di continuità didattica, che vale non solo quale corollario del diritto allo studio degli alunni, ma anche nei confronti dei docenti, a vedersi riconoscere l'annualità ai fini della progressione della carriera professionale.

Si veda a tale riguardo la recente ordinanza del Tribunale di Grosseto sez. lavoro (n. cron. 949/20 del 04/08/20) che, accogliendo la domanda di una docente a vedersi riconosciuta all'annualità del servizio prestato per la diversa finalità della progressione nella graduatoria provinciale per le supplenze, ha addotto i seguenti principi di diritto:

"La norma (il DM 131/07, n.d.r.) risponde chiaramente alla logica di tutelare la continuità didattica e quindi la funzione educativa rispetto agli alunni, senza privarli della figura di riferimento nel caso in cui l'assenza del titolare si protragga di fatto. E' evidente dunque l'incongruenza e contraddittorietà della condotta dell'istituto che da una parte ha fatto corretta applicazione delle norme in esame non convocando docente diversi dalla ricorrente, ma mantenendo l'incarico, dall'altra ha disconosciuto la continuità dell'insegnamento della ricorrente adducendo



motivazioni formali in palese contrasto con la ratio sostanziale delle predette norme. (...) Né a conclusione differenti può pervenirsi rispetto al periodo delle vacanze natalizie in quanto nei giorni indicati le lezioni erano sospese e la circostanza che formalmente il titolare fosse a disposizione a nulla può valere dal momento che non vi è prova che abbia svolto attività alcuna e soprattutto non ha certamente svolto attività didattica trattandosi di un periodo di sospensione delle lezioni assimilabile alla previsione di cui all'articolo 7 comma 5 del DM cit.

Non si vede che differenza vi sia tra un docente che ha insegnato almeno 180 giorni o dal 1 Febbraio fino agli scrutini finali senza formale interruzione e un altro che abbia insegnato (almeno) per lo stesso periodo tranne che nei giorni festivi o liberi nei quali comunque non era prestata attività didattica.

Il maggior punteggio infatti è espressione del riconoscimento di un sostanziale assoluto valore aggiunto che è quello alla continuità didattica, sia sul versante di chi quella attività ha posto in essere sia sul piano dei riflessi positivi sui discenti appunto e quindi il ragionevole considerare unitaria l'attività virgola e non provvedere quindi a sostituzioni del supplente già impegnato, e per altro verso frazionare giuridicamente la stessa attività penalizzando il supplente medesimo.

***** ** *****

Tanto premesso e considerato, la ricorrente Ilaria Posarelli, ut sopra rappresentata e difesa

RICORRE

All'Ill.mo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sede di Roma per l'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI DI MERITO

“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, contrariis reiectis, dichiarare l'illegittimità ed annullare gli atti impugnati nella parte in cui non riconoscono il possesso dei titoli di servizio (tre annualità di cui una quale servizio specifico sulla c.d.c. AJ56), dichiarando il diritto della ricorrente di accedere alla procedura concorsuale e per l'effetto ordinando all'Amministrazione di procedere alla correzione dell'elaborato



già svolto e, laddove vincitrice, di inserirla nella graduatoria di merito impugnata, per i motivi addotti in premessa.

Voglia altresì annullare tutti gli atti conseguenti anche non conosciuti e/o connessi con il provvedimento impugnato.

Con vittoria di spese di lite”

Si versano in produzione i seguenti documenti in copia:

- DDG n. 1206 del 8-10-21 pubblicato dall’Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio sul sito internet istituzionale in data 11/10/21 con oggetto: procedura straordinaria – DD 510/2020 e ss.mm. ed ii. – GRADUATORIA classe di concorso AJ56 – STRUMENTO MUSICALE NELLA SCUOLA SECONDARIA DI I GRADO (PIANOFORTE)

In caso di contestazione da parte dell’Amministrazione convenuta, si chiede ammettersi ordine di esibizione avente ad oggetto la comunicazione di messa a disposizione/presa di servizio del titolare nel corso dei periodi di sospensione dell’attività didattica.

Si dichiara di voler ricevere le comunicazioni al seguente numero di fax 0564417341 e/o al seguente indirizzo pec: michelemensi@pec.ordineavvocatigrosseto.com

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 si dichiara che la presente controversia verte in materia di pubblico impiego, sicchè è dovuto il contributo unificato ridotto pari ad € 325,00.

Grosseto, 24.11.2021

Michele Mensi Avvocato