

Studio Legale
Avv. Michelangelo Fiorentino
Patrocinante dinanzi alle Magistrature Superiori
Via Rubino, 38 - 04023 Formia (Lt) –
tel. e fax 0771 324437 – cell. 339 3119843
e-mail: anfiolox@tiascali.it
pec: michelangelofiorentino@pec.avvomaticassino.it

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO
IN SEDE GIURISDIZIONALE
Ricorso in appello avverso ordinanza cautelare

Per la Prof.ssa **NOCELLA Gelsomina** (C.F. NCLGSM63C42D708X) nata a Formia (LT) il 02/03/1963 ed ivi res.te alla via S. Maria La Noce n. 63, rappresentata e difesa dall'Avv. Michelangelo Fiorentino (C.F. FRNMHL57S17A512D), giusta procura su foglio separato da considerarsi, ex art. 83, comma 3, c.p.c., in calce al presente atto, con domicilio eletto nello studio del nominato procuratore in Formia (LT), via Rubino n. 38, fax 0771 324437, e domicilio digitale all'indirizzo pec michelangelofiorentino@pec.avvomaticassino.it

- *appellante*

CONTRO

Ministero dell'Istruzione e del Merito (C.F. 80185250588), in persona del Ministro p.t., con sede in V.le Trastevere n. 76/A, 00153 Roma, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80018710758), via dei Portoghesi n. 12, 00186 Roma, pec Registro PP.AA. ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it

- *resistente*

E NEI CONFRONTI DI

Prof. **ORSUCCI Giacomo** (C.F.) nato a il
e res.te a
pec Registro INAD

nonché quali controinteressati tutti i docenti in possesso dei requisiti per la partecipazione alla prova di accesso al corso intensivo di formazione per la copertura di posti vacanti di Dirigente Scolastico di cui all'art. 5, commi da 11 *quinques* a 11 *nonies* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con

modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14 e al D.M. n. 107 del 08.06.2023

-controinteressati

PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA

dell'ordinanza n. 6607/2023 del TAR del Lazio, sede di Roma, sez. III *bis*, pubblicata in data del 04.10.2023, **non notificata all'odierna appellante**, con la quale è stata rigettata l'istanza cautelare nel ricorso R.G.n. 11882/2023, proposto da Nocella Gelsomina, per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia *“1) del D.M. n. 107 del 08.06.2023 (all.to 1) che definisce le modalità di partecipazione al corso intensivo di formazione e della relativa prova finale di cui all'art. 5, commi da 11 quinquies a 11 nonies D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14, nella parte in cui alle lett. a), b) e c) dell'art. 2, comma 1, non include tra i soggetti ammessi a partecipare alla prova di accesso al corso intensivo di formazione anche coloro che non abbiano ricorso pendente avverso il mancato superamento della prova orale del concorso indetto con D.D.G. n. 1259 del 23 novembre 2017; 2) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, nonché di ogni altro atto e/o provvedimento allo stato sconosciuto, avverso il quale si formula espressa riserva di motivi aggiunti”, nonché “per la declaratoria per la declaratoria, anche in via cautelare del diritto della ricorrente di partecipare alla prova di accesso al corso intensivo di formazione di cui all'art. 5, commi da 11 quinquies a 11 nonies, D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14 e al D.M. n. 107 del 08.06.2023”*.

PREMESSO

IN FATTO

L'appellante, docente a tempo indeterminato nella scuola statale, partecipava al Corso-concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di Dirigenti Scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, bandito con D.D.G. del 23 novembre 2017, n. 1259.

Superata brillantemente la prova preselettiva e la prova scritta, in data 22.05.2019 la Prof.ssa Nocella sosteneva la prova orale, che però non superava non avendo raggiunto il punteggio minimo sufficiente previsto dal bando, ossia 70/100.

Tuttavia, nonostante le numerose illegittimità che avevano inficiato la propria prova orale e che l'odierna appellante aveva avuto modo di appurare, decideva di non proporre ricorso, in quanto il turbamento emotivo che stava subendo a causa del trattamento discutibile che aveva ricevuto durante lo svolgimento della prova orale, non le consentiva di affrontare con la necessaria serenità un difficile contenzioso amministrativo.

Con la L. 24 febbraio 2023, n. 14, entrata in vigore il 28.02.2023, veniva convertito in Legge con modificazioni il D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 (c.d. Milleproroghe) il quale all'art. 5, commi da 11 *quinques* a 11 *nonies*, così disponeva *“11-quinquies. La graduatoria del concorso indetto con decreto del direttore generale del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca n. 1259 del 23 novembre 2017, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, 4ª serie speciale, n. 90 del 24 novembre 2017, è valida fino all'anno scolastico 2025/2026, salvo quanto previsto dal comma 11-septies. Al fine di coprire i posti vacanti di dirigente scolastico, con decreto del Ministro dell'istruzione e del merito, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono definite le modalità di partecipazione ad un corso intensivo di formazione e della relativa prova finale, **anche per prevenire le ripercussioni sull'Amministrazione dei possibili esiti dei contenziosi pendenti in relazione al predetto concorso. Al corso intensivo di formazione sono ammessi i partecipanti al concorso di cui al primo periodo che abbiano sostenuto almeno la prova scritta e a condizione che, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto:***

a) abbiano proposto ricorso entro i termini di legge e abbiano pendente un contenzioso giurisdizionale per mancato superamento della prova scritta del predetto concorso ovvero abbiano superato la prova scritta e la prova orale dopo essere stati ammessi a seguito di un provvedimento giurisdizionale cautelare, anche se successivamente caducato;

b) abbiano proposto ricorso entro i termini di legge e abbiano pendente un contenzioso giurisdizionale per mancato superamento della prova orale del predetto concorso”.

Dunque, stante il tenore delle disposizioni appena citate, ed in particolare della lett. b) del comma 11 *quinques* dell'art. 5 della L. 14/2023, l'appellante,

per il solo fatto di non aver presentato ricorso giurisdizionale nei termini avverso il mancato superamento della prova orale, risultava esclusa dalla procedura riservata di cui si discute.

La medesima esclusione veniva perpetrata dal D.M. n. 107 del 08.06.2023, con cui venivano definite le modalità di partecipazione al corso intensivo di formazione e della relativa prova finale, che all'art. 2, rubricato "*Soggetti destinatari*", analogamente a quanto disposto nell'art. 5, comma 11 *quinques* della L. 14/2023, stabiliva che "*1. Alla prova di ammissione al corso intensivo di formazione sono ammessi i partecipanti al concorso di cui al DDG 23 novembre 2017, n. 1259, che abbiano sostenuto almeno la prova scritta della predetta procedura concorsuale e, alla data del 28 febbraio 2023, versino in una delle condizioni di seguito tassativamente elencate:*

a) abbiano proposto ricorso entro i termini di legge e abbiano pendente un contenzioso giurisdizionale per mancato superamento della prova scritta;
b) abbiano superato la prova scritta e la prova orale cui siano stati ammessi in forza di un provvedimento giurisdizionale cautelare, anche se successivamente caducato;

c) abbiano proposto ricorso entro i termini di legge e abbiano pendente un contenzioso giurisdizionale per mancato superamento della prova orale".

Con ricorso al TAR Lazio, Roma, iscritto al R.G.n. 11882, notificato alle Amministrazioni Scolastiche e al controinteressato in data 03.09.2023, e depositato in data 06.09.2023, l'odierna appellante impugnava il D.M. n. 107 del 08.06.2023 nella parte in cui alle lett. a), b) e c) dell'art. 2, comma 1, non include tra i soggetti ammessi a partecipare alla prova di accesso al corso intensivo di formazione anche coloro che non abbiano ricorso pendente avverso il mancato superamento della prova orale del concorso indetto con D.D.G. n. 1259 del 23 novembre 2017, sollevando, all'uopo, nel caso in cui non fosse praticabile un'interpretazione costituzionalmente orientata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 11 *quinques* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14, per contrasto con gli articoli 2, 3, 51 e 97 della Costituzione.

Con ordinanza cautelare n. 6607 del 04.10.2023, il TAR adito, rigettava l'istanza cautelare in quanto "*Ritenuto che la previsione in questione*

escludente della partecipazione al concorso dei ricorrenti è prevista espressamente dalla legge;

ritenuto che la scelta del legislatore, nei limiti della relativa sindacabilità ai fini della eventuale proposizione di q.l.c., non appare illogica o irragionevole tenuto conto del fatto che la stessa è diretta a prevenire le ripercussioni sull'amministrazione dei possibili esiti dei contenziosi pendenti in relazione al predetto concorso e che esigenze di funzionalità dell'amministrazione spingono a non ritenere irragionevole un'apertura a un circoscritto e predeterminato numero di partecipanti”.

La precitata ordinanza è erronea e va censurata, per cui l'istante, *ut supra* rappresentata, difesa e domiciliata, propone ricorso in appello, chiedendone l'annullamento e/o la riforma, per i seguenti motivi

IN DIRITTO

NULLITÀ/ILLEGITTIMITÀ DELL'ORDINANZA IMPUGNATA PER AVER APODITTICAMENTE RITENUTO PREMINENTI LE ESIGENZE DI FUNZIONALITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE RISPETTO A DIRITTI DI RANGO COSTITUZIONALE. ASSENZA DI OGNI COMPARAZIONE E VALUTAZIONE DEGLI INTERESSI IN GIOCO. DIFETTO DI ISTRUTTORIA

ERROR IN IUDICANDO.

L'ordinanza impugnata ha ritenuto non illogica e irragionevole l'esclusione dell'odierna appellante dalla partecipazione al corso intensivo di formazione per l'assunzione di Dirigenti Scolastici, così come prevista dalla legge, in quanto “*diretta a prevenire le ripercussioni sull'amministrazione dei possibili esiti dei contenziosi pendenti in relazione al predetto concorso e che esigenze di funzionalità dell'amministrazione spingono a non ritenere irragionevole un'apertura a un circoscritto e predeterminato numero di partecipanti*”.

In sostanza, dunque, il Giudice di prime cure, a fronte dei rilievi di parte ricorrente circa la portata irragionevolmente discriminatoria della perpetrata esclusione, ha ritenuto di valorizzare le “*esigenze di funzionalità dell'amministrazione*”, rispetto alla **tutela di diritti fondamentali di rango costituzionale**.

Tuttavia, la gravata ordinanza non considera minimamente come la limitazione del numero di partecipanti al corso intensivo porti ad escludere soggetti che si trovano in **situazioni assolutamente identiche** rispetto a quelle in cui si trovano i soggetti ammessi, risultando, quindi, irragionevolmente discriminatoria.

Questa difesa è ben consapevole che la limitazione della platea dei soggetti ammessi a partecipare ad una procedura concorsuale, non è di per sé illegittima, tuttavia essa non deve porsi in contrasto irrimediabile col principio secondo cui il legislatore deve **trattare in modo uguale situazioni uguali e un modo diverso situazioni diverse**.

Sul punto, l'impugnata ordinanza non chiarisce in che modo i beni ritenuti prevalenti (ossia la necessità di garantire le esigenze di funzionalità dell'amministrazione) non si pongano in contrasto con il principio di uguaglianza, non avendo affrontato affatto la questione del necessario bilanciamento degli interessi in gioco (peraltro pure ampiamente dedotta nel ricorso introduttivo), cioè non avendo in alcun modo valutato se il principio di parità di trattamento di rango costituzionale sia stato compresso dalla scelta della PA di escludere l'odierna appellante per tutelare esigenze di funzionalità dell'amministrazione, quali appunto quelle di evitare i possibili esiti dei ricorsi pendenti.

Dunque, il TAR adito in primo grado non ha minimamente operato quel bilanciamento di interessi necessario al fine di verificare la correttezza delle scelte operate dall'Amministrazione ed eventualmente valutare di rimettere al Giudice delle Leggi la questione di legittimità costituzionale della norma primaria escludente.

Come si è già avuto modo di chiarire nel ricorso introduttivo al giudizio di primo grado, **il contenzioso che è nato intorno a questa procedura concorsuale ha visto nella stragrande maggioranza dei casi l'Amministrazione vittoriosa, per cui non vi è alcun motivo di giustizia sostanziale che abbia fondato la scelta di preferire coloro che abbiano impugnato il mancato superamento della prova orale rispetto a coloro che non abbiano proposto ricorso**. L'esclusione della Prof.ssa Nocella dalla procedura selettiva di cui si discute, motivata per il solo fatto di non aver impugnato la propria esclusione, appare in contrasto con i principi di

imparzialità, parità di trattamento, giustizia sostanziale di rango costituzionale, ma anche sovranazionale. **Si tratta, invero, di situazioni identiche che vengono trattate in modo diverso, senza alcuna ragione, così aprendo la strada ad una grave violazione dei fondamentali principi di cui agli artt. 2, 3, 51 e 97 Cost, ai danni dei docenti esclusi.**

Il criterio ritenuto logico e ragionevole dal TAR., per cui tale esclusione è conforme alle esigenze di funzionalità dell'amministrazione di prevenire le ripercussioni sull'amministrazione dei possibili esiti dei contenziosi pendenti in relazione al predetto concorso, **non risponde ad alcun criterio meritevole di legittimare un trattamento differenziato in danno dell'odierna appellante.**

Peraltro, non si comprende come un contenzioso già incardinato diversi anni fa, potrebbe subire ripercussioni dall'ammissione al corso intensivo di formazione per futuri Dirigenti Scolastici di coloro che a suo tempo non hanno impugnato l'esclusione dalla procedura concorsuale di cui si discute.

Ma anche a prescindere da tale profilo che già di per sé sarebbe idoneo a determinare la riforma della impugnata ordinanza, il Giudice di prime cure ha di fatto operato un errato bilanciamento degli interessi in gioco: in sostanza, il Tribunale, avallando la scelta operata dall'Amministrazione, ha ritenuto che la necessità di tutelare le esigenze di funzionalità dell'amministrazione fosse preminente rispetto alla tutela di diritti di rango costituzionale, quali il diritto a non subire in irragionevoli discriminazioni, anche nella determinazione delle condizioni di accesso agli uffici pubblici, ma anche di diritti di matrice eurounitaria, quali, fra tutti, il principio di non discriminazione.

Si tratta, invero, di soggetti che, in entrambi i casi, non avevano superato la prova concorsuale e, dunque, si tratta di situazioni del tutto identiche, **non differenziabili sulla base di alcun criterio meritevole di ricevere un trattamento diverso, tantomeno quello di “prevenire le ripercussioni sull'Amministrazione dei possibili esiti dei contenziosi pendenti in relazione al predetto concorso”.**

Corollario del principio di uguaglianza è il più generale principio di ragionevolezza alla luce del quale la Legge deve regolare in maniera uguale situazioni uguali ed in maniera diversa situazioni diverse, con la conseguenza che **la disparità di trattamento deve trovare giustificazione nella diversità**

delle situazioni disciplinate. Ebbene, tale diversità non sussiste nel caso di cui oggi si discute, pertanto la discriminazione operata in danno dell'odierna appellante è del tutto irragionevole ed ingiustificata.

Il giudice adito in primo grado avrebbe dovuto operare un “corretto bilanciamento dei valori in gioco”, nel rispetto del principio di ragionevolezza. In sostanza il TAR adito in primo grado nel ritenere che le esigenze di funzionalità dell'Amministrazione e la necessità di prevenire le ripercussioni sull'Amministrazione dei possibili esiti dei contenziosi pendenti in relazione al predetto concorso, fossero preminenti rispetto al fondamentale diritto della Prof.ssa Nocella a non subire irragionevoli discriminazioni, ha con tutta evidenza errato in quanto le esigenze di funzionalità dell'Amministrazione non possono assumere un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto all'uguaglianza protetto dalla Costituzione, come **ambito inviolabile della dignità umana**.

Peraltro, trattandosi di una procedura selettiva, l'interesse pubblico perseguito dovrebbe essere primariamente quello di **selezionare i migliori candidati** per le posizioni professionali da ricoprire e la limitazione della platea dei candidati sarebbe distonica rispetto alla realizzazione di tale obiettivo. Va inoltre rilevato, in una prospettiva di sistema, che la preclusione imposta ai docenti che non hanno impugnato il mancato superamento della procedura concorsuale è del tutto influente ai fini dell'obiettivo asseritamente perseguito di prevenire le ripercussioni sull'Amministrazione dei possibili esiti dei contenziosi pendenti in relazione al predetto concorso, in quanto, si ribadisce, non si comprende come i ricorsi già pendenti da diversi anni potrebbero subire dei riflessi dall'ampliamento della platea degli ammessi a chi non ha ricorso pendente, posto che coloro che hanno ricorso pendente sono ammessi *de plano* al corso intensivo di formazione di cui si discute. Risulta, dunque, vulnerato l'art. 97 Cost., **non ravvisandosi un interesse pubblico, attuale e concreto, a disporre l'esclusione dal corso intensivo l'odierna appellante** rilevando, al contrario, l'interesse «ad un buon ed efficace reclutamento di docenti capaci e meritevoli».

In ogni caso, le richiamate esigenze di funzionalità della PA non varrebbero a giustificare la violazione del principio di uguaglianza, di parità di trattamento e di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., poiché la limitazione della platea

dei partecipanti al corso non sarebbe coerente con l'interesse pubblico asseritamente perseguito, di individuazione dei docenti più meritevoli, e non ricorrerebbero quelle «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico» che, secondo la giurisprudenza consolidata, sarebbero idonee a giustificare eventuali deroghe al principio della **massima partecipazione ai concorsi pubblici**.

L'irragionevole esclusione di coloro che, come l'odierna istante, non hanno impugnato l'esclusione della procedura concorsuale bandita nel 2017, contrasta, altresì, anche con i principi di pari opportunità e non discriminazione di cui alla direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nonché, più in generale, con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. Sarebbero violati, infatti, i principi di pari opportunità e uguaglianza, essendo tali docenti immotivatamente discriminati sotto il profilo della **progressione e diversificazione professionale** rispetto a coloro che sono ammessi. Inoltre, palese è il contrasto anche con l'art. 41 della Carta di Nizza: in base ai principi di buona amministrazione ed efficienza dell'azione amministrativa, la finalità della procedura concorsuale di cui si discute non dovrebbe essere quelle di garantire le esigenze di funzionalità dell'amministrazione, ma quella di selezionare i migliori candidati.

Ciò che, inoltre, non è stato tenuto in debito conto dal Giudice di prime cure è che la censurata esclusione, giustificata sulla base di evitare effetti dei ricorsi pendenti, si pone in ulteriore contrasto con il diritto di rango costituzionale, di cui all'art. 4, secondo comma, Cost., anche in combinato disposto con l'art. 2 Cost., in quanto l'impossibilità di partecipare ad una procedura concorsuale per chi non ha impugnato a suo tempo la bocciatura, per poter essere assunti in un ruolo, quello da Dirigente Scolastico, ritenuto **più gratificante e più remunerativo**, finirebbe per **vanificare, in concreto, un apposito percorso di studi – impegnativo sia sotto il profilo temporale, sia sotto il profilo economico – senza che il criterio selettivo previsto, sia in alcun modo riconducibile a requisiti di capacità, di merito e di ragionevolezza**.

Dunque, l'impossibilità di concorrere per un ruolo più gratificante e più remunerativo, vanificando un impegnativo percorso di studi, si pone in contrasto anche con il diritto allo studio (art. 34, terzo comma, Cost.) e con la «tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.), oltre a porsi in contrasto con l'art. 51, primo comma, Cost., in quanto sarebbe immotivatamente preclusa ai docenti che non hanno impugnato a suo tempo la propria mancata ammissione alla successiva fase concorsuale di concorrere in posizione di parità con i docenti normativamente ammessi al corso intensivo.

In ogni caso, la motivazione dell'esclusione dell'odierna appellante dalla procedura di cui si discute, così come esplicitata dalla norma di Legge (art. 5, comma 1 *quinques* D.L. n. 198/2022), e ritenuta legittima nella gravata ordinanza, ossia "*prevenire le ripercussioni sull'Amministrazione dei possibili esiti dei contenziosi pendenti in relazione al predetto concorso*", non risulta però congrua, in quanto l'esito della maggior parte dei ricorsi proposti avverso il mancato superamento della prova concorsuale, alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 395 del 12.01.2021, sarà certamente favorevole all'Amministrazione, con la conseguenza che la ragione del trattamento di favore per chi ha impugnato il mancato superamento della prova concorsuale rispetto chi non abbia presentato ricorso, appare del tutto ingiustificata e irragionevole. Ne discende, dunque, la violazione del **principio di proporzionalità** dell'azione amministrativa, compreso tra i principi dell'ordinamento comunitario, in particolare nell'art. 5 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), insito nell'art. 97 Cost. e recepito dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi). Tale principio non consentirebbe all'amministrazione pubblica di adottare atti non proporzionati all'interesse pubblico, essendo richiesta **l'idoneità del mezzo rispetto al fine perseguito e la sua necessità** (art. 5, comma 4, del TFUE).

All'uopo, appare evidente come la gravata ordinanza sia stata emessa all'epilogo di un procedimento affetto da un ciclopico difetto di istruttoria, essendo stato del tutto mancato un compiuto bilanciamento degli interessi (*rectius* diritti) in gioco.

Ne deriva, dunque, il doveroso annullamento dell'impugnata ordinanza.

ECCEZIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

**dell'art. 5, comma 11 *quinques* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito
con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14
per contrasto con gli articoli 2, 3, 51 e 97 della Costituzione.**

Si ripropone in questa sede l'eccezione di costituzionalità già proposta in primo grado, nell'eventualità in cui non fosse possibile un'**interpretazione costituzionalmente orientata** dell'art. 5, comma 11 *quinques* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14, in quanto l'art. 5, comma 11 *quinques* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023 viola manifestamente e direttamente gli **artt. 2, 3, 51 e 97 della Costituzione**.

Quanto al profilo della “**rilevanza**” della questione, basti osservare che un'eventuale sentenza che dichiarasse l'illegittimità costituzionale delle suddette norme caducherebbe l'impugnato art. 5, comma 11 *quinques* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14 e conseguentemente l'art. 2, comma 1, D.M. n. 107 del 08.06.2023, nella parte in cui non consente la partecipazione alla prova di accesso al corso intensivo di formazione di cui oggi si discute anche a coloro che non abbiano impugnato il mancato superamento della prova orale, con **evidenti ricadute** sulla definitiva pronuncia di codesto Collegio in ordine all'istanza di tutela cautelare e, conseguentemente, in ordine alla decisione sul merito del ricorso. Vi è, dunque, una **concreta incidenza** della decisione sulla predetta questione di costituzionalità rispetto al successivo svolgimento della fase cautelare e di quella di merito; tanto più che a seguito della pronuncia del Giudice delle Leggi la definizione del merito del ricorso potrebbe anche avvenire con una sentenza “in forma semplificata” ai sensi dell'art. 74 c.p.a.

Quanto al requisito della “**non manifesta infondatezza**” della questione, ci si riporta alle considerazioni svolte in tutti i motivi di ricorso che precedono. In particolare, i dubbi di costituzionalità sollevati in relazione dell'art. 5, comma 11 *quinques* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14, sembrano purtroppo **escludere qualsiasi**

possibile interpretazione “costituzionalmente orientata” della norma censurata.

Qualora codesto Ecc.mo Collegio ritenga che la sostanza delle censure enucleate nei motivi di ricorso finisca con il risolversi nella questione di legittimità costituzionale dell’art. 5, comma 11 *quinques* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14 in relazione agli artt. **2, 3, 51 e 97 della Costituzione**, si chiede a codesto Ecc.mo Collegio di accogliere l’istanza di tutela cautelare, previa occorrendo rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

* * *

ISTANZA CAUTELARE EX ART. 55 C.P.A.

Dai surriferiti motivi emerge il *fumus boni iuris*.

Del pari sussiste il *periculum in mora*. Nello specifico, il danno gravissimo ed irreparabile è in *re ipsa*, considerando l’**imminenza della prova di accesso al corso intensivo di formazione finalizzato al reclutamento di Dirigenti Scolastici, dal quale l’appellante rimarrebbe esclusa in difetto di un provvedimento interinale che sospenda gli atti impugnati.**

E, in difetto di un provvedimento che disponga la sospensione dei provvedimenti impugnati, la censurata preclusione impedirà alla Prof.ssa Nocella l’accesso al corso intensivo di formazione e conseguentemente il reclutamento nei ruoli di Dirigente Scolastico, fino alla definizione del giudizio di merito, i cui tempi non sono, ad oggi, preventivabili.

Un pregiudizio nei termini appena indicati si traduce in un’evidente perdita di *chance* di ottenere un miglioramento lavorativo e in un inammissibile danno (anche economico) alla professionalità dell’appellante, sicché solo l’adozione di un’opportuna misura cautelare può evitare tale pregiudizio irreparabile imponendo la partecipazione alla prova di ammissione al corso intensivo di cui trattasi.

La concessione del provvedimento cautelare sospensivo comporterà un passaggio del rischio all’Amministrazione dovendo quest’ultima sopportare l’alea del mancato accoglimento della domanda in sede di merito, anche tenendo in considerazione il fatto che la Prof.ssa Nocella è in possesso dei titoli necessari per l’ammissione al corso in parola.

Ora, appare evidente che il diritto alla tutela della professionalità ha natura primaria, è costituzionalmente garantito e non può essere condizionato dalle illegittimità dell'*agere* amministrativo; pertanto la sua lesione costituisce in sé un danno.

La vasta gamma di interessi, dei quali è portatore il lavoratore, è protetta anche per la sfera esterna al datore di lavoro; sono protetti non solo interessi di natura economico-professionale, ma altresì quelli personali, familiari e sociali. La dignità del lavoratore, infatti, è intesa sia in senso assoluto, che in senso relativo, cioè per quanto riguarda la posizione sociale e professionale occupata dal cittadino nella qualità di prestatore di lavoro "dipendente".

I tempi fisiologicamente lunghi di un giudizio ordinario non solo determinerebbero il permanere di una situazione antigiuridica, ma rischierebbero di pregiudicare definitivamente il diritto della parte ricorrente, che potrebbe non trovare ristoro in sede di merito.

È il caso di ricordare che lo strumento cautelare è volto a impedire possibili danni irreparabili, cagionati dal comportamento lesivo dell'Amministrazione resistente, durante il tempo necessario per la definizione del giudizio di merito.

Dottrina e giurisprudenza affermano concordemente la natura al contempo autonoma e strumentale della tutela cautelare, intendendo l'autonomia in senso non tanto strutturale ma, soprattutto, funzionale: essa ha la funzione di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (cd. funzione conservativa).

Tale funzione costituisce immediata espressione del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 24 e 113 della Costituzione, nonché del principio del giusto processo di cui agli art. 111, comma 6, della Costituzione e art. 13 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino (CEDU), firmata a Roma nel 1950 e ratificata dall'Italia con la Legge del 4 agosto 1955, n. 848.

Pertanto, nel bilanciamento degli interessi contrapposti, non si rinvencono ragioni di interesse pubblico ostative al riconoscimento della richiesta tutela interinale, tanto più considerando che l'appellante possiede tutti i titoli per partecipare alla prova di accesso del corso di cui si discute.

Si chiede, pertanto, di voler disporre, previa sospensione degli atti impugnati, l'ammissione con riserva alla prova di accesso al corso intensivo di formazione di cui all'art. 5, commi da 11 *quinques* a 11 *nonies* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14, e di cui al D.M. n. 107 del 08.06.2023.

* * *

ISTANZA EX ART. 41, COMMA 4, C.P.A.

In ossequio a quanto previsto dall'art. 41, comma 4, c.p.a. il presente ricorso è stato notificato ad uno solo tra i candidati ammessi a partecipare alla prova di accesso al corso intensivo di formazione di cui all'art. 5, commi da 11 *quinques* a 11 *nonies* D.L. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la L. 24 febbraio 2023, n. 14, e di cui al D.M. n. 107 del 08.06.2023.

Considerando l'elevato numero di tali docenti, occorre dar corso, stante la **l'eccessiva onerosità, nonché la difficoltà della notificazione dell'atto a tutti i soggetti controinteressati secondo i metodi ordinari in ragione dell'elevato numero delle persone da chiamare in giudizio**, alla notifica per pubblici proclami mediante pubblicazione sul sito web istituzionale del Ministero dell'Istruzione e del Merito prevista dall'art. 41, comma 4, c.p.a.

Sul punto, il TAR Lazio, con ordinanza n. 9506 del 2013, ha stabilito che *“Ai fini dell'integrazione del contraddittorio per pubblici proclami, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale può essere validamente sostituita dall'inserimento sul sito web della PA resistente a tenore dell'art. 52, comma 2, c.p.a. (“Termini e forme speciali di notificazione”)*”, a norma del quale il presidente può autorizzare la notificazione del ricorso *“con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell'articolo 151 del codice di procedura civile”*.

Si chiede pertanto, preliminarmente, al Presidente di codesto Ecc.o TAR o della Sezione cui sarà assegnato il ricorso di disporre che la notificazione a tutti i soggetti controinteressati sia effettuata **per pubblici proclami mediante pubblicazione del ricorso sul sito web istituzionale del Ministero dell'Istruzione e del Merito**, prescrivendone le relative modalità.

Tutto ciò premesso, la Prof.ssa Nocella Gelsomina, come in epigrafe rappresentata, difesa e domiciliata, chiede l'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

Voglia Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione reietta, in accoglimento del presente appello cautelare, riformare l'ordinanza gravata e disporre la sospensione degli effetti dei provvedimenti gravati.

Con vittoria di spese e compensi, oltre IVA, CPA e spese generali come per legge.

Si deposita:

1) Ordinanza n. 6607/2023 del TAR del Lazio, sede di Roma, sez. III *bis*.

Formia-Roma, 31/10/2023

f.to digitalmente

Avv. Michelangelo Fiorentino