

AVV. MICHELA PIGNATELLI
VIA A. SCIESA 18/2 A – B
40132 BOLOGNA
TEL: 0516415709; FAX: 0516412775;
PEC: MICHELA.PIGNATELLI@ORDINEAVVOCATIBOPEC.IT

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

RICORSO

Nell'interesse di: Mario Petrulli, nato a Melito Porto Salvo (RC) il 12.10.1973, residente in Condofuri Marina (RC), alla via Palermo n. 3, C.F.: PTRMRA73R12F112R, rappresentato e difeso, in virtù di procura in calce al presente atto, dall' Avv. Michela Pignatelli (C.F.: PGNMHL81B43E205S, pec: michela.pignatelli@ordineavvocatibopec.it, fax: 0516412775), elettivamente domiciliato presso l'indirizzo pec michela.pignatelli@ordineavvocatibopec.it, nonché presso il Suo Studio in Bologna, alla via Amatore Sciesa 18/2 a - b

- **Ricorrente** -

Nei confronti di: Ministero dell'Istruzione, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12 è domiciliato *ex lege*

- **Resistente** -

Nonché nei confronti di: Paratore Enrico, nato a Reggio Calabria il 16 novembre 1967, C.F. PRTNRC67S16H224A

- **Controinteressato** -

- PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA, PREVIA SOSPENSIONE EX ART. 98 CPA

Della sentenza n. 13820/2022, resa dal Tar Lazio sez. III bis nell'ambito del giudizio R.G. 7387/2022, pubblicata in data 26.10.2022, con la quale il Collegio ha declinato la propria giurisdizione in relazione alla richiesta di annullamento del provvedimento O.M. 112/2022 del Ministero dell'Istruzione

**** *

IN FATTO

Con ricorso innanzi al Tar Lazio, sede di Roma, il ricorrente impugnava il Decreto Registro Decreti R. 0000112 del Ministero dell'Istruzione relativo alle procedure di aggiornamento delle graduatorie provinciali e di istituto di cui all'articolo 4, commi 6 – bis e 6 - ter della legge n. 124/1999 e di conferimento delle relative supplenze per il personale docente ed educativo per l'inserimento nella prima fascia delle GPS, formate per il biennio 2022/2023 e 2023/2024.

In particolare il Prof. Petrulli, censurava l'art. 7, lett. e) del decreto n. 112/2022 secondo cui *“qualora il titolo di accesso sia stato conseguito all'estero, ma sia ancora sprovvisto del riconoscimento richiesto in Italia ai sensi della normativa vigente, occorre dichiarare di aver presentato la relativa domanda all'Ufficio competente entro il termine per la presentazione dell'istanza di inserimento per poter essere iscritti con riserva di riconoscimento del titolo. L'inserimento con riserva non dà titolo all'individuazione in qualità di avente titolo alla stipula del contratto; in attesa dello scioglimento della riserva, l'aspirante è inserito in graduatoria sulla base dei titoli posseduti pleno iure”*.

Il ricorrente deduceva che la censura riguardava l'atto di macro organizzazione che conteneva specifiche disposizioni volte a impedire l'inserimento in graduatoria dei docenti in possesso di titolo di abilitazione conseguito all'estero, ma ancora non riconosciuto. In particolare, rilevava che la clausola oggetto di impugnazione avesse portata immediatamente escludente e lesiva, poiché impeditiva della possibilità di stipulare il contratto di lavoro. La clausola in oggetto, infatti, si pone a monte della graduatoria, quale atto di macro organizzazione e non attiene alla gestione del rapporto di lavoro. Infatti, l'applicazione della clausola oggetto di impugnazione avrebbe determinato, come di fatto è accaduto, l'impossibilità di assunzione del Prof. Petrulli, con conseguente stipula del contratto da parte dei soggetti collocati in posizione successiva in graduatoria.

Con ricorso per motivi aggiunti il ricorrente impugnava per invalidità derivata le graduatorie approvate dal Ministero dell'Istruzione concernenti le supplenze per la provincia di Reggio Calabria, provvedendo, altresì, a notificare il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti per pubblici proclami.

Con sentenza resa in forma semplificata ex art. 60 cpa, il Tar Lazio, sede di Roma, sez III bis, oggetto di impugnazione, dichiarava inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, rientrando la controversia nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, con funzioni di giudice del lavoro.

Ad avviso del Collegio, infatti, la controversia *de qua* rientrerebbe nell'ambito della giurisdizione del Giudice ordinario, in ragione del fatto che *il petitum formale consiste, dunque, in una domanda di annullamento di un atto amministrativo generale, quale deve essere inteso l'ordinanza ministeriale che disciplina le modalità di formazione delle GPS che, prima facie, parrebbe radicare la giurisdizione in capo a questo giudice. Tuttavia, a una più attenta analisi da condursi in applicazione del richiamato criterio del petitum sostanziale, intesa a svelare la reale situazione giuridica soggettiva di cui si chiede tutela in giudizio (causa petendi), emerge come la pretesa attorea miri, in verità, non a preservare l'interesse di parte ricorrente all'inserimento nella prima fascia delle GPS, quanto piuttosto il suo diritto alla stipula del contratto di lavoro, la cui venuta a esistenza in concreto, peraltro, è strettamente correlata al previo utile collocamento nelle graduatorie di interesse.*

La sentenza risulta essere viziata e deve essere riformata o annullata con rimessione al Tribunale amministrativo per il Lazio ex art. 105 cpa, per i seguenti motivi in

DIRITTO

1. ERROR IN IUDICANDO IN RELAZIONE ALLA DECLINATORA DI GIURISDIZIONE

Come precisato nella narrativa in fatto, il Tar Lazio ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione. Il Collegio, dopo aver ricostruito la disciplina relativa al riparto di giurisdizione in materia di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione nei settori privatizzati, ha ritenuto che la giurisdizione appartenesse al giudice ordinario, in virtù del fatto che l'obiettivo ultimo del ricorrente fosse rappresentato dalla possibilità di stipulare il contratto di assunzione per l'insegnamento.

Più precisamente, la Sezione ha motivato la propria decisione ritenendo che sull'odierna controversia deve ritenersi sussistere la giurisdizione del giudice ordinario, con funzioni di giudice del lavoro, posto che gli effetti del provvedimento gravato incidono su una fase dell'attività della p.a. collocata a valle rispetto alla pubblicazione delle graduatorie, non riguardando l'inclusione o il posizionamento all'interno delle stesse, quanto piuttosto aspetti successivi relativi alla costituzione del rapporto di lavoro, non essendovi, dunque, interessi legittimi da tutelare, bensì situazioni giuridiche afferenti al diritto all'assunzione a tempo determinato nella pubblica amministrazione e ciò a prescindere dalla legittimità, o meno, dell'atto amministrativo a monte rappresentato dall'ordinanza ministeriale impugnata che, ove ritenuta illegittima e di intralcio alla realizzazione del diritto del ricorrente, ben potrebbe essere disapplicata dal giudice del lavoro, così come espressamente previsto dall'art. 63, comma 1 cpa.

La predetta motivazione appare viziata, posto che, seppure l'interesse mediato del ricorrente è quello di ottenere la stipulazione del contratto, ciò non toglie che con la domanda si contesta la legittimità dell'atto organizzativo adottato dall'amministrazione.

Sulla questione si osserva quanto segue. L'art. 63 del dlgs 165/01, ai fini del riparto di giurisdizione stabilisce che *sono devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione [omissis], mentre restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*. Dalla disposizione richiamata deriva che: sono devolute al giudice ordinario le controversie aventi a oggetto atti di gestione delle graduatorie; mentre, restano devolute al giudice amministrativo le controversie aventi a oggetto atti generali di organizzazione, quale l'O.M. 112/2022.

Infatti, nel caso di specie, non si tratta di controversia concernente il diritto soggettivo all'assunzione a seguito di superamento di una procedura concorsuale, quale la corretta collocazione nella graduatoria, ma si censura la

lex specialis di concorso che impedisce a una categoria di concorrenti di ottenere il bene della vita oggetto della procedura concorsuale.

Giova, sul punto, precisare che la procedura di formazione delle graduatorie GPS rappresenta, contrariamente alle GAE, una vera e propria procedura comparativa, considerando che tale procedura è indetta con un vero e proprio bando, è finalizzata a istituire graduatorie provinciali e di istituto all'esito di una attività valutativa e comparativa di titoli effettuata dalle cd "scuole polo", con formazione di vere e proprie graduatorie finali di merito per classi di concorso, finalizzate al conferimento delle supplenze e con adozione di provvedimenti di proclamazione dei vincitori assegnatari degli incarichi.

Sulla questione è opportuno richiamare la sentenza del Consiglio di Stato, sez VI n. 6230/2021 secondo cui: *ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto dei docenti della scuola all'inserimento in una graduatoria, occorre avere riguardo al petitum sostanziale dedotto in giudizio. Di conseguenza, se oggetto della domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo e solo quale effetto della rimozione di tale atto l'accertamento del diritto del diritto del ricorrente all'inserimento nella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo; se la domanda è volta specificamente all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, la giurisprudenza va attribuita al giudice ordinario.*

Risulta evidente che la presente controversia ha quale oggetto finale la possibilità di stipula del contratto di assunzione, ma quale oggetto diretto l'illegittimità della clausola contenuta nella *lex specialis*, O.M. 112/2022, che impedisce la stipula dei contratti da parte dei soggetti ammessi nelle graduatorie con riserva.

L'art. 7 lett e) dell'O.M. 112/2022 costituisce all'evidenza una clausola che preclude la partecipazione utile alla procedura concorsuale. Infatti, pur consentendo in via formale l'inserimento in graduatoria, in via sostanziale tale clausola esclude dalla procedura concorsuale coloro i quali siano nella stessa inseriti con riserva. Ne consegue, che non si possa discutere di carenza dei

requisiti richiesti dalla normativa di concorso, considerando che è la stessa normativa ad ammettere alla procedura i titolari di riserva, svilendone, tuttavia, la partecipazione, tramite il divieto di assunzione.

A tale esito è, peraltro, di recente pervenuto il Consiglio di Stato (ex multis CDS Sez. VII n. 3851/2023, Sez VII n. 3794/2023), secondo cui: *è evidente che l'interesse legittimo del docente sia finalizzato, in ultima analisi, alla realizzazione del massimo risultato pratico cui aspira, costituito dalla costituzione del rapporto di lavoro. Ma tale proiezione teleologica non è certo sufficiente per trasformare l'interesse legittimo in diritto soggettivo. Così argomentando, infatti, si potrebbe affermare che ogni ricorso contro gli atti di una procedura concorsuale ha, come causa petendi, il diritto soggettivo all'assunzione.*

Alla luce delle superiori affermazioni emerge in maniera plastica l'erroneità della sentenza n. 13920/2022, oggetto della presente impugnazione.

**** *

La scrivente difesa non può che riproporre i motivi di illegittimità dedotti in primo grado, non essendo stati oggetto di scrutinio da parte del giudice di primo grado.

2. VIOLAZIONE DI LEGGE – VIOLAZIONE DELLE REGOLE PROCESSUALI IN MATERIA DI INSERIMENTO CON RISERVA – ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA E DISPARITA' DI TRATTAMENTO.

Come sopra anticipato, l'Ordinanza n. 112/2022, oggetto della presente impugnazione, è illegittima in quanto violativa della funzione espletata dall'inserimento con riserva nelle procedure concorsuali, annientandola.

Infatti, l'ammissione con riserva alle procedure concorsuali è volta a non sacrificare l'interesse del concorrente che è quello al conseguimento del bene della vita finale, rappresentato nel caso di specie, dall'ottenimento del contratto per l'insegnamento a tempo determinato nell'anno scolastico 2022 – 2023 e nel successivo anno scolastico 2023 - 2024. Tale interesse verrebbe

irrimediabilmente compromesso, se venisse impedita l'assunzione in ragione della riserva.

Sul punto, è opportuno precisare che gli effetti della tutela cautelare sono di natura strumentale e interinale rispetto alla decisione finale e sono volti a evitare che l'interesse azionato sia compromesso dalla durata del processo.

In ragione di quanto sopra, l'ammissione con riserva è da considerare come provvedimento ampliativo a carattere provvisorio, che pur sottoposto alla condizione risolutiva del rigetto nel merito del ricorso, non comporta una *deminutio* delle facoltà inerenti il provvedimento. In sostanza, l'ammissione con riserva incide solo sulla stabilità degli effetti, potendo questi essere caducati dal successivo svolgimento del giudizio, ma garantisce, fino alla decisione di merito, la piena tutela della situazione controversa. In caso contrario, infatti, verrebbe frustrato l'interesse azionato che, pur avendo ottenuto una decisione cautelare favorevole, non potrebbe essere esercitato nel pieno delle sue facoltà.

L'indirizzo consolidato della giurisprudenza sul punto stabilisce, infatti, che: *“l’inserimento di un candidato in un concorso nella graduatoria “con riserva”, dev’essere inteso nel senso che l’insegnamento stesso è subordinato alla condizione risolutiva del rigetto, da parte del Tribunale, del ricorso nel merito, non potendosi invece ritenere che l’iscrizione “ con riserva”, ancorché in una posizione di graduatoria utile per la nomina, inibisca il conseguimento di quest’ultima; se così fosse, il provvedimento cautelare verrebbe privato della sua utilità posto che l’interessato, a questo punto, non otterrebbe la nomina e, quindi, proprio il risultato sostanziale auspicato e giurisdizionalmente perseguito. L’ordinanza di sospensione del provvedimento impugnato ha carattere strumentale rispetto alla decisione finale, essendo teleologicamente orientata alla temporanea salvaguardia della posizione soggettiva del ricorrente, onde consentirgli di trarre, in via anticipata, la medesima utilità sostanziale della sentenza di merito”*. (Tar Lazio, sez III bis n. 3137/2020; Tar Lazio, sez III bis n. 13461/2003).

E in tal senso e sulla medesima vicenda si è pronunciato il Tar Lazio, sez IV bis con ordinanza n. 4036/2022 che, nel sospendere l'ordinanza n. 112/2022 ha chiarito che: *l’ordinanza 112/2022, nella parte in cui dispone che l’inserimento con riserva non dà titolo all’individuazione in qualità di avente titolo alla stipula del*

contratto, reca, nelle more della decisione di merito, un pregiudizio grave e irreparabile alle aspettative dei ricorrenti.

E non è possibile pervenire a diverse conclusioni per il riconoscimento del titolo subordinato all'espletamento delle misure compensative di 300 ore. Anche in questo caso, infatti, vi sarebbe una illegittima preclusione alla stipulazione del contratto, in ragione delle tempistiche imposte dall'amministrazione per il riconoscimento definitivo del titolo.

Per le motivazioni sopra esposte il provvedimento impugnato deve essere annullato.

**** *

ISTANZA DI INTEGRAZIONE DEL CONTRADDITTORIO

Si chiede di essere autorizzati all'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i controinteressati, qualora ritenuto necessario, stante l'elevatissimo numero degli stessi, come risulta dal provvedimento 0011274/2022 del Ministero dell'Istruzione concernente la pubblicazione della graduatoria, nonché l'estrema difficoltà di individuarne i relativi indirizzi, mancando nella medesima la data di nascita e l'indirizzo dei soggetti utilmente collocati in graduatoria, mediante autorizzazione alla notificazione per pubblici proclami, ai sensi degli artt. 41, comma 4 e 49, comma 3, cpa, tramite pubblicazione sul sito internet del Ministero dell'Istruzione.

ISTANZA DI SOSPENSIONE DELLA SENTENZA IMPUGNATA

In via cautelare si chiede a Codesto Ecc. mo Consiglio di Stato di sospendere la sentenza impugnata.

Quanto al *fumus boni iuris*, lo stesso appare chiaramente dimostrato dai motivi di ricorso e non ha bisogno di ulteriori illustrazioni.

In relazione al *periculum in mora*, si deduce che il ricorrente nelle more del giudizio di merito rischierebbe di restare per un altro anno scolastico privo di occupazione (come è avvenuto nell'a.s. 2022 – 2023), oltre a essere costretto a presentare la domanda di inserimento nelle GPS con un punteggio inferiore

rispetto a quello spettantegli, con evidente pregiudizio, ancora una volta, per la possibilità di assunzione sia su posto comune sia su quello di sostegno.

P.Q.M.

Si chiede a Codesto Ecc. mo Consiglio di Stato di voler annullare o riformare, previa sospensione dell'efficacia, la sentenza gravata, anche ex art. 60 cpa, rimettendo la causa al Tar Lazio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 105 comma 3 cpa.

Con condanna alle spese del doppio grado di giudizio.

Si allegano:

1. sentenza n. 13820/2022;
2. fascicolo di primo grado.

Il sottoscritto Avv. Michela Pignatelli, ai sensi e per gli effetti del D.P.R. 115/02 dichiara che l'importo del contributo unificato dovuto e versato è pari ad € 975,00.

Salvis iuribus

Bologna – Roma 24 aprile 2023

Avv. Michela Pignatelli