

ON.LE CONSIGLIO DI STATO ROMA

Ricorrono in appello

la prof.ssa **Gemma Assini** nata a Telese Terme (BN) il 28.08.1990 (cod. fisc. SSN GMM90M68L086D) residente a Bologna alla via Maurizio Bufalini n.23

la prof.ssa **Rita Di Blasi** nata a Belvedere Marittimo (CS) il 20.1.1982 (cod. fisc. DBL RTI 82A60 A773H) residente in Fuscaldo (CS) alla via G.Amendola 41

entrambe rappresentate e difese, in virtù di procura in calce al presente atto, dall'avv. Luigi M. D'Angiolella del Foro di Napoli con studio in Napoli al Viale Gramsci 16 (cod. fisc.DNGLMR63H08G333C; fax 081/19028105) con il quale elett.te domiciliario presso la casella di posta elettronica certificata: luigidangiolella@pec.giuffre.it nonché presso la segreteria del Consiglio di Stato

avverso e per l'annullamento, previa adozione delle misure cautelari

necessarie e/o più opportune:

della sentenza n. 12351 pubblicata il 17.6.2024 e non notificata emessa dal Tar Lazio Roma sez. III bis nel giudizio N. 8885/2022 proposto anche dalle ricorrenti contro il Ministero dell'Istruzione ed altri

nonchè

per l'annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado e per l'accoglimento delle ulteriori pronunce ivi richieste

Fatto

1.Le prof.sse Assini e Di Blasi – entrambe in possesso del titolo di specializzazione per l'insegnamento di sostegno e come tali iscritte nella prima fascia delle graduatorie provinciali per le supplenze (GPS) per il sostegno - hanno partecipato, avendone i titoli, alla procedura indetta ai sensi dell'art.59, comma IV, del D.L. n.73 del 25.5.2021.

Detta norma consentiva in via straordinaria per l' anno scolastico 2021/2022 ai docenti precari iscritti nella prima fascia per l' insegnamento di sostegno di partecipare ad un procedimento per l' assegnazione di incarichi a tempo determinato che avrebbero potuto essere convertiti in contratti a tempo indeterminato **dopo l' eventuale superamento** di una prova disciplinare da sostenersi all'esito di un percorso annuale di formazione.

Tale partecipazione ha consentito alle odierne appellanti di essere assegnatarie di un incarico a tempo determinato sul sostegno per l' anno scolastico 2021/2022, incarico che hanno svolto entrambe fino a conclusione delle attività didattiche

2. Nelle more, con decreto n. 1081 pubblicato in G.U. il 17.5.2022 era però bandita altra procedura concorsuale straordinaria (cd. concorso straordinario bis) di cui all'art. 59, comma 9 bis, del predetto D.L. 25.5.2021 n. 73 che tra i requisiti di ammissione prevedeva il *“non aver partecipato alle procedure di cui all' art. 59, comma 4, del decreto legge o pur avendo partecipato, non essere stati destinatari di una individuazione quali aventi titolo ad assunzione a tempo determinato di cui al medesimo comma”* (art. 3 lett. b).

Tale prescrizione pertanto **escludeva espressamente dal concorso “straordinario bis” finalizzato ad una possibile immissione in ruolo anche su posto comune coloro che, come le appellanti, avevano già presentato istanza di partecipazione al procedimento di cui all'art. 59, comma IV, del D.L. 25.5.2021 n. 73 per le cattedre di sostegno.**

Tanto evidentemente senza considerare che tali docenti erano ancora *“precari”* essendo all' epoca solo titolari di contratti a tempo determinato su cattedra di sostegno; ed infatti la conversione di tali incarichi in contratti a tempo indeterminato **era solo eventuale** perché condizionata al superamento di una prova disciplinare da sostenersi successivamente alla scadenza dei termini per la presentazione delle domande di cui al cd. concorso straordinario bis (16.6.2022)

Da qui l'interesse anche delle ricorrenti, ancora precarie a partecipare a tale concorso straordinario bis (da cui erano invece ingiustamente escluse) per poter aspirare ad una possibile immissione in ruolo su posto comune (A022 per Assini ed A028 per Di Blasi)

3. Pertanto con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Roma (N.R.G. 8885/2022) le appellanti - unitamente ad altri docenti che si trovavano nella stessa situazione innanzi descritta pur se iscritti in graduatorie diverse per classe di concorso ed ambito territoriale - impugnavano il decreto di indizione della procedura concorsuale straordinaria ai sensi del predetto comma 9 bis dell' art. 59 D.L. cit. pubblicato il 17.5.2022 ed atti connessi.

4. Con ordinanza n. 5496/2022 pubblicata il 6.9.2022 il T.A.R. adito, in accoglimento della istanza cautelare, sospendeva la clausola escludente del decreto

impugnato consentendo così' a tutti i ricorrenti di partecipare al concorso straordinario "con riserva", nelle more della definizione del predetto giudizio.

5. Le appellanti partecipavano alle prove concorsuali del concorso "straordinario bis" e, avendole brillantemente superate, erano inserite "con riserva" nelle graduatorie di merito - rispettivamente A022, Scuola secondaria di I grado per la Regione Emilia Romagna pubblicata il 12.9.2023 (prof.ssa Assini) e A028, Matematica e scienze scuola secondaria di I grado per la Regione Emilia Romagna pubblicata il 2.10.2023 (prof.ssa Di Blasi). Le stesse si graduavano in posizione utile per ottenere la cattedra, ma l'Amministrazione "congelava" i posti loro spettanti in attesa della definitiva decisione del giudice amministrativo sul giudizio proposto.

6. Siccome la partecipazione al concorso ed ogni altro provvedimento era conseguito all'ammissione disposto del T.A.R. con riserva, le odierne appellanti conservavano l'interesse a coltivare il gravame ed ad impugnare, come pure hanno fatto, le graduatorie di merito relative alla rispettiva classe di concorso.

Ed infatti il ricorso per la proposizione dei motivi aggiunti era notificato - a settembre del 2023 per la prof.ssa Assini ed ad ottobre 2023 per la prof.ssa Di Blasi - anche a docenti controinteressati (individuati nelle rispettive graduatorie impugunate) e recava istanza di autorizzazione a procedere alla pubblicazione sul sito del MIUR; pubblicazione che era poi effettuata dietro autorizzazione del T.A.R. sia per i motivi aggiunti proposti dalla prof.ssa Assini che per quelli proposti dalla prof.ssa Di Blasi.

7. Purtroppo con sentenza n.12351 pubblicata il 17.6.2024, quivi impugnata, il T.A.R. adito sorprendentemente, in accoglimento di una strumentale eccezione preliminare dell'amministrazione resistente, ha dichiarato inammissibile l'impugnativa, tra gli altri, delle odierne appellanti per essere stato *"il ricorso originario presentato da numerosi soggetti, possessori di titoli di studio diversi, che hanno azionato l'interesse all'inclusione in graduatorie di merito eterogenee sia per Regione che per classi di concorso, con conseguente inammissibilità delle molteplici e distinte domande di annullamento di atti che interessano più realtà territoriali"*.

Detta pronuncia è errata ed illegittima per i seguenti

MOTIVI

I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6 DELLA CEDU E DEGLI ARTT. 41 E 47 CDFUE NONCHE' DEGLI ARTT, 24, 97 E 111 DELLA COSTITUZIONE E DEGLI ARTT. 1 E 2 DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE .

8. La sentenza impugnata ha dichiarato l'inammissibilità delle impugnative delle odierne appellanti **sul presupposto errato** che non sarebbe stata proponibile una **unica azione** da parte di soggetti iscritti **in graduatorie eterogenee per ambito territoriale e classe di concorso**.

9. Le sentenze richiamate dal giudice di prime cure a sostegno di tale erroneo convincimento si riferiscono a fattispecie completamente diverse da quella che ci occupa e/o comunque sono state travolte dalle pronunce di appello.

Ed infatti in più occasioni Questo Collegio, anche in riforma di analoghe pronunce di inammissibilità del T.A.R. romano, **ha ribadito l' ammissibilità del ricorso collettivo - cumulativo** (tra le tante sentenza n. 9482/2023) a condizione che :

a) **manchi conflitto** di interessi tra i ricorrenti

b) vi sia **identità di situazioni sostanziali e processuali** tra i ricorrenti in quanto sono state proposte domande giudiziali identiche nell'oggetto e sono stati impugnati atti dello stesso contenuto che sono stati censurati per gli stessi motivi.

10. Nel caso di specie il T.A.R. romano si è pronunciato con insufficiente motivazione per l'inammissibilità del ricorso collettivo – cumulativo nonostante l'assenza di conflitto di interesse – che sembrerebbe pure non contestato - e la sussistenza dell'identità e sostanziale e processuale delle posizioni dei ricorrenti.

Essi infatti, **avendo partecipato alla procedura ex art. 59, comma 4 cit del D.L. 73/2021** che non consentiva loro di partecipare al concorso “straordinario bis”, le odierne appellanti **versavano nella medesima situazione sostanziale**, che si è poi tradotta in una **identica situazione processuale** quando le stesse hanno impugnato, con medesime censure di ricorso, prima, uno stesso provvedimento (la clausola escludente del concorso straordinario bis) e poi le distinte graduatorie emesse all'esito dalle distinte amministrazioni scolastiche territoriali.

Vi era una identità formale e sostanziale nelle posizioni dei ricorrenti così evidente che, seppure fossero state proposte impugnative autonome, il T.A.R. ne avrebbe condivisibilmente disposto la riunione ex art. 70 del c.p.a.

11.L' erroneo convincimento del giudice del T.A.R. romano quanto alla pretesa inammissibilità del gravame si fonda su una interpretazione ingiustificatamente restrittiva della natura dell'azione e del contenuto della domanda che, come è noto, deve essere effettuata secondo criteri che salvaguardino il più possibile l'accesso al giudizio ed alla sua definizione con decisione nel merito. Una diversa interpretazione irragionevolmente restrittiva e/o formalistica, **contrasta con il diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24 della Costituzione, pure ribadito dall'art. 13 CEDU.**

In questi termini si è pure espresso Codesto On.le Consesso osservando: << ... non è infondato considerare legittimo un approccio giurisdizionale c.d. sostanzialistico che, in linea con quanto affermato nella sentenza n. 7045/2021 di questo Consiglio, richiamata da parte appellante sebbene afferente ad altro contesto, consenta di realizzare i principi di concentrazione e ragionevole durata del processo, evitando il proliferare di innumerevoli ricorsi identici su medesime censure di legittimità.

Si tratta, come pure evidenziato dalla richiamata giurisprudenza, di accedere a una concezione non formalistica, fondata sull'identità del bene della vita oggetto del ricorso in riferimento all'interesse azionato dai ricorrenti.

Nella controversia di cui è causa, sebbene le graduatorie impugnate non sono comuni a tutti i ricorrenti e le posizioni sono relative a ognuno di essi, non può essere condivisa la conclusione del primo giudice che fa discendere da ciò il difetto di qualsiasi interesse a impugnare, mediante ricorso cumulativo, graduatorie per le quali non è stata presentata domanda di inserimento.

Si tratta, evidentemente, di prendere in considerazione un'eccezione al principio secondo cui ogni distinto provvedimento si impugna con distinto ricorso, **eccezione tuttavia giustificata alla luce delle richiamate circostanze di contesto che, in questo come in altri casi analoghi, senza rappresentare un vulnus per i principi in materia di ricorsi collettivi, correttamente indicati dal giudice di primo grado, consente tuttavia di non confliggere altri rilevanti principi nello svolgimento del processo, come quelli richiamati di concentrazione e ragionevole durata.**" (Consiglio di Stato n. 4025 del 20.4.2023). Ed ancora "..., a giudizio del Collegio, alla stregua di un duplice criterio di **semplificazione e concentrazione degli atti processuali e di effettività sostanziale** delle tutela giurisdizionale accordata dagli

articoli 24 e 113 dalla Costituzione a “tutti” contro “tutti” gli atti dell’amministrazione, deve farsi riferimento, indipendentemente dalla riunione dei due provvedimenti negativi in un unico atto collettivo, all’orientamento meno restrittivo della giurisprudenza amministrativa, che tende a ritenere ammissibili ricorsi collettivi che, pur non avendo ad oggetto gli stessi provvedimenti amministrativi in quanto adottati in forma individuale nei confronti dei singoli ricorrenti, contengano comunque le stesse censure rivolte avverso determinazioni amministrative dal contenuto identico senza incorrere in situazioni di conflitto d’interesse fra i diversi ricorrenti” (Consiglio di Stato n. 3295 del 10.4.2024).

II) RIPROPOSIZIONE DELLE CENSURE SVOLTE IN PRIMO GRADO E NON ESAMINATE

12. Sulla scorta di quanto diffusamente dedotto innanzi non può dubitarsi della sussistenza anche nel caso di specie delle condizioni per procedere alla delibazione delle censure di merito non avvenuta in primo grado sull’errato presupposto dell’inammissibilità dell’impugnativa.

13. Pertanto di seguito si ritrascrivono e ripropongono dette censure sicchè sulle stesse consegua la dovuta pronuncia di merito.

II.A Le censure del ricorso introduttivo

1. premessa: brevi riferimenti sulla normativa di interesse

Il decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, recante “Misure urgenti connesse all’emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali”, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106, ed in particolare l’articolo 59, comma 9-bis, come sostituito dall’articolo 5, comma 3- quinquies, del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228, convertito con modificazioni dalla legge 25 febbraio 2022, n. 15”, ha previsto che: «In via straordinaria, per un numero di posti pari a quelli vacanti e disponibili per l’anno scolastico-2021/2022 che residuano dalle immissioni in ruolo effettuate ai sensi dei commi 1, 2, 3 e 4, salvi i posti di cui ai concorsi per il personale docente banditi con i decreti del Capo del Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione del Ministero dell’istruzione nn. 498 e 499 del 21 aprile 2020, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, 4ª Serie speciale, n. 34 del 28 aprile 2020, è bandita una procedura concorsuale straordinaria per regione e classe di concorso riservata ai docenti non compresi tra quelli di cui al comma 4 che, entro il termine di presentazione delle istanze di partecipazione, abbiano svolto nelle istituzioni scolastiche statali un servizio di almeno tre anni, anche non consecutivi, negli ultimi cinque anni scolastici, valutati ai sensi dell’articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124. Il bando determina altresì il contributo di segreteria posto a carico dei partecipanti, in misura tale da coprire integralmente l’onere della procedura concorsuale. Ciascun candidato può partecipare alla procedura in un’unica regione e per una sola classe di concorso e può partecipare solo per una classe di concorso per la quale abbia maturato

almeno un'annualità, valutata ai sensi del primo periodo. Le graduatorie di merito regionali sono predisposte sulla base dei titoli posseduti e del punteggio conseguito in una prova disciplinare da tenere entro il 15 giugno 2022, le cui caratteristiche sono definite con decreto del Ministro dell'istruzione. Nel limite dei posti di cui al presente comma, che sono resi indisponibili per le operazioni di mobilità e immissione in ruolo, i candidati vincitori collocati in posizione utile in graduatoria sono assunti a tempo determinato nell'anno scolastico 2022/2023 e partecipano, con oneri a proprio carico, a un percorso di formazione, anche in collaborazione con le università, che ne integra le competenze professionali. Nel corso della durata del contratto a tempo determinato i candidati svolgono altresì il percorso annuale di formazione iniziale e prova di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59. A seguito del superamento della prova che conclude il percorso di formazione di cui al quinto periodo nonché del superamento del percorso annuale di formazione iniziale e prova, il docente è assunto a tempo indeterminato e confermato in ruolo, con decorrenza giuridica ed economica dal 1° settembre 2023, o, se successiva, dalla data di inizio del servizio, nella medesima istituzione scolastica presso cui ha prestato servizio con contratto a tempo determinato. Il percorso di formazione di cui al quinto periodo e la relativa prova conclusiva sono definiti con decreto del Ministro dell'istruzione. Le graduatorie di cui al presente comma decadono con l'immissione in ruolo dei vincitori».

Con decreto n. 1081 pubblicato in GU il 17 maggio 2022 (bando di concorso) è stata bandita la procedura concorsuale straordinaria di cui all'articolo 59, comma 9-bis, del decreto legge 25 maggio 2021, n. 73. In base all'art. 3 rubricato "requisiti di ammissione":

«1. Sono ammessi a partecipare alla procedura di cui al presente decreto i candidati in possesso congiuntamente, alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda, dei seguenti requisiti: a. abilitazione specifica o titolo di accesso alla specifica classe di concorso ovvero analogo titolo conseguito all'estero e riconosciuto in Italia ai sensi della normativa vigente; b. non aver partecipato alle procedure di cui all'articolo 59, comma 4, del decreto legge o, pur avendo partecipato, non essere stati destinatari di una individuazione quali aventi titolo ad assunzione a tempo determinato di cui al medesimo comma; c. avere svolto, a decorrere dall'anno scolastico 2017/2018 ed entro il termine di presentazione delle istanze di partecipazione, un servizio nelle istituzioni scolastiche statali di almeno tre anni anche non consecutivi, valutati ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124. Il servizio svolto su posto di sostegno in assenza di specializzazione è considerato valido ai fini della partecipazione alla procedura straordinaria per la classe di concorso prescelta, fermo restando quanto previsto alla lettera d); d. avere svolto almeno un anno di servizio, tra quelli di cui alla lettera c), nella specifica classe di concorso per la quale si concorre. 2. Sono ammessi con riserva coloro che, avendo conseguito all'estero i titoli di cui al comma 1, lettera a), abbiano comunque presentato la relativa domanda di riconoscimento ai sensi della normativa vigente, entro il termine per la presentazione delle istanze per la partecipazione alla procedura concorsuale».

I ricorrenti, in quanto docenti che hanno partecipato alla procedura di cui all'art. 59 c. 4 del D.L. n. 73 del 25 maggio 2021, sono stati ingiustamente esclusi dalla procedura in questione.

La norma sopra richiamata ha prescritto che « *In via straordinaria, esclusivamente per l'anno scolastico 2021/ 2022, i posti comuni e di sostegno vacanti e disponibili che residuano dopo le immissioni in ruolo ai sensi dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo, salvi i posti di cui ai concorsi*

per il personale docente banditi con decreti del Capo del Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione del Ministero dell'istruzione nn. 498 e 499 del 21 aprile 2020, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, 4ª serie speciale, n. 34 del 28 aprile 2020, e successive modifiche, sono assegnati con contratto a tempo determinato, nel limite dell'autorizzazione di cui al comma 1 del presente articolo, ai docenti che sono iscritti nella prima fascia delle graduatorie provinciali per le supplenze di cui all'articolo 4, comma 6-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, per i posti comuni o di sostegno, o negli appositi elenchi aggiuntivi ai quali possono iscriversi, anche con riserva di accertamento del titolo, coloro che conseguono il titolo di abilitazione o di specializzazione entro il 31 luglio 2021. Per i docenti di posto comune, di cui al primo periodo del presente comma, e' altresì richiesto che abbiano svolto su posto comune, entro l'anno scolastico 2020/2021, almeno tre annualità di servizio, anche non consecutive, negli ultimi dieci anni scolastici oltre quello in corso, nelle istituzioni scolastiche statali, valutabili come tali ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124».

La medesima norma, tuttavia, ha stabilito che i docenti assunti per il tramite dell'art. 59 co. 4 potranno conseguire la conversione del loro rapporto di lavoro precario in rapporto a tempo indeterminato soltanto in caso di positiva valutazione del percorso annuale di formazione e prova e giudizio positivo della prova disciplinare.

Tale circostanza rende irragionevole ed illegittima la loro esclusione dalla procedura concorsuale straordinaria di cui all'articolo 59, comma 9-bis, del decreto legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106” soprattutto in considerazione del fatto che al concorso potranno accedere tutti i docenti di ruolo e tutti i docenti precari.

2. Irragionevolezza delle disposizioni normative richiamate; violazione del principio meritocratico; violazione degli artt. 3, 97 Cost.

I ricorrenti sono esclusi dal concorso in quanto assunti con contratto a tempo determinato a seguito della procedura bandita dall'art. 59 co. 4 del d.l. 25 maggio 2021 n. 73.

In realtà, come già evidenziato, i ricorrenti sono attualmente precari e la loro esclusione risulta irragionevole; infatti il legislatore avrebbe stabilito di non consentire la loro partecipazione al concorso straordinario bis in quanto, in base alla normativa sopra richiamata, i docenti in questione sarebbero destinati ad ottenere una conversione del loro contratto a tempo indeterminato.

Ad ogni modo, come prescritto chiaramente dalla normativa primaria, tale circostanza si potrebbe verificare soltanto nell'ipotesi in cui il docente dovesse superare la prova disciplinare. Sotto altro profilo, detta esclusione appare incomprensibile in considerazione del fatto che la procedura da cui risultano illegittimamente esclusi si svolge solo su posti delle discipline della secondaria. Quindi rappresenta un percorso completamente diverso dall'assunzione da GPS, in quanto consente a coloro che non sono abilitati, ma hanno lavorato da almeno 3 anni nella scuola statale, di potersi abilitare sulla disciplina ed essere assunti sulla classe di concorso.

Quindi appare illogico oltre che discriminatorio l'esclusione dei ricorrenti.

In questo caso, risulterebbe sicuramente concretizzata la disparità di trattamento rispetto ai docenti di ruolo ed agli altri colleghi assunti con contratto a tempo determinato i quali potranno accedere al concorso.

Sul punto, merita comunque richiamare il fermissimo insegnamento della giurisprudenza teso a privilegiare l'ammissione dei soggetti nel senso del più ampio confronto selettivo ((cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1822; sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; 25 marzo 2002, n. 1695; 25 giugno 2002, n. 3269; 19 febbraio 2004, n. 684; 28 giugno 2004, n. 4797; 13 gennaio 2005, n. 82; 7 aprile 2006, n. 1877; 24 agosto 2006, n. 4792; sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121; sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1186; sez. V, 28 marzo 2007, n. 1441; 21 giugno 2007, n. 3384; 17 ottobre 2008, n. 5064; 9 dicembre 2008, n. 6057; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 14 ottobre 1999, n. 538; 20 gennaio 2003, n. 4; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 7 ottobre 1999, n. 727; sez. I, 3 ottobre 2007, n. 2439; 15 gennaio 2009, n. 63; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 7 marzo 2005, n. 508; Brescia, sez. I, 23 ottobre 2007, n. 918; 7 dicembre 2007, n. 1314; TAR Toscana, sez. II, 25 luglio 2006, n. 3233; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 21 giugno 2007, n. 665; TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 maggio 2008, n. 5043; T.A.R. Campania Napoli, 17 settembre 2009, n. 4981; C.d.S., V, 25 gennaio 2011, n. 528; C.d.S., V, 20 aprile 2012, n. 2317).

*** ** ***

In ogni caso i provvedimenti impugnati risultano in contrasto anche con la finalità che dovrebbero avere tutti i concorso ovvero la scelta in base al criterio meritocratico.

Strettamente connesso al criterio della funzionalità amministrativa risulta quello della professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico (richiamato anche nella sent. Della Corte Cost. n. 293/2009). Sul punto sembra che la competenza "tecnica" rispetto allo svolgimento di una funzione rappresenti un'importante garanzia per entrambi i principi cui l'attività amministrativa deve informarsi: imparzialità e buon andamento. Il legame con quest'ultimo principio è infatti evidentemente rappresentato dal fatto che soltanto personale competente può assicurare che le funzioni siano svolte in modo efficiente e pienamente efficace.

Orbene, con riferimento al caso di specie, gli attuali ricorrenti sono in possesso di tutti i requisiti per poter accedere al concorso. Inoltre, la pluriennale esperienza acquisita sulla materia dimostra la propria professionalità ed esperienza.

Da tanto si deduce che la loro esclusione risulta in contrasto con il principio della parità di trattamento e della par condicio che deve governare lo svolgimento di tutti i concorsi pubblici, in assenza del quale la procedura di selezione dei migliori aspiranti risulterebbe indubbiamente viziata e, in definitiva, non idonea, ad assicurare la soddisfazione delle finalità sia di trasparenza, che di efficienza, ragionevolezza e buon andamento dell'operato della Pubblica Amministrazione cui è ispirato l'art. 97 della Costituzione (C. Cost n. 90 – 12 aprile 2012 e n. 30 del 23 febbraio 2012).

2 a) sulla violazione dell'art. 3 Cost.

Come già evidenziato l'unica categoria esclusa dalla presente procedura è quella dei docenti assunti per il tramite della procedura di cui all'art. 59 co. 4, Tuttavia potranno partecipare al concorso sia i docenti precari sia i docenti di ruolo.

Appare quindi evidente la violazione dell'art. 3 della Costituzione stante la palese disparità di trattamento perpetrata tra lavoratori che si trovano in situazioni di fatto identiche tra di loro.

La giurisprudenza, peraltro, è pacifica sul punto quando affronta le censure di illegittimità sotto il profilo della violazione dell'art. 3, comma 1, Cost. sia per disparità di trattamento di situazioni omogenee che per irragionevolezza.

Come noto, infatti, i vizi riconducibili alla violazione dell'art. 3, Cost, riguardano due diverse categorie: il vizio di disparità di trattamento in presenza di situazioni omogenee e il vizio di irragionevolezza.

Nel primo caso *“si ha violazione dell'art. 3 della Costituzione quanto situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, mentre non si manifesta tale contrasto quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non sostanzialmente identiche”* (sentenza. n. 340) (Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale del gennaio 2005. La Giustizia costituzionale nel 2004, Parte II, Capitolo I, par. 1.2.).

Nel secondo caso *“il principio di ragionevolezza viene tradizionalmente inteso nella specifica accezione di ragionevolezza-razionalità. E sotto tale profilo il controllo della Corte Costituzionale verte non sulle scelte operate dal legislatore, quanto sulla ragionevolezza delle medesime, con la conseguente possibilità di verificare che la decisione assunta dal legislatore di differenziare o parificare determinate fattispecie astrattamente configurate non sia espressione di mero arbitrio ma abbia dietro di sé una ragione giustificatrice coerente con l'intrinseca legis”* (Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale del gennaio 2005. La giustizia costituzionale nel 2004, Parte II, Capitolo I, par 1.3).

Siamo pertanto in presenza di una palese discriminazione che risulta totalmente incomprensibile avendo l'Amministrazione salvaguardato irragionevolmente la posizione di alcuni candidati e non di altri.

2 b) violazione dell'art. 97 Cost.

I provvedimenti impugnati con il presente ricorso si pongono in palese contrasto anche con l'art. 97 della Cost., attesa l'inesistenza dell'interesse pubblico, attuale e concreto, a disporre l'esclusione dalla procedura di stabilizzazione ex art. 20, co. 2 d.lgs n. 75/2017.

La richiamata norma costituzionale esige, infatti, che la pubblica amministrazione agisca secondo i principi dell'imparzialità – correlato al divieto di porre in essere atti di natura discriminatoria (art. 3 della Cost.) – e di buon andamento dell'attività amministrativa.

Quest'ultimo principio si concreta in una serie di criteri riconducibili, tutti insieme, ai concetti di efficacia ed efficienza, ai quali sottendono la non discriminazione nei diritti e libertà: la pubblica amministrazione deve, pertanto, operare in modo da garantire che la tutela dei diritti e delle libertà sia massima e che, se l'ordinamento prevede dei limiti, questi si fondino esclusivamente sulla legge e su un prevalente interesse pubblico non altrimenti tutelabile.

..ooOoo..

3. Eccesso di potere per sviamento, illegittimità ed irragionevolezza. Violazione della par condicio, ingiustizia manifesta.

La scelta del legislatore di prevedere l'esclusione dei ricorrenti è gravemente lesiva del diritto dei medesimi di partecipare in condizioni di parità alla procedura concorsuale (Art. 51, 3 Cost, 21 comma 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: *“ogni individuo ha diritto di accedere in condizioni di uguaglianza ai pubblici impieghi del proprio Paese”*), in ragione delle capacità professionali ritenute utili all'Amministrazione (Art. 51 e 97 Cost), come uno dei modi in cui si può esprimere la sua personalità, con possibile attuazione del diritto al lavoro (Art. 2 e 4 Cost).

Il diritto al lavoro di cui alla nostra Costituzione può e deve quindi essere letto in continuità con le norme europee, interpretate, a loro volta, dalla Corte di Strasburgo, così come anche il Consiglio di Stato suggerisce: “ *In base ad un principio applicabile già prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice nazionale deve prevenire la violazione della Convenzione del 1950 (CEDU, 29-02- 2006, Cherginets c. Ucraina, 25) con la scelta della soluzione che la rispetti (CEDU, 20-12- 2005, TryKhlib c. Ucraina, 38 – 50). Pertanto, in relazione all’azione prevista dall’art. 389 cpc in sede interpretativa il giudice amministrativo deve adottare tutte le misure che diano effettiva tutela al ricorrente la cui pretesa risulti fondata (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1220/2010).*”

E’ nota la giurisprudenza della Corte Costituzionale (Sentenze nn. 348 e 349 del 2007), nella quale la CEDU era stata definita quale “norma interposta” nel giudizio di costituzionalità delle leggi; tuttavia, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, anche il Giudice Amministrativo è tenuto a considerare gli effetti dell’art. 6, a mente del quale “*L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali*”.

E così ha ben proseguito il Tar Lazio in una recentissima pronuncia: “*Ebbene, a giudizio del Collegio, la questione giuridica in esame appare destinata a nuovi e ancor più incisivi sviluppi a seguito dell’entrata in vigore, lo scorso 01 dicembre 2009 del Trattato di Lisbona firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri, che modifica il Trattato sull’Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea. Infatti, fra le più rilevanti novità correlate all’entrata in vigore del Trattato, vi è l’adesione dell’Unione alla CEDU, con la modifica dell’art. 6 del Trattato che nella vecchia formulazione conteneva un riferimento “mediato” alla Corte dei diritti fondamentali, affermando che l’Unione rispetta i diritti fondamentali quali siano garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario. Nella nuova formulazione dell’art. 6, viceversa, secondo il comma 2 “l’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” e secondo il comma 3 “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”. Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell’Unione, osserva il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell’Unione e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell’art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l’ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all’obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice*”

comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno” (così Tar Lazio, Sez II bis, sentenza n. 11984 del 18 maggio 2010).

Il diritto al lavoro viene in rilievo come diritto sociale di libertà positiva, ovvero per utilizzare le prospettazioni di Massimo D'Antona – come *“un diritto di”, il diritto di lavorare, ossia di accedere al lavoro e di mantenere il lavoro ottenuto senza subire l'interferenza abusiva o discriminatoria di poteri pubblici o privati*”; ed ancora *“consiste piuttosto nella garanzia dell'uguaglianza (formale e sostanziale) delle persone rispetto al lavoro disponibile, un'uguaglianza che significa equilibrata concorrenza tra le persone e sicurezza rispetto ad abusi nel mercato del lavoro”*.

Orbene l'esclusione dei ricorrenti viola il diritto alla sicurezza sociale. Con l'espressione sicurezza sociale si intende altresì l'insieme degli interventi pubblici finalizzati a proteggere gli individui e le famiglie dallo stato di bisogno e dai rischi più gravi della vita. Ai sensi dell'art. 25 della Convenzione Europea dei diritti inalienabili dell'Uomo, immediatamente operante negli ordinamenti nazionali in virtù di quanto ampiamente illustrato *“ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute ed il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione [...]”*.

..ooOoo..

4. **Violazione art. 97 Cost. Eccesso di potere per illegittimità manifesta.**

I provvedimenti impugnati con il presente ricorso si pongono inoltre in contrasto anche con l'**art. 97 della Cost.**, attesa l'inesistenza dell'interesse pubblico, attuale e concreto, a disporre l'esclusione dalla procedura concorsuale qui impugnata.

La richiamata norma costituzionale esige, infatti, che la pubblica amministrazione agisca secondo i principi dell'imparzialità – correlato al divieto di porre in essere atti di natura discriminatoria (art. 3 della Cost.) – e di buon andamento dell'attività amministrativa.

Quest'ultimo principio si concreta in una serie di criteri riconducibili, tutti insieme, ai concetti di efficacia ed efficienza, ai quali sottendono la non discriminazione nei diritti e libertà: la pubblica amministrazione deve, pertanto, operare in modo da garantire che la tutela dei diritti e delle libertà sia massima e che, se l'ordinamento prevede dei limiti, questi si fondino esclusivamente sulla legge e su un prevalente interesse pubblico non altrimenti tutelabile.

Nel caso che ci occupa i provvedimenti impugnati hanno illegittimamente escluso i ricorrenti peraltro senza alcuna ragionevole motivazione.

Questi principi calzano perfettamente al caso qui in esame, anche perché le disposizioni oggi impugnate, se interpretate in senso ostativo della partecipazione della ricorrente, non **lederebbero** soltanto **il principio di affidamento**, ma **confliggerebbero anche con il fondamentale canone di civiltà giuridica**.

I provvedimenti qui impugnati violano altresì:

- **i principi di pari opportunità e non discriminazione**, sottesi al principio di uguaglianza, di cui all'art. 21 e, più in generale, del capo III della cosiddetta “Carta di Nizza”, alla quale nel 2009 – con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona – è stato conferito lo stesso effetto giuridico vincolante dei Trattati ¹ essendo palmare l'irragionevolezza della preclusione alla partecipazione;

- i principi di **pari opportunità e uguaglianza** in quanto penalizzano ingiustamente il ricorrente.

5. violazione del legittimo affidamento.

I ricorrenti sono in possesso dei medesimi requisiti che consentono ai loro colleghi di accedere alla procedura concorsuale qui impugnata. Infatti non solo i docenti precari ma anche tutti i docenti di ruolo potranno tranquillamente avere accesso al concorso.

Gli stessi facevano affidamento sulla propria posizione di precari e sulla circostanza che ad altri docenti il legislatore ha consentito loro di partecipare alla procedura.

La giurisprudenza costituzionale da molto tempo consolidato l'orientamento per cui il diritto costituzionale al legittimo affidamento - scaturente come corollario dal principio di "ragionevolezza" dell'art. 3 Cost. e per la verità collocato dalla stessa giurisprudenza comunitaria tra i principi "*comuni alle costituzioni degli stati membri*" dell'Unione europea - come diritto alla conservazione di certezze giuridiche acquisite, anche dinanzi al sopraggiungere di normative "*le quali trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti*", è un diritto autonomo e a sé stante, in quanto direttamente e distintamente posto a presidio dello "*stato di diritto*", rispetto ai singoli diritti, anche di rango costituzionale, per cui l'affidamento medesimo sia, volta a volta, da applicare e da proteggere.

Nell'ordinamento italiano, il principio dell'affidamento ha assunto rilievo attraverso l'ampia elaborazione della giurisprudenza comunitaria, a cui ora fa espresso rinvio, facendole assumere una vera e propria valenza precettiva, l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e successivamente dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, ove si afferma espressamente che "*l'attività amministrativa (...) è retta (...) dai principi dell'ordinamento comunitario*", fra i quali va sicuramente considerato quello dell'affidamento, frutto, appunto, di una copiosa elaborazione della giurisprudenza comunitaria (cfr., fra le tante, Corte giust. 3 maggio 1978, C 112/77, nella quale si afferma espressamente che "*il principio di tutela dell'affidamento fa parte del diritto comunitario*").

A conferma del rilievo che il suddetto principio ha ormai assunto nel nostro ordinamento, va ricordato che anche la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare, recentemente, la sussistenza del principio *nemo venire contra factum proprium*, che determina, appunto, anche nell'ambito dell'ordinamento nazionale, la rilevanza del principio del legittimo affidamento quale espressione delle clausole generali di correttezza e buona fede (v. Cassazione n. 9924/2009).

La stessa Corte dei Conti ha avuto modo di dare rilievo al principio in parola, (in tal senso C.d.S., sez. VI, n. 2138 del 27.4.2015) affermando che "*il principio della tutela del legittimo affidamento è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico ed assolve ad una funzione di integrazione della disciplina legislativa, o comunque, un preciso vincolo ermeneutico per l'interprete*" (cfr. Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Puglia, 4 dicembre 2008, n. 942).

Proprio alla luce di quanto sopra, il legittimo affidamento è stato identificato come una situazione di vantaggio assicurata ad un privato da uno specifico e concreto atto o comportamento dell'autorità amministrativa, che non può essere in seguito rimossa, salvo che ciò non sia strettamente necessario

per la tutela dell'interesse pubblico e fermo restando, in ogni caso, l'indennizzo della posizione acquisita (cfr. Corte giust., 3 maggio 1978, C 112/77, Topfer/Commissione, cit.).

Sulla scia di tale orientamento, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito altresì che “ *il legittimo affidamento sussiste allorché l'individuo si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'Amministrazione gli ha dato aspettative fondate*” (Corte giust., 19 maggio 1983, C 289/81), “*chetrova il suo fondamento nell'ambito del principio della certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive*” (cfr., in terminis, Corte giust., 19 settembre 2000, C 177/99, 181/99, *Ampafrance and Sanofi*; Corte giust., 18 gennaio 2001, C 83/99, *Commission/Spain*)”.

Il principio in parola trova il suo fondamento, come si è detto, nei principi di correttezza e buona fede che presidiano i rapporti tra privati, e risponde all'esigenza di fondo, che ispira tutta la legge sul procedimento amministrativo del 1990 e del rinnovato rapporto fra Pubblica amministrazione e cittadino, di una Amministrazione sempre più efficiente e paritaria nei rapporti con i privati, al punto da conferire un ruolo secondario al principio di legalità rispetto alle aspettative legittimamente ingenerate nel privato.

Come ricorda lo stesso remittente, proprio sulla scia di tali “*considerazioni si è affermato nella giurisprudenza amministrativa che “la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici tendono a prevalere sul principio di legalità, con la conseguenza che gli atti dell'autorità – seppure illegittimi – possono aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico*” (cfr. Tar Lazio – Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76).

Sul piano più strettamente definitorio, l'affidamento legittimo e ragionevole è espressione di un principio che impone al soggetto pubblico che voglia esercitare il suo potere nei confronti del privato, di tenere nel debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio (ovvero un bene o un'utilità), conseguito in buona fede dal privato stessa per effetto di un previo atto o di un comportamento della pubblica amministrazione, a ciò finalizzato, unitamente all'indefettibile requisito che detto vantaggio si sia consolidato per effetto del decorso di un significativo lasso temporale.

Quindi, quando entra in gioco il diritto all'affidamento, come nel caso di specie, viene ad essere protetta l'esigenza che le promesse assicurate come certe siano effettivamente mantenute; il bene della vita protetto è la fiducia legittimamente ed in buona fede riposta nell'ottenimento di determinati benefici, quali che essi siano, in vista dei proponenti e dei piani che la persona, confidando nei benefici stessi, abbia fatto per il proprio avvenire.

Risulta in ogni caso palese anche la violazione, nella specie, dell'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in forza del quale: “*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*” e “*nessuno può essere privato della sua proprietà non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*”.

E' noto che, nell'applicare tale disposizione, la Corte europea ha ritenuto di accedere ad una nozione comprensiva di bene, tale da ricomprendere non solo il diritto di proprietà, ma anche ogni “*aspettativa legittima*” che, “*ricollegandosi a rilevanti interessi patrimoniali*” di un oggetto, sia “*sufficientemente fondata per costituire un interesse sostanziale, e dunque un bene ai sensi dell'anorma espressa nella prima frase dell'articolo 1 del Protocollo n. 1*” (cfr., da ultimo, Corte

europadei diritti dell'uomo, Grande Chambre, sent. 7 giugno 2012, Centro Europa 7 c. Italia; nello stesso senso v. anche, tra le tante, le sentenze 24 giugno 2003, Stretch c. Regno Unito, e 6 ottobre 2009, Bozcaada Kimisis TeodoKu Rum Ortodoks Jilisesi VaKfi c. Turchia).

6. Sulla presentazione della domanda in modalità cartacea.

Il sistema informatico predisposto dall'Amministrazione per la registrazione delle domande di partecipazione al concorso è stato consegnato in modo tale da determinare il blocco informatico delle istanze provenienti dai candidati aprioristicamente ritenuti privi dei requisiti.

Pertanto, i candidati oggi ricorrenti, al fine di evitare dichiarazioni mendaci suscettibili di essere perseguite anche penalmente, hanno dovuto inoltrare la domanda di partecipazione alla procedura con modalità cartacea.

Ora, non vi è chi non veda l'illegittimità, per violazione degli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione di una procedura di acquisizione delle domande di partecipazione ad un concorso pubblico consegnato in modo tale da determinare la chiusura telematica alle istanze provenienti da candidati aprioristicamente ritenuti privi dei requisiti e l'invalidazione delle domande presentate in forma cartacea.

La scrivente difesa non ignora come le modalità di partecipazione alle procedure selettive alle dipendenze del MIUR possano assumere molteplici forme, purché tuttavia non si disattendano le previsioni dell'articolo 97 circa il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, ed al contempo non ci si discosti dall'obiettivo dell'articolo 51, comma 1, del medesimo testo costituzionale, in base al quale *"tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici [...] in condizioni di eguaglianza"*.

Pertanto, qualunque sia il metodo di reclutamento prescelto dall'Amministrazione, esso deve caratterizzarsi per la capacità di rispettare i principi costituzionali posti dai due articoli citati, consentendoci, secondo criteri meritocratici e neutrali, la scelta dei candidati che si presentino oggettivamente come i più qualificati. Dall'osservanza di tali principi scaturisce l'inderogabile esigenza di scegliere modalità di reclutamento che garantiscano la più ampia partecipazione possibile e, anzitutto, la presentazione della relativa domanda da parte di tutti i soggetti che si ritengano in possesso dei necessari requisiti. Con ciò, ovviamente, non si vuole sostenere che tutti i cittadini possano partecipare alle procedure selettive, ma si intende sottolineare che ogni cittadino deve poter presentare la propria domanda di partecipazione, salva poi la facoltà della P.A. di controllare l'esistenza dei necessari requisiti e di escludere, *ex post*, i candidati ritenuti privi dei titoli richiesti.

La possibilità di produrre domanda esclusivamente con modalità *web*, viola l'art. 4, cc. 1 e 2, del D.P.R. 487/1994 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi) ai sensi del quale **le domande di ammissione al concorso possono essere redatte in carta semplice, secondo uno schema che deve essere fornito dall'amministrazione e inviate all'amministrazione competente.**

In proposito, occorre rilevare che l'articolo 70, comma 13, del d.lgs. 165/2001 vincola le amministrazioni pubbliche ad applicare la disciplina prevista dal Decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487. Con il citato, art. 70, comma 13, del D. Lgs. 165/2001 il DPR

487/1994, pur essendo una fonte di rango regolamentare, assume il valore di norma di legge in virtù dell'espresso richiamo ivi contenuto.

La regolamentazione contenuta nel DPR sopra richiamato, tuttavia, era già contemplata nell'articolo 89 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

Il predetto articolo 89 del D. Lgs. 267/2000, ai comma 3 e 4, stabilisce che i regolamenti in materia di procedure per le assunzioni fanno riferimento ai principi fissati dall'articolo 35 del D. Lgs. 165/2001, e successive modificazioni ed integrazioni, e che in mancanza di disciplina regolamentare sull'ordinamento degli uffici e dei servizi o per la parte non disciplinata dalla stessa, si applica la procedura di reclutamento prevista dal Decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487.

Ora, appare evidente che il decreto oggetto di impugnazione non ha rispettato i vincoli previsti dall'articolo 4 del DPR 487/1994 che al comma 1 così dispone *"Le domande di ammissione al concorso, redatte in carta semplice, devono essere indirizzate e presentate direttamente o a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento ... all'amministrazione competente ... con esclusione di qualsiasi altro mezzo, entro il termine perentorio di giorni trenta dalla data di pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica."*

I successivi commi stabiliscono che:

"2. La data di spedizione delle domande è stabilita e comprovata dal timbro a data dell'ufficio postale accettante.

3. La domanda deve essere redatta secondo lo schema che viene allegato al bando di concorso, riportando tutte le indicazioni che, secondo le norme vigenti, i candidati sono tenuti a fornire.

4. L'amministrazione non assume responsabilità per la dispersione di comunicazioni dipendente da inesatte indicazioni del recapito da parte del concorrente oppure da mancata o tardiva comunicazione del cambiamento dell'indirizzo indicato nella domanda, né per eventuali disguidi postali o telegrafici o comunque imputabili a fatto di terzi, a caso fortuito o forza maggiore."

L'articolo 38 del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa) prevede poi espressamente che *"tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica."*

Se ne deduce che l'attualizzazione della normativa concorsuale determina la possibilità di presentare le domande di concorso non già in via esclusiva ma, come modalità alternativa, anche in via telematica.

Alla luce di quanto sopra esposto, dunque, l'Amministrazione oggi convenuta non può considerare *tamquam non esset* le domande di partecipazione al concorso, redatte in carta semplice e inviate dalle ricorrenti al MIUR a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, come risulta dalla documentazione allegata in atti

II.B Censure dei motivi aggiunti di illegittimità derivata avverso i decreti di pubblicazione e delle relative graduatorie di merito per la Regione Emilia

Romagna della procedura concorsuale A022 - Italiano storia, geografia scuola secondaria di I grado - pubblicata il 12.9.2023 (per prof. Assini) e A028 - Matematica e scienze scuola secondaria di II grado - pubblicata il 2.10.2023 (per prof.ssa Di Blasi)

1. premessa: brevi riferimenti sulla normativa di interesse

Il decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, recante “Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali”, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n.106, ed in particolare l'articolo 59, comma 9-bis, come sostituito dall'articolo 5, comma 3- quinquies, del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228, convertito con modificazioni dalla legge 25 febbraio 2022, n. 15”, ha previsto che:

«In via straordinaria, per un numero di posti pari a quelli vacanti e disponibili per l'anno scolastico 2021/2022 che residuano dalle immissioni in ruolo effettuate ai sensi dei commi 1, 2, 3 e 4, salvi i posti di cui ai concorsi per il personale docente banditi con i decreti del Capo del Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione del Ministero dell'istruzione nn. 498 e 499 del 21 aprile 2020, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, 4ª Serie speciale, n. 34 del 28 aprile 2020, è bandita una procedura concorsuale straordinaria per regione e classe di concorso riservata ai docenti non compresi tra quelli di cui al comma 4 che, entro il termine di presentazione delle istanze di partecipazione, abbiano svolto nelle istituzioni scolastiche statali un servizio di almeno tre anni, anche non consecutivi, negli ultimi cinque anni scolastici, valutati ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124. Il bando determina altresì il contributo di segreteria posto a carico dei partecipanti, in misura tale da coprire integralmente l'onere della procedura concorsuale. Ciascun candidato può partecipare alla procedura in un'unica regione e per una sola classe di concorso e può partecipare solo per una classe di concorso per la quale abbia maturato almeno un'annualità, valutata ai sensi del primo periodo. Le graduatorie di merito regionali sono predisposte sulla base dei titoli posseduti e del punteggio conseguito in una prova disciplinare da tenere entro il 15 giugno 2022, le cui caratteristiche sono definite con decreto del Ministro dell'istruzione. Nel limite dei posti di cui al presente comma, che sono resi indisponibili per le operazioni di mobilità e immissione in ruolo, i candidati vincitori collocati in posizione utile in graduatoria sono assunti a tempo determinato nell'anno scolastico 2022/2023 e partecipano, con oneri a proprio carico, a un percorso di formazione, anche in collaborazione con le università, che ne integra le competenze professionali. Nel corso della durata del contratto a tempo determinato i candidati svolgono altresì il percorso annuale di formazione iniziale e prova di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59. A seguito del superamento della prova che conclude il percorso di formazione di cui al quinto periodo nonché del superamento del percorso annuale di formazione iniziale e prova, il docente è

assunto a tempo indeterminato e confermato in ruolo, con decorrenza giuridica ed economica dal 1° settembre 2023, o, se successiva, dalla data di inizio del servizio, nella medesima istituzione scolastica presso cui ha prestato servizio con contratto a tempo determinato. Il percorso di formazione di cui al quinto periodo e la relativa prova conclusiva sono definiti con decreto del Ministro dell'istruzione. Le graduatorie di cui al presente comma decadono con l'immissione in ruolo dei vincitori».

Con decreto n. 1081 pubblicato in GU il 17 maggio 2022 (bando di concorso) è stata bandita la procedura concorsuale straordinaria di cui all'articolo 59, comma 9-bis, del decreto legge 25 maggio 2021, n. 73. In base all'art. 3 rubricato "requisiti di ammissione": «1. Sono ammessi a partecipare alla procedura di cui al presente decreto i candidati in possesso congiuntamente, alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda, dei seguenti requisiti: a. abilitazione specifica o titolo di accesso alla specifica classe di concorso ovvero analogo titolo conseguito all'estero e riconosciuto in Italia ai sensi della normativa vigente; b. non aver partecipato alle procedure di cui all'articolo 59, comma 4, del decreto legge o, pur avendo partecipato, non essere stati destinatari di una individuazione quali aventi titolo ad assunzione a tempo determinato di cui al medesimo comma; c. avere svolto, a decorrere dall'anno scolastico 2017/2018 ed entro il termine di presentazione delle istanze di partecipazione, un servizio nelle istituzioni scolastiche statali di almeno tre anni anche non consecutivi, valutati ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124. Il servizio svolto su posto di sostegno in assenza di specializzazione è considerato valido ai fini della partecipazione alla procedura straordinaria per la classe di concorso prescelta, fermo restando quanto previsto alla lettera d); d. avere svolto almeno un anno di servizio, tra quelli di cui alla lettera c), nella specifica classe di concorso per la quale si concorre. 2. Sono ammessi con riserva coloro che, avendo conseguito all'estero i titoli di cui al comma 1, lettera a), abbiano comunque presentato la relativa domanda di riconoscimento ai sensi della normativa vigente, entro il termine per la presentazione delle istanze per la partecipazione alla procedura concorsuale».

I ricorrenti, in quanto docenti che hanno partecipato alla procedura di cui all'art. 59 c. 4 del D.L. n. 73 del 25 maggio 2021 sono stati ingiustamente esclusi dalla procedura in questione.

La norma sopra richiamata ha prescritto che « . In via straordinaria, esclusivamente per l'anno scolastico 2021/ 2022, i posti comuni e di sostegno vacanti e disponibili che residuano dopo le immissioni in ruolo ai sensi dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo, salvi i posti di cui ai concorsi per il personale docente banditi con decreti del Capo del Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione del Ministero dell'istruzione nn. 498 e 499 del 21 aprile 2020, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, 4ª serie speciale, n. 34 del 28 aprile 2020, e successive modifiche, sono assegnati con contratto a tempo determinato, nel limite dell'autorizzazione di cui al comma 1 del presente articolo, ai

docenti che sono iscritti nella prima fascia delle graduatorie provinciali per le supplenze di cui all'articolo 4, comma 6-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, per i posti comuni o di sostegno, o negli appositi elenchi aggiuntivi ai quali possono iscriversi, anche con riserva di accertamento del titolo, coloro che conseguono il titolo di abilitazione o di specializzazione entro il 31 luglio 2021. Per i docenti di posto comune, di cui al primo periodo del presente comma, e' altresì richiesto che abbiano svolto su posto comune, entro l'anno scolastico 2020/2021, almeno tre annualità di servizio, anche non consecutive, negli ultimi dieci anni scolastici oltre quello in corso, nelle istituzioni scolastiche statali, valutabili come tali ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della L. 3 maggio 1999, n. 124».

La medesima norma, tuttavia, ha stabilito che i docenti assunti per il tramite dell'art. 59 co. 4 potranno conseguire la conversione del loro rapporto di lavoro precario in rapporto a tempo indeterminato soltanto in caso di positiva valutazione del percorso annuale di formazione e prova e giudizio positivo della prova disciplinare. Tale circostanza rende irragionevole ed illegittima la loro esclusione dalla procedura concorsuale straordinaria di cui all'articolo 59, comma 9-bis, del decreto legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106” soprattutto in considerazione del fatto che al concorso potranno accedere tutti i docenti di ruolo e tutti i docenti precari.

2. Irragionevolezza delle disposizioni normative richiamate; violazione del principio meritocratico; violazione degli artt. 3, 97 Cost. Illegittimità derivata.

I ricorrenti sono esclusi dal concorso in quanto assunti con contratto a tempo determinato a seguito della procedura bandita dall'art. 59 co. 4 del . 59 co. 4 del dl 25 maggio 2021 n. 73.

In realtà, come già evidenziato, i ricorrenti sono attualmente precari e la loro esclusione risulta irragionevole; infatti il legislatore avrebbe stabilito di non consentire la loro partecipazione al concorso straordinario bis in quanto, in base alla normativa sopra richiamata, i docenti in questione sarebbero destinati ad ottenere una conversione del loro contratto a tempo indeterminato.

Ad ogni modo, come prescritto chiaramente dalla normativa primaria, tale circostanza si potrebbe verificare soltanto nell'ipotesi in cui il docente dovesse superare la prova disciplinare. Sotto altro profilo, detta esclusione appare incomprensibile in considerazione del fatto che la procedura da cui risultano illegittimamente esclusi si svolge solo su posti delle discipline della secondaria. Quindi rappresenta un percorso completamente diverso dall'assunzione da GPS, in quanto rappresenta un percorso che non sono abilitati, ma hanno lavorato da almeno 3 anni nella scuola statale, di potersi abilitare sulla disciplina ed essere assunti sulla classe di concorso.

Quindi appare illogico oltre che discriminatorio l'esclusione dei ricorrenti.

In questo caso, risulterebbe sicuramente concretizzata la disparità di trattamento rispetto ai docenti di ruolo ed agli altri colleghi assunti con contratto a tempo determinato i quali potranno accedere al concorso.

Sul punto, merita comunque richiamare il fermissimo insegnamento della giurisprudenza teso a privilegiare l'ammissione dei soggetti nel senso del più ampio confronto selettivo (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1822; sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; 25 marzo 2002, n. 1695; 25 giugno 2002, n. 3269; 19 febbraio 2004, n. 684; 28 giugno 2004, n. 4797; 13 gennaio 2005, n. 82; 7 aprile 2006, n. 1877; 24 agosto 2006, n. 4792; sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121; sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1186; sez. V, 28 marzo 2007 n. 1441; 21 giugno 2007, n. 3384; 17 ottobre 2008, n. 5064; 9 dicembre 2008, n. 6057; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 14 ottobre 1999, n. 538; 20 gennaio 2003, n. 4; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 7 ottobre 1999, n. 727; sez. I, 3 ottobre 2007, n. 2439; 15 gennaio 2009, n. 63; TAR

Lombardia, Milano, sez. III, 7 marzo 2005, n. 508; Brescia, sez. I, 23 ottobre 2007, n. 918; 7 dicembre 2007 n. 1314; TAR Toscana, sez. II, 25 luglio 2006, n. 3233; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 21 giugno 2007, n. 665; TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 maggio 2008, n. 5043; T.A.R. Campania Napoli, 17 settembre 2009, n. 4981; C.d.S., V, 25 gennaio 2011, n. 528; C.d.S., V, 20 aprile 2012, n. 2317).

Gli atti impugnati in questa sede devono ritenersi illegittimi per illegittimità derivata.

*** ** **

In ogni caso i provvedimenti impugnati risultano in contrasto anche con la finalità che dovrebbero avere tutti i concorsi ovvero la scelta in base al criterio meritocratico.

Strettamente connesso al criterio della funzionalità amministrativa risulta quello della professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico (richiamato anche nella sent. Della Corte Cost. n. 293/2009). Sul punto sembra che la competenza "tecnica" rispetto allo svolgimento di una funzione rappresenti un'importante garanzia per entrambi i principi cui l'attività amministrativa deve informarsi: imparzialità e buon andamento. Il legame con quest'ultimo principio è infatti evidentemente rappresentato dal fatto che soltanto personale competente può assicurare che le funzioni siano svolte in modo efficiente e pienamente efficace.

Orbene, con riferimento al caso di specie, gli attuali ricorrenti sono in possesso di tutti i requisiti per poter accedere al concorso. Inoltre, la pluriennale esperienza acquisita sulla materia dimostra la propria professionalità ed esperienza.

Da tanto si deduce che la loro esclusione risulta in contrasto con il principio della parità di trattamento e della par condicio che deve governare lo svolgimento di tutti i concorsi pubblici, in assenza del quale la procedura di selezione dei migliori aspiranti risulterebbe indubbiamente viziata e, in definitiva, non idonea, ad assicurare la soddisfazione delle finalità sia di trasparenza, che di efficienza, ragionevolezza e buon andamento dell'operato della Pubblica Amministrazione cui è ispirato l'art. 97 della Costituzione (C. Cost n. 90 – 12 aprile 2012 e n. 30 del 23 febbraio 2012).

2 a) sulla violazione dell'art. 3 Cost. Illegittimità derivata.

Come già evidenziato l'unica categoria esclusa dalla presente procedura è quella dei docenti assunti per il tramite della procedura di cui all'art. 59 co. 4, Tuttavia potranno partecipare al concorso sia i docenti precari sia i docenti di ruolo.

Appare quindi evidente la violazione dell'art. 3 della Costituzione stante la palese disparità di trattamento perpetrata tra lavoratori che si trovano in situazioni di fatto identiche tra di loro.

La giurisprudenza, peraltro, è pacifica sul punto quando affronta le censure di illegittimità sotto il profilo della violazione dell'art. 3, comma 1, Cost. sia per disparità di trattamento di situazioni omogenee che per irragionevolezza.

Come noto, infatti, i vizi riconducibili alla violazione dell'art. 3, Cost, riguardano due diverse categorie: il vizio di disparità di trattamento in presenza di situazioni omogenee e il vizio di irragionevolezza.

Nel primo caso "si ha violazione dell'art. 3 della Costituzione quanto situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, mentre non si manifesta tale contrasto quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non sostanzialmente identiche" (sentenza. n. 340) (Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale del gennaio 2005. La Giustizia costituzionale nel 2004, Parte II, Capitolo I, par. 1.2.).

Nel secondo caso "il principio di ragionevolezza viene tradizionalmente inteso nella specifica accezione di ragionevolezza-razionalità. E sotto tale profilo il controllo della Corte Costituzionale verte non sulle scelte operate dal legislatore, quanto sulla ragionevolezza delle medesime, con la conseguente possibilità di verificare che la decisione assunta dal legislatore di differenziare o parificare determinate fattispecie astrattamente configurate non sia espressione di mero arbitrio ma abbia dietro di sé una ragione giustificatrice coerente con l'intrinseca legis" (Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale del gennaio 2005. La giustizia costituzionale nel 2004, Parte II, Capitolo I, par 1.3).

Siamo pertanto in presenza di una palese discriminazione che risulta totalmente incomprensibile avendo l'Amministrazione salvaguardato irragionevolmente la posizione di alcuni candidati e non di altri.

Gli atti impugnati in questa sede devono ritenersi illegittimi per illegittimità derivata.

2 b) violazione dell'art. 97 Cost. Illegittimità derivata.

I provvedimenti impugnati con il presente ricorso si pongono in palese contrasto anche con l'art. 97 della Cost., attesa l'inesistenza dell'interesse pubblico, attuale e concreto, a disporre l'esclusione dalla procedura distabilizzazione ex art. 20, co. 2 d.lgs n. 75/2017.

La richiamata norma costituzionale esige, infatti, che la pubblica amministrazione agisca secondo i principi dell'imparzialità – correlato al divieto di porre in essere atti di natura discriminatoria (art. 3 della Cost.) – e di buon andamento dell'attività amministrativa.

Quest'ultimo principio si concreta in una serie di criteri riconducibili, tutti insieme, ai concetti di efficacia ed efficienza, ai quali sottendono la non discriminazione nei diritti e libertà: la pubblica amministrazione deve, pertanto, operare in modo da garantire che la tutela dei diritti e delle libertà sia massima e che, se l'ordinamento prevede dei limiti, questi si fondino esclusivamente sulla legge e su un prevalente interesse pubblico non altrimenti tutelabile.

Gli atti impugnati in questa sede devono ritenersi illegittimi per illegittimità derivata.

..ooOoo..

3. Eccesso di potere per sviamento, illegittimità ed irragionevolezza. Violazione della par condicio, ingiustizia manifesta. Illegittimità derivata.

La scelta del legislatore di prevedere l'esclusione dei ricorrenti è gravemente lesiva del diritto dei medesimi di partecipare in condizioni di parità alla procedura concorsuale (Art. 51, 3 Cost, 21 comma 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: “ ogni individuo ha diritto di accedere in condizioni di uguaglianza ai pubblici impieghi del proprio Paese”), in ragione delle capacità professionali ritenute utili all'Amministrazione (Art. 51 e 97 Cost), come uno dei modi in cui si può esprimere la sua personalità, con possibile attuazione del diritto al lavoro (Art. 2 e 4Cost).

Il diritto al lavoro di cui alla nostra Costituzione può e deve quindi essere letto in continuità con le norme europee, interpretate, a loro volta, dalla Corte di Strasburgo, così come anche il Consiglio di Stato suggerisce: “ In base ad un principio applicabile già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice nazionale deve prevenire la violazione della Convenzione del 1950 (CEDU, 29-02-2006, Cherginets c. Ucraina, 25) con la scelta della soluzione che la rispetti (CEDU, 20-12-2005, TryKhlib c. Ucraina, 38 – 50). Pertanto, in relazione all'azione prevista dall'art. 389 cpc in sede interpretativa il giudice amministrativo deve adottare tutte le misure che diano effettiva tutela al ricorrente la cui pretesa risulti fondata (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1220/2010).

E' nota la giurisprudenza della Corte Costituzionale (Sentenze nn. 348 e 349 del 2007), nella quale la CEDU era stata definita quale “norma interposta” nel giudizio di costituzionalità delle leggi; tuttavia, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, anche il Giudice Amministrativo è tenuto a considerare gli effetti dell'art. 6, a mente del quale “L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

E così ha ben proseguito il Tar Lazio in una recentissima pronuncia: “Ebbene, a giudizio del Collegio, la questione giuridica in esame appare destinata a nuovi e ancor più incisivi sviluppi a seguito dell'entrata in vigore, lo scorso 01 dicembre 2009 del Trattato di Lisbona firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri, che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea. Infatti, fra le più rilevanti novità correlate all'entrata in vigore del Trattato, vi è l'adesione dell'Unione alla CEDU, con la modifica dell'art. 6 del Trattato che nella vecchia formulazione conteneva un riferimento “mediato” alla Corte dei diritti fondamentali, affermando che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali siano garantiti dalla Convenzione europea per la

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario. Nella nuova formulazione dell'art. 6, viceversa, secondo il comma 2 "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e secondo il comma 3 "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, osserva il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno" (così Tar Lazio, Sez II bis, sentenza n. 11984 del 18 maggio 2010).

Il diritto al lavoro viene in rilievo come diritto sociale di libertà positiva, ovvero per utilizzare le prospettazioni di Massimo D'Antona – come "un diritto di", il diritto di lavorare, ossia di accedere al lavoro e di mantenere il lavoro ottenuto senza subire l'interferenza abusiva o discriminatoria di poteri pubblici o privati"; ed ancora "consiste piuttosto nella garanzia dell'uguaglianza (formale e sostanziale) delle persone rispetto al lavoro disponibile, un'uguaglianza che significa equilibrata concorrenza tra le persone e sicurezza rispetto ad abusi nel mercato del lavoro".

Orbene l'esclusione dei ricorrenti viola il diritto alla sicurezza sociale. Con l'espressione sicurezza sociale si intende altresì l'insieme degli interventi pubblici finalizzati a proteggere gli individui e le famiglie dallo stato di bisogno e dai rischi più gravi della vita. Ai sensi dell'art. 25 della Convenzione Europea dei diritti inalienabili dell'Uomo, immediatamente operante negli ordinamenti nazionali in virtù di quanto ampiamente illustrato "ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute ed il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione [...]". Gli atti impugnati in questa sede devono ritenersi illegittimi per illegittimità derivata.

..ooOoo..

4. Violazione art. 97 Cost. Eccesso di potere per illegittimità manifesta. Illegittimità derivata.

I provvedimenti impugnati con il presente ricorso si pongono inoltre in contrasto anche con l'**art. 97 della Cost.**, attesa l'inesistenza dell'interesse pubblico, attuale e concreto, a disporre l'esclusione dalla procedura concorsuale qui impugnata.

La richiamata norma costituzionale esige, infatti, che la pubblica amministrazione agisca secondo i principi dell'imparzialità – correlato al divieto di porre in essere atti di natura discriminatoria (art. 3 della Cost.) – e di buon andamento dell'attività amministrativa.

Quest'ultimo principio si concreta in una serie di criteri riconducibili, tutti insieme, ai concetti di efficacia ed efficienza, ai quali sottendono la non discriminazione nei diritti e libertà: la pubblica amministrazione deve, pertanto, operare in modo da garantire che la tutela dei diritti e delle libertà sia massima e che, se l'ordinamento prevede dei limiti, questi si fondino esclusivamente sulla legge e su un prevalente interesse pubblico non altrimenti tutelabile.

Nel caso che ci occupa i provvedimenti impugnati hanno illegittimamente escluso i ricorrenti peraltro senza alcuna ragionevole motivazione.

Gli atti impugnati in questa sede devono ritenersi illegittimi per illegittimità derivata.

Questi principi calzano perfettamente al caso qui in esame, anche perché le disposizioni oggi impugnate, se interpretate in senso ostativo della partecipazione della ricorrente, non lederebbero soltanto il principio di affidamento, ma confliggerebbero anche con il fondamentale canone di civiltà giuridica.

I provvedimenti qui impugnati violano altresì:

- i **principi di pari opportunità e non discriminazione**, sottesi al principio di uguaglianza, di cui all'art. 21 e, più in generale, del capo III della cosiddetta "Carta di Nizza", alla quale nel 2009 – con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona – è stato conferito lo stesso effetto giuridico vincolante dei Trattati ¹ essendo palmare l'irragionevolezza della preclusione alla partecipazione;
- i principi di **pari opportunità e uguaglianza** in quanto penalizzano ingiustamente il ricorrente.

5. violazione del legittimo affidamento. Illegittimità derivata.

I ricorrenti sono in possesso dei medesimi requisiti che consentono ai loro colleghi di accedere alla procedura concorsuale qui impugnata. Infatti non solo i docenti precari ma anche tutti i docenti di ruolo potranno tranquillamente avere accesso al concorso.

Gli stessi facevano affidamento sulla propria posizione di precari e sulla circostanza che ad altri docenti il legislatore ha consentito loro di partecipare alla procedura.

La giurisprudenza costituzionale da molto tempo consolidato l'orientamento per cui il diritto costituzionale al legittimo affidamento - scaturente come corollario dal principio di "ragionevolezza" dell'art. 3 Cost. e per la verità collocato dalla stessa giurisprudenza comunitaria tra i principi "comuni alle costituzioni degli stati membri" dell'Unione europea - come diritto alla conservazione di certezze giuridiche acquisite, anche dinanzi al sopraggiungere di normative "le quali trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti", è un diritto autonomo e a sé stante, in quanto direttamente e distintamente posto a presidio dello "stato di diritto", rispetto ai singoli diritti, anche di rango costituzionale, per cui

l'affidamento medesimo sia, volta a volta, da applicare e da proteggere.

*Nell'ordinamento italiano, il principio dell'affidamento ha assunto rilievo attraverso l'ampia elaborazione della giurisprudenza comunitaria, a cui ora fa espresso rinvio, facendole assumere una vera e propria valenza precettiva, l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e successivamente dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, ove si afferma espressamente che "l'attività amministrativa (...) è retta (...) dai principi dell'ordinamento comunitario", fra i quali va sicuramente considerato quello dell'affidamento, frutto, appunto, di una copiosa elaborazione della giurisprudenza comunitaria (cfr., fra le tante, Corte giust. 3 maggio 1978, C 112/77, nella quale si afferma espressamente che "il principio di tutela dell'affidamento fa parte del diritto comunitario"). A conferma del rilievo che il suddetto principio ha ormai assunto nel nostro ordinamento, va ricordato che anche la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare, recentemente, la sussistenza del principio *nemo venire contra factum proprium*, che determina, appunto, anche nell'ambito dell'ordinamento nazionale, la rilevanza del principio del legittimo affidamento quale espressione delle clausole generali di correttezza e buona fede (v. Cassazione n. 9924/2009).*

La stessa Corte dei Conti ha avuto modo di dare rilievo al principio in parola, affermando che "il principio della tutela del legittimo affidamento è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico ed assolve ad una funzione di integrazione della disciplina legislativa, o comunque, un preciso vincolo ermeneutico per l'interprete" (cfr. Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Puglia, 4 dicembre 2008, n. 942).

Proprio alla luce di quanto sopra, il legittimo affidamento è stato identificato come una situazione di vantaggio assicurata ad un privato da uno specifico e concreto atto o comportamento dell'autorità amministrativa, che non può essere in seguito rimossa, salvo che ciò non sia strettamente necessario per la tutela dell'interesse pubblico e fermo restando, in ogni caso, l'indennizzo della posizione acquisita (cfr. Corte giust., 3 maggio 1978, C 112/77, Topfer/Commissione, cit.).

Sulla scia di tale orientamento, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito altresì che "il legittimo affidamento sussiste allorché l'individuo si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'Amministrazione gli ha dato aspettative fondate" (Corte giust., 19 maggio 1983, C 289/81), "che trova il suo fondamento nell'ambito del principio della certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive" (cfr., in terminis, Corte giust., 19 settembre 2000, C 177/99, 181/99, Ampafrance and Sanofi; Corte giust., 18 gennaio 2001, C 83/99, Commission/Spain)".

Il principio in parola trova il suo fondamento, come si è detto, nei principi di correttezza e buona fede che presidiano i rapporti tra privati, e risponde all'esigenza di fondo, che ispira tutta la legge sul procedimento amministrativo del 1990 e del rinnovato rapporto fra Pubblica amministrazione e cittadino, di una Amministrazione sempre più efficiente e paritaria nei rapporti con i privati, al punto da conferire un ruolo secondario al principio di legalità rispetto alle aspettative legittimamente ingenerate nel privato.

Come ricorda lo stesso remittente, proprio sulla scia di tali "considerazioni si è affermato nella giurisprudenza amministrativa che "la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici tendono a prevalere sul principio di legalità, con la conseguenza che gli atti dell'autorità – seppure illegittimi – possono aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico" (cfr. Tar Lazio – Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76).

Sul piano più strettamente definitorio, l'affidamento legittimo e ragionevole è espressione di un principio che impone al soggetto pubblico che voglia esercitare il suo potere nei confronti del privato, di tenere nel debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio (ovvero un bene o un'utilità), conseguito in buona fede dal privato stessa per effetto di un previo atto o di un comportamento della pubblica amministrazione, a ciò finalizzato, unitamente all'indifettibile requisito che detto vantaggio si sia consolidato per effetto del decorso di un significativo lasso temporale.

Quindi, quando entra in gioco il diritto all'affidamento, come nel caso di specie, viene ad essere protetta l'esigenza che le promesse assicurate come certe siano effettivamente mantenute; il bene della vita protetto è la fiducia legittimamente ed in buona fede riposta nell'ottenimento di determinati benefici, quali che essi siano, in vista dei proponenti e dei piani che la persona, confidando nei benefici stessi, abbia fatto per il proprio avvenire.

Risulta in ogni caso palese anche la violazione, nella specie, dell'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in forza del quale: "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni" e "nessuno può essere privato della sua proprietà non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale".

E' noto che, nell'applicare tale disposizione, la Corte europea ha ritenuto di accedere ad una nozione comprensiva di bene, tale da ricomprendere non solo il diritto di proprietà, ma anche ogni "aspettativa legittima" che, "ricollegandosi a rilevanti interessi patrimoniali" di un oggetto, sia "sufficientemente fondata per costituire un interesse sostanziale, e dunque un bene ai sensi della norma espressa nella prima frase dell'articolo 1 del Protocollo n. 1" (cfr., da ultimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Chambre, sent. 7 giugno 2012, Centro Europa 7 c. Italia; nello stesso senso v. anche, tra le tante, le sentenze 24 giugno 2003, Stretch c. Regno Unito, e 6 ottobre 2009, Bozcaada Kimisis Teodo Ku Rum Ortodoks Jilisesi VaKfi c. Turchia).

Gli atti impugnati in questa sede devono ritenersi illegittimi per illegittimità derivata.

6. Sulla presentazione della domanda in modalità cartacea. Illegittimità derivata.

Il sistema informatico predisposto dall'Amministrazione per la registrazione delle domande di partecipazione al concorso è stato consegnato in modo tale da determinare il blocco informatico delle istanze provenienti dai candidati aprioristicamente ritenuti privi dei requisiti.

Pertanto, i candidati oggi ricorrenti, al fine di evitare dichiarazioni mendaci suscettibili di essere perseguite anche penalmente, hanno dovuto inoltrare la domanda di partecipazione alla procedura con modalità cartacea.

Ora, non vi è chi non veda l'illegittimità, per violazione degli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione di una procedura di acquisizione delle domande di partecipazione ad un concorso pubblico consegnato in modo tale da determinare la chiusura telematica alle istanze provenienti da candidati aprioristicamente ritenuti privi dei requisiti e l'invalidazione delle domande presentate in forma cartacea.

La scrivente difesa non ignora come le modalità di partecipazione alle procedure selettive alle dipendenze del MIUR possano assumere molteplici forme, purché tuttavia non si disattendano le previsioni dell'articolo 97 circa il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, ed al contempo non ci si discosti dall'obiettivo dell'articolo 51, comma 1, del medesimo testo costituzionale, in base al quale "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici [...] in condizioni di eguaglianza".

Pertanto, qualunque sia il metodo di reclutamento prescelto dall'Amministrazione, esso deve caratterizzarsi per la capacità di rispettare i principi costituzionali posti dai due articoli citati, consentendo cioè, secondo criteri meritocratici e neutrali, la scelta dei candidati che si presentino oggettivamente come i più qualificati. Dall'osservanza di tali principi scaturisce l'inderogabile esigenza di scegliere modalità di reclutamento che garantiscano la più ampia partecipazione possibile e, anzitutto, la presentazione della relativa domanda da parte di tutti i soggetti che si ritengano in possesso dei necessari requisiti. Con ciò, ovviamente, non si vuole sostenere che tutti i cittadini possano partecipare alle procedure selettive, ma si intende sottolineare che ogni cittadino deve poter presentare la propria domanda di partecipazione, salva poi la facoltà della P.A. di controllare l'esistenza dei necessari requisiti e di escludere, ex post, i candidati ritenuti privi dei titoli richiesti.

*La possibilità di produrre domanda esclusivamente con modalità web, viola l'art. 4, cc. 1 e 2, del D.P.R. 487/1994 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi) ai sensi del quale **le domande di ammissione al concorso possono essere redatte in carta semplice, secondo uno schema che deve essere fornito dall'amministrazione e inviate all'amministrazione competente.***

In proposito, occorre rilevare che l'articolo 70, comma 13, del d.lgs. 165/2001 vincola le amministrazioni pubbliche ad applicare la disciplina prevista dal Decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n.

487. Con il citato, art. 70, comma 13, del D. Lgs. 165/2001 il DPR 487/1994, pur essendo una fonte di rango regolamentare, assume il valore di norma di legge in virtù dell'espresso richiamo ivi contenuto.

La regolamentazione contenuta nel DPR sopra richiamato, tuttavia, era già contemplata nell'articolo 89 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

Il predetto articolo 89 del D. Lgs. 267/2000, ai comma 3 e 4, stabilisce che i regolamenti in materia di procedure per le assunzioni fanno riferimento ai principi fissati dall'articolo 35 del D. Lgs 165/2001, esecutive modificazioni ed integrazioni, e che in mancanza di disciplina regolamentare sull'ordinamento degli uffici e dei servizi o per la parte non disciplinata dalla stessa, si applica la procedura di reclutamento prevista dal Decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487.

Ora, appare evidente che il decreto oggetto di impugnazione non ha rispettato i vincoli previsti dall'articolo 4 del DPR 487/1994 che al comma 1 così dispone "Le domande di ammissione al concorso, redatte in carta semplice, devono essere indirizzate e presentate direttamente o a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento ... all'amministrazione competente ... con esclusione di qualsiasi altro mezzo, entro il termine perentorio di giorni trenta dalla data di pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica."

I successivi commi stabiliscono che:

"2. La data di spedizione delle domande è stabilita e comprovata dal timbro a data dell'ufficio postale accettante.

3. La domanda deve essere redatta secondo lo schema che viene allegato al bando di concorso, riportando tutte le indicazioni che, secondo le norme vigenti, i candidati sono tenuti a fornire.

4. L'amministrazione non assume responsabilità per la dispersione di comunicazioni dipendente da inesatte indicazioni del recapito da parte del concorrente oppure da mancata o tardiva comunicazione del cambiamento dell'indirizzo indicato nella domanda, né per eventuali disguidi postali o telegrafici o comunque imputabili a fatto di terzi, a caso fortuito o forza maggiore."

L'articolo 38 del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000,

n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa) prevede poi espressamente che "tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica."

Se ne deduce che l'attualizzazione della normativa concorsuale determina la possibilità di presentare le domande di concorso non già in via esclusiva ma, come modalità alternativa, anche in via telematica.

Alla luce di quanto sopra esposto, dunque, l'Amministrazione oggi convenuta non può considerare tamquam non esset le domande di partecipazione al concorso, redatte in carta semplice e inviate dalle ricorrenti al MIUR a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, come risulta dalla documentazione allegata in atti.

Gli atti impugnati in questa sede devono ritenersi illegittimi per illegittimità derivata.

ISTANZA CAUTELARE. Il fumus emerge dai motivi di ricorso. Parimenti grave ed irreparabile è il danno delle appellanti se si considera che le stesse, essendosi collocate nei primi posti delle graduatorie del concorso "straordinario bis", cui erano state ammesse con riserva, hanno saputo che l'Amministrazione scolastica avrebbe "congelato" le cattedre loro spettanti in attesa della definitiva decisione del giudice amministrativo sul giudizio proposto.

Pertanto, dopo la pronuncia quivi impugnata e nelle more della decisione del ricorso vi è il serio pericolo che l'Amministrazione attribuisca ad altri le cattedre destinate alle stesse che invece devono restare "congelate" in attesa della decisione

di appello. Di qui la richiesta di adottare i provvedimenti necessari o più opportuni per salvaguardare la posizione delle ricorrenti nelle more della decisione del presente giudizio

p.q.m.

si conclude per l' accoglimento del ricorso e della istanza cautelare con ogni conseguente statuizione

Il sottoscritto avvocato Luigi M. D'Angiolella difensore delle prof.sse Gemma Assini e Rita Di Blasi dichiara che le copie analogiche utilizzate per la notifica in proprio ai sensi dell'art. 7 L. 21/1/94 n. 53, dall'Ufficio Poste di Napoli sono conformi all'originale nativo del presente atto.

avv. Luigi M. D' Angiolella

ISTANZA PER NOTIFICA PER RICORSO PER PUBBLICI PROCLAMI

Il presente ricorso viene cautelativamente notificato a quegli stessi docenti controinteressati (individuati nelle rispettive graduatorie impugnate) cui era già stato notificato il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Cionondimeno - considerato che il Giudice di primo grado ha già autorizzato la pubblicazione del ricorso introduttivo nel testo integrale sul sito internet del ramo di amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte - il sottoscritto avvocato nella spiegata qualità

chiede

di autorizzare anche la notificazione del ricorso in appello ai sensi dell'art. 151 cpc (in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami con inserimento in G.U) se del caso attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del MIUR:

a) Di un avviso dal quale risulti:

- l'autorità giudiziaria innanzi alla quale si procede ed il numero di registro generale del ricorso in appello;
- l'indicazione delle amministrazioni intimare
- un sunto dei motivi di gravame di cui al ricorso
- l'indicazione dei controinteressati genericamente individuati come i docenti inseriti nelle graduatorie di interesse

-l'indicazione che lo svolgimento del processo può essere seguito consultando il sito www.giustizia-amministrativa.it attraverso l'inserimento del numero di registro generale del ricorso nella sottosezione "Ricerca ricorsi";

-l'indicazione del numero del decreto con il riferimento che con esso è stata autorizzata la notifica per pubblici proclami;

b) del testo integrale del ricorso di II grado

c) di quant' altro si ritenga all' uopo necessario.

Si dichiara che il presente procedimento attiene a materia di pubblico impiego sicchè si verserà il contributo unificato per legge

Avv.Luigi M. D'Angiolella