

## **Avv. Fabio Funeroli**

*Patrocinio presso la Corte di Cassazione,  
il Consiglio di Stato e le altre giurisdizioni superiori  
Studio Legale Associato CANTORE & SARNELLI  
Via Cesario Console, 3 - 80132 - NAPOLI  
tel. 081 7644557 - 7645526 - 7645622 - fax 081 7646417  
fabiofuneroli@libero.it - fabiofuneroli@avvocatinapoli.legalmail.it*

### **ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN S.G.**

#### **APPELLO CAUTELARE**

**ex art. 62 C.P.A.**

**Nell'interesse:** della Sig.ra **Francesca SILVESTRO** (Cod. Fisc. SLVFNC79R44E396M), nata a Lacco Ameno (NA) il 4.10.1979 e residente in Barano d'Ischia (NA), alla Via Cirillo n. 2, rapp.ta e difesa, in virtù di procura in calce al ricorso introduttivo, dall'Avv. Fabio Funeroli (Cod. Fisc. FNRFBFA80E07F839C – Fax 081/7646417 – Posta Elettronica Certificata **fabiofuneroli@avvocatinapoli.legalmail.it**) con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, alla Via Giacomo Puccini n. 9 (Avv. Alessandra Gentile);

**- ricorrente**

**Contro:** il **Ministero dell'Istruzione** (Cod. Fisc. 80185250588), l'**Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio** (Cod. Fisc. 97248840585), l'**Ufficio VI – Ambito Territoriale di Roma** (Cod. Fisc. 80190390585), in persona dei rispettivi legali rapp.ti *p.t.* domiciliati per la carica presso le rispettive sedi legali, rapp.ti e difesi, *ope legis*, dall'Avvocatura Generale dello Stato (Cod. Fisc. 80224030587) presso i cui Uffici sono elett.te dom.ti in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12;

**- resistenti**

#### **avverso e per l'annullamento**

dell'Ordinanza cautelare n. 7174/2022 (**all. A**) depositata il 24.11.2022 (non notificata), con la quale il T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, ha respinto la domanda incidentale di sospensione formulata dalla odierna appellante con il ricorso R.G. 12772/2022 proposto

#### **avverso e per l'annullamento, previa sospensiva,**

**A)** nei limiti dell'interesse della ricorrente, della Disposizione prot. n. U.0027991 del 30.8.2022 (**all. 1**) con la quale il Ministero dell'Istruzione, Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio, Ufficio VI Ambito territoriale di Roma, ha pubblicato le Graduatorie Provinciali per le supplenze (GPS) della provincia di Roma del

personale docente della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, della scuola secondaria di I<sup>^</sup> e II<sup>^</sup> grado e del personale educativo, valevoli per l'a.s. 2022/2023, ed in particolare, per quanto di interesse, della graduatoria relativa alle Scuole Secondarie di primo e secondo gradi, II fascia, cat. B019 (**all. 2**);

- B) conseguentemente, degli eventuali atti di convocazione ed assunzione dei docenti e di stipula dei relativi contratti individuali, qui dovendosi prudenzialmente intendere gravate le nomine *medio tempore* pubblicate (**all. 3**);
- C) del silenzio serbato dall'Amministrazione sui reclami con relative istanze di rettifica in autotutela della graduatoria definitiva pubblicata il 5.8.2022 (reclamo 8.8.2022) e ripubblicata il 30.8.2022 (reclami 5.9.2022 e 8.9.2022), nessuno di essi esitato;
- D) ove occorra ed in via subordinata e nei limiti dell'interesse fatto valere in giudizio, dell'Ordinanza Ministeriale n. 112 del 6.5.2022 (**all. 4**) e relativi criteri per l'attribuzione di punteggi (**all. 5**), ove interpretati in senso sfavorevole alla posizione della ricorrente;
- E) di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, precedente, connesso, conseguente e/o collegato a quello impugnato, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, anche se non cognito, con espressa riserva di proposizione di motivi aggiunti, ivi compresa la “*verifica effettuata in via amministrativa dalle istituzioni scolastiche delegate sulle dichiarazioni rese dai candidati ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, operata attraverso la piattaforma predisposta dal M.I.*”, il D.D. prot. 27157 del 5.8.2022 (**all. 6**) con cui è stata approvata e pubblicate la Graduatoria provvisoria di interesse della ricorrente (**all. 7**);

#### **nonché per l'accertamento**

del diritto della ricorrente all'attribuzione del punteggio aggiuntivo (13,50 punti) per certificazioni informatiche (1,50 punti) e per servizio prestato presso le scuole statali sulla specifica classe di concorso (12 punti), tale da determinare punti 43,00 e non già punti 29,50 come assegnati, con ordine al Ministero di provvedere *ad horas* alla modifica della graduatoria definitiva.

#### **FATTO**

Con Ordinanza Ministeriale n. 112 del 6.5.2022, costituente *lex specialis*, il Ministero dell'Istruzione ha disciplinato, per il biennio relativo agli anni scolastici 2022/2023 e 2023/2024, l'aggiornamento, il trasferimento e il nuovo inserimento nelle graduatorie

provinciali per le supplenze e nelle graduatorie di istituto su posto comune e di sostegno nonché l'attribuzione degli incarichi a tempo determinato del personale docente nelle istituzioni scolastiche statali, su posto comune e di sostegno, e del personale educativo.

La ricorrente ha partecipato al bando presentando in data 28.5.2022 la relativa domanda (**all. 8**) per l'inserimento nella provincia di Roma, classe di concorso B019 (graduatoria provinciale di seconda fascia ITP), corredata dalle previste certificazioni dei titoli, tra cui quelli informatici (**all. 9**), e dei contratti individuali di lavoro presso le scuole statali sulla specifica classe di concorso (**all. 10**), comportanti l'attribuzione di punteggi ulteriori ai fini dell'utile inserimento in graduatoria.

In data 5.8.2022 veniva pubblicata la graduatoria definitiva ove alla ricorrente, classificata alla posizione 457, veniva attribuito il punteggio di 29,50 che non teneva conto, però, dei titoli per certificazioni informatiche (punti 2,00 invece di 0,50) e per aver prestato servizio nelle scuole statali sulla specifica classe di concorso (punti 12 in luogo di 0).

Per tale ragione, l'istante presentava reclamo in data 8.8.2022 (**all. 11**) chiedendo l'aggiornamento della posizione in graduatoria, ma l'Amministrazione non forniva alcun riscontro lasciando inesitata la richiesta.

Sopravvenivano, poi, gli atti impugnati con i quali il Ministero, in data 30.8.2022, ripubblicava la graduatoria definitiva nella quale la ricorrente è stata collocata alla posizione 460, sempre con il punteggio di 29,50.

In data 5.9.2022 (**all. 12**) e 8.9.2022 (**all. 13**), quindi, la ricorrente, a mezzo del proprio legale di fiducia, trasmetteva al Ministero ulteriori reclami con diffida alla attribuzione del giusto punteggio spettante, ma anche queste ultime sono state radicalmente ignorate dall'Amministrazione.

\* \* \* \* \*

La Sig.ra Francesca Silvestro era pertanto costretta a proporre ricorso al T.A.R. Lazio (**all. B**), eccependo:

1. ***Erronea interpretazione ed applicazione del bando di concorso (art. 8).  
Illegittimità della mancata attribuzione del punteggio aggiuntivo.  
Violazione della tabella A6, voci B.17 e C.1.a.  
Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea motivazione.***

Come già segnalato purtroppo senza esito all'Amministrazione, alla ricorrente non sono stati attribuiti i seguenti punteggi aggiuntivi rispetto a quello assegnato di 29,50, per come rivenienti *materialiter* dalla tabella di valutazione:

- 1,50 per possesso di certificazioni informatiche, avendo ricevuto il solo punteggio di 0,50 pur essendo in possesso di 4 certificazioni, ciascuna delle quali comportante il soprannumero di 0,50 (cfr. voce B17 tabella titoli valutabili);
- 12 per aver prestato servizio presso scuola statale per (**oltre**) un intero anno (dal 5.10.2021 al 7.7.2022 presso l'Istituto Niccolini Volterra) con titolo corrispondente alla classe di concorso (cfr. voce C.1.a. tabella titoli valutabili).

Trattasi di *vulnus* che inficia in radice la procedura di valutazione posta in essere dal Ministero e che comporta una gravissima ed apprezzabile lesione della posizione giuridica della ricorrente che, infatti, se fosse stata destinataria della corretta attribuzione del punteggio ad essa spettante (43), **si troverebbe allo stato collocata in posizione 189 e non già 460**, verosimilmente prossima alla convocazione anche in ipotesi di scorrimento.

***2. Violazione artt. 21 quinquies e nonies L. 241/90. Omesso riscontro ai reclami ed alle istanze di modifica delle graduatorie. Difetto di istruttoria. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione del giusto procedimento. Violazione del principio di buona fede e di tutela dell'affidamento. Violazione del principio di consequenzialità dell'azione amministrativa.***

Come anticipato in premessa, la ricorrente ha inoltrato al Ministero ben tre reclami con i quali ha specificamente evidenziato le ragioni sottese alla istanza di rettifica della graduatoria, tenuto conto della omessa attribuzione di un extra-punteggio spettante per titoli di enorme rilevanza, pari a 12, che ad oggi avrebbe verosimilmente consentito alla ricorrente di essere già chiamata in servizio.

L'Amministrazione ha ritenuto di adottare una condotta di ingiustificabile silenzio lasciando inesitate le legittime e fondate richieste della ricorrente, in violazione palese e conclamata degli artt. 21 *quinquies* e *nonies* L. 241/90 ma anche delle disposizioni della *lex specialis* (cfr. in particolare art. 8) che hanno comunque previsto uno scrutinio istruttorio “*dinamico*” e caratterizzato anche dalla utile compartecipazione degli aspiranti.

Tale silenzio, in ogni caso, costituisce violazione palese dell'affidamento riposto dalla ricorrente sulla corretta attribuzione del punteggio spettante, **siccome comprovato da emergenze di pubblica evidenza** (contratti individuali di lavoro con istituti pubblici ed attestazioni di organismi certificati).

Il contegno del Ministero è, quindi, certamente censurabile ai sensi dell'art. 97 Cost. sotto il profilo della buona fede e della necessaria consequenzialità dell'azione amministrativa, atteso che, come statuito dalla Suprema Corte, nei rapporti tra la P.A. ed i consociati deve ritenersi cogente il rispetto del principio dell'affidamento, in base al quale quando la Pubblica Amministrazione enunci, nelle forme della pubblica evidenza, l'attivazione di procedimenti volti ad incidere sulla sfera giuridica dei consociati destinatari e faccia così sorgere, con i propri atti, il ragionevole convincimento della adozione degli atti consequenziali, essa è tenuta, nel rispetto della legalità, della buona amministrazione, del giusto procedimento, della correttezza e della buona fede, a dare seguito effettivo alle volontà enunciate con la adozione degli atti conclusivi.

E' di tutta evidenza, quindi, sotto questo profilo, la ulteriore violazione da parte dell'Amministrazione del principio del giusto procedimento e dei doveri che le impongono la tutela dell'affidamento che deve trovare rigorosa osservanza nei procedimenti che producono effetti limitativi delle situazioni giuridiche soggettive sulle quali il procedimento medesimo è destinato ad incidere.

Non v'è dubbio che, anche nel diritto amministrativo, il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento ha assunto *“successivamente alla entrata in vigore della Costituzione repubblicana ... natura di principio costituzionale non scritto”* (S. Cassese, Trattato di Diritto Amministrativo, Tomo II, p. 969, Milano, 2000) che oggi la giurisprudenza fa rientrare nell'art. 97 Cost.

La Suprema Corte ha infatti osservato che *“Con riferimento al principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica – quale elemento essenziale dello Stato di diritto, ancorato dalla Corte Costituzionale al principio di “eguaglianza dinanzi alla legge, “sub specie” del rispetto del canone della ragionevolezza di cui all'art. 3, comma 1, Cost. – il principio stesso, mutuato da quelli civilistici della buona fede e dell'affidamento incolpevole nei rapporti fondati sulla autonomia privata, è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico e costituisce un preciso limite all'esercizio sia dell'attività legislativa, sia dell'attività amministrativa ...”* (Cass. Civ., Sez. Trib., 10.12.2002, n. 17576).

\* \* \* \* \*

La Sig.ra Francesca Silvestro proponeva, infine, istanza cautelare, chiedendo al T.A.R. adito, nelle more della definizione del giudizio, di sospendere l'efficacia dei provvedimenti impugnati e delle eventuali nomine e/o assunzioni in servizio e/o dei contratti di lavoro *medio tempore* stipulati dall'Amministrazione in dispregio della reale posizione in graduatoria ad essa spettante, ovvero la n. 189 e non già la n. 460.

Il *fumus boni iuris* è ravvisabile *ictu oculi* nei motivi di ricorso e nella documentazione prodotta a corredo, di inequivocabile significato e nella quale si rileva, *illico et immediate* e senza necessità di approfonditi scrutini istruttori, la denunciata abnormità e la evidente illogicità manifesta della omessa valutazione dei titoli posseduti dalla ricorrente e della conseguente mancata attribuzione del relativo punteggio.

Quanto al *periculum in mora*, esigenze di certezza giuridica, di corretto funzionamento dell'Amministrazione e del più valido contingentamento di pubblici impiegati secondo i canoni di meritevolezza ed adeguata preparazione, suggeriscono di sospendere immediatamente il rapporto di lavoro instaurato con eventuali controinteressati in attesa della definizione del giudizio, allo scopo di non alimentare e/o consolidare aspettative o rendite di posizione poggiate su provvedimenti prodromici palesemente illegittimi e, quindi, ineluttabilmente destinati ad essere travolti da pronuncia demolitoria.

Atteso il potenziale interessamento di tutti (i numerosissimi) soggetti presenti nella graduatoria definitiva con il rischio connesso di sua modifica, veniva infine richiesto al primo Giudice di autorizzare la notifica per pubblici proclami ex art. 41, comma IV, C.P.A.

\* \* \* \* \*

Gli intimati si costituivano con memoria di mero stile del 10.11.2022 (**all. C**), senza muovere alcuna contestazione alle legittime e fondate ragioni della ricorrente.

\* \* \* \* \*

In esito alla discussione nella Camera di Consiglio del 22.11.2022, il T.A.R. Lazio rigettava l'istanza cautelare con l'Ordinanza in questa sede impugnata, assistita dal seguente corredo motivazionale: *“Ritenuto che il ricorso presenta apprezzabili profili di inammissibilità per difetto di giurisdizione del g.a. in favore del g.o. alla luce delle recenti sentenze delle Sezioni Unite (n. 22693/2022) e del Consiglio di Stato (n. 1461/2022 e 2056/2022)”*.

Detta Ordinanza merita censura e riforma per i seguenti

## MOTIVI

***Erronea valutazione delle risultanze procedurali e documentali. Difetto di istruttoria. Erronea motivazione. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni in tema di riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego.***

Il T.A.R. Lazio ha respinto la domanda di sospensione della efficacia esecutiva degli atti impugnati ritenendo, sulla base di talune recentissime pronunce che si producono per comoda consultazione del Collegio, che la giurisdizione, nel caso di specie, debba essere attribuita al Giudice Ordinario (*id est*: il Tribunale Civile di Roma).

Epperò, pur consapevoli che la fattispecie in esame è fonte di vivace dibattito giurisprudenziale sulla *potestas iudicandi* con pronunce tra di loro contrastanti e decise di volta in volta su profili peculiari che investono ciascun caso concreto, deve essere necessariamente denunciata la fretteolosità della valutazione operata dal primo Giudice, verosimilmente a cagione della sommarietà propria della fase cautelare.

V'è da dire, infatti, che i richiami del T.A.R. all'Ordinanza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 22693/2022 (**all. D**) ed alla Sentenza pronunciata da codesto Ecc.mo Consiglio di Stato n. 2056/2022 (**all. E**) sono del tutto **inconferenti**, siccome la prima è riferita ad atti del Dirigente Scolastico circa le graduatorie di Istituto mentre la seconda – che si appalesa **addirittura totalmente aliena al thema disputandum** – investe il tema delle concessioni di beni pubblici.

Ciò premesso, solo la recente Sentenza n. 1461/2022 (**all. F**) potrebbe apparire, in prima lettura, di conforto alla posizione assunta dal T.A.R., nonostante codesto Ecc.mo Consiglio di Stato abbia riconosciuto la complessità della corretta attribuzione della *potestas iudicandi*, avendo infatti compensato le spese di lite fra le parti statuendo che “**La novità delle questioni trattate e le difficoltà interpretative di cui si è dato conto giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio**”.

Anche tale Sentenza, però, **non risulta affatto sovrapponibile alla fattispecie per cui è causa**, e di tanto appare consapevole anche il primo Giudice che, infatti, **non ha pronunciato direttamente Sentenza di inammissibilità**, essendosi limitato a respingere l'istanza cautelare, ritenendo evidentemente oltremodo necessario un approfondimento che, però, **perverrà tra non meno di un paio di anni, tempo assolutamente incompatibile con le esigenze di tutela della ricorrente**.

In ogni caso, con la predetta Sentenza n. 1461/2022 - richiamata dal T.A.R. Lazio per motivare il rigetto dell'istanza cautelare - l'Ecc.mo Consiglio di Stato ha osservato che l'impugnativa era stata proposta “*esclusivamente per la mancata attribuzione del punteggio **per i***”

servizi, non presenti nella piattaforma del SIDI (Sistema Informativo Dell'Istruzione), in quanto precedenti all'anno scolastico 2011/2012 o, comunque, non richiamati nel sistema in quanto ancora non registrati. Nei due reclami infruttuosamente inoltrati all'amministrazione la docente segnalava **di avere appreso dai media di reiterati problemi di funzionamento del sistema del portale on-line, rivelatosi soggetto a falle, anomalie e incongruenze in tutta Italia, come documentato da tantissime segnalazioni degli interessati e delle Organizzazioni sindacali, con cui si era denunciato che alcuni dei dati inseriti non risultavano visibili nel file pdf della domanda, in quanto il sistema non li importava correttamente al momento del relativo inoltro telematico.**

Dunque **non sono ravvisabili nel caso di specie elementi valutativi dell'amministrazione, tali da configurare come discrezionale l'attività preordinata alla formazione delle graduatorie, cui corrisponderebbe una situazione di interesse legittimo della richiedente, rivendicando, invece, l'appellante il diritto all'attribuzione di un punteggio che le spetterebbe per i titoli effettivamente posseduti e che l'amministrazione non ha computato esclusivamente, stando al petitum sostanziale, per una disfunzione del sistema telematico di inserimento delle domande**".

Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato ha infatti concluso per la giurisdizione del Tribunale Civile affermando che "**La vicenda esaminata nel caso di specie, riguardante la mancata attribuzione di punteggio per titoli posseduti a causa di una disfunzione del sistema telematico di inserimento delle domande, spetta quindi alla giurisdizione del giudice ordinario, vertendosi in tema di accertamento di diritti soggettivi di docenti già iscritti in graduatorie**".

Appare allora evidente che, invece, nel caso che qui occupa **non trattasi di una disfunzione informatica, bensì semplicemente di una omessa valutazione e/o considerazione dei titoli vantati ed idonei ad ottenere sovrappunteggio.**

In tale peculiare contesto, diventa assolutamente ineludibile per la ricorrente conseguire da codesto Supremo Collegio **una rapida pronuncia di riforma dell'Ordinanza**, od eventualmente di conferma, **in modo da disporre di un orientamento autorevolissimo** (e quasi definitivo) **circa la giurisdizione in subiecta materia.**

Come anticipato, infatti, il T.A.R. Lazio, proprio in considerazione della peculiarità della vicenda e dei confini di giurisdizione spesso labili, ha ritenuto di **non poter pronunciare Sentenza semplificata**, lasciando però la ricorrente in una situazione del

tutto “*ambulante*”, atteso che essa allo stato non dispone di una Sentenza declinatoria della giurisdizione in favore del G.O. che abbia disposto la *translatio iudicii*, bensì di una mera Ordinanza resa in sede sommaria cautelare che appare dichiaratamente dubitativa, appalesandosi dunque elevatissimo il rischio che, riproposto il giudizio dinanzi al Giudice Ordinario (Tribunale Civile di Roma), quest’ultimo possa a sua volta dichiararsi carente di giurisdizione (eventualmente sollevando conflitto dinanzi alle Sezioni Unite della Suprema Corte), a tutto danno della ricorrente che, al contrario, necessita di tutela cautelare rapida ed urgentissima tenuto conto della palese fondatezza delle proprie ragioni (siccome rilevabili *materialiter*) e, nel contempo, del fatto che a distanza di quasi quattro mesi dall’inizio delle lezioni non ha ancora assunto la cattedra che le spetterebbe alla stregua della sua esatta collocazione in graduatoria, neppure in esito ai periodici scorrimenti.

#### **P.Q.M.**

la Sig.ra **Francesca SILVESTRO**, *ut supra* rapp.ta, dom.ta e difesa, ferma la valutazione riservata all’Ecc.mo Collegio circa la possibilità di autorizzare la notifica per pubblici proclami *ex art. 41, comma IV, C.P.A.*,

#### **CONCLUDE**

per l’accoglimento del ricorso avverso e per l’annullamento dell’impugnata Ordinanza cautelare del Giudice di primo grado (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*) n. 7174/2022, depositata il 24.11.2022, e dunque per l’accoglimento della istanza cautelare proposta in primo grado, con affermazione della giurisdizione amministrativa nella presente fattispecie contenziosa, con sospensione dell’efficacia esecutiva dei provvedimenti impugnati, sussistendo tanto il *fumus boni iuris* quanto il *periculum in mora*, ordinando all’Amministrazione di attribuire alla ricorrente il punteggio aggiuntivo di 13,50 e di collocarla dunque in graduatoria alla posizione 189 con il corretto punteggio di 43, sospendendo l’efficacia dei contratti di assunzione in servizio se *medio tempore* stipulati.

Con vittoria di spese e compensi del doppio grado di giudizio cautelare.

Si allega fascicolo di parte con la seguente documentazione:

- A) **Ordinanza cautelare impugnata n. 7174/2022 con firma digitale Collegio;**
- B) **ricorso introduttivo R.G. 12772/2022;**
- C) **atto di costituzione intimati del 10.11.2022;**
- D) **Ordinanza Cassazione Civile a Sezioni Unite n. 22693/2022;**

