

TRIBUNALE DI ROMA
SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA
RICORSO EX ART 700 c.p.c.
CON CONTESTUALE ISTANZA EX ART. 151 C.P.C

PER: la sig.ra **SORGENTE Luisa** nata a Santa Maria Capua Vetere (CE) il 25/10/1997 (c.f.SRGLSU97R65I23L) e residente a Castel Campagnano (CE) al vico Sorto Concezione , n°9 rappresentata e difesa dall'avv. dall'avv. **Izzo Giuseppe** (c.f.: ZZIGPP81M24D843MR) ed **Avv. Antimo Buonamano** (c.f. BNMNTM82E24D708U) avv. **Fausto Fusco** (c.f.: FSCFST82R26C034D iscritti al foro di S. Maria c.v., giusta procura in calce al presente atto, domiciliato per l'occasione presso il nostro studio in Cellole (CE) Piazza Raffaello n. 19 dove dichiara di voler ricevere le comunicazioni al numero di fax 08231607722 oppure all'indirizzo (PEC): **studiolegaleizzo24@pec.it** - **avv.antimobuonamano@lawpec.it** - **fausto.fusco@pec.it**

CONTRO:

- **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA** in persona del Ministro pro tempore, viale Trastevere 76, 00153 – Roma domiciliato ex legge presso l'Avvocatura dello Stato con sede in Roma
- **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER IL LAZIO** nella persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliato ex legge presso l'Avvocatura dello Stato con sede in Roma;
- **UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI ROMA** nella persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliato ex legge presso l'Avvocatura dello Stato con sede in Roma;
- **E NEI CONFRONTI DI TUTTI I CONTROINTERESSATI** docenti inseriti nell'elenco GPS seconda fascia prov. di Roma classe di concorso B019 (Laboratorio di servizio di ricettività alberghiera) e GPS incrociate Sostegno seconda fascia (ADSS Sostegno scuola secondaria II Grado).

IN FATTO

- A.** In data 06.05.2022 il Ministero dell'Istruzione emanava l'Ordinanza Ministeriale 112, con la quale si istituiva e si disciplinavano le Graduatorie per le Supplenze (GPS); (**doc.1**)

- B.** con domanda prot. 7500388 **la** ricorrente presentava domanda per l'aggiornamento delle Graduatorie per le Supplenze (GPS) per il biennio 2022-2024 per la provincia di Roma; **(doc.2)**
- C.** in data 30.08.2022 l'ufficio scolastico di Roma pubblicava le graduatorie e la docente veniva inserita:
- a. per la classe B019 nella posizione n. 122 con punteggio 57; **(doc.3 pag. 1356)**
 - b. per la classe B021, nella posizione n. 87 con punteggio 30; **(doc.3 pag. 1416)**
- D.** Il 12/08/2022 **prot. 8670590** la ricorrente ha presentato domanda per le supplenze relative all'anno scolastico 2022/2023, esprimendo preferenze per le classi B019 e B021 –ADSS nelle graduatorie GPI (graduatorie provinciali incrociate) GPS **(doc.4)**
- E.** Per l'anno scolastico 2022/2023, le operazioni di conferimento delle nomine a tempo determinato nelle graduatorie GPS e GPI sono state effettuate dalla piattaforma informatica in uso per questo tipo di procedura e numerosi candidati hanno segnalato al Ministero che il sistema aveva nominato aspiranti posti in posizione inferiore rispetto alla loro nella graduatoria di riferimento. Tale è la situazione della ricorrente, infatti, dal bollettino definitivo di nomine a tempo determinato, contenente gli esiti delle operazioni di conferimento e pubblicato il **09.09.2022 (doc.5-6)**, per tutte le classi di concorso risultano nominati docenti i quali nelle graduatorie GPS e GPI si trovavano in posizione inferiore rispetto al ricorrente .In particolare, per la **classe ADSS GPI** sono stati nominati i docenti nelle scuole prescelte dalla ricorrente, come da reclami inoltrati dalla ricorrente e mai riscontati dall'amministrazione
- 1) **GENCO MARCO** ADSS - RMRH06000V UGO TOGNAZZI FINO AL TERMINE DELLE ATTIVITA DIDATTICHE; (doc.6 pag. 181), scuola scelta dal ricorrente alla posizione 14 della domanda doc. 4;
 - 2) **DE FILIPPO FILOMENA** ADSS - SOSTEGNO SCUOLA GPI GPS RMIS12200T I.I.S. APICIO - COLONNA GATTI FINO AL TERMINE DELLE ATTIVITA DIDATTICHE; (doc.6 pag. 181), scuola scelta dal ricorrente alla posizione 23 della domanda doc. 4;
 - 3) **COSTANZO LUIGI** ADSS - RMRH06000V UGO TOGNAZZI FINO AL TERMINE DELLE ATTIVITA DIDATTICHE; (doc.6 pag. 180), scuola scelta dal ricorrente alla posizione 14 della domanda doc. 4;
 - 4) **TORNESE MICHELA** ADSS - RMIS071006 IS VIA COPERNICO POMEZIA FINO AL TERMINE DELLE DIDATTICHE; (doc.6 pag. 169), scuola scelta dal ricorrente alla posizione 33 della domanda doc. 4;
 - 5) **MARANDO MARIA ANGELA** ADSS - RMIS112007 GUGLIELMO MARCONI FINO AL TERMINE DELLE DIDATTICHE; (doc.6 pag. 159), scuola scelta dal ricorrente alla posizione 26 della domanda doc. 4;
- F.** In data 09.09.2022 la ricorrente provvedeva ad inviare formale reclamo senza avere riscontro **(doc.7)**

Tali nomine, sono potenzialmente lesive del diritto della ricorrente, in quanto relative a candidati con punteggio inferiore al suo per supplenze corrispondenti alle preferenze da lei indicate nella domanda.

D I R I T T O

A. SULLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO

La presente controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, poiché riguarda atti –quali l'individuazione e la nomina degli aspiranti docenti presso i singoli istituti scolastici –assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, che non comportano l'esercizio di discrezionalità amministrativa.

La giurisprudenza di Cassazione è più volte intervenuta sul tema, ribadendo la sussistenza della giurisdizione ordinaria ogni qual volta si discuta della legittimità dei singoli atti di conferimento degli incarichi.

In particolare, la pronuncia delle **Sezioni Unite n. 27991 del 16/12/2013** ha chiarito quanto segue: *“in numerose (...) pronunce rese in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento a controversie promosse per l'accertamento del diritto all'utile collocamento in graduatoria, con precedenza rispetto ad altro docente, questa Corte (Cass., sez. un., 10 novembre 2010, n. 22805; 16 giugno 2010, n. 14496; 3 aprile 2010, n. 10510) ha costantemente ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario. Il medesimo principio è stato riaffermato più recentemente da questa Corte (Cass., sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3032); in senso conforme anche Cons. Stato, ad. plen., 4 luglio 2011, n. 11 (...) Nel merito della questione di giurisdizione, può premettersi in generale che le procedure relative alla formazione ed all'aggiornamento delle graduatorie permanenti (oggi ad esaurimento) del personale docente non si configurano come procedure concorsuali e quindi non appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a quella del giudice ordinario, in quanto vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 5, comma 2 di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poiché la pretesa consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione(...) non possono configurarsi, infatti, né l'inerenza a procedure concorsuali (Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 63), per l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto, di un atto di approvazione finale che individui i vincitori -trattandosi piuttosto dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti (anche derivanti da partecipazione a concorsi) in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili”* inoltre la Corte specifica che quando *“è contestata dai ricorrenti la legittimità della regolamentazione, con disposizioni generali ed astratte, delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione in parte qua (...) e non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria (...) la giurisdizione allora non può che essere giudice amministrativo (...) mentre appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la contestazione che investa esclusivamente i singoli atti di conferimento degli incarichi”* (nello stesso senso si veda Cons. di Stato n. 11 del 12/07/2011, Cons. di Stato, n. 953 del 09/03/2016, Cass. SU, sent. n. 8098/2020).

Recentemente, le Sezioni Unite hanno inoltre precisato che la giurisdizione si determina in base al *petitum sostanziale* pertanto «*occorre distinguere (...) a seconda che la questione, involgente un atto di gestione delle graduatorie, riguardi in via diretta la posizione soggettiva dell'interessato e il suo diritto al collocamento nella giusta posizione nell'ambito della graduatoria ovvero l'oggetto del giudizio sia l'accertamento della legittimità della regolamentazione stessa delle graduatorie ad esaurimento quale adottata con atto ministeriale, in quanto in tal caso viene contestata la legittimità della regolamentazione, con disposizioni generali ed astratte, delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione in parte qua, e non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previa disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, anche eventualmente di natura normativa sub primaria*» (Cass. SU, sent. n. 5454/2019).

Pertanto ove non si contestino i criteri di attribuzione dei punteggi fissati dall'atto amministrativo generale (DM o OM), ma semplicemente la corretta applicazione degli stessi da parte del soggetto incaricato di formare la graduatoria e di provvedere all'individuazione e conseguente nomina dei docenti, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario.

B. SULLA COMPETENZA PER TERRITORIO DEL GIUDICE ADITO

La competenza territoriale del caso che ci occupa è di codesto On.le Tribunale (in termini Tribunale di Roma- 2° sez. Lavoro n. 42710/2013).

Ed infatti, “con riguardo alla controversia relativa ad un rapporto di lavoro ancora da costituire fra le parti, la competenza deve essere individuata nella circoscrizione in cui ha la sede la struttura periferica (Area Territoriale) nella quale sono ricompresi gli istituti scolastici PRESSO I QUALI IL LAVORATORE CHIEDE DI ESSERE ADDETTO, simmetricamente a quanto avviene nei casi in cui il rapporto di lavoro controverso è ancora in vigore o è stato risolto, allorché rileva l'ufficio al quale il dipendente è addetto ed era addetto al momento della cessazione del rapporto stesso”.

Dello stesso avviso è la Cassazione civile sez. VI n. 21506/2013. In tale pronuncia la S.C. ha ribadito il principio consolidato in giurisprudenza (si veda ex multis Cass. 14666/00) in base al quale l'art.41.3 comma 5 c.p.c è inapplicabile “in tutti i casi, come quello attuale, in cui si verte di un rapporto di lavoro ancora da costituire”. In particolare viene ribadito che “con riguardo alla controversia relativa ad un rapporto di lavoro ancora da costituire fra le parti, non possono operare- al fine della determinazione della competenza territoriale – né il foro del luogo già sorto il rapporto (foro che presuppone un rapporto di lavoro già sorto, quantunque in ipotesi poi venuto ad estinguersi), né il foro della dipendenza aziendale(che presuppone il lavoratore già addetto alla dipendenza all'atto dell'estinzione): occorre invece fare applicazione unicamente alla sede del terzo (e residuale) criterio previsto dall'art. 413 cod. proc. civ. ossia del foro della sede del datore di lavoro”.

Più in particolare, in conformità della sentenza delle SS.UU. n. 11043/2001, va ricordato il principio secondo cui, ai fini della corretta applicazione dell'art. 413 c.p.c, vanno considerati equipollenti tra loro il rapporto di lavoro già costituito e quello che è solo virtuale.

Il datore virtuale, inoltre, non è il MI ma è l'ufficio Scolastico Provinciale ove viene fatta la domanda e che all'interno di sono scuole richieste della città di Cassino: ciò, in primis, al fine di "evitare un accentramento delle controversie in materia di pubblico impiego nel foro della capitale", giacché, viceversa, in ipotesi di conteziosi aventi ad oggetto l'inserimento in GAE, "sussisterebbe, in ragione della ubicazione del ministero competente, sempre la competenza territoriale del Tribunale di Roma, in funzione del giudice del lavoro, attenendosi in tal modo un risultato esattamente contrario all'intento di decentramento sotteso alla disciplina in materia". Il Ministero, pertanto, ha declinato la propria competenza organizzativa e di gestione del settore scuola, attribuendo, finanche, legittimazione passiva agli Uffici Scolastici decentrati, così come si evince del DPR n. 260/07.

C. FUMUS BONI IURIS: SULL'ILLEGITTIMITÀ DELL'ATTO PER VIOLAZIONE DI LEGGE

Dalle osservazioni svolte emerge l'illegittimità per violazione di legge dell'atto di individuazione (e conseguente nomina) dei docenti destinatari delle suddette supplenze (come da bollettino nomine pubblicato il 01.09.2022- 12.09.2022-22.09.2022 e 28.09.2022 all'esito delle operazioni di conferimento), i quali si trovavano in posizione inferiore rispetto alla ricorrente nella graduatoria, senza essere titolari di riserva.

Più precisamente, per l'individuazione e la nomina dei docenti cui assegnare le supplenze, annuali e temporanee, dell'anno scolastico 2022/2023 occorre fare riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 4 legge n. 124/99 (come modificato, da ultimo, dagli artt. 1 *quater*, comma 1, DL n. 126/19, convertito con legge n. 159/19 e 2, comma 4 DL n. 22/2020, convertito con legge n. 41/2020), nel Regolamento del Ministero dell'Istruzione sulle supplenze dei docenti, adottato con DM del 13/06/2007, nell'Ordinanza del Ministero dell'Istruzione n. 112 e nella Circolare del Ministero dell'Istruzione n. 28597 (**doc.12**), recante istruzioni e indicazioni operative in materia di supplenze al personale docente, educativo ed ATA per l'anno scolastico 2022/2023; vengono inoltre in considerazione gli artt. 21 e 33 legge n. 104/92, quanto alla priorità di scelta della sede scolastica e l'art. 3 legge n. 68/99, relativo all'assunzione del personale avente diritto alla riserva dei posti.

In applicazione della suddetta normativa, per l'attribuzione delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche (di cui all'art. 4, commi 1 e 2 legge n. 124/99 ed alle lettere a) e b) della circolare del Ministero dell'Istruzione n. 25089/2021), si utilizzano le graduatorie ad esaurimento (c.d. GAE) e, in caso di esaurimento od incapacienza delle stesse, si procede allo scorrimento delle graduatorie provinciali per supplenze (c.d. GPS), costituite in attuazione dell'Ordinanza Ministeriale n. 60 del 10 luglio 2020.

Con riferimento alla priorità di scelta della sede scolastica prevista dalla legge n. **104/92**, la **circolare n.28597**) chiarisce che *“alla priorità di scelta della sede per gli aspiranti che beneficiano, nell'ordine, degli articoli 21, 33, comma 6, e 33 commi 5 e 7 della legge 104/92, si dà luogo esclusivamente quando, scorrendo la graduatoria secondo le posizioni occupate dagli aspiranti utilmente collocati, l'avente titolo alla suddetta priorità faccia parte di un gruppo di*

aspiranti alla nomina su posti della medesima durata giuridica e della medesima consistenza economica; in tali casi l'aspirante fruisce della priorità nella scelta, sempre che permangano le condizioni che hanno dato luogo alla concessione del beneficio. In nessun caso, pertanto, i beneficiari delle disposizioni in questione possono ottenere posti di maggiore durata giuridica e consistenza economica che non siano stati prioritariamente offerti all'opzione degli aspiranti che li precedono in graduatoria”

L'attribuzione delle supplenze deve dunque seguire l'ordine della graduatoria, salva solo l'applicazione della legge n. 68/99 in materia di assunzione del personale avente diritto alla riserva dei posti.

Come precisato nelle guide pubblicate sul sito del Ministero dell'Istruzione, nella domanda di assegnazione delle supplenze, il candidato inserisce le preferenze ai fini delle supplenze annuali e delle supplenze fino al termine delle attività didattiche. Gli elementi che compongono una preferenza sono: l'insegnamento (corrispondente alla classe); la sede (che può essere indicata con riferimento alla singola scuola, o al Comune, o al distretto); il tipo di contratto (annuale, o fino al termine delle attività didattiche, o su spezzone di orario); il tipo di cattedra (esterna stesso Comune, o esterna altro Comune); il tipo di scuola.

La nomina è unica su una determinata scuola e per uno specifico insegnamento; quando si esprime una preferenza sintetica, la procedura attribuisce il posto, analizzando le disponibilità sulle scuole appartenenti a quel Comune o distretto, in ordine alfanumerico crescente dei codici meccanografici di tutte le scuole incluse in quel Comune o distretto. Ogni preferenza non espressa rappresenta esplicita rinuncia ad essere nominato sul posto eventualmente disponibile.

Ne consegue l'illegittimità dei bollettini di nomine pubblicate all'esito delle operazioni di conferimento.

D. SULLA DOMANDA CAUTELARE- VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI SCORRIMENTO DELLA GRADUATORIA

Nella fattispecie in esame, sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare, con disapplicazione, ex art. 700 c.p.c., del provvedimento amministrativo illegittimo contenente l'esito delle operazioni di conferimento (bollettino nomine), pubblicati nel mese di settembre e conseguente attribuzione alla ricorrente della supplenza in base a scorrimento della graduatoria.

Il *fumus boni iuris* è rappresentato da tutte le ragioni, in fatto ed in diritto, fin qui esposte e risultanti dalla documentazione prodotta, per cui la domanda appare fondata. E' dunque evidente il diritto della ricorrente di ottenere, in base allo scorrimento della graduatoria, la corretta attribuzione della supplenza.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, sul punto, è univoca.

E, invero, basti rammentare che, in casi analoghi, sovrapponibili alla fattispecie in discorso, quest'ultimo si è pronunciato nel senso che l' *“impossibilità di comprendere le modalità con le quali [...] siano stati assegnati i posti disponibili, costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura [...]”* (Cons. St. n. 8472/2019). In particolare, l'impossibilità in discorso, cagionata dal difetto ovvero dall'omessa motivazione del provvedimento di assegnazione delle sedi, costituisce *“[...] violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e*

trasparenza, poiché non è dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse. Infatti, l'impossibilità di comprendere le modalità con le quali [...] siano stati assegnati i posti disponibili, costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura. Non solo, gli esiti della stessa paiono effettivamente connotati dall'illogicità e irrazionalità [...]" (Cons. St. sent. n. 2270/2019).

Eppure lo scorrimento della graduatoria non è una regola a cui si può derogare per qualsivoglia esigenza amministrativa, in quanto qualsiasi deroga comporterebbe la lesione dei principi di imparzialità e di buon andamento. In altre parole, *"lo scorrimento della graduatoria vincola l'amministrazione"* (Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 18 giugno 2013, n. 15212). Infatti, non v'è dubbio che anche la procedura di assegnazione di supplenze è basata sulla redazione di una graduatoria, alla cui formazione concorrono l'anzianità, i titoli di servizio ed altri elementi ricollegabili a situazioni familiari personali del richiedente, in ordine ai quali sono predeterminati appositi punteggi (cfr., *ex multis*, T.A.R. Napoli, (Campania), sez. VI, 21/03/2007, n. 2620).

In proposito, il Consiglio di Stato ha chiarito che: *"il mancato rispetto dei criteri per l'assegnazione delle sedi e l'utilizzo di meccanismi del tutto estranei al bando in danno dei vincitori del concorso rispetto a coloro che li seguivano in graduatoria assoluta, dà luogo ad un'incertezza assoluta sulle modalità di assegnazione delle sedi che appare contrastare con i cardini dell'imparzialità e del buon andamento. In linea generale deve infatti rilevarsi che la regola dell'attribuzione delle sedi dei vincitori in esito alla posizione assunta da ciascuno di essi in graduatoria è espressamente sancito.... sotto il profilo generale, dall'art. 28, I° comma del Regolamento recante norme generali per svolgimento dei concorsi e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi di cui al D.P.R. 9 maggio 1994 n. 487 per cui le amministrazioni e gli enti interessati procedono a nominare in prova e ad immettere in servizio i lavoratori utilmente selezionati anche singolarmente o per scaglioni, nel rispetto dell'ordine di avviamento e di graduatoria integrata."* (Cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza 16.10.2011, n. 5611) A ciò si aggiunga che, sempre secondo il Supremo Consesso *"il criterio dell'assegnazione delle sedi di concorso ai vincitori secondo l'ordine di graduatoria assurge dunque al rango di principio normativo generale della materia che quindi opera anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dal bando. In conseguenza, la scelta della sede tra quelle non ancora occupate da chi lo precede è un legittimo interesse giuridico del vincitore."*

Pertanto, il criterio dell'assegnazione delle sedi di servizio secondo l'ordine di graduatoria assurge al rango di principio normativo generale della materia, che quindi deve operare anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dalla norma speciale. Come chiaramente affermato dal Tribunale di TARANTO in una vicenda per molti versi analoga, *"la scelta della sede tra quelle non ancora occupate da chi lo precede in graduatoria è un diritto del vincitore"*. (cfr. Tribunale di Taranto, sezione lavoro, ordinanza 30.12.2013). A ben vedere, la concreta motivazione di tale *modus operandi* del MI non è altro che il frutto di una procedura non esente da difetti; non a caso infatti si sono registrati gravi ritardi nella pubblicazione degli elenchi, ed è dunque intuibile, che il ritardo nelle operazioni e l'esigenza di operare in tempi rapidissimi, siano la reale causa di tali gravissime imprecisioni.

Le esigenze di speditezza non possono essere motivo per derogare ai principi fondamentali della procedura selettiva, e per consentire che l'Ufficio si auto-riconosca poteri discrezionali che gli sono del tutto estranei. Il Consiglio di Stato, a tal proposito ha statuito che: *"neppure l'eventuale difficoltà nella formazione*

di una graduatoria (come conseguenza dei vincoli autoimposti in sede di fissazione della lex specialis) può legittimare l'Amministrazione a disattendere le prescrizioni, in quanto l'intangibilità delle previsioni del bando di amministrativa e della par condicio tra i concorrenti.” (Cfr. Cons. St., Sez. VI, sent. n. 2489 del 27.04.2011).

Anche il Tribunale di Frosinone ha decretato che: **“l'ordine in cui vengono esaminate le richieste di assegnazione delle supplenze annuali non può che essere dato dal più alto punteggio nella graduatoria GPS. Neanche può ritenersi che l'espressione di preferenza data ad una sede abbia valenza preclusiva rispetto alla possibile destinazione del docente a sedi indicate in seconda o terza o ulteriore preferenza. Tale interpretazione sarebbe del tutto irragionevole perché porterebbe a non considerare tutti i candidati che esprimono, per una determinata sede, una preferenza diversa rispetto alla prima laddove un qualsiasi altro candidato – anche con punteggio pari a zero – abbia indicato quella sede come sua prima preferenza (cfr., in termini, Corte di Appello di Roma sentenza n.1617/2020 del 17.7.2020).”** (Ordinanza Tribunale di Frosinone n. cronol. 2813/2022 del 11/02/2022 RG n. 3560/2021) (doc8-9-10-11)

In conclusione, la condotta dell'amministrazione è palesemente illegittima perché, violando i principi costituzionali suddetti, ignorando interamente gli obblighi di procedere secondo l'ordine di graduatoria nell'assegnazione di ciascun candidato nella sede indicata secondo l'ordine espresso, ha posto in essere una procedura selettiva del tutto parziale (“i migliori” non hanno avuto diritto ad ottenere la sede di servizio “migliore”). Tale condotta amministrativa concreta una violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.).

1) L'UTILIZZO DELL'ALGORITMO NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

In relazione all'utilizzo del sistema informatico all'interno del procedimento di conferimento di incarichi e tempo determinato la giurisprudenza di merito e amministrativa formatasi sul punto afferma, in maniera oramai consolidata, che l'utilizzo nell'azione amministrativa di un **sistema basato sull'algoritmo non è di per sé illegittimo** purché siano assicurati:

- 1) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati;
 - 2) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo;
 - 3) la verifica e la sindacabilità in sede giurisdizionale dei dati immessi e dei criteri utilizzati.
- Nel caso in esame la ricorrente lamenta che, a causa di un errore addebitabile all'algoritmo di cui l'Amministrazione scolastica non si è avveduta non avendo svolto la dovute verifiche non ha ottenuto il giusto incarico.

In particolare, il Tar, in una delle pronunce sul tema, evidenzia come l'utilizzo dell'algoritmo fa venire meno l'attività amministrativa, devolvendola ad un meccanismo matematico od informatico

impersonale “orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione”.

Pur impostando l'algoritmo in modo da tener conto di tutti i presupposti che la legge richiede per l'emanazione del provvedimento finale, secondo il Tar¹ “*giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario [...] gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche. A essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale*”.

Ancor più esplicativa è la considerazione secondo la quale le “*procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguire ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo; ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*”.

Tuttavia, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, l'utilizzo di procedure robotizzate non deve portare all'elusione dei principi che conformano l'ordinamento e lo svolgersi dell'attività amministrativa.

A tal proposito, il Collegio elabora un “decalogo” contenente i criteri in presenza dei quali l'utilizzo dell'algoritmo è legittimo e conforme ai suddetti principi, ovvero quando la regola tecnica posta alla sua base:

¹ Tar Lazio, Sez. III –bis, sentenza 10 settembre 2018, n. 9224, ripresa anche dalla sentenza, emessa dalla medesima Sezione del Tar, 27 maggio 2019, n. 6607. In senso conforme, Tar Lazio, Sez. III -bis, sentenza 13 settembre 2019, n. 10964.

- *“possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, deve soggiacere ai principi generali dell’attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.;*
- *non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l’elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz’altro non può essere demandata al software, è quindi da rintracciarsi al momento dell’elaborazione dello strumento digitale;*
- *vede sempre la necessità che sia l’amministrazione a compiere un ruolo ex ante di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell’algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di deep learning);*
- *deve contemplare la possibilità che – come è stato autorevolmente affermato – sia il giudice a “dover svolgere, per la prima volta sul piano ‘umano’, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica”, con la conseguenza che la decisione robotizzata “impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti”.*

Secondo il Consiglio di Stato, l’algoritmo, ovvero il relativo software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un “atto amministrativo informatico”, quindi soggetto ai principi procedurali previsti dall’ordinamento, tra cui quello della trasparenza.

In tali fattispecie, però, la trasparenza assume una “*declinazione rafforzata*” che si sostanzia nella piena conoscibilità: (i) della regola espressa in un linguaggio diverso rispetto a quello giuridico, (ii) degli autori dell’algoritmo, (iii) del procedimento utilizzato per la sua elaborazione, (iv) del meccanismo di decisione e (v) dei criteri o dei dati utilizzati a tal riguardo.

In sostanza, continua il Collegio, “*la “caratterizzazione multidisciplinare” dell’algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice*”.

Inoltre, la regola algoritmica è soggetta alla piena cognizione del giudice, il quale deve poter verificare come il potere sia stato concretamente esercitato dall’amministrazione, a tutela anche del diritto di difesa dei privati, che non può essere precluso dalle concrete modalità di esercizio del potere.

Sicché, il giudice deve poter valutare la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti, dalla sua costruzione all’inserimento dei dati, compresa la validità degli stessi e la loro gestione e, conseguentemente, la logicità e la ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, anche attraverso la regola che governa l’algoritmo.

I principi sopra enunciati sono stati confermati dal Consiglio di Stato in una successiva pronuncia, nella quale viene ulteriormente messo in evidenza il vantaggio dell’utilizzo degli algoritmi per l’assunzione di decisioni da parte della pubblica amministrazione, in quanto idonei a “*correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un’imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva*”.

Inoltre, il Collegio specifica che non sussistono motivi per limitare l'utilizzo di tali strumenti alla sola attività vincolata, piuttosto che discrezionale, *“atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge”*. Di conseguenza, *“se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità”*.

Fondamentale, però, è garantire gli elementi minimi di garanzia per il privato, consistenti nel rispetto del principio di trasparenza, nella predetta declinazione “forte”, e l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e di legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo e sul quale cade l'eventuale responsabilità per la violazione dei diritti e degli interessi dei soggetti incisi.

Con la predetta pronuncia, il Consiglio di Stato, richiamando alcune disposizioni sovranazionali, elabora tre ulteriori principi:

- il principio di conoscibilità, in base al quale ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, nel caso vi siano, ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata. Tale principio si pone quale applicazione degli artt. 13, 14 e 15 del Regolamento UE 2016/679, sull'obbligo di informativa agli interessati da parte del titolare del trattamento e sul diritto di accesso, nonché dell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, che sancisce il diritto di accesso ai documenti nel contesto dell'Unione europea, e risponde al *“Right to a good administration”*, in base al quale quando l'Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire e di consentire l'accesso ai suoi documenti, dando le ragioni della propria decisione. Nel caso di utilizzo degli algoritmi, alla conoscibilità deve accompagnarsi anche la *“comprensibilità”*, ovvero la possibilità di ricevere informazioni sulla logica utilizzata;
- principio di non esclusività della decisione algoritmica, che trova il suo fondamento nell'art. 22 del GDPR e si sostanzia nel diritto a non vedersi applicare una decisione completamente automatizzata nel caso in cui la stessa produca effetti giuridici che riguardino o incidano significativamente su una persona. Nello specifico, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione robotizzata (secondo il modello HITL – *human in the loop*);
- principio di non discriminazione algoritmica, ricavabile dal considerando n. 71 del GDPR, in base al quale è opportuno che il titolare del trattamento metta in atto delle procedure volte a limitare il rischio di errori e inesattezze che possano incidere sui diritti e le libertà delle persone a cui è rivolto il procedimento automatizzato, impedendo effetti discriminatori sulla base della razza, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle opinioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento

sessuale. Per evitare tali effetti, occorre che vi sia la possibilità di rettificare i dati “in ingresso” presi in considerazione dall’algoritmo.

Più recentemente, il Consiglio di Stato ha ulteriormente ribadito le argomentazioni sopra illustrate, evidenziando che il ricorso all’algoritmo deve essere inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi nel rispetto dei principi e dei limiti previsti dalla legge attributiva del potere, nonché delle norme del GDPR precedentemente citate.

Tra i principi elaborati nelle sentenze del Consiglio di Stato precedentemente illustrate, quello della “trasparenza” gioca un ruolo fondamentale per il legittimo utilizzo dell’algoritmo nel procedimento amministrativo.

Infatti, le elaborazioni automatiche che tale strumento comporta, caratterizzate da logiche matematiche o informatiche, di fatto potrebbero impedire un’adeguata conoscenza delle logiche sottese e della correttezza dei parametri e delle informazioni elaborate, tanto da parte dei soggetti destinatari del provvedimento quanto dello stesso giudice chiamato a vagliarne la legittimità.

Di conseguenza, la trasparenza deve spingersi fino a consentire la piena conoscenza dei meccanismi alla base del funzionamento dei suddetti strumenti automatizzati, senza che a ciò possa opporsi l’eventuale riservatezza delle informazioni legate ai software utilizzati da parte delle imprese produttrici.

A tal proposito, infatti, il Consiglio di Stato ha chiarito che *“non può assumere rilievo l’invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all’evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza”*.²

Il principio di trasparenza viene, inoltre, ulteriormente rinvigorito dalle disposizioni del Regolamento UE 2016/679, che ne tratteggiano nuovi contorni.

Ci si riferisce, in particolare, all’obbligo di informativa che la pubblica amministrazione, in qualità di titolare del trattamento, è tenuta a fornire agli interessati ai sensi degli artt. 13 e 14 del GDPR, nella quale deve essere indicata l’eventuale esistenza di un processo decisionale automatizzato, nonché le informazioni significative sulla logica utilizzata, unitamente all’importanza e alle conseguenze previste dal trattamento.

All’obbligo di informativa fa da contraltare il diritto di accesso alle medesime informazioni da parte degli interessati, ai sensi dell’art. 15 del GDPR.

² Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270.
Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8474.
Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 881.
Consiglio di Stato, sentenza n. 881/2020 cit.

Tale tipologia di accesso si aggiunge a quello procedimentale *ex artt. 22 e ss. della L. n. 241/90*, nonché a quello civico e civico generalizzato di cui al D.Lgs. n. 33/2013, innalzando il livello della trasparenza dell'azione amministrativa.

E. PERICULUM IN MORA

Quanto al requisito del *periculum in mora*, la nomina di aspiranti docenti posti in posizione inferiore a quella della ricorrente e con punteggi inferiori ai suoi, con conseguente sua mancata nomina, è pregiudizievole per il suo diritto. Infatti, a causa dell'atto illegittimo, la ricorrente non ha potuto assumere la supplenza, con conseguente danno in termini di punteggio e condizioni contrattuali.

Inoltre, i docenti nominati in violazione dei criteri di legge acquisiranno indebitamente punteggio e posizioni che incideranno nelle graduatorie future. L'urgenza dell'emissione del provvedimento cautelare è rappresentata dall'esigenza della ricorrente di essere correttamente nominata per la supplenza, già nel corso del corrente anno scolastico 2022/2023.

Come precisato dal Tribunale di Latina e Frosinone: *“Considerata la verosimile fondatezza del diritto della ricorrente a ricoprire un incarico di supplenza già a far data dal 23.09.2021 e vista l'attuale condizione di inoccupazione, il perpetrarsi della disposta estromissione dalla intera procedura di reclutamento straordinaria per l'anno scolastico in corso determina un evidente pregiudizio attuale allo sviluppo professionale della ricorrente con effetti però destinati a crescere esponenzialmente anche per l'immediato futuro, atteso che la mancata maturazione del punteggio di servizio per quest'anno condurrà inevitabilmente all'incremento del distacco tra chi si è visto assegnare un incarico annuale a tempo determinato, magari illegittimamente, e chi, come la odierna ricorrente, è stato ingiustamente estromesso dalla procedura di reclutamento, specie ove si ponga mente all'imminente riapertura delle graduatorie nel 2022.”*

Si precisa che ad oggi la ricorrente è disoccupata, poiché il lavoro di insegnante è l'unica fonte di guadagno per se.

Per le ragioni sopra dedotte in fatto e in diritto, la parte ricorrente formula le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia il Tribunale Ill.mo, previa fissazione dell'udienza di discussione ai sensi dell'art. 415 c.p.c.,

In via cautelare

- 1) Disporre, *ex art. 700 c.p.c.*, la disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo contenente l'esito delle operazioni di conferimento (bollettino nomine), pubblicato in data 09.09.2022, nella parte in cui attribuisce ad altro docente –come dettagliato in narrativa –la supplenza spettante alla ricorrente in base allo scorrimento della graduatoria, con conseguente attribuzione alla ricorrente della supplenza stessa.
- 2) condannare parte resistente alla stipula di un contratto di lavoro a tempo determinato per l'anno scolastico 2022/2023, in base al punteggio subordina al risarcimento del danno da quantificare come al pagamento in proprio favore delle differenze retributive pari a 2 mensilità per un totale di **€2.773,60**, calcolati in base all'ultimo stipendio come da

cedolino, in subordine in somma ritenuta giusta dal giudicante, cioè quelli intercorrenti tra la mancata nomina ed un eventuale nuovo incarico

In via istruttoria

In caso di specifica contestazione delle parti convenute, ordinare al Ministero dell'Istruzione l'esibizione di tutta la documentazione relativa ai titoli dichiarati dai docenti nominati con punteggi inferiori a quello della ricorrente

In caso di specifica contestazione delle parti convenute, ordinare al Ministero dell'Istruzione l'esibizione di tutta la documentazione relativa ai titoli dichiarati dai docenti nominati con punteggi inferiori a quello della ricorrente.

In ogni caso

Con vittoria di spese e onorari tutti, oltre IVA e CPA come per legge, con distrazione.

Si allegano i documenti menzionati in narrativa, si comunica che gli allegati al presente ricorso superano la soglia prevista dei 30 mb, per cui si depositeranno successivamente.

Si dichiara, ai sensi e per gli effetti del d.p.r. 115/2002, che la presente causa ha valore di non oltre €26.000,00 è quindi l'importo del contributo unificato è di €118.50.

Cellele 08.11.2022

Avv. Antimo Buonamano

(firmato digitalmente)

ISTANZA PER LA NOTIFICAZIONE AI SENSI DELL'ART. 151 CPC

Il sottoscritto avv. Antimo Buonamano, che assiste, rappresenta e difende i ricorrenti giusta delega in calce all'atto introduttivo del soprascritto ricorso,

PREMESSO CHE

il ricorso ha per oggetto l'accertamento del diritto del ricorrente alla stipula di un contratto a tempo determinato per l'anno scolastico 2022/2023;

- ai fini dell'integrale istaurazione del contraddittorio, il ricorso deve essere notificato a tutti i docenti potenzialmente controinteressati, ossia a tutti i docenti che sarebbero scavalcati in graduatoria e per il punteggio acquisito del ricorrente;

RILEVATO CHE

la notifica del ricorso nei modi ordinari sarebbe gravosa, non soltanto in ragione dell'immenso numero dei destinatari, ma soprattutto

CONSIDERATO CHE

- la tradizionale notificazione per pubblici proclami prevede che sia pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale un semplice sunto del ricorso;
- l'efficacia di tale forma di notificazione è stata più volte messa in dubbio e significative, al riguardo, sono le affermazioni contenute nella decisione della Quarta Sezione del Consiglio di

Stato 19.02.1990, n. 106, "... Non pare possa ragionevolmente invocarsi un onere di diligenza media del cittadino-potenziale convenuto in giudizio- di prendere visione costante del Foglio degli annunci leali della Provincia o della Gazzetta ufficiale, nei quali il sunto del ricorso viene pubblicato [...]";

- la pubblicazione sulla G.U. appare comunque oltremodo onerosa per la ricorrente;
- l'Ill.mo Giudice del Lavoro adito, ai sensi dell'art. 151 cpc, può autorizzare la notifica con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica;
- il Tribunale di Roma ha più volte disposto, quale forma di notifica alternativa alla tradizionale notificazione per pubblici proclami prevista dall'art.150 cpc, la pubblicazione del ricorso nel testo integrale sul sito internet del ramo di amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte (**ex multis Tribunale di Roma sez. Lavoro rg 207/15 Il presidente Mario Bresciano- TAR Lazio, Sez. III bis, ord. N9458/2014**)

RILEVATO, INFINE, CHE

Tale forma di notifica continua a essere utilizzata sistematicamente dal Giudice Amministrativo nonché dal Giudice Ordinario in tutte le ipotesi di vertenze collettive. Si veda, all'uopo, il sito del MIUR all'indirizzo:

http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami_/2.

Tutto ciò premesso, il sottoscritto avvocato

FA ISTANZA

Affinché Codesto Ill.mo Tribunale, valutata l'opportunità di autorizzare la notificazione ai sensi dell'art. 151 c.p.c, con diverse modalità da quelle stabilite dalla Legge, in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante l'inserimento in G.U.

VOGLIA AUTORIZZARE

La notificazione del ricorso:

- quanto ai potenziali controinteressati evocati in giudizio, attraverso la pubblicazione integrale del testo del ricorso sul sito del Miur;
- quanto alle amministrazioni convenute, mediante notificazione all'Avvocatura Distrettuale dello Stato.

Celle 12.10.2022

Avv. Antimo Buonamano