

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

DEL LAZIO – SEDE DI ROMA -

RICORSO ED ISTANZE CAUTELARI EX ARTT. 55 E 56 C.P.A.,

Per Viviana Maria Misiano nata a Reggio Calabria il 31.05.1986 (c.f. MSNVNM86E71H224R) rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Americo (c.f. MRFCNC77C14D643F, pec: francescoamerico@ordineavvocatiroma.org, fax: 0696708512) e dall'avv. Filippo Aiello (c.f. LLAFFP60C10B790L – pec: filippoaiello@ordineavvocatiroma.org - fax 0696708512) elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, via Cosseria n. 2, cap 00192 come da mandato in calce al ricorso

CONTRO

- **Conservatorio di Musica S. Cecilia**, in persona del legale rappresentante pro tempore.
- **Ministero dell'Istruzione, Università e della Ricerca**, in persona del Ministro p.t in carica.

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIVA

A. *Del Bando di concorso per titoli ed esami per la formazione di una graduatoria di idonei al profilo professionale di assistente (ex assistente amministrativo) -Area Seconda – Tab. C CCNL Comparto AFAM – da utilizzare per assunzione a tempo determinato pubblicata il 03.10.2017 dal Conservatorio di Musica Santa Cecilia di Roma; Nonchè per l'annullamento di tutti i provvedimenti generali, di estremi sconosciuti che dovessero autorizzare e/o determinare la scelta amministrativa di procedere all'avvio della procedura di reclutamento del suddetto personale. Nonché per la impugnazione di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali anteriori e successivi, di estremi sconosciuti, ivi compreso ove necessario e se interpretato in termini successivamente lesivi alla posizione qui rappresentata anche per l'annullamento dei provvedimenti amministrativi autorizzatori alla nomina del personale proveniente dalla suddetta procedura; nonché per l'annullamento degli elenchi degli ammessi alle prove scritte, orali e dei relativi esiti; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto e di data ignota.*

B. previa declaratoria in via cautelare

del diritto della ricorrente ad essere inserita nella graduatoria di istituto del Conservatorio di S. Cecilia aggiornata al 31.10.2017

con condanna

al risarcimento in forma specifica e/o in forma equivalente di tutti i danni patiti e patendi dalla ricorrente per effetto del mancato aggiornamento della graduatoria di istituto pubblicata nel 2016 dal Conservatorio di S. Cecilia

PREMESSE IN FATTO

1) La ricorrente già dipendente con contratti di lavoro a tempo determinato presso l'Accademia di Belle Arti di Bologna e l'Accademia Nazionale di Danza ha da ultimo prestatato servizio presso il Conservatorio di Santa Cecilia con contratto di lavoro a tempo determinato, inquadrata nel profilo professionale di assistente amministrativo.

2) Codesto Istituto, in applicazione di quanto previsto dalla circolare Miur del 27 luglio 2012 prot. N. 5259/MGM nonché dalla circolare n. 8880 del 28.10.2013 e nelle more dell'adozione della nuova disciplina sul reclutamento del personale delle istituzioni AFAM previsto dalla L. 508/99, ha previsto, previa apposita procedura selettiva bandita nel 2016, la formazione di apposite graduatorie permanenti che, in base a quanto prescritto dall'art. 8 del bando: *“ Le graduatorie sono permanenti. Il Conservatorio provvede annualmente all'aggiornamento delle stesse, verificando, mediante procedura – il maturare dei requisiti previsti dal precedente articolo 2 del personale in servizio”*.

3) Come stabilito anche dall'art. 2 del suddetto bando, nell'ambito della graduatoria permanente, che deve essere aggiornata annualmente dall'Istituto, vi rientra il personale con almeno 24 mesi di servizio, anche non continuativi, nelle istituzioni Afam.

4) Contravvenendo alle suddette norme, l'Amministrazione ha deciso di non procedere all'aggiornamento della graduatoria permanente di istituto relativa al profilo di appartenenza della Misiano ovvero quello di assistente – Area II CCNL 04.08.2010, pubblicata il 28.10.2016, bensì di procedere alla copertura dei tre posti disponibili utilizzando la graduatoria dell'Istituto Superiore per le Industrie Artistiche (ISIA) di Roma per assegna-

re il suddetto incarico di assistente limitatamente a due posti e di procedere ad un nuovo avviso pubblico interno per titoli ed esami per conferire il residuo posto disponibile.

5) Tale modalità di operare risulta irragionevole nonché in contrasto con le note pubblicate dal Miur e con le prescrizioni previste dal medesimo Conservatorio in occasione della pubblicazione del bando del 2016 finalizzato alla formazione delle graduatorie di istituto permanenti in cui si evidenziava chiaramente che, tale graduatoria, sarebbe stata aggiornata annualmente al fine di procedere al conferimento dei posti disponibili includendo il personale che avesse maturato i 24 mesi di servizio.

6) Per effetto di quanto sopra, la ricorrente che ha maturato il requisito per l'inserimento nella suddetta graduatoria, si è vista irragionevolmente esclusa a causa del suo mancato aggiornamento.

7) Inoltre, tale circostanza concretizza un danno rilevante nei confronti della ricorrente considerato che la stessa graduatoria rientra tra quelle che saranno utilizzate per il reclutamento del personale di ruolo ai sensi dell'art. 554 del D.Lgs n. 297/94 giusto quanto previsto con DPR del 12.10.2017 con il quale il Miur è stato autorizzato ad assumere 103 unità di personale tecnico amministrativo.

8) Tutto ciò premesso si agisce per ottenere l'annullamento dei provvedimenti impugnati per i seguenti motivi di diritto.

DIRITTO

I. Violazione erronea e falsa applicazione dell'art. 2 e ss della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche e integrazioni. Violazione delle norme che disciplinano la formazione e aggiornamento delle graduatorie di istituto. Violazione dell'art. 8 del bando pubblicato il 25.10.2016 nella parte in cui prevede l'aggiornamento annuale della graduatoria.

Come ricostruito in fatto la controversia ha per oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta operata dall'Amministrazione in relazione all'emissione del bando

di concorso impugnato nonostante le note ministeriali abbiano espressamente previsto la priorità di attingere dalle graduatorie permanenti di istituto che devono essere annualmente aggiornate.

La situazione giuridica dedotta in giudizio appartiene pertanto alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost., poiché in tale ipotesi, la controversia non riguarda il "diritto all'assunzione" della ricorrente, ma il suo interesse legittimo affinché l'Amministrazione ponga in essere una coerente e motivata attività organizzativa di amministrazione, di cui invece l'emissione del provvedimento impugnato testimonia al contrario la illegittimità e contraddittorietà con gli interessi qui rappresentati e relativi ad un corretto procedimento di accesso al pubblico impiego.

Come noto, i Conservatori e le Accademie Statali originariamente inseriti nel sistema scolastico, seppur senza decentramento territoriale a differenza degli istituti scolastici, cessano del tutto di farne parte con l'emanazione della legge di riforma 21 dicembre 1999 n. 508, che dà attuazione all'ultimo comma dell'art. 33 della Costituzione.

La predetta legge n. 508/1999 incardina i Conservatori e le Accademie Statali nel sistema AFAM (Alta Formazione Artistica e Musicale), riconoscendo loro in modo specifico al primo comma dell'art. 2 il diritto di darsi ordinamenti autonomi.

Per effetto della predetta riforma i Conservatori e le Accademie Statali diventano formalmente Istituti Superiori di Studi Musicali e Coreutica, dotati di *“ personalità giuridica e godono di autonomia statutaria didattica, scientifica, amministrativa, finanziaria e contabile ai sensi del presente articolato, anche in deroga alle norme dell'ordinamento contabile dello Stato e degli enti pubblici, ma comunque nel rispetto dei relativi principi (art. 2, comma 4 legge n. 508/1999).*

In particolare nell'articolare le predette autonomie, l'art. 2, al comma 7, riconosce agli Istituti di alta formazione artistica e musicale autonomia nel reclutamento del personale nei limiti fissati da apposito regolamento ministeriale da emanare ai sensi dell'art. 17, comma 2 della legge n. 400/1988, regolamento che ad oggi non è stato ancora emanato.

Nelle more, pertanto, il reclutamento del personale delle predette Istituzioni avviene applicando le norme generali e quindi quelle che vengono applicate per gli istituti in cui prestano servizio.

Al fine di garantire uniformità nelle procedure di reclutamento il Miur ha emanato la nota prot. 5259 del 27.07.2012 nella quale ha individuato le diverse modalità di assunzione e le relative priorità.

In particolare, in tale documento si rileva che: *“ In relazione alla copertura dei posti vacanti e/o disponibili successivamente alle operazioni di mobilità alcune istituzioni hanno formulato quesiti intesi a conoscere l’orientamento ministeriale in merito alla costituzione di graduatorie per titoli, periodicamente aggiornabili, da utilizzare per le assunzioni a tempo determinato fino alla emanazione del regolamento sul reclutamento previsto dall’art. 2, c. 7, lett e) della legge n. 508/1999. In tali graduatorie sarebbe incluso il personale in servizio a tempo determinato nell’Istituzione, con almeno 24 mesi di servizio nel comparto afam, nella qualifica di riferimento della graduatoria, tenuto conto che si tratta di unità che hanno già superato procedure concorsuali pubbliche per esami e titoli o, caso dei coadiutori, prove idoneative, attesa la provenienza di questi ultimi dalle graduatorie dei centri provinciali per l’impiego; le graduatorie così costituite verrebbero aggiornate annualmente con l’inserimento di coloro che matureranno il requisito dei 24 mesi di servizio al termine degli anni accademici successivi. Per le ulteriori necessità di personale che dovessero eventualmente presentarsi successivamente alla sottoscrizione dei contratti a tempo determinato con il personale incluso nelle predette graduatorie, nel caso di esaurimento delle stesse, si procederebbe, come di consueto, con nuove procedure selettive pubbliche o mediante ricorso a graduatorie vigenti proprie o di istituzioni limitrofe. [..]. Alla luce di tale disposizione la prospettata ipotesi di costituire le graduatorie per titoli, periodicamente aggiornabili, destinate alle assunzioni a tempo determinato, se limitata ai profili professionali di assistente e coadiutore, non appare in contrasto con la richiamata normativa, atteso che le unità di personale coinvolte sarebbero quelle che, avendo prestato più di 24 mesi di servizio, sono per di più in possesso del requisito previsto dall’art. 554 del TU 297/94 per l’assunzione a tempo indeterminato alla conclusione della procedura autorizzatoria ex art. 39 c. 3 ter della legge 27.12.1997 n. 449, attualmente in itinere”.*

Da quanto sopra si evince chiaramente che, una volta avviata la procedura per la formazione di una graduatoria per titoli da utilizzare per le assunzioni a tempo determinato, il Conservatorio deve procedere al suo aggiornamento annuale mediante l'inserimento di coloro che, come la ricorrente, hanno maturato il requisito dei 24 mesi di servizio e, soltanto per le ulteriori necessità di personale che dovessero presentarsi successivamente alla sottoscrizione dei contratti con il personale incluso in dette graduatorie, nel caso di esaurimento delle stesse, il Conservatorio potrebbe procedere con nuove procedure selettive pubbliche ovvero con il ricorso a graduatorie di istituzioni limitrofe.

Tali prescrizioni sono state confermate anche con altra nota n. 8880 emessa dal Miur in data 28.10.2013 nella quale si afferma che: *“ In risposta ai numerosi quesiti formulati dalle Istituzioni in materia di graduatorie di istituto utilizzabili per assunzioni a tempo determinato, lo scrivente Ufficio conferma quanto già comunicato con precedente nota n. 5259 del 27.07.2012”*.

Appare evidente, pertanto, che l'Amministrazione resistente, in palese violazione delle disposizioni sopra richiamate, abbia omesso irragionevolmente di procedere all'aggiornamento delle graduatorie di istituto formate nel 2016 disponendo la copertura dei posti disponibili mediante la pubblicazione di un nuovo bando di concorso.

Eppure, il bando di concorso pubblicato dal Conservatorio di S. Cecilia per la formazione delle suddette graduatorie di istituto in data 25.10.2016, oltre a richiamare tra i diversi “visto” e “considerato” la nota del Miur assunta il 27.07.2012 (sopra indicata) avente ad oggetto il personale amministrativo e tecnico, prescrive in maniera chiara all'art. 8 rubricato *“ formazione, pubblicazione e validità delle graduatorie per le assunzioni a tempo determinato”* che: *“ 3. Le graduatorie sono permanenti. Il Conservatorio provvede annualmente all'aggiornamento delle stesse, verificando – mediante procedura – il maturare dei requisiti previsti al precedente art. 2 del personale in servizio”*.

Alla luce di quanto sopra, il provvedimento impugnato merita di essere sospeso ed annullato in quanto illegittimo!

..ooOoo..

II. *Violazione, erronea e falsa applicazione della L. n. 241/1990 e successive modifiche e integrazioni in relazione all'obbligo di motivazione. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e sviamento. Ingiustizia manifesta.*

I provvedimenti impugnati sono altresì illegittimi, per la totale carenza di motivazione rispetto al mancato aggiornamento e scorrimento della graduatoria di istituto pubblicata nel 2016.

La l. n. 241/90 ha disciplinato il procedimento amministrativo, prevedendo, tra l'altro il principio della obbligatorietà della motivazione e della partecipazione "dei soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti". Nel nostro caso la ricorrente ha senz'altro titolo ad agire avendo un interesse concreto ed attuale affinché l'Amministrazione provveda ad aggiornare la graduatoria di istituto al 31.10.2017.

La finalità della trasparenza, efficienza e buon andamento, in attuazione dei principi costituzionali, risultano, pertanto, pienamente conseguite attraverso una corretta applicazione delle disposizioni che la medesima Amministrazione aveva assunto.

La ricorrente non comprende le ragioni che hanno portato il Conservatorio a bandire una nuova procedura ed a non aggiornare la graduatoria di istituto che avrebbe portato al suo inserimento ed alla individuazione quale avente titolo all'incarico di supplenza.

D'altronde "Nel processo amministrativo, la motivazione del provvedimento amministrativo costituisce, ai sensi dell'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies comma 2, cit. 1. n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti; in effetti il principio della necessaria motivazione degli atti amministrativi non è altro che il precipitato dei più generali principi di buona amministrazione, correttezza e trasparenza, cui la Pubblica amministrazione deve uniformare la sua azione e rispetto ai quali sorge per il privato la legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni giustificative del provvedimento incidente sui suoi interessi, anche al fine di poter esercitare efficacemente le prerogative di difesa innanzi all'autorità giurisdizionale (vedi sentenza n. 560 del 06 aprile 2016 – TAR Lecce).

Anche Codesto Ecc.mo TAR del Lazio ha attribuito rilevanza al principio sopra richiamato evidenziando che *"La motivazione del provvedimento amministrativo consiste nella enunciazione delle ragioni di fatto e nell'individuazione delle relative norme di diritto che ne hanno giustificato il*

contenuto, ed è finalizzata a consentire al destinatario del provvedimento la ricostruzione dell' iter logico - giuridico che ha determinato la volontà dell'Amministrazione consacrata nella determinazione a suo carico adottata. La motivazione degli atti amministrativi costituisce uno strumento di verifica del rispetto dei limiti della discrezionalità allo scopo di far conoscere agli interessati le ragioni che impongono la restrizione delle rispettive sfere giuridiche o che ne impediscono l'ampliamento, e di consentire il sindacato di legittimità sia da parte del giudice amministrativo che eventualmente degli organi di controllo, atteso che il disposto di cui all'art. 3, l. n. 241 del 1990, secondo cui ogni provvedimento amministrativo deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che determinano la decisione dell'Amministrazione. All'osservanza dell'obbligo di motivazione va attribuito un rilievo preliminare e procedimentale nel rispetto del generale principio di buona amministrazione, correttezza e trasparenza, positivizzato dall'art. 3, l. 7 agosto 1990 n. 241 rispetto al quale sorge per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e i motivi del provvedimento riguardante la sua richiesta" (sentenza n. T.A.R. Roma (Lazio) sez. II 02 settembre 2015 n. 11012).

Ciò premesso, attraverso la censura in argomento, risultano invocati e, quindi, trovano ingresso principi generali dell'ordinamento in materia di procedimento amministrativo, quali la trasparenza, la partecipazione e necessità di una adeguata istruttoria; ove si tratti di principi generali dell'ordinamento, il rispetto di quest'ultimi da parte dell'Amministrazione si impone, anche in carenza di previsioni espresse. Infatti nel procedimento amministrativo "assume un ruolo ponderante il principio della conservazione degli atti giuridici rispondente alle regole dell'economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento che impongono alla Pubblica Amministrazione, di *"far conservare efficacia ai provvedimenti assunti nel procedimento"*(Cons. Di stato, Sez. IV, 2 Ottobre 2012, n. 5184).

Come si è visto, il provvedimento impugnato viola le disposizioni ed i principi che devono essere posti a fondamento dell'attività amministrativa.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa è conforme nel sostenere che *"la necessità di assicurare la partecipazione procedimentale la quale è in funzione dell'arricchimento che deriva dall'azione amministrativa, sul piano del merito e della legittimità, dalla partecipazione del*

destinatario del provvedimento” (Tar Campania, Salerno, Sez. II, 20 Settembre 2010, n. 11084) e che “l’apporto partecipativo del privato non va inquadrato in termini di mera contrapposizione rispetto all’azione dell’Amministrazione, bensì in un’ottica di collaborazione rispetto all’istruttoria amministrativa. La partecipazione amministrativa è finalizzata all’effettiva e concreta realizzazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell’azione amministrativa predicati nell’art. 97 della Costituzione” (Cons. Di Stato, sez. IV, 26 Giugno 2004, n. 4480).

..ooOoo..

III. *Violazione, erronea e falsa applicazione dei principi in materia di scorrimento delle graduatorie vigenti. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e sviamento. Ingiustizia manifesta.*

Come già evidenziato nelle premesse in fatto, l’Amministrazione resistente, nonostante la vigenza di una graduatoria di istituto che avrebbe dovuto essere aggiornata secondo quanto prescritto nell’art. 8 del bando di concorso e, nonostante le chiari indicazioni fornite dal Miur, ha deciso illegittimamente di bandire un nuovo concorso per la copertura di un posto disponibile nel profilo professionale di assistente di appartenenza della ricorrente.

Nella fattispecie in esame trovano applicazione anche i principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa in materia di scorrimento della graduatoria.

Secondo i giudici amministrativi, infatti “lo scorrimento di una graduatoria rappresenta la regola generale cui l’amministrazione pubblica deve attenersi, con conseguente esclusione del ricorso a una nuova procedura concorsuale”¹.

Tale regola deve essere osservata per la copertura dei posti disponibili e, pertanto, è rafforzato il ruolo di modalità ordinaria di provvista del personale, in relazione ad una finalità primaria di ridurre i costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive, ma anche in relazione alla finalità di rispettare la dovuta

¹ Così T.A.R. Salerno sez. II 04/02/2014, n. 321.

stabilizzazione del personale inserito nelle graduatorie vigenti e precario (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 14 del 28 luglio 2011).

L'indizione di un nuovo concorso è pertanto l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che deve dar conto del sacrificio imposto al personale già idoneo e della sussistenza di preminenti diverse esigenze di interesse pubblico, che nel bando impugnato rimangono incomprensibili.

Nel nostro caso, sussiste anche la totale identità di posto messo a concorso rispetto a quello previsto nella graduatoria di istituto formata nel 2016 (Consiglio di Stato sentenza n. 1796 del 9 aprile 2015, in termini anche, Consiglio di Stato, Sezione III, 23 febbraio 2015, n. 909).

Infatti, il contenuto specifico del profilo professionale per il quale è stato indetto il concorso è assolutamente identico a quello della graduatoria esistente.

Quindi, in presenza di una graduatoria concorsuale efficace, la regola da seguire per la copertura dei posti disponibili è quella dello scorrimento della medesima prima dell'indizione di un nuovo concorso, per cui il bando impugnato ed i suoi atti e provvedimenti autorizzativi appaiono assolutamente immotivati e illogici.

La disciplina vigente, pur non spingendosi fino ad assegnare agli idonei un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria, con correlativo obbligo cogente per l'ente, impone all'amministrazione, che abbia a determinarsi diversamente, un rigoroso obbligo di motivazione della propria scelta derogatoria.

Obbligo che non recede ma è ancora maggiore in presenza di particolari ragioni di opportunità che militino per una scelta organizzativa diversa dalla nuova selezione, come l'esigenza appunto di stabilizzare personale precario.

La Giustizia Amministrativa più volte ha avuto modo di pronunciarsi anche recentemente su identica questione puntualizzando che l'istituto del cosiddetto "scorrimento della graduatoria" presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto; quindi l'obbligo di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude comunque all'amministrazione di bandire una nuova procedura

concorsuale ove decida di reclutare personale, al di là ed indipendentemente dalla assunzione del personale idoneo già inseriti nella graduatoria vigente.

Nel caso specifico, il Conservatorio avrebbe dovuto osservare le indicazioni fornite dal Miur applicando correttamente la normativa che disciplina l'aggiornamento delle graduatorie di istituto e procedere al conferimento degli incarichi attingendo dalla suddetta graduatoria che, ricordiamo, era stata già formata in occasione del bando pubblicato nel 2016 e che avrebbe dovuto ricevere apposito aggiornamento.

..ooOoo..

IV. Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e sviamento. Ingiustizia manifesta.

L'illegittimità del bando consegue poi anche dalla violazione del **principio di buon andamento ed imparzialità dell'Amministrazione** nell'organizzazione dei pubblici uffici desumibili dall'art. 97 della Cost., posto che *"l'Amministrazione è vincolata ad attingere alla graduatoria concorsuale ancora valida ed efficace, non potendo indire nuova tornata concorsuale"*.

Al riguardo il Consiglio di Stato già nell'anno 2010 rilevava che: *" quanto alle modalità della assunzione, il modus operandi della Amministrazione deve necessariamente consistere nella utilizzazione della graduatoria ancora valida. Solo tale opzione infatti soddisfa gli interessi pubblici sottesi: 1) alla reiterata scelta del legislatore di prorogare la validità delle graduatorie concorsuale a mezzo di continui interventi normativi (soltanto alcuni dei quali sono stati dianzi richiamati), al fine evidente di consentirne la utilizzazione (e non di obliterarla), e di evitare in tal modo inutile dispersione di tempo e denaro, consentendo la immediata provvista di personale già utilmente selezionato; 2) alla necessità che sia assicurata la imparzialità e la trasparenza dell'agire amministrativo, che verrebbe messa in dubbio dalla scelta di consentire alla Amministrazione di scegliere liberamente la modalità della nuova assunzione (in particolare, tra l'utilizzazione di una graduatoria ancora valida e una nuova indizione concorsuale), tanto più che i nominativi dei soggetti idonei sono noti alla Amministrazione, di tal che la decisione di*

utilizzare o meno la graduatoria, se lasciata alla sua libera e non motivata determinazione, potrebbe prestarsi a condizionamenti (in positivo o in negativo) poco in linea con il principio di trasparenza". (V. inoltre in termini **Cassazione sez. lav. 11 agosto 2008, n. 21509**, che ribadisce come "l'obbligo di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude all'amministrazione di bandire una nuova procedura concorsuale ove decida di reclutare personale").

Quindi secondo la giurisprudenza intervenuta in materia "in presenza di graduatorie valide ed efficaci, alla provvista di nuovo personale l'amministrazione deve provvedere normalmente attraverso lo scorrimento delle stesse. In tale situazione fattuale, la possibilità di bandire un nuovo concorso costituisce ipotesi eccezionale, considerata con sfavore dal legislatore più recente, in quanto contraria ai principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 1 l. 7 agosto 1990, n. 241), principi applicabili anche alla fase organizzativa in cui l'amministrazione stabilisce tempi e modalità con cui far luogo alla provvista di nuovo personale." ²

L'Amministrazione convenuta, pertanto, non poteva non fornire alcuna motivazione rispetto alla mancata utilizzazione delle graduatorie di istituto pubblicate nel 2016 che avrebbero dovuto essere aggiornate annualmente ed in cui la ricorrente sarebbe stata inserita avendo maturato il requisito dei 24 mesi di servizio.

..ooOoo..

V. Violazione del principio del legittimo affidamento. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e sviamento. Ingiustizia manifesta.

Una interpretazione diversa della normativa richiamata si porrebbe in stridente **contrasto con il principio di tutela dell'affidamento** integrando una **lesione della legittima aspettativa** della ricorrente che sulla scorta del bando pubblicato nel 2016 dal Conservatorio resistente, che prevedeva un aggiornamento annuale della graduatoria di istituto nonché al-

² Così: Consiglio di Stato sez. VI 04/07/2014, n. 3407.

la luce delle note del Miur che fornivano precise indicazioni circa l'impiego di tali graduatorie per la copertura dei posti disponibili e che avrebbe dovuto precedere qualunque altra modalità di assunzione (es. mediante nuovo concorso), faceva legittimo affidamento sull'applicazione di tali disposizioni.

Infatti, avendo maturato i 24 mesi di servizio, la ricorrente sarebbe stata inserita nella graduatoria di istituto del Conservatorio di S. Cecilia nel profilo professionale di assistente e sicuramente individuata quale destinataria di un incarico a tempo determinato considerato che alla data del 31.10.2017 presso il Conservatorio risultavano essere disponibili nr. 03 posti con nr. 02 unità di personale che avevano maturato il requisito dei 24 mesi di servizio, una delle quali, la Sig.ra Misiano.

LA CORTE COSTITUZIONALE HA INFATTI COSTANTEMENTE RIBADITO "IL VALORE DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO, il quale trova **copertura costituzionale nell'art. 3 Cost.**, non esclude che il legislatore possa assumere disposizioni che modifichino in senso sfavorevole agli interessati la disciplina di rapporti giuridici «anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti», ma esige che ciò avvenga **alla condizione «che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto»** (sentenze n. 56 del 2015, n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009). Solo in presenza di posizioni giuridiche non adeguatamente consolidate, dunque, ovvero in seguito alla sopravvenienza di interessi pubblici che esigano interventi normativi diretti a incidere peggiorativamente su di esse, **ma sempre nei limiti della proporzionalità dell'incisione rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti**, è consentito alla legge di intervenire in senso sfavorevole su assetti regolatori precedentemente definiti (ex plurimis, sentenza n. 56 del 2015)"³.

³ Così, da ultimo, **Corte Cost. n. 216 del 5 novembre 2015**, che sottolinea inoltre come *"la compressione di situazioni giuridiche rispetto alle quali opera un legittimo affidamento, esso non può essere perseguito senza una **equilibrata valutazione comparativa degli interessi in gioco** e, in particolare, non può essere raggiunto trascurando completamente gli interessi dei privati, con i quali va invece ragionevolmente contemperato."*

Nel bandire il concorso di cui all'impugnato provvedimento, l'Amministrazione resistente ha, invece, escluso l'aggiornamento della graduatoria di istituto incidendo negativamente nella sfera giuridica della ricorrente.

L'Amministrazione resistente, nonostante le indicazioni fornite dal Miur, non ha neppure esplicitato alcuna ragione attuale e concreta, da cui desumere la necessità di avviare un nuovo concorso piuttosto che aggiornare le graduatorie di istituto come invece è stato fatto dagli altri Conservatori che avendo graduatorie di istituto hanno provveduto al loro aggiornamento.

..ooOoo..

VI. Violazione del principio di buona amministrazione. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e sviamento. Ingiustizia manifesta.

Il modus operandi dell'Amministrazione contrasta anche con il principio di buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea: in base ai principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa la Pubblica Amministrazione è, infatti, tenuta, ogni qual volta debba fare delle scelte, ad effettuarle secondo correttezza e congruità **mentre, nella fattispecie in esame, l'Amministrazione ha incongruamente deciso di non aggiornare le graduatorie di istituto, disponendo la copertura dei posti disponibili attraverso una nuova procedura concorsuale.**

Tale modo di operare, si appalesa, pertanto, del tutto **contrario** anche **al principio comunitario di buona amministrazione per carenza di pubblico interesse.**

..ooOoo..

VII. Violazione del principio comunitario di proporzionalità e dell'art. 1 della legge 241/1990 e successive modifiche e integrazioni. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e sviamento. Ingiustizia manifesta.

La necessità di sospendere ed annullare il bando impugnato discende poi dalla violazione del **principio di proporzionalità dell'azione amministrativa**, che ha pieno ingresso nel nostro ordinamento, sia perché compreso tra i principi dell'ordinamento comunitario ex

art. 5 del TFUE e sia perché da sempre insito nell'art. 97 della nostra Costituzione.

Come noto il principio di proporzionalità, impone un'indagine c.d. "trifasica", che "si articola in tre distinti profili: a) **idoneità** del mezzo impiegato rispetto all'obiettivo perseguito; b) **necessarietà**: assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo che comporti il minor sacrificio al privato; c) **adeguatezza** dell'esercizio del potere rispetto agli interessi in gioco"⁴.

Nella fattispecie in esame invece risulta evidente come la soluzione preferita dall'Amministrazione non costituisce certo "la misura più mite" o idonea per raggiungere lo scopo.

Infatti, il Conservatorio, ha completamente ommesso di considerare le prescrizioni che aveva già previsto e che prevedevano in maniera chiara l'aggiornamento annuale delle graduatorie di istituto formate a seguito della procedura bandita nel 2016.

È pertanto evidente il contrasto delle cit. disposizioni anche con il **principio di proporzionalità dell'azione amministrativa**, posto che "In virtù dell'**art. 1 della l. n. 241/1990**, i **principi del diritto comunitario si applicano direttamente nell'ordinamento interno** e **debbono informare il comportamento dell'amministrazione**. Conseguentemente, il **principio di proporzionalità** (delineato in sede comunitaria) **non consente all'Amministrazione pubblica di adottare atti in misura non proporzionata all'interesse pubblico**, richiedendo, quindi, tra l'altro, l'idoneità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito e la necessità dello stesso. Quindi, secondo la definizione del principio deducibile dall'art. 5 comma 4 del TUE, **l'atto deve limitarsi a quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo.**"

..ooOoo..

VIII. *Risarcimento in forma specifica del danno subito. Inn via subordinata risarcimento per equivalente.*

⁴ Così: Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736, che conferma Tar Lazio, 16 gennaio 2002 n. 368, e in senso conforme: Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006 n. 2087, Cons. St., sez. V 19 giugno 2009, n. 4035, nonché T.A.R. Bari sez. III 17 dicembre 2008, n. 2908 e T.A.R. Pescara sez. I 20 febbraio 2008 n. 120, e TAR Abruzzo 11 marzo 2010, n. 173, e Tar Pescara, sentenza 2 ottobre 2012 n. 394.

Ebbene, tutto quanto fin qui censurato, è la prova provata di come l'Amministrazione, con il proprio comportamento non corretto, abbia causato alla ricorrente un ingiustificato danno.

Infatti, con DPR del 12 ottobre 2017, il Miur è stato autorizzato all'assunzione a tempo indeterminato per l'a.a. 2017/2018 di 103 unità di personale tecnico amministrativo per le istituzioni AFAM. Tali assunzioni avverranno per le istituzioni interessate mediante le graduatorie per soli titoli, che devono essere aggiornate con i servizi e titoli fino al 31 ottobre 2017.

Allora è evidente che il mancato aggiornamento della graduatoria di istituto precluderà alla ricorrente di partecipare al suddetto percorso di stabilizzazione vedendo vanificati tutti gli sforzi fatti in questi anni di precariato.

Orbene, il sistema positivo consente al giudice amministrativo sia in sede di giurisdizione generale di legittimità che esclusiva di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica rendendo così possibile una condanna dell'amministrazione ad un dare ad un fare o ad un *praestare* specifico che ripari il pregiudizio da questa cagionato.

Dalle considerazioni sopra esposte risulta palese che la condotta posta in essere dall'Amministrazione risulta lesiva dell'interesse della ricorrente ad essere inserita nella graduatoria di istituto del Conservatorio di S. Cecilia.

E l'illegittimità in questione si connota altresì con i caratteri dell'ingiustizia in quanto a seguito dei provvedimenti impugnati è stato altresì leso l'interesse al bene della vita al quale la posizione giuridica soggettiva della ricorrente si correla (posizione giuridica certamente meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo).

E' stato condivisibilmente affermato dalla giurisprudenza amministrativa al riguardo che, in tema di responsabilità della pubblica amministrazione, l'ingiustizia del danno non può considerarsi sussistente *in re ipsa*, quale conseguenza della illegittimità dell'esercizio della funzione amministrativa o pubblica in generale, dovendo in realtà il Giudice procedere ad accertare che sussista un evento dannoso; che il danno sia qualificabile come ingiusto (in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento); che l'evento dan-

noso sia riferibile, sotto il profilo causale, ad una condotta della pubblica amministrazione; che l'evento dannoso sia imputabile a responsabilità della Pubblica amministrazione anche sotto il profilo oggettivo del dolo o della colpa (in tal senso *-ex plurimis -*: Cons. Stato, V, 2 maggio 2013, n. 2388).

Ebbene, impostati in tal modo i termini sistematici della questione è evidente che non vi siano dubbi in ordine alla sussistenza, nel caso di specie, di un danno ingiusto meritevole di ristoro atteso che:

- risulta evidente che la ricorrente, a seguito del mancato aggiornamento della graduatoria di istituto sia stata ingiustamente estromessa da qualsiasi incarico a tempo determinato nonché dalle future immissioni in ruolo previste dal DPR sopra richiamato.
- sussiste, altresì, un evidente nesso di riferibilità causale fra la condotta illegittima dell'amministrazione (*i.e.*: mancato aggiornamento delle graduatorie di istituto) e l'evento dannoso (*i.e.*: il richiamato pregiudizio in termini economici e di carriera derivante dalla impossibilità di accedere ad incarichi annuali di lavoro ed all'immissione in ruolo).
- sussiste nel caso di specie anche l'elemento soggettivo della colpa dell'amministrazione la quale nonostante la chiarezza della normativa abbia negato l'interesse legittimo della ricorrente ad ottenere l'inserimento nelle graduatorie di istituto.

In subordine, dunque, si chiede che il danno da perdita di *chance* subito dalla ricorrente **sia risarcito in forma specifica** con la condanna delle amministrazioni convenute ad emanare tutti gli atti ritenuti necessari per l'aggiornamento della graduatoria di istituto del Conservatorio di S. Cecilia.

Nella denegata ipotesi che la domanda di risarcimento in forma specifica non sia accolta, non si può escludere un risarcimento del danno per equivalente derivante da attività c.d. "provvedimentale" patito e rappresentato nell'atto di ricorso, direttamente conseguente – in punto di nesso di causalità - all'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione che direttamente ha originato il mancato conferimento dell'incarico di lavoro e la impossibilità di accedere al piano di immissioni in ruolo previsto dal Miur.

Con riferimento alla quantificazione, i ricorrenti hanno diritto al pagamento, a titolo di risarcimento danni anche se del caso da perdita di *chance*, delle retribuzioni lorde perse a

seguito del mancato e/o ritardato inserimento nella graduatoria di istituto o alla diversa maggiore o minore somma da determinarsi in via equitativa.

In via ulteriormente subordinata, la giurisprudenza ha quantificato il danno ricorrendo ad un meccanismo risarcitorio parzialmente forfettizzato e predeterminato, il quale tiene conto della perdita del posto di lavoro e della perdita di retribuzioni conseguenti utilizzando come parametro normativo interno quello fornito dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, unico istituto attraverso il quale il legislatore ha monetizzato il valore del posto di lavoro assistito dalla c.d. stabilità reale, quale è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione: 5 mensilità quale indennizzo sanzionatorio previsto dall'art. 18 comma 4 L.300/70 oltre 15 mensilità quale misura sostitutiva della reintegra ai sensi dell'art. 18 comma 5 L. 300/70 (Trib. Genova 14 dicembre 2006, in Riv. Giur.Lav, 2008, II, 446 e ss.; Trib. Genova 5 aprile 2007, in Riv.it.dir.lav. 2007, 907; Trib. Genova 14 maggio 2007 in Lavoro e prev. Oggi, 2007, 1514; Trib. Latina, 27 novembre 2007, n. 3324; App. Genova 9 gennaio 2009, in Riv. It. Dir. Lav. 2010, 1, 133 e ss.; Trib. Foggia , 5 novembre 2009, in D & L. Riv. Critica dir.lav. 2010, 453) oppure le sole 15 mensilità (Trib. Roma Est. Forziati, n. 9443 del 19-05-2011), ovvero nella maggiore o minore somma da determinarsi in via equitativa.

..ooOoo..

DOMANDA EX ART. 56 COMMA 1 DL.VO 104 DEL 2010

Alla luce delle considerazioni che precedono, è evidente l'illegittimità degli atti impugnati, in quanto lesivi degli interessi e dei diritti della ricorrente.

Sussiste, pertanto, a norma dell'art. 56, comma 1 del D.Lgs. 104/2010 un caso di estrema gravità ed urgenza dacché le prove scritte del concorso di cui al bando qui impugnato sono state fissate per il giorno 1 dicembre.

Tale gravità ed urgenza, peraltro, è da leggersi anche nell'ottica della mancata *chance* di stipula di un contratto di lavoro a cui la ricorrente avrebbe avuto diritto se l'Amministrazione avesse provveduto all'aggiornamento della graduatoria di istituto.

Va, altresì, rilevato che l'esistenza di una situazione ad effetti irreversibili ed irreparabili tale da non consentire alcuna dilazione temporale intercorrente tra il deposito del ricorso

e la prima camera di consiglio utile va ravvisata negli stessi tempi tecnici per la fissazione dell'udienza camerale, i quali non consentirebbero alla ricorrente una pronta tutela, tale da legittimarne la sua partecipazione alle operazioni di nomina che sarebbero dovute avvenire sulla base della suddetta graduatoria!

Ciò comporterebbe un evidente pregiudizio a danno della ricorrente, la quale perderebbe l'opportunità di prestare servizio con nomina annuale.

A diverso opinare, verrebbe frustrato il principio di effettività della tutela invocata in quanto l'Amministrazione potrà destinare i posti disponibili sulla base di un procedimento illegittimo.

Tali motivi giustificano, pertanto, la concessione di un provvedimento *inaudita altera parte*.

ISTANZA DI SOSPENSIVA

Quanto *fumus boni iuris* abbiamo diffusamente argomentato sulla carenza di motivazione ed eccesso di potere dell'agire amministrativo.

Quanto al "periculum in mora" in questa sede si intende pertanto chiedere al Collegio di tutelare gli interessi legittimi fondamentali rappresentati, infatti il procedimento impugnato avrebbe ricadute gravemente lesive, conseguenti alle contraddittorie modalità di reclutamento disposte con il provvedimento impugnato rispetto alla legge. Appare evidente il danno grave ed irreparabile che scaturisce a chi ricorre dalla emissione dei provvedimenti impugnati, ma anche il danno grave e irreparabile che potrebbe scaturire anche per l'Erario, per il dispendio di risorse economiche collegate ad un procedura concorsuale illegittima.

P.Q.M.

Si chiede l'accoglimento del presente ricorso e per l'effetto l'annullamento previa sospensione del bando impugnato nella parte in cui rappresenta l'illegittimo operato dell'Amministrazione nella gestione generale del reclutamento del personale.

Si chiede altresì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica e/o per equivalente.

Ai fini del contributo unificato si dichiara che la presente causa è di valore indeterminabile e verte in materia di pubblico impiego.

Roma data del deposito

avv. Filippo Aiello

avv. Francesco Americo

Si notifici via fax ai sensi e per gli effetti degli artt. 55 e 56 cpa:

- 1) **Conservatorio di Musica S. Cecilia**, in persona del legale rappresentante pro tempore domiciliato come per legge presso l'Avvocatura Generale dello Stato, via dei Portoghesi n. 12 – Roma (fax: 0696514000).

- 2) **Ministero dell'Istruzione, Università e della Ricerca**, in persona del Ministro p.t in carica, domiciliato come per legge presso l'Avvocatura Generale dello Stato, via dei Portoghesi n. 12 – Roma (fax: 0696514000).

