

Publicato il 10/09/2018

N. 09227/2018 REG.PROV.COLL.
N. 11304/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11304 del 2016, proposto da Anna Rita Altieri, Anania Rosa, Fortunato Lorella Iolanda, Maradei Vincenzo, Raffa Maria Carmen, Tripodi Maria Rosa, Vetere Carlo, rappresentati e difesi dagli avvocati Michele Ursini, Esterdonatella Longo, Ida Mendicino, domiciliato presso la Tar Lazio Segreteria TAR Lazio in Roma, via Flaminia, 189;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Ufficio Scolastico Regionale per la Calabria, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Santo Maria Antonietta, Palermo Georgia, Cetera Carmela, Perri Antonio non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

dei provvedimenti del 13.08.2016 conclusivi delle procedure di mobilità nazionale straordinaria di cui all' o.m. 241/2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Ufficio Scolastico Regionale per la Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 26 giugno 2018 e nella Camera di consiglio del giorno 11 luglio 2018 il dott. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in trattazione, depositato il 19.10.2016, i ricorrenti, nella dedotta qualità di docenti immessi in ruolo nella c.d. fase C del piano straordinario assunzionale di cui alla L. n. 107/2015 (a seguito delle procedure indette ex art. 1, co. 98, lett. c) l. cit.) su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado, impugnano la procedura nazionale di mobilità attuata con ordinanza ministeriale n. 241/2016 in attuazione dell'art. 1, co. 108 della citata legge.

Al riguardo premettono che l'amministrazione, nell'ambito del predetto piano straordinario di mobilità territoriale e professionale ha obbligato i docenti immessi in ruolo nella fase C del medesimo – e quindi anche i ricorrenti – a presentare comunque domanda di mobilità all'esito della quale, tuttavia, ha disposto i trasferimenti senza tener conto delle preferenze da loro espresse, pur in presenza di posti disponibili nelle province indicate nella loro relativa domanda di mobilità in organico di fatto e in deroga, posti già assegnati a docenti dotati di punteggio inferiore.

1.1. Con sentenza n. 2505/2017 la Sezione declinava la giurisdizione in favore del G.O. sul presupposto che non trattavasi di procedura di assunzione su base concorsuale ex art. 63, d.lgs. n. 165/2001.

1.2. Il Consiglio di Stato, dopo aver sospeso la sentenza accogliendo la domanda cautelare con Ordinanza n. 3087/2017 e ordinando altresì al MIUR di rivalutare “con precisione e rigore, al di là di automatismi informativi d’altro tenore, di offrire agli appellanti sedi disponibili in loco più coerenti con il loro profilo lavorativo e le loro richieste”, con decisione n. 4565 del 2.10.2017 annullava la citata sentenza della Sezione affermando sussistere la giurisdizione del G.A. in quanto era stato gravato in via principale e diretta un atto generale di macroorganizzazione esplicante effetti su tutto il territorio nazionale e sulla posizione di migliaia di docenti coinvolti nell’avversata procedura di mobilità.

1.3. Con ricorso in riassunzione ex art. 105 c.p.a. del 29.11.2017 i ricorrenti trasponevano la causa davanti alla Sezione reiterando le censure già svolte.

Depositavano memoria digitale il 25.5.2018.

1.3. Alla pubblica Udienza del 26 giugno 2018 sulle conclusioni delle parti il ricorso veniva trattenuto a sentenza e alla Camera di consiglio del 11 luglio 2018 veniva assunta la presente decisione.

Preliminarmente va dato atto che i procuratori di parte ricorrente presenti all’Udienza pubblica dichiarano a verbale che con provvedimento del 19.6.2018 il Dirigente dell’Ambito territoriale di Cosenza ha disposto il rientro dei ricorrenti nelle sedi richieste nella domanda di mobilità, in linea con la domanda azionata con i giudizi.

2. Con unico mezzo (scomposto peraltro in tre motivi con il ricorso in riassunzione) gli esponenti rubricano violazione di varie norme di legge ed in particolare dell’art. 1, co. 108 della L. n. 107/2015 che dispone che per l’anno scolastico 2016/2017 è avviato un programma straordinario di mobilità territoriale su tutti i posti vacanti dell’organico dell’autonomia della scuola, rivolto ai docenti assunti a tempo indeterminato entro l’anno scolastico 2014/2015. Costoro partecipano a domanda alla mobilità per tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale in deroga al vincolo triennale

di cui all'art. 399 co. 3, d.lgs. n. 297/1994, di permanenza nella provincia, per tutti i posti vacanti, inclusi quelli assegnati in via provvisoria “nell'anno scolastico 2015/2016 ai soggetti di cui al comma 96, lettera b), assunti ai sensi del comma 98, lettere b) e c).”

La norma in disamina stabilisce dipoi che i docenti assegnatari provvisori di questi posti, ossia “i docenti di cui al comma 96, lettera b), assunti a tempo indeterminato a seguito del piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98, lettere b) e c) e assegnati su sede provvisoria per l'anno scolastico 2015/2016 partecipano” successivamente “per l'anno scolastico 2016/2017 alle operazioni di mobilità su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale ai fini dell'attribuzione dell'incarico triennale”.

Ai soli docenti assunti con contratto a tempo indeterminato entro il 2015 è stato dunque consentito di partecipare a tale piano straordinario di mobilità con precedenza rispetto ai docenti assegnati in via provvisoria per l'a.s. 2015/2016 ai sensi del comma 96, lettera b), ossia i docenti immessi in ruolo dalle Graduatorie ad esaurimento nella fase B) e C) (quest'ultima comprendente posti di potenziamento resisi disponibili in tutte le regioni italiane), docenti tutti i quali in forza del riportato secondo periodo dell'art. 1, co. 108, L. n. 107/2015, hanno potuto partecipare al contestato piano straordinario di mobilità solo successivamente e residualmente a quelli assunti entro l'anno scolastico 2014/2015.

I ricorrenti espongono che le immissioni in ruolo di cui alla illustrata “fase B” sono state effettuate sui posti dell'organico di diritto residuati dalla precedenti fasi 0 e A provinciali, mentre per la fase “C” si sono resi disponibili i posti di potenziamento in tutte le regioni.

2.1. Senonché, nel corso e all'esito delle procedure di immissione in ruolo di cui alla “fase B” si è riscontrato che sono stati assegnati a docenti titolari di maggior punteggio in graduatoria, i posti in province più lontane rispetto a quelle indicate con priorità nella domanda di assunzione, mentre molti

docenti con punteggio inferiore, in fase C sono divenuti assegnatari di posti di potenziamento nella provincia e nella classe di concorso scelta.

Di talché, secondo i ricorrenti è stata prevista la avversata fase di mobilità straordinaria per il 2016/2017 per rimediare alle cennate incongruenze ed è stato dunque consentito con il censurato piano straordinario di mobilità, ai docenti assunti entro il 2015 e in deroga al vincolo triennale di permanenza nella provincia i destinazione recato dall'art 399 co.3 del Testo unico, di chiedere il trasferimento volontario a domanda su tutti i posti vacanti e disponibili, compresi quelli assegnati ai docenti assunti in attuazione delle lettere b) e c) del comma 98 (id est dalle GAE, anche in potenziamento) ossia delle fasi B e C e con precedenza rispetto a questi ultimi, che infatti hanno potuto partecipare alla mobilità volontaria per ci è causa, in forza del disposto di cui al riportato secondo periodo dell'art. 2, co. 108 l. n. 107/2015, solo successivamente e sui posti residuati dalla prima fase di mobilità straordinaria riservata ai docenti immessi in ruolo ante 2015.

2.2. Purtuttavia si lamenta in ricorso che siffatto meccanismo straordinario di mobilità si è rivelato pregiudizievole per quei docenti, quali gli odierni ricorrenti, immessi in ruolo nella fase C, i quali sono stati trasferiti in province più lontane da quella di propria residenza o quella comunque scelta con priorità in sede di partecipazione alla procedura, benché in tali province di elezione fossero disponibili svariati di posti.

2.3. Con un ulteriore profilo di censura i deducenti si dolgono che in uno al predetto piano straordinario non è stato previsto un meccanismo di deroga a al vincolo quinquennale di permanenza nel posto già occupato per i docenti di sostegno, conseguendone che i medesimi non hanno potuto prender parte a questo piano straordinario per un posto comune, violandosi per loro il principio di uguaglianza.

2.4. Sotto altro concorrente profilo (secondo motivo del ricorso in riassunzione) i ricorrenti denunciano che il delineato piano straordinario non è stato corredato da alcuna attività amministrativa ma è stato

demandato ad un algoritmo, tuttora sconosciuto, per effetto del quale sono stati operati i trasferimenti e le assegnazioni in evidente contrasto con il fondamentale principio della strumentalità del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative. Vi sarebbe stata quindi effettuazione di attività provvedimentale senza la previa attività istruttoria e procedimentale.

L'algoritmo in sostanza ha sostituito l'istruttoria commessa ad un ufficio e ad un responsabile.

Dal che la violazione dell'art. 1 della L. n. 241 del 1990 e l'eccesso di potere per manifesta illogicità e irragionevolezza e difetto di motivazione.

2.5. Con il terzo motivo del ricorso in riassunzione si denuncia che ne sarebbe seguita anche la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che tutela il rispetto della vita familiare e privata, prodottasi per aver assegnato docenti che nella maggior parte dei casi sono genitori, in province lontane dalla loro residenza e dalla loro vita familiare.

3. Risolta dal Consiglio di Stato la questione della giurisdizione, nel merito la Sezione ritiene che il gravame sia fondato relativamente ai due motivi appena illustrati e pertanto meritevole di essere accolto, potendosi assorbire il terzo incentrato sulla violazione dell'art.8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

Giova in limine ricordare che già il Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 3087 del 21.7.2017 aveva reputato che l'appello fosse sostenuto da "consistenti elementi di fumus boni iuris" e poi con la successiva sentenza 2.10.2017 n. 4565 ha statuito che l'ordinanza cautelare fosse da trattare come un'ordinaria ordinanza di accoglimento di appello cautelare conseguendone l'obbligo per il MIUR di riesaminare la posizione dei ricorrenti.

3.1. Dirimente si profila in punto di diritto l'argomento secondo cui è mancata nella fattispecie una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento

dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola.

Al riguardo ritiene la Sezione che alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e 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 provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione.

Un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle guarentigie procedimentali 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.

3.2. Invero, anticipando conclusioni cui a breve si perverrà seguendo l'iter argomentativo di seguito sviluppato, può sin da ora affermarsi che gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificate e compresse 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.

Ad 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 provvedimento.

4. In proposito può utilmente essere richiamato e si ritiene di proporre per analogia alla soggetta questione, quanto di recente è stato affermato dalla giurisprudenza, sia pure nel caso esiziale di esclusione da una procedura concorsuale per problematiche discendenti dall'impiego della modalità informatica prescritta dalla lex specialis per la presentazione della domanda di partecipazione. Si è condivisibilmente precisato sul punto che “nel caso di specie, si è giunti invece ad un sostanziale provvedimento di esclusione, senza alcun procedimento, senza alcuna motivazione, senza alcun funzionario della Pubblica Amministrazione che abbia valutato il caso in esame ed abbia correttamente esternato le relative determinazioni provvedimentali potendosi inoltre rinviare alle motivazioni espresse dallo specifico precedente conforme di questa sezione del 27 giugno 2016, n. 806/2016, con cui si è evidenziata “la manifesta irragionevolezza, ingiustizia ed irrazionalità di un sistema di presentazione delle domande di partecipazione ad un concorso che, a causa di meri malfunzionamenti tecnici, giunga ad esercitare impersonalmente attività amministrativa sostanziale, disponendo esclusioni de facto riconducibili a mere anomalie informatiche” e che “pro futuro ed in un'ottica conformativa del potere, l'Amministrazione debba predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda”» (T.A.R. Puglia - Bari, n.896/2016)

4.1. Più di recente questa Sezione in chiave più generale ha riproposto, in materia di azione avverso il silenzio serbato sulla pretesa di ammissione al

completamento di una procedura di concessione di finanziamenti pubblici inibita per anomalie della piattaforma informatica contemplata quale esclusiva modalità di confezionamento e inoltro dell'istanza, l'ermeneusi già espressa nei medesimi sensi con il precedente di cui a T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III bis, n.8312/2016, affermando che : “3.2.1.Va al riguardo ribadito, invero, quanto già sancito dalla giurisprudenza della Sezione in tema di ruolo conferibile all'impiego dello strumento informatico in seno al procedimento, ossia il principio generale secondo il quale “le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni nei reciproci rapporti (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III bis, n.8312/2016; in termini cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2017 n. 5136” (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III bis, 8 agosto 2018, n. 8902).

4.2. Si segnala inoltre che con la decisione d'appello richiamata in quest'ultima pronuncia della Sezione, il Consiglio ha annullato un diniego di incentivo per la realizzazione di un impianto fotovoltaico assunto dal G.S.E. perché l'istanza, per il cui inoltro il relativo D.M. del 2007 stabiliva l'impiego unicamente della piattaforma informatica (ai sensi dell'art. 5, comma 10, del d.m. 19 febbraio 2007 «Il soggetto attuatore predispone una piattaforma informatica per le comunicazioni tra i soggetti responsabili e lo stesso soggetto attuatore>>) era stata inviata correttamente qualche giorno dopo la scadenza del termine ultimo, entro il quale l'aspirante aveva tentato di inoltrarla tempestivamente, tuttavia non riuscendoci a causa di un malfunzionamento, comprovato in giudizio, del sistema informatico. Il Consiglio di Stato ha annullato il diniego opposto per l'illustrata violazione del termine di invio telematico dell'istanza sancendo che “Ne consegue l'illegittimità, per violazione dei principi di correttezza e di buon

andamento dell'azione amministrativa, del diniego opposto dal GSE, essendo l'inoltro tardivo della domanda (peraltro, solo di pochi giorni) imputabile alla sfera di responsabilità dello stesso GSE, ed avendo la richiedente assolto a tutte le incombenze da essa esigibili in una situazione di malfunzionamento della piattaforma telematica del GSE" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 novembre 2017, n. 5136).

5. Rammentati i segnalati precedenti, resi peraltro in fattispecie afferenti all'illegittima esclusione da procedure concorsuali in dipendenza dell'intempestiva presentazione delle domande di partecipazione cagionata da malfunzionamenti o anomalie delle piattaforme telematiche all'uopo allestite, ma espressivi di principi estensibili all'odierna controversia, con riguardo al ruolo che lo strumento informatico può legittimamente rivestire nell'ambito di procedimenti amministrativi, il Collegio è più in particolare del meditato avviso secondo cui non è conforme al vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione, ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti agli artt. 7,8, 10 e 10 – bis della L. 7.8.1990, n. 241, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3, stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 della legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento, affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi, sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano, onde approdare al corretto esito provvedimento conclusivo, il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente

motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere.

5.1. Invero Il Collegio è del parere che 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 seguitare 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.

6. Si prospetta parimenti fondato anche l'ulteriore concorrente profilo di doglianza svolto con il secondo mezzo del gravame in riassunzione, con cui i ricorrenti censurano la mancata previsione della deroga al vincolo di permanenza quinquennale dei docenti di sostegno sulla medesima tipologia di posto, con conseguente loro esclusione dalle procedure di mobilità.

Il non avere infatti stabilito che tali docenti, quanto meno ai fini della loro partecipazione al piano straordinario di mobilità territoriale, non sono tenuti al rispetto del predetto vincolo quinquennale, si è tradotto nella esclusione per i medesimi, di fatto, dalla possibilità di prendere parte alla procedura di mobilità, privandoli di una facoltà riconosciuta invece alla generalità degli altri docenti.

6.1. Oltretutto, osserva il Collegio come la cennata mancata previsione di deroga al vincolo quinquennale appaia distonica e confliggente, con la conseguente irragionevolezza e disparità di trattamento, con la parallela previsione, invece, della deroga al vincolo triennale di permanenza nella sede, di cui all'art. 399 co. 3, d.lgs. n. 297/2004, contemplata per i docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2014 del primo periodo dell'art. 1, co. 108, L. n. 107/2015 proprio ai fini della loro partecipazione al contestato piano straordinario di mobilità.

In definitiva, alla luce delle considerazioni fin qui svolte il ricorso si profila fondato nei motivi primo e secondo del gravame in riassunzione e conseguentemente meritevole di essere accolto, potendosi assorbire il terzo sulla dedotta violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con annullamento degli atti e dei provvedimenti impugnati.

La delicatezza e novità delle questioni giuridiche affrontate è motivo di compensazione delle spese di lite tra le costituite parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti e i provvedimenti impugnati.

Compensa le spese di lite tra le costituite parti.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio dei giorni 26 giugno 2018 e 11 luglio 2018 con l'intervento dei Magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere, Estensore

Raffaele Tuccillo, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Alfonso Graziano

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO