

ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO - ROMA

RICORSO

nell'interesse di

NOME	COGNOME	C.F.
LUCIA	ROCCO	RCCLCU75T59A783P
TERESA	BRUNITTI	BRNTRS78S55F839D
NICOLOSI	VALENTINA	NCLVNT77C59G371F

rappresentati e difesi, per mandato speciale in calce al ricorso, dagli Avv.ti Michele Bonetti C.F. (BNTMHL76T24H501F) e Santi Delia (C.F. DLESNT79H09F158V) e che dichiarano di ricevere le comunicazioni di cancelleria ai numeri di fax 06.74 o alle mails pec michelebonetti@ordineavvocatiroma.org e avvsantidelia@cnfpec.it elettivamente domiciliati presso gli stessi in Roma, alla via S. Tommaso d'Aquino 47

contro

il **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA**, in persona del Ministro *pro tempore*,

l'**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE**, in persona del Rettore *pro tempore*,

l'**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI INTERNAZIONALI DI ROMA**, in persona del Rettore *pro tempore*,

l'**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA**, in persona del Rettore *pro tempore*,

e nei confronti dei controinteressati in atti;

per l'annullamento, in parte qua, previa misura cautelare,

1) della graduatoria pubblicata sul sito dell'Università degli Studi del Molise contenente l'elenco degli ammessi alla prova scritta della selezione per l'accesso ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso INFANZIA) di cui al D.M. n. 92 del 08.02.2019 nella parte in cui non contempla il

nominativo di parte ricorrente;

2) della graduatoria nominativa pubblicata sul sito dell'Università degli Studi del Molise contenente l'elenco degli ammessi alla prova scritta della selezione per l'accesso ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso INFANZIA) di cui al D.M. n. 92 del 08.02.2019 nella parte in cui non contempla il nominativo di parte ricorrente;

3) della graduatoria pubblicata sul sito dell'Università degli Studi del Molise contenente l'elenco degli ammessi alla prova orale e della graduatoria dei soggetti ammessi ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso INFANZIA) di cui al D.M. n. 92 del 08.02.2019 nella parte in cui non contempla il nominativo di parte ricorrente;

4) della graduatoria pubblicata sul sito dell'Università degli Studi Internazionali di Roma contenente l'elenco degli ammessi alla prova scritta della selezione per l'accesso ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso PRIMARIA) di cui al D.M. n. 92 del 08.02.2019 nella parte in cui non contempla il nominativo di parte ricorrente;

5) della graduatoria nominativa pubblicata sul sito dell'Università degli Studi Internazionali di Roma contenente l'elenco degli ammessi alla prova scritta della selezione per l'accesso ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso PRIMARIA) di cui al D.M. n. 92 del 08.02.2019 nella parte in cui non contempla il nominativo di parte ricorrente tra i soggetti ammessi;

6) della graduatoria nominativa pubblicata sul sito dell'Università degli Studi Internazionali di Roma contenente l'elenco degli ammessi alla prova orale e della graduatoria dei soggetti ammessi ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso PRIMARIA) di cui al D.M. n. 92 del

08.02.2019 nella parte in cui non contempla il nominativo di parte ricorrente tra i soggetti ammessi;

7) della graduatoria pubblicata sul sito dell'Università degli Studi di Messina contenente l'elenco degli ammessi alla prova scritta della selezione per l'accesso ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso INFANZIA) di cui al D.M. n. 92 del 08.02.2019 nella parte in cui non contempla il nominativo di parte ricorrente;

8) della graduatoria nominativa contenente l'elenco degli ammessi alla prova scritta della selezione per l'accesso ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso INFANZIA) di cui al D.M. n. 92 del 08.02.2019 nella parte in cui non contempla il nominativo di parte ricorrente;

9) della graduatoria nominativa pubblicata sul sito dell'Università degli Studi di Messina contenente l'elenco degli ammessi alla prova orale e della graduatoria dei soggetti ammessi ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità (Classe di concorso INFANZIA) di cui al D.M. n. 92 del 08.02.2019 nella parte in cui non contempla il nominativo di parte ricorrente tra i soggetti ammessi;

10) per quanto di ragione, e quale atto preordinato seppur non immediatamente lesivo, del bando di concorso per l'ammissione ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità ai sensi degli articoli 5 e 13 del D.M. 249/2010 (a.a. 2018/2019);

11) analogamente, e sempre quale atto preordinato e pretermesso, del D.M. n. 92 del 08.02.2019;

12) dei verbali - non conosciuti - della Commissione di concorso nella parte in cui si escludono parte ricorrente dall'ammissione al successivo espletamento della prova scritta;

13) ancora, e per quanto di ragione, di ogni altro atto anteriore, preordinato connesso e consequenziale che, comunque, possa ledere gli interessi di parte ricorrente ivi incluso ogni eventuale provvedimento di valutazione adottato e mai comunicato e/o notificato a parte ricorrente.

14) del Decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca del 21 febbraio 2019 n. 118 riguardante *“Attivazione percorsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico degli alunni con disabilità nelle scuole di ogni ordine e grado per l'a.a. 2018-2019”*, nella parte in cui tale decreto ha autorizzato ad attivare i percorsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità nella scuola dell'infanzia, nella scuola primaria, nella scuola secondaria di I grado e nella scuola secondaria di II grado, nei limiti dei posti fissati e per le sedi autorizzate di cui all'allegata TABELLA A, anch'essa impugnata;

15.1) dei pareri espressi dai Comitati regionali di coordinamento delle Università della Regione Sicilia e di tutte le altre Regioni, dal contenuto ignoto in quanto non pubblicato;

15.2) dei bandi di Ateneo nella parte in cui quantificano i posti poi concretamente banditi per le immatricolazioni ai percorsi di formazione per conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno;

15.3) dei provvedimenti, con contenuto ignoto in quanto non pubblicati, con i quali gli Uffici Scolastici Regionali hanno espresso il fabbisogno degli insegnanti specializzati sul sostegno per il triennio 2019-2021.

per l'accertamento e la declaratoria

del diritto di parte ricorrente ad essere ammessa - anche in via cautelare - alla prova scritta di cui al detto concorso finalizzato alla selezione degli aventi diritto ad accedere ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità per le classi di concorso di interesse, indicate in tabella, e al D.M. n. 92 del 08.02.2019;

per la condanna in forma specifica ex art. 30, comma 2, c.p.a.

delle Amministrazioni intime all'adozione del relativo provvedimento - anche cautelare - di ammissione dei ricorrenti a partecipare alla prova scritta di cui al detto concorso per la selezione degli aventi diritto ad accedere ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità per le classi di concorso di interesse, indicate in tabella, e al D.M. n. 92 del 08.02.2019 e, comunque, in via subordinata, al risarcimento dei danni in forma specifica.

IN FATTO

1. La prova preselettiva svolta, l'esito ed i posti vacanti presso altri Atenei.

Parte ricorrente partecipava alle prove concorsuali per l'iscrizione al Tirocinio Formativo Attivo per la specializzazione sul sostegno per le classi di concorso Infanzia e Primaria, ottenendo alla prova preselettiva i punteggi indicati nella tabella seguente e risultando idonea non vincitrice in ragione del fatto che non è rientrata tra il doppio dei posti disponibili.

<u>Ricorrente</u>	<u>Sede della prova</u>	<u>Grado</u>	<u>Classe di concorso</u>	<u>Punteggio conseguito</u>
Lucia Rocco	<i>Università degli Studi del Molise</i>	Infanzia		18,5
Teresa Brunitti	<i>Università degli Studi Internazionali di Roma</i>	Primaria		18,5
Valentina Nicolosi	<i>Univeristà degli Studi di Messina</i>	Infanzia		15,5

Il bando relativo alle modalità di ammissione, prevedeva, per la classe di concorso suddetta, un numero limitato di posti disponibili nella sede di Ateneo di partecipazione indicato in tabella. Parte ricorrente, pur avendo ottenuto nella prova preselettiva il punteggio sopra riportato, comunque ritenuto idoneo all'ammissione alle fasi successive come accaduto in altri Atenei, si collocava fuori da tali posti disponibili presso lo specifico Ateneo di partecipazione.

Risulta che vi siano Atenei ove il numero degli ammessi è inferiore al fabbisogno e vi sono ancora posti disponibili per l'indicato corso di tirocinio formativo attivo. In particolare presso gli Atenei di Bergamo (29), Tor Vergata (44), Udine (28), cui il ricorso viene notificato, Internazionale di Roma (12),

Cattolica (24), Lumsa (29), Roma-Foro Italico (2), vi è la presenza di posti vacanti.

Parte ricorrente, pertanto, pur avendo un punteggio più alto degli attuali ammessi presso gli Atenei in epigrafe (ad eccezione di quello di partecipazione), non ha potuto accedere alle successive prove scritte, ove, come dimostrato, permangono posti disponibili.

Il D.M. in epigrafe, in sostanziale accoglimento del precedente contenzioso instaurato da questa difesa (T.A.R. Lazio n. 11445/17), prevede che *“nel caso in cui la graduatoria dei candidati ammessi risulti composta da un numero di candidati inferiore al numero di posti messi a bando, si può procedere ad integrarla con soggetti, collocati in posizione non utile nelle graduatorie di merito di altri atenei, che ne facciano specifica richiesta, a loro volta graduati e ammessi dagli atenei sino ad esaurimento dei posti disponibili”* (art. 4, comma 5).

La norma, in ragione appunto del contenzioso che l'aveva originata, si riferisce all'idoneità finale delle 3 prove cui, a quel tempo, si accedeva, a seguito del superamento della soglia di 21/30. Il D.M. attuale, invece, ha eliminato la previsione della soglia di 21/30 lasciando solo quella pari al doppio dei posti disponibili. L'attuale disposizione, dunque, pur consentendo che i posti che rimangono vacanti presso Atenei diversi da quelli di partecipazione, lo consente solo a chi riesce a giungere alla terza prova negandolo, al contrario, in radice, a chi, in ragione dell'altra soglia, è escluso pur avendo ottenuto un punteggio superiore alla sufficienza (pari a 18/30) e comunque superiore agli attuali ammessi presso l'Ateneo con posti già vacanti.

Nel caso di specie non si tratta di aspirare ad un posto disponibile per un posto di lavoro, ma di accedere ad un corso di natura universitaria a pagamento ove le rette sono altissime e l'interesse delle Università alla copertura dei posti è enorme. Si deve considerare, infatti, che gli iscritti pagano ingenti tasse universitarie, poiché trattandosi di “specializzazione” e Tfa si esula dai limiti del superamento del 20% dell'FFO della contribuzione studentesca.

MOTIVI

I. VIOLAZIONE DELL'ART. 2, PAR. 1, DEL PROTOCOLLO ADDIZIONALE

**ALLA CEDU E DELLA LEGGE 2 AGOSTO 1999 N. 264. VIOLAZIONE E FALSA
APPLICAZIONE DELLA L.N. 240/2010.**

1. Il D.M. 30 settembre 2011 (ed il successivo D.M. 92/19 che in parte qua l’ha emendato), è illegittimo nella parte in cui non istituisce una graduatoria nazionale (anche in ragione che soggetti con punteggi più bassi sono stati ammessi altrove) o, comunque, in ipotesi, come nella specie, di vacanze, presso taluni Atenei già noti all’esito della prima delle 3 prove di accesso, non consente agli idonei non vincitori di coprire, a domanda, tali posti liberi.

Invero, proprio grazie ai precedenti contenziosi instaurati da questa difesa, il D.M. 92/19, emendando in parte qua i precedenti, aggrava il vizio dell’attuale struttura rendendolo ancora più manifestamente fondato.

E’ stata, difatti, introdotta una espressa previsione che consente di attingere, in sola ipotesi di posti rimasti vacanti, alle graduatorie degli idonei presso altri Atenei disponendo che *“nel caso in cui la graduatoria dei candidati ammessi risulti composta da un numero di candidati inferiore al numero di posti messi a bando, si può procedere ad integrarla con soggetti, collocati in posizione non utile nelle graduatorie di merito di altri atenei, che ne facciano specifica richiesta, a loro volta graduati e ammessi dagli atenei sino ad esaurimento dei posti disponibili”* (art. 4, comma 5).

Il Ministero, dunque, vuole e disvuole.

Vuole evitare che si verifichi l’esistenza di posti vacanti attingendo così alle graduatorie di altri Atenei così confermando che l’idoneità ottenuto presso una sede, sulla base del punteggio ivi maturato, è utile all’eventuale ammissione ma, nello stesso tempo, disvuole la graduatoria nazionale che, ove correttamente normata, eviterebbe distorsioni palesi come quelle oggi occorse.

Quali distorsioni?

Quelle che, ad esempio, a Milano Bicocca vi sono ammessi anche con zero punti (anche a tutte e 3 le prove) e che se, nonostante ciò, ivi non rimarranno posti vacanti, soggetti con punteggi ben oltre la sufficienza nelle tre prove non potranno partecipare. O ancora, che è quella che ci occupa, soggetti con punteggi

comunque più alti degli attuali, ivi, ammessi, non potranno continuare le prove di accesso perché già escluse altrove.

L'eliminazione della sola soglia di 21/30, dunque, senza attivazione della graduatoria nazionale, ha aggravato e non eliminato le distorsioni di un sistema palesemente illegittimo e foriero di ingiustizie.

Ha, difatti, per un verso ammesso la possibile mobilità tra Atenei che, prima (dei nostri contenziosi), appariva una chimera, per altro verso, limitandola alla fase finale della procedura, facendo permanere la soglia degli ammessi “pari al doppio dei posti banditi” (ma solo computando tale quota rispetto ai posti banditi a livello locale), ha aggravato le potenziali disparità tra i vari partecipanti eliminando, in radice, ai soggetti comunque meritevoli ma già esclusi dalla prima prova di poter ottenere l'idoneità finale.

Delle due l'una, dunque.

O si attiva la graduatoria unica eliminando storture di ogni tipo oppure, non volendo proprio accedere a tale sistema, la soglia “pari al doppio dei posti banditi”, ove si ritenga di mantenerla perché astrattamente legittima e ragionevole al fine di scremare il numero degli ammessi alle successive fasi e renderle più snelle, andrebbe computato sul totale dei posti disponibili nazionali con contestuale aumento dello scorrimento presso taluni Atenei e, in particolare, quello presso cui ha partecipato parte ricorrente.

Per meglio spiegarci, dunque, a Messina, classe di concorso infanzia, ove i posti banditi sono 52, gli ammessi alla seconda fase non dovevano essere 104 (poi divenuti 111 per la posizione ex aequo) ma, almeno, 122 (cui aggiungere gli ex aequo).

A livello nazionale, difatti, i posti banditi sono stati 2796.

Il numero degli ammessi alla seconda prova, invece, 5006.

2. La più lineare soluzione della graduatoria nazionale.

La prima e più lineare soluzione tra le due proposte è quella della graduatoria nazionale.

Anche il Consiglio di Stato, in fase cautelare, ha ritenuto che se “è pur vera

la natura di alta specializzazione del TFA per i posti inerenti alla formazione sul sostegno, in relazione ai valori sociali e costituzionali implicati nell'attività scolastica di sostegno"; nondimeno "di per sé solo tal argomento non appare dirimente a fondare, in assenza di un giudizio di merito negativo nei riguardi degli odierni appellanti, la ragionevolezza della clausola di non integrazione, con altri candidati, dei posti rimasti disponibili" (Sez. VI, ord. 5546/17).

In via analogica, il principio ispiratore della riforma dell'accesso ai corsi universitari a numero programmato, *mutatis mutandis*, deve ritenersi valido anche per quanto concerne la fattispecie in esame, con particolare riguardo alla illegittimità delle graduatorie locali su cui è stata investita la Corte Costituzionale.

Appare infatti paradossale il metodo di reclutamento dei pretendenti che, seppur obbligati a cimentarsi su una prova con soglie e strutturazione analoga per tutte le Università (le soglie del doppio dei posti banditi alla prova a quiz e a quella scritta e di 28 punti all'orale sono uguali per tutti) e su tutto il territorio nazionale, risultano concorrere per una sola delle sedi disponibili giacché ogni università provvede a stilare la propria graduatoria sulla base dei risultati conseguiti dai propri candidati senza possibilità di redistribuzione dei posti.

2.1. L'illegittimità di tale scelta secondo la giurisprudenza.

Così come statuito dal Consiglio di Stato, in relazione alla tematica del c.d. numero chiuso per l'accesso ai corsi universitari, *"l'ammissione al corso di laurea non dipende in definitiva dal merito del candidato, ma da fattori casuali e affatto aleatori legati al numero di posti disponibili presso ciascun Ateneo e dal numero di concorrenti presso ciascun Ateneo, ossia fattori non ponderabili ex ante. Infatti, ove in ipotesi il concorrente scegliesse un dato Ateneo perché ci sono più posti disponibili e dunque maggiori speranze di vittoria, la stessa scelta potrebbero farla un numero indeterminato di candidati, e per converso in una sede con pochi posti potrebbero esservi pochissime domande"* (Cons. Stato, Sez. VI, ord. 18 giugno 2012, n. 3541).

"Va poi evidenziato che, svolgendosi la prova unica nazionale nello stesso giorno presso tutti gli Atenei, a ciascun candidato è data una unica possibilità di

*concorrere, in una sola università, **per una sola graduatoria (one shot)**, con l'effetto pratico che coloro che conseguono in un dato Ateneo un punteggio più elevato di quello conseguito da altri in un altro Ateneo, rischiano di essere scartati, e dunque posposti, solo in virtù del dato casuale del numero di posti e di concorrenti in ciascun Ateneo. Questo è del tutto contrario alla logica del concorso unico nazionale. In tal modo non solo si lede l'eguaglianza tra i candidati, e il loro diritto fondamentale allo studio (diritto sancito anche dall'art. 2 del protocollo addizionale alla CEDU, Carta europea dei diritti dell'uomo protocollo firmato a Parigi il 20 marzo 1952 (a tenore del quale “il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno”, nonché, limitatamente alle materie di competenza dell'Unione europea, dall'art. 14 della Carta di Nizza, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), atteso che i candidati non vengono ammessi in base al merito, ma in base a fattori casuali e aleatori, ma si lede anche il principio di buon andamento dell'Amministrazione, atteso che la procedura concorsuale non sortisce l'esito della selezione dei migliori. Si determina, in definitiva, una ingiusta penalizzazione della aspettativa dei candidati di essere giudicati con un criterio meritocratico, senza consentire alle Università la selezione dei migliori; la scelta degli ammessi risulta dominata in buona misura dal caso. Sicché è violato anche il principio di ragionevolezza e logicità delle scelte legislative (art. 3 Cost.)”.*

Né possono opporsi, alla soluzione della graduatoria unica, ragioni organizzative o di autonomia universitaria, ostandovi il principio di ragionevole proporzionalità tra mezzi impiegati e obiettivo perseguito; esigenze organizzative non possono infatti ragionevolmente penalizzare il diritto allo studio sulla base di un criterio meritocratico. “Non si tratta, poi, qui, di sindacare una tra le tante possibili opzioni lasciate alla discrezionalità del legislatore, perché una volta che il legislatore abbia optato, a monte, per il sistema meritocratico dei tests unici nazionali da svolgersi nello stesso giorno in tutti gli Atenei italiani, non può che residuare l'unica opzione della graduatoria unica [d'Ateneo], e non quella delle graduatorie plurime a cui si accede con diversi punteggi minimi”.

Basti pensare che se ci fosse la graduatoria nazionale non vi sarebbero affatto Università con ammessi con zero punti ed altri fuori con oltre 21 punti altrove e soprattutto, non vi sarebbero, già sin dopo la prima prova su 3 posti che rimangono vacanti.

Appare evidente come lo stesso discorso sia assolutamente pertinente anche all'ipotesi in esame di accesso ai corsi TFA in cui la scelta del MIUR di non consentire una graduatoria unica a livello nazionale si pone, quindi, in contrasto con ogni criterio di proporzionalità e ragionevolezza anche con riguardo all'art. 2, par. 1, del protocollo addizionale alla CEDU, e per l'effetto dell'art. 117, comma 1, Cost. (violazione da parte dello Stato italiano degli obblighi internazionali).

Dispone la citata previsione della CEDU che “*No person shall be denied the right to education*” (il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno). Secondo l'interpretazione data dalla Corte EDU le restrizioni devono perseguire uno “*scopo legittimo*”; non esiste un catalogo chiuso e predefinito di “*scopi legittimi*”, tuttavia le limitazioni, ad avviso della Corte, sono compatibili con l'art. 2, par. 1 citato solo se c'è una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Nel caso che ci occupa, invece, è stata proprio l'amministrazione resistente a chiarire la sussistenza di posti disponibili e, successivamente, a negare l'accesso a parte ricorrente.

Si noti, infine, che il D.M. ha persino negato la possibilità, proposta dal Consiglio Superiore dell'Istruzione, di eliminare la data unica di test. Se si fosse eliminata tale data, difatti, vi era la possibilità di concorrere su più sedi eliminando l'attuale illegittimità. E se, dunque, correttamente, deve garantirsi una data uniforme di specializzazione (ma in tal caso la data di inizio del percorso potrebbe coincidere e non quella delle prove), non si può allora voler, correttamente, un'unica uniforme previsione sulla gestione ed un diverso metro di selezione degli ammessi (esclusi con 20 punti ed ammessi con zero).

2.2. A prescindere dalle condivisibili argomentazioni di cui sopra, a nostro modo di vedere, oggi, in ottemperanza ai principi di cui alla L.n. 240/2010,

persino i presunti margini di discrezionalità indicati dal, che secondo taluna giurisprudenza (T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 15 gennaio 2008, n. 204) consentivano il sistema della graduatoria locale, sono certamente da rivedere.

Se, come appare, il fulcro dell'intero progetto di revisione e della stessa delega contenuta nella Legge n. 240/2010 è la valorizzazione del merito, ben pochi margini di dubbio sembrano residuare per non preferire il modello della graduatoria unica nazionale con il quale, appunto, è il “*valore assoluto del merito*” ad essere premiato. Sembrano potersi superare, inoltre, i dubbi legati alla concreta applicabilità di tale modello con riguardo ai differenti livelli reddituali degli aspiranti che, almeno in astratto, dovrebbero trovare una qualche perequazione grazie al “*fondo per il merito*” (Cfr. art. 4, L.n. 240/2010). La legge 30 dicembre 2010, n. 240, infatti, si propone, tra l'altro, di riformare anche la materia dell'accesso al sapere attraverso la delega conferita al Governo per “*la realizzazione di opportunità uniformi, su tutto il territorio nazionale, di accesso e scelta dei percorsi formativi*” (Cfr. art. 5, comma 1, lett. a), L.n. 240/10) sulla base dei principi cardine (art. 1, comma 3) della stessa Legge n. 240 del 2010 e, tra questi, sul “merito”, concetto ricorrente per ben dieci volte all'interno dei 29 articoli.

Il D.M. 30 settembre 2011, ignorando (*recte*, dimostrando di andare *praeter legem*) la fonte legislativa sovraordinata è, quindi, illegittimo e, ove parte ricorrente, a seguito degli scorrimenti, riuscisse ad ottenere l'astratta ammissione presso una qualsiasi altra sede Universitaria, si concreterebbe l'interesse per ottenerne l'annullamento in parte *qua*.

E' assurdo difatti, che a fronte di una prova identica un concorrente è escluso con 20 ed un altro ammesso con zero solo per aver scelto, in maniera del tutto casuale o per esigenze territoriali un Ateneo rispetto ad un altro.

3. La soluzione alternativa circa l'illegittima previsione di cui all'art. 4, comma 3, del D.M. 92/19.

In ipotesi di ritenuta impossibilità di imporre la graduatoria nazionale è illegittimo l'esito di cui al combinato disposto degli artt. 4, comma 3 e 4 comma

5 del D.M.

Il comma 3, difatti, prevede che *“è ammesso alla prova, ovvero alle prove di cui all'articolo 6 comma 2, lettera b) del DM sostegno, un numero di candidati pari al doppio dei posti disponibili nella singola sede per gli accessi”*.

Il successivo comma 5, tuttavia, come annunciato, prevede che *“nel caso in cui la graduatoria dei candidati ammessi risulti composta da un numero di candidati inferiore al numero di posti messi a bando, si può procedere ad integrarla con soggetti, collocati in posizione non utile nelle graduatorie di merito di altri atenei, che ne facciano specifica richiesta, a loro volta graduati e ammessi dagli atenei sino ad esaurimento dei posti disponibili”* (art. 4, comma 5).

Orbene per dare, davvero, a tutti gli idonei ma “sfortunatamente” esclusi presso i propri Atenei tale possibile “ancora di salvezza”, non v'è chi non veda che la previsione di soglia deve essere, ragionevolmente, applicata al numero nazionale dei posti banditi e non solo a quello locale.

Le vacanze potenzialmente aggredibili di cui al comma 5, difatti, sono generate proprio da quelle oggi rimaste tali all'esito della prima prova ragion per cui se si individua “un'ancora di salvezza a livello nazionale” non v'è ragione di negarne l'accesso a chi, per mera casualità, già alla prima prova è stato escluso e non potrà sfruttare tale possibilità.

Quanto meno, dunque, il D.M. andrebbe emendato consentendo che, in ipotesi di un numero di ammessi inferiori al doppio dei posti banditi in TUTTI gli Atenei d'Italia, il numero dei posti a tal fine non coperto dovrebbe essere proporzionalmente redistribuito nella graduatoria ove vi sono idonei non ammessi.

E, dunque, se, come oggi accaduto, per la classe di concorso infanzia i posti banditi 2.796, il numero degli ammessi alla seconda prova non può essere inferiore a **5.592** soggetti (oltre l'ex aequo). Nell'attuale concorso, invece, gli ammessi sono solo **5.006**. La quota di **586**, dunque, doveva essere proporzionalmente redistribuita a tutti gli Atenei ove la soglia del doppio degli

ammessi aveva creato esclusi (e non evidentemente agli Atenei ove tale necessità non vi è avendo ammesso tutti). Ad ogni Ateneo, dunque, dovevano essere attribuiti 18,31 posti in più (oltre l'ex aequo).

“Nella logica della selezione preliminare in questione, dunque, l'ammissione di un numero di ricorrenti inferiore, rispetto a quello dei posti disponibili, è sintomo di un'anomalia, che avrebbe dovuto suggerire interventi correttivi” (Sez. III, n. 8815/2017).

Pur se, allo stato, è impossibile comprendere l'impatto sui ricorrenti di tale mutamento del criterio di calcolo della soglia, non v'è dubbio che comunque lo si voglia attuare, c'è interesse alla censura.

Sul punto l'Adunanza Plenaria è chiarissima *“è vero che gli appellanti non figurano, attualmente, come i soggetti i quali potrebbero essere assunti immediatamente, a tempo indeterminato, attraverso la procedura di scorrimento. Ma resta comunque intatto il loro interesse all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di utilizzare la precedente graduatoria, tenendo conto della possibilità, non irragionevole, di rinunce da parte dei concorrenti idonei collocati in migliore posizione nella classifica”* (Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14).

II. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ; VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, CO. 1 E DELL'ART. 4 DELLA LEGGE N. 264/1999 E DELL'ART. 33 COST. ESORBITANZA NORMATIVA.

Il D.M. 249/10 prevede, all'art. 13 comma 3, che *“i corsi sono a numero programmato dal MIUR tenendo conto delle esigenze del sistema nazionale di istruzione e presuppongono il superamento di una prova di accesso predisposta dalle università”*. Con il successivo D.M. 30 settembre 2011 si stabilisce che *“è ammesso alla prova, ovvero alle prove di cui al comma 2, lettera b), un numero di candidati, che hanno conseguito una votazione non inferiore a 21/30 nella prova di cui al comma 3, pari al doppio dei posti disponibili per gli accessi”*.

Abbiamo visto che il D.M. 92/19, accogliendo l'esito giudiziale dei nostri contenziosi, ha eliminato la soglia del 21 ma non quella commisurata al numero

dei posti banditi.

Parte ricorrente, pertanto, si duole di una soglia minima di sbarramento all'accesso alla successiva prova di concorso, tanto elevata (come dimostra il fatto che altrove si è ottenuto l'accesso anche con zero) da costituire non tanto *“l'assicurazione di un “minimum” di capacità e meritevolezza dei candidati”* (v. ordinanza TAR Lazio, III bis, dell'11 novembre 2011, n. 4204, in tema di soglia minima imposta di 20 punti), quanto piuttosto un ostacolo e quindi un disincentivo all'esercizio del diritto allo studio e alla formazione professionale di parte ricorrente.

1. Il primo fra tutti attiene alla violazione del principio di legalità dell'azione amministrativa, poiché la legge richiede al MIUR di **definire semplicemente la programmazione** e i contenuti delle prove di ammissione; in materia di istruzione e di diritto allo studio, invece, è francamente inconfutabile che il legislatore conservi un potere normativo riservato.

Al più serviva una fonte analoga al D.M. 249/10 (che è un Regolamento) che, al contrario, non prevede soglie per il corso su sostegno e non un semplice D.M., come quello del 30 settembre 2011 ed il 92/19, privo dei passaggi tipici delle fonti regolamentari come è il D.M. 249/10.

Del resto la stessa legge 264/99, che secondo la scrivente difesa non regola direttamente il T.F.A., ma rappresenta comunque una limpida bussola cui aver riguardo nell'istituzione di ogni corso universitario a numero programmato e non può essere violata da alcuna subordinata fonte ministeriale, nel riferirsi più volte e solamente al concetto di programmazione (e non di un numero chiuso che si genererebbe con una soglia arbitraria *“pari al doppio dei posti disponibili per gli accessi”* decisa in modo immotivato e senza istruttoria come quello di specie) all'art. 4 riporta un espresso riferimento alla “prove” e mai alle soglie per l'ammissione.

Gli artt. 33 e 34 della Costituzione pongono i principi fondamentali relativi all'istruzione con riferimento, il primo, all'organizzazione scolastica (della quale le università, per quanto attiene all'attività di insegnamento sono parte, cfr. C.

Cost., n. 195/1972); il secondo, ai diritti di accedervi e di usufruire delle prestazioni che essa è chiamata a fornire. Secondo la Costituzione, l'ordinamento della pubblica istruzione è dunque unitario ma l'unità è assicurata, per il sistema scolastico in genere, da *"norme generali"* dettate dalla Repubblica; in specie, per il sistema universitario, in quanto costituito da *"ordinamenti autonomi"*, da *"limiti stabiliti dalle leggi dello Stato"*. La necessità di leggi dello Stato, quali limiti dell'autonomia ordinamentale universitaria, vale pertanto sia per l'aspetto organizzativo, sia, a maggior ragione, per l'aspetto funzionale che coinvolge i diritti di accesso alle prestazioni. La conclusione cui così si perviene attraverso la specifica interpretazione degli artt. 33 e 34 della Costituzione è, del resto, confermata e avvalorata dai *"principi generali informatori dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura"* e dall'esigenza che *"la valutazione relativa alla convenienza dell'imposizione di uno o di altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia inserendolo armonicamente in esso, e pertanto debba competere al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato"* (C. Cost. n. 4/1962).

Queste proposizioni valgono a maggior ragione nel caso ora in discussione, nel quale l'organizzazione dell'università, come servizio pubblico, da una parte, coinvolge diritti costituzionali della persona umana come il diritto alla propria formazione culturale (art. 2 della Costituzione) e quello alle proprie scelte professionali (art. 4 della Costituzione), a sua volta mezzo essenziale di sviluppo della personalità (sentenza n. 61 del 1965) e, dall'altra parte, implica decisioni pubbliche d'insieme, inerenti alla determinazione delle risorse necessarie per il funzionamento delle istituzioni scolastiche in genere e universitarie in specie, che influisce sulle prestazioni da esse erogabili (C. Cost., 27 novembre 1998, n. 383).

E, ancora a maggior ragione, avendo lo stesso D.M. 92/19, consentito l'ammissione di idonei all'esito delle 3 prove presso Atenei con posti vacanti creando dunque un meccanismo non coordinato con l'esclusione, abnorme ed

immotivata, sulla base del numero degli ammessi senza alcun riguardo all'idoneità ottenuta.

D'altra parte, pur volendo accedere ad un'interpretazione aperta della riserva di legge esistente in materia, non potrebbe che giungersi alla medesima conclusione di incostituzionalità mancando quelle disposizioni legislative ove *“risultino predeterminati i criteri per l'individuazione in concreto delle scuole e dei corsi universitari rispetto ai quali valgono esigenze particolari di contenimento del sovraffollamento e si giustifichi quindi la previsione - con l'atto ministeriale impugnato - delle limitazioni nelle iscrizioni”* (arg. C. Cost., n. 383/1998, cit.).

Quanto al caso che ci occupa, è noto che ai sensi della legge n. 264 del 1999 (a nostro avviso non applicabile neanche al caso di specie) spetta al MIUR di definire, mediante appositi decreti, ***le modalità e i contenuti delle prove di ammissione***. L'art. 1, co. 1, lett. b) dispone infatti: ***“Sono programmati a livello nazionale gli accessi”***. ***“Stabilire modalità e contenuti delle prove di ammissione”*** vuol dire evidentemente adottare decreti ministeriali che specifichino ***come garantire*** il fabbisogno sociale (regionale e nazionale) di futuri esperti in un determinato settore, circostanza effettivamente verificatasi nel caso di specie con apposite previsioni ministeriali nel decreto di istituzione del percorso (art. 5) ove espressamente si fa riferimento alla “programmazione degli accessi”; cosa diversa, è ***impedire*** che quel fabbisogno prestabilito venga raggiunto, adottando criteri e modalità di ammissione dei candidati che si traducono ***nell'introduzione di una soglia minima*** per accettare le immatricolazioni degli aspiranti specializzandi (***già abilitati all'insegnamento in via ordinaria***).

In ragione del fatto che la L. n. 264/99 e il D.M. 249/10 quale fonte regolamentare sovraordinata, non prevede affatto un contingentamento degli accessi sulla base del punteggio ma, esclusivamente, in relazione alle strutture disponibili sì da consentire agli specializzandi standard formativi minimi, non v'è dubbio che gli atti impugnati siano illegittimi, mancando una fonte normativa che li legittimi. Diversamente opinando, la norma (quella della

L.n. 264/99, se è a questa che qui può riferirsi giacchè diversamente sarebbe violata la riserva di legge) sarebbe “tacciata” di incostituzionalità e non risponderebbe ai criteri individuati dalla nota sentenza della Corte Costituzionale del 1998 che ha delimitato i casi e i motivi che determinano la legittimità del *numerus clausus*.

III. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2, 4 33, 34 E 97 DELLA COSTITUZIONE E DELLA LEGGE 2 AGOSTO 1999 N. 264. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA. DIFETTO DI MOTIVAZIONE E CONTRADDITTORIETÀ. SULL’ILLEGITTIMITÀ DI UNA SOGLIA NAZIONALE A FRONTE DI DIFFERENTI TEST LOCALI.

La soglia “*pari al doppio dei posti disponibili per gli accessi*” è fissata a livello nazionale dal D.M. 92/19 riprendendo il D.M. 249/10 in tema di T.F.A. che, per i corsi di specializzazione sul sostegno, nulla aveva previsto. In quel caso, tuttavia, la soglia di sbarramento fissata a livello nazionale rispondeva ad una *ratio* legata alla prova unica nazionale sulla base di test somministrati, per tutti gli Atenei, dal MIUR. Qui, invece, siamo innanzi ad una prova *one shot* che si svolge in tutti gli Atenei d’Italia nella medesima data e non consente, quindi, per la stessa classe di concorso di provare il test in più sedi ma con una prova che è decisa, a livello locale, dagli Atenei. In altre parole **ogni Ateneo ha la sua prova ma si applica, per tutti, una medesima soglia**. Si assiste, dunque, al fenomeno in base al quale vi sono Atenei ove il numero dei partecipanti è molto alto, in cui la soglia “*pari al doppio dei posti disponibili per gli accessi*” ha dato vita ad un punteggio di ammissione parimenti alto e viceversa.

<u>Ricorrente</u>	<u>Sede della prova</u>	<u>Grado</u>	<u>Punteggio conseguito</u>	<u>Ultimo ammesso</u>
Lucia Rocco	<i>Università degli Studi del Molise</i>	Infanzia	18,5	19,5
Teresa Brunitti	<i>Università degli Studi Internazionali di Roma</i>	Primaria	18,5	20,5

Valentina Nicolosi	<i>Univeristà degli Studi di Messina</i>	Infanzia	15,5	21
--------------------	--	----------	------	----

In questa sede, dunque, **si deduce circa l'irragionevolezza ed illegittimità di una soglia unica nazionale applicata a situazioni differenziate.**

Si può, in particolare, discutere e valutare la ragionevolezza di una soglia ove, per tutti i contendenti, il test è identico così come il numero dei partecipanti e la loro preparazione, ma giammai quando, come nella specie, Tizio è più fortunato rispetto a Caio per aver scelto di partecipare a Roma anziché a Messina in ragione dell'impossibilità *ex ante* di prevedere il livello di difficoltà dell'una e dell'altra prova ed il numero dei contendenti in questa o quella sede. **La selezione, difatti, nella specie, non è stata dettata dalla competizione nei confronti degli altri partecipanti presso la medesima sede per accaparrarsi uno dei posti disponibili in ragione del punteggio ottenuto** e stante la non capienza per tutti gli aventi diritto pur in possesso dei titoli di accesso, **ma dal fatto esterno e casuale della soglia che ha inciso in maniera decisiva sugli esiti concorsuali.** Ove, dunque, i compilatori avessero ritenuto di imporre una soglia nazionale di ammissione avrebbero, parimenti, dovuto optare per la somministrazione unitaria del test non solo nella stessa data ma anche dello stesso identico contenuto. Non avendovi provveduto, la soglia è, per ciò solo, illegittima perché non attinente e non congrua rispetto all'effettiva prova somministrata.

Un esempio su tutti rende quanto differente possa essere l'impatto della soglia su una procedura concorsuale.

Si vedano i test di ammissione ai corsi di laurea in Medicina e Odontoiatria del 2015 e del 2016. Il test, in entrambi gli anni, è stato elaborato sulla base dell'identico programma: tuttavia, nel 2015 è stato tarato su un'altissima difficoltà, mentre nel 2016 su una bassissima difficoltà (nel 2015 l'ultimo ammesso ha totalizzato 28/90 nel 2016 62,2 su 90). In entrambi i casi, inoltre, la soglia è rimasta di 20 escludendo oltre la metà dei partecipanti nel 2015 e una percentuale pari appena al 5% nel 2016.

Gli effetti di tale soglia, come si percepisce, non hanno inciso sulla par condicio giacchè tutti si sono confrontati sullo stesso test e su una stessa

graduatoria. Nel caso di specie specie, invece, si è verificato un pregiudizio di plastica evidenza nei confronti di candidati che hanno avuto il torto di partecipare presso Atenei con più partecipanti in quanto la competizione non si è tarata sugli altri partecipanti della medesima sede (che anche loro si cimentavano sulla stessa prova) ma sul fattore esterno e non ponderato su tale prova che è la soglia nazionale.

****** SUI VIZI UTILI A CONSENTIRE L'AMMISSIONE PRESSO ATENEI DIVERSI DA QUELLO IN CUI HA PARTECIPATO PARTE RICORRENTE *****

IV. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 34 E 97 DELLA COSTITUZIONE, DELL'ART. 2, PAR. 1, DEL PROTOCOLLO ADDIZIONALE ALLA CEDU E DELLA LEGGE 2 AGOSTO 1999 N. 264. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L.N. 240/2010. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA E DEI PRINCIPI DELL'AUTONOMIA UNIVERSITARIA. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE E CONTRADDITTORIETÀ TRA PROVVEDIMENTI PROVENIENTI DALLO STESSO ATENEO.

1. Stante la previsione del bando e del D.M. *“nel caso in cui la graduatoria dei candidati ammessi risulti composta da un numero di candidati inferiore al numero di posti messi a bando, si può procedere ad integrarla con soggetti, collocati in posizione non utile nelle graduatorie di merito di altri atenei, che ne facciano specifica richiesta, a loro volta graduati e ammessi dagli atenei sino ad esaurimento dei posti disponibili”* (art. 4, comma 5).

Non v'è ragione, tuttavia, per non consentire, sin da tale fase, la prosecuzione del percorso presso gli Atenei che tali posti liberi hanno già. Al contrario, è persino interesse dell'Amministrazione valutare i candidati con le proprie prove di accesso (almeno 2 su 3) anziché con quelle di altri Atenei.

Che senso ha, difatti, ammettere candidati con punteggi pari a zero (anche a tutte e 3 le prove) e non consentire di affiancarvi soggetti con punteggi ben oltre la sufficienza dandogli la possibilità di misurarsi anche nelle due prove successive? Se non lo si consente sin da tale fase, peraltro, soggetti con punteggi

comunque più alti degli attuali, ivi, ammessi, non potranno continuare le prove di accesso perché già escluse altrove.

Come già chiarito da codesta Sezione, *“nella logica della selezione preliminare in questione, dunque, l’ammissione di un numero di concorrenti inferiore, rispetto a quello dei posti disponibili, è sintomo di un’anomalia, che avrebbe dovuto suggerire interventi correttivi: interventi, nella fattispecie non effettuati con tempestività, in via generale, dall’Amministrazione centrale, nemmeno quando a ciò invitata in sede giurisdizionale. Quanto sopra, tenuto conto sia dell’interesse pubblico alla disponibilità di insegnanti di sostegno qualificati, in misura sufficiente per il relativo fabbisogno, sia dei principi, di cui agli articoli 33 e 34 della Costituzione (secondo cui la garanzia del diritto allo studio si qualifica come diritto della persona: cfr. TAR Sicilia, CT, Sez. I, 1.8.2011, n. 2031), sia infine in corrispondenza dei canoni di logicità e ragionevolezza dell’operato della pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10.9.2009, n. 5434): principi, tutti, in base ai quali si deve privilegiare la tesi, volta ad assicurare lo scorrimento della graduatoria nei posti non utilizzati”* (sentenza n. 11445/17).

V. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEGGE 264 DEL 1999 E DEI SUOI PRINCIPI INFORMATIVI. VIOLAZIONE DEL CONCETTO DI PROGRAMMAZIONE E DELLA RATIO DELLA LEGGE 264. CONTRADDITTORIETÀ. VIOLAZIONE DELL’ART. 2, 3, 33 E 34 COST. DELLA L.n. 107/15 e del D.L. 29 marzo 2016, n. 42 E NEL CASO DI LEGITTIMITÀ DEL DECRETO IMPUGNATO ECCEZIONE DI COSTITUZIONALITÀ.

SUGLI ILLEGITTIMI EFFETTI DELLA MANCATA COPERTURA DI TUTTI I POSTI IN PUNTO DI PROGRAMMAZIONE: L’ILLEGITTIMITÀ DEL DIVIETO DI ISCRIZIONE DEGLI IDONEI PRESSO ALTRI ATENEI IN PRESENZA DI POSTI DISPONIBILI.

1. La legge 264 del 1999 all’art. 1 prevede che “Sono programmati a livello nazionale gli accessi: (...) b)”; il concetto di una accurata programmazione è poi ripreso all’art. 2 ove si ribadisce che **“Sono programmati**

dalle università gli accessi...” e ancora al comma 2 del predetto articolo. **È chiaro pertanto che tutto l'impianto normativo è centrato sul concetto di PROGRAMMAZIONE, dal “titolo” sino ad una specifica elencazione dei criteri dell'art. 3.**

L'esistenza stessa di tali e tanti posti disponibili a fronte di soggetti idonei a poterli ricoprire viola i princìpi e criteri su cui è basata le stesse fonti sovraordinate (*“i corsi sono a numero programmato dal MIUR tenendo conto delle esigenze del sistema nazionale di istruzione”*), vanificando tutto il complesso sistema delle istruttorie e la verifica dei parametri delle aule, del personale docente, del fabbisogno formativo etc., sovvertendo quel rapporto di congruità tra studenti e strutture già deliberato dalla Corte Costituzionale nel 1998 su cui è stata fondata la legittimità costituzionale del numero chiuso.

2. Le Direttive della Comunità Europea (tra le altre 78/686/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978; 78/687/CEE del Consiglio, di pari data; 78/1026/CEE del Consiglio) al fine di garantire il reciproco riconoscimento negli Stati - membri dei titoli di studio universitari e l'esercizio del diritto di stabilimento e la libera circolazione dei professionisti, esigono che i vari Stati garantiscano adeguati standard formativi *minimi* nei rispettivi corsi di formazione. Il Legislatore italiano si è limitato poi ad applicare ai corsi post lauream metodi che consentissero il raggiungimento di quella congruità tra numero di studenti e disponibilità di strutture richiesta dalle Direttive. La stessa Corte Costituzionale (Sentenza n. 383/98) pronunciandosi su corsi di laurea comunque poi tassativamente menzionati nella legge 264 del 1999, in ossequio al principio di riserva di legge (per quanto relativa) in materia ricavabile dagli artt. 33 e 34 della Costituzione, aveva affermato che l'intera materia necessitava di un'organica sistemazione legislativa. Da tali presupposti sorgeva la normativa della l. 264 del 1999, ovvero secondo lo stesso orientamento della Corte Costituzionale per ***“circoscrivere il potere dell'Amministrazione secondo limiti e indirizzi ascrivibili al legislatore trattandosi di materia non attribuibile all'autonomia dell'Università”***. Conseguentemente, una logica interpretazione

della l. 264 del 1999 che esclude di fatto l'esistenza stessa di posti vacanti a fronte di soggetti comunque idonei a partecipare ai corsi di formazione.

Come ben percepito da codesta Sezione, difatti, i principi della totale copertura del fabbisogno sono stati ribaditi nell'ambito dell'attuale concorso di cui oggi si discute ordinando l'ammissione, in presenza di posti disponibili, persino di soggetti che non avevano superato la soglia di 21 punti nella prova preselettiva (decreto n. 3027/17 del 16 giugno 2017). È stato chiarito che *“nel caso di specie, infatti, deve essere valorizzato il principio di ordine generale – a vario titolo richiamato nei suddetti motivi di ricorso - secondo cui nell'ambito della programmazione di posti accessibili per la formazione universitaria, resta ferma la legittimità dell'introduzione, anche sotto i profili del diritto comunitario, del c.d. “numero chiuso” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11.2.11, n. 898; Sez. II, 23.11.10, n. 591; Tar Lazio, Sez. III bis, 13.9.12, n. 7779), finalizzato ad effettuare il contingentamento degli accessi, in relazione sia al fabbisogno di specifiche figure professionali, sia alle strutture di formazione disponibili”*. Pertanto, *“tenuto conto sia dell'interesse pubblico alla disponibilità di insegnanti di sostegno qualificati, in misura sufficiente per il relativo fabbisogno, sia dei principi, di cui agli articoli 33 e 34 della Costituzione (secondo cui la garanzia del diritto allo studio si qualifica come diritto della persona: cfr. TAR Sicilia, CT, Sez. I, 1.8.2011, n. 2031), sia infine in corrispondenza dei canoni di logicità e ragionevolezza dell'operato della pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10.9.2009, n. 5434): principi, tutti, in base ai quali si deve privilegiare la tesi, volta ad assicurare lo scorrimento della graduatoria nei posti non utilizzati”* (Sez. III, 31 agosto 2017, n. 9491).

3. I superiori principi, evidentemente, devono essere estesi ai posti liberi come quelli che rimarranno a seguito della graduatoria della procedura concorsuale. Il “budget” degli iscrivibili, in altre parole, non verrebbe intaccato in alcun modo, se si garantisse il “rimpinguamento” dei posti liberi: in particolare, i posti liberi sono tali proprio in relazione al fatto che è stato predisposto previamente un numero di posti disponibili, in base alla capienza strutturale

dell'ateneo. Una volta stilata la graduatoria, dunque, non vi sarebbe alcun problema organizzativo nel consentire la copertura dei posti rimasti vacanti.

La scelta, inoltre, appare difforme ai principi ed allo spirito di altre norme e D.M. (496/16) che sempre in materia scolastica hanno consentito lo scambio interregionale (qui inter Ateneo) degli idonei. Il caso è quello della L.n. 107/15 e del D.L. 29 marzo 2016, n. 42 convertito in Legge 26 maggio 2016, n. 89 con le quali, in estrema sintesi, vengono fatte salve le graduatorie regionali del concorso a cattedra 2012 e ove gli idonei di una data Regione non abbiano trovato posto per incampienza di fabbisogno sono stati assunti in altre Regione ove, al contrario, le graduatorie erano già esaurite (D.M. 496/16).

In quel caso si derogò al vincolo territoriale delle prove (su base regionale) per l'assunzione in ruolo, qui chiediamo che venga solo concesso di seguire un corso in altra sede universitaria.

VI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEGGE 264 DEL 1999 E DEI SUOI PRINCIPI INFORMATIVI. VIOLAZIONE DEL CONCETTO DI PROGRAMMAZIONE E DELLA RATIO DELLA LEGGE 264. CONTRADDITTORIETÀ. VIOLAZIONE DELL'ART. 2, 3, 33 E 34 COST., DELLA L.N. 107/15 E DEL D.L. 29 MARZO 2016, N. 42 E NEL CASO DI LEGITTIMITÀ DEL DECRETO IMPUGNATO ECCEZIONE DI COSTITUZIONALITÀ.

A chi scrive pare che sia illegittimo per violazione di legge e mancanza di copertura normativa la scelta di non ricoprire tutti i posti programmati e disponibili anche a fronte di idonei aliunde selezionati. *“I criteri di accesso all'università, e dunque anche la previsione del numerus clausus non possono legittimamente risalire ad altre fonti, diverse da quella legislativa”* (C. Cost., 27 novembre 1998, n. 383).

Non v'è dubbio, dunque, che i provvedimenti impugnati sono illegittimi mancando una fonte normativa che li sostiene e che conferma che in presenza di posti liberi e in caso di superamento della soglia presso altro Ateneo è possibile lasciare posti vacanti. Diversamente opinando la norma (L.n. 264/99) sarebbe “tacciata” di incostituzionalità e non risponderebbe ai criteri

tracciati dalla nota sentenza della Corte Costituzionale del 1998 che ha delimitato i casi e i motivi che determinano la legittimità del *numerus clausus*.

VII. SEGUE: VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI AUTONOMIA UNIVERSITARIA SOTTO PIU' APPROFONDITI PROFILI. VIOLAZIONE DELL'ART. 2, 9, 33 E 34 COST. ECCESSO DI POTERE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E SVIAMENTO.

1. La determinazione dell'Ateneo è illegittima, peraltro, in quanto è nelle sue competenze, e non in quelle ministeriali, provvedere sullo scorrimento della graduatoria.

Nessuna disposizione ministeriale in tema di programmazione, infatti, potrebbe far rinunciare l'Ateneo *“dall'esercizio di una sua potestà e l'università ha quindi motivato, in maniera illegittima, il provvedimento impugnato, non avendo peraltro fatto riferimento a nessun altro ostacolo all'accoglimento dell'istanza di trasferimento”* se non alle ragioni di programmazione definite come è noto in ambito ministeriale (Cons. Stato, Sez. II, par. 20 aprile 2011, n.1555) peraltro nel caso di specie ampiamente rispettate.

L'Ateneo, quindi, preso atto delle vacanze oramai definitivamente acquisite, avrebbe dovuto decidere, *motu proprio*, se mettere a scorrimento o meno tali vacanze senza alcun riguardo alle indicazioni fornite dal Ministero.

Infatti, a dimostrazione di quanto sopra, si rileva, a titolo esemplificativo che l'Università degli Studi di Salerno, in relazione al TFA 2011/12, con avviso del 28/01/2013 ha reso noto *“ai candidati risultati idonei nelle procedure di selezione per l'accesso al TFA presso altri Atenei Campani collocati nelle rispettive graduatorie in posizione utile ai fini dell'immatricolazione che, con Provvedimento Rettorale in corso di registrazione, è stata autorizzata l'immatricolazione presso l'Università degli Studi di Salerno nelle Classi di concorso per le quali non è avvenuta la copertura integrale dei posti disponibili”*.

Anche quest'anno l'Ateneo di Urbino, su istanza di questa difesa, ha accolto altri candidati in presenza di posti vacanti già a celebrare la seconda prova.

Ciò significa che, anche nel caso che ci occupa, l'Ateneo resistente ben avrebbe potuto, a definizione della vicenda, intervenire attraverso un provvedimento Rettorale in termini diversi.

VIII. ILLEGITTIMITA' DELL'ISTRUTTORIA SVOLTA A MONTE.

Il numero dei posti banditi è figlio di un'istruttoria illegittima essendo insufficienti i posti complessivamente autorizzati rispetto al fabbisogno di personale docente specializzato (*“soli 14.000 posti a fronte di ben 51.107 insegnanti senza il prescritto titolo di specializzazione assegnati agli alunni disabili nell'anno scolastico 2018/2019”*) nonché irragionevole la ripartizione tra gli atenei rispetto al fabbisogno territoriale (*“soli 200 posti autorizzati per l'intera Regione Piemonte e di 320 posti per la Regione Emilia-Romagna, a fronte - per esempio - di 1.150 posti autorizzati nella Regione Calabria, 1.380 posti nella Regione Marche, 1.240 nella Regione Puglia e 370 posti nella Regione Molise”*).

Con riserva di più ampiamente dedurre successivamente all'evasione dell'istanza istruttoria, come già deciso da codesta Sezione, *“il presente ricorso sia assistito dal fumus boni juris, in relazione alle dedotte incongruenze relative al numero assai ridotto di posti per la frequenza del percorso di specializzazione e alla loro distribuzione sul territorio; Ritenuto, pertanto, che l'istanza cautelare avanzata dai ricorrenti possa essere accolta ai soli fini di un riesame, da parte del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, delle contestate determinazioni alla luce delle argomentazioni svolte in ricorso, nel senso di un aumento dei posti complessivamente autorizzati e/o di una loro diversa distribuzione tra gli atenei appartenenti alle varie Regioni”*.

Chiaramente parte ricorrente ha interesse a tale motivo giacchè ove i posti banditi fossero di più la soglia del doppio dei posti aumenterebbe proporzionalmente ragion per cui anche in tal senso l'ammissione cautelare consentirebbe di evitare la consumazione del danno nelle more del merito.

I superiori vizi, in quanto manifestamente fondati, in fase cautelare,

possono comunque portare parte ricorrente all'ammissione alla prova scritta successiva senza intaccare le successive decisioni che, in seguito, andranno prese dall'Amministrazione all'esito dell'ordine di codesto On.le T.A.R. Solo grazie a tale ammissione, difatti, la successiva decisione di merito potrà avere utili effetti sui ricorrenti. Come già chiarito nel precedente concorso, difatti, *“gli atti impugnati devono essere annullati, perché illegittimi, e che, di conseguenza, l'Amministrazione dovrà riaprire le graduatorie e disporre lo scorrimento fino a raggiungere un numero di ammessi pari alla quantità di posti disponibili; detto provvedimento di natura organizzativa, consistente nella riapertura della graduatoria in modo da consentire la completa saturazione dei posti disponibili su scala nazionale”* (sentenza n. 11445/17).

ISTANZA ISTRUTTORIA

Si formula specifica istanza istruttoria atta, **eventualmente e solo nel caso in cui i provvedimenti impugnati non fossero ancora sufficienti**, a confermare se:

1) Vi sono posti liberi nella graduatoria per l'accesso ai corsi di specializzazione sul sostegno delle classi di concorso indicate in epigrafe presso gli Atenei indicati in tabella;

2) In ogni caso atta a chiarire/confermare quanti sono i posti liberi a seguito della mancata assegnazione dei posti degli idonei non vincitori;

3) ogni provvedimento utile a chiarire, tra l'altro, i presupposti e le ragioni posti a fondamento delle scelte ivi espresse, allegando ogni relativo supporto documentale, ivi compresi, in particolare:

- i pareri espressi dai Comitati regionali di coordinamento delle Università in merito alla congruenza tra le offerte formative comunicate dalle Università e il fabbisogno di personale specializzato rilevato dagli Uffici Scolastici Regionali;

- i provvedimenti con i quali gli Uffici Scolastici Regionali hanno espresso il fabbisogno degli insegnanti specializzati sul sostegno per il triennio 2019-2021;

- i documenti attestanti la consistenza degli organici di sostegno di diritto e *“in deroga”* nelle diverse regioni italiane;

- i documenti attestanti il numero degli insegnanti specializzati impiegati nei posti di sostegno di diritto e “*in deroga*” nelle diverse regioni italiane;
- ogni altro documento ritenuto utile ai fini della controversia.

ISTANZA DI RISARCIMENTO DANNI IN FORMA SPECIFICA

Nella specie, ove si ritenesse di non poter accogliere la domanda principale di annullamento del diniego con conseguente riespansione del diritto allo studio costituzionalmente protetto ed ammissione al corso di Tirocinio formativo attivo cui i ricorrenti aspirano, in via subordinata si chiede di beneficiare del risarcimento del danno in forma specifica e, quindi, dell'ammissione al TFA.

A causa dei provvedimenti illegittimamente adottati dalle Amministrazioni intime, nel procedimento per cui è causa, parte ricorrente è stata illegittimamente privata della possibilità di iscriversi al TFA, subendo di conseguenza i relativi danni. È ormai pacifico in giurisprudenza, infatti, che “*il bando di concorso [...] costituisce un'offerta contrattuale al pubblico (ovvero ad una determinata cerchia di destinatari potenzialmente interessati), caratterizzata dal fatto che l'individuazione del soggetto o dei soggetti, tra quelli che con l'iscrizione al concorso hanno manifestato la loro adesione e che devono ritenersi concretamente destinatari e beneficiari della proposta, avverrà per mezzo della stessa procedura concorsuale e secondo le regole per la medesima stabilite. Pertanto, [l'Amministrazione] è tenuta a comportarsi con correttezza e secondo buona fede, nell'attuazione del concorso, così come nell'adempimento di ogni obbligazione contrattuale, con individuazione della portata dei relativi obblighi correlata, in via principale, alle norme di legge sui contratti e sulle inerenti obbligazioni contrattuali e agli impegni assunti con l'indizione del concorso, con la conseguenza che, in caso di loro violazione, incorre in responsabilità contrattuale per inadempimento esponendosi al relativo risarcimento del danno in favore del [partecipante] che abbia subito la lesione del suo diritto conseguente all'espletamento della procedura concorsuale” (Cass., Sez. lav., 19 aprile 2006, n. 9049).*

Parte ricorrente, infatti, come verrà certamente dimostrato in corso di

causa, ha subito tanto un danno da mancata promozione, quanto da perdita di *chance*. Non v'è dubbio, allora, che, ai sensi dell'art. 30, comma 2, c.p.a. *“sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica” e, quindi, può ottenersi l'immediata ammissione al corso, non essendo in dubbio, nella specie, questa “sia in tutto o in parte possibile” (art. 2058 c.c.).*

ISTANZA DI RISARCIMENTO DANNI

Solo in via subordinata si spiega domanda risarcitoria in termini economici stante i danni da mancata promozione e da perdita di *chance* subiti.

In merito alla seconda voce di danno, *“sul presupposto della irrimediabile perdita di chance in ragione dell'irripetibilità della procedura con le stesse modalità e gli stessi partecipanti di quella ritenuta illegittima – deve riconoscersi il danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile”* (Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2006, n. 852).

ISTANZA CAUTELARE

Il ricorso è fondato e verrà certamente accolto.

Medio tempore, si impone l'ammissione con riserva di parte ricorrente alla seconda prova scritta, al quale non è stato, illegittimamente, consentito di partecipare.

L'esistenza dei precedenti identici di codesto On.le T.A.R., inoltre, consente di avere sufficienti ragioni di *fumus* per aspirare a tale ammissione (Sez. III bis, **21 marzo 2013, n. 1301**; sentenza n. 11445/17; Cons. Stato, Sez. VI, n. 5546/17).

In fattispecie identica la S.V.E. ha già adottato analoghi provvedimenti chiarendo che *“sussistano i presupposti per l'accoglimento della predetta istanza, ai fini dell'ammissione con riserva dei ricorrenti alle prove di cui trattasi, fermo ed impregiudicato l'indirizzo della sezione, in ordine alla sussistenza dei requisiti soggettivi di ciascun concorrente, in ordine all'acquisizione del titolo necessario per svolgere funzioni di sostegno didattico”* (**decreto n. 2442/19**).

Il provvedimento, peraltro, consente la mera partecipazione alla seconda prova scritta anche mediante la predisposizione di prove suppletive, senza procurare alcun disagio organizzativo all'amministrazione in considerazione del fatto che a breve inizieranno i corsi e gli istanti ben si potrebbero inserire una volta terminate le prove.

A sostegno dell'istanza cautelare, val la pena rammentare che in casi analoghi, relativi alle ammissioni ai corsi di laurea, anche il Consiglio di Stato ha disposto analoghe ammissioni con riserva (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 22 gennaio 2008, n. 293) e, appena due anni orsono, sempre il Consiglio di Stato (Sez. VI, 20 dicembre 2005, n. 6305 e 24 gennaio 2006, n. 351), accordò la misura cautelare dell'ammissione con riserva, rilevando *“che gli atti impugnati in primo grado possono essere sospesi per quanto di ragione”* (ord. n. 6305/05) e *“che la soddisfazione degli interessi fatti valere con la presente istanza cautelare non può essere rinviata alla decisione del merito”* (ord. n. 351/06). Diversi T.A.R., inoltre, hanno disposto analoghe ammissioni con riserva (T.A.R. Catania, ord. 15 dicembre 2009, n. 1751, Tar Calabria, sede di Catanzaro, 4 dicembre 2009, n. 950, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, ord. 10 dicembre 2009, n. 2820).

Tutto ciò premesso, alla luce dei suesposti motivi,

SI CHIEDE

che codesto On.le Tribunale previo accoglimento della superiore istanza cautelare e annullamento in *parte qua* dei provvedimenti in epigrafe e, tra questi, in via principale del diniego di ammissione alla seconda prova utile per accedere al corso di TFA sostegno cui aspirano i ricorrenti e solo in via subordinata in relazione a tutti gli atti del concorso impugnati, solo per quanto di interesse dello stesso, voglia:

1) annullare i provvedimenti in epigrafe nelle parti in cui non consentono l'ammissione alla seconda prova utile per accedere al corso di TFA sostegno prescelto;

2) in via ancora ulteriormente gradata, solo ove non risulti praticabile il risarcimento in forma specifica dell'ammissione di parte ricorrente alla seconda

prova utile per accedere corso di TFA cui aspira, voglia condannare le Amministrazioni intinate, ciascuno per le proprie competenze, al risarcimento di tutti i danni cagionati.

Con vittoria di spese e compensi di difesa.

Si dichiara che ai fini della presente controversia è dovuto un contributo unificato pari ad € 650,00.

Roma, 14 giugno 2019.

Avv. Santi Delia

Avv. Michele Bonetti

ATTESTAZIONE DI CONFORMITA' DA VALERE ESCLUSIVAMENTE PER LE COPIE CARTACEE PRODOTTE

Ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 22 CAD si attesta la conformità della presente copia cartacea (usata esclusivamente per le notifiche a mezzo posta e per il deposito di copia cortesia ai sensi del D.L. 31 agosto 2016 n.168) all'originale telematico da cui è stata estratta.

Avv. Michele Bonetti