

0922/985346
gafesi@tin.it

Decreto

AVVOCATURA DELLO STATO - PALERMO
(Cont. 2619/2012 - Avv. Ciani)

- TRIBUNALE DI AGRIGENTO SEZ. LAVORO -
G.L. Pres. Dott.ssa S. Franzoso - R.G.L. n. 337/2012 - Ud. 2.5.2013

Memoria difensiva

Per il **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA** (Ufficio Scolastico regionale per il Piemonte ed Ambito Territoriale di Torino) C.F. 80185250588), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, (C.F. 80027950825; mail ads.pa@mailcert.avvocaturastato.it; fax 091527080), nei cui uffici siti in Palermo, Via A. De Gasperi n. 81, si domicilia

Contro

la Sig.ra **CIARAVELLA ADRIANA**

E nei confronti

delle Sigg.re **FRISOTTI ANTONELLA, PANSINI MARGHERITA e PADOAN LUCIA**

per resistere

al ricorso notificato in data 10.05.2012

FATTO

Il ricorso cui si resiste si inserisce nel corposo filone dei giudizi proposti da docenti precari, inseriti nelle graduatorie provinciali ad esaurimento del personale docente ed educativo, al fine di ottenere l'inserimento c.d. "a pettine" (cioè, con il punteggio posseduto nella propria graduatoria provinciale di appartenenza, e non in coda) in altra graduatoria provinciale, e, con esso, il diritto all'immissione in ruolo (nella classe di concorso considerata e con decorrenza dall'anno scolastico cui si riferiva la domanda di inserimento in graduatoria) in luogo dei docenti - pure essi evocati in giudizio - assunti nella suddetta classe di concorso (nell'a.s. considerato e nei due successivi) in luogo della ricorrente.

Trattasi, pertanto, di due distinte domande, la seconda delle quali inerente alle conseguenze che inevitabilmente deriverebbero (a fronte dell'unicità del posto disponibile per ciascun anno) dall'inserimento a pettine dell'istante sulle procedure di immissione in ruolo poste in essere nel triennio considerato e (a mente della nota disposizione di contrattazione collettiva che prevede la risoluzione dei contratti in caso di accertata illegittimità della procedura di assunzione) sui contratti già stipulati con le altre docenti citate nel presente giudizio.

Si impone, pertanto, attesa la complessità della vicenda, una separata trattazione delle due pretese considerate, entrambe infondate per i seguenti motivi di

DIRITTO

1) Sul presunto diritto all'inserimento "a pettine".

il trasferimento ad altra graduatoria provinciale (dispone per quanto qui rileva l'art. 1 della norma: "Le disposizioni contenute nell'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 3 maggio 1999, n. 124, si interpretano nel senso che nelle operazioni di prima assegnazione delle graduatorie permanenti previste dall'articolo 401 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, come sostituito dall'articolo 1, comma 6, della stessa legge, hanno titolo di precedenza, oltre ai docenti che chiedono il trasferimento dalla corrispondente graduatoria di altra provincia, le sottoelencate categorie di personale docente ed educativo, in coda alle graduatorie medesime e nel seguente ordine di priorità ...");

- tale diritto al trasferimento in altra graduatoria, è bene sin da subito precisare (stante il tenore delle doglianze avversarie), **non è mai stato messo in discussione**.

Ed invero, nel rispetto delle modalità come sopra previste dal regolamento generale di cui al D.M. n. 123/00, l'amministrazione emanava i provvedimenti di successivo aggiornamento.

In particolare: con D.D. 12.02.02 veniva avviata la procedura per l'a.s. 02/03 prevedendosi, all'art. 1 co. 3, la possibilità del trasferimento di provincia con inserimento secondo punteggio e contestuale depennamento dalla graduatoria di provenienza; analogamente, con il D.D. 17.04.03 ed il D.G. 17.04.04, relativi all'a.s. 03/04 e all'a.s. 04/05, si prevedevano il trasferimento ed il depennamento con le medesime modalità;

- interveniva poi il d.l. n. 97/04 (conv. in L. n. 143/04), prevedendo, agli artt. 1 e 2 (di modifica dell'art. 401 T.U.) la durata biennale (e non più annuale) delle graduatorie, fermo restando il principio della trasferibilità fra le province.

Dunque, con il D.D.G. 31.03.05, contenente le disposizioni per gli aa.ss. 05/06 e 06/07, si rinnovava, all'art. 1 comma 5, la previsione (ex d.M. n. 123/00) di trasferibilità fra province e contestuale depennamento dalla graduatoria di provenienza;

- seguì poi l'art. 1 comma 605 della finanziaria 2007 (l. n. 296/06), a tenore del quale "[...] Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti di cui all'articolo 1 d.l. n. 97/04, sono trasformate in graduatorie ad esaurimento [...]", di guisa che il D.D.G. 16.03.07, nel disciplinare l'aggiornamento delle graduatorie per il biennio 07/08 - 08/09, divenute "ad esaurimento", e nel prevedere, come per il passato, la possibilità di trasferirsi in altra provincia con la cancellazione dalle graduatorie di provenienza (art. 1 comma 6), si disponeva, a livello di principio (cfr. ultimo "considerato"), che, a seguito della trasformazione in "graduatorie a esaurimento", **"dall'a.s. 09/10, è consentito solo l'aggiornamento della propria posizione e il trasferimento ad altra provincia, in posizione subordinata a tutte le fasce"**.

Il decreto in questione fu trasmesso agli Uffici Scolastici Regionali con nota 19.03.07 prot. 5485, in cui il Ministero precisava che "Con la riapertura dei termini sarà consentito, per l'ultima volta, di iscriversi nelle graduatorie permanenti, trasformate in graduatorie ad esaurimento", posto che "Nel successivo biennio scolastico 2009/2011 si potrà solo aggiornare il punteggio o

valutati secondo principi comuni, per cui è ragionevole ritenere che ad un maggiore punteggio corrisponde una migliore professionalità, ed appare quindi equo premiare la maggiore professionalità acquisita – eventualmente anche migliorandola prestando servizio in sedi disagiate – con la possibilità di scegliere la sede di servizio”. Pertanto, in parte qua, il provvedimento impugnato è stato confermato e con esso il divieto di trasferimento del punteggio fra le classi di concorso.

Infine, con la sentenza n. 3062/09, il TAR Lazio accoglieva un terzo ricorso proposto avverso il medesimo D.M., nella parte in cui (art. 1 comma 10) disponeva che “al punteggio già posseduto dai candidati, si aggiunge quello relativo ai nuovi titoli conseguiti successivamente al 2 maggio 2005 [...]”, ove interpretato nel senso di non consentire al personale inserito nelle graduatorie, lo spostamento per classi di concorso del servizio maturato in data precedente al 02.05.05 e già dichiarato in altra classe di concorso.

Anche tale decisione veniva però riformata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 7525/10, di conferma della non trasferibilità in altra classe di concorso del servizio maturato ante 02.05.05;

- tutte le sentenze del Tar Lazio sin qui citate furono pronunciate nel periodo immediatamente precedente all’emanazione del provvedimento di integrazione e aggiornamento delle graduatorie per il biennio 09/10 – 10/11, per cui il MIUR decise di procedere con decreto ministeriale, e, visti i pronunciamenti del TAR, si ritenne di effettuare una scelta diversa rispetto al passato.

In particolare, con il D.M. 42/09 non fu più prevista la possibilità, per i docenti inseriti nelle graduatorie relative al biennio precedente, di spostarsi da una graduatoria all’altra. Tuttavia, al fine di offrire ai medesimi maggiori possibilità di ottenere una supplenza si consentì, a quanti ne avessero fatto richiesta, di essere inseriti in altre tre graduatorie, ma in coda a quanti già erano inseriti nelle stesse (cfr. penultimo “ravvisato”). In particolare, l’art. 1 del decreto, diversamente rispetto al passato (dal d.M. n. 123/00 in avanti), non contemplava il trasferimento in altra provincia (con depennamento dalla graduatoria di provenienza), ma la possibilità di chiedere (comma 11) “ulteriori tre province in cui figurare in graduatoria per il biennio 2009/2011 [...] collocato in posizione subordinata (in coda) al personale incluso in III fascia, nel rispetto della fascia in cui è inserito, con il punteggio e tutte le altre situazioni personali conseguiti nella provincia di appartenenza, ad eccezione del titolo ad usufruire del beneficio della assunzione sui posti riservati, collocandosi, quindi, complessivamente in non più di 4 province”.

Si apriva, allora, un nuovo contenzioso innanzi al Tar Lazio e, benché l’impugnativa riguardasse (almeno inizialmente) il solo D.M. n. 42/09, funzionale alla redazione delle graduatorie (e non anche queste ultime), nonostante l’esistenza di diversi pronunciamenti delle SS.UU., secondo i quali ogni controversia relativa all’aggiornamento ovvero integrazione delle graduatorie è riservata al Giudice Ordinario e nonostante la mancata evocazione in giudizio dei controinteressati, il TAR del Lazio accoglieva

“considerato”), si è ritornati alle precedenti disposizioni (dal d.M. n. 123/00 in avanti), riconoscendo la possibilità di trasferimento, con inserimento secondo punteggio e cancellazione dalle graduatorie di provenienza (art. 1 comma 2 lett. c);

- per concludere, la libera trasferibilità di provincia aveva scatenato la protesta di quanti si videro sopravanzare da docenti provenienti da altre graduatorie, e, nel tentativo di risolvere il problema, fu emanato il comma 605 della finanziaria 2006, che, per ovviare ai continui trasferimenti, ha trasformato le graduatorie in “graduatorie ad esaurimento”, quindi non più accessibili né modificabili. Trattandosi di “graduatorie ad esaurimento” era implicitamente esclusa la possibilità di trasferirsi da una graduatoria all’altra, poiché una simile evenienza avrebbe sostanzialmente impedito alla singola graduatoria di esaurirsi.

Le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale hanno statuito che tale preclusione, seppure coerente con le finalità del sistema per quanto attiene alla mobilità fra le classi di concorso, non lo è per la mobilità territoriale, non potendo essere ostacolato il trasferimento fra le province.

* * * * *

Ciò necessariamente premesso in ordine al quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, è allora possibile contestare nel merito la fondatezza del ricorso avversario, ove, in base ad una superficiale lettura della suindicata sentenza della Corte Costituzionale, parte avversa agisce per fare valere il proprio supposto diritto alla costituzione di un rapporto di lavoro (a tempo indeterminato), in relazione a quella che sarebbe stata la propria esatta collocazione in graduatoria, ove disposta secondo punteggio e non in coda.

* * * * *

Orbene, sulla base di quanto sin qui esposto, appare evidente l’insussistenza, in base alla normativa vigente, di qualsivoglia diritto all’inserimento in altre graduatorie diverse da quella di appartenenza al di fuori della ordinaria procedura di trasferimento.

Preliminarmente, infatti, occorre chiarire gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 41/11 con la quale è stata comunque dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’intero comma 4-ter cit. (si che a questo punto occorre far riferimento alla l. n. 296/06) nonché della decisione del Consiglio di stato di annullamento del d.M. n. 42/09 nella sola parte in cui dispone il divieto di trasferimento e l’inserimento in coda nelle graduatorie aggiuntive, e sulle modalità secondo le quali occorre darvi attuazione.

Ed invero, essendo stato travolto l’intero art. 1 comma 4-ter l. cit. e la sola disposizione del d.M. n. 42/09 che dava facoltà a ciascun docente di essere inserito in coda a tre graduatorie ulteriori in aggiunta alla graduatoria di provenienza, si ritorna al testo originario dell’art. 401 l. cit. e dell’art. 1 comma 605 l. cit. nonché al regolamento emanato con d.M. n. 123/00, con cui erano state dettate le disposizioni generali sull’aggiornamento delle graduatorie, e alle disposizioni che, nel tempo, hanno ribadito tali regole.

l'aggiornamento delle graduatorie (maggio 2009) hanno fatto le proprie scelte confidando nel fatto che chi chiedeva di essere aggiunto nella propria graduatoria vi era collocato in coda. E' chiaro che alcuni - se si fossero svolte le operazioni con altre regole (con inserimento nelle graduatorie secondo punteggio e non in coda) -avrebbe potuto fare altre scelte, e si tratta di un affidamento che sul piano giuridico merita tutela per lo meno quanto la posizione di coloro i quali hanno con successo agito innanzi al Tar del Lazio.

2) Sul presunto diritto all'immissione in ruolo - Impossibilità di un relativo riconoscimento nell'ambito del presente giudizio.

Vanno ancora sottolineate le evidenti refluenze della affermata competenza di codesto Giudice ordinario a conoscere della presente controversia: trattandosi, infatti, di giudizio relativo al diritto soggettivo all'assunzione, grava su parte ricorrente l'onere di dimostrare la sussistenza del suddetto diritto, non risultando a tal fine sufficiente il richiamo agli esiti dell'inserimento "a pettine" dell'interessata effettuato dall'amministrazione in mera esecuzione dell'ordinanza cautelare del Tar Lazio.

Anche a voler ammettere, infatti, che l'inserimento operato in virtù della facoltà prevista dal D.M. n. 42/2009 (quella di inserirsi contestualmente in altre tre graduatorie oltre quella di appartenenza) possa risultare valido ed efficace in assenza di una vera e propria domanda di "trasferimento" (unica modalità consentita dall'ordinamento al fine di ottenere l'inserimento in altra graduatoria provinciale), non v'è dubbio che la concreta chance dell'interessata di essere assunta a tempo indeterminato potrebbe essere verificata soltanto all'esito di una rielaborazione complessiva della graduatoria che tenga conto del pari diritto di tutti gli altri docenti che ebbero a formulare analoga di inserimento a pettine nella graduatoria per cui è causa, e che vi sono stati inclusi "in coda" in esecuzione delle annullate disposizioni del D.M. n. 42/2009, ad essere inseriti anch'essi "a pettine" al pari dell'odierna ricorrente.

Il "diritto" a tale inserimento, in altri termini, riguarda tutti i docenti che hanno chiesto l'inserimento in altre graduatorie ai sensi del sopra citato decreto, ivi inclusi coloro che non hanno agito innanzi al Tar Lazio, **nei cui confronti nessuna preclusione sostanziale o processuale può dirsi maturata** (stante il dichiarato difetto di giurisdizione del G.A., nonché - in ogni caso - la nota giurisprudenza secondo cui anche nelle controversie di pubblico impiego di pertinenza di detto Giudice ed inerenti a posizioni di diritto soggettivo non opera il termine decadenziale per l'impugnazione degli atti amministrativi lesivi).

In tanto, dunque, potrebbe dirsi sussistente il diritto all'assunzione in questa sede azionato da controparte, in quanto si dimostrasse che la ricorrente risulterebbe collocata in posizione utile in graduatoria anche all'esito dell'inserimento "a pettine" di quanti erano stati inseriti in coda: **dimostrazione gravante soltanto su parte ricorrente e non certo sulla resistente amministrazione.**

individuazione del soggetto avente diritto a quella assunzione: valutazione portuoppo intrinseca alla fattispecie giuridica considerata, in quanto relativa alla presunta illegittimità dei criteri seguiti dall'amministrazione ai fini della formazione della graduatoria, con conseguente connessa erroneità di individuazione del soggetto ivi collocato in posizione utile all'assunzione.

E l'accertamento del diritto a tale assunzione in capo ad uno dei contendenti non può non avere efficacia escludente sul diritto dell'altro, in quanto in definitiva entrambi aspiranti al conseguimento del medesimo e specifico bene della vita: l'ottenimento dell'unico posto disponibile per l'assunzione nell'anno scolastico considerato.

Non appare superfluo a tal proposito ricordare, infatti, che le assunzioni della pubblica amministrazione possono avvenire unicamente nei limiti fissati dalla legge (anche finanziaria) e dai successivi atti di macro-organizzazione ex art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 165/2001 (dotazione delle piante organiche, programmazione di fabbisogno del personale e della relativa spesa), con conseguente possibilità di immettere in ruolo nel triennio considerato e nella graduatoria provinciale dell'odierna ricorrente soltanto il numero di docenti all'epoca individuato sulla base del fabbisogno territoriale e dei cogenti vincoli di spesa imposti dalla legge (vincoli peraltro assolutamente non contestati nel presente giudizio e comunque come noto insindacabili dal Giudice ordinario unitamente agli atti organizzativi che ne costituiscono l'espressione).

Da qui l'assoluta "concretezza" del diritto soggettivo azionato e la sua piena coincidenza con quello già riconosciuto ad altro soggetto, sicchè, ferma restando la qualificazione in termini di "diritto soggettivo" della pretesa della ricorrente all'inserimento "a pettine" nella più volte citata graduatoria ed all'eventuale successiva assunzione, tale ultimo diritto si contrappone, inevitabilmente, a quello di cui sono titolari le altre docenti presenti in giudizio.

Per il complesso di tali motivi si chiede

VOGLIA L'ON.LE TRIBUNALE

Respingere integralmente, in quanto infondato, il ricorso avversario, ovvero, in subordine, respingere, per assenza dei presupposti e perché sfornita di prova, la domanda di accertamento del diritto di controparte all'immissione in ruolo con decorrenza dal 1°.09.2009.

Palermo, 11 aprile 2013

Giacomo Ciani
avvocato dello Stato

