

Minuta depositata il 18 dicembre 2013



Repubblica italiana  
In nome del popolo italiano

Sent. nr. 658

del 19 DIC. 2013

decreto II 11/12/2013

R.G. Lav. 516/2013

Cron. 2802

Oggetto: PUBBLICO  
IMPIEGO

La corte d' appello di Genova, sezione lavoro, composta da:

Luigi de Angelis, presidente e relatore

Mery De Luca, consigliere

Robertro Bellé, consigliere

ha pronunciato la seguente

sentenza

nella causa d' appello tra

**Ministero dell' istruzione, dell' università e della ricerca** (c.f.: 80185250588)

rappresentato e difeso dall' avvocatura distrettuale dello Stato (c.f.: 80101740100), ed elettivamente domiciliato presso la stessa in Genova, v. Brigate partigiane 2

c.

  
rappresentato e difeso dagli avvocati Walter Miceli (c.f.: MCLWTR71C17G273N), Fabio Ganci (c.f.: GNCFBA71A01G273E), Alberto Mario Pasquale Agosto (c.f.: GSTLRT63D211467W) in forza di procura a margine del ricorso di primo grado, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di ques' ultimo in Genova, v. Ruffini 7/5, con dichiarazione dei primi due di essere disponibili a ricevere le comunicazioni relative al procedimento alle pec: waltermiceli@pecavvpa.it; fabioganci@pecavvpa.it; albertomariopasquale@agusto@ordineavvgenova.it

e nei confronti di

[REDACTED] (n.c.)

## Conclusioni

### **Appellante:**

Annullare e/o riformare la sentenza indicata in epigrafe, rigettando il ricorso introduttivo in quanto infondato in fatto e in diritto, con vittoria di spese, competenze e onorari relativi ai due gradi di giudizio.

### **Appellato:**

IN VIA PRINCIPALE voglia dichiarare inammissibile l'appello a norma dell'articolo 348-bis c.p.c, ovvero rigettarlo in quanto infondato in fatto ed in diritto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

IN SUBORDINE, in accoglimento della domanda subordinata già formulata in primo grado, si chiede di autorizzare la notifica per pubblici proclami nei confronti di tutti i docenti inseriti "a pettine" e "in coda" in tutte e tre le graduatorie provinciali opzionali indicate dal prof. [REDACTED]

[REDACTED] previa fissazione di una nuova udienza di discussione per l'integrazione del contraddittorio, e - in esito a tale integrazione del contraddittorio -

a) accertare l'illegittimità e, conseguentemente, disporre la disapplicazione:

- del D.M. n. 42 dell'8.04.2009, nella parte in cui, all'art. 1, comma 11, prevede l'inserimento in posizione subordinata (in coda) del personale che chiede l'inserimento nelle graduatorie di ulteriori province rispetto a quella di previa iscrizione;

- delle suddette graduatorie a esaurimento, nelle parti in cui l'insegnante [REDACTED] è stato originariamente collocato in coda e non "a pettine", ossia in aderenza al punteggio posseduto e nella corrispondente fascia di appartenenza;

- di tutte le proposte di stipula di contratto a tempo indeterminato formulate attingendo dalle graduatorie provinciali valide per il biennio 2009-2011, così come compilate senza l'inserimento a pettine del ricorrente e di tutti gli altri docenti collocati nelle graduatorie di coda di cui all'art. 1, comma 11, del Decreto Ministeriale n. 42 dell'8 aprile 2009;

b) dichiarare il diritto dell'insegnante [REDACTED] all'inserimento "a pettine", ossia in aderenza al punteggio posseduto e non in coda, in tutte le graduatorie opzionali indicate all'atto dell'aggiornamento valido per il biennio

*abe*

2009/2011, con decorrenza dalla data di prima pubblicazione delle medesime graduatorie, a tutti gli effetti quindi giuridici ed eventualmente economici, e dunque ai fini dell'individuazione dei docenti destinatari di tutte le proposte di stipula dei contratti a tempo indeterminato con il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca;

c) condannare il MIUR a riutilizzare le suddette graduatorie a esaurimento, così come rettificata per effetto dell'inserimento a pettine di tutti i docenti già collocati in coda, ai fini della individuazione, con decorrenza dal 01.09.2009, di tutti i destinatari delle proposte di stipula del contratto a tempo indeterminato con il MIUR, con ogni conseguenza di legge in ordine alla validità ed efficacia dei contratti già stipulati in favore dei litisconsorti necessari con punteggi più bassi rispetto a quelli posseduti dai colleghi collocati nelle graduatorie di coda di cui all'art. 1, comma 11, del Decreto Ministeriale n. 42 dell'8 aprile 2009.

Con condanna, in ogni caso, del Ministero appellante al pagamento delle spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio da distrarre, in solido, in favore dei sottoscritti procuratori che dichiarano di aver anticipato le prime e non riscosso le seconde.

Oggetto: inserimento in graduatoria

In fatto e in diritto

1

Il 30 luglio 2013 il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ha appellato la sentenza 8 luglio 2013, n. 821 del tribunale di Genova, che ha accertato il diritto del docente [REDACTED] ad essere assunto a tempo indeterminato con decorrenza dall'1 settembre 2009, e l'ha condannato ad emanare i conseguenti provvedimenti e a pagare € 1.500,00 di spese.

Secondo l'appellante il tribunale ha errato nel ritenere che l'attore andasse preposto alla collega [REDACTED] nella graduatoria della provincia d'Imperia, ulteriore rispetto a quella di provenienza, sul rilievo, in sostanza immotivato, che in tale graduatoria andasse inserito *a pettine* e non in coda, come pure previsto dal d.m. n. 42 del 2009. E' vero, in proposito, ha sostenuto il Ministero, che Corte cost. 9 febbraio 2011, n. 41, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 4 *ter*, d.l. 25 settembre 2009 n. 134 (disposizioni urgenti per garantire la continuità del servizio scolastico ed educativo per l'anno 2009-2010), aggiunto dalla legge di conversione 24 novembre 2009 n. 167, nella parte in cui, nell'interpretare autenticamente l'art. 1, comma 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006 n. 296, prevede che, in occasione dell'aggiornamento delle graduatorie ad



esaurimento per il biennio scolastico 2009-2011, i docenti che chiedono di cambiare provincia siano inseriti nella relativa graduatoria in ultima posizione, ma è pur vero che con la conseguente caducazione del citato d.m. n. 42 del 2009 emanato in attuazione della pronuncia del giudice delle leggi, rivivevano le norme precedenti, per le quali la domanda andava fatta per l' inserimento in graduatoria in un' unica provincia.

Il tribunale, sempre ad avviso del Ministero, ha erroneamente ritenuto provata quella che è invece mera affermazione dell' attore, dell' essere, questi, in possesso di punteggio superiore a quello degli altri docenti immessi in ruolo, solo due nell' anno scolastico 2009-2010 e nessuno in quello successivo, ed ha così ritenuto altrettanto erroneamente superata la c.d. prova di resistenza, pure da esso giustamente considerata necessaria.

Busacca ha resistito.

Baroni non si è costituita.

2

Va rimarcato che, come è descritto nella sentenza 9 febbraio 2011, n. 41 del giudice delle leggi, il dubbio di costituzionalità oggetto di scrutinio da parte della corte era stato sollevato nel corso di un giudizio di ottemperanza promosso da alcuni docenti precari iscritti nelle graduatorie ad esaurimento — ex art. 1, comma 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006 n. 296 - volto ad ottenere l'esecuzione della sentenza 5 novembre 2008, n. 10809 con la quale il Tribunale amministrativo regionale del Lazio aveva annullato il decreto del 16 marzo 2007 e la relativa nota esplicativa del 19 marzo 2007, n. 5485, emessi dal ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, nella parte in cui disponevano che, a partire dall'anno scolastico 2009-2010, i docenti che chiedessero di essere trasferiti da una provincia ad un'altra fossero posti in coda nella relativa graduatoria.

Nel corso del giudizio principale in cui si è rimessa la questione alla corte costituzionale, il suddetto principio veniva ribadito, dapprima, dal d.m. n. 42 del 2009, avente ad oggetto i criteri per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo relativo agli anni scolastici 2009-2010 e 2010-2011 e, successivamente, dall' art. 1, comma 4 *ter*, d.l. 25 settembre 2009 n. 134, aggiunto dalla legge di conversione 24 novembre 2009, n. 167 che, qualificandosi quale norma di interpretazione autentica dell'art. 1, comma 605, lett. c), l. n. 269 del 2006 cit., impediva al rimettente di dare esecuzione alla sentenza oggetto dell'ottemperanza. Per questo il giudice amministrativo ha sollevato la questione di legittimità sul presupposto che l'art. 1, comma 4 *ter*, cit., fosse, in realtà, una norma innovativa con effetto retroattivo che si pone in

*De*

contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza, in quanto prevede una diversa disciplina a seconda del momento in cui il docente chiede il trasferimento da una graduatoria provinciale ad un'altra.

La corte costituzionale ha escluso il carattere interpretativo della legge del 2009, che prevedeva la trasformazione delle graduatorie permanenti in altre ad esaurimento e a tale fine non permetteva, a partire dal 2007, l'inserimento in esse di nuovi aspiranti candidati prima dell'immissione in ruolo dei docenti che già vi facevano parte; finalità cui risultava estranea la disciplina introdotta dalla norma censurata, avente ad oggetto i movimenti interni alle graduatorie che per loro natura non incidono sull'obiettivo dell'assorbimento dei docenti che ne fanno parte, per il quale assumono rilevanza solo i possibili nuovi ingressi. La legge impugnata, allora, secondo la corte costituzionale, introduceva con effetto temporale rigidamente circoscritto ad un biennio, una disciplina eccentrica, rispetto alla regola dell'inserimento «a pettine» dei docenti nelle graduatorie, vigente non solo nel periodo *anteriore*, ma persino in quello posteriore all'esaurimento del biennio in questione. Onde l'incostituzionalità, per essere irragionevole, della norma impugnata, posto che tale ultimo assetto normativo costituiva la regola ordinamentale prescelta dal legislatore, anche nella prospettiva di non ostacolare indirettamente la libera circolazione delle persone sul territorio nazionale, come prevede l'art. 120, comma 1, cost., rispetto alla quale regola la norma impugnata medesima aveva veste derogatoria. Deroga, questa, per la quale non emergeva alcuna obiettiva ragione giustificatrice valevole per il solo biennio in questione, e per di più imposta con efficacia retroattiva. L'art. 1, comma 4 *ter*, in parola, infatti, prevede che, se il docente chiede, in occasione dell'aggiornamento per il biennio scolastico 2011-2013 l'iscrizione in una graduatoria provinciale diversa rispetto a quella in cui era inserito nel biennio 2007-2009, vedrà riconosciuto il punteggio e la conseguente posizione occupata nella graduatoria di provenienza.

Diversamente, se il docente chiede il suddetto trasferimento in occasione delle operazioni di integrazione e di aggiornamento per il biennio 2009-2011, viene inserito nelle graduatorie delle province scelte dopo l'ultima posizione di III fascia.

La corte costituzionale ha infatti precisato che” per quanto attiene alla disciplina relativa al reclutamento del personale docente, il d.leg. 16 aprile 1994 n. 297 (approvazione del t.u. delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), agli art. 399, 400 e 401 stabiliva che l'accesso ai ruoli del personale docente dovesse avvenire mediante concorsi per titoli ed esami e mediante concorsi per soli titoli, riservando ad ognuno di essi annualmente il cinquanta per cento dei posti destinati alle procedure concorsuali.

*Lu*

Successivamente, con l'art. 1 l. 3 maggio 1999 n. 124 (disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), il legislatore ha modificato il suddetto reclutamento mediante la soppressione del concorso per soli titoli (art. 399) e la trasformazione delle relative graduatorie in permanenti, periodicamente integrabili (art. 401).

Per effetto dell'intervenuta modifica l'accesso ai ruoli oggi avviene per il cinquanta per cento dei posti mediante concorsi per titoli ed esami (ex art. 399) e, per il restante cinquanta per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti (ex art. 401).

A tali fini l'amministrazione, dopo aver determinato per ogni triennio l'effettiva disponibilità di cattedre, indice i relativi concorsi su base regionale per un numero pari alla metà di esse (art. 400).

Gli idonei non vincitori di tali concorsi vengono fatti confluire nelle graduatorie provinciali permanenti che vengono utilizzate dall'amministrazione scolastica per l'attribuzione, da un lato, dell'ulteriore metà delle cattedre individuate nel senso sopra indicato e, dall'altro, per conferire supplenze annuali e temporanee per mezzo delle quali i docenti acquisiscono ulteriore professionalità.

Le graduatorie permanenti, ora ad esaurimento, sono, poi, periodicamente integrate mediante l'inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami e di quelli che hanno chiesto il trasferimento da una provincia ad un'altra. Contemporaneamente all'integrazione, ossia all'introduzione di nuovi candidati, viene naturalmente aggiornata la posizione di coloro i quali sono già presenti in graduatoria e che, nelle more, hanno maturato ulteriori titoli (art. 401).

Dal quadro normativo sopra riportato si evince che la scelta operata dal legislatore con la l. n. 124 del 1999, istitutiva delle graduatorie permanenti, è quella di individuare i docenti cui attribuire le cattedre e le supplenze secondo il criterio del merito.

Ed invero, l'aggiornamento, per mezzo dell'integrazione, delle suddette graduatorie con cadenza biennale, ex art. 1, 4° comma, d.l. 7 aprile 2004 n. 97 (disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di università), convertito, con modificazioni, dalla l. 4 giugno 2004 n. 143, è finalizzato a consentire ai docenti in esse iscritti di far valere gli eventuali titoli precedentemente non valutati, ovvero quelli conseguiti successivamente all'ultimo aggiornamento, così da migliorare la loro posizione ai fini di un possibile futuro conferimento di un incarico.

La disposizione impugnata deroga a tali principi e, utilizzando il mero dato formale della maggiore anzianità di iscrizione nella singola graduatoria provinciale per attribuire al suo interno la relativa posizione, introduce una disciplina irragionevole che — limitata all'aggiornamento delle graduatorie per il biennio 2009-2011 — comporta il totale sacrificio del principio del merito posto a

fondamento della procedura di reclutamento dei docenti e con la correlata esigenza di assicurare, per quanto più possibile, la migliore formazione scolastica” (per analoga pronuncia v. altresì Corte cost. 25 luglio 2011, n. 242, che ha dichiarato incostituzionale l’art. 92, comma 2 *bis*, l. prov. Trento 7 agosto 2006 n. 5, come introdotto dall’art. 53, comma 4, l. prov. Trento 12 settembre 2008 n. 16, nella parte in cui prevede che, a partire dall’anno scolastico 2009-2010, i docenti iscritti nelle graduatorie ad esaurimento che chiedono l’inserimento in quelle provinciali sono inseriti in posizione subordinata a tutte le fasce”).

Si è ricostruito ed in parte si è riportato per esteso l’ *iter* motivazionale del giudice delle leggi per mettere in luce come, appunto secondo la corte – v. la sottolineatura mediante corsivo sopra fatta – già prima della disposizione del 2009 venuta meno a seguito della pronuncia d’ incostituzionalità il criterio meritocratico ineriva anche all’ ipotesi in cui il docente avesse fatta domanda d’ inserimento in graduatorie presso altra provincia. Del resto, la pronuncia del tribunale amministrativo n. 10809 del 2008 cit. di cui si è chiesta l’ ottemperanza e che, si badi bene, è stata emessa in un giudizio cui ha partecipato l’ odierno attore, riguardava proprio un caso di tal genere. E in tale pronuncia, ineccepibilmente, si evidenziava che <<nessun elemento testuale legittimava “l’interpretazione secondo cui, nelle graduatorie in questione, il trasferimento da fuori provincia sarebbe consentito dalla legge finanziaria del 2007 con la modalità prefigurata dal d.m. 16 marzo 2007 e dalla connessa nota applicativa.

Invero, come correttamente argomentato in ricorso, il comma 607 dell’art. 1 della legge n. 296 del 2006, nel prevedere la ridefinizione, con decreto del Ministro della Pubblica Istruzione, della tabella di valutazione allegata al decreto legge n. 97/2004, convertito con modificazioni dalla legge n. 143/2004, si limita a riconfermare l’aggiornamento biennale delle graduatorie di cui all’art. 401 del testo unico sull’istruzione di cui al decreto legislativo n. 297/1994.

2.3.2.- E’ peraltro da escludersi che un fondamento positivo alla restrizione alla mobilità territoriale, operata con gli atti impugnati, possa rinvenirsi nel comma 605 del medesimo art. 1 della legge n. 296/2006.

Giova in proposito riportare le proposizioni normative riguardanti la subiecta materia: “Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti di cui all’articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143 sono trasformate in graduatorie ad esaurimento. Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione, e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto

*Dea*

legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria. La predetta riserva si intende sciolta con il conseguimento del titolo di abilitazione".

La nuova disciplina legislativa, nell'intento di eliminare il risalente fenomeno del precariato nella scuola, ha disposto la trasformazione delle graduatorie provinciali permanenti, già istituite dalla legge n. 124/1999, in graduatorie a esaurimento. Ha poi consentito che nelle graduatorie così riconfigurate possano inserirsi, a pieno titolo, coloro che sono in possesso di un'abilitazione, nonché, con riserva, coloro che hanno in corso una procedura abilitante ordinaria o riservata. E' coerente allora affermare, quanto al thema decidendum, che la riconfigurazione delle graduatorie provinciali, da permanenti a esaurimento, non implica ex se – in assenza di un'esplicita scelta di campo del legislatore tesa a conformare la valenza giuridica di dette graduatorie a esaurimento – l'immobilità e/o la cristallizzazione di queste ultime nel senso inteso dall'amministrazione scolastica.

Tale conclusione è peraltro smentita, ad avviso del Collegio, da elementi testuali significativamente presenti nel riferito ordito normativo. Il riferimento è alla salvezza degli inserimenti nelle graduatorie a esaurimento, limitata alle categorie degli abilitati e degli abilitandi nella tassativa enumerazione prefissata dalla norma. La locuzione usata fa specifico riferimento alla possibilità di un ingresso ex novo, ulteriore e definitivo, in dette graduatorie, così in definitiva conformando le graduatorie a esaurimento; essa però non può essere piegata – se non sulla base di un'arbitraria estensione del suo significato – al punto da cogliervi conseguenze limitative per i soggetti interni al sistema delle graduatorie provinciali; per i quali non sono dunque ipotizzabili preclusioni di mobilità, anche territoriale, nell'ambito delle distinte graduatorie. Con riferimento alle nuove graduatorie a esaurimento non appare quindi conforme alla normativa primaria di riferimento la determinazione dell'amministrazione scolastica di consentire il trasferimento dei docenti che intendano spostarsi ad altra provincia, alla condizione di un loro collocamento "in coda a tutte le fasce">>.

E' allora infondato il motivo d' appello secondo cui la caducazione della disposizione del 2009 escluderebbe la stessa possibilità del docente di fare domanda per graduatorie in altre province. E se



poteva e può farlo, doveva essere posto in graduatoria, stante la legge del 1999, in base al criterio meritocratico.

3

Ugualmente infondato è l' altro motivo di gravame. La circostanza dell' assunzione a tempo indeterminato di [redacted] avente punteggio inferiore e quello dell' attore, e che [redacted] collocata al 3° posto in graduatoria quando [redacted] era alla posizione 3 *bis*, fosse stata messa in ruolo precedentemente, fanno ritenere provata la c.d. prova di resistenza. Senza dire che sarebbe toccato al Ministero, per il principio di vicinanza della prova, provare che gli altri insegnanti in coda, ove collocati in posizione migliore nella graduatoria della provincia d' Imperia, avessero espresso preferenza per tale provincia.

4

L' appello, in conclusione, va rigettato.

Le spese seguono la soccombenza *ex art.* 91 cod. proc. civ. e vanno liquidate come appresso in applicazione del d.m. n. 140 del 2012, tabella A, applicabile ai sensi dell' art. 41 del medesimo in quanto le si liquidano successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso:

€ 1.200,00, 600,00, 1.500,00 quale valore medio di liquidazione (scaglione valore indeterminabile), aumentati del 20% trattandosi di giudizio d' appello (v. d.m. cit.), oltre iva e cpa.

Le spese stesse vanno distratte a favore dei difensori, dichiaratisi antistatari (art. 93 cod. proc. civ.)

Raddoppio a carico dell' appellante del contributo unificato di cui all' art. 1, comma 17, l. n. 228 del 2012, posto che il procedimento di appello è iniziato dopo il 31 gennaio 2013.

p.q.m.

conferma la sentenza n. 821 del 2013 del tribunale di Genova;

condanna l' appellante a pagare all' appellato le spese del grado, che liquida in € 3.960,00, oltre iva e cpa, con distrazione a favore dei difensori.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di applicazione del raddoppio del contributo unificato di cui all' art. 1, comma 7, l. n. 228 del 2012.

Genova, 11 dicembre 2013



Luigi de Angelis, presidente e relatore

*Luigi de Angelis*

La sentenza è stata depositata in Cancelleria il **18 DIC. 2013**

**CORTE DI APPELLO DI GENOVA**  
Sezione IV Lavoro **19 DIC. 2013**  
Depositato in Cancelleria il .....

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
dr.ssa Gabriella ONETO

*Gabriella Oneto*