

RG 274 /2013



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI GENOVA**

Il Tribunale di Genova Sezione Civile del Lavoro  
in persona della dott.ssa Giuliana Melandri  
ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A ex art. 429 c.p.c.**

nella causa promossa da:

**[REDACTED]**  
elettivamente domiciliato in VIA RUFFINI 7/5 16128 GENOVA presso lo  
studio dell' Avv. AGUSTO ALBERTO MARIO PASQUALE che lo rappresenta  
e difende, unitamente agli Avv.ti MICELI WALTER e GANCI FABIO del foro  
di ROMA , per mandato a margine del ricorso

***ricorrente***

**C O N T R O**

**M.I.U.R.**

elettivamente domiciliato in GENOVA, Viale Brigate Partigiane 2 presso  
l'Avvocato dello Stato CORDI' LORENZO che lo rappresenta e difende ex  
lege

**[REDACTED]** contumace

***convenuti***

CONCLUSIONI DELLE PARTI : come nei rispettivi atti



Il Prof. ████████ docente iscritto nelle graduatorie ad esaurimento per l'assunzione in ruolo del 50% sui posti vacanti e per il conferimento di supplenze annuali nell'ambito delle scuole secondarie di 2° grado nella Provincia di Palermo, in applicazione delle L. n. 124 del 2009 e L. n. 333 del 2001 che prevedono la possibilità dei docenti di inserirsi in altre graduatorie senza subire penalizzazioni, ha chiesto ed ottenuto l'inserimento nelle graduatorie provinciali di IMPERIA per gli anni scolastici 2009-2010.

Tuttavia, con decreto n. 1734 del 2009 la Provincia di Imperia ha inserito il ricorrente **in coda** nella graduatoria in forza del comma 4 ter del D.L. n. 24 del 2009, convertito in legge n. 167 del 2009 che ha interpretato autenticamente l'art. 1 della L. n. 296 del 2007 nel senso che " nelle operazioni di integrazione e di aggiornamento di cui all'art. 1 del D.L. n.97 del 2004, convertito con modificazioni dalla L. n. 4 giugno 2004 n. 143, è consentito ai docenti che ne fanno esplicita richiesta, oltre alla permanenza nella Provincia prescelta in occasione dell'aggiornamento delle suddette graduatorie per il biennio scolastico 2007-2008 e 2008-2009, l'inserimento anche nelle graduatorie di altre province dopo l'ultima posizione di III fascia nelle graduatorie medesime".

La norma in esame è stata dichiarata incostituzionale con sentenza n. 41 del 9.2.2011 a seguito dell'ordinanza di rimessione della questione da parte del TAR LAZIO n. 230 del 2010.

Nel presente giudizio il ricorrente ha impugnato la graduatoria di cui sopra, convenendo in giudizio il MIUR, l'Ufficio Scolastico Regionale e l'Ambito territoriale di IMPERIA con ricorso notificato anche alla controinteressata Prof. ██████████, sostenendo di aver diritto ( in forza della citata sentenza della Corte Costituzionale) ad essere inserito a pettine (e cioè con il proprio punteggio pari a punti 78) sin dal biennio 2009-2011 nella graduatoria della provincia di Imperia, ove attualmente ha in corso una supplenza annuale presso l'Istituto " U. Novaro" di DIANO MARINA.

Il ricorrente sostiene, quindi, di essere stato illegittimamente scavalcato in graduatoria dalla Prof. ██████████ avente un punteggio di 67 punti, immessa in ruolo dal 1.9.2009.

Ha chiesto quindi, previo accertamento del proprio diritto ad essere inserito nella graduatoria dell'ambito territoriale di Imperia nell'elenco dei docenti di sostegno in aderenza al punteggio posseduto, la condanna del MIUR alla sua immissione in ruolo dal 1.9.2009.



In subordine, nell'ipotesi in cui l'amministrazione ritenesse di ottemperare alla sentenza della Corte Costituzionale, estendendo il contraddittorio ( con notifica per pubblici proclami) con i 18 Uffici Scolastici Regionali , i 101 Ambiti Territoriali Provinciali e tutti i docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento nel biennio 2009-2011, la condanna del MIUR a rettificare le graduatorie ad esaurimento inserendo a pettine tutti i docenti collocati in coda, e così ad immettere a ruolo i concorrenti inseriti con miglior punteggio nelle graduatorie in base al principio meritocratico, risolvendo i rapporti con i docenti aventi punteggi più bassi rispetto a quelli collocati in coda.

Si sono costituiti in giudizio i convenuti tramite l'Avvocatura dello Stato, sostenendo la erroneità della ricostruzione delle norme operata dal ricorrente, in quanto la sentenza n. 41 del 2011 della Corte Costituzionale aveva travolto cancellandolo, l'intero art. 1 comma 3° della L. n. 167 del 2009 che disciplinava unitariamente ed inscindibilmente sia l'inserimento nelle graduatorie aggiuntive, sia la collocazione in coda ad esse; da ciò discendeva la reviviscenza della disciplina previgente ( art. 401 comma 2° D.Lvo n. 297 del 1994 che prevedeva la possibilità dei docenti di essere iscritti in un'unica graduatoria.

Tale ricostruzione era avvalorata dal fatto che, in applicazione del D.L. n. 70 del 13.5.2011 che ha modificato l'art. 1, comma 4, L. n. 143/2004, a decorrere dall' a.s. 2011-2012, senza possibilità di ulteriori inserimenti, l'aggiornamento delle graduatorie in esaurimento deve essere effettuato con cadenza triennale e con possibilità di trasferimento in un'unica provincia secondo il proprio punteggio, nel rispetto della fascia di appartenenza. Il ricorrente quindi avrebbe dovuto dimostrare che, al momento della scelta, avrebbe optato per essere trasferito nella Provincia di Imperia rispetto a tutte le altre ( Milano e Novara) per le quali aveva manifestato la propria preferenza.

In memoria i convenuti evidenziavano altresì come la reclamata immissione in ruolo del ricorrente a decorrere dal 1.9.2009 verrebbe a stravolgere la pianta organica del personale docente della scuola secondaria di 2° grado – Sostegno Area AD04- assunto a tempo indeterminato in quegli anni nella Provincia di Imperia, provocando un effetto domino sulle successive assunzioni, con evidente lesione dell'affidamento dei docenti immessi a ruolo per ultimi.

Inoltre, il ricorrente non aveva dimostrato , tenuto conto del numero dei posti disponibili e degli altri docenti nella sua medesima situazione, che



con il suo punteggio si sarebbe collocato in posizione utile per la stipula del contratto a tempo indeterminato. Nella fattispecie concreta il ricorrente si trovava alla posizione n. 15 con punti 78 nella graduatoria di coda per i docenti di sostegno nelle scuole secondarie di 2° grado di IMPERIA. Tenuto conto del fatto che negli aa.ss. 2009-2010 e 2010-2011 sono stati assunti a tempo indeterminato due docenti, il ricorrente – pur se inserito a pettine – non sarebbe stato in posizione utile ( la terza) per essere immesso a ruolo.

A ciò aggiungevano che molti altri docenti avevano fatto analoga causa per ottenere l’inserimento a pettine nella graduatoria, per cui risultava impossibile per ciascuno poter dimostrare di aver diritto alla immissione in ruolo.

Infine l’Avvocatura dello Stato ha eccepito il difetto di legittimazione passiva degli Uffici Scolastici Regionale e Provinciale, in quanto organi del Ministero non aventi soggettività giuridica .

La Prof. ██████████ non si è costituita in giudizio.

La causa, non necessitando di istruttoria, viene decisa all’odierna udienza - previa discussione delle parti che hanno concluso come in atti - con la seguente MOTIVAZIONE contestuale al dispositivo.

Il ricorso è parzialmente fondato.

Deve preliminarmente accertarsi la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto in materia di graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola di cui all’art comma 605, lett. c), della l. n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007), le controversie promosse per l’accertamento del diritto dei docenti - che, già iscritti in determinate graduatorie ad esaurimento, si siano avvalsi della facoltà di essere inseriti in al analoghe graduatorie provinciali - a non essere collocati in coda rispetto ai docenti inclusi in queste ultime graduatorie (diritto nella specie negato dall’amministrazione applicazione del divieto previsto dal d.m. 8 aprile 2009, n. 42), appartengono alla giurisdizione ordinaria, venendo in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma secondo, d.lgs. n. 165 del 2001), a fronte dei quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti relativi alla graduatoria utile per l’eventuale assunzione” (cfr. Cassazione 3032/11).

La fattispecie in esame è disciplinata dall’art. 1 comma 605, lett. c) della legge 27/12/2006 numero 296 (cosiddetta legge finanziaria 2007) nella parte in ha stabilito che con effetto dalla data di entrata in vigore della



legge medesima le graduatorie permanenti di cui all'art. 1 del decreto-legge 7/4/2004, n. 97, convertito modificazioni, dalla legge 4/6/2004 n. 143, sono trasformate in graduatorie ad esaurimento.

Le graduatorie permanenti alle quali fa riferimento la norma sopra citata "sono quelle di cui all'art. 401 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, approvato con d.lgs 16/4/1994 n. 297, e successive modificazioni, come rideterminate ai sensi del citato art. 1 del d.l. n. 97 del 2004.

La trasformazione dette suddette graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento trova la sua ratio nella definizione di un piano triennale per la stabilizzazione del personale docente.

Non rientra, pertanto, nella giurisdizione amministrativa la controversia in esame che, avendo ad oggetto la possibilità, o meno, di modificare determinate graduatorie ad esaurimento mediante l'inserimento di altri docenti già iscritti in altre graduatorie ad esaurimento<sup>9</sup> riguarda, in sostanza, l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria con precedenza rispetto ad altri docenti (cfr. in particolare Cass. SU 28 luglio 2009 n. 17466).

Ciò perché l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto dell'atto di approvazione, colloca la fattispecie in esame al di fuori della materia concorsuale e comporta che sia il giudice ordinario a valutare la pretesa ad un determinato collocamento in graduatoria, pretesa che ha ad oggetto, in sostanza, la conformità a legge degli atti di gestione nella graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

Ciò premesso, si osserva che il ricorrente nel pretendere il corretto inserimento "a pettine" nelle graduatorie provinciale ad esaurimento della Provincia di IMPERIA per la classe di concorso AD04 PSICOMOTRIA (insegnanti di sostegno) e conseguentemente l'inserimento a pettine nell'elenco di sostegno scuola secondaria di II grado, anziché come avvenuto "in coda", chiede altresì che sia accertato e dichiarato il suo diritto a ricoprire un posto a tempo indeterminato a far data dal 1/9/2009.

La domanda non può dunque che essere qualificata come domanda di volta ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c. atteso che "se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie all'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso".



Ritiene per contro questo Giudice di dover escludere che nel caso in esame sia configurabile una offerta al pubblico con conseguente conclusione del contratto all'atto del ricorrere della domanda e del ricorrere di tutti i requisiti, posto che nel caso in esame non si verte nell'ipotesi della emanazione di un bando ma dell'inserimento in graduatorie permanenti - poi trasformate ad esaurimento - con conseguente obbligo della P.A. di assumere i lavoratori in esse utilmente inseriti.

Come è noto infatti "il bando di concorso per l'assunzione, in regime privatistico, di personale, all'esito di procedure selettive, costituisce, ove contenga gli elementi del contratto alla cui conclusione è diretto, un'offerta al pubblico, ossia una proposta di contratto da cui deriva, in favore dei soggetti utilmente collocati nella graduatoria la conclusione del contratto stesso: pertanto, in caso di mancata assunzione dei vincitori, sorge a carico del proponente una responsabilità contrattuale per inadempimento e quindi l'obbligo di risarcire il danno, salvo sia dedotta e provata la mancanza di colpa del datore di lavoro alla stregua dell'ordinario criterio di diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ. (vd. Cass. 6577/02) e più esattamente "il bando di concorso per l'assunzione di lavoratori non è riconducibile alla previsione dell'art. 1989 cod. civ., che configura la promessa al pubblico come negozio unilaterale dotato di efficacia in deroga alla regola generale stabilita dall'art. 1987 stesso codice e perciò vincolante per il promittente, a prescindere da manifestazione di consenso da parte dei beneficiari, ma, essendo preordinato alla stipulazione di contratti di lavoro, che esigono il consenso delle controparte, costituisce, ove contenga gli elementi del contratto alla cui conclusione è diretto, un'offerta al pubblico, ai sensi dell'art. 1336 cod. civ., la quale è revocabile solo finché non sia intervenuta l'accettazione da parte degli interessati. Tale offerta può essere di un contratto di lavoro definitivo, il quale si perfeziona con l'accettazione del lavoratore che risulti utilmente inserito nella graduatoria dei candidati idonei, oppure preliminare, il quale si perfeziona con la semplice accettazione del candidato che chiede di partecipare al concorso ed a per oggetto l'obbligo per entrambe le parti o per il suo offerente, nel caso di preliminare unilaterale, della stipulazione del contratto definitivo con ehi risulti vincitore" (cfr. Cass. 13273/07).

Ciò premesso, nel merito si rileva quanto segue :



- la procedura di integrazione ed aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo per il biennio scolastico 2009/2011 è stata indetta con DM n. 42 del 9/4/2009;

- la pubblicazione delle graduatorie delle classi di concorso della Provincia di IMPERIA, nelle quali la ricorrente è stata inserita e di cui si duole, risale al 24.7.2009.

- il DM 42/09 ha previsto la possibilità per ciascun aspirante di scegliere tre ulteriori province ove collocarsi in graduatoria e il ricorrente ha presentato domanda per le province di MILANO, IMPERIA e SAVOIA .

- l'inserimento nelle ulteriori tre province è però avvenuto - ai sensi degli artt. 1, commi 11 e 12 DM 42/09 - non "a pettine" ma "in coda" .

Qualora tutti i candidati fossero stati inseriti a pettine, il ricorrente avrebbe ricoperto la posizione n. 3 bis nell' ambito disciplinare AD04 con punti 78, come risulta dalla nuova graduatoria riformulata in attuazione della decisione del TAR Lazio e del Consiglio di Stato.

- per la AD04 negli a.s. 2009-10 e 2010-2011 sono stati immessi a ruolo due docenti e più specificamente a decorrere dal 1.9.2009 la sig. ██████████ (controinteressata nel presente giudizio) con un punteggio di 67 punti e la sig.ra CALIFANO Tiziana con un punteggio di 178 punti.

- il ricorrente risulta avere un punteggio maggiore rispetto alla sig.ra ██████████ (78 punti rispetto a 67 punti).

Ha dunque operato erroneamente il Ministero dell'Istruzione nel prevedere e inserire il ricorrente "in coda" anziché "a pettine" nelle graduatorie ad esaurimento della provincia di IMPERIA: il ricorrente infatti avrebbe dovuto essere inserito a pettine nelle graduatorie valevoli per il biennio 2009-2010 e 2010-2011, come poi avvenuto con la riformulazione delle graduatorie a seguito di quanto stabilito dal TAR LAZIO con ordinanza n. 3324 del 2009 ( v. graduatoria prodotta da entrambe le parti).

Effettuando la c.d. "prova di resistenza", come correttamente evidenziato in memoria dall'Avvocatura dello Stato, deve ritenersi che il ricorrente, se fosse stato inserito a pettine sin dall'inizio della formazione della graduatoria, avrebbe avuto diritto a coprire il posto assegnato alla Professoressa BARONI.

Ciò in quanto è pacifico – da un lato - che la ██████████ era in 5° posizione e il ██████████ in 3° bis e – dall'altro – che la ██████████ 3° con 88 punti, era già stata immessa precedentemente a ruolo, come confermato dalle parti in verbale.



Il ricorrente ha diritto pertanto all'immissione a ruolo come da dispositivo.  
Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il giudice dichiara il diritto del ricorrente ad essere assunto a tempo indeterminato dal MIUR con decorrenza dal 1.9.2009, con conseguente condanna del predetto Ministero ad emanare tutti i provvedimenti consequenziali a tale accertamento.

Condanna il MIUR a rifondere al ricorrente le spese di giudizio dallo stesso sostenute, che liquida in complessivi €1.500,00 oltre IVA e CPA.

Si riserva di depositare la motivazione della presente sentenza entro 60 gg. dalla data odierna.

Genova, 4.7.2013.

Il Giudice

