

Graduatorie ad esaurimento – inserimento in coda – diritto all’inserimento a “pettine” e per l’effetto all’assunzione.

E’ necessario distinguere tra la legittimazione ad agire dei ricorrenti (titolarità del diritto al corretto inserimento in graduatoria) e l’interesse “finale” (l’accertamento di una posizione “utile” all’assunzione) ovvero “strumentale” all’azione (contestazione dell’illegittima assunzione di altro aspirante). Il ricorrente deve necessariamente fornire prove dell’interesse finale e/o di quello strumentale dell’azione proposta.

La mancata corrispondenza tra i presupposti della domanda (l’inadempienza del MIUR rispetto a una serie di obblighi sostanziali e processuali) e il *petitum* (l’inserimento in posizione utile in graduatoria e la retrodatazione dell’immissione in ruolo al 2009) non consente l’accoglimento del ricorso. Anche ammesso che i ricorrenti siano stati vittime di atti illegittimi, l’unica conseguenza possibile sul piano del ripristino della legittimità sarebbe che essi avrebbero diritto, al limite, a richiedere un risarcimento del danno - previa idonea dimostrazione dello stesso, sotto il profilo della perdita di chances o della perdita reddituale, o di entrambe - , ma ciò non li trasforma in vincitori di un concorso che non hanno mai dimostrato e non possono dimostrare di avere vinto.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI TORINO
SEZIONE LAVORO

Composta da:

Dott. Giancarlo Girolami	Presidente Rel.
Dott.ssa Maria Gabriella Mariani	Consigliere
Dott. Michele Milani	Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa di lavoro iscritta al n.ro **1236/2012** R.G.L.

promossa da:

**MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E
DELLA RICERCA**, in persona del Ministro *pro tempore*,
difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino,
domiciliataria

APPELLANTE

CONTRO

APPELLATA

Oggetto: Altre ipotesi

CONCLUSIONI

Per l'appellante: come da ricorso depositato il 01.10.2012

Per l'appellata: come da memoria depositata il 08.05.2013

MOTIVI IN FATTO E IN DIRITTO

Con ricorso depositato in data 20.2.2012 conveniva in giudizio il MIUR, l'Ufficio Scolastico Regionale, chiedendo (cfr. conclusioni ricorso di primo grado, che di seguito si sintetizzano):

“-previa disapplicazione del DM 42/09 art.1 (inserimento in coda) e delle graduatorie ad esaurimento dell'ATP Torino relative al biennio 2009/2011 e pervio, in via cautelare, conferma del contenuto dispositivo dell'ordinanza del TAR n. 5141/09,

NEL MERITO

- a) ordinare e condannare le Amministrazioni intimare, per le rispettive competenze, ad emanare gli atti necessari per il riconoscimento della decorrenza giuridica ed economica della sua assunzione a tempo indeterminato dal 1.9.2010, o dalla data di individuazione della ricorrente quale destinataria di proposta di stipula di contratto a tempo indeterminato con posto accantonato in attesa della definizione del contenzioso; con conseguente applicazione della disciplina giuridica ed economica per le assunzioni

effettuate nel 2011 con le graduatorie del 2010 con effetti retrodatati al 1.9.2010 (DM 3 agosto trasmesso con nota 4 agosto 2011);

IN SUBORDINE

Nell'ipotesi in cui il MIUR volesse ottemperare alla sentenza della Corte Costituzionale n. 41/11 ed inserire "a pettine" tutti i concorrenti, ora inseriti in coda, in tutte le tre graduatorie provinciali opzionali da ella indicate,

- b) estendere il contraddittorio ai 101 uffici scolastici periferici del MIUR ed a tutti i docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento per il biennio 2009/2011 e quindi
- c) ordinare al MIUR di inserire "a pettine" tutti i docenti già inseriti in coda nelle graduatorie aggiuntive ex art. 1 comma 11 del D.M. 42/09, condannando il MIUR ad utilizzare le graduatorie ad esaurimento provinciali, così come rettificata, ai fini "della corretta individuazione, con decorrenza dal 01.09.2009, dei destinatari della proposta di stipula del contratto a tempo indeterminato e determinato con il MIUR in applicazione del principio meritocratico del miglior punteggio maturato nelle graduatorie, con conseguente annullamento di tutte le immissioni in ruolo disposte sulla base delle disposizioni di legge dichiarate costituzionalmente illegittime con sentenza 41/2011 della Corte Costituzionale"

La ricorrente esponeva di essere stata assunta con contratto a tempo indeterminato dal 1.9.2011 (docente di sostegno minorati psicofisici classe di concorso EEEE, circolo didattico di Torino).

Ella, tuttavia, era inserita nelle graduatorie ad esaurimento per le assunzioni in ruolo sul 50% dei posti autorizzati e per il conferimento delle supplenze annuali della provincia di Siracusa nella classe concorsuale EEEE scuola primaria/sostegno minorati psicofisici.

In occasione dell'apertura e aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento valide per il biennio 2009/2011 ella aveva maturato l'interesse e la volontà (come dalla stessa espressamente evidenziato nel ricorso) di inserirsi in una graduatoria provinciale diversa da quella di previa iscrizione e, in particolare, nella graduatoria provinciale di Torino che, non essendo satura, offriva maggiori possibilità di immissione in ruolo.

La ricorrente, in effetti, asseriva che avrebbe avuto diritto all'immissione in ruolo già a decorrere dal 1.9.2010 utilizzando le graduatorie del 2010, se non fosse stata inserita, nella provincia di Torino e nella graduatoria della classe di concorso EEEE, "in coda".

La normativa vigente, all'epoca –fino alla adozione dei provvedimenti poi impugnati davanti al TAR e di cui si dirà– consentiva il trasferimento del docente da una graduatoria

provinciale a quella di altra provincia, con conseguente esclusione dalla prima (art. 1 comma 6 legge 124/99 che aveva sostituito in tal senso l'art. 401 del D.Lgs. 297/94 e che prevedeva il periodico aggiornamento delle graduatorie, trasformate in graduatorie permanenti da utilizzare per le immissioni in ruolo).

La legge stabiliva poi che le suddette operazioni di periodico aggiornamento delle graduatorie sarebbero dovute avvenire "*secondo modalità da definire con regolamento*", cosa che avvenne con il D.M. 123/2000, con il quale veniva regolamentato il periodico aggiornamento delle graduatorie provinciali, stabilendosi che il personale incluso nelle graduatorie permanenti poteva chiedere, in ciascuno degli anni intermedi tra una integrazione e quella successiva, il trasferimento nelle corrispondenti graduatorie di altra provincia, con il trasferimento in tutte le graduatorie in cui ne aveva diritto della provincia prescelta e depennamento da tutte le graduatorie della precedente provincia di provenienza; si stabiliva ancora che i docenti trasferiti durante gli anni intermedi sarebbero stati inseriti "nella provincia prescelta in coda all'ultimo incluso", mentre, all'atto della riapertura delle graduatorie, insieme all'aggiornamento del punteggio si sarebbe proceduto "all'inserimento a pieno titolo ... nei confronti di coloro che chiedono il trasferimento di graduatoria in questa fase... Si applicano le disposizioni... In materia di iscrizione e

depenamento delle graduatorie" (art.4 comma 4).

Anche il D.M. n. 146/2000, contenente le disposizioni sulla formazione delle nuove graduatorie permanenti, prevedeva (art. 2 comma 1) la possibilità di trasferimento di provincia che comportava automaticamente il trasferimento di iscrizione ed il depennamento da tutte le graduatorie della o delle province da cui si chiede il trasferimento.

L'art. 1 della legge 333/2001, con disposizione qualificatasi di interpretazione autentica, stabiliva: "le disposizioni contenute nell'art. 2 commi 1 e 2 della legge 3 maggio 1999 n. 124 si interpretano nel senso che nelle operazioni di prima integrazione delle graduatorie permanenti previste dall'art. 401 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994 n. 297, come sostituito dall'art. 1 comma 6 della stessa legge, hanno titolo all'inserimento, 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..."

L'Amministrazione procedeva quindi negli anni ad emanare i provvedimenti dei successivi aggiornamenti.

Veniva avviata la procedura per l'a.s. 02/03 con possibilità di trasferimento di provincia ed inserimento secondo punteggio e contestuale depennamento dalla graduatoria di provenienza; analogamente si procedeva per gli a.s. 03/04 e 04/05.

Il d.l. 97/04 (conv. in legge 143/04) prevedeva poi, agli artt. 1 e 2, la durata biennale (e non più annuale) delle graduatorie, fermo restando il principio della trasferibilità fra le province.

Conseguentemente veniva rinnovata anche per gli aa.ss. 05/06 e 06/07 la previsione di trasferibilità fra province e contestuale deperimento dalla graduatoria di provenienza.

A questo punto interviene l'art. 1 comma 605 della finanziaria 2007 (legge n. 296/07) che prevede "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" e, nel continuare a prevedere la possibilità di trasferirsi in altra provincia con la cancellazione dalle graduatorie di provenienza, il D.D.G. 16.03.07, nel disciplinare l'aggiornamento delle graduatorie per il biennio 07-08 e 08-09, divenute "ad esaurimento", disponeva, a livello di principio, che a seguito della trasformazione in "*graduatorie a esaurimento*" dall'a.s. 09-10 era consentito solo l'aggiornamento della propria posizione e il trasferimento ad altra provincia, in posizione subordinata a tutte le fasce.

Il ministero, con nota n. 5485 del 19.3.2007, precisava che "con la riapertura dei termini sarà consentito, per l'ultima volta, di iscriversi nelle graduatorie permanenti, trasformate in graduatorie ad esaurimento" poiché nel successivo biennio scolastico 2009/2011 sarebbe stato consentito solamente aggiornare il punteggio o trasferire la propria posizione in altra

provincia ma “in coda” a tutte le fasce.

Questo provvedimento veniva impugnato relativamente alla previsione del collocamento in posizione subordinata a tutte le fasce in occasione del trasferimento ad altra provincia ed il TAR Lazio, accogliendo il ricorso, con sentenza n. 10809/08, affermava che non era conforme alla normativa primaria di riferimento la determinazione di collocare "in coda a tutte le fasce" i docenti che si spostavano in altra provincia, in quanto non era stato intaccato il principio posto a base della legge 124/99, e cioè che la collocazione nelle graduatorie provinciali deve avvenire in base al criterio meritocratico del punteggio conseguito da ciascuno.

Questa decisione veniva confermata dal iniziale Consiglio di Stato con la sentenza n. 2486/11 e faceva diretto riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 41/11 nel frattempo intervenuta.

Il Ministero, con il provvedimento di integrazione e aggiornamento delle graduatorie per il biennio 09-10 e 10-11, decideva di effettuare una scelta diversa rispetto al passato.

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.

L'art. 1 del citato D.M. infatti non contemplava il trasferimento in altra provincia (con depennamento dalla graduatoria di provenienza), ma la possibilità di chiedere "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 dell'assunzione sui posti riservati, collocandosi, quindi, complessivamente in non più di quattro province".

Si apriva un contenzioso innanzi al TAR Lazio, che accoglieva numerose istanze cautelari, ordinando la collocazione degli istanti secondo il punteggio posseduto e, persistendo la condotta inadempiente del Ministero, nominava un commissario ad acta.

A questo punto interveniva il legislatore che, con l'art. 1 comma 4-ter della legge 169/09 di conversione del d.l. 134/09, così statuiva: " la lettera c) del comma 605 dell'articolo 1 legge n. 296/06 e successive modificazioni, si interpreta nel senso che nelle operazioni di integrazione e di aggiornamento delle graduatorie permanenti di cui all'articolo 1 d.l. 97/04 ... è consentito ai docenti che ne fanno esplicita richiesta, oltre che la permanenza nella provincia prescelta in occasione dell'aggiornamento delle suddette graduatorie per il biennio scolastico 2007-2008 e 2008-2009, di essere inseriti anche nelle

graduatorie di altre province dopo l'ultima posizione di III fascia nelle graduatorie medesime. Il decreto con il quale il MIUR dispone l'integrazione e l'aggiornamento delle predette graduatorie per il biennio scolastico 2011-2012 e 2012-2013, in ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 1 comma 4 del citato d.l. 97/04... é improntato al principio del riconoscimento del diritto di ciascun candidato al trasferimento dalla provincia prescelta in occasione dell'integrazione e dell'aggiornamento per il biennio scolastico 2007-2008 e 2008-2009 ad un'altra provincia di sua scelta, con il riconoscimento del punteggio e della conseguente posizione nella graduatoria".

Quindi, in sostanza, per effetto di questa disposizione normativa, per il biennio 2007-2009 ciascun candidato aveva diritto al trasferimento in altra provincia sulla base del punteggio posseduto; analogamente si sarebbe operato per l'aggiornamento delle graduatorie per il biennio 2011-2013; unica eccezione restava l'integrazione e l'aggiornamento delle graduatorie per il biennio 2009-2011, per il quale i docenti che ne avevano fatto richiesta, potevano essere inseriti in altre tre graduatorie ma "in coda" a quanti erano già iscritti.

I docenti vittoriosi davanti al TAR Lazio come da sentenza 10809/08 citata, chiedevano l'esecuzione coattiva di tale sentenza e, in quella occasione, veniva sollevata questione di legittimità costituzionale della norma di cui al citato art. 1 comma 4-ter legge 169/09.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 41/11, dichiarava la incostituzionalità dell'art. 1 comma 4-ter del d.l. 25.9.2009 n. 134 aggiunto dalla legge di conversione 24 novembre 2009 n. 167, in quanto stabilisce che la lett. c) del comma 605 dell'art. 1 della legge 296 del 2006 si interpreta nel senso che nelle operazioni di integrazione e di aggiornamento delle graduatorie permanenti di cui all'art. 1 del d.l. n. 97 del 2004, convertito dalla legge n. 143 del 2004, è consentito ai docenti che ne fanno esplicita richiesta, oltre che la permanenza nella provincia prescelta in occasione dell'aggiornamento delle graduatorie per il biennio scolastico 2007-2009, di essere inseriti anche nelle graduatorie di altre province, dopo l'ultima posizione di III fascia.

La Corte così si esprimeva: *"La disposizione censurata-avente portata innovativa con carattere retroattivo, anziché interpretativa, poiché non individua alcuno dei contenuti normativi plausibilmente ricavabili dalla disposizione oggetto dell'asserita interpretazione-introduce, con effetto temporale rigidamente circoscritto al biennio 2009-2011, una disciplina eccentrica, rispetto alla regola dell'inserimento "a pettine" dei docenti nelle graduatorie, vigente sia anteriormente che posteriormente all'esaurimento del suddetto biennio e costituente, dunque, il criterio ordinamentale prescelto dal legislatore, anche nella prospettiva di non ostacolare indirettamente la libera circolazione delle persone sul territorio*

nazionale. Una siffatta deroga, non giustificata da alcuna obiettiva ragione ed imposta retroattivamente, non può superare il vaglio di costituzionalità, con riguardo al carattere non irragionevole che le disposizioni primarie debbono rivestire. La norma de qua, infatti, prevede che se il docente chiede, in occasione dell'aggiornamento per il biennio scolastico 2011-2013, l'iscrizione in una graduatoria provinciale diversa da quella in cui era inserito nel biennio 2007-2009 verrà riconosciuto il punteggio e la conseguente posizione occupata nella graduatoria di provenienza. Diversamente, se il docente chiede il 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. L'effetto di tale previsione è, quindi, quello della sospensione per il biennio 2009-2011 della regola secondo la quale i mutamenti di graduatoria devono avvenire nel rispetto del principio del merito e, quindi, con il riconoscimento del punteggio e della posizione attribuiti al singolo docente nella graduatoria di provenienza. Il merito costituisce, in vero, il criterio ispiratore della vigente disciplina del reclutamento del personale docente, secondo cui l'accesso ai ruoli avviene per il 50 per cento dei posti con concorso per titoli ed esami e, per il resto restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie provinciali permanenti, ora ad esaurimento, periodicamente integrate mediante l'inserimento degli idonei

non vincitori dei concorsi regionali e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento da una provincia ad un'altra, e utilizzate dall'amministrazione scolastica anche per il conferimento di supplenze. Contemporaneamente all'introduzione di nuovi candidati, viene aggiornata la posizione di coloro che sono già presenti in graduatoria e che, nelle more, hanno maturato ulteriori titoli, valutabili ai fini di un possibile futuro incarico. La disposizione impugnata deroga a tali principi e, impiegando 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 al biennio 2009-2011-comporta il totale sacrificio del criterio del merito posto a fondamento della procedura di reclutamento dei docenti per assicurare la migliore formazione scolastica possibile".

Ovviamente tale pronuncia travolgeva anche, inevitabilmente, il D.M. 42/09 (proprio per procrastinare e sanare il quale il legislatore era intervenuto con la norma dichiarata incostituzionale).

Occorre ora ripercorrere sommariamente la cronistoria delle vicende della odierna ricorrente.

Cartia Ivana, al pari di molti altri ricorrenti, con ricorso 4341 del 2009 –denunciando la violazione della sentenza 10809 del 2009 del TAR Lazio- chiedeva la sospensione del D.M. 42/09 ed il TAR accoglieva la misura cautelare con ordinanza del 2009.

Il Ministero, anziché prendere atto delle decisioni dei Giudici Amministrativi, emanava nota con cui invitava gli uffici scolastici regionali a soprassedere a qualsiasi esecuzione, in quanto potenzialmente dannosa per i contro interessati.

Di qui lo sviluppo successivo cui si è fatto cenno, con la nomina del commissario ad acta, e con la inutilità anche dei tentativi di quest'ultimo, fino alla eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dallo stesso TAR Lazio e di cui si è detto.

Va rilevato che la sentenza 10809/2008 del TAR Lazio era stata confermata dal Consiglio di Stato con sentenza 2486 del 27 aprile 2011.

L'odierna ricorrente è rimasta quindi "in coda" alla graduatoria di pertinenza per due anni consecutivi, anni nei quali, sempre con relazione a quella graduatoria, il MIUR ha proceduto a stipulare contratti a tempo indeterminato in favore di docenti che avevano un punteggio inferiore.

A questo proposito la ricorrente indica quanto segue:

-in data 1.9.2010 il Dirigente pro tempore dell'ambito territoriale di Torino ha disposto 75 immissione in ruolo per la classe concorsuale EEEE, scuola primaria/sostegno minorati psicofisici individuando la prof.ssa _____, quale ultima destinataria di proposta di stipula del contratto a tempo indeterminato; poiché _____ disponeva di 49 punti, con l'inserimento a pettine ella si sarebbe collocata in posizione migliore (posizione numero 33) rispetto alla posizione di

che era collocata in posizione 80 (immessa in ruolo dal 1.9.2010).

-Solo per l'anno scolastico 2011-2012, con l'intervento del commissario ad acta, la ricorrente riusciva ad ottenere l'inserimento a pettine nella graduatoria provinciale di Torino, nella posizione numero 33 con punti 49 per la classe concorsuale EEEE, e veniva assunta a tempo indeterminato in data 1.9.2011.

-poiché il TAR, “finalmente” e solo nel 2012 riteneva di dover declinare la propria giurisdizione, la ricorrente propone ora le domande al Giudice Ordinario e, sulla base dell'exkursus normativo ripercorso, della caducazione per illegittimità delle norme che prevedevano l'inserimento “in coda” per il biennio 2009-2011, chiede quanto segue (cfr. conclusioni in primo grado già dettagliatamente riportate):

- in principalità e nel merito (previa la affermazione del suo diritto ad essere inserita a pettine per il biennio 2009-2011 nella graduatoria provinciale di Torino per la classe su indicata) ordinare al MIUR di emanare tutti gli atti necessari per il riconoscimento della decorrenza giuridica ed economica della sua assunzione a tempo indeterminato dal 1.9.2010 o da altra data da individuarsi per lei quale destinataria di proposta di stipula di contratto a tempo indeterminato;

-in subordine, sempre nell'ipotesi (auspicata dalla ricorrente) che il MIUR aderisca alla sentenza della Corte Costituzionale ed inserisca “a pettine” i docenti prima inseriti in coda nelle tre

graduatorie provinciali opzionali (circa 250 mila docenti), l'applicazione del comma 8 dell'art. 16 del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 coordinato con la legge di conversione 15 luglio 2011 n. 111 con ripristino della situazione preesistente a far data dalla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale;

-conseguentemente: estendere il contraddittorio a tutti gli uffici scolastici periferici del MIUR ed ordinare al MIUR di inserire a pettine tutti i docenti già inseriti in coda nelle graduatorie aggiuntive.

Occorre anzitutto osservare che il diritto all'inserimento "a pettine" della ricorrente, nelle graduatorie provinciali di riferimento per il biennio 2009-2011, già riconosciuto per effetto della sentenza della Corte Costituzionale citata, non è in discussione, non è più contestato dal MIUR, ed infatti è indicato nelle conclusioni come mera premessa per le richieste concretamente sottoposte a questo giudice.

Sarebbe pertanto pleonastico, inutile ed anche priva di interesse ad agire da parte ricorrente, una pronuncia che si limitasse ad accertare il suo diritto all'inserimento "a pettine".

La ricorrente, da questo suo diritto, fa discendere la richiesta concreta volta ad ottenere il riconoscimento in suo favore della decorrenza giuridica ed economica della sua assunzione a tempo indeterminato a decorrere dall'1.9.2010 (anziché dal 1.9.2011 come è avvenuto).

Occorre però considerare quanto segue.

Il MIUR, ha formulato una specifica eccezione in primo grado, eccezione che ha coltivato-sia pur in modo più generico con riferimento alla necessità di valutare tutti i contro interessati collocabili in graduatoria ed in base al punteggio di merito prima della ricorrente-nel ricorso in appello, e che ha ulteriormente e meglio specificato in sede di discussione: vale a dire il non adempimento dell'onere di provare la sussistenza del diritto soggettivo in concreto rivendicato.

Il MIUR ha osservato, circostanza mai contestata, che la ricorrente risulta inserita nella graduatoria di "coda" sostegno scuola primaria della provincia di Torino (indicando il documento prodotto in causa sub 2 da cui risulta tale posizione e che, si ripete, non è mai stato contestato dalla ricorrente) al posto 434 con 49 punti; prima di lei vi sono dunque 433 docenti con punteggio superiore; solo considerando l'inserimento "a pettine" di coloro che hanno ricorso al TAR e che hanno beneficiato del provvedimento esecutivo del commissario ad acta, la ricorrente, con i suoi 49 punti, si troverebbe inserita nella posizione 49 (come dimostrato dalla graduatoria indicata nel doc. 3 dell'appellante); ma inserendo "a pettine" tutti i docenti inclusi "in coda" che la precedono, ella si troverebbe ben lontana dall'ultimo posto utile del docente assunto con contratto a tempo indeterminato e ciò sia per il 2009 che per il 2010 (cfr. doc. 4 di parte appellante).

Questi documenti, si ripete, non sono mai stati contestati.

Ora, con le domande formulate, la ricorrente intende ottenere sostanzialmente l'immissione in ruolo con decorrenza dal 1.9.2010. Sarebbe stato allora necessario provare che, con l'inserimento "a pettine", ella, tra tutti i docenti esclusi, sarebbe stata la prima ad aver diritto all'immissione in ruolo in un luogo dell'ultima docente collocata con punteggio utile.

Oppure, ella avrebbe dovuto provare che quei docenti collocati "in coda" con maggior punteggio, non hanno più interesse (per rinuncia o per altro) alla loro posizione per quella classe di concorso.

Una simile prova non è neppure così diabolica, come pure si è sostenuto, a voler considerare che una dichiarazione di rinuncia o l'opzione per altra classe di concorso sono fatti documentabili e, in ogni caso, suscettivi di richieste di prova orale.

Nulla di tutto ciò, però, è stato né dedotto né allegato, né fatto oggetto di richiesta di prova da parte della ricorrente, che pure, nella domanda subordinata, rendendosi conto che il suo diritto si "scontra" inevitabilmente con quello di tutti gli altri insegnanti collocati nella graduatoria tra la sua posizione e l'ultima posizione utile per essere immessi in ruolo, chiede l'estensione del contraddittorio a tutti e la notifica per pubblici proclami.

Va osservato, infatti, che quando un soggetto contesta in giudizio una procedura selettiva latu sensu intesa, deve pur sempre dimostrare di averne la legittimazione e l'interesse.

La (), non va dimenticato o sottovalutato, non chiede la mera

affermazione (priva di effetti concreti) del diritto ad essere inserita (anche ella come tutti) “a pettine” nelle graduatorie della provincia di Torino, salvo poi andare a vedere se, a seguito di tale inserimento, ella si collocherebbe in posizione utile o meno (questo è l’oggetto della domanda subordinata che, proprio per tale configurazione, si presta alle critiche in punto interesse finale di cui infra, cosa diversa dalla legittimazione ad agire); ella chiede il riconoscimento del suo diritto ad essere immessa in ruolo (in concreto dunque) in un posto (l’immissione in ruolo non può essere meramente “virtuale”) che era già stato coperto da altro docente, ed infatti ella cita in giudizio le due possibili controinteressate, [] e []

Allora non basta dimostrare di avere un punteggio superiore alla [] (cosa peraltro non coltivata in concreto nel giudizio) ed alla [], dovendosi invece pretendere la prova concreta che ella, se il MIUR avesse operato l’inserimento “a pettine” come previsto a seguito della sentenza della C.Costit. 41/11, sarebbe stata inserita in posizione utile per essere immessa in ruolo.

Altrimenti ragionando, ogni docente che si trovi in posizioni analoghe a quelle della [] (per essere comunque posto “dopo” la []: pur avendo punteggio superiore a questa) potrebbe con autonoma domanda (in procedimento quindi del tutto separato dal presente e nel quale nulla si conosce degli altri procedimenti analoghi) chiedere di essere immesso in ruolo, per il solo fatto di avere punteggio superiore all’ultima immessa in

ruolo in quella graduatoria, la appunto; ebbene, la cosa, per quanto apparentemente “strana”, si è in concreto verificata essendo risultato, nell’udienza odierna, proprio a causa della trattazione in unica udienza di una pluralità di cause singole aventi lo stesso oggetto (senza riunione, essendo rimasta ogni causa affidata al relatore designato), che in altra causa la parte ricorrente aveva formulato le stesse conclusioni della (in relazione alla stessa graduatoria della provincia di Torino, con unico riferimento all’aver ella punteggio superiore all’ultima immessa e cioè proprio alla ()

L’esempio dimostra in modo lapalissiano l’erroneità della impostazione data, alla domanda, dalla parte ricorrente: seguendo l’argomentazione della ricorrente, ognuno dei 518 docenti esclusi dalla immissione in ruolo per quella classe di concorso e per quell’anno potrebbero vantare (ed ottenerne il riconoscimento) il diritto di essere immessi in ruolo solo per aver, ciascuno di essi ed in autonomi e separati giudizi, un punteggio superiore a quello di !

Tornando all’esame dell’interesse ad agire, si osserva che il Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria, sent. n. 4 del 2011) ha chiarito che per regola la legittimazione a ricorrere consiste nell’aver partecipato alla gara ed ha altresì precisato che, in questi casi, l’interesse a ricorrere è distinto dalla legittimazione a ricorrere e consiste:

- O nell’interesse finale del ricorrente a conseguire

l'aggiudicazione (ciò che, però, richiede la prova da parte sua dell'*utile* posizione in graduatoria, tale essendo –ad esempio- quella del soggetto collocato al 2° posto –e non al 3° o al 4°- nel caso di un solo posto disponibile);

- O nell'interesse strumentale, finalizzato all'annullamento dell'intera gara.

E' vero che i concorsi pubblici sono l'area di elezione degli interessi legittimi e non dei diritti soggettivi (diritti soggettivi che invece vengono in rilievo oggi in quanto oggetto della presente controversia), ma il ragionamento è sostanzialmente analogo, in quanto la selettività implica comunque una scelta, anche quando il datore di lavoro è soggetto ad un regime privatizzato, come nel caso. Infatti e non a caso si parla, in siffatte ipotesi, anche di "interessi legittimi privati", volti quantomeno al regolare svolgimento della procedura selettiva (come, analogamente, di interessi legittimi "privati" si parla in caso di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità da parte del privato datore di lavoro).

In tema, anche recentemente la Cassazione ha valorizzato la selettività delle graduatorie del comparto scuola, affermando tra l'altro, con sentenza 10127/12, quanto segue:

“Scopo di tali graduatorie permanenti è quello precipuo, come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 41 del 2011, d'individuare i docenti cui attribuire le cattedre e le supplenze secondo il criterio di merito al fine di assicurare la

migliore formazione scolastica.

Né il sistema di reclutamento in parola si pone in contrasto con l'art. 97 Cost., disponendo questo, al comma 3, che “Agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge” (V. Corte Cost. n. 89 del 2003 cit.).

Emerge altresì, dal contesto normativo in esame, che il sistema delle graduatorie permanenti –ora da esaurimento- è funzionalizzato non solo alla garanzia della miglior formazione scolastica, ma anche al rispetto della posizione acquisita in graduatoria la quale, progredendo anche in relazione all'assegnazione delle supplenze (V. D.M. citati, in particolare il n. 201 del 2000) garantisce l'immissione in ruolo.

In altri termini il conferimento dell'incarico di supplenza, specie quello annuale, è il veicolo attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato in quanto, man mano che gli vengono assegnati detti incarichi. La sua collocazione in graduatoria avanza e, quindi, gli permette l'incremento del punteggio cui è correlata l'immissione in ruolo ex art. 399 del T.U. di cui al D.Lgs. n. 297 del 1994 cit.

Inoltre, ed è bene sottolinearlo, la formazione della graduatoria permanente ovvero di circolo o istituto è ancorata a rigidi criteri oggettivi (D.M. citati in precedenza ed in particolare il D.M. n. 201 del 2000) che costituiscono attuazione, come sottolineato da questa Corte (sent. 22 marzo 2010 n. 6851) del

principio generale secondo il quale l'assunzione dei dipendenti pubblici, anche non di ruolo, deve avvenire secondo procedure sottratte alla discrezionalità dell'amministrazione (art. 97 Cost., D.Lgs. 165 del 2001 art. 35) la cui violazione è sanzionata con la nullità del contratto di lavoro”.

La selettività non è dunque contraddetta dalla sussistenza, in capo all'aspirante, di una posizione di diritto soggettivo, ancorata all'assenza di discrezionalità amministrativa o tecnica nello svolgimento della procedura selettiva, ben potendo quest'ultima essere legata alla fissazione di “rigidi criteri oggettivi” nella determinazione della collocazione in graduatoria.

Allora, davanti al Giudice ordinario, l'individuazione della legittimazione e dell'interesse ad agire del docente, con riferimento alla graduatoria ad esaurimento in contestazione, si svolge con modalità non dissimili da quelle evidenziate laddove la selettività consiste in una vera e propria gara; né a ciò osta la consistenza di *diritto soggettivo* della posizione giuridica vantata dal dipendente, il quale reclama la sua corretta collocazione in graduatoria, posto che la legittimazione e l'interesse ad agire devono sussistere a prescindere dal tipo di azione esercitata (dichiarativa, costitutiva o di condanna) e indipendentemente dalla situazione giuridica soggettiva vantata dal dipendente.

Ne deriva che, con riferimento alle graduatorie ad esaurimento contestate in sede giudiziale, la legittimazione ad agire è data

semplicemente dall'affermazione della ricorrente di essere titolare del diritto all'inserimento in graduatoria con un certo punteggio.

L'interesse ad agire, invece, può essere anche in questo caso o finale o strumentale.

Specificamente, l'interesse finale consiste nell'accertamento di una posizione in graduatoria "utile" all'assunzione con riferimento ai posti disponibili; l'interesse strumentale consiste nell'attaccare l'assunzione di altro soggetto, ove avvenuta invalidamente, onde liberare il relativo posto in organico (c.d. organico di diritto, Cass. 10127/12) rendendolo disponibile per le assunzioni del ricorrente o di altro soggetto meglio collocato (aumentando, in tal caso, le probabilità di assunzione dello stesso ricorrente quantomeno in caso di futura disponibilità di ulteriori posti vacanti).

Orbene, con riferimento alla vicenda oggi in esame, occorre evidenziare che [] ha allegato la titolarità di un diritto alla diversa ricollocazione in graduatoria, cosa che fonda la sua legittimazione ad agire; non ha però dedotto e provato un interesse finale alla ricollocazione in graduatoria, posto che, come già si è detto, come eccepito dal MIUR in primo grado ed mai contestato dalla ricorrente, ella risulterebbe essere stata inserita solo al 434° posto della "coda" nella graduatoria di riferimento, dopo i docenti immessi in ruolo, né ella ha attaccato o contestato l'assunzione degli altri soggetti (con esclusione

della G (di cui si è detto della quale non si chiede la nullità della immissione in ruolo) per ottenere la declaratoria di nullità delle loro assunzioni.

Ora, a fronte della contestazione del MIUR e di cui da atto la sentenza impugnata (il MIUR non contestava, in astratto, il diritto della ricorrente, ma affermava che l'eventuale sua immissione in ruolo dal 1.9.2010 avrebbe potuta essere *“messa in discussione da altra pronuncia favorevole ad altro aspirante che, inserito a pettine, si verrebbe a trovare in posizione migliore rispetto all'odierno ricorrente, La posizione dell'odierno ricorrente nella graduatoria oggetto dell'impugnazione sarebbe stata “indiscussa”, “cristallizzata” e “certa” se il TAR non avesse declinato la sua giurisdizione, nel senso che scaduti i termini per l'impugnativa al TAR nessun altro avrebbe potuto rivendicare alcun inserimento. A seguito della pronuncia di devoluzione alla giurisdizione dal Giudice Amministrativo al Giudice Ordinario tale certezza è venuta meno in quanto altri soggetti (vale a dire chiunque abbia richiesto l'inserimento in coda nelle province opzionali ai sensi del D.M. 42/09) possono rivendicare il diritto all'inserimento a pettine nelle graduatorie di cui trattasi, conseguentemente altri soggetti potrebbero trovarsi in posizione migliore rispetto al ricorrente. E' onere dunque del ricorrente provare il diritto che rivendica: nel caso tale onere non è stato adempiuto...”*) il Tribunale così si esprime (citando e condividendo altra pronuncia dello stesso Tribunale) *“oggetto del giudizio è esclusivamente l'accertamento del diritto dei ricorrenti ad essere inseriti a pettine nelle graduatorie nelle quali sono stati inseriti*

in coda, esame da condurre in base al numero di contratti a tempo indeterminato stipulati dall'amministrazione nel biennio di riferimento ed in base alla collocazione in quelle graduatorie, e non certo la riscrittura integrale della graduatoria con applicazione in favore di tutti gli aspiranti del principio del merito, sia perché si tratta di un compito precluso al giudice ordinario, sia perché imporrebbe la considerazione di dati ipotetici ed eventuali quali la richiesta degli altri docenti inseriti in coda alla corretta osservanza del principio del merito. I ricorrenti avevano diritto al essere collocati nelle graduatorie del biennio 2009/2011 nella posizione spettante in base al punteggio acquisito nella provincia di originaria appartenenza e dovevano pertanto dimostrare che, ove il MIUR avesse correttamente attribuito il punteggio già conseguito, essi si sarebbero collocati in quella graduatoria in posizione utile. Il diritto dei ricorrenti va necessariamente valutato in relazione al momento in cui essi avevano diritto all'inserimento nella graduatoria (1° settembre 2009) e con specifico riferimento a quella graduatoria così com'è stata redatta dal MIUR in quanto atto lesivo del loro diritto senza che possa assumere alcun rilievo sulla singola posizione soggettiva l'eventuale slittamento in graduatoria che conseguirebbe all'inserimento di altri pretendenti".

Queste affermazioni non possono essere condivise.

L'utile collocazione in graduatoria rientra tra i fatti costitutivi ex art. 2697 c.c. che il docente, il quale ricorra in giudizio deve provare, per ottenere l'immissione in ruolo (il c.d. interesse finale).

La presenza di altri soggetti collocati in posizione migliore nelle

stesse graduatorie di coda porta già a negare il c.d. interesse finale e il diritto all'immissione in ruolo in capo alla parte ricorrente.

Il tutto, ovviamente, salvo che sia provata una qualche forma di rinuncia al posto da parte degli aspiranti meglio collocati (che, non va dimenticato, possono agire in giudizio nel limite della prescrizione ordinaria); a questo scopo, poi, non si può porre l'onus probandi a carico dell'Amministrazione convenuta, neppure in base al principio della vicinanza della prova, posto che la prossimità col thema probandum riguarda semmai i terzi (eventualmente) rinuncianti e non il Ministero convenuto.

Non va dimenticato che la regola è quella secondo cui chi agisce in giudizio deve pur sempre provare i fatti costitutivi della sua pretesa ex art. 2697 cc, senza surrettizie inversioni degli oneri probatori a carico del Ministero che resiste in giudizio.

In difetto di tale prova l'interesse finale all'assunzione può essere soddisfatto per via giudiziale solo ove la collocazione in graduatoria di chi ricorre sia già di per se stessa "utile" rispetto ai posti disponibili.

Ora, nel caso di specie, la ricorrente risultava, in base alla graduatoria come ricostruita dal MIUR in ottemperanza all'ordinanza del TAR Lazio citata (come afferma la sentenza del Tribunale a pag.6), al posto 85 con punti 49 (a fronte della assunzione di 50 docenti per l'a.s. 2009-2010 e della previsione di 75 contratti per l'a.s. 2010-2011), ma si tratta di graduatoria

che non collocava “tutti” gli aspiranti, bensì solo coloro i quali avevano proposto ricorso al TAR Lazio; erano omessi, dunque, soggetti per i quali, in difetto di una prova contraria fornita dalla parte ricorrente, non si può presumere che avrebbero rinunciato allora né che rinuncerebbero ora all’assunzione per il posto in organico, a fronte, come si è detto, della decennialità del termine di prescrizione dei diritti dei terzi utilmente collocati in graduatoria.

L’argomentazione del Tribunale in precedenza riportata appare poi suggestiva ma fuorviante.

Essa confonde infatti il diritto soggettivo della ricorrente, sicuramente sussistente, ad essere inserita in base al punteggio di merito conseguito, con il diritto alla immissione in ruolo, che non può essere che una immissione concreta in uno dei posti a concorso, posto che, in quella occasione, era stato assegnato ad altra candidata e per il quale erano inseriti in graduatoria, davanti alla ricorrente, altri docenti che ben potrebbero far (ed in un caso hanno fatto) valere tale loro identico diritto nell’ambito della prescrizione decennale.

Ne è prova la domanda subordinata, con la quale la ricorrente chiede la condanna del MIUR ad inserire a pettine tutti i docenti, quindi, in realtà, a riformulare ex novo le graduatorie.

Tale domanda, peraltro, pare esulare dalla legittimazione della ricorrente, in quanto la pretesa riguarda non già interessi legittimi (che la renderebbero ammissibile, ma davanti ad altro

Giudice) bensì diritti soggettivi altrui (dove la superfluità dell'integrazione del contraddittorio anche con notifica per pubblici proclami), né può essere la chiamata in causa ordinata o autorizzata per fini meramente probatori.

Indubbiamente il comportamento tenuto dal MIUR negli anni in esame, teso pervicacemente ad opporre assoluti ed immotivati ostacoli alle decisioni dell'Autorità Giudiziaria Amministrativa, è da riprovare ed anche, giuridicamente, passibile di conseguenze quantomeno sul piano risarcitorio, da parte di coloro che da un siffatto comportamento potrebbero essere stati danneggiati, come ha osservato la stessa Avvocatura in sede di discussione, ma altro è chiedere eventualmente il risarcimento di un danno (domanda della quale comunque vanno provati gli elementi fondanti) altro è chiedere tout court l'immissione in ruolo in un determinato e preciso posto della graduatoria.

A proposito della domanda risarcitoria, in effetti, va osservato che questa stessa Corte ha sempre ritenuto necessario, da parte del ricorrente, fornire la prova della concreta possibilità di ottenere quanto non ha ottenuto a causa del comportamento della P.A. (a mero titolo esemplificativo cfr. sent. Sent. 982/2004 resa in causa n. r.g. 63/2003 tra Faranda e Poste Italiane Spa nella quale si afferma che, nella richiesta di risarcimento danni per perdita di chance per violazione da parte del datore di lavoro degli obblighi di correttezza e buona fede nell'espletamento di un concorso interno il lavoratore-ricorrente *deve dimostrare*,

sulla base di circostanze di fatto specifiche, la concreta possibilità di ottenere la promozione alla qualifica superiore, in difetto giungendosi alla reiezione della domanda).

Dunque il singolo docente non è comunque esonerato dalla necessità di fornire la prova della concreta possibilità di una sua assunzione in caso di rispetto delle procedure previste da parte del MIUR; a maggior ragione un tale onere deve sussistere nell'ipotesi in cui si chiedi la immissione in ruolo con la stipula proprio di quel contratto a tempo indeterminato per il quale si concorre in quella graduatoria.

L'appello deve dunque essere accolto, con reiezione delle domande poste da _____ con il ricorso introduttivo del giudizio.

La peculiarità della questione, il comportamento della parte appellante nella gestione dell'intera vicenda –che ha sicuramente indotto e favorito la proposizione dei ricorsi- e la giurisprudenza di merito di moltissimi Tribunali ad ora favorevoli alle domande degli insegnanti, inducono a far ritenere equo compensare interamente tra le parti le spese processuali dell'intero giudizio.

P . Q . M .

Visto l'art. 437 c.p.c. .

Visto l'art. 437 c.p.c.,

in accoglimento dell'appello,

respinge le domande proposte col ricorso introduttivo;

compensa le spese di entrambi i gradi.

Così deciso all'udienza del 29.10.2013

IL PRESIDENTE Est.

Dott. Giancarlo GIROLAMI