

Numero 02258/2011 e data 03/06/2011

REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Seconda

Adunanza di Sezione del 11 maggio 2011

NUMERO AFFARE 00426/2010

OGGETTO:

Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con istanza sospensiva, proposto, con presentazione diretta, ex art. 11 d.P.R. n. 1199/1971, da [omissis]; per chiedere l'annullamento: - del decreto ministeriale 8 aprile 2009 n. 42, nella parte in cui, all'art. 1, comma 11, stabilisce che il personale docente che si avvale della facoltà di indicare, nell'istanza di iscrizione (ovvero permanenza, conferma, aggiornamento) delle graduatorie provinciali permanenti, ulteriori tre province in cui figurare in graduatoria per il biennio 2009-2011, viene collocamento in quelle graduatorie in posizione subordinata ("in coda") al personale incluso in III fascia; - dello stesso decreto n. 42, nella parte in cui, all'art. 12, comma 1, stabilisce che "in coda alla III fascia vengono collocati, secondo la fascia di appartenenza e con il relativo punteggio, i docenti che hanno scelto la provincia ai sensi del precedente art. 1, comma 11...".

LA SEZIONE

Vista la relazione in data 17 gennaio 2011, con la quale il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, direzione generale per il personale scolastico, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore Consigliere Paolo De Ioanna;

Premesso.

1. Il ricorrente è un educatore, iscritto nelle graduatorie ad esaurimento del personale educativo, di cui all'art. 1, comma 605, lettera c) della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007), utilizzabili per le assunzioni in ruolo sul 50% dei posti autorizzati e per il conferimento delle supplenze annuali. In occasione dell'apertura e dell'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il biennio 2009-2011, ha chiesto d'inserirsi in una graduatoria provinciale diversa da quella di attuale iscrizione.

2. Il ricorrente chiede l'annullamento:

- del decreto ministeriale 8 aprile 2009 n. 42, nella parte in cui, all'art. 1, comma 11, stabilisce che il personale docente che si avvale della facoltà di indicare, nell'istanza di iscrizione (ovvero permanenza, conferma, aggiornamento) delle graduatorie provinciali permanenti, ulteriori tre province in cui figurare in graduatoria per il biennio 2009-2011, viene collocamento in quelle graduatorie in posizione subordinata ("in coda") al personale incluso in III fascia;

- dello stesso decreto n. 42, nella parte in cui, all'art. 12, comma 1, stabilisce che "in coda alla III fascia vengono collocati, secondo la fascia di appartenenza e con il relativo punteggio, i docenti che hanno scelto la provincia ai sensi del precedente art. 1, comma 11...".

3. Il ricorrente deduce la violazione degli articoli 1 della legge 3 maggio 1999 n. 124 del 1999 e 1, comma 2, della legge 20 agosto 2001 n. 333 del 2001, in particolare perché la collocazione in coda a tutte le fasce nella graduatoria di cui all'art. 1, comma 11, del DM n. 42 del 2009, viola i principi meritocratici, di buon andamento dell'azione amministrativa, di uguaglianza e di parità di accesso dei cittadini negli impieghi pubblici.

Deduce altresì il vizio di eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità manifesta e della disparità di trattamento nonché la violazione della legge n. 124 del 1999, nella parte in cui, in armonia con il principio costituzionale - riconosciuto e tutelato anche a livello comunitario - che riconosce il diritto di esercitare l'attività di lavoro prescelta in ogni area del territorio metropolitano, intende assicurare la piena mobilità territoriale degli operatori scolastici (docenti e personale assistenziale, tecnico e ausiliario).

4. Il ricorrente richiama quella giurisprudenza amministrativa secondo cui il ricorso non condizionato, ai fini della sua ammissibilità, all'adempimento della notifica a eventuali soggetti contro interessati dal momento che l'impugnazione si riferisce ad una disposizione di natura regolamentare, a valenza generale, che esclude la necessità di della identificazione dei soggetti che siano eventualmente risultati i avvantaggiati dalla applicazione di detta disposizione, ritenuta illegittima.

5. Il ministero precedente ha prodotto la prevista relazione istruttoria, osservando peraltro che il ricorso coinvolge direttamente la posizione giuridica degli altri soggetti già inseriti nelle graduatorie ad esaurimento. Su questa premessa, il ministero «eccepisce la omessa integrazione del contraddittorio e la necessità di provvedere a tale integrazione nei confronti di tutti gli interessati». Respinge comunque nel merito le doglianze svolte nel ricorso.

#### Considerato.

1. In via preliminare, la Sezione ritiene che non sia necessaria l'integrazione del contraddittorio in quanto si tratta dell'impugnazione diretta di disposizione di natura regolamentare che ha reso possibile all'amministrazione organizzare tutte le graduatorie in questione secondo il criterio contestato, avvantaggiando un numero non predefinibile di soggetti.

2. La questione in esame è stata da tempo portata all'attenzione della giustizia amministrativa. In più occasioni i tribunali amministrativi regionali sono stati chiamati a valutare la legittimità dell'operato della pubblica amministrazione posto in essere sulla base dell'art. 1, comma 605, lett. c), della legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria del 2007): si tratta di controversie promosse da docenti già iscritti in determinate graduatorie ad esaurimento e che si erano avvalsi della facoltà di essere inseriti in altre analoghe graduatorie provinciali. Essi sono stati collocati in coda rispetto ai docenti già iscritti in queste ultime graduatorie, in applicazione della disciplina prevista dal decreto ministeriale 8 aprile 2009 n. 42, e sostengono l'illegittimità di tale disciplina regolamentare. In sede giurisdizionale si è trattato di valutare la legittimità degli atti amministrativi che fissavano i criteri di formazione delle graduatorie e quindi le vicende inerenti la formazione delle graduatorie degli insegnanti, fasi queste di una procedura selettiva finalizzata all'instaurarsi del rapporto di lavoro, con conseguente applicabilità dell'art. 63, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della amministrazioni pubbliche) (C.

Stato, sez. VI, 4 dicembre 2009 n. 7617, e C. Stato ad. Plen. 24 maggio 2007, n. 8).

In particolare, con riferimento alle nuove graduatorie a esaurimento, molte pronunce avevano statuito la non coerenza con la normativa primaria di riferimento (legge n. 296 del 2006) della predetta determinazione dell'amministrazione scolastica di consentire il trasferimento dei docenti che intendevano spostarsi ad altra provincia, ma solo alla condizione di un loro collocamento "in coda a tutte le fasce".

Su questa situazione, che ha prodotto una notevole mole di contenzioso, è intervenuto il legislatore con l'articolo 4 ter del decreto-legge 25 settembre 2009 n. 134 del 2009 convertito in legge 24 novembre 2009 n. 167, che, nell'intento di sanare la vicenda, ha stabilito che la lett. c) del comma 605 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 va interpretata nel senso che nelle operazioni d'integrazione e d'aggiornamento delle graduatorie permanenti è consentito ai docenti che ne fanno richiesta esplicita, oltre che di permanere nella provincia prescelta in occasione dell'aggiornamento delle suddette graduatorie per il biennio 2007-2009, di esser inseriti anche nelle graduatorie di altre province, dopo l'ultima posizione di III fascia. La norma stabilisce inoltre che il decreto del ministro dell'istruzione con il quale si dispone l'integrazione e l'aggiornamento di dette graduatorie per il biennio 2011-2013, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 1, comma 4, del decreto-legge n. 97 del 2004 (convertito nella legge n. 143 del 2004), è improntato al principio del riconoscimento al trasferimento dalla provincia prescelta per il biennio 2009-2011) ad altra provincia di sua scelta, con il riconoscimento del punteggio e della conseguente posizione in graduatoria.

In sostanza, secondo questa norma, definita interpretativa dal legislatore, se il docente manifesta la propria volontà di trasferirsi in occasione dell'aggiornamento delle suddette graduatorie per l'anno scolastico 2009-2010, vale la regola del collocamento in coda alla nuova graduatoria prescelta; mentre per i trasferimenti afferenti il biennio 2011-2012 e 2012-2013 dovrà valere la regola del collocamento a "pettine" secondo il quale si tiene conto del pregresso punteggio posseduto dal docente.

3.. La Sezione, preso atto che in ordine a tale ultima disposizione, definita interpretativa, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dal tribunale amministrativo regionale per il Lazio, e che comunque occorre attendere la disposta integrazione del contraddittorio, decideva di sospendere l'esame del ricorso. La corte si è pronunciata con sentenza 9 febbraio 2011 n. 41, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 4-ter, del decreto legge 25 settembre 2009, n. 134, aggiunto dalla legge di conversione 24 novembre 2009, n. 167, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, perché la disposizione ha una portata innovativa con carattere retroattivo, benché si proponga quale strumento di interpretazione autentica. La corte ha altresì rilevato che la disposizione introduce, con effetto temporale circoscritto ad un biennio, una disciplina eccentrica, di deroga 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. Tale ultimo assetto normativo costituisce, dunque, secondo la corte costituzionale, la regola ordinamentale prescelta dal legislatore, anche nella prospettiva di non ostacolare indirettamente la libera circolazione delle persone sul territorio nazionale (art. 120, primo comma, Cost.), rispetto alla quale la norma impugnata ha veste derogatoria.

In sostanza, la corte ha ribadito la piena validità del principio secondo il quale i suddetti trasferimenti devono sempre avvenire con il riconoscimento del punteggio e della posizione occupata dal docente nella graduatoria di provenienza e con l'inserimento a pettine nella nuova graduatoria di recepimento e giammai in coda.

4. La pronuncia della corte, nell'eliminare dal mondo giuridico la disposizione illegittima, di natura innovativa e comunque non conforme ai principi che ordinano la materia, ha ribadito la validità, sulla base delle norme in vigore, del principio dell'inserimento a pettine per i docenti che chiedono il trasferimento ad altra provincia. Da ciò discende l'illegittimità delle disposizioni regolamentari impugnate e la fondatezza delle censure svolte nel ricorso in esame.

**P.Q.M.**

esprime il parere che il ricorso debba essere accolto, annullando le disposizioni impugnate; la coeva richiesta di misure di cautela resta pertanto assorbita..

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Paolo De Ioanna	Alessandro Pajno

IL SEGRETARIO  
Roberto Mustafà