

## Consiglio di Stato, sezione 6 sentenza n. 2517 del 23 febbraio - 3 maggio 2010

### DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 7525 del 2009, proposto da Domenico Diana, rappresentato e difeso dall'avv. Pasquale Marotta, con domicilio eletto presso l' avv.to Giancarlo Caracuzzo in Roma, via di Villa Pepoli, n. 4;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca - Ufficio Scolastico Provinciale di Napoli, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

- Nicola Terzo e Umberto Di Capua, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco M. Cucolo, con domicilio eletto presso il Consiglio di Stato, Ufficio Segreteria, in Roma, p.za Capo di Ferro 13; - - - Silvia Barbarino, Rosa De Iudicibus e Flora Arcopinto, rappresentate e difese dagli avv. Gaetano Falciani, Salvatore Giordano, con domicilio eletto presso l' avv.to Sergio Lauro in Roma, piazza Medaglie D'Oro, n. 20;

- Assunta Mauro, rappresentata e difesa dagli avv. Carmine Corrado e Domenico Vitale, con domicilio eletto presso l' avv.to Luigi Napolitano in Roma, viale Angelico, n. 38;

- Francesco Tagliatela Scafati, rappresentato e difeso dagli avv. Michele Costagliola e Michele D'Alterio, con domicilio eletto presso l' avv.to Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, n.34; - Anna Elena Napolitano, rappresentata e difesa dall'avv. Ferdinando Del Mondo, con domicilio eletto presso Domenico Naso in Roma, salita S. Nicola Da Tolentino 1b;

- Cosimo Orlandino, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Casertano e Gabriele Casertano, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Panama, n. 74;

- Carlo Zuccarino, rappresentato e difeso dagli avv. Camillo Lerio Miani e Francesco Miani, con domicilio eletto presso l' avv.to Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, n. 50;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 04812/2009, resa tra le parti, concernente INDIVIDUAZIONE RISERVISTI AVENTI DIRITTO ALLA NOMINA IN RUOLO SU POSTI DI SOSTEGNO..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero intimato e di Nicola Terzo, Flora Arcopinto, Assunta Mauro, Francesco Tagliatela Scafati, Umberto Di Capua , Anna Elena Napolitano, Cosimo Orlandino e Carlo Zuccarino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2010 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati: Marotta, Falciani, Giordano; Casertano in proprio e per delega degli avv.ti Miani, Costigliola e D'alterio; l'avv. Giordano per delega degli avv.ti Corrado e Vitale; l' avvocato dello Stato Colelli, ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1). Con ricorso avanti al T.A.R. per la Campania, il prof. Domenico Diana, inserito nella graduatorie ad esaurimento per il personale docente della provincia di Napoli con la classifica "N" di avente titolo alla riserva di posti perché invalido civile, proponeva impugnativa avverso:

- il provvedimento dell' Ufficio scolastico provinciale di Napoli con il quale i docenti Cosimo ORLANDINO, Francesco TAGLIALATELA SCAFATI, Flora ARCOPINTO, Anna Elena NAPOLITANO, Silvia BARBARINO, Rosa DE IUDICIBUS, Nicola TERZO, Umberto DI CAPUA, Assunta MAURO, Carlo ZUCCARINO, tutti aventi riservisti "N", sono stati individuati quali aventi titolo alla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato;

- la graduatoria ad esaurimento della provincia di Napoli, relativa alla classe di concorso AD03, nella parte riconosce ai predetti docente il titolo di riserva "N";

- atti preordinati, connessi e conseguenti.

Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il T.A.R. adito:

- riconosceva la giurisdizione del T.A.R. quanto ai motivi articolati avverso gli atti di formazione ed approvazione della graduatoria a esaurimento;

- dichiarava inammissibile il ricorso in parte "de qua" perché tardivamente introdotto nel maggio 2009, rispetto alla data di pubblicazione della graduatoria avvenuta il 24.07.2008;

- rilevava l' omessa impugnativa della determinazione di rettifica del numero dei posti spettanti ai riservatari (d.m. dell' Ufficio scolastico provinciale di Napoli, 117772/4 del 23.12.2008), non riconducibile al generico "petitum" di annullamento di tutti gli atti preordinati, conseguenti e connessi;

- dichiarava il difetto di giurisdizione in ordine all' impugnazione degli atti di costituzione di rapporti di lavoro indeterminato con imputazione alla quota di posti destinati ai riservatari, trattandosi di questioni che investono la gestione il rapporto di pubblico impiego privatizzato demandate alla cognizione dell' a.g.o. in funzione di giudice del lavoro.

Avverso detta sentenza ha proposto appello il prof. Diana che ha confutato le statuizioni del T.A.R. di inammissibilità del ricorso e rinnovato i motivi di illegittimità articolati in prime cure e non esaminati in quella sede.

Si sono costituiti in giudizio i prof. Cosimo ORLANDINO, Francesco TAGLIALATELA SCAFATI, Flora ARCOPINTO, Anna Elena NAPOLITANO, Rosa DE IUDICIBUS, Nicola TERZO, Umberto DI CAPUA, Assunta MAURO, Carlo ZUCCARINO, che si sono opposti con le rispettive memorie all' accoglimento dell' appello e hanno insistito per la conferma della sentenza impugnata.

Si è altresì costituito in resistenza il Ministero dell' istruzione dell' università e della ricerca, unitamente all' Ufficio scolastico regionale della Campania e all' Ufficio scolastico provinciale di Napoli, senza far a seguire una specifica trattazione in ordine all' oggetto del contendere.

All' udienza del 23 febbraio 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2). Vanno disattese talune eccezioni di inammissibilità dell' impugnativa reiterate in appello dai docenti convenuti in giudizio dall' istante prof. DIANA.

2.1) Quanto all' eccepito difetto di giurisdizione in ordine alla proposta impugnativa va ribadito l' indirizzo di questo Consiglio in base al quale, nelle controversie che investono la legittimità delle graduatorie ad esaurimento del personale docente, resta ferma la riserva di giurisdizione in favore del giudice amministrativo stabilita dall' art. 63, quarto comma, del d.lgs. n. 165/2001, versandosi a fronte di procedura concorsuale che coinvolge posizioni di interesse legittimo in una fase antecedente alla costituzione e allo svolgimento del rapporto di pubblico impiego. (cfr. A.P. n. 8 del 24.05.2007; Sezione VI<sup>^</sup> n. 4751 del 01.10.2008; n. 3331 del 05.06.2006;

2.2). Spetta, invece, al giudice ordinario la cognizione delle doglianze che investono i singoli atti di nomina dei docenti chiamati in giudizio ("recte" di costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato), trattandosi di controversie che, come correttamente statuito dal T.A.R., investono posizioni paritetiche del predetto personale nei confronti dell' amministrazione e di soggetti controinteressati; che l' art. 63, primo comma, del d.lgs. n. 165/2001 devolve all' a.g.o. in funzione di giudice del lavoro.

2.3). Con il primo mezzo il prof. DIANA fondatamente contesta la sentenza del T.A.R. nella parte in cui ha dichiarato l' inammissibilità del ricorso, perché tardivamente proposto rispetto alla data di pubblicazione della graduatoria relativa al biennio 2007/1009, con riguardo alla quale si contesta il riconoscimento del diritto di riserva ai fini dello scorrimento in ruolo, ai sensi dell' art. 8 della legge n. 68/1999, in favore di docenti collocati in posizione "potiore".

Il ricorrente ha correttamente posto in rilievo che, per ragioni afferenti alla tutela della riservatezza della persone, l' atto di approvazione della graduatoria non reca l' indicazione della qualità di invalido civile agli effetti del beneficio della riserva dei posti. Il provvedimento nelle sue modalità di pubblicazione non identifica, quindi, in via immediata le potenzialità lesive cui il prof. DIANA ha inteso reagire con il ricorso avanti al T.A.R.

Solo a seguito di accesso documentale avvenuto il 17.03.2009 il prof. DIANA ha acquisito conoscenza del riconoscimento del titolo di riserva in favore di docenti che lo hanno sopravanzato agli effetti della costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, rispetto a tale data, il ricorso, avviato alla notifica il 05.05.2009, risulta tempestivamente proposto.

3). Deve, quindi, affrontarsi il merito della controversia – non esaminata dal T.A.R. per l'accoglimento dell'eccezione di inammissibilità in "limine litis" – il cui tema centrale investe la possibilità di beneficiare della riserva di posti in favore della categorie disabili da parte di docenti che, all'atto dell'inserimento o dell'aggiornamento delle graduatorie permanenti, non possedevano più il requisito di disoccupazione, è ciò per aver svolto incarichi di insegnamento a tempo determinato di durata eccedente gli otto mesi nell'anno solare.

E' noto, infatti, che l'assunzione nella quota di riserva del disabile resta condizionata, ai sensi degli artt. 7 e segg. della legge n. 68/1999, all'iscrizione negli appositi elenchi ed alla sussistenza dello stato di disoccupazione. Precisa, inoltre che l'art. 16 della legge n. 68/1999 che "i disabili che abbiano conseguito le idoneità nei concorsi pubblici possono essere assunti, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di cui all'art. 3, anche se non versino in stato di disoccupazione e anche oltre il limite dei posti ad essi riservati nel concorso".

La giurisprudenza ha chiarito che detta disposizione non deve essere intesa nel senso che la riserva di cui all'art. 8 della legge n. 68/1999 non vada più connessa allo stato di disoccupazione (che risulta sempre necessario), ma come introduttiva di una previsione di favore per l'assunzione del disabile non più disoccupato, purché però in possesso del suddetto requisito all'atto della partecipazione al concorso (cfr. Cons. St., VI<sup>^</sup>, n. 2490 del 23.05.2008; n. 1781 del 18.04.2007; n. 4187 del 27.07.2007). In altri termini il lasso temporale necessario per il perfezionamento delle procedure di assunzione non deve risolversi in danno del disabile, costringendolo all'inattività lavorativa pena la perdita del requisito di disoccupazione.

Con riguardo alla fattispecie di cui è controversia occorre prendere le mosse dalla peculiare disciplina e funzione che le modifiche introdotte dalla legge n. 124/1999 agli artt. 399 e segg. del d.lgs. n. 297/1994 assegnano alle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento, in cui è inserito il personale precario dei diversi gradi di istruzione materna, elementare e secondaria.

L'art. 399, comma primo, del d.lgs. n. 297/1994 prevede la copertura del cinquanta per cento dei posti annualmente assegnabili nei ruoli della scuola materna, elementare e secondaria attingendo alle graduatorie permanenti quali disciplinate dal successivo art. 401. Dette graduatorie sono contestualmente utilizzate "per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee" (art. 4, comma sesto, della legge n. 124/1999).

Il sistema che ne deriva dà luogo ad una fattispecie complessa in base alla quale i docenti precari inseriti in graduatoria possono aspirare, secondo l'ordine di graduazione determinato in base ai titoli posseduti, al conferimento di incarichi temporanei. A loro volta detti incarichi sono produttivi di punteggio in sede di aggiornamento delle graduatorie e consolidano l'aspettativa per l'accesso in ruolo nel contingente stabilito dall'art. 399 del d.lgs. 297/1994, risolvendo situazioni di precariato, risalenti nel tempo, che caratterizzano l'accesso all'impiego in pianta stabile del personale scolastico.

Si versa a fronte di un sistema di reclutamento scaglionato nel tempo che presenta evidenti aspetti di concorsualità e che, in base al combinato disposto di cui all'art. 399, comma primo, del d.lgs. n. 297/1994 e 4, sesto comma, della legge 124/1999, resta influenzato dagli incrementi di punteggio per i titoli acquisiti dai docenti inseriti in graduatoria, nonché per la maggiore anzianità didattica maturata con lo svolgimento degli incarichi di insegnamento a tempo determinato. Deve, pertanto trovare al riguardo

applicazione il principio enunciato all'art. 16, comma secondo, della legge n. 68/1999, in base al quale il requisito di disoccupazione per l'assunzione nella quota di riserva va posseduto al momento della scadenza del termine per la produzione della domanda di partecipazione al concorso e non necessariamente al momento dell'assunzione.

Accedere ad una diversa tesi porterebbe all'irragionevole conseguenza che il disabile inserito nella graduatoria permanente dovrebbe astenersi, onde non perdere il requisito di disoccupazione ed il connesso beneficio di riserva per l'assunzione, dall'accettare incarichi a tempo determinato (cui la graduatoria stessa è finalizzata), permanendo in quella situazione di disoccupazione che, invece, la legge n. 68/1999 è volta ad ovviare agevolando l'accesso privilegiato al lavoro dei disabili. La duplice valenza funzionale delle graduatorie permanenti di consentire l'accesso a incarichi temporanei e, contestualmente, risolvere nel tempo le posizioni precarie dei docenti interessati, va quindi mantenuta ferma anche per i lavoratori disabili, che non devono vedersi privati, con l'accettazione di incarichi in ogni caso caratterizzati da temporaneità, del diritto primario di accedere alla stabile occupazione nella quota di posti loro riservata.

Del resto in tali sensi si è correttamente orientata l'Amministrazione P.I. poiché, come posto in rilievo dalle parti resistenti, l'art. 1 del decreto dirigenziale 16.03.2007 esonera dall'obbligo di "dichiarare di essere iscritti nelle liste di collocamento di cui all'art. 8 della legge n. 68/1999", in sede dell'aggiornamento della graduatoria per il biennio 2007/2009, coloro che "abbiano già reso identica dichiarazione in occasione della presentazione di precedenti istanze di aggiornamento o di nuova iscrizione". Il carattere unitario della procedura di iscrizione ed aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, come innanzi detto finalizzate alle immissioni in ruolo nei limiti stabiliti dall'art. 399, primo comma, del d.lgs. n. 297/1994, mantiene fermo l'iniziale possesso del requisito per beneficiare della riserva dei posti, che non soffre ablazione per l'espletamento di incarichi temporanei proprio in virtù dell'inserimento nella graduatoria stessa, che non fanno venire meno la condizione di lavoratore precario.

3.1). Non giova, infine, alle ragioni dell'appellante il richiamo alla decisione della Corte Costituzionale n. 190 dell'11.05.2006, che ha dichiarato incostituzionale l'applicazione del beneficio della riserva, secondo quanto previsto dall'art. 8 bis della legge n. 186/2004, nei concorsi a dirigente scolastico disciplinati dall'art. 29 del d.lgs. n. 165/2001, nonché in sede di conferimento di incarichi di presidenza di durata annuale ai sensi dell'art. 477 del d.lgs. n. 297/1994. Si tratta, invero, di procedure di reclutamento e di conferimento di incarichi che vedono come destinatari docenti che - a differenza dei precari inseriti nelle graduatorie permanenti - sono già in posizione di ruolo, e quindi, già stabilmente inseriti nel mondo del lavoro, circostanza che fa venir meno la ragion d'essere dell'applicazione della disciplina di tutela dei soggetti appartenenti alle categoria protette e che aspirino ad una stabile occupazione.

Per le considerazioni l'appello va respinto e va confermata con diversa motivazione la sentenza impugnata.

Gli specifici profili della controversia consentono di compensare fra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione VI<sup>^</sup>, respinge l' appello in epigrafe e conferma con diversa motivazione la sentenza impugnata.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Domenico Cafini, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione