

N. 04724/2014REG.PROV.COLL.

N. 06802/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6802 del 2013, proposto dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, in persona del Ministro *pro tempore*, e da tutti gli uffici scolastici regionali ad eccezione di quelli delle regioni Lazio, Trentino alto Adige e Valle d'Aosta, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro [*omissis*];

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione III Bis n. 8086/2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti indicate in epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 18 marzo 2014 il consigliere Andrea Pannone e uditi per le parti gli avvocato dello Stato Federico Di Matteo e l'avvocato Galleano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Gli odierni appellati hanno chiesto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento del bando di concorso emanato con decreto del DG del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca del 13 luglio 2011, avente ad oggetto l'indizione del concorso per esami e titoli per il reclutamento di dirigenti scolastici, nella parte in cui, all'art. 3, comma 1 (requisiti di ammissione), prescrive (in applicazione dell'art. 1, comma 618, della L. 27 dicembre 2006, n. 296) che il requisito del servizio d'insegnamento effettivamente prestato di almeno cinque anni deve essere maturato dopo la nomina in ruolo, con esclusione, quindi, del complessivo servizio scolastico preruolo, riconosciuto *pleno iure* ai docenti assunti con contratto a tempo indeterminato in virtù del decreto di ricostruzione della carriera.

Essi – insegnanti di ruolo delle istituzioni scolastiche ed educative statali, in possesso di laurea, che hanno maturato un servizio effettivamente prestato di almeno cinque anni per effetto del decreto di ricostruzione giuridica della carriera e, dunque, cumulando il servizio di ruolo con il servizio

preruolo prestato con i contratti a tempo determinato (annuali o fino al termine delle attività didattiche) – hanno fondato la loro domanda sulla interpretazione dell'art. 1, comma 618, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 che ritengono costituzionalmente esatta e aderente ad orientamenti di derivazione comunitaria poiché una diversa interpretazione della stessa norma primaria or ora citata, tale da negare ogni validità, ai fini della partecipazione al concorso per cui è causa, al servizio d'insegnamento preruolo nelle scuole statali, determinerebbe un'insanabile antinomia con il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio dell'Unione europea 28 giugno 1999, n. 70.

2. Successivamente, con i motivi aggiunti, gli appellati hanno impugnato le graduatorie generali di merito per il reclutamento di dirigenti scolastici di cui al decreto del direttore generale del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca del 13 luglio 2011 pubblicate dagli Uffici Scolastici Regionali per la Basilicata, Calabria, Emilia-Romagna, Liguria, Lombardia, Puglia, Toscana e Veneto nelle parti in cui tali graduatorie prevedevano l'inserimento con riserva degli odierni appellati, indicati nella sentenza impugnata.

3. La sentenza qui impugnata ha evidenziato che la Corte di giustizia dell'Unione europea, con la pronuncia 8 settembre 2011, n. C-177/10 (e con la successiva 18 ottobre 2012 intervenuta nei procedimenti C-302/11 e C-304/11) ha dichiarato che: “La clausola 4” della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, e l'accordo quadro che figura in allegato ad essa “deve essere interpretata nel senso che osta a che i periodi di servizio prestati da un dipendente pubblico temporaneo di un'amministrazione pubblica non vengano presi in considerazione ai fini dell'accesso di quest'ultimo, divenuto nel frattempo dipendente pubblico di ruolo, ad una promozione per via interna cui possono esclusivamente aspirare i dipendenti pubblici di ruolo, a meno che tale esclusione non sia giustificata da ragioni oggettive ai sensi del punto 1 di tale clausola. Il semplice fatto che il dipendente pubblico temporaneo abbia prestato detti periodi di servizio in base ad un contratto o un rapporto di lavoro a tempo determinato non costituisce una tale ragione oggettiva”.

Il giudice di primo grado ha evidenziato che non basta a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato il fatto che tale differenza è stata prevista da una norma nazionale generale e astratta quale una legge o un contratto collettivo.

Secondo la sentenza impugnata alla non ammissibilità del cumulo del rapporto temporaneo con quello indeterminato può pervenirsi non già sulla base della mera rilevanza di una naturale diversità dei rapporti ma soltanto ove si configuri una emergente situazione che abbia imposto il ricorso a soluzioni di durata necessariamente temporanea e che deve trasparire da indicazioni rinvenibili nello stesso modulo di assunzione.

La sentenza ha quindi accolto il ricorso, senza esaminare individualmente le posizioni di ciascun ricorrente, nei confronti di coloro che versassero nelle seguenti condizioni:

- a) avessero svolto insegnamenti in posizione non di ruolo a tempo determinato anche prima della assunzione con contratti a tempo indeterminato per periodi utili ai fini del raggiungimento dei complessivi cinque anni che si richiedono;
- b) avessero superato le prove dello stesso concorso (preselettive e successive) cui abbiano comunque partecipato anche in virtù dei provvedimenti intervenuti nella fase del giudizio cautelare;
- c) avessero presentato, in riferimento ad apposita censura formulata nel ricorso introduttivo, domanda di ammissione anche in forma cartacea, nei quali sensi il Collegio ritiene definibile la stessa censura che i ricorrenti hanno formulato sin dal ricorso introduttivo (secondo motivo).

4. Ha proposto ricorso in appello il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca avverso

la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza bis, del 4 settembre 2013, n. 8086.

L'appello si fonda essenzialmente sulle seguenti considerazioni.

“L'odierno giudizio verte sui requisiti previsti per l'accesso ad una carriera dirigenziale nell'ambito della pubblica amministrazione.

Rispetto a siffatta problematica, la normativa comunitaria ed i principi che da essa si traggono risultano del tutto estranei.

Per convincersene è necessario prendere le mosse da una considerazione preliminare.

La carriera di dirigente scolastico nelle istituzioni scolastiche ed educative statali è una carriera dirigenziale (come si ricava dalle disposizioni dell'art. 28 del d.lgs. n. 165 del 2001, non per nulla inserite nella sezione dedicata all'accesso alla dirigenza), che non può essere considerata una progressione verticale rispetto alla carriera del personale scolastico ed educativo, trattandosi di un ruolo diverso cui si accede mediante un diverso concorso pubblico.

Ne consegue che, nel caso di specie, non si pone affatto un problema di discriminazione tra lavoratori che, con identica professionalità, siano chiamati a svolgere le medesime mansioni nel settore pubblico, e che si distinguano solamente per il fatto di aver stipulato contratti di lavoro diversi con la p.a., poiché, in tal caso, non vi è alcun contratto di lavoro e, conseguentemente, non ricorre un diverso trattamento in costanza di rapporto di lavoro.

Quel che rileva, nell'odierna vicenda, è esclusivamente la determinazione legislativa dei soggetti che possono accedere ad una certa carriera dirigenziale. (...).

Ad accogliere la tesi sostenuta dal TAR Lazio, finiscono con l'essere discriminati i lavoratori a tempo indeterminato, con il riconoscimento - questo sì, chiaramente ingiustificato - di una preferenza per i docenti non di ruolo”.

5. Il ricorso in appello non può trovare accoglimento.

La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2011, n. 177 evidenziava:

“20. Il summenzionato bando enunciava numerosi requisiti che i candidati alle prove dovevano soddisfare. In primo luogo, essi dovevano essere dipendenti pubblici del corpo generale della *Junta de Andalucía*. Dovevano poi essere in possesso o poter entrare in possesso del titolo di *Bachiller Superior* o di un diploma equivalente o, in mancanza di titolo, comprovare un'anzianità in qualità di dipendente pubblico di ruolo nelle categorie rientranti nel gruppo D di dieci anni o di cinque anni se avevano frequentato in precedenza un corso specifico dell'Istituto andaluso di amministrazione pubblica. Infine, i candidati alle prove dovevano accedere alla promozione interna a partire da categorie appartenenti al gruppo di livello immediatamente inferiore a quello della categoria oggetto di concorso e comprovare un'anzianità di almeno due anni in qualità di dipendenti pubblici di ruolo del medesimo gruppo.

21 Il bando di concorso precisava altresì che «non saranno presi in considerazione i servizi che risultano precedentemente prestati in qualità di personale temporaneo o a contratto presso qualsiasi amministrazione pubblica né altri servizi analoghi precedentemente prestati»”.

Orbene è di tutta evidenza la similitudine del bando esaminato dalla CGEU e quello per l'accesso alla dirigenza scolastica.

6. L'amministrazione appellante esclude che quei principi possano applicarsi al concorso sui cui si controverte perché la qualifica di dirigente scolastico non può considerarsi progressione verticale rispetto alla qualifica di docente.

7. La soluzione della controversia non può che fondarsi su criteri di prevalenza e di assimilazione.

È certamente vero che la qualifica di dirigente scolastico preveda mansioni diverse da quelle dell'insegnamento e, quindi, non possa considerarsi mera progressione rispetto a quella di docente; ma, ai fini della espansione del principio giurisprudenziale della sentenza della Corte Europea qui in rilievo, ciò che conta è che l'acquisizione di tale qualifica corrisponda al concetto (lato) di "promozione" nell'ambito di una struttura di carriera funzionalmente omogenea (*ratione materiae*). Pertanto tale circostanza viene ritenuta dal Collegio sostanzialmente risolutiva, fermo restando che il contenuto funzionale delle mansioni svolte in posizione di ruolo e rispettivamente in base ai (pregressi) contratti a tempo determinato, è pacificamente omogeneo e sovrapponibile.

Alle conclusioni indicate dall'amministrazione appellante si sarebbe potuto pervenire se al concorso fossero stati ammessi anche dipendenti provenienti da altre amministrazioni pubbliche, circostanza che avrebbe sottolineato la diversità dei requisiti di partecipazione e quindi la possibilità di escludere i servizi prestati in posizione di dipendente non di ruolo.

8. L'amministrazione appellante sottolinea infine che: "Ove fosse riconosciuta sufficiente quale requisito di partecipazione al concorso un'attività preruolo pari a 5 anni di anzianità, a prescindere dal periodo lavorativo trascorso dall'immissione in ruolo, i docenti con contratto a tempo determinato sarebbero favoriti, potendo prendere parte al concorso avendo maturato, complessivamente, un'anzianità di servizio inferiore a quella dei docenti in ruolo.

Si tratta di una conseguenza difficilmente accettabile, e, che comunque, discrimina chi ha acquisito una maggiore professionalità lavorativa".

Nemmeno tale censura può condurre all'annullamento della sentenza.

Innanzitutto perché, per la partecipazione al concorso, era indispensabile essere docenti di ruolo, e tale circostanza non è contestata: i candidati avevano quindi necessariamente svolto un periodo in qualità di dipendente a tempo indeterminato.

Poi perché, in concreto, non è stato evidenziato nessun caso in cui un candidato, ammesso al concorso, vi abbia partecipato vantando un periodo di servizio svolto, per più della metà, in qualità di docente a tempo determinato.

Infine perché la questione sottoposta al giudice riguarda il possesso dei requisiti di partecipazione a una prova selettiva alla quale deve applicarsi il principio del *favor participationis*.

La garanzia, per l'amministrazione, della scelta dei migliori è infatti affidata alla prove concorsuali nelle quali i candidati dovranno dimostrare di aver conseguito il livello di professionalità necessario per l'esercizio delle funzioni.

9. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Carella, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/09/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)