



**TRIBUNALE DI NAPOLI**  
**II SEZIONE LAVORO**

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio, in persona di :

Dott.ssa Maria Rosaria Lombardi	Presidente
Dott. Francesco Armato	Giudice
Dott.ssa Alessandra Lucarino	Giudice relatore

A scioglimento della riserva assunta l'8.2.2016 nel procedimento di reclamo RGN 24872/2015, proposto da **NAPOLITANO GAETANA** (Avv.to Marianna Vetrano) contro **MIUR** (dott.ssa Luisa Franzese);

letti gli atti, udita la discussione orale, ha emesso la seguente

**ORDINANZA**

Sul reclamo avverso l'ordinanza n. 26663/2015, emessa il 4.11.2015, con la quale il Giudice del Lavoro di Napoli ha respinto il ricorso proposto ex art. 700 c.p.c. dall'attuale reclamante per il suo inserimento nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento del personale docente relative alla Provincia di Napoli, valide per il triennio 2014/2017, al fine di partecipare al piano straordinario di assunzioni previsto dalla legge di stabilità per il 2015.

Rilevato che il reclamo è stato tempestivamente proposto nei termini di cui all'art. 669 – terdecies c.p.c. e ritualmente notificato

**OSSERVA**

1. In via preliminare, deve affermarsi la giurisdizione del Giudice ordinario.

Si legge, infatti, nelle motivazioni di Cass. civ. [ord.], sez. un., 10-11-2010, n. 22805 che la giurisdizione amministrativa si applica, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, alle sole controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione, ed è pertanto limitata (cfr. Cass. S.U. 13 febbraio 2008 n. 3399) a quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e



sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto terminale del procedimento.

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

Più di recente, la Suprema Corte ha affermato che: *“in tema di graduatorie permanenti del personale della scuola, con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento in graduatoria ai sensi del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, venendo in questione determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), di fronte alle quali sono configurabili diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione, e non potendo configurarsi l'inerenza a procedure concorsuali - per le quali l'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, mantiene la giurisdizione del giudice amministrativo- in quanto trattasi, piuttosto, dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili”* (Cass. civ. sez.un. ord. 16756/2014).

Per le stesse ragioni non sussiste litisconsorzio necessario nei confronti degli altri docenti inseriti nella graduatoria ad esaurimento, non essendo la presente decisione destinata a produrre effetto alcuno nei loro confronti, atteso che non viene allegato né dimostrato che dal nuovo inserimento in graduatoria scaturisca in capo alla ricorrente il diritto all'assunzione in danno di altri docenti.

2. Nel merito, il reclamo è fondato e va accolto.

Sotto il profilo del *fumus boni iuris* si osserva che la materia oggetto del giudizio è disciplinata dall'art. 1, comma 1 *bis*, del D.L. 97/2004 conv. in L. 143/2004, che così dispone: *"Dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento della graduatoria con apposito decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla graduatoria per gli anni scolastici successivi. A domanda dell'interessato, da presentarsi entro il medesimo termine, e' consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione"*.



Il tenore letterale della norma, ad avviso del Collegio, non lascia adito a dubbi nel senso che, laddove non presentata la domanda ed ottenuta in tal modo la cancellazione dalla graduatoria, il docente può, entro il termine fissato per l'aggiornamento periodico della stessa ed in occasione di ogni successivo aggiornamento, chiedere il reinserimento, con attribuzione del punteggio pregresso. Altro significato non può essere riconosciuto alla disciplina così delineata: in particolare, da essa non solo non è possibile argomentare in alcun modo che la cancellazione per mancata presentazione della domanda sia definitiva, ma, anzi, si evince esattamente il contrario: ossia che la cancellazione non è mai definitiva.

Nemmeno possono trarsi conclusioni contrarie dai decreti ministeriali che periodicamente, negli anni, hanno regolamentato l'aggiornamento delle graduatorie in attuazione della norma primaria di cui si è appena detto.

E' vero, infatti, che l'art. 1 punto b) del D.M. n. 235 dell'1.4.2015 ha così stabilito: "*A norma dell'art. 1 comma 1-bis del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, la permanenza, a pieno titolo o con riserva, nelle graduatorie a esaurimento avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi con le modalità ed i termini di cui al successivo art. 9. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria*" (analoga disposizione era già contenuta nei precedenti D.M. n. 42 dell'8 aprile 2009 e n. 44 del 2 maggio 2011).

Tuttavia è necessario ricordare che mai una fonte secondaria (nella specie: un decreto ministeriale di attuazione) ha il potere di derogare ad una norma giuridica di grado superiore, introducendo una decadenza sostanziale non prevista da quest'ultima.

Al contrario, il contrasto tra le due disposizioni di rango diverso induce il giudice ordinario a disapplicare la fonte secondaria in contrasto con la norma primaria, ai sensi dell'art. 4 delle preleggi nonché, avendo essa pur sempre natura di atto amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 1, D. lgs. 165/2001.

Infine, neppure si può sostenere il sopravvenuto contrasto della disciplina cui si intende dare applicazione con la L. n. 296 del 27.12.2006 (legge finanziaria 2007), che ha trasformato le graduatorie permanenti del personale docente ed educativo in graduatorie ad esaurimento.

La disciplina sopravvenuta, infatti, ha voluto indubbiamente impedire nuovi ingressi di docenti in precedenza non iscritti, introducendo un termine ultimo per l'ingresso nelle graduatorie; ma non ha precluso, invece, i successivi aggiornamenti della graduatoria preesistente rispetto ai docenti già iscritti, ed in particolare, non ha previsto ipotesi di definitiva esclusione dalla graduatoria di questi ultimi in conseguenza della mancata presentazione della domanda di permanenza per uno dei periodi di aggiornamento.



E' evidente, al riguardo, che la fattispecie per cui è causa non contrasta con la *ratio* sopra indicata, non comportando alcun nuovo inserimento di docenti in precedenza non iscritti, ma solo un aggiornamento nell'ambito delle iscrizioni già presenti.

Ed infatti l'incompatibilità tra le nuove disposizioni di legge e quelle precedenti, che costituisce una delle due ipotesi di abrogazione tacita ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, si verifica solo quando tra le norme considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dalla applicazione ed osservanza della nuova legge non possono non derivare la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra. Ciò non si verifica nel caso in cui la nuova legge abbia determinato esclusivamente il venir meno della "ratio legis" della legge precedente, senza dettare una nuova disciplina nella materia da quest'ultima regolata" (Cass., 1 ottobre 2002, n. 14129; Cass., 21 febbraio 2001, n. 2502).

Nella specie non esiste alcuna incompatibilità logico giuridica alla contemporanea applicazione delle citate disposizioni, posto che l'art 1 comma 1 bis , non amplia il novero delle persone iscritte in graduatoria.

Tanto precisato in termini di diritto, la domanda cautelare proposta dall'odierna reclamante appare meritevole di accoglimento anche in punto di fatto.

La Napolitano, infatti, ha dimostrato di aver presentato la domanda di aggiornamento e permanenza nelle GAE per il triennio 2014/2017, a mezzo raccomandata e nel termine a tal fine assegnato.

La previsione contenuta nel D.M. 235/2014, secondo cui la presentazione delle domande doveva avvenire con modalità esclusivamente telematiche, a pena di esclusione, non costituisce, ad avviso del Tribunale, una causa di impossibilità assoluta di esercizio del diritto, dal momento che, come si è detto, la normativa secondaria non può derogare a quella primaria.

Sul punto, infatti, l'art. 4 del D.P.R. 487/1994, intitolato "*Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi*", nel testo attualmente vigente, prevede che "*Le domande di ammissione al concorso, redatte in carta semplice, devono essere indirizzate e presentate direttamente o a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica - per i concorsi unici e all'amministrazione competente negli altri casi, con esclusione di qualsiasi altro mezzo, entro il termine perentorio di giorni trenta dalla data di pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica.*

...

*La data di spedizione delle domande e' stabilita e comprovata dal timbro a data dell'ufficio postale accettante.*



*La domanda deve essere redatta secondo lo schema che viene allegato al bando di concorso, riportando tutte le indicazioni che, secondo le norme vigenti, i candidati sono tenuti a fornire".*

Quindi, l'art. 38 del D.P.R. 445/2000, recante il "*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*", ha stabilito al comma 1 che "*Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica*".

Se ne ricava che la previsione di una modalità telematica di presentazione della domanda di partecipazione a pubblico concorso, in quanto espressione di una mera facoltà, e non di un obbligo, non può costituire un ostacolo di diritto alla presentazione della domanda a mezzo raccomandata, in presenza di un ostacolo di mero fatto quale il rifiuto della domanda da parte della piattaforma telematica.

Ebbene, parte ricorrente ha depositato la copia della "*domanda di inserimento a pieno titolo/con riserva per gli aa.ss. 2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017*", compilata a mano, datata 28.4.2014, nonché l'avviso di ricevimento della raccomandata spedita il 28.4.2014 e ricevuta dall'Ufficio Scolastico Regionale per la Campania il 29.4.2014.

Ebbene, ai sensi dell'art. 9 del D.M. 235/2014, la domanda di permanenza, aggiornamento, conferma della inclusione con riserva deve essere presentata, alla sede territoriale dell'Ufficio Scolastico Regionale che ha gestito la relativa domanda per il triennio 2011 – 2014, entro e non oltre il termine del 10.5.2014, esclusivamente con modalità web.

Con successiva circolare del MIUR – Dipartimento per l'Istruzione – Direzione Generale per il personale scolastico del 7.5.2014, tale termine è stato prorogato al 17.5.2014, "*al fine di consentire la completa e corretta conclusione delle operazioni di compilazione ed inoltro on line delle domande di cui all'oggetto, vista la complessità dell'utilizzo della nuova procedura*".

Ritiene il Collegio che tali termini possano essere applicati anche in caso di invio a mezzo raccomandata della domanda, per i motivi sopra già esposti.

La domanda della ricorrente risulta, pertanto, tempestiva.

Sussiste, altresì, il *periculum in mora*, atteso che il mancato reinserimento della ricorrente nelle graduatorie ad esaurimento preclude a quest'ultima la possibilità di partecipare al piano straordinario di assunzioni indetto con D.M. 767/2015, in virtù del quale potrebbe conseguire l'assunzione a tempo indeterminato; laddove è superfluo osservare che non è nella disponibilità della ricorrente conoscere esattamente il numero di docenti che saranno assunti attingendo dalle graduatorie in questione.

Si osserva, infine, che la presente pronuncia cautelare, avendo accertato il diritto della ricorrente all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento a decorrere dall'a.s. 2014/2015, ne consente un



inserimento a pieno titolo, e ciò in conformità a quanto previsto all'art. 1, comma 96, della L. n. 107/2015, che prevede l'assunzione a tempo indeterminato dei soli iscritti a pieno titolo, alla data di entrata in vigore della legge, nelle graduatorie ad esaurimento.

La novità e complessità delle questioni trattate, che hanno dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti, anche nell'ambito di questo Tribunale, inducono a compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale, visto l'art. 669 terdecies c.p.c., così provvede:

- in accoglimento del reclamo, dichiara il diritto della ricorrente all'inserimento nella graduatoria ad esaurimento del personale educativo (PPPP) della Provincia di Napoli per il triennio 2014/2017, con il medesimo punteggio posseduto all'atto della cancellazione;
- ordina alle Amministrazioni convenute di provvedere al reinserimento della ricorrente nella graduatoria ad esaurimento del personale educativo (PPPP) della Provincia di Napoli per il triennio 2014/2017, con il medesimo punteggio posseduto all'atto della cancellazione;
- compensa le spese.

Si comunichi.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio dell'8.2.2016

Il Presidente

dott.ssa Maria Rosaria Lombardi

Il Giudice relatore

dott.ssa Alessandra Lucarino

