

ECC.MA CORTE DI APPELLO DI ROMA
- SEZIONE LAVORO -

Ricorre in appello il sig. Salvatore **DE GAETANO** nato ad Aversa (CE) il 02.09.65 (CF: DGT SVT 65P02 A512R) rappresentato e difeso, giusta procura in calce al presente appello, dall'Avv. Michele Romaniello (CF: RMN MHL 73E12 I234K – tel. e fax n. 081 344 07 94 - pec: michele.romaniello@avvocatismcv.it) con il quale elettivamente domicilia in Roma, alla via Ennio Quirino Visconti n. 8 presso l'Avv. Angela Fiorentino (ABV & Partners)

contro

il **M.I.U.R.** in persona del legale rappresentante p.t. domiciliato ex lege presso l'Avvocatura Generale dello Stato in Roma, in Via dei Portoghesi n.12.

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza emessa dal Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, Giudice Redavid Luca n. 9678/2016 pubblicata il 05.01.17 nella parte in cui respinge il ricorso di primo grado.

FATTO

Il ricorrente, abilitato all'insegnamento in “discipline giuridiche ed economiche” (classe concorsuale A019), in possesso dei requisiti di legge, era stato **inserito nella graduatoria provinciale ad esaurimento**, terza fascia, Provincia di Roma **sin dal 2005** ed ivi è rimasto fino all'anno 2011 con punti 18, in posizione n.643.

Il M.I.U.R. con **d.m. n.44/11** indicava la procedura di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il triennio 2011-2014 e all'art. 1, comma 1, prevedeva l'onere di presentazione della domanda per la permanenza in graduatoria pena la cancellazione dalla stessa ex art. 1, comma 1-bis della legge 143/04.

Il ricorrente non presentava domanda di aggiornamento dei propri titoli ed il suo **nominativo veniva depennato** dalla graduatoria.

Con successivo d.m. n.235/14, veniva indetta analoga procedura di aggiornamento per il triennio 2014-2017 e veniva previsto (art.1) nuovamente l'onere di presentazione della domanda come su indicato ma non veniva prevista la possibilità di reinserimento in graduatoria per i docenti in precedenza depennati così come disposto con l'art.1, comma 1 bis del d.l. 07.04.04, n. 97 cit.

Attese le difficoltà tecniche del sistema, con determinazione ministeriale n. 446 del 07.05.14 così come chiarito con successiva determinazione n. 446/bis del 07.05.14, il M.I.U.R. prorogava fino al 17.05.14 i termini entro cui presentare domanda di inserimento in graduatoria.

Il ricorrente, pertanto, **tentava di produrre la domanda di reinserimento** ma la modalità di presentazione della domanda predisposta dal M.I.U.R., modalità telematica, **non gli consentiva di presentare alcunché** in quanto riservata solo a coloro che fossero già inseriti nelle graduatorie e chi, come il ricorrente, era stato in precedenza depennato non aveva alcuna possibilità di inoltrare la stessa in quanto “cancellato” dal sistema informatico del M.I.U.R.

Pertanto, il ricorrente, inoltrava domanda di aggiornamento-reinserimento nelle graduatorie ad esaurimento per gli anni 2014-2017 con raccomandata a.r. n. 14951509513-3 del 16.05.14.

In detta occasione il ricorrente, avendo conseguito in data 30.06.09 il “Master di II livello in diritto e politiche ambientali europee e comparate” presso la Seconda Università degli Studi di Napoli dichiarava, altresì, il possesso di tale titolo per l'aggiornamento del punteggio.

Nonostante il regolare inoltro della domanda il ricorrente non veniva reinserito nella graduatoria provinciale ad esaurimento per la Provincia di Roma mentre, al contrario, doveva essere ivi reinserito per la classe di concorso **A019, valida per il triennio 2014-2017** con il punteggio 18 aggiornato con l'ulteriore titolo di studio dichiarato nella domanda di reinserimento.

Quindi il ricorrente adiva il Tribunale di Roma, sezione Lavoro con ricorso RG.n. 4495/15 rassegnando le seguenti conclusioni:

A) in accoglimento della domanda proposta, previa disapplicazione dei DD.MM. nn. 44/11 e 235 del 1 aprile 2014, nella parte in cui a ciò risultano ostativi, accertare e dichiarare il diritto del ricorrente ad essere inserito, all'interno della graduatoria ad esaurimento della Provincia di Roma, fascia 3, classe di concorso A019, con decorrenza dal 01.09.2011, con il punteggio precedente maturato (punti 18) aggiornato in virtù del conseguimento, in data 30.06.2009, del titolo di studio "Master di II livello in diritto e politiche ambientali europee e comparate" presso la Seconda Università degli Studi di Napoli;

B) invia del tutto subordinata, dichiarare il diritto del ricorrente ad essere inserito nella graduatoria ad esaurimento della Provincia di Roma, fascia 3, classe di concorso A019, aggiornata per il triennio 2014-2017 con il punteggio a lui spettante;

C) condannare, la resistente amministrazione, alla refusione delle spese di giudizio, oltre competenze professionali ed oneri di legge, con attribuzione allo scrivente procuratore antistatario".

Il giudice di prime cure disponeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i controinteressati secondo le formalità di cui all'art. 150 c.p.c. che questa difesa nei termini assegnati provvedeva ad eseguire.

Tuttavia integrato il contraddittorio del tutto inopinatamente con la sentenza in questa sede appellata veniva respinto il ricorso in quanto *"la norma di cui all'art. 1, comma 605 L.n.296/06 non richiama più la possibilità di reinserimento prevista dal previgente art. 1 c. 1 bis della L.n. 143/04 dei docenti già inseriti nelle graduatorie e cancellati per mancanza di domanda e, comunque, parte ricorrente non risulta aver presentato alcuna domanda di reinserimento entro il termine fissato dal Ministero nei predetti DM citati a seguito dell'arvenuta cancellazione (cfr. pag.6 sentenza) ... Deve allora ritenersi che la disciplina normativa successiva abbia abrogato implicitamente la precedente normativa attesa l'incompatibilità tra le stesse, con la conseguenza che i DDMM di cui è stata chiesta la disapplicazione debbono ritenersi sul punto conformi alla disciplina legislativa applicabile."*

La sentenza appellata è errata e va riformata per i seguenti

MOTIVI

I. ERRORES IN IUDICANDO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 1-BIS, DEL DECRETO-LEGGE 7 APRILE 2004, N. 97 CONVERTITO CON LEGGE N.143/04 - INGIUSTIZIA MANIFESTA ILLOGICITA' - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 97 DELLA COSTITUZIONE – VIOLAZIONE DI LEGGE, DEL PRINCIPIO DI CORRETTEZZA E DI LEGALITÀ -

La sentenza appellata si fonda su una errata valutazione del ricorso e degli allegati e su di una errata interpretazione della normativa vigente come chiarito anche dalla Corte di Cassazione, Sezione lavoro con sentenza n. 5285 del 01.03.2017.

I.A) Quanto al primo aspetto il giudice di prime cure afferma che “parte ricorrente non risulta aver presentato alcuna domanda di reinserimento”.

Detta circostanza non corrisponde alla realtà in quanto il documento n. 2 allegato al ricorso è la domanda di reinserimento inoltrata dal ricorrente con la ricevuta di ritorno attestante l'invio e la consegna al MIUR.

In ogni caso la circostanza che il ricorrente abbia prodotto domanda di reinserimento nella graduatoria ad esaurimento per la Provincia di Roma nei termini è una circostanza di fatto totalmente pacifica tra le parti in lite, indicata nel ricorso, notificato regolarmente alla controparte e mai contestata a questa difesa.

Deve quindi necessariamente evidenziarsi come operi il principio di non contestazione di cui all'ultima parte del primo comma dell'art. 115 c.p.c. e quindi una circostanza pacifica.

I.B) Quanto al secondo aspetto su cui il giudice di prime cure fonda la reiezione del ricorso, ovvero all'implicita abrogazione dell'art. 1 c. 1 bis della L.n. 143/04 che consentiva il reinserimento in graduatoria dopo il depennamento¹, invero non trova

¹ Sentenza appellata, Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, n. 9678/2016 pubblicata il 05.01.17, pagg.6-7: “la norma di cui all'art. 1, comma 605 L.n.296/06 non richiama più la possibilità di reinserimento prevista dal previgente art. 1 c. 1 bis della L.n. 143/04 dei docenti già inseriti nelle graduatorie e cancellati per mancanza di domanda (cfr. pag.6 sentenza) ... Deve allora ritenersi che la disciplina normativa successiva abbia abrogato implicitamente la precedente normativa

alcuna cittadinanza giuridica nel nostro ordinamento: 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 rendere 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).

In vicenda del tutto identica, infatti, la **Corte di Cassazione**, sezione Lavoro, con recentissima **sentenza n. 5285 del 01.03.17**, richiamando la sentenza del Consiglio di Stato n. 3658/14² condividendola, così statuiva: "Nessun fondamento positivo

attesa l'incompatibilità tra le stesse, con la conseguenza che i DDMM di cui è stata chiesta la disapplicazione debbono ritenersi sul punto conformi alla disciplina legislativa applicabile" (cfr. pag.7).

² **Consiglio di Stato, sentenza n. 3658/14**: "Il comma 1-bis del decreto legge n. 97/2004 stabilisce che, a decorrere dall'a.s. 2004/2005, la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento dei docenti ivi inseriti postuli la presentazione di apposita domanda nel termine fissato dal Ministero dell'istruzione con l'emanando decreto per l'aggiornamento delle graduatorie medesime, pena la cancellazione da queste ultime per i successivi anni scolastici.

La disposizione prevede poi la possibilità di "reinserimento nelle graduatorie, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione", ove i docenti interessati facciano domanda "entro il medesimo termine".

La presenza nelle graduatorie è condizionata ad una espressa volontà dei docenti di permanervi, volontà da manifestarsi nel termine fissato per gli aggiornamenti delle graduatorie medesime.

Nella norma primaria, quindi, l'omessa domanda è sanzionata con l'esclusione dalle graduatorie, ma essa non è comunque assoluta potendo gli interessati, nel termine poi assegnato per i futuri aggiornamenti delle graduatorie, dichiarare di volervi nuovamente figurare.

Pertanto, non è detto, in linea di principio, che il docente che già figura in graduatoria debba per forza riaffermare una volontà che egli ha già espresso, a pena di effetti dannosi come l'esclusione dalla graduatoria.

Se quindi è giusto depurare le graduatorie permanenti dalla presenza di docenti che effettivamente non abbiano più interesse a permanervi, non è corretto determinarne l'esclusione sulla base di una volontà che non si assume acquisita direttamente, ma solo desunta in via implicita a mezzo del silenzio o inerzia, anche incolpevole, tenuta dagli interessati.

Come ha osservato il primo giudice, gli interessati in questione appartengono al cosiddetto personale precario, per cui per essi il permanere nelle graduatorie in questione costituisce residua, anzi estrema, possibilità di accedere al mondo del lavoro, sicché è davvero poco probabile ipotizzare una loro effettiva volontà di fuoriuscire dalle graduatorie medesime; volontà che non può quindi essere ricavata aliunde ma espressa in modo consapevole.

Nessun fondamento positivo alla cancellazione de qua può rinvenirsi nel comma 605 del medesimo art. 1 della legge n. 296/2006, atteso che tale nuova disciplina legislativa, nell'intento di eliminare il risalente fenomeno del precariato nella scuola, ha disposto la trasformazione delle graduatorie provinciali permanenti, già istituite dalla legge n. 124/1999, in graduatorie a esaurimento, consentendo che nelle graduatorie così riconfigurate possano inserirsi, a pieno titolo, coloro che sono in possesso di un'abilitazione, nonché, con riserva, coloro che hanno in corso una procedura abilitante ordinaria o riservata.

Il riferimento alla legge n. 296/2006, con la quale è stata disposta la riconfigurazione delle graduatorie provinciali da graduatorie permanenti (aperte) a graduatorie ad esaurimento (chiuse), risulta opportuno, in quanto è con tale provvedimento legislativo che si pone un termine ultimo (anno 2007) per l'ingresso nelle graduatorie, consentendo de futuro la possibilità di disporre gli accertamenti biennali, esulando dalla norma qualsiasi intento di prefigurare l'esclusione dalle medesime quale conseguenza dell'omissione della presentazione della domanda di aggiornamento o conferma del punteggio.

L'esito voluto dall'amministrazione sarebbe contraddittorio, e non privo di elementi di prevaricazione per le legittime aspettative giuridiche degli interessati, perché l'avere blindato le graduatorie, nella prospettiva del loro esaurimento, non può giustificare, apparendo anzi sommamente ingiusto, la cancellazione definitiva dalle medesime per effetto di una omissione non consapevole perché non debitamente partecipata e in assenza di una corretta e completa partecipazione procedimentale.

Ne consegue che con riferimento ai parametri costituzionali desumibili dagli artt. 3, 4 e 97 Cost. nonché ai principi generali dell'attività amministrativa di cui alla legge n. 241 del 1990, il decreto ministeriale n. 42/2009 è illegittimo nella parte in cui non ha previsto l'obbligo per gli Uffici Scolastici Provinciali di comunicare ai docenti già iscritti nelle graduatorie ad esaurimento, e che hanno omesso di presentare la domanda di esservi confermati, gli effetti della legge n. 143/2004, avvertendoli dell'onere di presentare detta domanda di conferma entro un termine prefissato, pena la cancellazione da quest'ultima.

Infatti, le precedenti disposizioni ministeriali concernenti inclusioni e/o aggiornamenti in graduatoria, come il precedente d.d.g. del 21 aprile 2004, avevano espressamente previsto (art. 1, p. 6) che in caso di mancata produzione di qualsiasi domanda, sia di aggiornamento che di trasferimento, il competente Centro servizi amministrativi avrebbe dovuto assegnare al candidato un breve termine perentorio per la regolarizzazione della propria posizione; del resto, lo stesso d.m. n. 49/2009 contempla (art. 11, comma 4) un procedimento di regolarizzazione delle domande, nel caso di presentazione di queste in modo incompleto o parziale, in tal caso assegnandosi "un breve termine perentorio per la regolarizzazione".

Trattasi all'evidenza di norme (specie quella contenuta nel testo regolamentare del 2004) intese a salvaguardare il principio di affidamento dei soggetti già inclusi nelle graduatorie.

L'adottata esclusione, che riconduce alla mancata presentazione della domanda di permanenza in graduatoria addirittura la "cancellazione definitiva" da quest'ultima, omette di tenere conto, sistematicamente, della statuizione contenuta nel comma 1-bis dell'art. 1 del decreto legge n. 97/2004, secondo cui "a domanda dell'interessato, da presentarsi entro il medesimo termine, è consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione".

In definitiva, è illegittimo l'art. 1, d.m. 8 aprile 2009, n. 42, per omessa previsione di garanzia partecipativa, nella parte in cui non ha previsto l'obbligo per gli Uffici Scolastici Provinciali di comunicare ai docenti già iscritti nelle graduatorie ad esaurimento, e che hanno omesso di presentare la domanda di esservi confermati, gli effetti della l. n. 143 del 2004, avvertendoli dell'onere di presentare detta domanda di conferma entro un termine prefissato, pena la cancellazione da quest'ultima.

Non è conforme a regole di ragionevolezza e di buona amministrazione l'onere il docente che già figura in graduatoria a riaffermare una volontà che egli ha già espresso, con ricadute gravemente lesive conseguenti alla mancata e ulteriore manifestazione di detta volontà.

Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1, comma 1 bis d.l. 7 aprile 2004 n. 97, conv. con modificazioni nella l. 4 giugno 2004 n. 143, il quale dispone che, dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 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, e che la mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla graduatoria per

alla cancellazione de qua può rinvenirsi nel comma 605 del medesimo la L. n. 296 del 2006, art. 1, atteso che tale nuova disciplina legislativa, nell'intento di eliminare il risalente fenomeno del precariato nella scuola, ha disposto la trasformazione delle graduatorie provinciali permanenti, già istituite dalla L. n. 124 del 1999, in graduatorie a esaurimento, consentendo che nelle graduatorie così riconfigurate possano inserirsi, a pieno titolo, coloro che sono in possesso di un'abilitazione, nonchè, con riserva, coloro che hanno in corso una procedura abilitante ordinaria o riservata”.

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. Sarebbe al contrario del tutto illogico ritenere applicabile il d.l. 97/04 nella parte in cui prevede il depennamento come conseguenza della mancata presentazione della domanda e non applicabile invece lo stesso articolo 1, comma 1 bis del d.l. 97/04 nella parte in cui prevede anche una soluzione alla drastica previsione del depennamento, ovvero la possibilità di reinserimento a domanda in seguito ai successivi aggiornamenti!

D'altronde lo stesso legislatore ha consentito l'inserimento ex novo in graduatoria, in via di eccezione, per ulteriori categorie di persone.

Ciò è avvenuto per effetto dell'art. 1 co. 605 lett. c) legge 27 dicembre 2006, n. 296 ha fatto salvi, per il biennio 2007/2008, gli inserimenti di docenti, e così pure L'art 5 bis del successivo D.L. 1 settembre 2008 n. 137, inserito dalla legge di conversione 30 ottobre 2008 n. 169 e L'art. 14 co. 2 ter D.L. 29 dicembre 2011, n. 216, inserito dalla legge di conversione 24 febbraio 2012 n. 14, ha infine istituito una graduatoria "aggiuntiva" per l'inserimento di coloro che medio tempore

gli anni scolastici successivi, porta a ritenere illegittima la normativa regolamentare - art. 1 d.m. 8 aprile 2009 n. 42, adottata in applicazione di detta disposizione primaria, che ricollega alla mancata presentazione della domanda- la cancellazione definitiva dalla graduatoria”.

avessero conseguito l'abilitazione, avendo terminato corsi di studio iniziati dopo l'anno accademico 2007/2008.

Il principio del carattere "ad esaurimento" delle graduatorie ha dunque concretamente visto diverse deroghe e tra queste deve collocarsi anche la previsione - anch'essa legislativamente stabilita della possibilità di reinserimento degli iscritti cancellati per mancata tempestiva presentazione della domanda di aggiornamento del proprio punteggio.

Del che è evidente l'erroneità della sentenza appellata e l'illegittimità del comportamento serbato dall'amministrazione resistente.

II. ULTERIORE ERRORES IN IUDICANDO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 1-BIS, DEL DECRETO-LEGGE 7 APRILE 2004, N. 97 CONVERTITO CON LEGGE N.143/04 - INGIUSTIZIA MANIFESTA ILLOGICITA' - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 97 DELLA COSTITUZIONE – VIOLAZIONE DI LEGGE, DEL PRINCIPIO DI CORRETTEZZA E DI LEGALITÀ –

La sentenza è errata altresì nella parte in cui non ha considerato quanto segue.

Il ricorrente con punti n. 18, ai quali vanno sommati quelli a lui spettanti per il conseguimento in data 30.06.09 del citato Master presso la Seconda Università degli Studi di Napoli, doveva essere inserito nella graduatoria provinciale definitiva per la classe di concorso A019 per la scuola secondaria dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Roma, fascia n. 3, per il triennio 2014/2017.

Al contrario, del tutto erroneamente, ed in spregio alle norme di correttezza e al principio di legalità, non è stato inserito in detta graduatoria.

Infatti il comma 1bis dell'art.1 del d.l. 07.04.2004 n. 97, inserito in sede di conversione con legge n. 143/04, prevede che *“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, **è consentito il reinserimento nella graduatoria**, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione”.*

Pertanto, la legge consente a chi è stato depennato dalla graduatoria, per non aver prodotto domanda di aggiornamento, il reinserimento nella stessa **con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione.**

Non conserva pertanto alcuna cittadinanza nel nostro ordinamento il comportamento serbato dal M.I.U.R. che, in totale spregio dei principi sopra richiamati, non ha reinserito il ricorrente nella posizione a lui spettante con il punteggio precedentemente posseduto 18, aggiornato in base ai titoli dichiarati, antepoendo docenti con un punteggio più basso e svilendo di contenuto la norma sopra richiamata, la quale detta gli unici criteri da seguire nella formulazione e nelle integrazione delle graduatorie di insegnamento.

A confutare detto epilogo non giova certo richiamare il disposto del d.m. n. 235 del 01.04.2014, di cui si chiede all'ill.mo giudice di voler disporre in parte qua la disapplicazione, e ciò in quanto la portata amministrativa di tale atto non può porsi in maniera antinomica o derogatoria rispetto alla disposizione legislativa di cui all'art. 1 della legge n.143/04.

Giova precisare che in vicende identiche la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che *“la domanda è fondata con riferimento all'art. 1 comma 1 bis L. 143/04 quale norma che, seppur dettata in materia di ex graduatorie permanenti, è pacificamente tuttora vigente anche in seguito alla trasformazione delle medesime in graduatorie ad esaurimento ex art. 1 comma 605 lettera C L. 296/06 - per non essere stata espressamente abrogata da quest'ultima nuova disciplina, e per essere tuttora richiamata dalle stesse fonti ministeriali (DM 42/09 e DM 44/11).*

Questo giudice aderisce alle diffuse e convincenti argomentazioni della sentenza n. 21793/10 TAR Lazio (doc. 6 ric.), richiamate nella sentenza 5874/11 TAR Lazio (doc. 3 conv.), in

tema di effetto decadenziale derivante dalla omessa presentazione della domanda di aggiornamento nel termine previsto dal DM 42/09. Tale pronuncia, sulla base di complessiva rilettura della disciplina in materia, diretta ad offrire una corretta interpretazione esegetica della portata delle norme, afferma che l'omissione della domanda comporta sì la esclusione dalla graduatoria, ma che tale cancellazione non è assoluta ben potendo l'interessato, nonostante la mancata tempestiva domanda di conferma, dichiarare con successiva domanda di voler essere incluso – come in effetti avvenuto nel caso in esame” (cfr. per tutte Tribunale di Firenze, sentenza del 17 maggio 2013; Tribunale di Matera sentenza n. 1192/2012; Tribunale di Pistoia sentenza n. 17/14, tutte allegate).

È appena il caso poi di precisare che, il d.m.235/14 cit., non poteva comunque essere applicato in parte qua dal M.I.U.R., in quanto è stato sospeso in sede giudiziaria (cfr. T.A.R. Lazio, Roma decreto n. 3977 del 27.08.14, e nn. 4059/2014, 4124/2014, 4138/2014, 4146/2014, 4240/2014, 4311/2014, 4387/2014, 4393/14, 4395/14, 4411/14).

È pertanto oltremodo illegittimo, nonché errato, il comportamento del M.I.U.R., quindi errata la sentenza appellata, che ha applicato *sic et simpliciter* il d.m. n. 235/14 come se non fosse mai stato sospeso in sede giudiziaria e come se fosse produttivo di effetti.

III. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3,7,8,10,11 DELLA L. 7 AGOSTO 1990 N. 241 E SUCCESSIVE MODIFICHE CON RIFERIMENTO AGLI ARTT. 24 E 97 COST. ED ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE –ULTERIORE VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 1-BIS DELLA L. 4 GIUGNO 2004, N. 143 E SUCCESSIVE MODIFICHE, NONCHÉ ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITÀ E VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO GENERALE DELLA TUTELA DEI DIRITTI ACQUISITI ANCHE CON RIFERIMENTO AGLI ARTT. 3 E 97 COSTITUZIONE.

Sebbene quanto sopra esposto sia *ex se* assorbente rispetto ad ogni ulteriore deduzione difensiva, per mero tuziorismo si evidenzia comunque l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui non si pronuncia sul motivo di ricorso che ha

evidenziato l'erroneità del comportamento serbato dal Ministero resistente già con il depennamento del ricorrente dalla graduatoria ad esaurimento di cui si è detto, in occasione dell'aggiornamento avvenuto con d.m. n.44 del 2011 e *poscia* con il successivo d.m. n. 235/14.

Giova inoltre evidenziare, nonostante *illo tempore* il ricorrente abbia inoltrato la domanda *de qua*, che il d.m. n.42 del 08.04.2009, precedente ai prefati dd.mm. 44/11 e 235/14, è stato annullato in sede giudiziaria nella parte in cui non prevedeva l'assegnazione ai docenti interessati di permanere nelle graduatorie ad esaurimento un termine per esprimere consapevolmente la volontà o meno di permanervi (cfr. ex multis T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 21793 del 2010 e n.27460 del 2010, confermata dal Consiglio di Stato con recentissima sentenza n. 3658 del 14.07.14).

L'Amministrazione con i successivi dd.mm. non ha mai previsto il prefato termine rendendo pertanto, e con ogni evidenza, illegittimi anche i dd.mm. 44/11 e 235/14 per i motivi già rappresentati dal G.A. e per i quali non può non chiedersi all'ill.mo giudice adito di volerne disporre la disapplicazione.

Più in particolare è stato così chiarito: *“l'art.1 del d.l. 7 aprile 2004, n. 97, recante “Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università”, dispone al suo comma 1-bis (comma aggiunto dalla legge di conversione 4 giugno 2004, n. 143), quanto appresso: “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, è consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione”.*

L'art. 1 del d.m. 8 aprile 2009, n. 42, nel premettere che "sono disposti per gli anni scolastici 2009/2010 e 2010/2011 l'integrazione e l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo, costituite ai sensi del Decreto Direttoriale del 16 marzo 2007" (comma 1), così dispone: "A norma dell'art. 1, comma 1-bis della legge 143/2004, la permanenza, a pieno titolo o con riserva, nelle graduatorie di cui al precedente comma 1 avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine indicato al successivo ad. 11. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria" (comma 2). Orbene solo una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni normative de quibus può giustificare la loro applicazione in materia.

Sul punto la giurisprudenza ha così chiarito: "... un'applicazione letterale della norma conduce ad esiti plausibilmente non conformi ai parametri desumibili dagli artt. 3 e 97 della Costituzione. Invero, non si vede come possa predicarsi conforme alle regole di ragionevolezza e di buona amministrazione l'onere del docente che già figura in graduatoria a riaffermare una volontà che egli ha già espresso, con ricadute ampiamente dannose conseguenti alla mancata (ulteriore) manifestazione di detta volontà.

Tali rilievi possono essere vinti solo ove la ratio della normativa in questione vada ricondotta alla finalità di depurare le graduatorie permanenti dalla presenza di docenti che effettivamente non abbiano più interesse a permanervi, e non certo all'intento di sfoltire comunque le graduatorie, sulla base di una volontà degli interessati, non espressa in via esplicita ma desunta in via presuntiva a mezzo del silenzio, o del comportamento comunque inerte, dagli stessi serbato.

Si vuole in sostanza affermare – con attenzione ai principi affermati dalla legge n. 241/1990, che ha posto alcuni valori ordinamentali, costituenti parametri vincolativi anche per l'attività dell'interprete, che hanno rimodellato l'amministrazione pubblica, evolvendola, in linea con il disegno costituzionale, da amministrazione-potere ad amministrazione-servizio - che l'espulsione dalle graduatorie in questione avrebbe postulato la piena consapevolezza dei docenti delle conseguenze rivenienti dalla mancata presentazione della domanda di riconferma nelle graduatorie.

Non può in proposito non evidenziarsi – e ciò avvalorare quanto si dirà appresso circa la necessità che nel caso all'esame fossero apprestate puntuali garanzie partecipative agli interessati in ordine alle conseguenze della mancata dichiarazione di riconferma – che i docenti in questione appartengono al personale precario, e che per essi il figurare (e quindi il permanere) nelle graduatorie in questione costituisce residua, anzi estrema, possibilità di accedere al mondo del lavoro, sicché è davvero poco probabile ipotizzare una loro effettiva volontà di fuoriuscire dalle graduatorie medesime; volontà che non può quindi essere ricavata aliunde ma espressa in modo consapevole.

Nella riferita situazione è quindi del tutto possibile – e la peculiare fattispecie all'esame ne costituisce conferma – che la cancellazione dalle graduatorie, disposta all'esito di un modulo procedimentale non idoneo a saggiare l'effettiva volontà dei docenti interessati, avvenga nei riguardi di docenti affatto ignari delle conseguenze “rovinose” dell'intervenuta mancata conferma di permanenza nelle graduatorie.

Né potrebbe ritenersi, come enunciato nel terzo motivo di ricorso, che la cancellazione dalle graduatorie, con carattere peraltro di definitività per come statuita dall'impugnato d.m. n. 42/2009, possa trovare un qualche fondamento positivo nella successiva legislazione intervenuta in tema di graduatorie permanenti, e specificamente nell'art. 1, comma 607, dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007), essendosi tale norma limitata a riconfermare l'aggiornamento biennale delle graduatorie di cui all'art. 401 del testo unico sull'istruzione di cui al decreto legislativo n. 297/1994.

E' da aggiungere in prosieguo che nessun fondamento positivo alla cancellazione de qua possa rinvenirsi nel comma 605 del medesimo art. 1 della legge n. 296/2006, atteso – come precisato dalla Sezione con la sentenza n. 10890/2008 - che tale nuova disciplina legislativa, nell'intento di eliminare il risalente fenomeno del precariato nella scuola, ha disposto la trasformazione delle graduatorie provinciali permanenti, già istituite dalla legge n. 124/1999, in graduatorie a esaurimento, consentendo che nelle graduatorie così riconfigurate possano inserirsi, a pieno titolo,

coloro che sono in possesso di un'abilitazione, nonché, con riserva, coloro che hanno in corso una procedura abilitante ordinaria o riservata.

Il riferimento alla legge n. 296/2006, con la quale è stata disposta la riconfigurazione delle graduatorie provinciali da graduatorie permanenti (aperte) a graduatorie ad esaurimento (chiuse), risulta opportuno, in quanto è con tale provvedimento legislativo che si pone un termine ultimo (anno 2007) per l'ingresso nelle graduatorie, consentendo de futuro la possibilità di disporre i precitati accertamenti biennali, esulando dalla norma ogni e qualsiasi intento di prefigurare l'esclusione dalle medesime quale conseguenza dell'omissione della presentazione della domanda di aggiornamento/conferma del punteggio.

Non può peraltro non osservarsi che un siffatto esito sarebbe contraddittorio, e non privo di elementi di prevaricazione per le legittime aspettative giuridiche degli interessati, perché l'avere blindato le graduatorie, nella prospettiva del loro esaurimento, non può giustificare, apparendo anzi sommamente ingiusto, la cancellazione definitiva dalle medesime per effetto di una omissione non consapevole perché non debitamente partecipata.

Consegue dall'esposto ordine di considerazioni - scaturenti, come si è sopra anticipato, da una lettura della normativa di riferimento consonante ai parametri costituzionali desumibili dagli artt. 3, 4 e 97 Cost. (lettura costituzionalmente orientata che vale ad escludere la proposizione della questione di legittimità costituzionale del comma 1-bis dell'art.1 del d.l. 7 aprile 2004, n. 97, 143, pure sollevata dalla ricorrente) - che l'impugnato decreto ministeriale n. 42/2009 è illegittimo nella parte in cui non ha previsto l'obbligo per gli Uffici Scolastici Provinciali di comunicare ai docenti già iscritti nelle graduatorie ad esaurimento, e che hanno omesso di presentare la domanda di esservi confermati, gli effetti della legge n. 143/2004, avvertendoli dell'onere di presentare detta domanda di conferma entro un termine prefissato, pena la cancellazione da quest'ultima.

La mancata previsione dell'ora enunciata norma di garanzia partecipativa svela l'ulteriore eccesso di potere di cui risulta afflitto l'impugnato decreto ministeriale per i profili denunciati con il secondo motivo di ricorso.

Invero, le precedenti disposizioni ministeriali concernenti inclusioni e/o aggiornamenti in graduatoria, come il precedente d.d.g. del 21 aprile 2004, avevano espressamente previsto (art. 1, p. 6): “Qualora i candidati interessati non producano alcuna domanda, sia di aggiornamento che di trasferimento, il competente Centro servizi amministrativi assegnerà al candidato un breve termine perentorio per la regolarizzazione della propria posizione”; e del resto, la stesso d.m. n. 49/2009 contempla (art. 11, comma 4) un procedimento di regolarizzazione delle domande, nel caso di presentazione di queste in modo incompleto o parziale, in tal caso assegnandosi “un breve termine perentorio per la regolarizzazione”.

Trattasi all'evidenza di norme (specie quella contenuta nel testo regolamentare del 2004) intese a salvaguardare il principio di affidamento dei soggetti già inclusi nelle graduatorie.

Riesce quindi arduo giustificare una disciplina, quale quella fondatamente oggetto di censura, che riconduce alla mancata presentazione della domanda di permanenza in graduatoria addirittura la “cancellazione definitiva” da quest’ultima, omettendo peraltro di considerare la statuizione contenuta nel comma 1-bis dell’art. 1 del decreto legge n. 97/2004, secondo cui “a domanda dell’interessato, da presentarsi entro il medesimo termine, è consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all’atto della cancellazione”.

Per tutte le considerazioni che precedono, il ricorso va accolto; per l’effetto vanno annullati i provvedimenti impugnati e, in primis, il decreto ministeriale n. 42 del 2009 nella parte in cui non ha previsto l’assegnazione ai docenti interessati di permanere nelle graduatorie ad esaurimento un termine per esprimere consapevolmente la volontà o meno di permanervi” (cfr. altresì T.A.R. Lazio, Roma sentenze n. 10809/2008 e n. 10728/2008; Corte Costituzionale n. 41/2011).

*È pertanto illegittimo, oltre che errato, la sentenza appellata ed il comportamento del M.I.U.R. che ha applicato *sic et simpliciter* il comma 1bis dell’art.1 del d.l. 07.04.2004 n. 97, oltre che i dd.mm. n.44 del 2011 e n. 235/14 senza aver previsto, per i docenti già inseriti nella graduatoria ad esaurimento, di poter esprimere consapevolmente la volontà o meno di permanervi; è sulla scorta di tale ingiusto*

comportamento si chiede all'ecc.ma Corte di Appello di Roma, sezione lavoro adita di disapplicare gli atti impugnati dichiarando illegittimo il comportamento del M.I.U.R. nella parte in cui ha proceduto a depennare il ricorrente dalla graduatoria ad esaurimento, come fin qui indicato e per i motivi fin qui rappresentati con condanna del M.I.U.R. al reinserimento del ricorrente nella graduatoria indicata, con effetti economici e giuridici a far data dalla pubblicazione della graduatoria valida per l'a.s. 2011/2012.

Il ricorrente, essendo incluso nelle graduatorie ad esaurimento fino all'anno 2011, infatti ha acquisito un diritto perfetto ad essere assunto in base all'ordine di detta graduatoria (Cass., Sez. Lav., n. 4318 del 30 ottobre); ogni eventuale provvedimento legislativo, per un principio di buona amministrazione sancito dall'art. 97 Cost., non può prevedere l'inefficacia di tale diritto o subordinarne l'efficacia ad un onere, peraltro senza indicare le necessarie modalità a tutela del principio dell'affidamento.

IV. ULTERIORI RISCONTRI GIURISPRUDENZIALI -

Il T.A.R. Lazio pronunciandosi in merito al D.M. n. 42 del 2009 disponeva, come detto, l'annullamento nella parte in cui non prevedeva l'assegnazione, ai docenti interessati, di un termine per esprimere o meno la volontà di permanere in graduatoria, in quanto illegittimo alla luce della L. n. 143 del 2004, art. 1, comma *I-bis*, ed, inoltre, posto in violazione del principio del legittimo affidamento dei soggetti già inclusi in graduatoria (Cfr. TAR Lazio, Sez. III-bis, n. 21793 del 2010).

L'Ordinanza del G.L. di Cagliari del 27.07.2012, la sentenza n. 297/2013 del Tribunale di Verona e la sentenza n. 1192/2012 del Tribunale di Matera riaffermano, tra l'altro, il diritto al reinserimento al momento dei successivi aggiornamenti in virtù dell'art. 1, comma *bis* della L. n. 143 del 2004, nonché l'impossibilità, da parte di una fonte secondaria, di introdurre una decadenza che non sia espressamente prevista dalla fonte primaria esulando, dalla legge n. 296/2006, l'intento di prefigurare l'esclusione definitiva dalle graduatorie quale

conseguenza dell'omissione della presentazione della domanda di aggiornamento o di permanenza per chi vi fosse già inserito.

Dello stesso tenore la sentenza del Tribunale di Firenze del 17 maggio 2013 (Giudice estensore Dr.ssa Roberta Santoni Rugiu) che ha considerato l'art. 1 comma 1 *bis* L. 143/04 norma pacificamente tuttora vigente anche in seguito alla trasformazione delle medesime in graduatorie ad esaurimento ex art. 1 comma 605, lett. C, L. 296/06, per non essere stata espressamente abrogata da quest'ultima nuova disciplina, e per essere sempre richiamata dalle stesse fonti ministeriali.

Il Giudice del Lavoro di Firenze ha aderito alle argomentazioni della citata sentenza n. 21793/10 del T.A.R. Lazio, dallo stesso Tribunale richiamata nella sentenza 5874/11, in tema di effetto decadenziale derivante dalla omessa presentazione della domanda di aggiornamento nel termine previsto.

Senza pretesa di completezza, si cita, ancora a supporto della tesi del ricorrente, l'Ordinanza resa dal Tribunale di Brindisi in data 28.08.14, con la quale si ordina all'Ufficio Scolastico territorialmente competente l'immediato inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, per il triennio 2014-17, degli aspiranti esclusi in precedenza.

Ancora, in relazione al d.m. n.235/14 si è pronunciato il T.A.R. Lazio, Roma che con decreto monocratico n. 3977 del 27.08.14, seguito da identici decreti nn. 4059/2014, 4124/2014, 4138/2014, 4146/2014, 4240/2014, 4311/2014, 4387/2014, 4393/14, 4395/14, 4411/14, ne ha sospeso l'efficacia ed invitato l'amministrazione a provvedere al reinserimento dei ricorrenti esclusi nelle graduatorie.

A ciò si aggiunga che la sentenza del Consiglio di Stato n. 3658 del 14.07.14 conferma totalmente quanto statuito dal T.A.R. Lazio, III bis, con la sentenza n. 27460/2010, affermando, tra l'altro, che è "illegittimo l'art. 1, d.m. 8 aprile 2009, n. 42, per omessa previsione di garanzia partecipativa, nella parte in cui non ha

previsto l'obbligo per gli Uffici Scolastici Provinciali di comunicare ai docenti già iscritti nelle graduatorie ad esaurimento, e che hanno omissso di presentare la domanda di esservi confermati, gli effetti della l. n. 143 del 2004, avvertendoli dell'onere di presentare detta domanda di conferma entro un termine prefissato, pena la cancellazione da quest'ultima”.

V. SULLA NON NECESSITÀ DI INTEGRARE IL CONTRADDITTORIO –

Nel caso di specie non ricorrono le ipotesi di litisconsorzio necessario previste dal c.p.c. e non trovano applicazione analoghe disposizioni di legge previste per il processo amministrativo.

Tuttavia, laddove si ritenesse necessario integrare il contraddittorio nei confronti dei docenti ritenuti individuabili quali controinteressati all'accoglimento del *petitum*, si chiede all'Ecc.ma Corte di Appello di Roma, sezione Lavoro adita di voler autorizzare l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati mediante la pubblicazione, in modalità telematica, sul sito web dell'amministrazione resistente così come autorizzato dal T.A.R. Lazio, Roma in altri giudizi.

Tanto premesso, il ricorrente, così come sopra rappresentato e difeso, ai sensi degli artt. 414 e ss. c.p.c.

CHIEDE

che l'ecc.ma Corte di Appello, sezione lavoro adita Voglia, previa fissazione dell'udienza di discussione, accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

- A)** Accogliere l'appello proposto;
- B)** Accertata la erroneità della sentenza appellata emessa dal Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, n. 9678/2016 pubblicata il 05.01.17, in accoglimento della domanda proposta, e per le ragioni espresse in narrativa, in riforma della sentenza appellata, previa disapplicazione dei

DD.MM. nn. 44/11 e 235 del 1 aprile 2014, nella parte in cui a ciò risultano ostativi, accertare e dichiarare il diritto del ricorrente ad essere reinserito nella graduatoria ad esaurimento della Provincia di Roma, fascia 3, classe di concorso A019, con decorrenza dal 01.09.2011, con il punteggio precedente maturato (punti 18) aggiornato in virtù del conseguimento in data 30.06.2009 del titolo di studio “Master di II livello in diritto e politiche ambientali europee e comparate” presso la Seconda Università degli Studi di Napoli;

C) In via subordinata alla richiesta di cui al punto B), sempre in riforma della sentenza appellata su citata dichiarare il diritto del ricorrente ad essere inserito nella graduatoria ad esaurimento della Provincia di Roma, fascia 3, classe di concorso A019, aggiornata per il triennio 2014-2017 con il punteggio a lui spettante;

D) Condannare la resistente amministrazione alla refusione delle spese di giudizio oltre competenze professionali ed oneri di legge con attribuzione allo scrivente procuratore antistatario.

In via istruttoria si allega al presente ricorso in appello il fascicolo di parte così come estratto dal fascicolo telematico in duplicato informatico.

Ai sensi della Legge sul contributo unificato si dichiara che il valore della presente controversia è di valore indeterminabile per un contributo unificato di € 388,50.

Avv. Michele Romaniello