

ILL.MO
TRIBUNALE DI CALTAGIRONE
SEZIONE LAVORO

*

RICORSO DI MERITO
CON CONTESTUALE DOMANDA D'URGENZA
per

Leonardo SCIACCA, nato a Catania il 6/3/1974, C.F. SCCLRD74C06C351S, rappresentato e difeso dall' avv. Fabio Rossi (c.f. rssfmr71I06c351z; fax 095/432849; pec fabio.rossi@pec.ordinevvocaticatania.it) per procura in calce al presente atto ed elettivamente domiciliato a Caltagirone in via San Domenico Savio n. 3/C presso lo studio dell'avv. Lucia Bellavia;

contro

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia - Ambito Territoriale per la Provincia di Catania.

PREMESSA

Il prof. Sciacca è docente abilitato nella disciplina d'insegnamento 'Matematica' (classe di concorso A047).

In virtù del suddetto titolo professionale l'odierno ricorrente ebbe ad iscriversi, già nell'anno 2003, nella graduatoria permanente, per la citata classe di concorso, della provincia di Catania finalizzata all'assunzione a tempo indeterminato e a tempo determinato nelle scuole statali del personale docente (L.124/99 e succ. mod.e int.).

Il medesimo ha, altresì, presentato anche nel 2004 domanda di aggiornamento del punteggio per la graduatoria A047, con efficacia biennale (2004/05 e 2005/06), ai sensi della disposizione di cui all'art. 1 comma 4 D.L. 97/2004.

Successivamente, l'odierno ricorrente, non avendo titoli da aggiornare e, comunque, ritenendo sufficiente l'originaria iscrizione in graduatoria, non ha formulato alcuna nuova istanza relativamente alla graduatoria di cui trattasi; sennonché, per tale motivo, senza alcun tipo di preavviso, lo stesso veniva espunto dagli elenchi medesimi.

Avvedutosi di quanto sopra, il prof. Sciacca, in occasione dell'ultima tornata di aggiornamento della graduatoria di cui trattasi (a valere per gli aa.ss. 2014/17), si è avvalso, quindi, della chiara previsione di legge che dispone come segue:

"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" (art.1 comma 1 bis L.143/2004).

In particolare, il prof. Sciacca si è premurato di spedire apposita domanda di reinserimento all'Ambito Scolastico di Catania in occasione della tornata di aggiornamento delle graduatorie valida per gli anni scolastici 2014/15 – 2015/16 e 2016/17 (vedasi in allegato).

Senonché, il suddetto Ufficio scolastico non ha reinserito il prof. Sciacca nella graduatoria ad esaurimento per la classe di concorso A047 pubblicata il 22/8/2014.

Da quanto sopra l'odierno ricorso.

*

MOTIVI

ILLEGITTIMITA' DEL DEPENNAMENTO DEL RICORRENTE DALLA GRADUATORIA: MANCATA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DI ESPULSIONE DALLA GRADUATORIA E LESIONE DEL RELATIVO DIRITTO DI DIFESA E PARTECIPAZIONE (ARTT. 7, 8, 10 L. 241/90; ART.24 COST.) - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E DI LEALE COOPERAZIONE TRA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E CITTADINI (ART. 6 L. 241/90); - VIOLAZIONE ART.1 COMMA 605 L.296/06 - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO - VIOLAZIONE DEL DIRITTO AL LAVORO (ARTT.4, 35 COST) - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI DI EGUAGLIANZA, IMPARZIALITA' E DI BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (ARTT. 3, 97 COST) .

Si è esposto in premessa di come il ricorrente, in conseguenza della mancata presentazione delle domande di aggiornamento per i periodi successivi al biennio scolastico 2004/05 e 2005/06, non sia stato ricompreso nelle graduatorie ad esaurimento per la classe di concorso A047 periodicamente pubblicata dall'Ufficio Scolastico Provinciale di Catania.

Al riguardo, si sottolinea, preliminarmente, l'illegittimità del suddetto depennamento sotto il profilo della violazione delle norme della L. 241/90 (artt.7, 8 e 10), attesa la manca di qualsiasi comunicazione al ricorrente in ordine all'avvio di un formale procedimento amministrativo di esclusione dalla graduatoria per cui è causa; con ciò impedendo allo stesso di partecipare al medesimo procedimento mediante la presentazione di proprie deduzioni e, comunque, di attestare il proprio interesse alla permanenza in graduatoria.

In ogni caso, l'avvenuto depennamento del ricorrente ha violato palesemente la legge 296/06 (e, in particolare, l'art.1 comma 605), che, nel disporre la trasformazione delle graduatorie permanenti (istituite con L.124/99) in graduatorie ad esaurimento, aveva inteso proprio cristallizzare il novero dei soggetti aventi diritto alla permanenza nelle medesime.

In buona sostanza, se il legislatore aveva previsto il congelamento, sotto il profilo soggettivo, delle graduatorie in questione, onde consentire il loro graduale "esaurimento", non si vede come gli interessati, già in esse inseriti, avrebbero potuto,



ragionevolmente, attendersi un nuovo onere burocratico ai meri fini della permanenza.

Sulla specifica problematica è, d'altronde, già intervenuta autorevole giurisprudenza.

In particolare, nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3658 del 14/7/2014 (confermativa della sentenza di primo grado del TAR Roma, Sez. III bis, n.27460/2010), con specifico riferimento alle **disposizioni contenute nel DM 42/09**, si è affermato quanto segue:

“Se 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, sicchè 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”.



Ancora più specificamente, il Supremo consesso della giustizia amministrativa ha chiarito che la disposizione dell'art. 1 comma 1 bis della L. 143/04, laddove al comma 2, fa conseguire alla mancata presentazione domanda la cancellazione definitiva della graduatoria, non può che essere ancorata ai principi costituzionali: ***“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, 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”.

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 gli anni scolastici successivi, porta a ritenere illegittima la normativa regolamentare - art. 1 d.m. 8 aprile 2009 n. 4,2 , adottata in applicazione di detta disposizione primaria, che ricollega alla mancata presentazione della domanda- la cancellazione definitiva dalla graduatoria”.

Alla luce di quanto sopra, non può essere contestato il diritto del ricorrente, inserito nella graduatoria della classe di concorso A047 già dal 2003, alla permanenza continuativa nella graduatoria medesima fino al previsto e definitivo esaurimento della stessa.

Con relativa declaratoria d'illegittimità – e conseguente disapplicazione ex art. 5 legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E e art.63 D.LGS.165/01 – delle graduatorie periodicamente formate dall'Ufficio Scolastico Provinciale di Catania, nella parte in cui non contemplavano più il ricorrente; con connesso ordine di reinserimento del ricorrente nella graduatoria medesima, ora per allora.

*

2) IN OGNI CASO, VIOLAZIONE DIRITTO AL REINSERIMENTO IN GRADUATORIA: VIOLAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 1 B/S, L. 143/2004 - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E DI LEALE COOPERAZIONE TRA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E CITTADINI (ART. 6 L. 241/90).

Senza recesso alcuno dalle superiori deduzioni, con cui è stata provata (sulla scorta, peraltro, di specifica e autorevole giurisprudenza) l'illegittimità dell'avvenuto depennamento dalla graduatoria per la classe di concorso A047 della provincia di Catania, si osserva che, in ogni caso, anche a voler ipoteticamente ritenere legittimo il suddetto depennamento, il prof. Sica avrebbe, comunque, avuto diritto al reinserimento in virtù della nuova domanda inoltrata all'Ambito Provinciale di Catania in data 13/5/2014.

Quanto sopra in virtù dell' espressa previsione legislativa, già richiamata in premessa, di cui all' **art.1, comma, 1 bis, L. 143/04**: ***“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”.***



La norma di cui sopra fonda, quindi, un vero e proprio diritto soggettivo, in capo ai docenti già inseriti nelle graduatorie e poi cancellati dalle medesime (a prescindere dalle cause e dalla legittimità di un tale depennamento), di ottenere, a richiesta, il reinserimento nelle stesse in occasione delle nuove tornate di aggiornamento.

E proprio l'inequivoco tenore letterale della citata disposizione legislativa ha indotto la costante giurisprudenza a dichiarare l'illegittimità delle disposizioni contenute nei decreti ministeriali di aggiornamento delle graduatorie, che, via via, sanzionavano con la cancellazione definitiva la mancata presentazione di una pretesa domanda di permanenza (in punto di giurisprudenza, vedasi il successivo specifico paragrafo).

Né si potrebbe sostenere – come pure (artatamente ed arditamente) fatto dall'Amministrazione scolastica in analoghi giudizi – che il suddetto art. 1, comma 1 *bis* L. 143/04 sia stato tacitamente abrogato dall'avvenuta trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento.

Al riguardo, ferma restando la contraddittorietà nell'invocare il 'congelamento' soggettivo delle graduatorie in ingresso, disconoscendo il medesimo fenomeno in uscita (vedasi quanto già esposto in seno al precedente motivo di ricorso), non può sfuggire come l'istituto dell'abrogazione tacita, pur normativamente previsto (art.15 delle *"Disposizioni sulla legge in generale"*), impone un'applicazione particolarmente rigorosa e restrittiva; correndosi, altrimenti, il rischio di ritenere abrogate una gran mole di disposizioni in via di mera interpretazione e a seconda degli effetti che, in un determinato contesto e per determinati fini, si vogliano conseguire (a prescindere dall'effettiva *voluntas legis*).

Più specificamente, per evitare un incostituzionale sconfinamento tra poteri dello Stato e un arbitrario sovvertimento delle fonti normative, si ritiene che un'Amministrazione possa pervenire ad un'interpretazione abrogativa di una norma di legge soltanto laddove la *lex posterior* contenga una disciplina che senz'altro e oggettivamente impedisca, *"per incompatibilità"*, la sopravvivenza della norma anteriore. Cosicché, il fenomeno abrogativo risulti pur sempre imputabile, con certezza, al legislatore (da ultimo intervenuto) piuttosto che all'interprete.

Esemplificativamente: se una norma affermava che *"sono ammessi al voto i cittadini dell'età di 25 anni già compiuti"* e una successiva, pur senza abrogare espressamente la prima, afferma che *"sono ammessi al voto i cittadini dell'età di 18 anni già compiuti"*, vi è un fenomeno di abrogazione tacita.

Ora, venendo al caso di specie, occorre, anzitutto, prendere le mosse dalla ratio e dalle finalità dell'intervento legislativo del 2006, che non erano senz'altro quelle di impedire il ripescaggio di sparute unità di docenti che, pur già ammessi in graduatoria, avessero poi dimenticato di presentare la c.d. domanda di permanenza o fossero stati impossibilitati a farlo – fattispecie in nessun modo affrontata dal nuovo testo legislativo – bensì quello di porre un freno al massiccio ingresso di sempre nuove orde di neo-abilitati, che, di fatto, avrebbero causato la duratura impossibilità di esaurire le graduatorie di cui trattasi.

Sul piano, poi, più strettamente tecnico-ermeneutico, non si vede perché dovrebbe risultare oggettivamente e certamente impossibile che sia oggi impedito l'inserimento nelle graduatorie di cui trattasi di docenti mai prima in esse inclusi e che, invece, per evidenti ragioni di equità e temperamento tra contrapposti



interessi, rimanga consentito il reinserimento di docenti già rientranti nella platea degli ammessi alle graduatorie e in esse per vari anni inseriti.

Se questa certezza e questa assoluta incompatibilità non sussiste, come non sembra poter sussistere, l'interprete (Amministrazione o Giudice che sia) avrebbe esso, e non il legislatore, 'abrogato' la norma legislativa.

Le suddette considerazioni, sui limiti strettissimi dell'abrogazione tacita, hanno, peraltro, un autorevole avallo in copiosa giurisprudenza, tra cui, per brevità, si riportano solo un paio di arresti:

*"L'incompatibilità tra le nuove disposizioni e quelle precedenti - che costituisce una delle due ipotesi di abrogazione tacita ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale - si verifica soltanto quando fra le leggi considerate vi sia una **contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione**, cosicché dall'applicazione ed osservanza della nuova legge non possano non derivare la disapplicazione e/o l'inosservanza dell'altra"* (Corte di Cassazione Civ., sentenza n.10053/2002, che richiama anche Corte Costituzionale, sentenza 19 febbraio 1998 n.18);

*"L'effetto dell'abrogazione tacita di una disposizione normativa esige che tra quest'ultima e quella successiva sia ravvisabile un rapporto di assoluta incompatibilità (Cons. Stato, Sez. IV, 23 marzo 2004, n. 1509), esclusivamente configurabile nell'ipotesi in cui la seconda regoli la medesima situazione disciplinata dalla prima in modo che **il nuovo regime e quello previgente non possano coesistere - in quanto non armonizzabili tra di loro - a causa della radicale difformità degli elementi essenziali delle regolamentazioni recate dalle due previsioni**"* (Tribunale Amministrativo Regionale LAZIO - Roma, Sezione 1 ter Sentenza 2 agosto 2012, n. 7186).

Si aggiunge che la giurisprudenza (*ex multis*, Cassazione Sezione Lavoro n. 4900 del 27 marzo 2012) ha pure precisato che, comunque, il fenomeno dell'abrogazione tacita non può operare nei confronti di una **norma anteriore a carattere speciale**. E, nel caso di specie, non può esservi dubbio che la norma del 2004, che specificamente disciplinava l'istituto del reinserimento in graduatoria per i docenti che avessero omesso la presentazione della domanda di permanenza, appare speciale rispetto al successivo intervento legislativo che si è limitato a precludere nuovi inserimenti per i neo-abilitati.

In maniera decisiva, si osserva, ancora, che, come attentamente rilevato nella sentenza dal Tribunale del Lavoro di Matera n.1192 del 3/12/2012, è stato lo stesso Ministero dell'Istruzione a riconoscere, all'indomani della L.296/06, la permanente vigenza dell'art.1 comma 1 bis L.143/04:

..."Il quadro normativo in cui si iscrive il caso concreto è, in sintesi, il seguente.

L'art. 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n.97 convertito con modificazioni dalla L. 4 giugno 2004, n.143 "Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università" dispone al comma 1 bis, introdotto in sede di conversione:

"1-bis. 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.”

Successivamente è intervenuta la legge 27 dicembre 2006, n.296 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)” che, all’art.1 comma 605, lett. c), quarto e quinti periodo, stabilisce:

“(…) Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti di cui all’articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n.143, sono trasformate in graduatorie ad esaurimento. Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione, e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto-legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all’insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria (...)”

La prima disposizione introduce la possibilità, per coloro che siano stati cancellati per mancata o tardiva presentazione della domanda di aggiornamento, di presentare domanda di reinserimento nella graduatoria entro il medesimo termine stabilito per l’aggiornamento della stessa.

La seconda disposizione provvede alla trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento.

Dopo tale trasformazione la facoltà di cui all’art.1, comma 1-bis del decreto-legge n.97 del 2004 - che di per sé esclude che la cancellazione sia definitiva valendo invece soltanto per gli anni di vigenza della graduatoria - non è stata cancellata. E’ stato posto soltanto un limite ai nuovi inserimenti, consentendoli, per il biennio 2007-2008, soltanto ai soggetti indicati nel quinto periodo del comma 605.

Nel caso specifico non si tratta di un nuovo inserimento ma di un reinserimento in quanto la docente in questione è stata inserita nelle graduatorie permanenti, per la prima volta, nell’anno scolastico 2002/2003 ed è rimasta inserita fino al biennio 2006/2007.

L’interpretazione della normativa in questione nel senso che la facoltà di reinserimento non è venuta meno dopo la trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento è confortata dalla prima applicazione fatta dall’amministrazione della normativa sulle graduatorie ad esaurimento.

Con il Decreto del Direttore Generale per il personale della scuola del 16 marzo 2007 all’art.1, primi tre commi, si stabiliva quanto segue:

“1. Sono disposti per gli anni scolastici 2007/08 e 2008/09 l’integrazione e l’aggiornamento delle graduatorie permanenti del personale docente ed educativo, costituite ai sensi del Decreto Direttoriale del 31 marzo 2005, trasformate dalla legge n.296/06 in graduatorie ad esaurimento.

2. A norma dell’art.1, comma 1-bis della legge 143/2004, la permanenza nelle graduatorie di cui al precedente comma 1 avviene su domanda dell’interessato, da presentarsi entro il termine indicato al successivo art. 12. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria.

3. A domanda degli interessati, da presentarsi, in qualsiasi provincia, entro il suddetto termine, è consentito il reinserimento nella rispettiva fascia e graduatoria di appartenenza, con il recupero del punteggio maturato all’atto della cancellazione, di



coloro che, in occasione del precedente aggiornamento, non avevano prodotto la domanda di permanenza ed erano stati cancellati dalla graduatoria. La mancata presentazione della domanda di reinserimento in graduatoria comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria stessa.”.

Se ciò non dovesse ancora essere sufficiente, si rimarca ulteriormente che sempre la giurisprudenza ha da tempo elaborato il principio del c.d. *favor participationis* in materia di procedure concorsuali (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, n.4787/2003; Cons. Stato, Sez. IV, n.1785/2003; Tar Campania, 27.06.2005 n.8730; C.G.A. n.62/03), che non può non trovare applicazione in ogni caso in cui sussistano dubbi normativi circa il diritto di determinati candidati all'inclusione in graduatoria (ammesso che, nel caso di specie, tali dubbi possano davvero dirsi sussistenti, nonostante la presenza di una specifica ed espressa norma di legge autorizzativa).

Concludendo riguardo al presente motivo di ricorso, deve allora senz'altro ritenersi che, anche a voler ammettere la legittimità dell'avvenuto depennamento del ricorrente dalla graduatoria di cui trattasi (nonostante le ampie deduzioni di cui al precedente motivo e l'autorevole giurisprudenza intervenuta), senz'altro illegittimo sarebbe il mancato reinserimento del ricorrente medesimo sulla scorta di specifica e vigente norma di legge.

*

SULLA INTERVENUTA GIURISPRUDENZA LAVORISTICA

Sulla questione oggi in esame è, peraltro, intervenuta la giurisprudenza lavoristica con numerose pronunzie.

Si richiama, in particolare, l' ordinanza cautelare del 13 agosto 2015 emessa dal Tribunale di Caltagirone – dott.ssa Cutrona: “*Considerato, quanto all'analisi del panorama normativo di riferimento della fattispecie in esame, che la L. 4 giugno 2004 n. 143 (di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 7 aprile 2004, n.97), dispone all'art. 1 bis , 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. 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”. La disposizione chiaramente rimanda alla fonte regolamentare l'indicazione del termine per l'aggiornamento della graduatoria;*

ritenuto che, viceversa, i vari decreti ministeriali, succedutisi nel tempo, a partire dal D.M. n.42 dell' 8 aprile 2009, sono andati oltre l'attuazione della norma primaria, statuendo che la permanenza nelle graduatorie, a pieno titolo o con riserva, avviene su domanda dell'interessato da presentarsi entro il termine indicato, con l'espressa previsione che “la mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria” e, con esclusione della possibilità di reinserimento.

Tanto, inoltre, senza neppure prevedere eventuale forma di comunicazione agli interessati, già inclusi nelle graduatorie, circa l' onere di presentare domanda di aggiornamento al fine di evitare la conseguenza sanzionatoria della cancellazione definitiva;

ritenuto che tali previsioni normative secondarie si pongono in evidente contrasto con la norma primaria, che condiziona la permanenza nelle graduatorie



all'espressa volontà dei docenti, volontà da manifestarsi nel termine fissato per gli aggiornamenti delle graduatorie medesime e che non può dirsi presunta per il solo fatto dell'omessa presentazione della domanda. Al riguardo, si è pronunciato il Supremo consesso della Giustizia Amministrativa (Consiglio di Stato n.3658/2014) dichiarando l'illegittimità del D.M. 42/2009 segnatamente in quanto ricollega alla mancata presentazione della domanda la cancellazione definitiva dalla graduatoria, così onerando il docente che già figura in graduatoria a riaffermare una volontà che egli ha già espresso, peraltro senza alcuna garanzia partecipativa. Invero, nella norma primaria l'omessa domanda è sanzionata sì con l'esclusione dalla graduatoria, ma non viene in considerazione un'esclusione definitiva, atteso che gli interessati hanno la possibilità, nel termine assegnato per i futuri aggiornamenti delle graduatorie, di dichiarare di volervi nuovamente figurare. Per converso, i decreti ministeriali oggi censurati hanno travalicato i limiti fissati dal legislatore, illegittimamente ponendo nel nulla la previsione di legge 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";

ritenuto, dunque, in ragione delle considerazioni rassegnate, che i decreti ministeriali richiamati sono illegittimi e vanno pertanto disapplicati, ponendosi in contrasto con la norma di rango superiore alla quale avrebbero dovuto fare attuazione, con ciò integrandosi il fumus della presente domanda cautelare;

P.Q.M.

(.....) in accoglimento della domanda cautelare, dichiara il diritto della ricorrente all'inserimento nella terza fascia della graduatoria provinciale ad esaurimento per la classe di concorso scuola primaria, valida per gli aa.ss 2014-2017, e ordina all'Amministrazione resistente di provvedere al reinserimento; (....)".

Sempre su analoga questione, si riportano i passaggi salienti dell'ordinanza cautelare del 27 novembre 2015 emessa dal Tribunale di Catania – dott.ssa Scardillo: "Sul piano del fumus boni iuris possono condividersi le valutazioni del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, sentenza n.3658/2014) chiamato a pronunciarsi, in fattispecie analoga alla presente, sull'illegittimità del dm 42/09 (le cui prescrizioni risultano riproposte nel successivo dm 235/2014 di interesse nel caso oggetto del presente giudizio). Così si legge nella citata sentenza: (...) Si tratta di argomentazioni da condividersi e che vanno reiterate in riferimento al DM 235/2014 contenente la medesima prescrizione del DM 42/09 dichiarato illegittimo in parte qua, con conseguente disapplicazione propria di questa sede giurisdizionale" (in senso conforme alle due pronunzie sopra riportate, si confrontino, tra le tante, Trib. Lav. Foggia, sentenza n.26646 del 10/11/2011; Trib. Lav. Cagliari, ordinanza cautelare del 27/7/12; Trib. Lav. Matera, sentenza n.1192/12; Trib. Lav. Verona, sentenza n.297/13; Trib. Lav. Firenze, sentenza 17/5/13 Dott.ssa Roberta Santoni Rugiu; Trib. Lav. Treviso, sentenza n.391/13, sentenza n. 37 del 7/3/14 emessa dal Tribunale Lavoro di Cremona – Dott.ssa Giulia Di Marco; Trib. Lav. Enna, ordinanze cautelari del 30/6/2015 e del 9/7/2015 - dott.ssa Anita Siliotti; Trib. Lav. Napoli, sentenza dell'8/7/2015 (R.G. 2779/15) - dott.ssa Maria Rosaria Lombardi; Trib. Lav. Lecce, ordinanza collegiale del 19/11/2015; Trib. Lav. Crotone, ordinanza cautelare del 25/11/15 – dott. Antonio Barbetta).

*



SUL PERICULUM IN MORA

Sotto il profilo del *periculum*, si sottolinea che, a seguito del mancato inserimento nella graduatoria per cui è causa, il ricorrente rischia di perdere gli incarichi di supplenza che, man mano, verranno conferiti, sulla base della graduatoria medesima; con evidenti effetti esponenziali per il futuro, in quanto il ricorrente, non potendo nelle more maturare nuovo punteggio di servizio, anche nel caso di futura riammissione in graduatoria subirebbe un vertiginoso arretramento di posizioni e una conseguente, definitiva, fuoriuscita dal mondo della scuola.

Non solo.

Come è noto, a seguito dell'ingente numero di immissioni in ruolo effettuate sulla base del piano straordinario di assunzioni di cui alla Legge 107/15, si è verificato un sensibile sfoltimento della graduatoria ad esaurimento in questione.

La medesima Legge 107/15, all'articolo 1 comma 109, lett. c) dispone che “per l'assunzione del personale docente ed educativo, continua ad applicarsi l'articolo 399, comma 1, del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, fino a totale scorrimento delle relative graduatorie ad esaurimento”.

Conseguentemente, il reinserimento nella graduatoria per la classe di concorso A047 consentirebbe al ricorrente di accedere, già dal prossimo mese di luglio, alla tornata di assunzioni a tempo indeterminato per l' a.s. 2016/17.

Trattasi, com'è evidente, di profili di danno non limitati alla sfera economica ma estesi a quella professionale ed esistenziale, il cui vaglio ha indotto la giurisprudenza, in analoghe fattispecie, a concedere ripetutamente la tutela cautelare: ***“L'esclusione dalla graduatoria dell'istante è ostativa alla possibilità di concludere contratti di lavoro a tempo determinato e, di conseguenza, di accumulare punteggio utile alla sua immissione nei ruoli dell'amministrazione scolastica, subendo verosimilmente un pregiudizio grave ed irreparabile non risarcibile all'esito del giudizio di merito (Trib. Crotone, Sez. Lavoro, ord. r.g. n. 2819/15 del 25/11/2015); “Ricorre anche il periculum in mora, considerando che la esclusione dalla graduatoria comporta l'impossibilità di lavorare con contratti di lavoro a tempo determinato e, di conseguenza, di accumulare punteggio utile alla sua immissione nei ruoli dell'amministrazione scolastica, subendo verosimilmente un pregiudizio grave ed irreparabile non ristorabile ex post all'esito del giudizio ordinario (Trib. Enna, Sez. Lavoro, ord. r.g. n. 448/15 del 30/6/2015); “Per quanto concerne il periculum in mora va osservato che la definitiva espulsione della docente dalla graduatoria ad esaurimento comporta non solo la preclusione per la ricorrente dell'attività di docenza nella scuola pubblica ma anche l'impossibilità che la stessa venga tenuta in considerazione nelle varie fasi del programma di stabilizzazione del precariato scolastico già in attuazione e finalizzato alla definitiva cessazione delle graduatorie permanenti quale canale parallelo di accesso ai ruoli dell'amministrazione scolastica (Trib. Lav. Catania, ord. r.g. n. 3465/2015 del 27/11/2015).***



Riguardo, specificamente, al carattere irrisarcibile della lesione da mancata assunzione, si veda anche Trib. Catania, Sez. Lavoro, Giud. Musumeci, ord. r.g. n. 13273/11, dep. 2/5/2012: **«Quanto al periculum, lo stesso deve ritenersi sussistente in considerazione di quanto allegato da parte ricorrente in relazione al pregiudizio alla professionalità conseguente alla riduzione della possibilità di ottenere ulteriori supplenze nonché del punteggio necessario per ottenerle»** (conformi Trib. Catania, Sez. Lavoro, Giud. Di Stefano, ord. r.g. n. 569/12, dep. 28/3/2012; Trib. Catania, Sez. Lavoro, Giud. Cottini, ord. r.g. n. 3899/12, dep. 16/7/2012; Trib. Caltagirone, Sez. Lavoro, Giud. Mastroianni, ord. r.g. n. 1833/11, dep. 13/4/2012; nonché Trib. Ragusa, Sez. Lavoro, Giud. Catalano, ord. r.g. n. 149/11, dep. 17/3/2011, che pone l'accento sul **«rischio di non ottenere incarichi nel prossimo anno scolastico, con conseguenziale perdita della relativa retribuzione, del correlato punteggio e – soprattutto – della possibilità di ottenere un accrescimento professionale (il mancato conseguimento del quale appare, con tutta evidenza, non suscettibile di ristoro per equivalente»**; Trib. Nicosia, Sez. Lavoro, Giud. Musumeci, ord. r.g. n. 239/10, dep. 2/7/2010, in cui si sottolinea, parimenti, il **«pregiudizio alla professionalità conseguente alla riduzione delle possibilità di ottenere supplenze e relativo punteggio»** e la già citata ordinanza cautelare del Tribunale Lavoro di Ragusa, Giud. Dimartino, del 9/1/2013: **«sussiste il pregiudizio paventato perché il perdurare della esclusione dalla graduatoria per il tempo necessario alla definizione del giudizio può precludere l'attribuzione di ulteriori contratti di supplenza pregiudicando non solo la conservazione e l'incremento del bagaglio di professionalità ma anche la possibilità di conseguire, acquistando posizioni via via più elevate in graduatoria, l'immissione in ruolo e relativo punteggio»**

*

Ai fini della competenza territoriale, ai sensi dell'art. 413 comma 2 c.p.c., si fa presente che il ricorrente presta attualmente servizio presso l'Istituto di Istruzione Superiore 'C.A. Dalla Chiesa' di Caltagirone, con scadenza al 30/6/2016, per un incarico d' insegnamento conferito sulla base della graduatoria d'istituto (si confronti l'allegato contratto di lavoro a tempo determinato).

*

Per tutto quanto sopra, il prof. Sciacca, come sopra rappresentato e difeso,

CHIEDE

che l'Ill.mo Tribunale del Lavoro adito, previa disapplicazione di tutti gli atti amministrativi configgenti (ex art. 5 legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E e art.63 D.LGS.165/01), Voglia:

- accertare e dichiarare, in via d'urgenza, il diritto del ricorrente al reinserimento nella graduatoria ad esaurimento per la classe di concorso A047 della provincia di Catania, con efficacia dall'anno di avvenuto depennamento o, in subordine, dalla domanda di reinserimento del 2014 e, conseguentemente, ordinare, sempre in via d'urgenza, alle Amministrazioni scolastiche evocate in giudizio,



ciascuna secondo le rispettive competenze, il compimento di ogni relativo adempimento per l'inserimento medesimo;

- in fase di merito, confermare o, comunque, emettere le sopra richieste statuizioni.

Con vittoria di spese.

Ai fini di cui al D.P.R. 115/2002 come modificato dal D.L. 98/2011 conv. in L. 111/2011, si dichiara che il valore della presente controversia è indeterminabile e che la stessa è esente dal versamento del contributo unificato, ai sensi dell'art.37 comma 6, lett.b) n.2 del D.L. 98/2011 conv. in L.111/2011, in quanto il ricorrente ha un reddito annuale imponibile ai fini IRPEF inferiore ad €=32.298,99=, come da dichiarazione personale ai sensi del DPR 445/2000 allegata al fascicolo di parte.

Si allegano:

1. domanda d'inserimento graduatoria A047 per il personale docente della provincia di Catania per l'a.s. 2003/04 inoltrata dal ricorrente il 16/5/2003;
2. domanda d'inserimento graduatoria A047 per il personale docente della provincia di Catania per il biennio scolastico 2004/05 - 2005/06 inoltrata dal ricorrente il 20/5/2004;
3. stralcio graduatoria permanente A047 relativa all'a.s. 2003/04 attestante l'inserimento del ricorrente;
4. stralcio graduatoria permanente A047 relativa al biennio scolastico 2004/05 e 2005/06 attestante l'inserimento del ricorrente;
5. stralci graduatorie ad esaurimento classe di concorso A047, pubblicate dall'Ambito Provinciale di Catania tra il 2006 e il 2011, in cui non figura il ricorrente;
6. domanda di reinserimento in graduatoria A047 per il personale docente della provincia di Catania, valida per il triennio scolastico 2014-2017, inoltrata dal ricorrente;
7. stralcio graduatorie ad esaurimento classe di concorso A047, pubblicata dall'Ambito Provinciale di Catania il 22/8/2014, in cui non figura il ricorrente;
8. pronunzie giurisdizionali citate in narrativa;
9. contratto di lavoro a tempo determinato, con scadenza 30/6/2016, relativo al ricorrente;
10. autocertificazione reddituale a firma del ricorrente, corredata da documento d'identità in corso di validità, ai fini dell'esenzione dal versamento del contributo unificato.

Catania, 7/3/2016

Avv. Fabio Rossi
(firma digitale)

