

Siোধ/pe: URGENTE
16/11/16



Avvocatura dello Stato

Via Guido Reni n. 4 Bologna

tel 051 222502 fax 051 232297

PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it

C.F. ads80068910373

Siode/pori
16/11/16

E 7 OTT 2016

pe

Ct. 632/16

LP/gm

CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA

Sezione controversie di lavoro

RICORSO IN APPELLO

R.G. 794/2016

Per il **MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITA' e della RICERCA** (C.F. 80185250588), e per quanto occorrer possa per i suoi organi interni **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per l'EMILIA ROMAGNA** (C.F. 80062970373), **UFFICIO XVI - AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI MODENA** (C.F. 80009830367), in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, con la difesa e rappresentanza in giudizio dell'Avvocatura dello Stato (C.F. ads80068910373 - PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it), con domicilio legale presso gli uffici di questa ultima in Bologna, alla via Guido Reni nr.4,

- appellanti -

CONTRO

SCALIOTI Anastasia, rappresentata e difesa dall'avv. Urso Domenico

- appellata -

IN PUNTO A:

Appello avverso la sentenza del Tribunale di Modena n. 213/2016
resa *inter partes* l'8.07.2016 e depositata in data 01.08.2016.

* * *

Con ricorso ex art. 414 c.p.c., al Tribunale di Bologna, la sig.ra Scalioti Anastasia, premesso di avere partecipato alla procedura per la formazione della graduatoria per l'assunzione del personale docente nelle scuole statali e di essere stata esclusa dalla stessa a causa della mancata conferma della domanda di partecipazione attraverso la domanda di aggiornamento prevista da ultimo dal DM 235/2014, chiedeva che il Tribunale accertasse la illegittimità della esclusione dalla graduatoria con ordine di inserimento nelle stesse.

Si costituiva in giudizio, l'Amm.ne convenuta ex art. 417 bis c.p.c., contestando nel merito la fondatezza della domanda.

Il Tribunale adito decideva la causa con la sentenza in epigrafe indicata con la quale accoglieva la domanda.

La sentenza in questione è pregiudizievole degli interessi erariali, illegittima ed ingiusta: l'amministrazione scolastica pertanto intende impugnarla e ne chiede la riforma per i seguenti

MOTIVI IN PUNTO DI

DIRITTO

La sentenza così motiva l'accoglimento del ricorso:

"Premesso che nel caso in esame sussiste la giurisdizione del G.O. in finzione di Giudice del Lavoro, come da sentenza Corte Cass. 3032/2011, questo giudicante ritiene di uniformarsi all'orientamento espresso dal Tribunale di Bologna, Giudice Dott. Marchesini, con sentenza 994/2015, pubblicata il 24/12/2015, e prodotta in atti da

parte ricorrente.

Ciò premesso, si osserva che la L.143/2004 arti comma 1 bis ha stabilito che dall'anno 2005/2006 la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti avvenga a domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento della graduatoria. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione, salvo reinserimento nella graduatoria con recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione.

E' poi vero che la L.296/2006, art 1, comma 605 ha trasformato le graduatorie permanenti in GAE, graduatorie ad esaurimento, con possibilità limitata di alcune categorie di docenti limitatamente al biennio 2007 e 2008.

Il DL 70/2011 ha poi statuito che dall'anno 2011/2012 non vi fosse possibilità di nuovi inserimenti, e su tali basi il Ministero ritiene che la norma citata arti comma I bis LA 43/2004 sia incompatibile conia nuova disciplina, volta a portare ad esaurimento le graduatorie.

Nel caso di specie, peraltro, la nuova legge non ha determinato il venir meno della legge precedente, non avendo dettato una nuova disciplina nella materia regolata dalla legge, appunto, precedente (Cass. 14129/2002 e 2502/2001).

Le due norme citate non si pongono dunque in contrasto e risulta possibile il reinserimento in graduatoria di chi già era titolare del diritto all'inserimento, era stato inserito a tutti gli effetti e poi cancellato per aver omesso tempestiva domanda di aggiornamento.

L'applicazione della L.143/2004 non amplia il numero delle persone iscritte nella originale graduatoria, e nei caso in esame non si tratta di un nuovo inserimento, bensì di mero reinserimento di soggetto già presente, poi

cancellato e titolare di un diritto al reinserimento a domanda.

Per concludere, la valenza del disposto di cui alla L.143/2004 relativo alla domanda di reinserimento non può essere negata da un D.M., e tal reinserimento deve pertanto intendersi espressione di un diritto acquisito ad essere ricompresi nella graduatoria che può essere fatto valere con una successiva domanda.

Dovranno dunque essere disapplicate le disposizioni contenute nei D.M. e così nel D.M. 235/2014 che si pongano in contrasto con la normativa di cui alla L.143/2004, la cui valenza era stata già riconosciuta anche in sede di provvedimento cautelare, sebbene con una limitazione temporale che, alla luce della giurisprudenza formatasi e portata a conoscenza di questo got, non è stata ravvisata. Dovrà inoltre essere dichiarata l'illegittimità di ogni atto amministrativo che abbia disposto la cancellazione della ricorrente dalla GAE di appartenenza".

Tali argomentazioni sono illegittime ed illogiche e l'Amm.ne intende così impugnarle per ottenere il rigetto delle domande avversarie.

I - Violazione degli artt. 10 e 11 D.M. 42/2009, del DM 44/2011 e del DM 235/2014 nonché degli artt. 1175 e 1375 c.c. - Violazione del principio di parità di trattamento e di imparzialità della P.A. ex art. 97 Cost. - Violazione delle regole in tema di formazione e manifestazione della volontà negoziale.

La domanda è infondata ed ha errato il Tribunale nell'accoglierla.

A) *La tesi del Tribunale si fonda su una lettura inaccettabile, alla luce sia del diritto amministrativo (relativamente alle regole sulle procedure selettive ed in ordine al principio della par condicio fra i partecipanti ex art. 97 Cost.) che del diritto civile (relativamente al principio di buona fede contrattuale nella relazione plurilaterale).*

Il Tribunale, dopo avere affermato l'esistenza di un onere di presentazione della domanda di permanenza in graduatoria in capo agli interessati, non individua nemmeno, per evidenziarne i profili di supposta illegittimità nel caso concreto, la fonte normativa dell'obbligo stesso; limitandosi ad affermare (ciò che è oggetto del successivo motivo di ricorso) la sopravvivenza di una norma che consentirebbe tuttora la facoltà di reinserimento in graduatoria..

Ne deriva una "costruzione" di precetto normativo che eccede i limiti consentiti al Giudice nell'esercizio del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo.

Tale fonte era nel caso costituita dagli artt. 10 e 11 del D.M. n. 42/2009 ed a seguire da analoghe disposizioni contenute nei DM che hanno regolamentato la formazione delle graduatorie ad esaurimento. In particolare, l'art.11 si preoccupa di disciplinare puntualmente il termine di scadenza di presentazione delle "domande di permanenza, aggiornamento, conferma dell'inclusione con riserva o di scioglimento della riserva, di inclusione nelle graduatorie, a pieno titolo, o con riserva", disponendo che tali domande debbano essere presentate *"entro il termine perentorio di 30 giorni, a decorrere dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'avviso dell'avvenuta emanazione del presente decreto, che sarà affisso all'albo degli Uffici scolastici regionali e inserito sul sito Internet del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca all'indirizzo (www.pubblica.istruzione.it)".*

Il Giudice disapplica le disposizioni contenute nel DM 235/14 senza peraltro nemmeno identificarle partitamente (*"Dovranno dunque essere disapplicate le disposizioni contenute nei D.M. e così nel*

D.M. 235/2014 che si pongano in contrasto con la normativa di cui alla L.143/2004, la cui valenza era stata già riconosciuta anche in sede di provvedimento cautelare, sebbene con una limitazione temporale che, alla luce della giurisprudenza formatasi e portata a conoscenza di questo got, non è stata ravvisata. Dovrà inoltre essere dichiarata l'illegittimità di ogni atto amministrativo che abbia disposto la cancellazione della ricorrente dalla GAE di appartenenza").

Come detto la sentenza è erronea.

E' noto che nei concorsi pubblici il bando abbia funzione di *lex specialis* della procedura, dettando regole che vincolano sia l'amministrazione che coloro che partecipano alla procedura.

Questa premessa è incontestabile e prescinde dalla natura giuridica che si voglia attribuire al bando ed agli atti della procedura, sia cioè che si voglia ad essi riconoscere natura giuridica pubblicistica sia che si voglia ad essi riconoscere natura giuridica di atti adottati con i poteri del privato datore di lavoro.

B) Non può disconoscersi poi che in tal caso, l'applicazione degli art. 1175 e 1375 c.c. condurrebbe allo stesso risultato cui si arriverebbe in logica pubblicistica (e cioè di considerare illegittimo ogni atto che non fosse conforme alle previsioni della *lex specialis*) che impone alle parti, amministrazione e partecipanti (tutti i partecipanti), il rispetto delle regole fissate nel bando.

Il rispetto di tali regole da parte di ciascuno ha come "creditore" sia l'Amm.ne, sia i partecipanti in "competizione" tra di loro.

Potrà essere citata a conforto la tanta giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., sez. lav., 08-03-2007, n. 5295): "Costituendo il bando di concorso per l'assunzione di personale una vera e propria

offerta al pubblico, all'esito della selezione, per poter reclamare la illegittimità del provvedimento di non assunzione ed invocare la conclusione del contratto di lavoro ed il correlativo diritto all'assunzione, il candidato deve avere accettato la delineata offerta in maniera conforme alla proposta contrattuale e, in particolare, deve avere indicato nella domanda di partecipazione il possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando (nel caso di specie la corte ha cassato la sentenza impugnata in quanto il giudice di merito aveva ritenuto illegittima la mancata assunzione non considerando che il candidato escluso non aveva indicato nella domanda di partecipazione alla selezione di aver riportato una condanna penale all'esito di istanza di applicazione della pena o patteggiamento ex art. 444 c.p.p., nonostante il bando richiedesse l'indicazione di «ogni tipo di precedente penale»).

E' incontroverso che parte ricorrente non abbia tempestivamente presentato la domanda di conferma dell'inclusione e di aggiornamento nelle graduatorie di cui al D.M. 42/2009 e successivi fino al tentativo fatto in relazione al DM 235/2014.

Come detto il chiaro tenore letterale del citato art. 11 del D.M. 42 predetto prevedeva l'obbligo per i candidati di presentare tale domanda prevedendo altresì il termine di scadenza per tale adempimento.

Al comma 5 dello stesso art. 11 prevede quale motivo di esclusione oltre alla domanda priva del candidato anche la domanda presentata fuori termine. Non è dunque vero che negli atti del procedura selettiva, accettati dal candidato ed a maggior ragione da quello incluso con riserva della cui permanenza nella graduatoria si tratti, non fossero previste, disciplinato chiaramente, le conseguenze

dell'omessa tempestiva presentazione della domanda.

Non sarà fuor di luogo ricordare che nella sopra ricordata logica negoziale delle selezioni di diritto privato le regole contenute nel bando di concorso hanno esse stesse il valore negoziale di proposta contrattuale che, nel caso specifico, risultano essere state accettate all'atto della prima domanda di inserimento in graduatoria.

Né sarebbe potuta rientrare il comportamento negligente e omissivo delle candidate nel caso specifico nel potere di regolarizzazione, pure opportunamente previsto dall'Amm.ne quale regola della procedura, posto che il comma 4 del più volte citato art. 11 consente tale facoltà in relazione alle domande presentate in forma incompleta o parziale, ma pur sempre tempestivamente presentate.

C) La decisione del Giudice, da un lato contraddice il valore negoziale degli atti della procedura selettiva, negando la necessità ed il valore dell'esplicita manifestazione volitiva necessariamente insita nella domanda di partecipazione/permanenza/aggiornamento alla procedura stessa e dall'altro lato si sovrappone alla volontà negoziale (desumibile per implicito dalla mancata domanda di conferma e solo tardivamente contraddetta), di una delle parti cambiando le regole del gioco.

La decisione del giudice altresì ed ancor più gravemente costituisce *vulnus* del principio di parità di trattamento nella misura in cui altera sostanzialmente il meccanismo comparativo ledendo l'affidamento riposto sul rispetto delle regole di partecipazione poste nel predetto D.M. da parte di coloro che, diligentemente, le abbiano rispettate.

Conclusivamente dunque occorre ribadire che le esigenze di tutela

delle aspettative di impiego in capo ai partecipanti alla procedura selettiva in questione, che il giudice dichiara di volere tutelare, erano ben rappresentate nella chiara e puntuale disciplina contenuta nel bando di selezione sia con riferimento ai termini di presentazione delle domande che con riferimento alle conseguenze della mancata presentazione della domanda di conferma.

La decisione del giudice come si è detto, andando oltre al potere di mera disapplicazione degli atti amministrativi, costruisce regole *ex novo*.

Questo effetto additivo peraltro, ove si volesse attribuire al DM. 42/2009 e a quelli che successivamente sono intervenuti ai fini che ne occupano natura di atto amministrativo è totalmente eccedente il potere di disapplicazione degli atti amministrativi.

Ove si volesse al contrario attribuire natura di atto di diritto privato ai predetti decreti ministeriali egualmente la decisione del giudice apparirebbe illegittima essendo precluso al Giudice invadere la sfera del potere organizzativo del datore di lavoro (art. 41 Cost. e 2086 C.C.).

D) Su tale ordine di idee codesta Corte d'Appello, con sentenza n° 1437 del 14.10.2014 ha accolto l'impugnazione di questa Difesa in controversia analoga e di tale orientamento non può che chiedersi conferma trattandosi di legittima applicazione delle regole del bando di selezione e dei limiti del potere giurisdizionale.

Ha condivisibilmente affermato Codesta Corte *"Dalla lettura integrata del disposto degli artt. 10 e 11 D.M. 42/09 discende chiaramente che l'inserimento nella graduatoria ad esaurimento è condizionata alla presentazione della relativa domanda da parte dell'interessato nel*

termine di trenta giorni dalla pubblicazione del decreto stesso in Gazzetta Ufficiale, agli Albi degli Uffici Scolastici Regionali e Provinciali nonché dalla pubblicazione del decreto stessa sul sito internet del Ministero appellante: le modalità di pubblicità del decreto sono chiaramente individuate e risultano pienamente adeguate rispetto alla finalità di far conoscere ai destinatari l'esigenza di presentare la domanda per il mantenimento della propria posizione nella graduatoria ad esaurimento, il modulo da utilizzare, le modalità di presentazione (raccomandata anche a mano o presentazione alle Autorità Consolari), e chiarisce senza possibilità di equivoci che il termine per la presentazione della domanda è perentorio tanto che la presentazione della domanda fuori termine costituisce motivo di esclusione così come la presentazione di domanda priva di firma che non può essere considerata idonea a manifestare la volontà dell'interessato all'inserimento nella graduatoria.

Né le disposizioni richiamate, né i principi generali consentono di porre a carico dell'Amministrazione l'onere di interpellare singolarmente ogni potenziale interessato e di informarlo delle conseguenze della mancata presentazione della domanda: le disposizioni richiamate, infatti, pongono a carico dell'interessato un onere che questi è tenuto ad adempiere al fine di poter beneficiare della posizione soggettiva positiva prevista e stabiliscono a carico dell'Amministrazione un obbligo di pubblicità notizia del Decreto Ministeriale (pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, affissione sull'Albo Scolastico Regionale e Provinciale, pubblicazione sul sito internet) che prevede l'utilizzo di tanti e tali strumenti di diffusione generale che non può ritenersi scusabile la mancata conoscenza in capo all'interessato dell'onere di presentazione della domanda al fine del mantenimento ovvero dell'aggiornamento

dell'inserimento nella graduatoria definitiva ad esaurimento. D'altronde la possibilità di integrazione della domanda, cui fa riferimento il Giudice di primo grado, è prevista solo nei casi in cui la domanda, regolarmente sottoscritta e presentata nei termini, sia carente di alcuni elementi di cui l'Amministrazione abbia necessità per assumere le proprie determinazioni".

L'orientamento è poi stato ribadito, da ultimo, con sentenza n. 214 del 09.09.2016.

II - Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 bis del DL n. 97 del 7.4.2004 convertito con L. n. 143 del 4.6.2004 con riferimento all'art. 1 co. 605 della l.n. 296/2006 - Violazione degli artt. 134 e ss. Cost. e 23 e ss L. Cost. 11.3.1953 n. 87.

Le eccezioni che precedono sono riferite ai bandi di selezione tra cui il DM 42/2009 e più di recente il DM 235/2914.

Va però osservato che tali atti si sono limitati a richiamare e ad applicare il chiaro testo delle fonti primarie: se è vero che l'art. 1 bis del D.L. 97/2004 dispone testualmente: "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" è anche vero che l'art. 1 co. 605 della l.n. 296/2006 dispone "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 predetta riserva si intende sciolta con il conseguimento del titolo di abilitazione. Con decreto del Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione (CNPI), è successivamente disciplinata la valutazione dei titoli e dei servizi dei docenti inclusi nelle predette graduatorie ai fini della partecipazione ai futuri concorsi per esami e titoli: è il valore abrogativo di tale disposizione rispetto all'ultimo alinea della precedente disposizione che il Tribunale disconosce.

Prima di vedere tale ultimo aspetto si osserva comunque che è la legge - e non il DM - a fissare tanto l'obbligo quanto le conseguenze che la sua mancata ottemperanza.

Dunque, l'argomentare del giudice che disapplica l'atto amministrativo (illegittimamente, come si è detto) non potrebbe condurre al risultato presunto dal Tribunale, in assenza di intervento

della Corte Costituzionale, atteso il tenore auto applicativo della disposizione: a partire dall'anno scolastico 2007/2008 le graduatorie permanenti (che consentivano l'eventuale reinserimento in esse) sono ad esaurimento: **pensare ad un esaurimento delle graduatorie che ad un tempo consenta un reinserimento in esse è un attentato alla logica, prima che alla lettera della norma.**

La sentenza appellata ha accolto la domanda di reinserimento in graduatoria formulata dalla ricorrente, reputando non eliminata dalla normativa sopravvenuta la facoltà di reinserimento già prevista dall'art. 1 bis della l.n. 97/2004 e non derogabile tale previsione normativa dalla fonte secondaria costituita dai decreti ministeriali dispositivi dell'integrazione e dell'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento.

Tale interpretazione è erronea, dovendosi invece pervenire all'opposta conclusione della intervenuta abrogazione, tacita e per incompatibilità, dell'art. 1 co. 1 bis sopra citato.

Tale norma prevedeva che, a partire dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del D. Lgs. n. 297/1994 fosse subordinata alla domanda degli interessati, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento delle graduatorie da apposito decreto ministeriale, pena la cancellazione dalle stesse per gli anni scolastici successivi; cancellazione non definitiva, perché a domanda degli interessati, da presentarsi negli stessi termini innanzi indicati, era consentito il reinserimento dei docenti cancellati con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione.

La legge configurava, dunque, **graduatorie permanenti "aperte"**.

con possibilità di ammissione, cancellazione e riammissione secondo convenienza ed a domanda.

L'art. 1 co. 605 della l.n. 296/2006 (la legge finanziaria del 2007) ha realizzato in materia una vera e propria rivoluzione copernicana: al dichiarato "fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici e di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente", il legislatore delegò al Ministro della Pubblica Istruzione di adottare con proprio decreto un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009, per complessive 150.000 unità, contestualmente prevedendo che, con effetto dal 1/1/2007, le graduatorie permanenti di cui all'art. 1 l. n. 143/2004 fossero trasformate in graduatorie "ad esaurimento", ossia in graduatorie "chiuse", nelle quali divenivano possibili gli inserimenti soltanto di particolari categorie di docenti e limitatamente al biennio 2007- 2008 ("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 (COBASIL), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria").

Nessun cenno conteneva la norma alla possibilità di (re)inserimento -prevista dall'art. 1 co. 1 bis della l.n. 143/2004- dei docenti già inseriti nelle graduatorie e cancellati per mancanza di domanda.

Come correttamente affermato anche dalla **Corte di Appello di Potenza (sentenza n. 88 del 2014)**, *"si tratta di una omissione non casuale -meno che mai dettata dalla volontà di mantenere in vigore la corrispondente previsione dell'art. 1 co. 1 bis della l.n. 143 cit.-, ma al contrario del tutto coerente con la disposta trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, cioè destinate a svuotarsi ed estinguersi nel tempo con l'assunzione nei ruoli dei docenti in esse inseriti: obbiettivo rispetto alla quale costituirebbe una evidente contraddizione in termini consentire l'uscita ed il reinserimento ad libitum del personale stesso, con il rischio, non soltanto ipotetico, di non pervenire mai all'esaurimento delle graduatorie e di non poter mai dare "adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico".*

La normativa secondaria intervenuta in materia dopo la legge finanziaria del 2007, lungi dall'introdurre inammissibili deroghe alla fonte primaria -vuoi nel senso di disporre l'ultrattività di norme di legge abrogate, vuoi nel senso di abrogare norme di legge ancora in vigore- ha rappresentato, invece, il logico sviluppo della successione di leggi nel tempo e del graduale passaggio dalle graduatorie aperte a quelle chiuse e ad esaurimento.

In particolare, il D.D.G. del 16/3/2007, emanato in occasione dell'integrazione e degli aggiornamenti delle graduatorie permanenti per gli aa.ss. 2007-2009 e costituente la prima applicazione della

nuova normativa entrata in vigore dal 1/1/2007, confermava la necessità della domanda dell'interessato per la permanenza in graduatoria, prevedendo, in caso contrario, la cancellazione definitiva dalla stessa; prevedeva, poi, il reinserimento in graduatoria, sempre a domanda, per coloro che in occasione del precedente aggiornamento -ante riforma del 1/1/2007- non avessero presentato domanda di permanenza e fossero stati cancellati dalla graduatoria; stabiliva, infine, che la mancata presentazione della domanda di reinserimento comportasse la cancellazione definitiva dalla graduatoria stessa (art. 1 co. 2 e 3 del D.D.G. cit.).

Non condivide la Corte l'affermazione del giudice di prime cure, secondo cui tali disposizioni, consentendo ancora il reinserimento dei docenti già cancellati, costituisca la conferma da parte dell'Amministrazione scolastica che l'art. 1 co. 605 lett. c) della l. n. 296/2006 non abbia mai eliminato la facoltà prevista dall'ultima parte dell'art. 1 co. 1 bis della l. n. 143/2004. Al contrario, appare evidente come si tratti di una normativa secondaria di carattere transitorio che, nel dare esecuzione al passaggio dal regime delle graduatorie aperte e permanenti a quello delle graduatorie chiuse e ad esaurimento, si preoccupava (con autolimitazione del proprio potere di organizzare l'aggiornamento delle graduatorie) di salvaguardare l'affidamento riposto nella possibilità di reinserimento a domanda, già prevista nella disciplina ante 1/1/2007, da parte di quei docenti che in occasione del precedente aggiornamento non avessero presentato tempestivamente la domanda di permanenza in graduatoria, per l'appunto confidando nella possibilità di reinserimento prevista

dall'ultima parte dell'allora vigente art. 1 co. 1 bis 1. n. 143/2004.

Una volta venuta meno, con gli aggiornamenti successivi delle graduatorie, tale necessità di salvaguardia dell'affidamento -per essere andato a pieno regime il sistema di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, in base al quale chi è dentro vi rimane a domanda, ma chi non presenta domanda di permanenza viene escluso definitivamente- il D.M. n. 44 del 12/5/2011, emanato per l'aggiornamento delle graduatorie per gli aa.ss. 2011-2013 e di cui la prof. Palomba ha chiesto la disapplicazione, ha confermato che la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento avviene su domanda dell'interessato; ha disposto che la mancata presentazione comporti la cancellazione definitiva del docente; non ha più previsto il reinserimento a domanda degli esclusi in occasione degli aggiornamenti precedenti (cfr. art. 1 co. 1 del D.M. cit.).

Orbene, per quanto sopra detto, si tratta di una disciplina secondaria del tutto coerente con gli sviluppi normativi intervenuti in materia e con il passaggio al sistema delle graduatorie ad esaurimento, avendo l'Amministrazione scolastica preso atto -come si deve prendere atto in questo giudizio- dell'avvenuta abrogazione implicita per incompatibilità, realizzata dall'art. 1 co. 605 lett. c) della l. n. 296/2006, dell'ultima parte dell'art. 1 co. 1 bis della l. n. 143/2004, quella che prevedeva la facoltà di reinserimento in graduatoria del docente precedentemente cancellato, con recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione.

Ritiene la Corte che non sia consentito di ricostruire in maniera differente i rapporti tra le norme primarie in questione, nella loro successione nel tempo.

Le graduatorie ad esaurimento sono graduatorie destinate ad estinguersi; per questo non sono previsti ulteriori inserimenti, a parte quelli delle particolari categorie di nuovi docenti tassativamente elencati dalla legge finanziaria del 2006 e per il solo biennio 2007-2008.

E nulla abilita a differenziare i nuovi inserimenti dai reinserimenti di docenti già collocati in graduatoria e cancellati per mancato inoltro della domanda di permanenza. Gli uni e gli altri non sono più ammessi perché, altrimenti, le graduatorie non andrebbero più verso l'esaurimento, con inevitabile vanificazione del divisato obiettivo del legislatore "di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione"; il che è tanto più vero con riferimento al sistema "a porte girevoli" previsto dall'art. 1 co. 1 bis cit., che, qualora si ritenesse conservata la facoltà di riammissione anche nelle graduatorie ad esaurimento, porterebbe con sé il rischio concreto di perpetrazione all'infinito delle graduatorie stesse, che, in ultima analisi, rimarrebbero permanenti, in violazione della legge che le ha trasformate in graduatorie ad esaurimento.

Una conferma indiretta della ricostruzione normativa sopra offerta sembra poter provenire dal nuovo co. 4 dell'art. 1 della l. n. 143/2004, introdotto dall'art. 9 co. 20 del dl. n. 70/2011, convertito in l. 106/2011, il quale, nello stabilire che a partire dall'a.s. 2011-2012 l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento debba avvenire con cadenza non più biennale ma triennale, ha inteso sottolineare come sia esclusa la possibilità di ulteriori nuovi inserimenti ("A decorrere dall'anno scolastico 2011/2012, senza possibilità di ulteriori nuovi inserimenti, l'aggiornamento delle

graduatorie, divenute ad esaurimento in forza dell'articolo 1, comma 605 lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è effettuato con cadenza triennale e con possibilità di trasferimento in un'unica provincia secondo il proprio punteggio, nel rispetto della fascia di appartenenza."): **ancora una volta senza che sia consentito all'interprete di distinguere tra inserimenti nuovi di zecca e reinserimenti di docenti già collocati e cancellati, perché questi ultimi comporterebbero pur sempre un ampliamento delle graduatorie, invece destinate a svuotarsi ed esaurirsi**.

Ed è anche sulla base di queste condivisibili affermazioni che va contestata la diversa affermazione contenuta nella sentenza impugnata che, invece ed appunto, teorizza una distinzione tra inserimento e reinserimento assolutamente non presente nel testo delle disposizioni più recenti ed anzi incompatibili sia con la lettera e con la *ratio* delle stesse.

Nello stesso senso si sono espresse anche le sentenze n. 1056/2010 e 1081/2014 della sezione lavoro della Corte di Appello di Torino e n. 88/2014 della sezione lavoro della Corte di Appello di Potenza.

Ne deriva che la sentenza impugnata che afferma una impossibile convivenza fra due norme antinomiche è illegittima.

CONCLUSIONI

Si chiede e si conclude:

"Piacca all'Ill.ma Corte d'Appello, previa fissazione dell'udienza di discussione, in accoglimento del presente gravame, annullata la sentenza impugnata:

- rigettare integralmente il ricorso avversario, siccome infondato in fatto ed in diritto;
- in ogni caso, con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa.

Si produce:

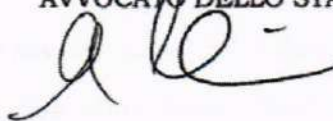
- 1) sentenza impugnata;
- 2) fascicoli di I grado (si fa riserva)

Ai fini dell'applicazione del contributo unificato di cui all'art. 9 L. 23.12.1999 n. 488, così come modificato dal D.L. 11.3.2002 n. 28, convertito nella L. 10.5.2002 n. 91, e succ. mod. si dichiara che il valore della causa è indeterminabile ed il contributo unificato è di € 388,50 da prenotare a debito ex 158 TU spese giustizia D.P.R. n. 115/02 in ragione della natura di Amministrazione dello Stato dell'appellante .

Bologna, 29 settembre 2016

Laura Paolucci

AVVOCATO DELLO STATO



L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO




CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA
SEZIONE CONTROVERSIE DEL LAVORO

Ruolo Gen. **794/2016**

IL PRESIDENTE

Visto il ricorso depositato in cancelleria in data 07/10/2016
letto l'articolo 435 C.P.C.

nomina
relatore il Consigliere Dott.~~ssa~~ **MANTOVANI**

e fissa
l'udienza di discussione innanzi al Collegio per il giorno 16/11/2017 alle ore 10,30
manda l'appellante per la notifica del ricorso e del presente decreto all'appellato.

Dispone che il decreto di fissazione dell'udienza sia comunicato, a cura della Cancelleria, all'appellante, con avvertenza che da tale comunicazione decorrerà il termine di gg. 10 per la notifica all'appellato.

Bologna 8/11/2016

IL PRESIDENTE
Dott. Stefano BRUSATI

Il Cancelliere
Bonaldi

Visto: Depositato in Cancelleria oggi **9 NOV. 2016**

Il Cancelliere

Bonaldi

Al sensi dell'art. 16 bis, comma 9 bis dell'art. 10 bis del D.L. n. 178 (comma aggiunto dall'art. 11, comma 1, lett. a), del D.L. 24 giugno 2014, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, si dichiara che la presente copia cartacea, tratta con modalità telematiche dall'esemplare presente nel fascicolo informatico reso disponibile dai servizi informatici e telematici del Ministero della Giustizia, è conforme al medesimo esemplare informatico ed equivale dunque all'originale.

10/10/16 *Luca Palle*

RELAZIONE DI NOTIFICAZIONE

Ad istanza del **MINISTERO dell'ISTRUZIONE,**
dell'UNIVERSITA' e della RICERCA, dell'**UFFICIO**
SCOLASTICO REGIONALE dell'EMILIA ROMAGNA e
dell'**UFFICIO VI - AMBITO TERRITORIALE PER LA**
PROVINCIA DI MODENA, in persona dei rispettivi legali
rappresentanti pro tempore, legalmente rappresentati e difesi
in giudizio dall'Avvocatura dello Stato nei cui Uffici sono pure
legalmente domiciliati, io sottoscritto Assistente U.N.E.P.
presso la Corte d'Appello di Bologna ho notificato l'atto che
precede a:

- **SCALIOTI Anastasia** e per esso al suo procuratore **Avv.**
URSO Domenico, che la rappresenta e difende, nel domicilio
eletto presso il suo studio in **(87062) CARIATI (CS), Via I**
Traversa G. di Napoli n. 6, mediante spedizione di una copia
conforme autenticata dell'atto a mezzo del servizio postale
come per legge