



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI FOGGIA
SEZIONE LAVORO

Sent 5918/18
URON 42270/18
RG 1006/18

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Foggia, dott. Giuseppe Iacobellis, ha pronunciato, all'udienza del 29 ottobre 2018, ai sensi dell'art. 429, comma 1, c.p.c., la seguente

SENTENZA

nella controversia individuale di lavoro iscritta al n. **1006/2018 R.G.L.** e vertente

TRA

rappresentata e difesa dall'avv. Davide Menna e dall'avv. Marco Menna, giusta procura a margine del ricorso

-RICORRENTE-

E

**MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA -
Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia - Direzione Generale - UFFICIO V -
Ambito territoriale Foggia**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dalla dott.ssa Maria Aida Tatiana Episcopo

-RESISTENTE-

avente ad oggetto: reinserimento nelle graduatorie scolastiche ad esaurimento

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Con ricorso depositato il 26.1.2018 la ricorrente - premesso di essere docente abilitata all'insegnamento per la classe di concorso EEEE (scuola primaria), di essere stata inserita nella graduatoria ad esaurimento della Provincia di Foggia fino all'anno scolastico 2010/2011 e di non avere presentato domanda per l'aggiornamento delle graduatorie per il triennio 2011/2014 - lamenta di essere stata esclusa dalla graduatoria ad esaurimento della Provincia di Foggia valida per le assunzioni a tempo determinato per il triennio 2014-2017, pur avendo fatto tempestiva domanda di reinserimento e chiede che sia accertato e dichiarato il suo diritto ad essere reinserita nella I fascia della graduatoria ad esaurimento con decorrenza 1.9.2014 e con il recupero del punteggio maturato all'atto della

cancellazione, previa disapplicazione dei D.M. 42/2009, 44/2011 e 235/2014, nonché condanna alle spese con distrazione nei confronti dei procuratori.

Integrato il contraddittorio, si costituiva il M.I.U.R., contestando la fondatezza della domanda e chiedendone il rigetto.

Esaurita la trattazione, la causa veniva decisa all'odierna udienza mediante pronuncia della presente sentenza con motivazione contestuale.

2. Deve essere affermata, innanzi tutto, la giurisdizione del giudice ordinario: *"al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre avere riguardo al "petitum" sostanziale dedotto in giudizio. Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto - di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria - l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al **giudice amministrativo**, essendo proposta in via diretta una domanda di annullamento di un atto amministrativo; viceversa, ove l'istanza rivolta al giudice è specificamente volta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al **giudice ordinario**"* (Cassazione civile, sez. un., 15/12/2016, n. 25836).

Nel caso in esame, la ha domandato l'accertamento del suo diritto all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, sì che la presente controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

3. Nel merito, è opportuno riportare i principi espressi dalla Suprema Corte nella sentenza n. 28250/2017: *"a fini di chiarezza espositiva occorre innanzitutto dare conto degli interventi normativi succedutisi nel tempo che hanno interessato la disciplina dell'aggiornamento delle graduatorie permanenti di cui al D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 401, divenute ad esaurimento per effetto della L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 605.*

2.1. L'art. 401 del richiamato T.U., dopo avere previsto l'utilizzazione delle graduatorie ai fini dell'assunzione in ruolo del personale docente ex art. 399 dello stesso d.lgs., stabiliva, al comma 2, che le graduatorie medesime dovessero essere periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che avevano superato le prove del concorso regionale per titoli

ed esami nonchè di quelli che avevano domandato il trasferimento da altra provincia. La norma prescriveva che, contemporaneamente all'inserimento dei nuovi aspiranti, dovesse essere effettuato l'aggiornamento delle posizioni e dei punteggi da attribuire ai soggetti già iscritti, aggiornamento da effettuarsi con le modalità stabilite dal D.M. 27 marzo 2000, n. 123.

Il T.U. e le disposizioni regolamentari non prevedevano l'onere a carico dell'aspirante di richiedere espressamente la permanenza nella graduatoria, sicchè l'omessa domanda di aggiornamento della posizione individuale determinava solo la impossibilità di tener conto, ai fini del punteggio, dei titoli ulteriori che nel frattempo fossero stati acquisiti.

2.2. Con il D.L. 7 aprile 2004, n. 97, art. 1, comma 1 bis, convertito con modificazioni dalla L. 4 giugno 2004, n. 143, il legislatore ha previsto 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. 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".

La ratio della norma va ricercata nell'esigenza di semplificare le operazioni di aggiornamento e di successiva utilizzazione delle graduatorie, eliminando dalle stesse coloro che nel frattempo abbiano perso interesse all'assunzione. Peraltro la disposizione è chiara nel prevedere il diritto dell'aspirante ad essere reinserito nella graduatoria in occasione dei successivi aggiornamenti e nel rispetto dei termini a tal fine stabiliti con decreto ministeriale.

2.3. La L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 605, ha disposto, con effetto dalla data della sua entrata in vigore, la trasformazione in graduatorie ad esaurimento delle "graduatorie permanenti di cui al D.L. 7 aprile 2004, n. 97, art. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 giugno 2004, n. 143" facendo, però, salvi i nuovi inserimenti, da effettuarsi per il biennio 2007/2008, dei docenti già in possesso di abilitazione nonchè, con riserva di conseguimento del titolo, di quelli frequentanti "corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto D.L. 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".

Il comma 607, poi, ha rinviato al decreto ministeriale, da emanarsi in occasione degli aggiornamenti biennali, le modifiche da apportare alla tabella di valutazione dei titoli allegata al D.L. n. 97 del 2004, che, per il resto, non è stato interessato dall'intervento normativo.

2.4. Ulteriori possibilità di inserimento nelle graduatorie sono state previste dal D.L. n. 137 del 2008, art. 5 bis, convertito con modificazioni dalla L. n. 169 del 2008, che, tra l'altro, ha consentito l'iscrizione degli aspiranti che, come la controricorrente, frequentavano nell'anno accademico 2007/2008 il corso di laurea in scienze della formazione primaria (la norma prevede che in tal caso "la riserva è sciolta all'atto del conseguimento dell'abilitazione relativa al corso di laurea e ai corsi quadriennali sopra indicati e la collocazione in graduatoria è disposta sulla base dei punteggi attribuiti ai titoli posseduti").

2.5. Il D.L. 25 settembre 2009, n. 134, art. 1, convertito con modificazioni nella L. 24 novembre 2009, n. 167, nel dettare l'interpretazione autentica della L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 605, quanto alla possibilità per il docente di richiedere l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento di altra provincia, ha espressamente richiamato, al comma 4 ter, "le operazioni di integrazione e di aggiornamento delle graduatorie permanenti di cui al D.L. 7 aprile 2004, n. 97, art. 1...".

2.6. Con il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, art. 9, comma 20, convertito in L. 12 luglio 2011, n. 106, il legislatore è intervenuto sul testo del D.L. n. 97 del 2004, art. 1, comma 4, prevedendo che "A decorrere dall'anno scolastico 2011/2012, senza possibilità di ulteriori nuovi inserimenti, l'aggiornamento delle graduatorie, divenute ad esaurimento in forza della L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 605, lett. c), è effettuato con cadenza triennale e con possibilità di trasferimento in un'unica provincia secondo il proprio punteggio, nel rispetto della fascia di appartenenza".

3. Gli interventi normativi riportati nella loro successione smentiscono la tesi, sostenuta dal Ministero ricorrente, della inapplicabilità alle graduatorie ad esaurimento delle disposizioni dettate dal D.L. n. 97 del 2004, art. 1 perchè, al contrario, proprio a detta disciplina si è fatto costante riferimento, anche dopo la trasformazione delle graduatorie, per indicare tempi e modalità dell'aggiornamento.

E' significativo, a conferma della perdurante vigenza della norma sopra indicata, che ancora nel 2011 il legislatore sia nuovamente intervenuto sul testo della disposizione e, pur affermando, al comma 4, il divieto di "nuovi inserimenti", abbia lasciato immutato il comma 1 bis che consente al docente cancellato in conseguenza della mancata presentazione della domanda il "reinserimento", con il recupero del punteggio maturato al momento della cancellazione.

Il criterio ermeneutico indicato dall'art. 12 preleggi non consente di interpretare il comma 4 isolandolo dai commi che lo precedono nè di estendere il divieto di "ulteriori nuovi inserimenti" ai docenti cancellati in occasione delle operazioni di aggiornamento. Questi ultimi, infatti, sono espressamente menzionati nel comma 1 bis che, utilizzando il diverso termine "reinserimento", evidenzia la non sovrapponibilità della posizione di coloro che pretendono di accedere per la prima volta alla graduatoria rispetto a quella degli aspiranti già in passato inclusi.

3.1. Nè è sostenibile la tesi dell'abrogazione tacita perchè, come osservato dalle Sezioni Unite di questa Corte, la abrogazione per "incompatibilità tra le nuove disposizioni e quelle precedenti si verifica solo quando tra le norme considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicchè dalla applicazione ed osservanza della nuova legge non possono non derivare la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra" (Cass. S.U. 16.5.2013 n. 11833).

L'intervento attuato dal legislatore con la L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 605, non ha determinato la cristallizzazione assoluta delle graduatorie esistenti alla data di entrata in vigore della nuova normativa, perchè, contestualmente alla trasformazione della natura delle graduatorie, sono stati previsti nuovi inserimenti, non solo a beneficio dei docenti che potevano far valere il titolo abilitante in occasione del primo aggiornamento successivo alla novella legislativa, ma anche in favore di coloro che detto titolo non avevano ancora conseguito, ai quali è stata concessa l'iscrizione "con riserva".

La scelta di non modificare il D.L. n. 97 del 2004, art. 1, comma 1 bis, è, quindi, perfettamente compatibile con il sistema del reclutamento del personale scolastico disegnato dalla L. n. 296 del 2006 e dagli interventi successivi di cui sopra si è dato conto, dai quali emerge che il legislatore, pur perseguendo l'obiettivo della eliminazione del precariato scolastico attraverso la progressiva immissione in ruolo dei docenti iscritti nelle graduatorie, da un lato non ha voluto escludere ogni possibilità di accesso a coloro che erano in attesa di maturare il titolo abilitante, dall'altro ha inteso tutelare il legittimo

affidamento riposto dai "depennati" nella possibilità del reinserimento, ad essi espressamente concessa dal legislatore del 2004.

3.2. A dette conclusioni è pervenuta anche **la giurisprudenza amministrativa** che, chiamata a pronunciare sulla legittimità degli atti amministrativi con i quali sono state disciplinate le operazioni di aggiornamento delle graduatorie (sul riparto di giurisdizione nella materia che ci occupa si rimanda a Cass. S.U. nn. 25973 e 25836 del 2016), ha annullato il D.M. 8 aprile 2009, n. 42, nella parte in cui, in contrasto con la norma primaria, prevedeva la definitività della cancellazione (C.d.S. 14.7.2014 n. 3658).

Il principio è stato ribadito dal Consiglio di Stato con la recente sentenza n. 3324 del 5.7.2017 con la quale è stata dichiarata **l'illegittimità del D.M. n. 235 del 2014, per contrasto col citato comma 1 bis del D.L. n. 97 del 2004, nella parte in cui non consente il reinserimento dei docenti "depennati" in occasione dei precedenti aggiornamenti**. I giudici amministrativi hanno disatteso la tesi dell'abrogazione sostenuta dal Ministero, rilevando che: "Nè il reinserimento del docente già inserito in precedenza nelle graduatorie permanenti sembra contrastare con la qualificazione "a esaurimento" delle graduatorie stesse, dal momento che il re-ingresso in graduatoria è permesso soltanto a coloro i quali già facevano parte delle graduatorie, pur essendone stati cancellati in occasione di un aggiornamento pregresso, e non anche a chi non abbia mai fatto parte di tale graduatoria, atteso che gli inserimenti "ex novo" sono da ritenersi ammessi solo nei casi particolari previsti dalla legge".

3.3. **In via conclusiva ed in continuità con l'orientamento già espresso da Cass. 1 marzo 2017 n. 5285, si deve affermare che: "la trasformazione delle graduatorie permanenti di cui al D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 401 in graduatorie ad esaurimento L. n. 296 del 2006, ex art. 1, comma 605, non ha determinato l'abrogazione per incompatibilità del D.L. n. 97 del 2004, art. 1, comma 1 bis, convertito in L. n. 143 del 2004, nella parte in cui prevede che, a domanda, il docente cancellato possa essere reinserito nella graduatoria con il punteggio maturato al momento della cancellazione. Va conseguentemente disapplicato, perchè in contrasto con la norma di legge, il D.M. n. 235 del 2014 nella parte in cui non consente il reinserimento dell'aspirante cancellato a causa dell'omessa presentazione, in occasione delle precedenti operazioni di aggiornamento, della domanda di permanenza"**(Cassazione civile, sez. lav., 27/11/2017, n. 28250).

Nel caso in esame, è pacifico che l'odierna ricorrente fosse inserita nelle graduatorie ad esaurimento (secondo la prospettazione di parte istante, fino all'anno scolastico 2010/2011; secondo la prospettazione del MIUR, fino all'anno scolastico 2008/2009).

E' altresì non controverso che la [] non abbia partecipato alla procedura di aggiornamento delle GAE indetta con D.M. n. 44 del 12.5.2011.

Risulta tuttavia dagli atti di causa che la ricorrente, con lettera raccomandata inviata il 17.5.2014 e ricevuta dal MIUR il 21.5.2014, ha proposto domanda di reinserimento nelle GAE nell'ambito della procedura di aggiornamento indetta con D.M. n. 235 del 2014.

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

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

La domanda deve essere redatta secondo lo schema che viene allegato al bando di concorso, riportando tutte le indicazioni che, secondo le norme vigenti, i candidati sono tenuti a fornire". Quindi, l'art. 38 del D.P.R. 445/2000, recante il "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa", ha stabilito al comma 1 che "Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica". Se ne ricava che la previsione di una modalità telematica di presentazione della domanda di partecipazione a pubblico concorso, in quanto espressione di una mera facoltà, e non di un obbligo, non può costituire un ostacolo di diritto alla

presentazione della domanda a mezzo raccomandata, in presenza di un ostacolo di mero fatto quale il rifiuto della domanda da parte della piattaforma telematica.

Ebbene, come già rilevato, la ricorrente ha proposto domanda di reinserimento nelle GAE con lettera raccomandata inviata il 17.5.2014 e ricevuta dal MIUR il 21.5.2014.

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

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

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

Deve concludersi che [] ha tempestivamente proposto la domanda di reinserimento nelle GAE, cui poteva legittimamente aspirare come stabilito dalla Corte di Cassazione.

Per quanto finora esposto, deve essere ordinato all'Amministrazione convenuta il reinserimento della ricorrente nella graduatoria provinciale, con decorrenza dall'1.9.2014, per la classe di concorso in cui la ricorrente era inserita al momento della cancellazione e con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione.

4. Le spese di lite, in considerazione della particolare natura e della complessità delle questioni trattate, possono essere compensate tra le parti (si veda Corte Cost. n. 77/2018).

P.Q.M.

Il Tribunale di Foggia-Sezione Lavoro, in persona del Giudice dott. Giuseppe Iacobellis, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. 1006/2018 R.G.L. e vertente tra le parti in epigrafe indicate, disattesa ogni diversa istanza, eccezione o deduzione, così provvede:

- a) accoglie la domanda proposta da [] e, per l'effetto, dichiara il diritto della ricorrente ad essere reinserita nella graduatoria provinciale ad esaurimento per le assunzioni per la scuola primaria per il triennio 2014/2017, con decorrenza dall'1/9/2014 e con il punteggio maturato all'atto della cancellazione dalla stessa

graduatoria, e condanna l'Amministrazione convenuta a porre in essere i conseguenti adempimenti;

b) compensa tra le parti le spese processuali.

Così deciso in Foggia, in data 29 ottobre 2018

Il Giudice
Giuseppe Iacobellis

TRIBUNALE ORDINARIO DI FOGGIA

Deposito in cancelleria n°

28/10/2018

