REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Napoli, in funzione di giudice del lavoro, in persona della d.ssa Monica Galante, ha pronunciato la seguente sentenza all'udienza di discussione del 30/03/2017 nella causa iscritta nel ruolo generale degli affari contenziosi di lavoro al n. 5790 / 2016

TRA

[redacted] rappresentato e difeso dall'Avv. G. Sarnacchiaro, presso il cui studio sito in Nola alla via Conte Orsini 18 elettivamente domicilia, giusta procura in calce al ricorso;

Ricorrente

CONTRO

MIUR, UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA, AMBITO TERRITORIALE DI NAPOLI, in persona dei legali rappresentanti pro-tempore;

Convenuti contumaci

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE
ex artt. 132 e 429 c.p.c. lette in udienza

OGGETTO: reinserimento nelle gae.

1
Con ricorso depositato il 17.3.2016, la parte ricorrente indicata in epigrafe, abilitata all'insegnamento, deduceva di essere stata inserita nella graduatoria provinciale ad esaurimento dall'Ufficio Scolastico Provinciale di Napoli sino all'anno scolastico 2010 (come da allegato); di non avere in seguito aggiornato la propria posizione, con conseguente cancellazione dalle Gae in base al DM 44/2011 e 235/2014. Tanto premesso, il ricorrente chiedeva di condannare le Amministrazioni convenute all'inserimento a pieno titolo nella graduatoria ad esaurimento del personale docente della Provincia di Napoli.
Notificato il ricorso, le amministrazioni convenute non si sono costituite.
All'odierna udienza la causa è decisa con sentenza letta pubblicamente.
2
In via preliminare, deve affermarsi la giurisdizione del Tribunale adìto.
Va preliminarmente osservato che, ai fini della individuazione di quale sia 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 –

Firmato Da: GALANTE MONICA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6e742

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.
Se, viceversa, la domanda 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 (cfr. Cass SU ***Ord. 25836/2016).***
Parimenti, il Giudice di legittimità ha reiteratamente, fin dalla sentenza n. 3399 del 13.2.2008, ritenuto che la materia delle graduatorie permanenti del personale docente della scuola, con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria stessa, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, venendo in questione atti assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2), di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi.
Non possono configurarsi, infatti, né l'inerenza a procedure concorsuali (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63), per l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto, di un atto di approvazione finale che individui i vincitori - trattandosi piuttosto dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti (anche derivanti da partecipazione a concorsi) in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili (cfr. anche Cass., sez. un., 10 novembre 2010, n. 22805; 16 giugno 2010, n. 14496; 3 aprile 2010, n. 10510 e 8 febbraio 2011, n. 3032 in senso conforme anche Cons. Stato, ad. plen., 4 luglio 201 l, n. 11 e da ultimo Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3045 e 21 febbraio 2013, n. 4287).
Nel presente giudizio, la non conformità a legge degli atti amministrativi generali con i quali è stata disposta la cancellazione definitiva dalla graduatoria, rappresenta il mero presupposto per la formulazione di una domanda che ha ad oggetto il diritto soggettivo all'inserimento nella graduatoria provinciale ad esaurimento.
Dunque, dovendosi operare il riparto di giurisdizione sulla scorta del petitum sostanziale (così tra molte altre Cass. Sez. Un. n. 20902 del 11.10.2011) e, cioè, con riferimento alla intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, deve considerarsi che l'istante non ha chiesto soltanto il rispetto, da parte della Amministrazione, delle regole legali per la formazione delle graduatorie, ma il vero e proprio accertamento del diritto, in applicazione delle predette regole generali, all'inserimento nella graduatoria.
Se, poi, la fattispecie azionata non è completa di tutti i requisiti costituitivi è questione che attiene al merito della pretesa e non alla giurisdizione.
3
Va poi rilevato che il ricorrente ha richiesto l'autorizzazione a notificare nei confronti dei cd. controinteressati risultanti dalla graduatoria ad esaurimento tramite pubblicazione sul sito internet del Miur.
Il Tribunale non ha autorizzato tale notifica.
Deve, infatti, ritenersi non sussistente il litisconsorzio necessario nei confronti degli altri docenti inseriti nella graduatoria ad esaurimento, non essendo la presente decisione destinata a produrre effetto alcuno nei loro confronti, atteso che non è stato allegato né dimostrato che dal nuovo inserimento in graduatoria scaturisca in capo alla parte ricorrente il diritto all'assunzione in danno di altri docenti.
È ben vero che, nel caso di specie, sussiste il rischio di un arretramento in graduatoria dei docenti per effetto del reinserimento dell'istante: ciò, tuttavia, si deve ad un effetto indiretto dell'accoglimento della domanda e non al carattere unitario ed inscindibile della situazione giuridica, la cui cognizione è oggetto del Giudice.

Firmato Da: GALANTE MONICA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6e742

Al di là delle ipotesi di espressa previsione in tal senso, è unicamente ove si discorra della costituzione o modificazione di un rapporto plurisoggettivo unico o dell'adempimento di una prestazione inscindibile comune a più soggetti o si chieda l'accertamento di una situazione sostanziale comune a più soggetti che è possibile configurare quella unitarietà del rapporto che avrebbe imposto l'integrazione del contraddittorio.
Né a diverse conclusioni può giungersi alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. lav. sentenza n. 15912 del 07/07/2009 e n. 14914 del 05/06/2008), che individua sì una situazione di litisconsorzio necessario, ma facendo leva sul carattere costitutivo della sentenza ai sensi dell'art. 63 comma 2 d.lgs. 30/03/01 n. 165, laddove, per contro, nella specie, la tutela richiesta non comprende l'effetto della costituzione diretta del rapporto di lavoro.

4

Nel merito, occorre precisare che ai sensi dell'art. 1 comma 1 *bis* D.L. 97/2004 conv. in l. 143/2004: "*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*".
In base a tale norma, dunque, una volta non presentata la domanda ed ottenuta in tal modo la cancellazione dalla graduatoria, il docente può, entro il termine fissato per l'aggiornamento periodico della stessa ed in occasione di ogni successivo aggiornamento, chiedere il reinserimento, con attribuzione del punteggio pregresso.
Si discute se tale norma sia ancora vigente.

5

Un primo orientamento prende le mosse dal comma 605 lettera C articolo 1 della legge 296/2006, per cui le graduatorie permanenti sono state trasformate in graduatorie ad esaurimento (GAE) salvo l'inserimento, per il biennio 2007-2008, dei docenti già in possesso di abilitazione e, con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, dei docenti che frequentavano, alla data di entrata in vigore della legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto-legge n. 97 del 2004.
L'art. 14 comma 2 ter delle legge n. 14/2012 ha istituito, inoltre, una fascia aggiuntiva delle graduatorie ad esaurimento per i docenti abilitati COBASALID, fermo restando che le graduatorie ad esaurimento di cui all'articolo 1, commi 605, lettera c), e 607, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, restano chiuse.
Da tali norme si è ritenuto che il disegno complessivo del legislatore sia stato quello di affiancare al sistema costituzionale di reclutamento – il pubblico concorso – una modalità semplificata che consentisse di valutare appieno soprattutto i titoli di servizio di quei docenti che avevano a lungo prestato la attività professionale per esigenze astrattamente temporanee e con forme contrattuali flessibili.
Con la legge finanziaria per l'anno 2007, poi, si è inteso *dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico ed evitarne la ricostituzione* (così testualmente il comma 605 lettera c dell'art. 1 della legge 296/2006) precludendo ulteriori accessi alle graduatorie ormai destinate unicamente a consentire la immissione in ruolo dei docenti che già vi fossero iscritti.
Il requisito essenziale per l'accesso alle dette graduatorie era, dunque, la precedente iscrizione nelle graduatorie permanenti laddove, dopo il 2006, l'accesso è stato limitato a casi disciplinati espressamente per legge.

Firmato Da: GALANTE MONICA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6a742

Ciò posto, si è ritenuta l'impossibilità di inserire coloro che, pur iscritti regolarmente nelle gae, non avessero ripresentato la domanda di permanenza in graduatoria per gli anni successivi, in quanto cancellati in via definitiva.

Le ragioni che militano a favore di siffatta opzione interpretativa sono state rinvenute essenzialmente nella *ratio legis* della normativa sopravvenuta (l. 296/ 2006), con cui il legislatore ha voluto *dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico ed evitarne la ricostituzione.* In altri termini, la definitiva chiusura delle graduatorie, attuata con la preclusione di 'nuovi' inserimenti, è stata intesa come coerente con la finalità della stabilizzazione del lavoro precario (immissioni in ruolo) di chi vi era iscritto a tale data ed avesse manifestato la volontà di permanerci, con apposita domanda, presentata in funzione della propria assunzione definitiva e non soltanto al fine di reperire un'occupazione temporanea. Quindi si è reso necessario, da un lato, chiudere l'accesso a nuovi aspiranti (per scongiurare la 'ricostituzione' del precariato) dall'altro, definire la platea dei docenti (precariato esistente) inseriti nelle graduatorie da immettere progressivamente in ruolo, con la finalità dell'esaurimento delle stesse, che costituiscono una forma di reclutamento derogatoria al sistema costituzionale del concorso pubblico.

In questa direzione risultano orientate anche le disposizioni del d.l. 70/2011 (... "20. Il primo periodo dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, e' cosi' modificato "*a decorrere dall'anno scolastico 2011/2012 l'aggiornamento delle graduatorie, divenute ad esaurimento in forza dall'articolo 1, comma 605, lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e' effettuato con cadenza triennale e con possibilita' di trasferimento in un'unica provincia*". Mentre il previgente testo del comma 4 sanciva:" *A decorrere dall'anno scolastico 2004-2005, gli aggiornamenti e le integrazioni delle graduatorie permanenti, per la graduatoria base e per tutti gli scaglioni, sono effettuati con cadenza biennale*) nonchè della Legge di stabilità 2015, che ha sancito la soppressione delle GAE.

In base a tale orientamento, quindi, la legge 296/2006 avrebbe tacitamente abrogato la seconda parte dell'art. 1 comma 1-bis della legge 143/2004, perchè la norma in *parte qua* risulterebbe in oggettivo contrasto con la legge sopravvenuta che, nel modificare la natura e le finalità della graduatorie permanenti, trasformandole in graduatorie ad esaurimento e precludendovi ogni ulteriore accesso, avrebbe altresì reso incompatibile, con il nuovo assetto normativo, la possibilità di *re*ingresso degli insegnanti che dopo il biennio 2007-2008 si fossero lasciati cancellare, per non aver ripresentato la domanda di permanenza, pur nella vigenza della novella legislativa, così interpretabile e in questi termini diffusamente conoscibile dalla lettura dei decreti ministeriali emanati dal 2007 in poi, nella quale è espressamente ribadita (e, quindi, adeguatamente resa nota agli interessati) la *voluntas legis,* per cui la mancata presentazione della domanda di permanenza in graduatoria avrebbe determinato la cancellazione *definitiva.*

6

Secondo altro orientamento, la norma di cui all'art. 1 comma 1 *bis* D.L. 97/2004 conv. in l. 143/2004 non risulta affatto abrogata; conseguentemente, la cancellazione per mancata presentazione della domanda non è mai definitiva.

Nemmeno potrebbero trarsi conclusioni contrarie dai decreti ministeriali che periodicamente, negli anni, hanno regolamentato l'aggiornamento delle graduatorie in attuazione della norma primaria di cui si è appena detto. E' vero, infatti, che l'art. 1 punto b) del D.M. n. 235 dell'1.4.2014 ha così stabilito: *"A norma dell'art. 1 comma 1-bis del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, la permanenza, a pieno titolo o con riserva, nelle graduatorie a esaurimento avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi con le modalità ed i termini di cui al successivo art. 9. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione*

Firmato Da: GALANTE MONICA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6e742

definitiva dalla graduatoria" (analoga disposizione era già contenuta nei precedenti D.M. n. 42 dell'8 aprile 2009 e n. 44 del 2 maggio 2011).

Tuttavia, in contrario, si è ritenuto che giammai una fonte secondaria (nella specie: un decreto ministeriale di attuazione) ha il potere di derogare ad una norma giuridica di grado superiore, introducendo una decadenza sostanziale non prevista da quest'ultima. Al contrario, il contrasto tra le due disposizioni di rango diverso indurrebbe il giudice ordinario a disapplicare la fonte secondaria contrastante con la norma primaria, ai sensi dell'art. 4 delle preleggi nonché, avendo essa pur sempre natura di atto amministrativo, ai sensi dell'art. 63 comma 1 d. lgs. 165/2001.

Infine, si è ritenuto non sussistere il sopravvenuto contrasto della disciplina con la legge 296 del 27.12.2006 (legge finanziaria 2007), che ha trasformato le graduatorie permanenti del personale docente ed educativo in graduatorie ad esaurimento.

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

Si è, quindi, ritenuto che la fattispecie per cui è causa non contrasterebbe con la *ratio* sopra indicata, non comportando alcun nuovo inserimento di docenti in precedenza non iscritti, ma solo un aggiornamento nell'ambito delle iscrizioni già presenti.

7

Una recente conferma dell'orientamento da ultimo esposto si rinviene nella sentenza della Cass. 5285/2017, in relazione ad un'ipotesi in cui il docente era gia' iscritto, ma con riserva, nelle graduatorie per il biennio 2007/2009 e non aveva presentato domanda di reinserimento per il triennio 2011/2014, chiedendolo poi nel 2013, avendo conseguito l'abilitazione.

In tale fattispecie, la suprema Corte ha ritenuto che la L. n. 296 del 1996, comma 605, dopo aver statuito che sono fatti salvi gli inserimenti da effettuare per il biennio 2007/2008 per gli abilitati e con riserva per quelli iscritti ai corsi, ha affermato che "la predetta riserva si intende sciolta con il conseguimento del titolo di abilitazione".

La stessa Corte con la sentenza n. 6751 del 2015 ha affermato che deve rilevare per lo scioglimento della riserva quando ciascuno ha conseguito l'abilitazione, non potendo l'amministrazione fissare una data unitaria per tutti.

Nella specie, quindi veniva in rilievo proprio il suddetto comma 605, poiche' il docente era inserito con riserva nella graduatoria ad esaurimento e poteva aggiornare il proprio profilo una volta conseguita l'abilitazione, al fine di ottenere lo scioglimento della riserva.

In tal senso è stata richiamata la sentenza del Consiglio di Stato n. 3658 del 2014 che ha affermato che nessun fondamento positivo alla cancellazione de qua puo' rinvenirsi nel comma 605 del medesimo la L. n. 296 del 2006, articolo 1, atteso che tale nuova disciplina legislativa, nell'intento di eliminare il risalente fenomeno del precariato nella scuola, ha disposto la trasformazione delle graduatorie provinciali permanenti, gia' istituite dalla L. n. 124 del 1999, in graduatorie a esaurimento, consentendo che nelle graduatorie cosi' riconfigurate possano inserirsi, a pieno titolo, coloro che sono in possesso di un'abilitazione, nonche', con riserva, coloro che hanno in corso una procedura abilitante ordinaria o riservata.

Il riferimento alla L. n. 296 del 2006, con la quale e' stata disposta la riconfigurazione delle graduatorie provinciali da graduatorie permanenti (aperte) a graduatorie ad esaurimento (chiuse), risulta opportuno, in quanto e' con tale provvedimento legislativo che si pone un termine ultimo (anno 2007) per l'ingresso nelle graduatorie, consentendo nel futuro la

Firmato Da: GALANTE MONICA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6e742

possibilita' 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.*

8

Ritenendo dunque conforme alla lettura delle norme l'ultimo orientamento che non individua una definitività della cancellazione, occorre pur sempre che sia presentata dall'istante, nel termine a tal fine assegnato, la domanda di aggiornamento e permanenza per il triennio 2014/2017 (anche eventualmente con raccomandata).

In particolare, quanto al termine di presentazione delle domande, ai sensi dell'art. 9 del D.M. 235/2014, la domanda di permanenza, aggiornamento, conferma della inclusione con riserva deve essere presentata, alla sede territoriale dell'Ufficio Scolastico Regionale che ha gestito la relativa domanda per il triennio 2011 – 2014, entro e non oltre il termine del 10.5.2014. 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"*.

9

Alla luce dei principi sopra indicati, la domanda è fondata.

Nella specie, infatti, la domanda di aggiornamento è stata presentata entro il 17.5.2014, avendo la parte ricorrente spedito la raccomandata in data 16.5.2014, come documentato, ricevuta dall'amministrazione il 26.5.2014.

Al riguardo, va precisato che non integra una causa di impossibilità giuridica la previsione contenuta nel D.M. 235/2014, secondo cui la presentazione delle domande deve avvenire con modalità esclusivamente telematiche, a pena di esclusione; modalità telematiche che hanno determinato il blocco delle istanze presentate dai candidati aprioristicamente ritenuti privi dei requisiti.

Detta previsione non costituisce, ad avviso di questo Giudice, una causa di impossibilità assoluta di esercizio del diritto, dal momento che, come si è detto, la normativa secondaria non può derogare a quella primaria.

Sul punto, infatti, l'art. 4 del D.P.R. 487/1994, intitolato "*Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi*", nel testo attualmente vigente, prevede che:

"1. *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.*

...

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

3. 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*".

Firmato Da: GALANTE MONICA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6a742

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.

La domanda della parte ricorrente risulta, pertanto, tempestiva, dovendosi aver riguardo alla data di spedizione, anteriore al predetto termine (prorogato) di scadenza per la presentazione delle domande.

Va, pertanto, dichiarato il diritto del ricorrente al reinserimento nella graduatoria ad esaurimento del personale docente della classe di concorso C130 della Provincia di Napoli per il triennio 2014/2017, con il medesimo punteggio posseduto all'atto della cancellazione; segue l'ordine alle Amministrazioni convenute di provvedere al reinserimento medesimo.

10

La novità della questione, scaturita da un quadro normativo complesso e mutato nel tempo, che ha dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti, anche nell'ambito di questo Tribunale, induce a compensare integralmente tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando, così provvede:

- in accoglimento della domanda, dichiara il diritto del ricorrente al reinserimento nella graduatoria ad esaurimento del personale docente della classe di concorso C130 della Provincia di Napoli per il triennio 2014/2017, con il medesimo punteggio posseduto all'atto della cancellazione;
- ordina alle Amministrazioni convenute di provvedere al reinserimento medesimo;
- compensa le spese di lite.

NAPOLI, 30/03/2017

Il Giudice
d.ssa Monica Galante

Firmato Da: GALANTE MONICA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6e742