

ORIGINALE

Persepolis Cancelleria della Sez. Lavoro  
del Tribunale Ordinario di Milano

29 GEN. 2015

IL CANCELLIERE

TRIBUNALE DI MILANO

STUDIO LEGALE  
BARBONI e ASSOCIATI  
Via Lamarmora, 36 - 20122 Milano  
Tel. 02.5455681 - Fax 02.55195362  
cod. fisc. e P. IVA 03797220963  
d.barboni@pec.studiolegalebarboni.it

00992

Sezione lavoro

RICORSO EX ART. 414 COD. PROC. CIV.

BERTOLI

00992

proposto dalla Prof.ssa Anna Paola Alfonsina Giulia RAPELLI, nata a Milano il 28.7.1960, ed ivi residente in Via E. Biondi n. 1, C.F.: RPLNPL60L68F205R, rappresentata e difesa ai fini della presente procedura dagli Avv.ti Domenico Barboni (C.F.: BRBDNC47R03F793H) e Annamaria Nardone (C.F.: NRDNMR68M68F205Z), ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Milano, via Lamarmora, 36, giusta procura in calce al presente atto (ai fini degli avvisi e delle comunicazioni ex artt. 133, 134, 136, 170 e 176 c.p.c. e art. 136 d.lgs. 104/2010 si indicano: e-mail: d.barboni@pec.studiolegalebarboni.it e fax n. 02.55195362)

nei confronti di

- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, in persona del Ministro pro tempore;
- M.I.U.R. - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA LOMBARDIA, in persona del legale rappresentante pro tempore;
- M.I.U.R. - U.S.R. LOMBARDIA - AMBITO TERRITORIALE DI MILANO, in persona del legale rappresentante pro tempore;

\* \* \*

OGGETTO: docente a tempo determinato per la classe di concorso A061 - storia dell'arte. Graduatorie ad esaurimento ex D.M. 235 del 1.4.2014 provincia di Milano. Diritto al re-inserimento.

p r e m e s s o   c h e

- La ricorrente Prof.ssa Rapelli è docente a tempo determinato, già inserita nella graduatoria ad esaurimento per la classe di concorso A061 - storia dell'arte, provincia di Milano;
- Durante l'anno scolastico 2013/14 prestava servizio con contratto a tempo determinato sino al 30.6.2014 presso il liceo classico statale "Clemente Rebora" di Rho (doc. 1);



- La Prof.ssa Rapelli risultava inserita nella graduatoria ad esaurimento (già permanenti) per la classe di abilitazione, provincia di Milano, sin dall'inizio e provvedeva con regolarità ad aggiornare ogni volta la propria posizione con i titoli maturati, tanto da risultare inserita al quarto posto alla data del 31.7.2013 (**doc. 2**);
- Con D.M. n. 235 del 1.4.2014 il MIUR decretava l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo nelle fasce I, II, III e aggiuntiva, per il triennio 2014/2017 (**doc. 3**);
- In particolare l'art. 1 del predetto D.M. precisava che la permanenza e/o l'aggiornamento del punteggio nelle graduatorie in parola dovesse *avvenire su domanda dell'interessato, in mancanza della quale sarebbe stata disposta la cancellazione definitiva dalla graduatoria*;
- L'art. 9 del D.M. n. 235/14 disciplinava le modalità e i termini della presentazione della domanda, che poteva avvenire *solamente in modalità telematica*, tramite registrazione su apposito sito web e inserimento on line dell'istanza, quest'ultima operazione da effettuarsi a partire dal 10 aprile 2014 entro e non oltre il termine del 10 maggio 2014, alle ore 14 (poi prorogato con provvedimento prot. A00DGPER N. 4406 del 7.5.2014 sino al 17.5.2014 ore 14,00, **doc. 4**), con esclusione della presentazione della domanda in modalità difforme;
- La ricorrente, nel periodo utile per la presentazione della domanda, si trovava alle prese con problemi familiari, dovuti alle conseguenze del grave infortunio riportato dall'anziana zia, evidenziate nelle relazioni di dimissione dell'ospedale Luigi Sacco di Milano (**doc. 5**);
- Nelle more del termine assegnato dalle norme ministeriali per la presentazione della domanda di aggiornamento della posizione in graduatoria la ricorrente si trovava quindi impegnata a prestare la dovuta assistenza alla zia infortunata, essendo l'unica parente disponibile a fornire tale sostegno;



- In ogni caso, in prossimità della scadenza del termine l'accesso al sistema informatico non era consentito per un errore interno del sistema, per cui risultava materialmente impossibile compiere tale operazione;
- Quanto appena riferito era confermato dalla nota MIUR Prot. AOODGPER n. 5541 del 30.5.2014, con la quale, preso atto dei problemi tecnici riscontrati al sistema informatico, l'amministrazione prolungava il termine ultimo per la presentazione della domanda al 23 maggio 2014, anche in considerazione del fatto che il precedente termine del 17 maggio era ricaduto nella giornata di sabato **(doc. 6)**;
- La ricorrente non poteva provvedere all'inserimento in via telematica della propria domanda di aggiornamento, poiché non a conoscenza dell'ulteriore rinvio del predetto termine fino al 23 maggio 2014, dal momento che il contenuto della nota ministeriale – anche in considerazione delle tempistiche tecniche di diffusione – giungeva alla conoscenza degli interessati solo in seguito;
- In presenza delle problematiche riscontrate e opportunamente certificate dallo stesso Ministero, e in considerazione della gravità delle conseguenze del mancato inserimento in graduatoria, la ricorrente attendeva con fiducia che la propria posizione potesse essere regolarmente aggiornata e regolarizzata anche in seguito, qualora avesse manifestato interesse in tal senso;
- Invece, del tutto inopinatamente, l'amministrazione escludeva la Prof.ssa Rapelli dalla graduatoria provinciale ad esaurimento, per la classe A061, pubblicata con decreto del MIUR – USRL – Ufficio XVII – A.T. di Milano n. 14589 del 12.8.2014 **(doc. 7)**;
- Il provvedimento in parola, abnorme e iniquo, era gravemente pregiudizievole per la ricorrente che si vedeva esclusa dalle graduatorie ad esaurimento, in modo inesorabilmente definitivo (e così dall'accesso alla prima fascia delle graduatorie di istituto) con perdita di chances di lavorare nella scuola, anche con contratti a termine;



- Il pregiudizio era aggravato dalla circostanza che la Prof.ssa Rapelli da oltre un decennio aveva prestato ininterrottamente servizio nella classe di abilitazione A061 - storia dell'arte, avviando un'esperienza continua sotto il profilo della didattica e della crescita professionale che veniva così bruscamente interrotta;
- Avverso l'esclusione ridetta dalla graduatoria ad esaurimento per la classe A061, provincia di Milano, 2014/2017, e per il riconoscimento delle proprie prerogative soggettive di permanenza e aggiornamento, la docente Rapelli propone il presente ricorso fondato sui seguenti motivi di

## **DIRITTO**

### **Sulla giurisdizione del giudice ordinario**

Al fine di prevenire ogni possibile eccezione sul punto, si intende evidenziare come l'oggetto del presente procedimento consiste nel depennamento dalla graduatoria ad esaurimento, e sia soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Com'è noto, infatti, il processo di privatizzazione del pubblico impiego, iniziato con il D.lgs. n. 29/1993, proseguito con il D.lgs. n. 80/1998, e culminato con il D.lgs. n. 165/2001, ha determinato una progressiva erosione della giurisdizione del giudice amministrativo, con conseguente devoluzione del contenzioso del pubblico impiego al giudice ordinario.

A quest'ultimo compete il giudizio sulla quasi totalità delle controversie tra P.A. e dipendenti pubblici, ad eccezione delle poche ed esplicite eccezioni contenute nell'art. 63 comma 4 del D.Lgs n. 165/2001, ovvero le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti, oltre a quelle relative a particolari categorie quali: magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia.

Orbene, il caso in esame non rientra in alcuna di dette eccezioni alla



regola generale, configurandosi palesemente, invece, come un comune rapporto tra pubblico dipendente e P.A. in ambito scolastico, e, pertanto, ai sensi della normativa sopra citata, la relativa controversia è soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

L'aggiornamento di una graduatoria ad esaurimento non può essere considerata una procedura concorsuale in senso stretto, dal momento che difettano gli elementi fondamentali di tale fattispecie: in particolare, si evidenzia l'assenza di un bando, di una procedura valutativa e della formazione di una graduatoria finale che individui i vincitori. L'oggetto del presente giudizio, collocato all'esterno dell'ambito concorsuale non può che essere ricompresa tra gli atti di gestione del rapporto di lavoro, pacificamente soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario.

La giurisprudenza, dopo qualche iniziale tentennamento, è ormai consolidata su tale orientamento, rimarcato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con decisioni 10 novembre 2010, n. 22805; 16 giugno 2010, n. 14496; 3 aprile 2010, n. 10510 e 8 febbraio 2011 n. 3032 e condiviso anche dalla giustizia amministrativa.

*Si vedano, ex multis: Ad opinione di questa Adunanza Plenaria, la questione sottoposta al suo esame va decisa confermando la tesi della giurisdizione del giudice ordinario, per le ragioni che seguono, fondate sulla base della situazione giuridica protetta, della natura della attività esercitata dall'amministrazione e della assenza, nella fattispecie, di una procedura concorsuale in senso stretto: si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti e deve ritenersi esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale.*

*Infatti, da un lato, si tratta di atti gestori del datore di lavoro pubblico a seguito della già avvenuta instaurazione del rapporto di pubblico impiego; dall'altro lato, non è configurabile la procedura concorsuale diretta alla assunzione in un impiego pubblico, per la quale sola vale la regola residuale (e speciale) della giurisdizione del giudice amministrativo.*



Con riguardo alla natura della attività esercitata e alla posizione soggettiva attiva azionata - come ha ripetutamente affermato nel suo iter argomentativo la Cassazione a Sezioni Unite, quale giudice regolatore della giurisdizione: decisioni 10 novembre 2010, n.22805; 16 giugno 2010, n.14496; 3 aprile 2010, n.10510 - nella fattispecie della giusta posizione o collocazione nella graduatoria permanente o ad esaurimento degli insegnanti, vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, comma 2 d.lgs. n.165 del 2001, di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poiché la pretesa consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

Inoltre, non può configurarsi l'eventuale inerenza a procedure concorsuali, ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n.165 del 2001 attribuite alla cognizione del giudice amministrativo, per l'assenza nella fattispecie di un bando, di una procedura di valutazione e di una approvazione finale di graduatoria che individui i vincitori.

Si tratta, invece, di inserimento in graduatoria di coloro che sono in possesso di determinati requisiti, anche sulla base della pregressa partecipazione a concorsi, in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendono via via disponibili; è esclusa comunque ogni tipologia di attività autoritativa sulla base di valutazioni discrezionali.

Il medesimo principio è stato ribadito dalle Sezioni Unite in una recente sentenza (Corte di Cassazione n.3032 dell'8 febbraio 2011), secondo cui la giurisdizione sulla impugnativa delle graduatorie spetta al giudice ordinario perché vengono in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n.165 del 2001" di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, perché la pretesa ha ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria



utile ai fini dell'assunzione;

(...) Con riferimento alle graduatorie permanenti o ad esaurimento del personale scolastico, si è in presenza di atti i quali esulano sotto vari aspetti da quelli compresi nelle procedure concorsuali per l'assunzione, né tali atti possono essere ascritti ad altre categorie di attività autoritativa (identificate dal d.lgs. n.165 del 2001, art. 2, comma 1)" (Cons. Stato, sez. plenaria, sentenza 12 luglio 2011, n.11).

Si legga infine, recentissima, la sentenza del Tar Brescia Sezione II, 10 novembre 2014 n. 1203 che afferma la "conformità alla giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione (cfr., in particolare, Cass. S.U. 9 agosto 2010 n. 18479; Cass. S.U. 28 luglio 2009 n. 17466; Cass. 13 febbraio 2008 n. 3399 e, da ultimo, l'ordinanza 21 febbraio 2013, n. 4295) secondo cui, in materia di graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola e con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, venendo in questione atti che non possono non restare compresi fra le determinazioni assunte 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, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione".

E in senso conforme la sentenza del TAR Lombardia, Milano, 13 giugno 2014, n. 1564: "La gestione delle graduatorie permanenti, inclusi gli atti di ammissione, esclusione, attribuzione del punteggio, ed eventuali modifiche, si risolvono, invero, in vicende proprie di un rapporto di lavoro già in essere con l'Amministrazione e non in vicende inerenti l'accesso al pubblico impiego. Inoltre, le procedure concorsuali per l'assunzione sono quelle che hanno inizio con l'emanazione di un bando e si caratterizzano per la valutazione comparativa dei candidati, nonché per la compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i vincitori, si pone come atto terminale del



*procedimento. Nel caso delle graduatorie di specie, invece, ove manca un'attività discrezionale di valutazione dei titoli e dei requisiti da parte dell'Amministrazione, che effettua un mero riscontro dell'effettiva sussistenza degli stessi, si configurano poteri di gestione tipici del datore di lavoro privato, per cui la posizione dell'interessato non può che configurarsi come di diritto soggettivo, tutelabile dinanzi al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 63 comma 1, d.lg. n. 165 del 2001, così come avviene per i vari sistemi di reclutamento del personale della scuola basati sull'inserimento degli aspiranti in graduatoria secondo criteri fissi e prestabiliti e sulla chiamata non già immediata ma solo eventuale e futura" (cfr. anche TAR Lazio, sez. III bis, nn. 8498/2013 e 4202/2014).*

Sul punto, quindi, l'orientamento della giurisprudenza risulta ampiamente consolidato.

**Sul diritto della Prof.ssa Rapelli alla permanenza ovvero al reinserimento in graduatoria ad esaurimento**

Come noto, con legge n. 296/2006 le graduatorie permanenti della scuola venivano trasformate in graduatorie ad esaurimento, nell'intento di eliminare il risalente fenomeno del precariato.

In esse sono iscritti i docenti provvisti di abilitazione all'insegnamento. Le graduatorie, strutturate su base provinciale, vengono aggiornate ogni tre anni per quanto riguarda i titoli e le posizioni degli iscritti, ma rimangono chiuse all'inserimento di nuovi nominativi. Dal 2008 infatti non è più possibile iscriversi in queste graduatorie, che sono pertanto destinate ad esaurirsi.

Per quel che specialmente rileva, la procedura di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo nelle fasce I, II, III e aggiuntiva era indetta con decreto D.M. n. 235 del 1.4.2014. La norma prevedeva che la permanenza nelle graduatorie in parola dovesse avvenire su domanda dell'interessato, in mancanza della quale sarebbe stata disposta la cancellazione definitiva dalla graduatoria (cfr. art. 1 D.M. citato).





Tale formulazione riprendeva il contenuto di una disposizione normativa, più precisamente l'art. 1 co. 1-bis D.L. n. 97/2004 che così dispone: *"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"*.

La ratio di tale norma è evidente ed è volta ad impedire che nelle graduatorie rimangano inutilmente inseriti soggetti che per varie ragioni non siano più interessati alla permanenza. In mancanza di tale previsione, il meccanismo di nomina dei docenti sarebbe rallentato proprio per la presenza di tali soggetti non più interessati alla chiamata, con conseguente disagio per l'amministrazione.

Se da un lato sussiste ed è innegabile tale esigenza di buona amministrazione, dall'altro però deve essere considerata prevalente quella (non contrastante con la prima) di coloro che mantengono un concreto interesse all'inserimento in graduatoria e per qualunque ragione non abbiano potuto inserire la domanda tempestivamente.

Il legislatore, compresa tale necessità, aveva infatti inserito una norma di salvaguardia proprio per tale categoria di soggetti: "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" (si veda art. 1 comma 1 bis D.L. n. 97/2004, così come inserito dall'allegato alla L. 4.6.2004, n. 143).

Alla luce delle norme e della ratio descritte, occorre procedere a una lettura costituzionalmente orientata dell'impianto normativo vigente: se è legittimo, da un alto, raffinare le graduatorie ad esaurimento dalla presenza di docenti che effettivamente non abbiano più interesse alla permanenza, risulta invece scorretto determinarne



l'esclusione sulla base di una volontà non acquisita in maniera espressa, ma solo desunta in via implicita a mezzo del silenzio o inerzia, anche incolpevole come nella fattispecie, tenuta dagli interessati.

Solo così argomentando può essere data piena ed effettiva attuazione a quel diritto al lavoro che trova garanzia costituzionale negli artt. 35 e seguenti Cost.

Risulta pertanto illegittimo il comportamento omissivo da parte dell'amministrazione scolastica, che in virtù della normativa sopra citata, interpretata secondo i dettami costituzionali, avrebbe quantomeno dovuto assegnare all'aspirante un termine di "grazia" per la regolarizzazione della propria posizione, in difetto di una volontà espressa e univoca di rinuncia alla posizione medesima - così come previsto propria dalla normativa primaria, a cui quella secondaria (rappresentata dal D.M.235/2014) illegittimamente non si adeguava.

La giurisprudenza più attenta recepiva correttamente e consolidava tale orientamento.

In particolare, così si esprimeva il Consiglio di Stato, sez. VI, con la recente sentenza 14.7.2014 n. 3658: *"Il comma 1-bis del decreto legge n. 97/2004 stabilisce che, a decorrere dall'a.s. 2004/2005, la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento dei docenti ivi inseriti postuli la presentazione di apposita domanda nel termine fissato dal Ministero dell'istruzione con l'emanando decreto per l'aggiornamento delle graduatorie medesime, pena la cancellazione da queste ultime per i successivi anni scolastici.*

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

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



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

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

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

Come ha osservato il primo giudice, gli interessati in questione appartengono al cosiddetto personale precario, per cui per essi il permanere nelle graduatorie in questione costituisce residua, anzi estrema, possibilità di accedere al mondo del lavoro, 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.



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

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

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

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

L'adottata esclusione, che riconduce alla mancata presentazione della



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

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

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" (cfr. in termini, anche



Cons. Stato, sez. VI, 14.7.2014 n. 3616; Tar Lazio, sez. III bis, sent. n. 21793/2010).

Anche i giudici del lavoro – ormai pacificamente competenti a conoscere della materia *de quo* – confermavano che "la norma (legge 296/2006 n.r.d.) **non prevede un termine di decadenza** per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, né abroga espressamente quanto previsto dalla L. 143/2004"; e che "l'introduzione di una graduatoria permanente, benché sorretta dall'intenzione di eliminare il fenomeno del precariato tra i docenti mediante una graduatoria definitiva, **non indica altresì l'intenzione del legislatore di escludere sic et simpliciter coloro che per un limitato periodo non abbiano richiesto l'aggiornamento del punteggio**"; statuendo "l'illegittimità di un'esclusione definitiva dalla graduatoria ad esaurimento sulla base di una previsione ministeriale, che **non** si rinviene nella L. 296/2006", anche in considerazione del fatto che tali graduatorie "costituiscono l'ultima possibilità per i docenti precari di accedere al ruolo pubblico" (cfr. Trib. Lav. Benevento, Ordinanza dicembre 2011).

E così asserivano che, nonostante l'intervento della nuova normativa che trasforma le graduatorie permanenti in graduatorie a esaurimento, "l'esclusione di coloro che non avevano dimostrato interesse per la permanenza nella graduatoria rimane invece disciplinata dalla legge previgente senza che la nuova apporti modifiche al sistema della rinnovazione della domanda" e che "nella specie non esiste alcuna impossibilità di contemporanea applicazione tra la previsione generale del carattere ad esaurimento delle graduatorie e la disposizione che consente **il reinserimento in graduatoria di chi già avesse maturato il diritto all'inserimento in graduatoria e ne sia stato cancellato soltanto per non aver presentato tempestiva domanda di aggiornamento** (...) la disposizione di cui all'art. 1 co. 1-bis D.L. n. 97/2004, nel disciplinare l'onere di presentazione della domanda di aggiornamento della



posizione in graduatoria e le conseguenze della mancata ottemperanza a tale onere costituisce in realtà norma speciale – per quanto riguarda questo specifico adempimento – rispetto alla norma generale che stabilisce il carattere ad esaurimento delle graduatorie”, concludendo che “le disposizioni contenute nel D.M. n. 42 dell'8 aprile 2009 e del D.M. n. 44 del 2 maggio 2011, nella misura in cui ritenute eventualmente in contrasto con il disposto dell'art. 1 co. 2-bis D.L. 97/2004 **non potranno che essere disapplicate, non potendo un decreto ministeriale negare il diritto al reinserimento nelle graduatorie previsto dalla legge**” (cfr. Trib Lav, Treviso, Ordinanza 18.11.2013; cfr. anche Trib. Lav. Brindisi, Ordinanza 28.8.1968; Trib. Lav. Firenze, Ordinanza 7.12.2011 e Trib. lav. Foggia, Ordinanza. n. 26646/11; Trib. Lav. Tivoli, 19.12.2014).

Orbene anche nella specie, l'amministrazione avrebbe dovuto prevedere forme di tutela delle prerogative al reinserimento di chi si fosse trovato nella soverchiante difficoltà di proposizione telematica della domanda di aggiornamento: in circostanze, cioè, in cui difettava la certezza di una volontà di non proseguire il rapporto di lavoro (sia pure a tempo determinato) con l'amministrazione dell'istruzione, e stante l'assenza di un'esigenza dell'amministrazione meritevole di prevalere o comunque contrastare quella del docente a mantenere la propria presenza in graduatoria.

Il rigore formale della scelta di consentire l'aggiornamento solamente attraverso la presentazione di domanda telematica, e soprattutto di sanzionare la mancata presentazione di detta domanda con il definitivo depennamento dalla graduatoria ad esaurimento, non trovava – come confortato dalla giurisprudenza - riscontro in alcuna norma primaria, né in alcun principio funzionale alla gestione delle procedure di accesso all'insegnamento.

Nella vicenda di cui è causa, peraltro, la scelta telematica dell'amministrazione si rivelava inefficace, foriera di disguidi e malfunzionamenti che rendevano oggettivamente difficile, se non



impossibile, la presentazione della domanda entro il termine previsto. Si insiste pertanto per l'accertamento e la dichiarazione del diritto della Prof.ssa Rapelli alla permanenza o reinserimento (e aggiornamento) nella graduatoria ad esaurimento per la classe A061, provincia di Milano, aa.ss. 2014/2017, ad ogni effetto (anche ai fini del collocamento nelle graduatorie di istituto, prima fascia), previa eventuale disapplicazione delle norme del D.M. n. 235 del 1.4.2014 nella misura in cui siano ritenute in contrasto con il disposto dell'art. 1, comma 1-bis D.L. 97/2004, non potendo un decreto ministeriale negare il diritto al reinserimento nelle graduatorie previsto dalla legge, anche in considerazione del fatto che tali graduatorie "costituiscono l'ultima possibilità per i docenti precari di accedere al ruolo pubblico".

\* \* \*

Tutto ciò premesso, l'insegnante Anna Paola Alfonsina Giulia Rapelli, *ut supra* rappresentata e difesa, rassegna le seguenti

#### CONCLUSIONI

Voglia l'On.le Tribunale adito, previa fissazione dell'udienza di discussione ai sensi dell'art. 415 c.p.c., *contrariis reiectis*, così giudicare:

##### **A) NEL MERITO:**

**- Accertare e dichiarare il diritto della ricorrente prof.ssa Anna Paola Alfonsina Giulia Rapelli al re-inserimento** nella graduatoria ad esaurimento, classe A061, provincia di Milano, valevole per il triennio 2014/15, 2015/16, 2016/17, **sulla base del punteggio spettante a seguito di aggiornamento, ad ogni effetto, previa eventuale disapplicazione delle norme del D.M. n. 235 del 1.4.2014** nella misura in cui ritenute in contrasto con il disposto dell'art. 1, comma 1-bis D.L. 97/2004;

**- Condannare le Amministrazioni convenute a formalizzare tutti gli atti necessari all'effettivo re-inserimento della Prof.ssa Rapelli** nella graduatoria ad esaurimento, classe A061, provincia di





Milano, valevole per il triennio 2014/15, 2015/16, 2016/17, sulla base del punteggio spettante a seguito di aggiornamento, ad ogni effetto, previa eventuale disapplicazione delle norme del DM n. 235 del 1.4.2014 nella misura in cui ritenute in contrasto con il disposto dell'art. 1, comma 1-bis D.L. 97/2004;

**- Condannare le Amministrazioni convenute al pagamento delle spese legali** relative al presente procedimento con distrazione in favore dei difensori antistatari ex art. 93 c.p.c.;

Si producono i seguenti documenti:

1. Contratto a tempo determinato sino al 30.6.2014 presso il liceo classico statale "Clemente Rebora" di Rho;
2. Graduatoria ad esaurimento classe di concorso A061 della provincia di Milano alla data del 31.7.2013
3. D.M. n. 235 del 1.4.2014
4. Nota MIUR prot. A00DGPER N. 4406 del 7.5.2014
5. Relazioni di dimissione dell'ospedale Luigi Sacco di Milano
6. Nota MIUR Prot. A00DGPER n. 5541 del 30.5.2014
7. Decreto del MIUR – USRL – Ufficio XVII – A.T. di Milano n. 14589 del 12.8.2014

\*

**Ai sensi della normativa in materia di spese di giustizia, si dichiara che il valore del presente procedimento è indeterminabile, pertanto il valore del contributo unificato, trattandosi di materia di lavoro, è pari ad € 259,00.**

\*

Con osservanza.

Milano, 22 dicembre 2014

Domenico Barboni

Annamaria Nardone

(atto firmato digitalmente ai sensi di legge)

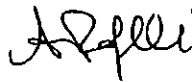


## PROCURA

Io sottoscritta Anna Paola Alfonsina Giulia Rapelli, nata a Milano il 28.7.1960, delego a rappresentarmi e a difendermi nel presente giudizio innanzi al Tribunale del Lavoro di Milano, in relazione alla cancellazione dalla graduatoria ad esaurimento per la classe di concorso A061, in ogni sua fase e grado, compresi il giudizio di opposizione e di esecuzione, ed in ogni giudizio di cognizione e nei procedimenti speciali ad esso inerenti, gli avv.ti Domenico Barboni e Anna Nardone del Foro di Milano, anche disgiuntamente, eleggendo domicilio presso il loro studio in Milano, via Lamarmora n. 36, al qual concedo ogni più ampia facoltà di legge, ivi compresa quella di conciliare, transigere anche ai sensi dell'art. 185 c.p.c., incassare, quietanzare, rinunciare agli atti ed all'azione, accettare la rinuncia, chiamare terzi in causa, appellare i provvedimenti, nominare e delegare altri difensori, eleggere domicilio, fare qualsiasi atto procedurale anche se qui non specificatamente indicato. Dichiaro di essere stata informata ai sensi dell'art. 4, 3° comma, del d.lgs. n. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto allegato. Ai sensi del Codice per la protezione dei dati personali di cui al d.lgs. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni autorizzo l'utilizzo dei dati personali che possono essere comunicati a colleghi, collaboratori e dipendenti per lo svolgimento dell'attività difensiva di cui alla presente delega in conformità a quanto disposto dalla predetta normativa.

Milano, 22/12/2014

RAPELLI ANNA PAOLA ALFONSINA GIULIA

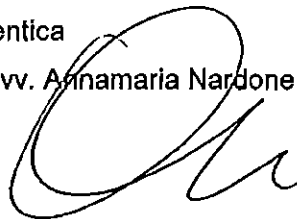


La firma è autentica

Avv. Domenico Barboni



Avv. Annamaria Nardone





**Tribunale Ordinario di Milano**  
**Sezione Lavoro**

Il Giudice,

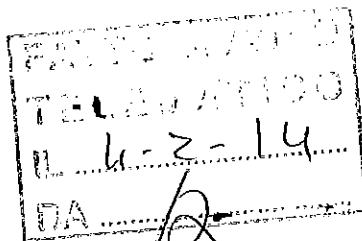
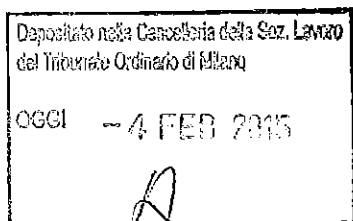
Visto l'art. 415 c.p.c.

**FISSA**

per la discussione della causa l'udienza del 6 maggio 2015 ore 10.30 stanza 213 piano II Via Pace 10, a cui le parti sono tenute a comparire personalmente, avvertendo la parte convenuta che, per non incorrere nelle decadenze di legge, ha l'onere di costituirsi in giudizio almeno 10 giorni prima dell'udienza, mediante deposito di memoria difensiva contenente gli elementi indicati dagli artt. 416 e 418 c.p.c.

Milano, 3.2.2015

Il Giudice  
Laura Bertoli



E' copia conforme all'originale

Milano, 09 FEB 2015



UFFICIO GIUDIZIARIO  
Avv. Maria MOLINARI