

TRIBUNALE CIVILE DI CATANIA - SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART. 414 E SS. C.P.C.

IN RIASSUNZIONE EX ART. 11 C.P.A.

NONCHE' CON CONTESTUALE ISTANZA EX ART. 700 CP.C.

PER

Angela Bonaviri, nata a Burgdorf (Svizzera) il 11.06.1967, residente in Mineo (Catania) in via Giovanni Verga n. 1/a, rappresentata e difesa sia congiuntamente che disgiuntamente dagli Avv.ti Francesco Americo (cf: MRCFNC77C14D643F - pec: francescoamerico@ordineavvocatiroma.org - fax: 0696708512) e Filippo Aiello (c.f. LLAFFP60C10B790L - pec: filippoaiello@ordineavvocatiroma.org - fax 0696708512), ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Salvatore Marco Spataro (c.f. SPTSVT70H14C351Q; pec: salvatoremarco.spataro@pec.ordineavvocaticatania.it - fax: 095383876) in via Giacomo Leopardi n. 23, cap 95127 Catania, come da mandato in calce al presente atto.

Contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA (da ora MIUR) (80185250588) nella persona del Ministro pro-tempore in carica;

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA, in persona del legale rappresentante p.t. in carica;

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI CATANIA, in persona del legale rappresentante p.t.

Resistenti

nei confronti di

CUNSOLO MARIA GRAZIA;

GERACI ILENIA ENZA.

controinteressati

per l'accertamento, previa disapplicazione di ogni altro atto o provvedimento ostativo

del DIRITTO

della ricorrente al reinserimento nelle graduatorie provinciali ad esaurimento *per il personale docente della scuola dell'infanzia e della scuola primaria della provincia di Catania valide per il triennio 2014/2015 – 2015/2016 e 2016/2017.*

PREMESSO

1) Chi ricorre ha agito innanzi al Tribunale Amministrativo del Lazio per ottenere l'annullamento *“della graduatoria definitiva ad esaurimento per il personale docente della scuola dell'infanzia e della scuola primaria della provincia di Catania pubblicata il 25 agosto del 2014 valide per il triennio 2014/2015 – 2015/2016 e 2016/2017 nonché della nota prot. n. 11519 emessa dall'Ufficio Scolastico Provinciale di Catania in data 25.08.2014 nella parte in cui dovesse utilizzare le graduatorie ad esaurimento per la scuola dell'infanzia e scuola primaria in spregio al legittimo interesse della ricorrente di essere considerata inclusa in dette graduatorie; in via subordinata del decreto n. 235 del 01 aprile 2014 del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, pubblicato in data 09 aprile 2014, regolante l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo per il triennio 2014/2017, successivamente lesivo, nel caso in cui dovesse interpretarsi in senso negativo e sfavorevole per la ricorrente; nonché tutti gli atti connessi e/o collegati, antecedenti o conseguenti, di estremi sconosciuti con cui chi ricorre sia stato cancellato dalla suddetta graduatoria; nonché per l'obbligo a provvedere della P.A, per il reinserimento ed il riesame della posizione di chi ricorre.”*

2) Con sentenza n. 6937/2015, il giudice amministrativo di primo grado ha dichiarato il difetto di giurisdizione ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro dinanzi al quale ha ordinato la riassunzione nei termini indicati dall'art. 11 c.p.a., fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda.

*** ** ***

3) La ricorrente è docente abilitata all'insegnamento per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria avendo superato i concorsi ordinari per esami e titoli rispettivamente del 1990 e 2000 e da ultimo ha prestato servizio presso l'Istituto comprensivo Pinte di Palagonia (CT);

4) La medesima, in occasione della trasformazione delle graduatorie permanenti del personale docente in graduatorie ad esaurimento, avvenuta con l'art. 1, comma 605, della legge 296/2006, si è inserita nelle neo istituite graduatorie ad esaurimento per la provincia di Catania e, come risulta dalla documentazione, la ricorrente risultava già inserita nelle suddette graduatorie con punteggio, da ultimo, pari a punti 18 per la scuola dell'infanzia e punti 75 per la scuola primaria.

5) Dunque, in quanto abilitata all'insegnamento, la ricorrente è in possesso del titolo di

accesso alle graduatorie ad esaurimento utilizzabili per le assunzioni in ruolo sul 50% dei posti autorizzati e per il conferimento delle supplenze annuali.

6) La sig.ra Bonaviri, consapevole della propria posizione in graduatoria e non avendo altri titoli aggiuntivi rispetto a quelli in suo possesso, non presentava la domanda di aggiornamento per il triennio 2014/2017 né riceveva alcuna comunicazione da parte dell'Ufficio Scolastico Provinciale di competenza il quale, considerando la rilevanza delle conseguenze che sarebbero potute derivare dal mancato inoltro della suddetta domanda, avrebbe quantomeno potuto e dovuto concedere un termine per regolarizzare la propria posizione.

7) E' utile rammentare che in merito alla questione oggetto del presente giudizio e sul punto specifico della interpretazione della legge in occasione dell'applicazione del Decreto Ministeriale n.235 del 01 aprile 2014, si è espresso recentemente il Consiglio di Stato che ha confermato la illegittimità del Decreto ove interpretato nel senso voluto dalla Amministrazione e dei provvedimenti di cancellazione dalle graduatorie ad esaurimento assunti dall'amministrazione nei confronti di coloro che non avevano presentato una domanda di aggiornamento.

8) Nello specifico già Tribunali ordinari hanno accolto ricorsi identici a quello in argomento, in senso conforme Tribunale di Napoli sentenza 23 gennaio 2014, si citano anche Tribunale di Rimini, sez. Lav., sentenza 19.11.2012; Tribunale di Massa sez. lav. Sentenza 11.10.2014; Tribunale di Pistoia sez. lav. Sentenza 27 marzo 2014; Tribunale di Frosinone sez. lav. Ordinanza 24 luglio 2014;

9) Per quanto riguarda la giustizia amministrativa del Consiglio di Stato chiamata a decidere sul D.M. 235, attraverso la **sentenza n.3658 del 2014** ha rilevato: “ *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 ad esaurimento, consentendo che nelle graduatorie così riconfigurate possano inserirsi, a pieno titolo, coloro che sono in possesso di un'abilitazione, nonchè coloro che hanno in corso una procedura abilitante ordinaria o riservata. Il riferimento alla legge n. 296/2006, con la quale è stata disposta la riconfigurazione delle graduatorie provinciali da graduatorie permanenti (aperte) a graduatorie ad esaurimento (chiuse), risulta opportuno, in quanto è con tale provvedimento legislativo che si pone un termine ultimo (anno 2007) per l'ingresso nelle graduatorie, consentendo de futuro la possibilità di disporre gli accertamenti biennali, esulando dalla norma qualsiasi intento di prefigurare l'esclusione dalle medesime quale conseguenza dell'omissione della presentazione della domanda di aggiornamento o conferma del punteggio. L'esito voluto dall'amministrazione sarebbe contraddittorio, e non privo di elementi di prevaricazione per le legittime aspettative giuridiche degli interessati, perché l'avere blindato le graduatorie, nella prospettiva del loro esaurimento, non può giustificare, apparendo anzi sommamente ingiusto, la cancellazione definitiva dalle medesime per effetto di una omissione non*

*consapevole perché non debitamente partecipata ed 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. 241/1990, 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 omissso 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 le inclusioni e/o aggiornamenti in graduatoria, come il precedente ddg del 21 aprile 2004, avevano espressamente previsto 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 [...]". Trattasi all'evidenza di norme intese a salvaguardare il principio dell'affidamento dei soggetti già inclusi nelle graduatorie". In conclusione, secondo il Consiglio di Stato: " **Non è conforme a regole di ragionevolezza e di buona amministrazione l'onereare il docente che già figura in graduatoria di riaffermare una volontà che egli ha già espresso, con ricadute gravemente lesive conseguenti alla mancata e ulteriore manifestazione di detta volontà**".*

10) Stà di fatto che, al momento della pubblicazione delle graduatorie definitive di merito per la scuola dell'infanzia e la scuola primaria da parte dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Catania, la ricorrente rilevava la cancellazione del proprio nominativo. Con lettera del 28.10.2014 la ricorrente chiedeva quindi la rettifica della graduatoria in questione finalizzata al reinserimento del proprio nominativo e del punteggio già a suo tempo riconosciuto. Tutto ciò premesso, l'esclusione della ricorrente dalle vigenti graduatorie ad esaurimento valide per il triennio 2014/2017 è del tutto illegittima e conferma i profili di illegittimità già avanzati col ricorso principale.

11) **Risulta quindi evidente la illegittimità della condotta assunta dalle amministrazioni resistenti nella parte in cui hanno disposto la esclusione/cancellazione della ricorrente dalle graduatorie permanenti in cui risultava già inserita con ciò procurandole un danno economico e professionale aggravato dal fatto che, come confermato dall'attuale Governo, tali graduatorie saranno definitivamente cancellate a partire dal 2015 con l'assunzione di tutti i precari che risultano in esse inserite.**

Si riassume quindi il ricorso iscritto al registro generale 3200 del 2015 proposto dalla ricorrente innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio e deciso con sentenza n. 6937/2015 resa tra le stesse parti e depositata il 12 maggio 2015 che ha ordinato la presente riassunzione e richiamandolo integralmente ripropone i motivi di diritto e le

istanze cautelari come da ricorso che segue :

MOTIVI DI DIRITTO

I. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA DI CUI ALLA LEGGE N. 241/1990 E SUCCESSIVE MODIFICHE ED INTEGRAZIONI. VIOLAZIONE DEI PARAMETRI COSTITUZIONALI DESUMIBILI DAGLI ARTT. 3, 4 E 97 DELLA COSTITUZIONE. ECCESSO DI POTERE. CARENZA DI MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETA' E ILLOGICITA'.

Il modus operandi dell'Amministrazione non appare in linea con la normativa primaria ed in particolare con le prescrizioni dettate dal comma 605 della legge n. 249/2006 che testualmente recita: *“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”.*

Risulta evidente come tale norma non preveda un termine di decadenza per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento né abroga quanto previsto dalla l. n. 143/2004, operando la mera trasformazione delle graduatorie permanenti, di cui alla medesima legge, in graduatorie ad esaurimento.

Né tantomeno sussiste un rapporto di incompatibilità tra le due norme primarie tale da far pervenire ad un giudizio di abrogazione implicita della legge precedente, giacché 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.

In merito alla questione oggetto del presente giudizio, si è espresso recentemente il Consiglio di Stato che, con argomentazioni logiche ha confermato la illegittimità dei provvedimenti di cancellazione dalle graduatorie ad esaurimento assunti dall'amministrazione nei confronti di coloro che non avevano presentato una domanda di aggiornamento.

Nella decisione di appello, i giudici hanno motivato richiamando la normativa primaria e la mancata previsione in essa di qualsivoglia sanzione di cancellazione verso chi risultava già incluso nelle graduatorie in questione.

Nello specifico la sentenza afferma che: *“ 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 ad esaurimento, consentendo che nelle graduatorie così riconfigurate possano inserirsi, a pieno titolo, coloro che sono in possesso di un'abilitazione, nonchè coloro che hanno in corso una procedura abilitante ordinaria o riservata.*

Il riferimento alla legge n. 296/2006, con la quale è stata disposta la riconfigurazione delle graduatorie provinciali da graduatorie permanenti (aperte) a graduatorie ad esaurimento (chiuse), risulta opportuno, in quanto è con tale provvedimento legislativo che si pone un termine ultimo (anno 2007) per l'ingresso nelle graduatorie, consentendo de futuro la possibilità di disporre gli accertamenti biennali, esulando dalla norma qualsiasi intento di prefigurare l'esclusione dalle medesime quale conseguenza dell'omissione della presentazione della domanda di aggiornamento o conferma del punteggio.

L'esito voluto dall'amministrazione sarebbe contraddittorio, e non privo di elementi di prevaricazione per le legittime aspettative giuridiche degli interessati, perché l'avere blindato le graduatorie, nella prospettiva del loro esaurimento, non può giustificare, apparendo anzi sommamente ingiusto, la cancellazione definitiva dalle medesime per effetto di una omissione non

consapevole perché non debitamente partecipata ed 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. 241/1990, 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 omissso 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 le inclusioni e/o aggiornamenti in graduatoria, come il precedente ddg del 21 aprile 2004, avevano espressamente previsto 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 [...]". Trattasi all'evidenza di norme intese a salvaguardare il principio dell'affidamento dei soggetti già inclusi nelle graduatorie".

In conclusione, secondo il Consiglio di Stato: " Non è conforme a regole di ragionevolezza e di buona amministrazione l'onereare il docente che già figura in graduatoria di riaffermare una volontà che egli ha già espresso, con ricadute gravemente lesive conseguenti alla mancata e ulteriore manifestazione di detta volontà".

Risulta quindi evidente la illegittimità della condotta assunta dalle amministrazioni resistenti nella parte in cui hanno disposto la esclusione/cancellazione della ricorrente dalle graduatorie permanenti in cui risultava già inserita con ciò procurandole un danno economico e professionale aggravato dal fatto che, come confermato dall'attuale Governo, tali graduatorie saranno definitivamente cancellate a partire dal 2015 con l'assunzione di tutti i precari che risultano in esse inserite.

..ooOoo..

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 605 LETT. C) DELLA L. 296/2006 E DELL'ART. 1 COMMA 1 BIS L. N. 143/2004. ECCESO DI POTERE, CARANZA DI MOTIVAZIONE. CONTRADDITTORIETA' E ILLOGICITA'.

Come già evidenziato, la 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 ad esaurimento senza tuttavia stravolgerne la natura.

Il sistema delle graduatorie uniche permanenti ha principio, alla entrata in vigore della legge 124 del 1999, dalla istituzione di altrettante graduatorie di base, nate dalla trasformazione delle graduatorie ancora valide dei concorsi per soli titoli espletati nel corso della precedente disciplina. Nella graduatoria permanente il personale è disposto con un proprio punteggio. Finchè hanno avuto la natura di graduatorie uniche e permanenti sono state periodicamente integrate e aggiornate (art. 401, comma secondo, T.U. 297 del 1994 nella nuova versione). Ed invero, ai sensi dell'art. 1, comma quinto, della legge 124 del 1999 le stesse graduatorie permanenti sono state utilizzate dopo l'esaurimento delle corrispondenti graduatorie compilate ai sensi dell'art. 17 del decreto – legge 3 maggio 1988 n. 140, convertito in legge 4 luglio 1988 n. 246, nonché delle graduatorie provinciali di cui agli articoli 43 e 44 della legge 20 maggio 1982 n. 270.

Nella legge 124 del 1999 non vi è traccia di gerarchia tra le diverse categorie di soggetti che hanno titolo all'inserimento nella graduatoria permanente che non sia il punteggio di merito in dotazione di ciascuno. L'unico criterio di graduazione è quello che discende dalla valutazione dei titoli al fine di individuare i più capaci e meritevoli. Inoltre, come confermato dai giudici amministrativi, considerato che i requisiti per accedere all'insegnamento sono costituiti soltanto dal titolo di studio specificatamente richiesto e dal titolo di abilitazione allo specifico insegnamento "in armonia col principio costituzionale che garantisce l'accesso ai pubblici uffici a tutti coloro che ne hanno titolo, indipendentemente dal momento in cui l'hanno conseguito" (Tar Lazio sez. III bis sent. 3309/2002).

Pertanto, tutti coloro che hanno superato l'esame di abilitazione o di idoneità, qualunque sia la loro provenienza, debbono poter partecipare alle operazioni di inserimento nella graduatoria provinciale con il punteggio con cui ognuno potrà graduarsi in relazione al proprio titolo abilitante. (Per una ricostruzione del sistema delle graduatorie provinciali permanenti vedi Tar Lazio, sez. III bis sentenza del 18 aprile 2002 n. 3309 e sent. n. 4731 del

2002).

E' coerente allora affermare che, la riconfigurazione delle graduatorie provinciali, da permanenti ad esaurimento, non implica ex se – in assenza di un'esplicita scelta di campo del legislatore tesa a conformare la valenza giuridica di dette graduatorie ad esaurimento – la cristallizzazione di queste ultime, nel senso di impedire il reinserimento in graduatoria dei docenti cancellati.

Inoltre, la differente locuzione usata dal legislatore nella Finanziaria del 2007, fa specifico riferimento alla possibilità di un ingresso ex novo dei docenti neo abilitati, ulteriore e definitivo, in dette graduatorie, così in definitiva conformando le graduatorie ad esaurimento; essa però non può essere piegata al punto da cogliervi conseguenze limitative per i soggetti già inseriti che per un limitato periodo non abbiano richiesto l'aggiornamento del punteggio.

Da ciò ne consegue che la decisione delle amministrazioni resistenti di escludere la ricorrente dalla graduatoria ad esaurimento in cui risultava già inserita per non aver presentato la domanda di aggiornamento, si pone in evidente contrasto anche con la normativa di cui alla legge n. 143/2004, che non è stata mai abrogata e che prevede comunque la possibilità di reinserimento dei docenti illegittimamente cancellati.

Quindi, previa disapplicazione delle disposizioni contenute nei DM n. 235 del 01.04.2014 ed occorrendo dei precedenti analoghi decreti, le Amministrazioni intime dovranno essere condannate a reinserire la ricorrente nelle vigenti graduatorie, valide per il triennio 2014/2017, con il recupero del punteggio, preferenze maturati all'atto della ingiusta cancellazione.

..ooOoo..

III. SUL LEGITTIMO AFFIDAMENTO.

La ricorrente faceva affidamento sulla certezza e chiarezza della normativa primaria nonché sul fatto che, una volta inserita nelle graduatorie ad esaurimento sopra indicate continuasse a permanere con il medesimo punteggio da sempre assegnato.

E' quindi palese che, oggetto del presente giudizio è anche l'interesse della ricorrente a mantenere l'affidamento legittimamente ricevuto dalla chiarezza della normativa di fonte

primaria.

La giurisprudenza costituzionale ha d'altronde da molto tempo consolidato l'orientamento per cui il diritto costituzionale al legittimo affidamento – scaturente come corollario dal principio di ragionevolezza dell'art. 3 Cost e per la verità collocato dalla stessa giurisprudenza comunitaria tra i principi *“comuni alle costituzioni degli stati membri”* dell'Unione europea – come diritto alla conservazione di certezze giuridiche acquisite, anche dinanzi al sopraggiungere di normative *“le quali trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti”*, è un diritto autonomo e a sé stante, in quanto direttamente e distintamente posto a presidio dello *“stato di diritto”*, rispetto ai singoli diritti, anche di rango costituzionale.

Pertanto, quando entra in gioco il diritto all'affidamento, viene ad essere protetta l'esigenza che le promesse assicurate come certe siano effettivamente mantenute; il bene della vita protetto è la fiducia legittimamente ed in buona fede riposta nell'ottenimento di determinati benefici, quali che essi siano, in vista dei proponimenti e dei piani che la persona, confidando nei benefici stessi, abbia fatto per il proprio avvenire.

Anche per questo, l'attuale ricorso ben può rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo al quale giudice si chiede di annullare, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, atti di autorità della pubblica amministrazione che hanno determinato l'esclusione/cancellazione della ricorrente dalla graduatoria ad esaurimento in cui era già inserita e che elidono illegittimamente il beneficio derivante alla ricorrente di mantenere l'affidamento ricevuto.

..ooOoo..

IV. VIOLAZIONE ERRONEA E FALSA APPLICAZIONE DEL DM 235/2014. NONCHE' VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 605, LETT C) DELLA L. N. 296/2006 E DELL'ART. 1 COMMA 1 BIS L. N. 143/2004. ECCESSO DI POTERE. CARENZA DI MOTIVAZIONE. CONTRADDITTORIETA' E ILLOGICITA'.

Il Decreto Ministeriale n. 235 del 9.4.2014 - all'art. 1 denominato *“aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo - Trasferimenti da una provincia all'altra”* al comma 1 prevede espressamente che: *“Il personale docente ed educativo, inserito a*

pieno titolo o con riserva, nelle fasce I, II, III e aggiuntiva (di seguito, per semplicità, denominata "IV") delle graduatorie ad esaurimento costituite in ogni provincia, può chiedere: a) la permanenza e/o l'aggiornamento del punteggio con cui è inserito in graduatoria; b) la conferma dell'iscrizione con riserva o lo scioglimento della stessa. A norma dell'articolo 1, comma l-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 articolo 9. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria".

Il citato decreto risulterebbe successivamente lesivo qualora dovesse interpretarsi in senso negativo nei confronti della ricorrente nella parte in cui si pone in contrasto con la normativa di fonte primaria ed in particolare con il comma 605 della legge n. 249/2006 che testualmente recita: *" Con effetto dall'entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti di cui all'art. 1 del decreto n. 97/2004, convertito con l. n. 143/2004, sono trasformate in graduatorie ad esaurimento"*.

Inoltre, il successivo comma 607 dell'art. 1 della legge finanziaria, nel prevedere la ridefinizione con decreto del Ministro della Pubblica Istruzione, della tabella di valutazione allegata al decreto legge n. 97/2004, convertito con modificazioni dalla legge n. 143/2004, si limita a riconfermare l'aggiornamento biennale delle graduatorie di cui all'art. 401 del testo unico sull'istruzione di cui al decreto legislativo n. 297/1994, senza, tuttavia, prevedere la cancellazione definitiva dei docenti già inclusi che, per un qualunque motivo, non abbiano presentato la domanda per un breve periodo di tempo.

Quindi, risulta evidente come tale disposizione non preveda in alcun modo la cancellazione dei lavoratori già inclusi né tantomeno l'impossibilità di ottenere un reinserimento di chi era incluso ed ingiustamente è stato cancellato. Come è stato rilevato (Tribunale di Napoli, sentenza 23 gennaio 2014: *"altro significato non può essere riconosciuto alla disciplina così delineata: in particolare da essa non solo non è possibile argomentare in alcun modo che la cancellazione per mancata presentazione della domanda sia definitiva ma anzi si evince esattamente il contrario: ossia che la cancellazione non è mai definitiva"*. Nè ha pregio sostenere che ex art. 1, comma 1, lettera b) del D.M. 1 aprile 2014 n. 235, a norma dell'art. 1 comma 1 bis del d.l.

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 ad 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 definitiva dalla graduatoria".

Infatti come già rilevato dalla giurisprudenza amministrativa (Tar Lazio 1705/2013) e ribadito dalla giurisprudenza del Giudice del lavoro una fonte normativa secondaria quale è il decreto Ministeriale non può assolutamente derogare ad una specifica norma giuridica quale è quella legislativa di grado superiore introducendo una decadenza sostanziale non prevista da quest'ultima. Nè sarebbe possibile sostenere l'esistenza di un contrasto tra la disciplina legislativa di cui si chiede l'applicazione e la legge finanziaria 296/2006 (art. 1, comma 605 lett. c) laddove dispone la trasformazione delle graduatorie permanenti del personale docente ed educativo in graduatorie ad esaurimento. Infatti la normativa da ultimo citata ha avuto il fine di impedire nuovi ingressi in graduatoria di docenti in precedenza non iscritti, introducendo un termine ultimo per l'ingresso nelle graduatorie stesse.

Non ha invece precluso in alcun modo i successivi aggiornamenti delle graduatorie preesistenti rispetto ai docenti che come la ricorrente vi risultavano già iscritti né ha previsto una ipotesi di definitiva esclusione dalle graduatorie di detti docenti quale conseguenza della omessa presentazione della domanda di permanenza per uno dei periodi di aggiornamento. In senso conforme al Tribunale di Napoli si citano Tribunale di Rimini, sez. Lav., sentenza 19.11.2012; Tribunale di Massa sez. lav. Sentenza 11.10.2014; Tribunale di Pistoia sez. lav. Sentenza 27 marzo 2014; Tribunale di Frosinone sez. lav. Ordinanza 24 luglio 2014

Anche la giustizia amministrativa con la sentenza n. 21793 del 2010 (sentenza del TAR Lazio) ha disposto l'annullamento dei provvedimenti ministeriali generali nella parte in cui non prevedevano l'assegnazione, ai docenti interessanti, di un termine per esprimere o meno la volontà di permanere in graduatoria, in quanto illegittimo alla luce della L. n. 143 del 2004, art. 1, comma I-bis, ed, inoltre, posto in violazione del principio del legittimo affidamento dei soggetti già inclusi in graduatoria. In particolare la citata sentenza

chiarisce che: “La motivazione addotta è che “...un’applicazione letterale della norma conduca ad esiti plausibilmente non conformi ai parametri desumibili dagli artt. 3 e 97 della Costituzione. Invero, non si vede come possa predicarsi conforme alle regole di ragionevolezza e di buona amministrazione l’onerare il docente che già figura in graduatoria a riaffermare una volontà che egli ha già espresso, con ricadute ampiamente dannose conseguenti alla mancata (ulteriore) manifestazione di detta volontà. Tali rilievi possono essere vinti solo ove la ratio della normativa in questione vada ricondotta alla finalità di depurare le graduatorie permanenti dalla presenza di docenti che effettivamente non abbiano più interesse a permanervi, e non certo all’intento di sfoltire comunque le graduatorie, sulla base di una volontà degli interessati, non espressa in via esplicita ma desunta in via presuntiva a mezzo del silenzio, o del comportamento comunque inerte, dagli stessi serbato. Si vuole in sostanza affermare – con attenzione ai principi affermati dalla legge n. 241/1990, che ha posto alcuni valori ordinamentali, costituenti parametri vincolativi anche per l’attività dell’interprete, che hanno rimodellato l’amministrazione pubblica, evolvendola, in linea con il disegno costituzionale, da amministrazione-potere ad amministrazione-servizio - che l’espunzione dalle graduatorie in questione avrebbe postulato la piena consapevolezza dei docenti delle conseguenze rivenienti dalla mancata presentazione della domanda di riconferma nelle graduatorie. Non può in proposito non evidenziarsi – e ciò avvalorare quanto si dirà appresso circa la necessità che nel caso all’esame fossero apprestate puntuali garanzie partecipative agli interessati in ordine alle conseguenze della mancata dichiarazione di riconferma – che i docenti in questione appartengono al personale precario, e che per essi il figurare (e quindi il permanere) nelle graduatorie in questione costituisce residua, anzi estrema, possibilità di accedere al mondo del lavoro, sicché 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. Nella riferita situazione è quindi del tutto possibile – e la peculiare fattispecie all’esame ne costituisce conferma – che la cancellazione dalle graduatorie, disposta all’esito di un modulo procedimentale non idoneo a saggiare l’effettiva volontà dei docenti interessati, avvenga nei riguardi di docenti affatto ignari delle conseguenze “rovinose” dell’intervenuta mancata conferma di permanenza nelle graduatorie”.

Risulta palese, pertanto, che la previsione di un termine di decadenza entro il quale

presentare una domanda di aggiornamento e/o permanenza risulta in contrasto con la norma primaria che attribuisce un diritto alla permanenza, ed in caso di cancellazione al reinserimento in graduatoria al dipendente che vi sia già inserito.

..ooOoo..

V. Istanza di risarcimento in forma specifica.

Nella specie si chiede di beneficiare del risarcimento del danno in forma specifica e quindi dell'inclusione nelle graduatorie ad esaurimento per la provincia di Catania relativamente alla scuola per l'infanzia ed alla scuola primaria.

A causa dei provvedimenti illegittimamente adottati dalle Amministrazioni intime, nel procedimento per cui è causa, parte ricorrente è stata illegittimamente privata della possibilità di avere incarichi di servizio per effetto del suo inserimento nelle graduatorie in questione, subendo di conseguenza i relativi danni.

E' ormai pacifico in giurisprudenza, infatti, che *“ il bando di concorso [...] costituisce un'offerta contrattuale al pubblico, caratterizzata dal fatto che l'individuazione del soggetto o dei soggetti tra quelli che con l'iscrizione al concorso hanno manifestato la loro adesione e che devono ritenersi concretamente destinatari e beneficiari della proposta, avverrà per mezzo della stessa procedura concorsuale e secondo le regole per la medesima stabilite. Pertanto, l'Amministrazione è tenuta a comportarsi con correttezza e buona fede, nell'attuazione del concorso, così come nell'adempimento di ogni obbligazione contrattuale, con individuazione della portata dei relativi obblighi correlata, in via principale, alle norme di legge sui contratti e sulle inerenti obbligazioni contrattuali e agli impegni assunti con l'indizione del concorso, con la conseguenza che, in caso di loro violazione, incorre in responsabilità contrattuale per inadempimento esponendosi al relativo risarcimento del danno in favore del partecipante che abbia subito la lesione del suo diritto conseguente all'espletamento della procedura concorsuale (Cass. Sez. lav. 19 aprile 2006 n. 9049) ”.*

Parte ricorrente, infatti, come verrà certamente dimostrato in corso di causa, ha subito oltre che un danno economico anche da perdita di chance.

..ooOoo..

VI. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, ILLEGITTIMITA' ED IRRAGIONEVOLEZZA. VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO, INGIUSTIZIA

MANIFESTA.

La scelta operata dall'amministrazione è gravemente lesiva del diritto della ricorrente, docente precaria, di partecipare in condizioni di parità al percorso di accesso al pubblico impiego (Art. 51, 3 Cost, 21 comma 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: "ogni individuo ha diritto di accedere in condizioni di uguaglianza ai pubblici impieghi del proprio Paese"), in ragione delle capacità professionali ritenute utili all'Amministrazione (Art. 51 e 97 Cost), come uno dei modi in cui si può esprimere la sua personalità, con possibile attuazione del diritto al lavoro (Art. 2 e 4 Cost).

In definitiva il provvedimento impugnato penalizza ingiustamente e paradossalmente la ricorrente per il solo fatto di non aver aggiornato la propria posizione in graduatoria che, la medesima, non aveva interesse ad aggiornare stante la mancata acquisizione di titoli e/o servizio aggiuntivi rispetto a quelli posseduti al momento del proprio inserimento in graduatoria.

Il diritto al lavoro di cui alla nostra Costituzione può e deve quindi essere letto in continuità con le norme europee, interpretate, a loro volta, dalla Corte di Strasburgo, così come anche il Consiglio di Stato suggerisce: " *In base ad un principio applicabile già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice nazionale deve prevenire la violazione della Convenzione del 1950 (CEDU, 29-02-2006, Cherginets c. Ucraina, 25) con la scelta della soluzione che la rispetti (CEDU, 20-12-2005, TryKhlib c. Ucraina, 38 – 50). Pertanto, in relazione all'azione prevista dall'art. 389 cpc in sede interpretativa il giudice amministrativo deve adottare tutte le misure che diano effettiva tutela al ricorrente la cui rpetesa risulti fondata (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1220/2010).*

E' nota la giurisprudenza della Corte Costituzionale (Sentenze nn. 348 e 349 del 2007), nella quale la CEDU era stata definita quale "norma interposta" nel giudizio di costituzionalità delle leggi; tuttavia, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, anche il Giudice Amministrativo è tenuto a considerare gli effetti dell'art. 6, a mente del quale " *L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardai dei diritti dell'uomo e delle*

libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

E così ha ben proseguito il Tar Lazio in una recentissima pronuncia: “ *Ebbene, a giudizio del Collegio, la questione giuridica in esame appare destinata a nuovi e ancor più incisivi sviluppi a seguito dell'entrata in vigore, lo scorso 01 dicembre 2009 del Trattato di Lisbona firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri, che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea. Infatti, fra le più rilevanti novità correlate all'entrata in vigore del Trattato, vi è l'adesione dell'Unione alla CEDU, con la modifica dell'art. 6 del Trattato che nella vecchia formulazione conteneva un riferimento “mediato” alla Corte dei diritti fondamentali, affermando che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali siano garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario. Nella nuova formulazione dell'art. 6, viceversa, secondo il comma 2 “ l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” e secondo il comma 3 “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”. Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, osserva il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno” (cos' Tar Lazio, Sez II bis, sentenza n. 11984 del 18 maggio 2010).*

Il diritto al lavoro viene in rilievo come diritto sociale di libertà positiva, ovvero per utilizzare le prospettive di Massimo D'Antona – come *“un diritto di”, il diritto di lavorare, ossia di accedere al lavoro e di mantenere il lavoro ottenuto senza subire l'interferenza abusiva o discriminatoria di poteri pubblici o privati*”; ed ancora *“consiste piuttosto nella garanzia dell'uguaglianza (formale e sostanziale) delle persone rispetto al lavoro disponibile, un'uguaglianza che significa equilibrata concorrenza tra le persone e sicurezza rispetto ad abusi nel mercato del lavoro”*.

Orbene, la cancellazione del nominativo della ricorrente dalle graduatorie ad esaurimento in cui era legittimamente inserita, non consentendo alla medesima neanche di poter partecipare alla procedura di stabilizzazione che il Governo intende attivare, viola il diritto alla sicurezza sociale. Con l'espressione sicurezza sociale si intende altresì l'insieme degli interventi pubblici finalizzati a proteggere gli individui e le famiglie dallo stato di bisogno e dai rischi più gravi della vita. Ai sensi dell'art. 25 della Convenzione Europea dei diritti inviolabili dell'Uomo, immediatamente operante negli ordinamenti nazionali in virtù di quanto ampiamente illustrato *“ ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute ed il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione [...]”*.

Risulta palese che i provvedimenti impugnati sancendo l'esclusione della ricorrente, sono destinati ad incidere sul tenore di vita della medesima relativamente alle possibilità di accesso ad incarichi di lavoro.

..ooOoo..

Tutto ciò premesso,

parte ricorrente come sopra rappresentata e difesa, riassume il ricorso iscritto al registro generale 3200 del 2015 proposto dalla ricorrente innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio e deciso con sentenza n. 6937/2015 resa tra le stesse parti e depositata il 12 maggio 2015 che ha ordinato la presente riassunzione e chiede che il Tribunale Civile Sezione lavoro di Catania Giudice Unico del lavoro, adito previa fissazione di udienza di comparizione delle parti e discussione, in accoglimento del presente ricorso,

CHIEDE

Che l'Ill.mo Giudice designato, presso il Tribunale di Catania, in funzione di Giudice del lavoro, Voglia fissare l'udienza di comparizione delle parti e di discussione della causa, intimando al Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, all'Ufficio Scolastico Provinciale di Catania, all'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, nonché dei controinteressati **CUNSOLO MARIA GRAZIA, GERACI ILENIA ENZA**, a comparire personalmente o tramite procuratore generale o speciale per ivi sentire accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

IN VIA CAUTELARE

risulta evidente per quanto ricostruito la disarmonia dell'operato della P.A. in relazione all'orientamento costante della giurisprudenza in materia e alla ratio delle norme di riferimento, pertanto la illegittimità della condotta assunta dalle amministrazioni resistenti nella parte in cui hanno disposto anche la esclusione/cancellazione della ricorrente dalle graduatorie permanenti in cui risultava già inserita con ciò procurandole un danno economico e professionale aggravato dal fatto che, come confermato dall'attuale Governo, tali graduatorie saranno definitivamente cancellate nei prossimi mesi del 2015 con l'assunzione di tutti i precari che risultano in esse inserite. Si rammenta peraltro che il Miur ha appena emesso il D.M. n. 325/2015 del 3 giugno 2015 la cui ratio è racchiusa nella *"la necessità di fissare anche per l'a.s. 2015/2016 un termine congruo in relazione sia alle scadenze temporali, normalmente previste per il conseguimento dei titoli di cui trattasi, sia alla necessità di definire le graduatorie ad esaurimento, in tempo utile, per le assunzioni a tempo indeterminato e a tempo determinato per il citato anno scolastico", a questo fine il Decreto prevede* il 30 giugno *come termine ultimo per la possibilità di regolarizzazione di chi sia già inserito".*

Voglia pertanto l'Ill.mo Giudice del Lavoro del Tribunale di Catania per tutte le ragioni rappresentate col ricorso sia in fatto sia in diritto previa disapplicazione e/o revoca e/o annullamento e/o inefficacia di ogni provvedimento amministrativo ritenuto ostativo del D.M. DM 1.4.2014 n.235 e della nota prot. n. 11519 emessa dall'Ufficio Scolastico Provinciale di Catania in data 25.08.2014,

- 1) concedere le misure cautelari del caso e disporre l'inserimento, eventualmente anche con riserva, della docente nella terza fascia della graduatoria definitiva ad esaurimento per il personale docente della scuola dell'infanzia e della scuola primaria della provincia di Catania pubblicata il 25 agosto del 2014 valide per il triennio 2014/2015 – 2015/2016 e 2016/2017 con gli stessi punteggi già acquisiti precedentemente la cancellazione;

Nel merito,

Previa disapplicazione dell'art. 1, comma 1, letter b) del DM 1.4.2014 n.235 e di ogni altro provvedimento amministrativo presupposto conseguente ed altrimenti connesso Voglia:

- 2) accertare il diritto della ricorrente al reinserimento nella terza fascia della graduatoria ad esaurimento del personale docente per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria per la provincia di Catania per gli anni scolastici 2014/2015; 2015/2016 e 2016/2017 con attribuzione del punteggio in possesso al momento della cancellazione con punteggio, da ultimo, pari a punti 18 per la scuola dell'infanzia e punti 75 per la scuola primaria e del punteggio eventualmente maturato successivamente alla cancellazione stessa,
- 3) condannare il Miur e l'ufficio scolastico regionale per la Sicilia, ambito territoriale per la provincia di Catania in persona dei rispettivi legali rappresentanti a reinserire la ricorrente nella graduatoria ad esaurimento del personale docente per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria per la provincia di Catania per gli anni scolastici 2014/2015; 2015/2016 e 2016/2017 con attribuzione del punteggio in possesso al momento della cancellazione con punteggio, da ultimo, pari a punti 18 per la scuola dell'infanzia e punti 75 per la scuola primaria e del punteggio eventualmente maturato successivamente alla cancellazione stessa,
- 4) condannare le Amministrazioni intimare convenute, in persona dei rispettivi legali rappresentanti individualmente o in solido al pagamento delle spese legali, comprese Iva e Cpa, da distrarsi in favore dei sottoscritti procuratori antistatari.

Si dichiara che il valore della causa è indeterminato e che la ricorrente ha già versato € 325,00 al momento del ricorso proposto al TAR Lazio.

In via istruttoria:

- 5) in caso di contestazione sulla documentazione prodotta dalla ricorrente in copia unitamente al presente ricorso, ovvero delle circostanze comprovate dalla medesima documentazione, ovvero dalle circostanze dedotte nel presente ricorso, Voglia Codesto Giudicante ordinare ex. Art. 210 cpc alle Amministrazioni convenute di produrre in copia conforme all'originale, la documentazione integrale relativa:
- a) abilitazione conseguita dalla ricorrente;
 - b) alle domande inoltrate dalla ricorrente per l'inserimento in GAE;
 - c) alle graduatorie *ad esaurimento per la scuola dell'infanzia e scuola primaria in cui la ricorrente era inserita con relativo punteggio*

Si depositano:

- 1. istanza di reinserimento nelle graduatorie ad esaurimento per la provincia di Catania per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria;
- 2. stralcio graduatoria definitiva ad esaurimento 2011 scuola per l'infanzia;
- 3. stralcio graduatoria definitiva ad esaurimento 2011 scuola primaria;
- 4. decreto emesso dall'USR di Catania in data 25.08.2014 di pubblicazione delle graduatorie definitive ad esaurimento;
- 5. stralcio delle graduatorie definitive ad esaurimento 2014 per la scuola dell'infanzia e primaria;
- 6. Sentenza in copia autentica del Tribunale Amministrativo regionale del Lazio n. 6937/2015 resa tra le stesse parti e depositata il 12 maggio 2015;
- 7. copia ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo iscritto al n. R.g. 3200/2015
- 8. giurisprudenza.

Ai fini del contributo unificato si dichiara che la presente causa è di valore indeterminabile e che la ricorrente ha già versato il contributo presso il giudice amministrativo.

Roma/Catania 11 giugno 2015

Avv. Francesco Americo

Avv. Filippo Aiello

