



*Avvocatura dello Stato*

*Via Guido Reni n. 4 Bologna*

*tel 051 222802 fax 051 232297*

PEC: [ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it)

C.F. ads80068910373

Ct. 4510/15

LP/ta

**CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA**

**Sezione controversie di lavoro**

**RICORSO IN APPELLO**

**contenente istanza ex art. 151 C.P.C.**

Per il **MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITA' e della RICERCA** (C.F. 80185250588), e per quanto occorrer possa per i suoi organi interni **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per l'EMILIA ROMAGNA** (C.F. 80062970373), **UFFICIO V – AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA BOLOGNA** (C.F. 80071250379), in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, con la difesa e rappresentanza in giudizio dell'Avvocatura dello Stato (C.F. ads80068910373 – PEC: [ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it)), con domicilio legale presso gli uffici di questa ultima in Bologna, alla via Guido Reni nr.4,

- appellanti -

**CONTRO**

ORLANDO ANNA, rappresentata e difesa dall'avv. Livio Mercatante e  
Carmen Saccà

- appellata -

\* \* \*

IN PUNTO A:

Appello avverso la sentenza del Tribunale di Bologna n. 640/2016 resa *inter partes* il 05.10.2016 e depositata in data 05.10.2016.

\* \* \*

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

Il ricorso appariva rivolto ai "docenti" controinteressati di cui alla graduatoria ad esaurimento dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Bologna classe di concorso scuola dell'Infanzia anni scolastici 2014/2017, senza che tuttavia il contraddittorio fosse rivolto nei confronti di costoro.

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

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

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

### MOTIVI IN PUNTO DI

### DIRITTO

La sentenza così motiva l'accoglimento del ricorso: “ *La domanda è fondata e deve essere accolta.*

*1a. E' pacifico che la ricorrente Orlando Anna nel biennio 2002/2003 era inserita nella graduatoria provinciale definitiva della scuola dell'Infanzia di Bologna trasformata dalla L. 296/06 in graduatoria ad esaurimento e che veniva cancellata dalla stessa per mancata effettuazione della domanda di permanenza. Di tale cancellazione la ricorrente non si lamenta.*

*1b. E' pacifico e documentato che in data 14.5.2014 ebbe a chiedere tempestivamente di essere reinserita nella graduatoria e la sua domanda venne respinta, a suo avviso ingiustamente, della qual cosa si lamenta.*

*La ricostruzione in fatto e in diritto della ricorrente appare condivisibile.*

*L'art. I comma l bis della L. 143/2004 prevede che la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti avvenga su domanda dell'interessato da effettuarsi entro il termine fissato con decreto e che la mancata presentazione della domanda comporti la cancellazione, ma prevede anche che, a domanda dell'interessato, da presentarsi entro il*

*medesimo termine, sia consentito il reinserimento in graduatoria.*

*L'art. 1 comma 605 lett. c) 1. 296/2006 trasforma le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento e, almeno tendenzialmente, preclude nuovi ingressi in graduatoria, ma non gli aggiornamenti della stessa. L'articolo rinvia espressamente all'art. 1 comma 1 bis della L. 143/2004.*

*La circostanza che l'art. 1, comma 1, lett. b) del D.M. 1.4.2014 n. 235 (analogamente ai precedente DD.MM. 2007, 2009, 2011) preveda che "... la mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria" è, tra l'altro, del tutto irrilevante, trattandosi di norma secondaria contrastante con quella primaria.*

*L'art. 9 del D.L. n. 70 del 30.5.2011 esclude "a decorrere dall'anno scolastico 2011/2012" la possibilità di "nuovi inserimenti" nelle graduatorie ad esaurimento, ma non di "reinserimenti" o l'aggiornamento delle graduatorie stesse ed il reinserimento di docenti già in graduatoria eliminati per mancata domanda.*

*Nella fattispecie non si ravvisa una incompatibilità logica o applicativa tra le nuove disposizioni e quelle precedenti, incompatibilità che consentirebbe di ipotizzare una abrogazione implicita ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, come preteso dalla resistente.*

*Le graduatorie sono divenute ad esaurimento, ma non sono cambiate le regole per il loro aggiornamento e non è venuta meno la possibilità di reinserimenti a domanda.*

*Nota questo stesso Tribunale, come sottolineato dalla Corte di Appello di Torino, sez. lav., 11.11.2014, che è "Agevole rilevare che in questo caso non si tratta di nuovi inserimenti perché le ricorrenti erano già inserite nelle GAE e quindi nei loro confronti non c'era nessuna ipotesi eccezionale. Era al contrario eccezionale la loro esclusione per*

*mancato rinnovo nell'inserimento e le conseguenze dell'esclusione, proprio per la loro gravità (esclusione definitiva dalle GAE con perdita di prospettive di stabilizzazione) non potevano non essere previste espressamente dalla legge con una abrogazione espressa della norma del 2004, cosa che non è avvenuta" (cfr. Tribunale Bologna, dott. Sorgi, sent. n. 643 del 3.7.2015).*

**1c.** *La giurisprudenza in materia è contrastante, ma i provvedimenti di primo grado (conosciuti), sia cautelari che di merito, favorevoli alla prospettazione in fatto e in diritto fornita dalla ricorrente sono molto più numerosi e convincenti di quelli contrari. Tra i vari:*

*Tribunale di Ancona 23.5.2015 che evidenzia tra l'altro come non può "un decreto ministeriale negare il diritto al reinserimento nelle graduatorie previsto dalla legge".*

*- Tribunale di Benevento, cautelare 12523/2015*

*- Tribunale di Bologna dott. Marchesini, sent. n. 994/2015, 296/2016 e 494/16, dott. Cosentino n. 667/2015 e sent. del 22.9.2016 nel proc. n. 2447/15, dott. Sorgi n. 643/2015*

*- Tribunale di Brindisi, cautelare 6040/2014, 6044/2014*

*- Tribunale di Cagliari, cautelare 4132/2015*

*-Tribunale di Cassino 15.7.2014 che evidenzia come "l'art. 1 comma 1 bis della legge n. 143 del 2004 è ancora in vigore nella sua interezza, non essendoci stata una abrogazione espressa da parte della nuova normativa in materia di graduatorie ad esaurimento (L. n. 296 del 2006) o comunque non essendo stata prevista una disciplina di coordinamento".*

*-Tribunale di Como 7.4.2015 nel proc. 1213/2014, con approfondita ed esaustiva*

*disamina.*

*-Tribunale di Cosenza, cautelare 5382 /2014 del 18.2.2015.*

*-Tribunale di Ferrara, ord. cautelare n. 4191/15 del 31.8.2015 e sent. n. 30/2016.*

*-Tribunale di Firenze 17.5.2013.*

*-Tribunale di Foggia, ord. cautelare del 10.11.2011 nel proc. n. 8748/11.*

*-Tribunale di Forlì, sent. n. 2479/2015.*

*-Tribunale di Frosinone, cautelare 23.7.2014 nel proc. 1935/2014, che esamina anche la giurisprudenza amministrativa che ha annullato il DM 42/2009 ed ord. cautelare del 25.3.2015 nel proc. n. 322/15.*

*-Tribunale di Genova sent. del 9.1.2013 del 29.1.2014 e del 19.3.2014.*

*-Tribunale di Latina 14.5.2013 secondo cui, tra l'altro, appare "ingiusta la cancellazione definitiva dalle graduatorie per effetto di una omissione del tutto non consapevole perché non debitamente partecipata".*

*-Tribunale di Matera sent. del 3.12.2012 nel proc. n. 1170/11 e sent. del 19.12.2014 nel proc. n. 1192/2012.*

*-Tribunale di Massa sent. n. 411/2015.*

*-Tribunale di Milano 18.2.2015, particolarmente approfondita ed esaustiva, nonché sent. n. 850/15.*

*-Tribunale di Monza, sent. n. 598/201.*

*-Tribunale di Palermo, prima cautelare 22.9.2014 e poi sent. n. 1548/2015.*

*-Tribunale di Palmi cautelare nel proc. n. 908/2014.*

*-Tribunale di Pescara, sent. n. 874/2015 e 882/2015.*

- Tribunale di Pistoia sent. n. 17/2014 e n. 540/14.
  - Tribunale di Ravenna, sent. n. 123/16 e 124/16 e ord. collegiale 1120/2016.
  - Tribunale di Reggio Emilia sent. n. 120/2015, che rinvia alla sentenza del Tribunale di Genova del 9.1.2013 ampiamente approfondendo la questione ed affronta anche il problema della ritualità e tempestività della domanda, necessariamente cartacea, nonché cautelare n. 1195/14 del 27.11.2014 e successiva sent. n. 150/2015.
  - Tribunale di Rimini ord. cautelare 2990/15 del 5.10.2015 e sent.nn. 36/2015 e 07/2015, con ampia citazione della giurisprudenza e sent. n. 350/2015.
  - Tribunale di Teramo, sent. n. 540/14 del 16.10.2014 ed ord., cautelare nel proc. n. 1481/15 del 28.7.2015.
  - Tribunale di Treviso ord. cautelare del 18-19.11.2013 nel proc. 1205/13 e sent. del 26.9.2014.
  - Tribunale di Venezia, sent. del 30.10.2014 nel proc. n. 210/14 ed ord. cautelare nel proc. n. 2015-1/2014 del 22.8.2014 e nel proc. n. 2154/2014 dell'8.10.2014.
  - Tribunale di Verona, sent. del 25.11.2011, sent. del 20.11.2013 ed ord. cautelare . 4990/15 del 31.7.2015 e sent. n. 152/2016.
- Favorevoli appaiono anche alcuni provvedimenti di secondo grado, come quelli della:
- Corte Appello di legge n. 1042/2014 del 9.4.2014 che cita la giurisprudenza amministrativa;
  - Corte d'Appello di L'Aquila, sent. n. 90/2016;
  - Corte d'Appello di Milano decreto n. 3810/2015;
  - Corte d'Appello di Torino dell'11.11.2014.

*E sempre favorevoli, indirettamente, appaiono numerose pronunce del TAR (tra cui nn. 3977, 4059, 4124, 4138, 4146, 4240, 4311, 4387, 4393, 4395 tutte del 2014), anche cautelari (nn. 10073, 10712, 11057, 11667 del 2014, nn. 7101, 7970, 7974, 7975 del 2015) e del Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 3659 del 14.7.2014).*

*ld. I resistenti hanno prodotto sentenza della Corte d'appello di Bologna (sent. n. 214/2016 del 9.9.2016) che (al di là del fatto che non sembra attagliarsi del tutto al caso in esame in quanto non risulta cioè se, come nella vicenda in esame, la parte interessata avesse effettuato domanda di reinserimento tempestivamente), in ogni caso, non sembra condivisibile.*

*La Corte d'Appello afferma: - "laddove il legislatore avesse inteso ricomprendere tra i nuovi inserimenti anche l'ipotesi di reinserimento conseguente a cancellazione lo avrebbe fatto specificamente atteso che distintamente ed esplicitamente individuato le ipotesi di eccezione al divieto di integrare le graduatorie nell'ottica della progressiva consumazione progressiva dei nominativi inseriti nelle graduatorie" e - "Ne discende che ... deve ritenersi che il disposto di cui all'art. 1 comma 1 bis I. 143/04 non può più trovare applicazione in ragione della incompatibilità dello stesso con la ratio della nuova normativa ...".*

*Ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c. si rinvia nuovamente integralmente alla motivazione di segno contrario della sent. n. 296/16 del Tribunale di Bologna dott. Marchesini o, meglio ancora, per fare riferimento ad un Giudice di pari grado, a quella della Corte di Appello di L'Aquila n. 90/16, che, citando giurisprudenza della Cassazione, sottolinea come l'art. 1 comma 1 bis del D.L. 97/2004 non può ritenersi implicitamente abrogato dall'art. 1 co. 605 lett. c) I. 296/2006 poiché "non è riscontrabile alcuna impossibilità*

*di contemporanea applicazione tra la previsione generale del carattere ad esaurimento delle graduatorie (art.1 comma 605 legge n. 296/2006) e la disposizione che consente il reinserimento in graduatoria di chi già avesse maturato il diritto all'inserimento in graduatoria ne sia stato cancellato soltanto per non avere presentato tempestiva domanda di aggiornamento (art. 1, comma 1 bis, ultimo periodo, D.L. 97/2004, convertito in l. n° 143/2004) ...".*

*1e. Le disposizioni contenute nei vari DD.MM. contrastanti con il disposto dell'art. 1 co. 1- bis D.L. n. 97 del 2004 devono essere disapplicate, non potendo un decreto ministeriale negare un diritto al reinserimento nelle graduatorie previsto dalla legge.*

*La presentazione della domanda in forma cartacea e non telematica era inevitabile, e quindi legittima, non essendo la ricorrente inserita in graduatoria e quindi autorizzata all'invio telematico.*

*Sulla tempestività della domanda respinta, effettuata ritualmente in data 14.5.2014 entro il termine previsto del maggio 2014, non ci sono dubbi e, in ogni caso, non è stato eccepito alcunché.*

*Spetta pertanto alla ricorrente il richiesto reinserimento con decorrenza dalla domanda del 14.5.2014 con il medesimo punteggio che aveva maturato all'atto della cancellazione o quello eventualmente maturato successivamente.*

*2. Quanto alle spese del giudizio nessuna determinazione deve essere assunta in relazione ai controinteressati, essendo gli stessi rimasti contumaci. Nei confronti dei resistenti costituitisi le stesse, come in dispositivo liquidate, seguono la soccombenza, essendo peraltro ormai da tempo nota la prevalente giurisprudenza in senso conforme".*

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

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

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

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

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

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

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

Il Giudice disapplica le disposizioni contenute nei vari DM, senza peraltro nemmeno identificarle partitamente (*“le disposizioni contenute nei vari DM nel caso di specie il DM 235/2014 nella misura in cui contrastino con il disposto dell’art. 1 co 1-bis DL n 97 del 2004 devono essere ritenute disapplicate”*).

Come detto la sentenza è erronea.

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

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

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

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

Potrà essere citata a conforto la tanta giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., sez. lav., 08-03-2007, n. 5295): "*Costituendo il bando di concorso per l'assunzione di personale una vera e propria offerta al pubblico, all'esito della selezione, per poter reclamare la illegittimità del provvedimento di non assunzione ed invocare la conclusione del contratto di lavoro ed il correlativo diritto all'assunzione, il candidato deve avere accettato la delineata offerta in maniera conforme alla proposta*

*contrattuale e, in particolare, deve avere indicato nella domanda di partecipazione il possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando (nel caso di specie la corte ha cassato la sentenza impugnata in quanto il giudice di merito aveva ritenuto illegittima la mancata assunzione non considerando che il candidato escluso non aveva indicato nella domanda di partecipazione alla selezione di aver riportato una condanna penale all'esito di istanza di applicazione della pena o patteggiamento ex art. 444 c.p.p., nonostante il bando richiedesse l'indicazione di «ogni tipo di precedente penale»).*

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

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

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

Non sarà fuor di luogo ricordare che nella sopra ricordata logica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ha condivisibilmente affermato Codesta Corte “*Dalla lettura integrata del*

*disposto degli artt. 10 e 11 D.M. 42/09 discende chiaramente che l'inserimento nella graduatoria ad esaurimento è condizionata alla presentazione della relativa domanda da parte dell'interessato nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione del decreto stesso in Gazzetta Ufficiale, agli Albi degli Uffici Scolastici Regionali e Provinciali nonché dalla pubblicazione del decreto stessa sul sito internet del Ministero appellante: le modalità di pubblicità del decreto sono chiaramente individuate e risultano pienamente adeguate rispetto alla finalità di far conoscere ai destinatari l'esigenza di presentare la domanda per il mantenimento della propria posizione nella graduatoria ad esaurimento, il modulo da utilizzare, le modalità di presentazione (raccomandata anche a mano o presentazione alle Autorità Consolari), e chiarisce senza possibilità di equivoci che il termine per la presentazione della domanda è perentorio tanto che la presentazione della domanda fuori termine costituisce motivo di esclusione così come la presentazione di domanda priva di firma che non può essere considerata idonea a manifestare la volontà dell'interessato all'inserimento nella graduatoria.*

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

*tali strumenti di diffusione generale che non può ritenersi scusabile la mancata conoscenza in capo all'interessato dell'onere di presentazione della domanda al fine del mantenimento ovvero dell'aggiornamento dell'inserimento nella graduatoria definitiva ad esaurimento. D'altronde la possibilità di integrazione della domanda, cui fa riferimento il Giudice di primo grado, è prevista solo nei casi in cui la domanda, regolarmente sottoscritta e presentata nei termini, sia carente di alcuni elementi di cui l'Amministrazione abbia necessità per assumere le proprie determinazioni”.*

L'orientamento è poi stato ribadito da ultimo con sentenza di codesta corte n. 437/2016 e n. 214 del 9.9.2016.

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

Le eccezioni che precedono sono riferite ai bandi di selezione tra cui il DM 42/2009 e più di recente il DM 235/2014.

Va però osservato che tali atti si sono limitati a richiamare e ad applicare il chiaro testo delle fonti primarie: se è vero che l'art. 1 bis del D.L. 97/2004 dispone testualmente: *“Dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento della graduatoria con apposito decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'università e della ricerca. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla*

*graduatoria per gli anni scolastici successivi. A domanda dell'interessato, da presentarsi entro il medesimo termine, è consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione” è anche vero che l'art. 1 co. 605 della l.n. 296/2006 dispone “Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti di cui all'articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, **sono trasformate in graduatorie ad esaurimento**. Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione, e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto-legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria. La predetta riserva si intende sciolta con il conseguimento del titolo di abilitazione. Con decreto del Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione (CNPI), è successivamente disciplinata la valutazione dei titoli e dei servizi dei docenti inclusi nelle predette graduatorie ai fini della partecipazione ai futuri concorsi per esami e titoli”: è il valore abrogativo di tale disposizione rispetto all'ultimo alinea della precedente disposizione che il Tribunale disconosce.*

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

Dunque, l'argomentare del giudice che disapplica l'atto amministrativo (illegittimamente, come si è detto) non potrebbe condurre al risultato presunto dal Tribunale, in assenza di intervento della Corte Costituzionale, atteso il tenore auto applicativo della disposizione: a partire dall'anno scolastico 2007/2008 le graduatorie permanenti (che consentivano l'eventuale reinserimento in esse) sono ad esaurimento: **pensare ad un esaurimento delle graduatorie che ad un tempo consenta un reinserimento in esse è un attentato alla logica, prima che alla lettera della norma.**

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

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

Tale norma prevedeva che, a partire dall'anno scolastico 2005-2006, la

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

La legge configurava, dunque, **graduatorie permanenti "aperte"**, con possibilità di **ammissione**, **cancellazione** e **riammissione** secondo convenienza ed a domanda.

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

gli inserimenti soltanto di particolari categorie di docenti e limitatamente al biennio 2007- 2008 (*"Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASIL), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria"*).

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

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

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

*In particolare, il D.D.G. del 16/3/2007, emanato in occasione dell'integrazione e degli aggiornamenti delle graduatorie permanenti per gli aa.ss. 2007-2009 e costituente la prima applicazione della nuova normativa entrata in vigore dal 1/1/2007, confermava la necessità della domanda dell'interessato per la permanenza in graduatoria, prevedendo, in caso contrario, la cancellazione definitiva dalla stessa; prevedeva, poi, il reinserimento in graduatoria, sempre a domanda, per coloro che in occasione del precedente aggiornamento -ante riforma del 1/1/2007- non avessero presentato domanda di permanenza e fossero stati cancellati dalla graduatoria; stabiliva, infine, che la mancata presentazione della domanda di reinserimento comportasse la cancellazione definitiva dalla graduatoria stessa (art. 1 co. 2 e 3 del D.D.G. cit.).*

*Non condivide la Corte l'affermazione del giudice di prime cure, secondo cui tali disposizioni, consentendo ancora il reinserimento dei docenti già cancellati, costituisca la conferma da parte dell'Amministrazione scolastica che l'art. 1 co. 605 lett. c) della l. n. 296/2006 non abbia mai eliminato la facoltà prevista dall'ultima parte dell'art. 1 co. 1 bis della l. n. 143/2004. Al contrario, appare evidente come si tratti di una normativa secondaria di carattere transitorio che, nel dare esecuzione al passaggio dal regime delle graduatorie aperte e permanenti a quello delle graduatorie chiuse e ad esaurimento, si*

*preoccupava (con autolimitazione del proprio potere di organizzare l'aggiornamento delle graduatorie) di salvaguardare l'affidamento riposto nella possibilità di reinserimento a domanda, già prevista nella disciplina ante 1/1/2007, da parte di quei docenti che in occasione del precedente aggiornamento non avessero presentato tempestivamente la domanda di permanenza in graduatoria, per l'appunto confidando nella possibilità di reinserimento prevista dall'ultima parte dell'allora vigente art. 1 co. 1 bis 1. n. 143/2004. Una volta venuta meno, con gli aggiornamenti successivi delle graduatorie, tale necessità di salvaguardia dell'affidamento -per essere andato a pieno regime il sistema di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, in base al quale chi è dentro vi rimane a domanda, ma chi non presenta domanda di permanenza viene escluso definitivamente- il D.M. n. 44 del 12/5/2011, emanato per l'aggiornamento delle graduatorie per gli aa.ss. 2011-2013 e di cui la prof. Palomba ha chiesto la disapplicazione, ha confermato che la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento avviene su domanda dell'interessato; ha disposto che la mancata presentazione comporti la cancellazione definitiva del docente; non ha più previsto il reinserimento a domanda degli esclusi in occasione degli aggiornamenti precedenti (cfr. art. 1 co. 1 del D.M. cit.).*

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

*graduatoria del docente precedentemente cancellato, con recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione.*

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

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

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

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

*ulteriori nuovi inserimenti ("A decorrere dall'anno scolastico 2011/2012, senza possibilità di ulteriori nuovi inserimenti, l'aggiornamento delle graduatorie, divenute ad esaurimento in forza dell'articolo 1, comma 605 lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è effettuato con cadenza triennale e con possibilità di trasferimento in un'unica provincia secondo il proprio punteggio, nel rispetto della fascia di appartenenza."):*  
**ancora una volta senza che sia consentito all'interprete di distinguere tra inserimenti nuovi di zecca e reinserimenti di docenti già collocati e cancellati, perché questi ultimi comporterebbero pur sempre un ampliamento delle graduatorie, invece destinate a svuotarsi ed esaurirsi**".

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

**Nello stesso senso si sono espresse anche le sentenze n. 1056/2010 e 1081/2014 della sezione lavoro della Corte di Appello di Torino e n. 88/2014 della sezione lavoro della Corte di Appello di Potenza e ancora di codesta corte d'Appello le sentenze n. 437/2016 e n. 214 del 9.9.2016.**

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

## CONCLUSIONI

Si chiede e si conclude:

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

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

Si produce:

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

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

Bologna, 25 novembre 2016

Laura Paolucci

Avvocato dello Stato

**CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA**

**Sezione Controversie di Lavoro**

**ISTANZA DI AUTORIZZAZIONE EX ART. 151 C.P.C.**

Per il **MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITA' e della RICERCA** (C.F. 80185250588), e per quanto occorrer possa per i suoi organi interni **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per l'EMILIA ROMAGNA** (C.F. 80062970373), **UFFICIO V – AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA BOLOGNA** (C.F. 80071250379), in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, con la difesa e rappresentanza in giudizio dell'Avvocatura dello Stato (C.F. ads80068910373 – PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it), con domicilio legale presso gli uffici di questa ultima in Bologna, alla via Guido Reni nr.4,

- appellanti -

**CONTRO**

**ORLANDO ANNA**, rappresentata e difesa dall'avv. Livio Mercatante e Carmen Saccà

- appellata -

**E NEI CONFRONTI DI**

di (innominati) DOCENTI CONTROINTERESSATI di cui alla  
graduatoria ad esaurimento per la scuola per l'infanzia anni 2014-2017

- contumaci -

\* \* \*

**PREMESSO CHE**

- che il Tribunale autorizzava la notifica del ricorso e decreto ai  
suddetti potenziali controinteressati tramite la pubblicazione nella sezione  
“atti di notifica” del sito internet del Ministero convenuto, con avviso della  
pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale

**FA ISTANZA**

al fine di essere autorizzata alla notifica ex art. 151 c.p.c. nella precedente  
fase del giudizio.

Bologna, 28 Novembre 2016

Laura Paolucci

AVVOCATO DELLO STATO