



Avvocatura dello Stato

Via Guido Reni n. 4 Bologna
tel 051 222802 fax 051 232297

PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it

c.f. ads80068910373

Ct. 4083/14

LP/ng

CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA

Sezione controversie di lavoro

RICORSO IN APPELLO

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 XVII - AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI RIMINI** ora **UFF. VII - AMBITO TERRITORIALE PER LE PROVINCE DI FORLI-CESENA e RIMINI** (C.F. 91045620407), 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

PASQUINONI VALENTINA, rappresentate e difeso dall'avv.

Marco Masi

- appellata -

* * *

IN PUNTO A:

Appello avverso la sentenza del Tribunale di Rimini n. 199/2015 resa inter partes il 07.07.2015 e depositata in pari data e notificata il 21 luglio 2015

* * *

Con ricorso ex art. 414 c.p.c., al Tribunale di Rimini, la sig.ra PASQUINONI Valentina, 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 dall'art. 11 del DM 42/2009, chiedeva che il Tribunale accertasse la illegittimità della esclusione dalla graduatoria successiva con ordine di inserimento nelle stesse.

Si costituiva in giudizio, l'Amm.ne convenuta, 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: *“Nel merito il ricorso è risultato fondato e meritevole di accoglimento.*

Va infatti rilevato come le ragioni della ricorrente siano state recepite dal Giudice Amministrativo che con motivazioni giuridicamente ineccepibili ha ritenuta l'illegittimità sotto vari profili del D.M. 42/09.

Dovendo qui essere richiamate le pronunce del TAR Lazio che con sentenza n. 27460 del 21/07/2010 ha ritenuto il D.M. 42/09 “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 essere 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" e del Consiglio di Stato che con sentenza n. 3568/14 del 14/07/2014 ha definitivamente chiarito : " ...L'art. 1 del d.l. 7 aprile 2004, n. 97, invocato dall'appello, recante "Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno

scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università", dispone al suo comma 1-bis (comma aggiunto dalla legge di conversione 4 giugno 2004, n. 143) che: "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". L'art. 1 del d.m. 8 aprile 2009, n. 42 ...nel premettere che "sono disposti per gli anni scolastici 2009/2010 e 2010/2011 l'integrazione e l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo, costituite ai sensi del Decreto Direttoriale del 16 marzo 2007" (comma 1), così dispone: "A norma dell'art. 1, comma 1-bis della legge 143/2004, la permanenza, a pieno titolo o con riserva, nelle graduatorie di cui al precedente comma 1 avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine indicato al successivo ad. 11. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria" (comma 2). Non risulta, nell'atto di grado inferiore, la possibilità di regolarizzare la posizione attraverso la richiesta di

reinserimento nella graduatoria, evitando la cancellazione definitiva. L'esclusione della parte appellata dalle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo è stata dovuta alla circostanza che nella specie la parte appellata, già inclusa nelle graduatorie permanenti (poi ad esaurimento) del personale docente per gli anni scolastici interessanti il biennio 2007/2009, non aveva adempiuto all'onere di presentare domanda intesa a manifestare la volontà di permanere nelle graduatorie in questione....deve affrontarsi la questione della piena conformità del decreto ministeriale adottato, alla norma primaria di cui al comma 1-bis del decreto legge n. 97/2004 e ai principi generali dell'ordinamento. 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..., 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, 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. 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. 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'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 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 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, la 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 omesso 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. 42, adottata in applicazione di detta disposizione primaria, che ricollega alla mancata presentazione della domanda- la cancellazione definitiva dalla graduatoria..."

Pregevoli argomentazioni queste ultime che contrastano efficacemente quelle di segno contrario dedotte dalle Pubbliche Amministrazioni convenute, basate sull'arresto giurisprudenziale della Corte di Appello di Bologna di cui alla sentenza n. 1437/14 in data 14/10/2014 (peraltro fondata sulla acritica applicazione delle regole procedurali di cui agli artt. 10 e 11 del D.M. n. 42/2009 ritenute illegittime dal giudice amministrativo) nonché sulla ipotetica ma non dimostrata abrogazione implicita ad opera dell'art. 1 comma 606 della L. 296/2006 - che com'è noto ha disposto la trasformazione delle graduatorie permanenti di cui all'art. 1 D.L. n. 97/2004 (convertito con modificazioni dalla L. 143/2004) in graduatorie ad esaurimento - della norma di cui all'art. 1 bis DM 143/03 che prevede la possibilità di reinserimento nelle graduatorie dei docenti già inseriti e cancellati per effetto della mancata presentazione di domanda.

Dovendo essere qui ancora una volta richiamate le motivazioni della sentenza del TAR Lazio Sez. terza bis n. 27450 del 21/07/2010 : "...Né potrebbe ritenersi, che la cancellazione dalle graduatorie, con carattere peraltro di definitività per come statuita dall'impugnato d. m. n. 42/2009, possa trovare un qualche fondamento positivo nella successiva legislazione intervenuta in

tema di graduatorie permanenti, e specificamente nell'art. 1, comma 607, dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007), essendosi tale norma limitata 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. E da aggiungere in proseguito che nessun fondamento positivo alla cancellazione de qua possa rinvenirsi nel comma 605 del medesimo art. 1 della legge n. 296/2006, atteso - come precisato dalla Sezione con la sentenza n. 10890/2008 - 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. 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 consentendo de futuro la possibilità di disporre i precitati accertamenti biennali, esulando dalla norma ogni e qualsiasi intento di prefigurare l'esclusione dalle medesime quale conseguenza dell'omissione della presentazione della domanda di aggiornamento/conferma del punteggio. Non può peraltro non osservarsi che un siffatto esito 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...".

Va dunque riconosciuto il diritto di FANTINI Fiorenzo ad essere inserito senza riserva nelle graduatorie ad esaurimento per le classi di concorso A029 e A030 della Provincia di Rimini valide per il triennio 2014/2017 alla posizione corrispondente al punteggio maturato all'atto della cancellazione indicato nell'ultima domanda di aggiornamento con le conseguenti statuizioni di natura giuridica ed economica favorevoli al ricorrente.”

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, 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) che del diritto processuale amministrativo (relativamente agli effetti erga omnes che la sentenza sembra riconoscere ad una sentenza del giudice amministrativo)

Il Tribunale, dopo avere ammesso l'esistenza di un onere di presentazione della domanda di permanenza in graduatoria in capo agli interessati, nella foga di dare una "lettura costituzionalmente orientata della disposizione normativa" non individua nemmeno, per evidenziarne i profili di supposta illegittimità nel caso concreto, la fonte normativa dell'obbligo stesso, se non per il vago quanto acritico riferimento agli artt. 3, 4 e 97 Cost ed alla L. n. 241/90.

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. 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)”.

Il Giudice disapplica l'intera disposizione, “inventando” poi una diversa regolamentazione della materia introducendo un obbligo a carico all'Amm.ne di comunicazione (si ipotizza *singulatim* ?) “ai docenti già iscritti nelle graduatorie ad esaurimento, e che hanno omesso di presentare la domanda di esservi confermati, agli effetti alla Legge n. 143/2004 avvertendoli dell'onere di presentare detta domanda di conferma entro un termine prefissato, pena la cancellazione da quest'ultima” (pag. 5 della sentenza impugnata).

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 (che tale impostazione sembrerebbe seguire il Tribunale dato che cita la L. 241/90 come noto applicabile solo agli atti amministrativi e non a quelli privatistici

della PA, 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.

Come detto il chiaro tenore letterale del citato art. 11 del D.M. 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 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 al predetto D.M. 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) Egualmente illegittima è la sentenza nella misura in cui abbia voluto fare derivare la decisione assunta quale estensione degli effetti della sentenza del TAR del Lazio n. 27460/2010.

La sentenza richiamata, infatti, esplica effetti solo nei confronti delle parti in causa, secondo la regola generale dei limiti soggettivi del giudicato, non potendosi riconoscere al D.M. 42/2009 la caratteristica di atto a contenuto generale

inscindibile (come gli atti a contenuto normativo).

Al DM 42 in questione, va infatti riconosciuta, come ai bandi di selezione del personale in generale, la natura di atto collettivo o plurimo con effetti scindibili e differenziabili per ciascun destinatario (così testualmente, TAR Lazio, 23/12/2014, n° 13123).

* * *

E) 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 identica e di tale orientamento non può che chiedersi conferma non trattandosi di "acritica applicazione delle regole procedurali di cui agli artt. 10 e 11 del D.M. n. 42/2009 ritenute illegittime dal giudice amministrativo"; come assiomaticamente ritenuto dal Tribunale di Rimini (pag. 6 della sentenza), ma 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”.

Chi scrive svolge la funzione di avvocato dello Stato perché ha partecipato ad un concorso (esattamente come codesto Giudice), curando, con la diligenza necessaria al rispetto delle regole date dalla *lex specialis* oltre che alla importanza - del tutto soggettiva - attribuita a quella partecipazione, che la domanda di partecipazione alla procedura fosse conforme al bando.

Ad entrambi, avvocati dello Stato e magistrati, è stato insegnato il senso del brocardo “*diligentibus, non dormientibus iura succurrunt*.”

Se la domanda qui formulata fosse accolta, significherebbe indicare la via giurisdizionale come modo per smentire la incontestabile ed attuale ineluttabilità della vecchia regola romanistica.

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 - Violazione degli artt. 134 e ss. Cost. e 23 e ss L. Cost. 11.3.1953 n. 87.

Le eccezioni che precedono sono riferite al Bando di cui al DM 42/2009.

Va però osservato che tale atto si è limitato a richiamare e ad applicare il chiaro testo della fonte primaria (art. 1 bis del D.L. 97/2004) il quale 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”*.

E’ 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.

Ne deriva che la sentenza impugnata disapplica arbitrariamente la norma legislativa richiamata.

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 (si 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, 7 agosto 2015

Laura Paolucci

Avvocato dello Stato

FIRMATO DIGITALMENTE