N. 03658/2014REG.PROV.COLL.

N. 09984/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9984 del 2010, proposto da: Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avv. Fausto Buccellato, Isetta Barsanti Mauceri, con domicilio eletto presso Fausto Buccellato in Roma, viale Angelico 45;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 27460/2010, resa tra le parti, concernente esclusione dalle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 52 D. Lgs. 30.06.2003 n. 196, commi 1 e 2;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2014 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Messuti, e Barsanti Mauceri.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio l'attuale appellata, -OMISSIS-, agiva per l'annullamento delle graduatorie ad esaurimento pubblicate dall'Ufficio Scolastico Provinciale di -OMISSIS- con riferimento alla cl.A029 e A030 e per l'annullamento del D.M. n.42/1990 in parte qua, nonché avverso gli atti presupposti, conseguenti e connessi.

La ricorrente, docente a tempo determinato per l'insegnamento di educazione fisica, prestava servizio da anni nelle istituzioni scolastiche nella provincia di (-OMISSIS-), ma sosteneva di non essere stata informata della necessità di presentare domanda di aggiornamento per la propria posizione professionale e che, di conseguenza, solo una volta pubblicata la graduatoria ad esaurimento di tale provincia, era venuta a conoscenza della sua esclusione.

Sosteneva di non avere presentato la domanda di aggiornamento della propria posizione in graduatoria entro il termine dell'11 maggio 2009, aggiungendo che nel periodo relativo alla scadenza dei termini previsti dal D.m. 42 del 2009 per la presentazione delle domande di aggiornamento delle graduatorie, aveva dovuto assistere il padre malato, con conseguenze di natura psicologica della sua situazione psico-fisica.

Il giudice di primo grado condividendo i motivi di censura dedotti, accoglieva il ricorso, ritenendo che: 1) il decreto ministeriale 8 aprile 2009 n.42 è illegittimo nella parte in cui non prevede l'obbligo per gli Uffici Scolastici Provinciali di comunicare ai docenti, già iscritti nelle graduatorie ad esaurimento che abbiano omesso di

presentare la domanda di riconferma nella graduatoria, dell'onere di presentare detta domanda entro un termine prefissato, pena la cancellazione da quest'ultima; 2) in materia di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente, il comma 1 bis dell'art. 1 del d.l. 7 aprile 2004 n.97, nella parte in cui sancisce, a decorrere dall'anno scolastico 2004/2005, la cancellazione dalle graduatorie ad esaurimento dei docenti ivi inseriti che non presentino apposita domanda di permanenza nel termine fissato dal Ministero dell'Istruzione con emanando decreto, necessita di una lettura costituzionalmente orientata e conforme ai valori ordinamentali introdotti dalla legislazione sul procedimento amministrativo, così da predisporre un modulo procedimentale idoneo a saggiare la consapevole ed effettiva volontà dei docenti interessati.

Avverso tale sentenza ha proposto appello il Ministero dell'Istruzione, Università e della Ricerca, deducendo l'erroneità della sentenza di primo grado sostenendo che la normativa in materia (il comma 1 bis dell'art. 1 del d.l. 7 aprile 2004 n.97) prevede che la permanenza dei docenti nelle graduatorie ad esaurimento avvenga (solo) su domanda dell'interessato da presentarsi entro il termine fissato con decreto ministeriale e che la mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria (art. 1 comma 1 del d.m.8 aprile 2009, n.42); non sussisterebbe alcun dovere di comunicare agli interessati il contenuto di decreti ministeriali che sono pubblicati in Gazzetta Ufficiale; la legge in materia richiamata, fin dall'anno 2004, prevede che la permanenza nelle graduatorie avvenga su domanda dell'interessato.

Si è costituita l'appellata, deducendo la avvenuta cessazione della materia del contendere, in quanto l'Amministrazione ha accolto successivamente la domanda di aggiornamento della stessa in applicazione del D.M. 12 maggio 2011 (oltre alla esecuzione della sentenza in questione) e ha adottato nuovi atti, anche di nomina, in

relazione agli anni successivi (2011-2012, 2012-2013); nel merito chiede rigettarsi l'appello perché infondato.

Alla udienza pubblica del 24 giugno 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dall'esame dei rilievi processuali relativi alla possibile avvenuta cessazione della materia del contendere, in quanto l'appello è in ogni caso infondato e quindi da respingere.

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, ritenuto illegittimo dal primo giudice, 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.

Come ha ben osservato il primo giudice, 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 cancellazion*e", ove i docenti interessati facciano domanda "*entro il medesimo termine*".

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

Nella norma primaria, quindi, l'omessa domanda è sanzionata con l'esclusione dalle graduatorie, ma essa non è comunque assoluta potendo gli interessati, nel termine

poi assegnato per i futuri aggiornamenti delle graduatorie, dichiarare di volervi nuovamente figurare.

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

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

Come ha osservato il primo giudice, gli interessati in questione appartengono al cosiddetto personale precario, per cui per essi il permanere nelle graduatorie in questione costituisce residua, anzi estrema, possibilità di accedere al mondo del lavoro, sicchè è davvero poco probabile ipotizzare una loro effettiva volontà di fuoriuscire dalle graduatorie medesime; volontà che non può quindi essere ricavata *aliunde* ma espressa in modo consapevole.

Nessun fondamento positivo alla cancellazione *de qua* può rinvenirsi nel comma 605 del medesimo art. 1 della legge n. 296/2006, atteso che tale nuova disciplina legislativa, nell'intento di eliminare il risalente fenomeno del precariato nella scuola, ha disposto la trasformazione delle graduatorie provinciali permanenti, già istituite dalla legge n. 124/1999, in graduatorie a esaurimento, consentendo che nelle graduatorie così riconfigurate possano inserirsi, a pieno titolo, coloro che sono in possesso di un'abilitazione, nonché, con riserva, coloro che hanno in corso una procedura abilitante ordinaria o riservata.

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

Infatti, le precedenti disposizioni ministeriali concernenti inclusioni e/o aggiornamenti in graduatoria, come il precedente d.d.g. del 21 aprile 2004, avevano espressamente previsto (art. 1, p. 6) che in caso di mancata produzione di qualsiasi domanda, sia di aggiornamento che di trasferimento, il competente Centro servizi amministrativi avrebbe dovuto assegnare al candidato un breve termine perentorio per la regolarizzazione della propria posizione; del resto, 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'onerare il docente che già figura in graduatoria a riaffermare una volontà che egli ha già espresso, con ricadute gravemente lesive conseguenti alla mancata e ulteriore manifestazione di detta volontà.

Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1, comma 1 bis d.l. 7 aprile 2004 n. 97, conv. con modificazioni nella l. 4 giugno 2004 n. 143, il quale dispone che, dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento della graduatoria con apposito decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e che la

mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla graduatoria per gli anni scolastici successivi, porta a ritenere illegittima la normativa regolamentare - art. 1 d.m. 8 aprile 2009 n. 4,2 , adottata in applicazione di detta disposizione primaria, che ricollega alla mancata presentazione della domanda- la cancellazione definitiva dalla graduatoria

Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va respinto, con conseguente conferma dell'appellata sentenza.

La condanna alle spese segue il principio della soccombenza; le spese sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando l'appellata sentenza. Condanna il Ministero appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, liquidandole in complessivi euro tremila.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, per procedere all'oscuramento delle generalità degli altri dati identificativi di -OMISSIS- manda alla Segreteria di procedere all'annotazione di cui ai commi 1 e 2 della medesima disposizione, nei termini indicati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/07/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)