REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI BENEVENTO

Il Giudice unico del Tribunale di Benevento, in funzione di giudice del lavoro, **dott.ssa Adriana Mari**, all'udienza del 21.4.2016 ha pronunciato, mediante lettura del dispositivo e contestuale motivazione la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 661/2015 RG Lavoro vertente

TRA

==========, nato a ======== il ========== ed elettivamente domiciliato in Benevento alla Piazza Dogana 2 presso lo studio dell'avv.to Fabrizio Crisci e rappresentato e difeso dall'avv.to Carmen Rossi giusta procura al margine del ricorso

RICORRENTE

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE , DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA-Ufficio Scolastico Regionale per la Campania-Ufficio VIII.Ambito Territoriale di Benevento, in persona dei legali rappresentanti pp.tt. rappresentati e difesi dalla dott.ssa Rita Facchiano ex art.417 bis c.p.c. ed elettivamente domiciliato in Benevento in piazza Ernesto Gramazio nn.2-3

RESISTENTE

Avente ad OGGETTO: inserimento graduatorie ad esaurimento
Sulle seguenti CONCLUSIONI: come in atti e verbali di causa

Motivi della decisione

Con ricorso depositato in data 12.2.2015 il ricorrente identificato in epigrafe ha esposto:
-di essere inserito nelle graduatorie permanenti ex lege 124/1999 per la provincia di Benevento dall'anno scolastico 2002/2003;
-di essere stato collocato dall'a.s. 2004/2005 nella graduatoria provinciale di terza fascia per l'insegnamento dell'Educazione Fisica nella Scuola Secondaria di II Grado per la classe di concorso A029 con punti 50,00 ed in quella per l'insegnamento dell'Educazione Fisica nella Scuola Secondaria di I Grado per la classe di concorso A030 con punti 14,00;
-di non essere stato più incluso nelle successive graduatorie;

Firmato Da: MARI ADRIANA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f8e8b

-di aver presentato in data 17.5.2014 domanda per l'inserimento delle graduatorie per il triennio 2014/2017 e di essere stato escluso.

Tanto premesso ha chiesto di disapplicare il D.M. 235 del 1.4.2014 e di accertare il diritto al reinserimento nelle graduatorie ad esaurimento di terza fascia per la Provincia di Benevento per le classi di concorso A029 e A030 con il punteggio maturato all'atto della cancellazione, con decorrenza dal 1.9.2014; con vittoria di spese ed attribuzione.

Si è costituito il MIUR con memoria depositata il 3.7.2015 che ha eccepito in via preliminare il difetto di giurisdizione e, nel merito, ha chiesto il rigetto della domanda in quanto infondata.

All'odierna udienza le parti hanno discusso la causa innanzi alla scrivente che, all'esito della camera di consiglio, ha deciso mediante lettura del dispositivo e della contestuale motivazione.

*

Preliminarmente, va affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario. In particolare, Cass. civ. , Sez. Un., 10-11-2010, n. 22805, ha disposto che la giurisdizione amministrativa si applica, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, alle sole controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione, ed è pertanto limitata (cfr. Cass. S.U. 13 febbraio 2008 n. 3399) a quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto terminale del procedimento.

Non rientra, pertanto, nella giurisdizione amministrativa la controversia in esame, dove l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto dell'atto di approvazione, colloca la fattispecie al di fuori della materia concorsuale e comporta che sia il giudice ordinario a valutare la pretesa che ha ad oggetto, in sostanza, la conformità a legge degli atti di gestione nella graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

Più di recente, cfr. Cass. civ., sez. un., 23-07-2014, n. 16756 nella quale è stato affermato che: "*in tema di graduatorie permanenti del personale della scuola, con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento in graduatoria ai sensi del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, venendo in questione determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), di fronte alle quali sono configurabili diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione, e non potendo configurarsi l'inerenza a procedure concorsuali - per le quali l'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, mantiene la giurisdizione del giudice amministrativo- in quanto trattasi, piuttosto, dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili*".

Firmato Da: MARI ADRIANA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f8e8b

*

Nel merito, la disciplina della fattispecie è contenuta nell'art. 1 comma 1 *bis* D.L. 97/2004 conv. in l. 143/2004, che così dispone: "*Dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento della graduatoria con apposito decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla graduatoria per gli anni scolastici successivi. A domanda dell'interessato, da presentarsi entro il medesimo termine, e' consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione*".

Il tenore letterale della norma, ad avviso del Tribunale, non lascia adito a dubbi nel senso che, laddove non presentata la domanda ed ottenuta in tal modo la cancellazione dalla graduatoria, il docente può, entro il termine fissato per l'aggiornamento periodico della stessa ed in occasione di ogni successivo aggiornamento, chiedere il reinserimento, con attribuzione del punteggio pregresso.

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.

Nemmeno possono trarsi conclusioni contrarie dai decreti ministeriali che periodicamente, negli anni, hanno regolamentato l'aggiornamento delle graduatorie in attuazione della norma primaria di cui si è appena detto.

E' vero, infatti, che l'art. 1 punto b) del D.M. n. 235 dell'1.4.2014 ha così stabilito: *"A norma dell'art. 1 comma 1-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 art. 9. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria*" (analoga disposizione era già contenuta nei precedenti D.M. n. 42 dell'8 aprile 2009 e n. 44 del 2 maggio 2011).

Tuttavia, in contrario, è necessario ricordare che giammai una fonte secondaria (nella specie: un decreto ministeriale di attuazione) ha il potere di derogare ad una norma giuridica di grado superiore, introducendo una decadenza sostanziale non prevista da quest'ultima.

Al contrario, il contrasto tra le due disposizioni di rango diverso induce il giudice ordinario a disapplicare la fonte secondaria in contrasto con la norma primaria, ai sensi dell'art. 4 delle preleggi nonché, avendo essa pur sempre natura di atto amministrativo, ai sensi dell'art. 63 comma 1 d. lgs. 165/2001.

Infine, neppure si può sostenere il sopravvenuto contrasto della disciplina cui si intende dare applicazione con la l. 296 del 27.12.2006 (legge finanziaria 2007), che ha trasformato le

Firmato Da: MARI ADRIANA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f8e8b

graduatorie permanenti del personale docente ed educativo in graduatorie ad esaurimento. La disciplina sopravvenuta, infatti, ha voluto indubbiamente impedire nuovi ingressi di docenti in precedenza non iscritti, introducendo un termine ultimo per l'ingresso nelle graduatorie; ma non ha precluso, invece, i successivi aggiornamenti delle graduatorie preesistenti rispetto ai docenti già iscritti, ed in particolare non ha previsto ipotesi di definitiva esclusione dalla graduatoria di questi ultimi in conseguenza della mancata presentazione della domanda di permanenza per uno dei periodi di aggiornamento.

E' evidente, al riguardo, che la fattispecie per cui è causa non contrasta con la *ratio* sopra indicata, non comportando alcun nuovo inserimento di docenti in precedenza non iscritti, ma solo un aggiornamento nell'ambito delle iscrizioni già presenti.

*

Tanto precisato in termini di diritto, la domanda proposta dall' odierno ricorrente, già iscritto nelle graduatorie dall'anno scolastico 2002/2003 e, successivamente cancellato, appare fondata atteso che ha presentato il 17.5.2014 (ricevuta il 20.5.2014), la domanda di aggiornamento e permanenza per il triennio 2014/2017 (cfr. doc.2 produzione ricorrente).

*

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Benevento, in funzione di giudice del lavoro, in persona della d.ssa Adriana Mari, definitivamente pronunziando sulla domanda, ogni diversa istanza e deduzione disattesa, così provvede:

-Dichiara il diritto del ricorrente ad essere inserito nella graduatoria ad esaurimento classi di concorso A029 e A030 della provincia di Benevento con il punteggio maturato all'atto della cancellazione con decorrenza dal 1.9.2014;

-Condanna il Ministero a pagare le spese di lite liquidate in euro 1.200,00 oltre contributo unificato pari ad Euro 259,00, oltre spese generali al 15% ,iva e cpa come per legge con distrazione.

Benevento, 21.4.2016

Il Giudice
Dott.ssa Adriana Mari

Firmato Da: MARI ADRIANA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f8e8b