

ORIGINALE

RGL: 793/2015
Udienza cautelare: 17.12.2015
Udienza merito: 16.02.2015
Giudice: Dr. Dario Papa

TRIBUNALE di VARESE

SEZIONE LAVORO

MEMORIA DIFENSIVA

Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia – in persona del Direttore Generale Dr.ssa Delia Campanelli, rappresentato e difeso dal Dr. Gaetano Citrigno, giusta delega in atti, ai sensi dell'art. 417 bis comma 1 c.p.c. presso i cui Uffici siti in Varese alla Via Copelli, 6 domicilia e presso il quale andranno inviate le comunicazioni di cancelleria PEC uspva@postacert.istruzione.it

RESISTENTE

ALIZZI CATERINA SANTA

RICORRENTE

Si costituisce il MIUR come sopra rappresentato e difeso per svolgere le seguenti osservazioni:

SUL DIFETTO DI GIURISDIZIONE

Preliminarmente si eccepisce il **difetto di giurisdizione** del giudice adito per i seguenti motivi.

Il riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A. in materia di pubblico impiego privatizzato e segnatamente in materia di Graduatorie ad esaurimento.

Come è noto, ai sensi dell'art. 63 del D. Lgs. n. 165/2001, "sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze con le pubbliche amministrazioni..., ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti" (co. 1°). "Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni..." (co. 4°). Secondo una lettura ricorrente della richiamata disposizione normativa, nella materia del pubblico impiego "privatizzato", occorre distinguere, ai fini del riparto della giurisdizione, tra controversie relative ai rapporti di lavoro in atto (attribuite al giudice ordinario), e controversie relative all'attività amministrativa finalizzata all'instaurazione dei rapporti stessi (devolute al giudice amministrativo).

Il criterio di riparto della giurisdizione è dato, nella materia in questione, dalla nascita del rapporto (vale a dire dalla relazione intercorrente tra due soggetti), rispetto al quale la stipula del relativo contratto assume valore costitutivo.

La presente eccezione viene sollevata in base alla pronuncia della **Cassazione a Sez. Unite n. 27991 del 16.12.2013 per il regolamento di giurisdizione** in relazione ad una materia analoga a quella dedotta nell'odierno giudizio: i ricorrenti, tutti insegnanti precari inseriti nella graduatorie di circolo e di istituto, chiedevano l'annullamento del D.M. 44 del 12 maggio 2011, concernente l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo, nella parte in cui non prevedeva l'integrazione delle graduatorie ad esaurimento di quanti fossero in possesso di "idonea qualifica professionale" (dottorato di ricerca, diploma magistrale).

La sopra citata sentenza della Cassazione a Sez. Unite si colloca nel solco di quelle pronunce con le quali la Suprema Corte nel tempo ha chiarito i criteri di riparto tra la giurisdizione del G.A. e del G.O. in materia graduatorie ad esaurimento.

La Consulta afferma che "...In linea generale le procedure relative alla formazione e all'aggiornamento delle graduatorie permanenti del personale docente non si configurano come procedure concorsuali e non appartengono alla giurisdizione del G.A. ma a quella del G.O. in quanto vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5 co. 2 d.lgs n. 165 del 2001 di fronte ai quali sussistono solo diritti soggettivi, poiché la pretesa consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione".

7.12.2015
Dr. Gaetano Citrigno
CATERINA ALIZZI
DARIO PAPA

La sentenza procede all'exkursus di varie pronunce della Cassazione a sez. unite tutte rese in punto di giurisdizione, a partire da quella di Cass., Sez. Un. 13.02.2008 n. 3399 dove si afferma che: "In materia di graduatorie permanenti (ora ad esaurimento) del personale docente e con riferimento all'accertamento delle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria, con precedenza rispetto ad altro docente, ai sensi degli artt. 401 e 522 del D.Lgs. 297 del 1994, la giurisdizione spetta al giudice ordinario ..." (in tal senso anche Cass. Sez. un. 10.11.2010 e Cass. Sez. un. 8.02.2001 n. 3032 e Cass. Sez. un. 8.02.2013).

"Diversa è invece la fattispecie- prosegue la Cassazione- allorché l'oggetto del giudizio sia **la regolamentazione stessa delle graduatorie ad esaurimento** quale adottata con D.M. n. 44/2011 (corrispondente al D.M. 235 del 1.04.2014) sulle modalità di integrazione e aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento.

In tal caso è contestata infatti la legittimità della regolamentazione, con disposizioni generali e astratte, delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione in parte qua (perché siano inseriti in GAE anche i docenti collocati in graduatoria di istituto), e non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previo disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, anche eventualmente di natura normativa subprimaria...**sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo ove l'oggetto del giudizio sia l'impugnazione di un atto regolamentare di normazione subprimaria** (Cfr. Corte Cost. n. 41 del 2011) ... nella specie il D.M. del MIUR n. 44/2011, di cui si chiede l'annullamento in parte qua, ha quanto meno un contenuto riconducibile all'art. 2 co. 1, D.Lgs. n. 165/2001, ma è anche predicabile la sua natura regolamentare ... **perché contiene disposizioni generali ed astratte sulle condizioni ed i presupposti per la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento...**"

Infatti gli odierni ricorrenti non affermano di essere stati illegittimamente esclusi dalle graduatorie sulla base di un errato utilizzo dei criteri che presiedono alla formazione delle stesse; al contrario, contestano alla radice la legittimità degli atti amministrativi di carattere generale che le hanno previste. Non si mette quindi in discussione l'agire dell'amministrazione nell'applicare, al loro caso concreto, i principi che sono stati previsti dalle norme per la redazione delle graduatorie ma, a monte, la legittimità dell'atto di carattere generale che ha escluso che potessero essere inseriti all'interno delle graduatorie (prima permanenti poi) ad esaurimento i soggetti privi di abilitazione, ossia il D.M. 235/2014 e i decreti ministeriali di analogo contenuto che lo hanno preceduto.

La situazione in cui versano gli odierni ricorrenti è quella, del tutto diversa, in cui le norme generali e astratte poste alla base della formazione delle graduatorie, e quindi quelle regole che guidano l'agire dell'amministrazione, sono contestate in quanto ritenute illegittime: in questo caso la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo, al quale spetta il sindacato generale di legittimità sugli atti amministrativi e sull'utilizzo, corretto o meno, della discrezionalità da parte della Pubblica Amministrazione.

L'applicabilità dell'ordinanza citata al caso in esame è indubbia, in quanto nel caso richiamato la Corte di Cassazione aveva deciso una situazione del tutto analoga a quella odierna, poiché il decreto ministeriale ivi oggetto di critica (D.M. 44/2011) **non è che un antecedente del D.M. 235/2014 con contenuto sostanzialmente identico quest'ultimo.**

Singolare poi è la circostanza che i ricorrenti richiamino, quale precedente favorevole, una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa il quale si era occupato della medesima vicenda, riconoscendo la propria giurisdizione.

Un'ulteriore argomentazione svolta è quella relativa alla valenza *erga omnes* della sentenza del Consiglio di Stato: l'atto amministrativo lesivo dei loro diritti (ossia il D.M. 235/2014) sarebbe stato espunto dal sistema giuridico italiano e non potrebbe più esplicare effetti, di talché il diritto dei ricorrenti ritornerebbe ad essere pieno e quindi conoscibile dal giudice ordinario.

Anche questa argomentazione è infondata: la dissertazione in merito al valore *erga omnes* o *inter partes* di una decisione amministrativa ha valore al momento in cui la sentenza non specifichi alcunché.

Nel caso di specie, invece, il Consiglio di Stato è stato chiarissimo nel limitare gli effetti della propria pronuncia ai soggetti del processo: il dispositivo infatti stabilisce che si "**annulla il decreto ministeriale nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti (...) l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento**", circoscrivendo i propri effetti, per l'appunto, ai soli ricorrenti di quel giudizio.

Si ribadisce quindi ulteriormente l'eccezione del difetto di giurisdizione del giudice odiernamente adito come da ordinanza della Corte di Cassazione n. 27991 del 16/12/2013 che ha trovato recentissima applicazione nei provvedimenti emanati da diversi Tribunali della Repubblica che hanno dichiarato in tale materia, su identici ricorsi aventi identico *petitum* ed identica causa *petendi*, il difetto di giurisdizione in tale materia del Giudice del Lavoro.

SULLA PRESCRIZIONE E/O INTERVENUTA ACQUIESCENZA

In secondo luogo, nella denegata ipotesi in cui codesto On.le Tribunale dovesse ritenere sussistente la giurisdizione del Giudice Ordinario, si eccipisce sin d'ora la intervenuta prescrizione e/o acquiescenza del sedicente diritto soggettivo all'inserimento nelle graduatorie de qua.

Quanto sopra per una molteplicità di ragioni:

In primo luogo perché, ancor prima della trasformazione in graduatorie ad esaurimento, il DM ministeriale riguardante la costituzione e l'aggiornamento delle graduatorie permanenti **non ha mai previsto l'inserimento nelle medesime dei diplomati magistrali con valore sedicente abilitante**.

Infatti la ricorrente avrebbe potuto far valere il proprio presunto diritto all'inserimento in occasione della pubblicazione del primo DM successivo al conseguimento del titolo impugnando quindi i vari DDMM innanzi al TAR Lazio nei prescritti termini decadenziali (ove si ritenesse di accogliere la tesi di questa difesa sulla giurisdizione del giudice amministrativo nella vicenda processuale de qua).

Anche volendo però sostenere l'esistenza di un diritto soggettivo all'inserimento in graduatoria e la conseguente giurisdizione del giudice ordinario il presunto diritto **è ampiamente prescritto**.

Infatti la ricorrente:

- 1) **non ha mai richiesto** stragiudizialmente l'inserimento nelle graduatorie permanenti/esaurimento;
- 2) **non ha mai diffidato** l'amministrazione ad attivarsi affinché venisse modificato il DM nella parte in cui non consentiva ai diplomati magistrali ante anno scolastico 2001/2002 l'inserimento nelle medesime graduatorie permanenti/esaurimento;
- 3) **non ha mai impugnato** nessuna delle medesime graduatorie permanenti/esaurimento pubblicate dall'amministrazione nel corso degli ultimi quindici anni;
- 4) **ha quindi mostrato** un totale ed assoluto disinteresse alla vicenda processuale odierna;
- 5) **ha determinato pertanto la pacifica prescrizione** del sedicente diritto soggettivo all'inserimento nelle graduatorie *de qua*

A tale atteggiamento meramente omissivo la sig.ra Alizzi ha affiancato nel corso degli anni una serie di comportamenti che dimostrano piena e consapevole acquiescenza alle determinazioni adottate dall'amministrazione resistente.

Infatti la ricorrente:

- 1) **ha tempestivamente presentato** alle scadenze previste la domanda di inserimento e quelle di successivo aggiornamento nelle graduatorie di istituto chiedendo espressamente la valutazioni dei titoli e dei servizi prestati con esclusivo riferimento alla terza fascia riservata ai docenti non abilitati;
- 2) **ha volontariamente sottoscritto** con l'amministrazione una serie di contratti a tempo determinato in quanto utilmente collocata in posizione utile nelle medesime graduatorie di istituto di terza fascia di fatto riconoscendo la legittimità delle medesime nella parte in cui non riconoscevano il titolo cd abilitante del diploma di maturità magistrale;
- 3) **ha pertanto prestato** piena e consapevole acquiescenza alla situazione di fatto e di diritto per come sopra rappresentata

Né tanto meno può surrettiziamente sostenersi che il denegato diritto all'inserimento nelle GAE sorga con la pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato che ha dato origine alla odierna vicenda processuale.

Infatti la medesima è in primo luogo applicabile **esclusivamente**, come d'altronde evidenziato nel dispositivo della medesima, ai soli originari ricorrenti e non è pertanto applicabile al caso di specie.

In secondo luogo è evidente che la stessa sentenza non determina *ex se* la nascita del diritto soggettivo all'inserimento in GAE ma si limita a dichiarare come illegittimo, con conseguente annullamento, il DM 235/2014 nella parte in cui non prevede espressamente il riconoscimento come titolo abilitante del diploma magistrale conseguito ante 2001/2002.

Infatti il titolo è abilitante o meno a prescindere dall'intervenuta sentenza del Consiglio di Stato che, in quanto tale, non può rimettere in termini l'odierna ricorrente.

Infatti, si ribadisce, la sentenza del Consiglio di Stato è meramente dichiarativa dell'illegittimità di un atto amministrativo e non è costitutiva di alcun diritto nascente *ex novo* dalla pubblicazione della medesima sentenza.

Una tale funzione è infatti riservata nel nostro ordinamento **esclusivamente alle sentenze della Corte Costituzionale** le quali, espungendo dall'ordinamento la norma in contrasto con la carta fondamentale, hanno esse sì effetto retroattivo.

Si ribadisce pertanto l'intervenuta prescrizione e/o acquiescenza del diritto all'inserimento nelle graduatorie *de qua*

NEL MERITO

1. Graduatorie ad Esaurimento e quadro normativo di riferimento

Impregiudicata l'eccezione di cui al difetto di giurisdizione, appare innanzitutto fondamentale, in prima battuta, al fine di dirimere la questione in oggetto, precisare il quadro normativo di riferimento, sotto il duplice aspetto della natura del cosiddetto "doppio canale di reclutamento" e dei soggetti aventi titolo.

L'origine del doppio canale va fatta risalire agli anni '70 e alla prima deroga al principio dell'assunzione attraverso concorso per titoli ed esami, prevista all'articolo 17 della **legge 30 luglio 1973, n. 477** recante "Delega al Governo per l'emanazione di norme sullo stato giuridico del personale direttivo, ispettivo, docente e non docente della scuola materna, elementare, secondaria e artistica dello Stato" in base al quale "Gli insegnanti incaricati a tempo indeterminato nelle scuole secondarie ed artistiche che abbiano già conseguito il titolo di abilitazione valido per l'insegnamento per il quale sono incaricati e nell'anno scolastico 1973-74 occupino una cattedra o posto orario sono nominati in ruolo, con decorrenza 1° ottobre 1974. Essi mantengono la cattedra o il posto che attualmente ricoprono. Per coloro che, trovandosi nelle condizioni previste dal primo comma, risultino inclusi in graduatorie permanenti (oggi graduatorie ad esaurimento) compilate in applicazione di precedenti provvedimenti legislativi, la decorrenza della nomina in ruolo è quella prevista dalla graduatoria ad esaurimento in cui sono inclusi. Il Ministro per la pubblica istruzione, con proprio decreto, fisserà le modalità ed i tempi per l'assegnazione definitiva della sede.....". Il doppio canale, dopo anni di interventi legislativi volti all'assunzione in ruolo, una tantum, di soggetti con particolari titoli di servizio, fu formalmente istituito e stabilizzato dal decreto-legge 6 novembre 1989, n. 357, recante norme in materia di reclutamento del personale della scuola, convertito, con modificazioni, dalla **legge 27 dicembre 1989, n. 417**.

L'articolo 2, comma 1, stabiliva che "l'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, dei licei artistici e degli istituti d'arte ha luogo mediante concorso per titoli ed esami e mediante concorso per soli titoli; a ciascun tipo di concorso è assegnato annualmente il 50 per cento dei posti destinati alle procedure concorsuali";

l'articolo 1, comma 10, stabiliva che "per l'ammissione ai concorsi per soli titoli sono richiesti:

- a) il superamento delle prove di un precedente concorso per titoli ed esami o di precedenti esami anche ai soli fini abilitativi, in relazione alla medesima classe di concorso od al medesimo posto;
- b) un servizio di insegnamento negli istituti e scuole statali di ogni ordine e grado, ivi comprese le istituzioni scolastiche italiane all'estero, per insegnamenti corrispondenti a posti di ruolo, svolti sulla base del titolo di studio richiesto per l'accesso ai ruoli, nonché per insegnamenti relativi a classi di concorso. Il servizio deve essere stato prestato per almeno trecentosessanta giorni, anche non continuativi, nel triennio precedente, considerandosi cumulabili, da una parte, i servizi prestati nella scuola materna e nella scuola elementare e, dall'altra, i servizi prestati nelle scuole e negli istituti di istruzione secondaria".

Entrambe le norme confluirono poi nel decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, recante "Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione relative alle scuole di ogni ordine e grado", di seguito Testo Unico, rispettivamente all'articolo 399 e all'articolo 401, mentre l'articolo 400 disciplinava il reclutamento attraverso concorsi per titoli ed esami.

Con **legge 3 maggio 1999, n. 124** recante "Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico", l'articolo 401 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (di seguito Testo Unico) è stato novellato, all'articolo 1, comma 6, stabilendo la sostituzione delle previgenti graduatorie del "Concorso per titoli" con le neoistituite "Graduatorie permanenti", nel testo tutt'ora in vigore.

Ai sensi del novellato art. 401 comma 1, "Le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, sono trasformate in graduatorie permanenti, da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'articolo 399, comma 1."

Gli aggiornamenti e le integrazioni sono disciplinati, pertanto, dal successivo comma 2, il quale prevede espressamente che "Le graduatorie permanenti di cui al comma 1 sono periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia. Contemporaneamente all'inserimento dei nuovi aspiranti è effettuato l'aggiornamento delle posizioni di graduatoria di coloro che sono già compresi nella graduatoria permanente".

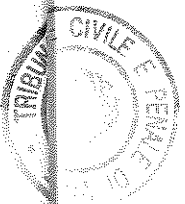
Nel biennio 1999-2000, acquisirono il titolo all'accesso alle graduatorie permanenti quasi 200.000 soggetti, grazie alle idoneità conseguite al concorso per titoli ed esami bandito nel 1999 e alla parallela procedura concorsuale riservata, bandita ai sensi dell'articolo 2, comma 4 della citata legge 124/1999 e destinata a docenti con almeno 360 giorni di servizio.

Il legislatore è poi intervenuto successivamente per ampliare la platea dei beneficiari, attraverso i seguenti atti normativi:

- 1) **decreto-legge 28 agosto 2000, n. 240**, recante "disposizioni urgenti per l'avvio dell'anno scolastico 2000-2001, convertito con modificazioni dalla legge 27 ottobre 2000, n. 306", articolo 1, 6-ter.

"L'esame di Stato che si sostiene al termine del corso svolto dalle scuole di specializzazione di cui all'articolo 4 della legge 19 novembre 1990, n. 341, e successive modificazioni, ha valore di prova concorsuale ai fini dell'inserimento nelle graduatorie permanenti previste dall'articolo 401 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, come sostituito all'articolo 1, comma 6, della legge 3 maggio 1999, n. 124 comma 6-ter".

- 2) **legge 28 marzo 2003, n. 53**, recante "delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale", articolo 5, comma 3: "L'esame di



laurea sostenuto a conclusione dei corsi in scienze della formazione primaria istituiti a norma dell'articolo 3, comma 2, della legge 19 novembre 1990, n. 341, comprensivo della valutazione delle attività di tirocinio previste dal relativo percorso formativo, ha valore di esame di Stato e abilita all'insegnamento, rispettivamente, nella scuola materna o dell'infanzia e nella scuola elementare o primaria. Esso consente altresì l'inserimento nelle graduatorie permanenti previste dall'articolo 401 del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni".

3) decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, recante "disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università, convertito con modificazioni dalla legge 4 giugno 2004, n. 143,

a. articolo 1 comma 3 bis. "Costituisce altresì titolo di accesso ai fini dell'inserimento nelle graduatorie di cui al comma 1 (graduatorie permanenti, n.d.r.) il diploma accademico di secondo livello di cui alla legge 21 dicembre 1999, n. 508, e successivi provvedimenti applicativi, rilasciato dalle accademie di belle arti, a conclusione di corsi di indirizzo didattico disciplinati da apposito decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e a seguito di esame finale con valore di esame di Stato abilitante".

b. articolo 2, comma 1: "Nell'anno accademico 2004-2005, e comunque non oltre la data di entrata in vigore del decreto legislativo attuativo dell'articolo 5 della legge 28 marzo 2003, n. 53, le università e le istituzioni di alta formazione artistica e musicale (AFAM) istituiscono, nell'ambito delle proprie strutture didattiche, corsi speciali di durata annuale, riservati:

a) agli insegnanti di scuola secondaria in possesso della specializzazione per il sostegno agli alunni disabili conseguita ai sensi del decreto del Ministro della pubblica istruzione in data 24 novembre 1998, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 131 del 7 giugno 1999, e del decreto del Presidente della Repubblica 31 ottobre 1975, n. 970, che siano privi di abilitazione all'insegnamento nelle scuole di istruzione secondaria, ma in possesso di un diploma di laurea o del diploma ISEF o di accademia di belle arti o di istituto superiore per le industrie artistiche, idoneo per l'accesso ad una delle classi di concorso di cui al decreto del Ministro della pubblica istruzione n. 39 del 30 gennaio 1998, e successive modificazioni, pubblicato nel supplemento ordinario al bollettino ufficiale del Ministero della pubblica istruzione, parte prima, n. 11-12 del 12-19 marzo 1998, e che abbiano prestato servizio su posti di sostegno per almeno trecentosessanta giorni dal 1° settembre 1999 alla data di entrata in vigore del presente decreto;

b) agli insegnanti di scuola materna ed elementare in possesso della specializzazione per il sostegno di cui alla lettera a), privi di abilitazione o idoneità all'insegnamento, e che abbiano prestato servizio su posti di sostegno per almeno trecentosessanta giorni dal 1° settembre 1999 alla data di entrata in vigore del presente decreto;

c) agli insegnanti in possesso della specializzazione per il sostegno di cui alla lettera a) e di un diploma di maturità afferente alle classi di concorso comprese nelle tabelle C e D del citato decreto del Ministro della pubblica istruzione n. 39 del 30 gennaio 1998, e successive modificazioni, alle classi di concorso comprese nella tabella A del medesimo decreto alle quali si accede con il possesso di un titolo conclusivo di un corso di studio di scuola secondaria superiore di durata quinquennale, che siano privi di abilitazione o idoneità e che abbiano prestato servizio su posti di sostegno per almeno trecentosessanta giorni dal 1° settembre 1999 alla data di entrata in vigore del presente decreto;

c-bis) agli insegnanti in possesso del titolo conclusivo del corso di studi dell'istituto magistrale conseguito in uno degli anni 1999, 2000, 2001 e 2002, che siano privi di abilitazione o idoneità e che abbiano prestato servizio per almeno 360 giorni nella scuola materna e nella scuola elementare dal 1° settembre 1999 alla data di entrata in vigore del presente decreto, successivamente e in conformità alle modalità di formazione definite nella fase transitoria di attuazione del decreto legislativo da emanare ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 53 del 2003;

c-ter) agli insegnanti tecnico-pratici, in possesso del titolo di studio di cui alla lettera c), che siano privi di abilitazione o idoneità e che abbiano prestato servizio per almeno 360 giorni dal 1° settembre 1999 alla data di entrata in vigore del presente decreto";

c. comma 1-ter: "In sede di definizione della fase transitoria di attuazione del decreto legislativo da emanare ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 53 del 2003, sono definite le modalità di formazione per consentire ai docenti non abilitati che hanno prestato almeno 360 giorni di servizio di insegnamento dal 1° settembre 1999 alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l'inserimento nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico";

d. comma 2: "Gli insegnanti in possesso dei diplomi rilasciati dai conservatori di musica o istituti musicali pareggiati, che siano privi di abilitazione all'insegnamento e che abbiano prestato almeno trecentosessanta giorni di servizio complessivi in una delle classi di concorso 31/A o 32/A dal 1° settembre 1999 alla data di entrata in vigore del presente decreto, sono ammessi, per l'anno accademico 2004-2005, ad un corso speciale di durata annuale istituito nell'ambito delle scuole di didattica della musica presso i conservatori, secondo modalità definite con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Gli oneri relativi ai corsi di cui al presente comma sono finanziati sulla base delle modalità definite ai sensi del comma 3, e secondo quanto previsto dal comma 7";

e. comma 3: "I corsi di cui ai commi 1 e 2 sono istituiti per il conseguimento dell'abilitazione o idoneità all'insegnamento, a seguito di esame finale avente valore di esame di Stato e per il conseguente inserimento nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 1, comma 1, sulla base di modalità definite con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, che prevedono anche l'adesione di un numero di iscritti minimo, in ciascuna università, per l'attivazione del rispettivo corso, ovvero la modulazione temporale dei corsi stessi in relazione al numero degli iscritti".

Come è noto, **la legge 27 dicembre 2006 n. 296, all'articolo 1, comma 605, ha sancito la trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento**, inibendo dunque l'ingresso a nuovi soggetti, ma facendo comunque salva la possibilità, per i soggetti ivi collocati, di aggiornare i propri punteggi. I termini di chiusura delle graduatorie ad esaurimento sono stati riaperti due volte:

1) il decreto-legge 1° settembre 2008, n. 137 recante "disposizioni urgenti in materia di istruzione e università" convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2008, n. 169, grazie all'articolo 5-bis, ha consentito di inserire nelle graduatorie ad esaurimento i docenti abilitati iscritti al IX ciclo SSIS, ai corsi abilitanti attivati analogamente presso le Facoltà di Scienze della formazione, le Accademie e i Conservatori nell'a.s. 2007-2008: la platea degli aventi titolo all'accesso risulta ampliata, ai sensi del comma 2, solo per "i docenti che hanno frequentato il primo corso biennale di secondo livello finalizzato alla formazione dei docenti di educazione musicale delle classi di concorso 31/A e 32/A e di strumento musicale nella scuola media della classe di concorso 77/A e hanno conseguito la relativa abilitazione", trattandosi, nella fattispecie, di percorsi istituiti in analogia con i percorsi ordinamentali SSIS, COBASLID e SFP, che già davano titolo al predetto inserimento;

2) il decreto legge 29 dicembre 2011, n. 216 recante "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative" convertito, con modificazioni, dalla legge 24 febbraio 2012, ha disposto, all'articolo 14, comma 2-ter che "Fermo restando che le graduatorie ad esaurimento di cui all'articolo 1, commi 605, lettera c), e 607, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, restano chiuse, limitatamente ai docenti che hanno conseguito l'abilitazione dopo aver frequentato i corsi biennali abilitanti di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), il secondo e il terzo corso biennale di secondo livello finalizzato alla formazione dei docenti di educazione musicale delle classi di concorso 31/A e 32/A e di strumento musicale nella scuola media della classe di concorso 77/A, nonché i corsi di laurea in scienze della formazione primaria negli anni accademici 2008-2009, 2009-2010 e 2010-2011, è istituita una fascia aggiuntiva alle predette graduatorie. Con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, sono fissati i termini per l'inserimento nelle predette graduatorie aggiuntive a decorrere dall'anno scolastico 2012-2013."

Incidentalmente, si ricorda che l'attuale assetto delle graduatorie ad esaurimento, suddivise in tre distinte fasce, è frutto di un ampio contenzioso in sede giurisdizionale che, senza intervenire sui requisiti di accesso, è più volte intervenuto su disposizioni di rango secondario, volte a dividere gli aventi titolo all'inserimento in distinte fasce.

Attualmente l'assetto delle graduatorie ad esaurimento prevede:

a) la I fascia, ove risultano collocati, in due distinte province, aspiranti in possesso dell'abilitazione o dell'idoneità e del requisito di 360 giorni di servizio entro il 13/05/96;

b) la II fascia, che ricomprende aspiranti in possesso dell'abilitazione o dell'idoneità e in possesso del requisito di 360 giorni di servizio entro il 25/05/1999;

c) la III fascia, che ricomprende aspiranti in possesso

a. dell'abilitazione o idoneità conseguita con concorso a cattedre e posti per titoli ed esami indetto con DM del 06 aprile 1999 (scuola di infanzia), 02 aprile 1999 (scuola primaria), 01 aprile 1999 (Scuola secondaria) e delle parallele sessioni concorsuali riservate sessioni riservate di cui alla legge 124/99, indette con OO.MM. 153/99; 33/2000; 1/2001;

b. dell'abilitazione a seguito di corso S.S.I.S. (Scuola di Specializzazione all'Insegnamento Secondario), Cobaslid (corsi biennali abilitanti di II livello ad indirizzo didattico per le discipline artistiche), Biforcon (corsi biennali abilitanti di II livello ad indirizzo didattico per le discipline musicali) e dell'abilitazione conseguita con i previgenti corsi quadriennali in Didattica della Musica, iscritti ai predetti corsi entro l'anno 2007/2008. Nel caso il titolo non sia stato ancora conseguito, l'iscrizione è consentita con riserva;

c. dell'abilitazione conseguita a seguito del corso di laurea in Scienze della Formazione primaria, con iscrizione entro l'anno 2007/2008. Nel caso il titolo non sia stato ancora conseguito, l'iscrizione è consentita con riserva;

d. dell'abilitazione o idoneità all'insegnamento conseguita a seguito dei Corsi speciali della legge 143/04: d.m. 100/04, d.m. 21/05, d.m. 85/05;

e. del titolo di abilitazione conseguito in altro Stato membro dell'Unione Europea e riconosciuto dal Ministero, purché acquisito entro i termini prescritti per gli aspiranti italiani.

d) Fascia aggiuntiva:

a. soggetti iscritti ai corsi di laurea in scienze della formazione primaria a decorrere dall'anno accademico 2008/2009 e che abbiano conseguito la relativa abilitazione negli anni accademici 2008-2009, 2009-2010 e 2010-2011;

b. soggetti in possesso dell'abilitazione conseguita, per gli anni accademici 2008-2009, 2009-2010 e 2010-2011 dopo aver frequentato i corsi biennali abilitanti di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), non iscritti in graduatoria precedentemente;

c. soggetti in possesso dell'abilitazione conseguita attraverso il secondo e il terzo corso biennale di secondo livello finalizzato alla formazione dei docenti di educazione musicale delle classi di concorso 31/A e 32/A e di strumento musicale nella scuola media della classe di concorso 77/A;

d. soggetti in possesso del titolo di abilitazione conseguito in altro Stato membro dell'Unione Europea e riconosciuto dal Ministero, purché acquisito entro i termini prescritti per gli aspiranti italiani e per i posti o le classi di concorso analoghi.

Dall'ampia disamina sin qui compiuta, risulta chiaro che i requisiti di accesso alle graduatorie di cui all'art. 401 del Testo Unico derivano da disposizioni fissate, in via perentoria, da norma avente rango primario, e che tutti i successivi decreti di aggiornamento, ivi compreso il decreto oggetto di impugnazione, sono atti meramente applicativi del quadro normativo vigente. In tal senso si è pronunciato anche il Tribunale di Mantova con ordinanza del 4.08.2012 e con Sentenza n. 15/2014 pubblicata il 30.01.2014

2. Il Decreto Ministeriale n. 235/2014

Con decreto ministeriale n. 235 del 1° aprile 2014 è stato disposto l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo, utilizzabili per gli anni scolastici 2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017, con possibilità di richiesta di trasferimento interprovinciale.

Il Decreto è stato pubblicato in data 10 aprile 2014 negli albi degli Uffici Scolastici Regionali e Provinciali italiani, con decorrenza del termine di presentazione dalla predetta pubblicazione.

Ai sensi del citato decreto, possono essere presentate domande "di permanenza, di aggiornamento, di conferma dell'inclusione con riserva e di scioglimento della riserva", ma non di ulteriore ingresso, in rigorosa applicazione della normativa sopra citata.

3. Motivi di ricorso, tipologie di ricorrenti e contro argomentazioni difensive

I ricorrenti sono Docenti in possesso di diploma magistrale conseguito entro l'anno 2001-2002, che costituisce titolo all'insegnamento nella scuola dell'infanzia ovvero nella scuola primaria.

Alcuni di essi hanno presentato nei termini la domanda di inserimento nella Graduatoria ad Esaurimento rispettando i termini e le modalità di presentazione disposte dal D.M. 235 del 1° aprile 2014, altri hanno in vario modo e in tempi diversi sollecitato/diffidato l'Amministrazione al loro inserimento in GAE sulla base del riconoscimento del valore abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002.

Tuttavia, la loro posizione giuridica, con riferimento al percorso formativo seguito ovvero ai titoli di servizio, non consente l'inserimento in graduatoria.

I ricorrenti assumono in loro favore il parere 3813/2013 dell'11 settembre 2013, emesso dalla seconda sezione consultiva del Consiglio di Stato, che, nel decidere un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, avrebbe sancito l'illegittimità dell'esclusione di un gruppo di docenti - in possesso del diploma di scuola o di istituto magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002 - dall'inserimento nella II fascia delle graduatorie ad esaurimento.

Ebbene, il Consiglio di Stato, nella predetta pronuncia, ha ritenuto illegittimo il D.M. n. 62 del 2011, nella sola parte in cui non parifica ai docenti abilitati coloro che abbiano conseguito entro l'anno 2001-2002 l'abilitazione magistrale, inserendoli nella **III fascia della graduatoria di istituto e non nella II fascia**.

La predetta disposizione, afferma il Collegio, *"è affetta da evidente eccesso di potere, in quanto contrastante con tutte le disposizioni di legge e di rango secondario, che sanciscono la natura abilitante del titolo conseguito negli istituti magistrali a seguito di regolare corso di studio. In altri termini, prima dell'istituzione della laurea in Scienza della formazione, il titolo di studio attribuito dagli istituti magistrali al termine di corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali di istituto magistrale (per la scuola dell'infanzia) o al termine dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale (per la scuola primaria) dovevano considerarsi abilitanti, secondo l'art. 53 R.D. 6 maggio 1923, n. 1054, in combinato disposto con l'art. 197 d.l. 16 aprile 1994, n. 297"*.

Sulla base di questa decisione, che interviene sulla legittimità del DM 62/2011, il Ministero dell'Istruzione è stato invitato a modificare il provvedimento, consentendo l'inserimento nella seconda fascia di istituto dei docenti di scuola dell'infanzia e di scuola primaria in possesso dei titoli conseguiti entro l'anno scolastico 2001-2002.

Ciò è stato fatto, attraverso tre distinti provvedimenti:

- il decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 15 maggio 2014, recante "Disposizioni inerenti le tabelle di valutazione dei titoli della II e III fascia delle graduatorie di istituto, in applicazione del decreto del ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 10 settembre 2010, n. 249 e successive modificazioni", tanto nelle premesse quanto nella tabella, ove tra i titoli di accesso alla **II fascia** è specificato "ivi compresi il diploma di maturità magistrale, il diploma triennale di scuola magistrale e titoli sperimentali equiparati";
- il decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 22 maggio 2014, n. 353, concernente il bando per la costituzione delle graduatorie di istituto, all'articolo 2 - Titoli di accesso alle fasce delle graduatorie di istituto, comma 1, lettera b — Seconda fascia — punto 7);
- infine, attraverso il decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 24 dicembre 2014, n. 967, concernente l'autorizzazione all'attivazione dei percorsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno, ove nelle premesse è specificato che tra i titoli di abilitazione, valevoli per l'accesso alle procedure selettive, sono ricompresi i diplomi magistrali in parola.

Orbene, del tutto apoditticamente i ricorrenti nella condizione di specie sopra ricordata, fanno discendere dalla sentenza il diritto all'inserimento nella graduatoria ad esaurimento.

A ben guardare l'infondatezza della questione sollevata, nei termini della dedotta rivendicazione del diritto all'inserimento in GAE, deriva dal fatto che gli stessi soggetti non erano inseriti nelle graduatorie permanenti in quanto non si trovavano in nessuna delle situazioni che la legge stessa prende in considerazione quale titolo utile al predetto inserimento.

Pertanto, se si ritiene illegittima la loro mancata inserzione nelle suddette graduatorie permanenti, che vengono a formare le graduatorie ad esaurimento, il ricorso non solo è tardivo, ma implica il ricorso a un giudizio di legittimità costituzionale, visto che i titoli sono dettagliatamente elencati dalla norma primaria; se, invece, si vuole che l'acquisizione, *medio tempore* e successiva all'entrata in vigore della legge n. 296 del 2006, da parte di soggetti in possesso del descritto titolo e/o degli altri requisiti potenzialmente idonei a consentirne l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, debba consentire l'apertura di queste ultime graduatorie, **la pretesa di inserimento è destituita di fondamento, atteso che la legge non consente l'aggiornamento se non in ipotesi specificamente determinate.**

Tanto ritenuto, va ulteriormente considerata la circostanza per la quale, **requisito fondamentale per l'ingresso nelle graduatorie permanenti, ai fini dell'immissione in ruolo su posti di insegnamento nella scuola primaria e dell'infanzia, sia il superamento di procedura con valore concorsuale, bandita anteriormente al citato art. 1, comma 605 della legge 296/2006, ovvero il conseguimento dell'idoneità riservata ai sensi dell'OM 15 giugno 1999, n. 153, ovvero il superamento della procedura riservata secondo il DM 85/05, ovvero ancora, e soprattutto, l'acquisizione dello specifico titolo a seguito della frequenza del corso di laurea in Scienze della Formazione Primaria.** Se infatti il superamento del concorso 1999 o la frequenza delle procedure riservate ex

OM 153/99 era legato al conseguimento del titolo in data anteriore al bando, inibendo dunque la partecipazione ai diplomati negli anni scolastici 1999/2000, 2000/2001, 2001/2002; se la partecipazione alla procedura ex DM 85/05 era subordinata al possesso di particolari titoli di servizio, i diplomati magistrali ricorrenti, tutti in possesso di titolo atto all'iscrizione alle prove selettive di accesso ai predetti percorsi in SFP, avrebbero ben potuto accedervi, come del resto fatto da migliaia di loro colleghi in possesso del titolo, una volta acclarato il valore di accesso alle graduatorie permanenti ai sensi della legge 23 maggio 2003, negli anni accademici 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007 e 2007/2008, senza contare le deroghe temporali successive.

La sentenza **TAR Lazio n. 8599/13**, nel confermare le disposizioni del DM 249/10 che in allora prevedevano l'obbligo di frequentare i Percorsi Abilitanti Speciali (PAS) anche per i diplomati magistrali per l'accesso alla seconda fascia delle Graduatorie d'Istituto, sottolineava, peraltro, come le nuove disposizioni normative abbiano definito un nuovo ordinamento didattico, oltre che previsto un corso di laurea specifico per la formazione culturale e professionale degli insegnanti delle scuole elementari (e materne).

La formazione iniziale degli insegnanti è stata considerata come obiettivo mirato per qualificare e valorizzare la funzione degli stessi attraverso l'acquisizione di competenze disciplinari, pedagogiche, metodologiche-didattiche, necessarie per far conseguire agli allievi i risultati di apprendimento previsti dall'ordinamento vigente per ciascun ordine e grado di scuola (compresa, particolarmente la scuola primaria e la scuola dell'infanzia) (cfr. art. 2 del Decreto 10 settembre 2010 n. 249).

Tali disposizioni, in particolare quelle del D.P.R. 471/96 emesso in attuazione dell'art. 3 della legge 341/90, hanno previsto il corso di laurea preordinato alla formazione culturale e professionale degli insegnanti delle scuole materne ed elementari, prevedendo una trasformazione della Scuola magistrale che il D.I. 10/3/1997 ha soppresso dall'a.s. 1998-99 (art. 1 stesso D.I. 10/3/1997 "*... dall'anno scolastico 1998-99 sono soppressi i corsi di studio ordinari triennali e quadriennali rispettivamente della scuola magistrale e dell'istituto magistrale*").

In conseguenza della introduzione del nuovo ordinamento ha assunto nuova configurazione anche la professione dell'insegnante (di scuola elementare e materna secondo la vecchia denominazione) e conformemente ad essa la necessità di raccorderla con una formazione culturale e professionale adeguata alle esigenze dell'insegnamento nella nuova scuola.

Si legge, infatti, "*è pacifico che, nel momento in cui la xxxxx conseguì il diploma magistrale (a.s.1991/92), tale titolo abilitava all'insegnamento nelle scuole, anche pubbliche, di grado preparatorio ed elementare, senza necessità di acquisire un ulteriore livello di qualificazione professionale. La normativa sopravvenuta, tuttavia, non soltanto ha previsto livelli di qualificazione differenziati per l'abilitazione all'insegnamento nella scuola primaria ... ha ritenuto di non poter prescindere da una formazione universitaria (cfr. art.3 legge n. 341 del 1990).*"

Pertanto, si fa ancora osservare, "*il riconoscimento del valore abilitativo ... non può essere riconosciuto in via permanente ... bensì nei limiti previsti dalla disciplina transitoria, ... consentendogli la partecipazione ad appositi corsi di formazione per l'insegnamento nella scuola materna statale... nonché ai concorsi ordinari per titoli e per esami... e ai diversi percorsi abilitanti riservati a cui la ricorrente ha ritenuto di non avvalersi*", percorsi preposti, come si è detto, proprio all'accesso alle graduatorie permanenti.

Giova qui svolgere anche un'ulteriore e diversa considerazione di ordine generale.

L'interesse a un bene della vita non risulta essere, ad ogni buon conto, giuridicamente protetto in ogni circostanza. Il rilievo e la misura della protezione discendono, ben vero, dalle norme di legge che attribuiscono tutela a determinate situazioni soggettive.

Nella situazione in esame — essendo contestato l'esercizio di un potere dell'Amministrazione (quello di disciplinare le modalità di accesso all'insegnamento) — parte ricorrente invoca un interesse legittimo, quantunque la posizione giuridica di cui si invoca la tutela non appaia individuabile: sotto il duplice profilo della natura dell'interesse che si assume leso, nonché del carattere diretto ed attuale della lesione asseritamente ricondotta agli atti impugnati.

È infatti solo la legge a stabilire quali interessi siano meritevoli di tutela e con quale intensità, riconoscendo il rilievo della pretesa all'effettivo perseguimento di un bene, ovvero al corretto esercizio di un potere che su tale perseguimento possa incidere in via autoritativa.

Fine precipuo dell'azione dell'amministrazione è il perseguimento di un pubblico interesse preindividuato dalla legge, attraverso la concessione di un potere soggetto a limiti ben precisi, quali concordemente enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa.

L'apposizione di tali vincoli, più o meno effettivi e stringenti, si giustifica con la necessità di un contemperamento, ispirato a principi di opportunità e meritevolezza, con gli interessi privati eventualmente coinvolti.

Diversamente opinando gravemente minata risulterebbe la funzione stessa della P.A., sostanzialmente relegata ad accordare indiscriminata tutela a qualsivoglia aspettativa di fatto riconducibile ad una platea indifferenziata di soggetti.

Vale la pena ricordare, nondimeno, che non solo il merito ovvero l'opportunità dell'azione amministrativa è ex se insindacabile dal giudice amministrativo, ma anche l'esercizio della discrezionalità amministrativa è incensurabile laddove non manifestamente affetto da profili di irragionevolezza, a maggior ragione ove esercitato nei limiti imposti dalle leggi.

Infine, in estrema sintesi ed a conclusione di quanto sopra esposto, va ulteriormente ribadito come si siano succedute diverse sentenze del Giudice Amministrativo di prime cure tutte favorevoli alla scrivente Amministrazione (da ultimo, cfr. sentenze TAR Lazio nn. 4460/15 e 412/15, ma anche sentenze TAR Lazio nn. 7851/14-7855/14-7856/14-5206/14-4248/13-8599/13-9795/13), che hanno confermato la legittimità della scelta operata da questa Amministrazione in ordine all'esclusione dell'accesso alle GAE per i candidati in possesso del predetto titolo.

In questa sede rileva inoltre ribadire come la questione della cd efficacia abilitante del titolo, da intendersi quale legittimazione all'esercizio dell'insegnamento, non coincida con la diversa ed autonoma questione (oggetto del

presente giudizio) della sussistenza o meno dei requisiti per l'iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento, già permanenti.

Infatti si aggiunge ulteriormente che il mero possesso del Diploma magistrale conseguito entro l'anno 2001-2002, il cui valore abilitante era riconosciuto dagli articoli 194 e 197 D.lgs. 297/1994, **non ha mai costituito di per sé solo titolo valido per l'inserimento nelle graduatorie permanenti in forza di precise disposizioni normative di rango primario e secondario**, essendo richiesta l'abilitazione conseguita all'esito dei concorsi per titoli e esami ai sensi degli artt. 401 e 402 D.lgs. 297/1994, come modificati dalla L. 124/1999 che ha istituito le graduatorie permanenti medesime. Ai sensi dell'art. 399 del D.lgs. 297/1994 (Testo unico sulle disposizioni legislative in materia di istruzione), l'assunzione a tempo indeterminato del personale docente ed educativo avviene per il 50% mediante concorsi per titoli ed esami e per il restante 50% attingendo dalle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del medesimo decreto legislativo. Ciò assume oggi ancora più rilievo in considerazione del Piano straordinario di assunzioni previsto dalla legge 107/15, che prevede l'assunzione a tempo indeterminato dei docenti iscritti a pieno titolo nelle richiamate spiegando al contempo l'interesse degli odierni ricorrenti all'inserimento tardivo nelle stesse.

Ai sensi del succitato art. 401, D.lgs. 297/1994, come sostituito dall'art. 1, co. 6, della L.124/1999, le graduatorie relative ai precedenti concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria venivano trasformate in graduatorie permanenti da utilizzare per le assunzioni di cui al citato art. 399, co. 1, D.lgs. 297/1994.

Inoltre, il Legislatore del 1999 disponeva che le medesime graduatorie fossero *"periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che avessero superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia"* (art. 401, co. 2, D.lgs.297/1994).

Dunque, alla luce della rievocata disposizione, l'inserimento successivo nelle predette graduatorie era ammesso soltanto per coloro che fossero risultati idonei ai successivi concorsi per esami e titoli, potendosi escludere, conseguentemente, come il possesso della mera abilitazione scaturente dal conseguimento del Diploma magistrale di cui agli artt. 194 e 197 D.lgs. 297/1994 costituisse di per sé titolo valido per l'inserimento nelle graduatorie permanenti ex art. 401 D.lgs. 297/1994.

Successivamente, l'art. 1, comma 605, della L. 296/2006 disponeva la trasformazione delle predette graduatorie in graduatorie ad esaurimento, facendo salvi, secondo i termini e le modalità indicati dal successivo art. 12, *"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 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;

il corso di laurea in Scienza della formazione primaria".

Per come risulta evidente, il Diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002 non figura fra i titoli di ammissione, per ragioni di coerenza sistematica con tutte le disposizioni normative regolanti l'inserimento nelle su dette graduatorie, nonché per ragionevolezza e parità di trattamento con tutti coloro che, pur in possesso del medesimo titolo, hanno partecipato e superato i concorsi ad esami e titoli previsti dai richiamati artt. 401 e 402 D.lgs. 297/1994.

Inoltre, giova osservare come, laddove esplicitamente il **D.M. 16 marzo 2007** escluda il possesso del Diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002 dai requisiti di ammissione alle graduatorie ad esaurimento, **i ricorrenti avrebbero ben dovuto impugnare questo stesso decreto, il quale costituiva primo atto direttamente preclusivo** all'inserimento nelle citate graduatorie adottato dal Ministero in attuazione delle disposizioni di cui all'art. 1, co. 605, L. 296/2006, pena gli effetti dell'intervenuta acquiescenza.

Pertanto alla data della trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento (1 gennaio 2007) così come previsto dall'articolo 1, comma 605, lett. c) della legge 296/2006, i ricorrenti se si ritenevano abilitati all'insegnamento avrebbero dovuto chiedere di essere inseriti in dette graduatorie.

I ricorrenti avrebbero dunque dovuto allora chiedere di essere inseriti nelle graduatorie permanenti o quantomeno chiedere di essere inseriti nelle graduatorie ad esaurimento e a fronte del rigetto del Ministero agire innanzi al giudice del lavoro per vedere accertato il loro diritto al predetto inserimento.

I ricorrenti invece non si sono attivati né per l'inserimento nelle graduatorie permanenti né nel momento della loro trasformazione nelle graduatorie ad esaurimento né all'esito dell'asserito primo riconoscimento ad opera del D.P.R. 25/03/2014 proponendo domanda di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento entro il termine previsto dal DM 235/2014 ovvero il 10/05/2014, nemmeno su supporto diverso da quello telematico.

Inoltre, non vi è alcuna norma che consenta di inserire i ricorrenti nelle graduatorie ad esaurimento ora per allora, in quanto pur essendo gli stessi in possesso di un titolo abilitante (e quindi idoneo all'inserimento) tale idoneità sia stata riconosciuta successivamente alla trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento.

Ed invero come emerge dalla norma che ha trasformato le graduatorie permanenti ad esaurimento, art. 1, comma 605, lett. c) l. 296/2006, dalla successivo art. 5 bis d.l. 137/2008, e dal recente art. 14, comma 2 ter, d.l. 216/2011 nel momento in cui le graduatorie permanenti sono state trasformate in graduatorie ad esaurimento, il legislatore ha precluso in linea di principio nuovi inserimenti, facendo salvi i soli inserimenti da effettuare per il biennio 2007/2008 per i docenti già in possesso di abilitazione ovvero dei c.d. riservisti in quanto iscritti, alla data di entrata in vigore della l. 296/2006, ad un corso volto al conseguimento del titolo di abilitazione; tale regola del divieto di nuovi inserimenti,

connaturata alla trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, è stata ribadita dai successivi interventi che solo hanno consentito l'inserimento con riserva di coloro che si erano iscritti a corsi abilitanti nell'anno accademico 200/2008 per il biennio 2008/2009 (art. 5 bis citato) e la costituzione di una IV fascia aggiuntiva per coloro che avessero conseguito il titolo abilitante negli anni accademici 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011, ferma la "chiusura" delle graduatorie (art. 14, comma 2 ter, cit.).

Con riguardo, nondimeno, all'intervenuta sfavorevole sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/15, va ribadito che i requisiti di accesso alle graduatorie di cui all'art. 401 del Testo Unico derivano, invero, da disposizioni fissate, in via perentoria, da norma avente rango primario, e tutti i successivi decreti di aggiornamento, ivi compreso il decreto oggetto di impugnazione, sono atti meramente applicativi del quadro normativo vigente: «Il decreto con il quale il Ministro dell'Istruzione, dell'università e della ricerca dispone l'integrazione e l'aggiornamento delle predette graduatorie per il biennio scolastico 2011-2012 e 2012-2013, in ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 1, comma 4, del citato decreto-legge n. 97 del 2004, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 143 del 2004, è improntato al principio del riconoscimento del diritto di ciascun candidato al trasferimento dalla provincia prescelta in occasione dell'integrazione e dell'aggiornamento per il biennio scolastico 2007-2008 e 2008-2009 ad un'altra provincia di sua scelta, con il riconoscimento del punteggio e della conseguente posizione nella graduatoria» (cfr., nel caso di precedente decreto di aggiornamento, Corte Costituzionale, sentenza n. 44/2011). In merito, la sentenza citata aveva, nelle motivazioni, preso atto che «L'art. 1, comma 605, lett c), della legge n. 296 del 2006, infatti, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica e di assorbimento del precariato dei docenti, prevede la trasformazione delle graduatorie permanenti in altre ad esaurimento e a tale fine non permette, a partire dal 2007, l'inserimento in esse di nuovi aspiranti candidati prima dell'immissione in ruolo dei docenti che già vi fanno parte» (cfr. sent. Corte Cost. cit.).

L'esclusione dalle GAE degli odierni istanti deriva, dunque, dal fatto che gli stessi soggetti non erano inseriti nelle graduatorie permanenti in quanto non si trovavano in nessuna delle situazioni che la legge stessa prende in considerazione quale titolo utile al predetto inserimento.

Si aggiunga inoltre come il DM 235/2015 del quale si chiede in tale sede la disapplicazione disciplina una fattispecie completamente differente da quella dedotta in tale sede.

Infatti lo stesso DM disciplina esclusivamente la possibilità di chiedere «la permanenza o l'aggiornamento del punteggio, l'eventuale conferma dell'iscrizione con riserva ovvero lo scioglimento di detta riserva o il trasferimento in altra provincia»

limitatamente ai soli candidati già inseriti in graduatoria

Il DM 235/15 non disciplina quindi quanto richiesto dai ricorrenti (l'inserimento ex novo in graduatoria); a ciò si aggiunga che i medesimi ricorrenti non si sono mai attivati tempestivamente per richiedere l'inserimento in GAE, né a pieno titolo, né con riserva con ciò di fatto manifestando un assoluto disinteresse all'inserimento de quo.

A ben vedere, lo stesso parere reso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato deciso con d.p.r. 25/3/2014 menzionato dalla difesa delle ricorrenti milita nel senso sopra descritto: «...A ben guardare l'infondatezza della questione sollevata, nel senso di rivendicare il diritto di quanti abbiano conseguito l'abilitazione magistrale entro l'anno 2001/2002, può derivare esclusivamente dal fatto che gli stessi soggetti non erano inseriti nelle graduatorie permanenti, di cui all'art. 1 d.l. 7 aprile 2004, n. 97, e non si trovavano in una delle situazioni transitorie ai fini del conseguimento del titolo abilitante, che la legge stessa prende in considerazione per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento. Pertanto, se si ritiene illegittima la loro mancata inserzione nelle suddette graduatorie permanenti, che vengono a formare le graduatorie ad esaurimento, il ricorso è tardivo; se, invece, si vuole che l'acquisizione, medio tempore e successiva all'entrata in vigore della legge n. 296 del 2006, da parte di soggetti in possesso di abilitazione magistrale degli altri requisiti idonei a consentirne l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento debba consentire l'apertura di queste ultime graduatorie, la questione è infondata visto che la legge non consente l'aggiornamento se non in ipotesi specificamente determinate».

Soltanto successivamente alla citata sentenza del Consiglio di Stato e quindi numerosi anni dopo il conseguimento del sedicente e denegante titolo abilitante, i ricorrenti hanno presentato istanza in tal senso difatto evidenziando la strumentalità del ricorso de quo.

Tantomeno può essere in tale sede invocata la presunta efficacia *erga omnes* della sentenza del Consiglio di Stato 1973/2015 in quanto la medesima sentenza è ex se insuscettibile di produrre effetti nei confronti degli odierni ricorrenti imponendo esclusivamente all'amministrazione resistente la necessaria attività di conformazione **in favore dei soli originari istanti.**

Alla pronuncia di annullamento del medesimo DM non può altresì essere attribuita efficacia *erga omnes* trattandosi, qualora codesto On. Le Tribunale dovesse ritenere sussistente in materia la denegata giurisdizione del giudice del lavoro, di atto che rientra tra le determinazioni assunte dall'amministrazione con le capacità ed i poteri del datore di lavoro privato laddove l'annullamento, per avere efficacia *erga omnes*, deve avere ad oggetto atti di natura regolamentare o normativa.

Infatti (vedi in tal senso Ordinanza Tribunale di Bologna) che si riporta integralmente: «Inoltre, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, i decreti ministeriali di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, pur essendo atti soggettivamente amministrativi, non rivestono natura né provvedimentale né possono costituire fonte del diritto essendo stati emessi dall'amministrazione con le capacità ed i poteri del datore di lavoro privato. Da ciò consegue che l'opinione tradizionale, secondo cui l'annullamento in sede giurisdizionale di un regolamento o di un atto generale ha efficacia *erga omnes*, non può essere utilmente invocata nella fattispecie in esame, difettando in radice l'esistenza di una fonte normativa o di un atto generale di natura provvedimentale. Per altro, sotto autonomo ma connesso profilo, il d.m. 235 del 2014 difetta dei caratteri propri delle fonti normative regolamentari e, cioè, dell'astrattezza, delle generalità e della innovatività, perché, in esecuzione di altre disposizioni di rango primario e secondario, indica solo i criteri di aggiornamento delle graduatorie e le modalità operative con le quali gli interessati possono presentare domanda. Al più,

al decreto ministeriale in esame, potrebbe essere riconosciuta (ferma restando la natura non provvedimentale e non regolamentare) la natura di atto collettivo o plurimo, con effetti scindibili e differenziabili per ciascun destinatario. Dunque, nessuna valenza normativa può essere attribuita nella fattispecie in esame alla decisione del Consiglio di Stato del 2015. Infine, sussistono più che fondati dubbi che la citata decisione contenga, effettivamente, l'annullamento del d.m. in quella sede impugnato. La sentenza di annullamento ha, infatti, natura demolitoria e la sua pronuncia comporta l'immediata caducazione – in tutto o in parte – dell'atto impugnato con efficacia retroattiva. Nel caso in esame, invece, il giudice amministrativo, a ben leggere la motivazione e il dispositivo della sentenza, ha accolto la domanda dei ricorrenti volta ad ottenere l'inserimento nella terza fascia delle graduatorie ad esaurimento assumendo l'illegittimità dei criteri fissati dal decreto ministeriale n. 235/2014, nella parte in cui avevano precluso ai docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti ora ad esaurimento. In realtà il Consiglio di Stato, più che annullare il decreto ministeriale in senso stretto, ha deciso la controversia come se il predetto decreto non fosse mai stato emanato ed ha esso stesso enucleato la disciplina, che sarebbe stata, invece, omessa nella sua redazione. In altri termini, sulla base del principio che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, erano già in possesso del titolo abilitante e che il riconoscimento di tale abilitazione soltanto nel 2014, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, non può impedire che questo abbia ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali, il Consiglio di Stato ha disapplicato la decretazione ministeriale che non consentiva ai diplomati magistrali di presentare la relativa domanda, ha considerato valide le domande amministrative presentate dopo il 2014 ed ha, infine, ritenuto fondata la pretesa di inserimento nella terza fascia delle medesime graduatorie, nella fascia, cioè, "In cui gli attuali appellanti avrebbero dovuto essere inseriti qualora il titolo abilitante fosse stato loro riconosciuto in precedenza dal Ministero il quale, anche dopo il riconoscimento, ha però singolarmente continuato a non riconoscerlo per l'iscrizione in tali graduatorie e lo ha riconosciuto soltanto ai fini dell'iscrizione nelle graduatorie d'istituto valide per il conferimento delle supplenze brevi e non per l'assunzione a tempo indeterminato". Nella sostanza, il Consiglio di Stato, nel decidere la domanda proposta in quel giudizio, ha disapplicato il decreto ministeriale, così rimuovendo l'ostacolo che impediva agli allora ricorrenti di presentare con esito favorevole la domanda di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, con la conseguenza che la statuizione contenuta nella sentenza non può assumere portata generale ma è limitata a produrre effetti solo tra le parti in causa".

A ciò va aggiunto che dalla stessa sentenza del Consiglio di Stato si evince che "...non sembra altresì esservi dubbio alcuno che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero già in possesso del titolo abilitante", così che nessun ostacolo precludeva alle ricorrenti fare valere le proprie pretese in giudizio prima della chiusura definitiva delle graduatorie medesime, non essendo ovviamente rilevante l'eventuale erronea convinzione dell'infondatezza delle stesse né il parere del Consiglio di Stato sulla base del quale è stato emesso il d.p.r. del 25 marzo 2014 avendo il suddetto valore di mero precedente.

SULL'ISTANZA CAUTELARE

E' necessario infine ricordare, impregiudicate le considerazioni di cui sopra anche ai fini del *fumus boni juris*, come siano assolutamente insussistenti i presupposti del cd *periculum in mora*.

La sussistenza del *periculum in mora* deve pertanto essere accertata non in astratto ma in concreto in relazione alla effettiva situazione socioeconomica del lavoratore che ha l'onere di allegazioni concrete e puntuali che permettano alla controparte l'esercizio di una effettiva difesa ed al giudice di operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile.

Nel caso di specie risulta di meridiana evidenza che la ricorrente non ha prodotto alcuna tangibile prova in ordine al cosiddetto irreparabile pregiudizio necessitante la concessione dell'invocata ma improponibile misura cautelare.

Infatti la ricorrente non ha assolutamente prodotto, documentato e/o allegato alcun documento dimostrante l'eventuale possibilità di stabilizzazione ove venisse inopinatamente inserita nelle graduatorie *de quibus*.

Il danno paventato risulta pertanto essere soltanto futuro e meramente potenziale come tale non integrante la sussistenza degli estremi del *periculum in mora* attuale.

Infatti la ricorrente non ha indicato alcunché in ordine al punteggio ed alla posizione che avrebbe acquisito ove fosse stata inopinatamente inserita nelle graduatorie *de quibus* Parimenti è omessa alcuna indicazione sulle concrete e reali possibilità che la medesima avrebbe di costituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'amministrazione resistente.

Anzi per come provato documentalmente la stessa ricorrente è attualmente beneficiaria di un contratto a tempo determinato sino al 30.06.2015 per 24 ore settimanali presso l'Istituto Comprensivo di Malnate (Va) scuola primaria di Gurone.

Tale ordinaria corresponsione economica esclude ex se che la stessa possa oggi subire un pregiudizio grave ed irreparabile che non consenta di attendere i tempi propri della cognizione ordinaria del rito di merito.

Non può quindi sostenersi che nel tempo occorrente a far valere il proprio diritto in via ordinaria questo sarebbe irrimediabilmente compromesso da un mancato accoglimento della misura cautelare richiesta.

Inoltre è necessario sottolineare che oggetto dell'istanza cautelare è la richiesta di inserimento nelle GAE con **istanza cautelare** diretta alla partecipazione al piano straordinario delle assunzioni che, si evidenzia, alla data dell'udienza risulta definitivamente terminato in tutte le sue fasi A, B e C.

A tal fine si ribadisce che la fase nazionale delle assunzioni è, alla data della odierna udienza, terminata e che pertanto eventuali atti adottati dall'amministrazione in esecuzioni di denegati provvedimenti cautelari non sarebbero opponibili ad eventuali terzi controinteressati.

In ogni caso non sussiste per la ricorrente, nell'odierna fase cautelare, alcun pregiudizio che non possa trovare eventualmente ristoro in una denegata decisione nell'eventuale instaurando giudizio di merito con il risarcimento in forma specifica dell'inserimento in graduatoria.

Infatti è necessario sottolineare che oggetto del presente ricorso è la richiesta di inserimento nelle GAE e che **soltanto l'istanza cautelare** richiede altresì la partecipazione al piano straordinario delle assunzioni che, si evidenzia, alla data dell'udienza risulta definitivamente terminato in tutte le sue fasi A, B e C.

Pertanto risulta di meridiana evidenza che quanto oggetto del presente ricorso cautelare **risulta ultroneo rispetto a quanto chiesto per via ordinaria** determinando di fatto la richiesta di corresponsione di un bene superiore (la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato) rispetto a quanto richiesto in via principale (la richiesta di inserimento in graduatoria).

Si aggiunge infine che l'eventuale diritto soggettivo tutelato è esclusivamente quello diretto all'inserimento nella GAE mentre la pretesa alla stabilizzazione del rapporto lavorativo attraverso la sottoscrizione di un contratto a tempo indeterminato con la resistente amministrazione è, ex se, una mera aspettativa di fatto che, in quanto tale, non può trovare riconoscimento giuridico sia nella fase cautelare che in quella di merito.

In ogni caso non sussiste per la ricorrente, nell'odierna fase cautelare, alcun pregiudizio che non possa trovare eventualmente ristoro in una denegata decisione nel merito con il risarcimento in forma specifica dell'inserimento in graduatoria.

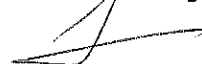
Per quanto sopra esposto, voglia il Giudice adito accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

Per quanto sopra esposto, dedotto ed eccepito:

- 1) dichiarare il ricorso nullo e/o inammissibile e/o irricevibile per difetto di giurisdizione;
- 2) in subordine dichiarare l'intervenuta prescrizione e/o acquiescenza del diritto;
- 3) respingere le richieste dei ricorrenti in quanto infondate in fatto e in diritto.
- 4) liquidare, con valutazione equitativa, le spese di lite a favore dell'Amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 152 bis cpc, che prevede il versamento degli oneri del giudizio anche a favore delle pubbliche amministrazioni che si difendano tramite propri funzionari, ai sensi dell'art. 417 bis cpc

Dott. Gaetano Citrigno



COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE

Varese, il 28 APR. 2017

L'ASSISTENTE SOCIALE
Anna CASHELLI

