

*Studio Legale Picotti*

Prof. Avv. **LORENZO PICOTTI**  
 Avv. **GABRIELLA DE STROBEL**  
 Avv. **SIMONETTA DEL MEDICO**  
 Avv. **TOMMASO GALVANINI**  
 Avv. **FRANCESCA BORIN**  
 Via Santa Chiara, 15 - 37129 Verona  
 tel. 045/594301 - fax 045/8011023

## **TRIBUNALE CIVILE DI VERONA – SEZ. LAVORO**

### **RICORSO EX ART. 414 C.P.C.**

della dott.ssa **DESIDERIO MARIA** (C.F.: DSDMRA78B44I073J), nata a San Paolo Bel Sito (NA) il 4.2.1978 e residente in Lauro (AV), Via Del Balzo 4, rappresentata e difesa, rappresentati e difesi Lorenzo Picotti (C.F.: PCTLNZ52T22L781R – **PEC**: picotti@pec.studiopicotti.com congiuntamente ed anche disgiuntamente dal prof. avv.– **FAX**: 045/8011023), dall'avv. Gabriella de Strobel del Foro di Verona (C.F.: DSTGRL56B48H501W – **PEC**: destrobel@pec.studiopicotti.com – **FAX**: 045/8011023) presso il cui studio in Verona via Santa Chiara 15 è elettivamente domiciliata, giusta mandato a margine al presente atto

#### **contro**

- **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA** – in persona del Ministro pro tempore;
- **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE DEL VENETO** - in persona del Dirigente *pro tempore*;
- **AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI VERONA** – in persona del Dirigente *pro tempore*

#### **nonché nei confronti**

di tutti i docenti risultanti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento (GAE) della provincia di Verona e di tutti gli ambiti territoriali, per la classe di concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE), valide per gli anni scolastici 2014/2017, che sarebbero pregiudicati (in termini di posizione di graduatoria) per effetto dell'accoglimento del presente ricorso.

\*\*\* \*\*

### **FATTO**

**I. Il titolo abilitante della dott.ssa Desiderio e i contratti sottoscritti dall'a.s. 2005/06 all'a.s. 2015/16.**

**1.** La dott.ssa Desiderio Maria è insegnante precaria, abilitata alla professione docente in virtù del **diploma magistrale**, conseguito **nell'a.s. 1997/98** presso l'Istituto Magistrale I.S.I.S. di Nola (NA) (cfr. doc. 1/A).

La ricorrente ha altresì conseguito il diploma di maturità classica nell'a.s.

1996/97 e la laurea in Psicologia (vecchio ordinamento) in data 29.11.2014 (cfr. docc. 1/B e 1/C).

In virtù del diploma magistrale, conseguito entro l'a.s. 2001/2002, la ricorrente è abilitata alla professione docente, sia per l'insegnamento nella scuola d'infanzia, sia per l'insegnamento nella scuola primaria, come disposto dal DPR del 25.3.2014, che ha recepito il parere n. 3813 dell'11.9.2013 del Consiglio di Stato (numero affare 4929/2012), riguardante appunto il valore del diploma magistrale conseguito prima dell'a.s. 2001/2002.

**2.** La ricorrente ha svolto incarichi di docenza, come precaria, dall'a.s. 2005/06 fino all'a.s. 2014/2015.

In particolare, nell'a.s. 2005/2006 e nell'a.s. 2006/2007 le sono stati assegnati due progetti presso il FOPAS di Napoli.

Negli anni accademici successivi, è stata destinataria di contratti a termine per lo svolgimento di attività di docenza presso diversi istituti della Provincia di Verona. Come risulta dai documenti depositati, in svariati anni accademici la ricorrente ha stipulato più contratti a tempo determinato, per brevi periodi, anche presso il medesimo Istituto e a volte presso Istituti diversi, prestando comunque servizio per tutto l'anno scolastico, senza soluzione di continuità.

**2.1.** Nell'a.s. 2006/2007: dal 22.1.2007 al 9.6.2007 presso Circolo didattico statale "Dante Alighieri" in Villafranca di Verona (VR) (cfr. doc. 2/A, 2/B e 2/C);

**2.2.** Nell'a.s. 2007/2008: dal 21.9.2007 all'8.6.2008 presso Scuola primaria "De Amicis del C didattico" Dante Alighieri" in Villafranca di Verona (VR) (3/A e 3/B);

**2.3.** Nell'a.s. 2008/2009: dal 23.9.2008 al 4.6.2009 presso Istituto Statale Comprensivo "Don L. Milani" in Sommacampagna (VR) (da 4/A a 4/G);

**2.4.** Nell'a.s. 2009/2010: dal 24.9.2009 all'11.10.2009 presso Istituto Comprensivo Materna/Elementare/Media in Lugagnano di Sona (VR); dal 12.10.2009 al 22.12.2009 presso Istituto comprensivo Statale "Virgilio" in Sona (VR); dall'11.1.2010 al 9.6.2010 presso Istituto comprensivo "G. Murari" in Valeggio sul Mincio (VR) (cfr. docc. 5/A, 5/B e 5/C);

**2.5.** nell'a.s. 2010/2011: dal 30.9.2010 al 13.10.2010 presso Istituto "D. Milani" di Sommacampagna e dal 23.11.2010 al 8.6.2011 presso Scuola Primaria "A. Frank" di Povegliano Veronese (VR) (cfr. docc. 6/A e 6/B);

- 2.6. Nell'a.s. 2011/2012: dal 23.9.2011 al 8.6.2012 presso Scuola Primaria "A. Frank" di Povegliano Veronese (VR) (cfr. docc. da 7/A a 7/G);
- 2.7. Nell'a.s. 2012/2013: dal 20.9.2012 al 8.6.2013 presso Scuola Primaria "A. Frank" di Povegliano Veronese (VR) (cfr. docc. da 8/A a 8/E);
- 2.8. Nell'a.s. 2013/2014: dal 18.9.2013 al 30.6.2014 presso Scuola Primaria "D.G. Calabria" di Alpo dell'Ist. Comprensivo in Dossobuono di Villafranca (VR) (cfr. doc. 9);
- 2.9. Nell'a.s. 2014/2015: dal 16.9.2014 al 16.11.2014 presso Istituto Comprensivo "Don Luigi Milani" in Sommacampagna dal 17.11.2014 al 30.6.2015 presso Scuola Primaria "P. Caliani" in Mozzecane (VR) (cfr. doc. 10/A e 10/B).
- 2.10 Nell'a.a. 2015/16: dal 17.9.2015 al 30.6.2016 presso Istituto comprensivo IC Mozzecane (doc. 11/A e 11/B).

\*\*\*

3. L'odierna ricorrente è **attualmente inserita** nella II Fascia delle **graduatorie di circolo e di istituto**, ossia nelle graduatorie utilizzabili **soltanto** per il conferimento delle **supplenze brevi** e **non** per l'**assunzione a tempo indeterminato**.

Ed infatti, con il DPR 25.3.2014, pubblicato sulla G.U. n. 111 del 15.5.2014, che ha recepito il parere del Consiglio di Stato n. 03813/2013 dell'11.9.2013, è stato definitivamente riconosciuto che il **diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2001** deve essere considerato, a tutti gli effetti, **titolo abilitante all'insegnamento**.

In seguito a tale parere, la dott.ssa Desiderio ha presentato domanda di aggiornamento della graduatoria d'Istituto per il triennio 2014/2017 (cfr. doc. 13).

Il Decreto Ministeriale n. 235 dell'1.4.2014, recante disposizioni per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento (GAE) per il triennio 2014/2015 – 2015/2016 e 2016/2017, non ha però concesso ai docenti titolari del diploma magistrale, pur conseguito entro l'a.s. 2001/2002, che come detto sopra è abilitante all'insegnamento, la possibilità di presentare domanda di inserimento nelle predette graduatorie ad esaurimento, che sono valide per il conferimento di contratti a tempo indeterminato. Tale facoltà è stata concessa solo ai docenti già inseriti nelle graduatorie ad esaurimento, che come tali

erano registrati nella piattaforma telematica denominata “Istanze *on line*”.

Tale piattaforma web, non riconoscendo, come titolo valido, il diploma magistrale conseguito entro l’a.s. 2001/2002, non dava la possibilità ai docenti in possesso di tale titolo, quale è la ricorrente, di registrarsi in tale sistema telematico.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1973/2015 del 16.4.2015, **ha annullato il citato D.M. 235/2014**, nella parte in cui non consentiva ai docenti in possesso del titolo abilitante di diploma magistrale conseguito entro l’a.s. 2001/2002 l’iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento, riconoscendo così, con siffatta pronuncia, il loro **diritto all’inserimento in esse**, e dunque **ad essere assunti a tempo indeterminato secondo la posizione utile in graduatoria**.

\*\*\*

#### **4. Domanda di inserimento in GAE presentata dalla dott.ssa Desiderio in data 12.8.2015.**

In seguito alla sentenza n. 3877/2015 del 3.8.2015 del Consiglio di Stato, che ha confermato il principio di diritto già enunciato con sentenza n. 1973/2015, la dott.ssa Desiderio ha pertanto **inviato al Ministero competente, con raccomandata A/R del 12.8.2015** (in forma cartacea, non essendo possibile alla stessa accedere alla piattaforma web per l’inoltro dell’istanza), la **domanda di ammissione alle fasi b) e c) del piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di cui alla legge 107/2015 e al D.D.G. 767/2015**, indicando i titoli di servizio, culturali e di preferenza, utili alla determinazione del punteggio secondo la tabella valutazione dei titoli vigenti e acquisiti entro il 10 maggio 2014 di aggiornamento delle Graduatorie ad esaurimento per il triennio 2014/2017, nonché l’ordine di preferenza tra tutte le province italiane (esclude quelle di Aosta, Bolzano e Trento) utili per la formazione dell’eventuale proposta (cfr. **doc. 14**).

Tale **domanda** è da considerarsi **tempestivamente presentata**, seppur non in modalità telematica, che era inaccessibile alla ricorrente, visto che il termine di presentazione della domanda era fissato al 14.8.2015, come stabilito nel D.M. 767/2015 del 17.7.2015, con cui il MIUR ha disposto che i soggetti che avessero inteso partecipare alle procedure nazionali del piano straordinario di assunzioni di cui all’art. 1 comma 98 lettere b) e c) della Legge 107/2015,

avrebbero dovuto presentare domanda (esclusivamente *on line*). dalle ore 9.00 del 28.7.2015 fino alle 14.00 del 14.8.2015.

\*\*\*

**II. Il ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato presso il Tribunale di Verona in data 17.9.2015 iscritto al n. 2341/2015 R.G. e l'ordinanza cautelare di rigetto n. 85/2015.**

5. Poiché la domanda in forma cartacea inviata in data 12.8.2015 non ha avuto alcun riscontro, la dott.ssa Desiderio ha depositato, in data 12.9.2015, un ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c., per ottenere l'immediato inserimento, seppur con riserva, nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento (GAE).

Nel ricorso d'urgenza si dava atto che la ricorrente risultava avere, alla data del 2.2.2015, un punteggio di 115 per la Classe di concorso EEEE (scuola Primaria) e di 21 per la Classe di concorso AAAA (Scuola dell'Infanzia), come risulta dal documento prodotto con il presente atto sub 12, salvi ulteriori incrementi successivi.

Il ricorso d'urgenza è stato iscritto al n. 2341/2015 R.G. Lav. ed assegnato al dott. Gesumunno.

6. Con ordinanza n. 85/2016 depositata in data 11.1.2016 (crf. doc. 15), il Giudice ha così deciso: “1) *Rigetta il ricorso*; 2) *spese compensate*”.

Nella parte motivazionale, il dott. Gesumunno ha trascritto, ai sensi art. 118 disp. att. c.p.c., l'ordinanza emessa dal Tribunale di Verona (dott. Benini) in altro procedimento identico a quello proposto dalla dott.ssa Desiderio, che ha ritenuto insussistente il requisito del “*fumus boni iuris*”, in quanto:

- ha escluso l'efficacia *erga omnes* della sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, sostenendo che la stessa sarebbe stata emessa in “*carezza di giurisdizione*”, con la conseguenza che non potrebbe avere valore che tra le parti di quel procedimento e non varrebbe quindi per fondare la pretesa della dott.ssa Desiderio; il Giudice ha altresì ritenuto che il Consiglio di Stato non avrebbe comunque annullato il Decreto Ministeriale n. 235/2014, in quanto lo avrebbe “solo” disapplicato;
- ha ritenuto che, riconosciuta l'efficacia abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002, in quanto normativamente prevista alla data di trasformazione delle graduatorie

da permanenti ad esaurimento (1.1.2007, ai sensi della legge 296/2006), la ricorrente avrebbe potuto (e dovuto) proporre domanda di inserimento in dette graduatorie; con la conseguenza che, non avendo la ricorrente chiesto tale inserimento entro il biennio 2007-2008 (che secondo il Giudice sarebbe stato il termine ultimo per tale inserimento ai sensi della lettera c) dell'art. 1 comma 605 della legge 296/2006), la stessa non potrebbe chiedere ora tale l'inserimento, in quanto non vi sarebbe alcuna norma di fonte primaria che lo consenta, avendo anzi la legge impedito "nuovi" inserimenti.

È palese che nell'ordinanza si elude il passaggio decisivo costituito dagli atti della P.A., che impedivano indebitamente la possibilità, per i docenti abilitati come la ricorrente (diploma magistrale ante 2001/02) di presentare la domanda. La ricorrente non ha ritenuto di proporre reclamo avverso la predetta ordinanza, visto l'orientamento negativo espresso da codesto Tribunale di Verona, in sede cautelare, nonostante il differente orientamento di altri Tribunali.

Per cui dovrà essere accolto il presente ricorso di merito, superando l'erronea decisione emessa in sede cautelare, che ha inopinatamente impedito alla dott.ssa Desiderio di essere inserita nelle GAE, come invece è accaduto per i suoi colleghi che hanno ottenuto decisioni favorevoli, sia in sede amministrativa, sia in sede ordinaria.

7. Si fa presente in data 22.6.2016 è stato emanato il D.M. prot. n. 495, che all'art. 1 decreta lo scioglimento della riserva per i docenti iscritti con riserva nelle GAE: neppure tale Decreto Ministeriale consente a coloro che sono in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/02, come la ricorrente, di poter essere inseriti nelle GAE ai fini delle assunzioni.

La dott.ssa Desiderio, quindi, si riserva ogni azione ed impugnazione del predetto D.M., a prescindere dal deposito del presente ricorso.

\*\*\* \*\*

Vista la complessità della materia, appare opportuno analizzare il sistema di reclutamento dei docenti, focalizzando l'attenzione in particolare sul quadro normativo e giurisprudenziale relativo ai docenti che hanno conseguito il diploma magistrale prima dell'a.s. 2001/2002.

### **III. Il sistema di reclutamento dei docenti.**

8. Il reclutamento dei docenti avviene mediante tre diversi tipi di graduatorie: A) Graduatoria ad esaurimento (*ex* graduatorie permanenti); B) Graduatorie di concorso; C) Graduatorie d'istituto.

Ogni anno, in base ai posti che si rendono disponibili nelle cattedre delle scuole statali, vengono attinti dalle graduatorie di merito (50%) e dalle graduatorie ad esaurimento (50%) i docenti per l'immissione in ruolo, ovvero per la stipula di contratti a tempo (c.d. doppio canale).

Mentre nelle graduatorie di merito sono inseriti i docenti vincitori di concorso pubblico a cattedre, nelle **graduatorie ad esaurimento**, a base provinciale, sono **inseriti i docenti provvisti di abilitazione all'insegnamento**.

La norma di riferimento è rappresentata dall'art. 1 Legge 124/1999 che ha previsto la trasformazione delle relative graduatorie in graduatorie permanenti, periodicamente integrabili.

L'articolo citato ha sostituito l'art. 399 del D.Lgs. 297/1994 nei seguenti termini: *“art. 399. (accesso ai ruoli) 1. l'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo per il 50% dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami, e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'art. 401”*.

Le graduatorie per l'insegnamento sono predisposte per ciascuna provincia, ai sensi dell'art. 1 commi 2 e 7 del Decreto-Legge 3 luglio 2001 n. 255 convertito nella legge 20 agosto 2011 n. 333, sono articolate in 3 fasce:

- la PRIMA FASCIA: riservata ai docenti già inseriti nelle graduatorie dei soppressi concorsi per soli titoli; - la SECONDA FASCIA, riservata ai docenti che, al momento dell'entrata in vigore della legge 124/99 possedevano i requisiti per partecipare ai soppressi concorsi per titoli; la TERZA FASCIA, cioè quella in cui ha diritto di essere inserita la ricorrente, composta da docenti che abbiano superato le prove di un precedente concorso per titoli ed esami anche ai soli fini abilitativi (come i precedenti) e che fossero inseriti, alla data di entrata in vigore della legge 124/99, in una graduatoria per l'assunzione del personale non di ruolo.

La terza fascia delle graduatorie ad esaurimento, per effetto delle disposizioni di cui alla legge 143/2004 e successive modificazioni, è stata integrata con gli aspiranti docenti in possesso di abilitazione/titolo abilitante all'insegnamento comunque posseduto.

\*\*\*

#### **IV. La trasformazione delle graduatorie permanenti ad esaurimento ed il diritto all'inserimento per tutti i docenti già in possesso di abilitazione**

**9.** In luogo delle graduatorie “permanenti”, la **legge 296/2006** ha istituito le **graduatorie “ad esaurimento”**, ossia ha trasformato le graduatorie provinciali da graduatorie “permanenti” (aperte) in graduatorie “chiuse” (ad esaurimento).

In particolare, la lettera c) dell'art. 1 comma 605 della legge 296/2006, contenente misure di stabilizzazione del personale precario della scuola, ha disposto quanto segue: “... *con uno o piu' decreti del Ministro della pubblica istruzione sono adottati interventi concernenti...* c) **la definizione di un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009 ... al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione (...). Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti (...) sono trasformate in graduatorie ad esaurimento. Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione...”.**

L'art. 1 comma 605 della legge 296/2006, dunque, ha trasformato le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, escludendo la possibilità di inserimenti di nuovi abilitati, ma **facendo espressamente salvo l'inserimento dei “docenti già in possesso di abilitazione”**.

La suddetta disposizione ha dunque definito la terza fascia delle graduatorie come graduatoria “a esaurimento” proprio perché, **a decorrere dal 2007, non sarebbe stato più consentito l'inserimento di nuovi aspiranti candidati prima dell'immissione in ruolo dei già abilitati**, per i quali è previsto un piano pluriennale di assunzione a tempo indeterminato.

\*\*\*

#### **V. Riconoscimento normativo del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 come titolo abilitante all'insegnamento.**

10. Vista la rilevanza nel caso concreto, è opportuno ripercorrere la **disciplina relativa al valore abilitante del diploma magistrale** che, se conseguito prima dell'a.s. 2001/2002, come ne lcaso della dott.ssa Desiderio, è sempre stato normativamente riconosciuto quale titolo abilitativo per l'insegnamento, sia nella scuola d'infanzia, sia nella scuola primaria.

Ed infatti, già l'art. 194 comma 1 del D.Lgs. 297/1994 stabiliva che: *“Al termine del corso di studi della scuola magistrale si sostengono gli esami per il conseguimento del titolo di abilitazione all'insegnamento nelle scuole materne”* (ora scuola dell'infanzia).

Tale norma è stata abrogata dalla legge 226/2005 che, all'art. 31, ha tuttavia previsto come le disposizioni abrogate: *“continuano ad applicarsi limitatamente alle classi di istituti e scuole di istruzione secondaria superiore ancora funzionanti secondo il precedente ordinamento ed gli alunni ad essi iscritti e sono abrogate a decorre dall'anno successivo al completo esaurimento delle predette classi”*

L'art. 197 del D.Lgs. 297/1994 ha stabilito a sua volta che: *“...Il titolo conseguito nell'esame di maturità a conclusione dei corsi di studio dell'istituto tecnico e dell'istituto magistrale abilita, rispettivamente, all'esercizio della professione ed all'insegnamento nella scuola elementare”*.

Il **valore abilitante del diploma magistrale** è stato altresì **ribadito dall'art. 2 del D.M. 175/1997**: *“I titoli di studio conseguiti al termine dei corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale, iniziati entro l'anno scolastico 1997-1998, o comunque conseguiti entro l'a.s. 2001-2002, conservano in via permanente l'attuale valore legale...”*.

Viceversa, l'art. 3 comma 1 esclude valore abilitante al diploma magistrale conseguito dopo l'a.s. 2001/2002: *“In relazione alla soppressione dei corsi triennali di scuola magistrale e di quelli quadriennali ed integrativi di istituto magistrale, disposta dall'art. 1, commi 1 e 2, è **istituita una nuova tipologia di istituto di istruzione secondaria di secondo grado la cui denominazione e il cui modello di corso di studi ... Al termine del predetto corso di studi si consegue il diploma di maturità non avente valore abilitante all'insegnamento nella scuola elementare e non idoneo all'insegnamento nella scuola materna**”*.

Riassumendo, le disposizioni sopra richiamate distinguono tra:

- i **diplomati magistrali entro l'a.s. 2001/2002**: al titolo conseguito entro tale anno scolastico è **ricosciuto valore abilitante all'insegnamento**;
- i **diplomati magistrali diplomati dopo l'a.s. 2001/2002**: al titolo conseguito dopo tale anno **non** è **ricosciuto valore abilitante all'insegnamento**.

La ricorrente rientra pacificamente nella prima ipotesi.

\*\*\* \*\*

**VI. Formale riconoscimento da parte del MIUR del valore abilitante all'insegnamento del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 ed illegittimità degli atti ministeriali che non hanno consentito alla ricorrente di formulare domanda d'inserimento in graduatoria ad esaurimento.**

**11.** Con il DPR 25.3.2014, pubblicato sulla G.U. n. 111 del 15.5.2014, che ha recepito il parere del Consiglio di Stato n. 03813/2013 dell'11.9.2013, è stato definitivamente riconosciuto che il **diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2001** deve essere considerato, a tutti gli effetti, **titolo abilitante all'insegnamento**.

Il Consiglio di Stato, con detto parere, ha dichiarato l'illegittimità del D.M. 62/2011, riconoscendo espressamente che coloro che avevano conseguito il diploma magistrale entro l'a.s. 2001/2002 dovevano essere inseriti nella II fascia della graduatoria d'istituto (utile per le assunzioni a tempo determinato ma non per le immissioni in ruolo).

**12.** Il D.M. 235/2014 dell'1.4.2014, nel disporre l'aggiornamento e l'integrazione delle graduatorie ad esaurimento del personale docente per il triennio 2014/2017 (utili per l'immissione in ruolo), non ha però previsto la possibilità di presentare la relativa domanda ai docenti muniti di titolo abilitante (diploma magistrale), continuando così ad ignorare tale valore abilitante.

Con sentenza n. 1973/2015 del 16.4.2015, il Consiglio di Stato ha **annullato** il predetto D.M. 235/2014 nella parte in cui non consente ai titolari del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2001 la presentazione della

domanda di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, **riconoscendo così il loro diritto all’inserimento delle graduatorie per il triennio 2014/2017.**

Tale sentenza ha quindi definitivamente riconosciuto il valore abilitante del diploma magistrale conseguito entro l’a.s. 2001/2002 ai fini dell’inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Nello **stesso senso** si è pronunciato ancora il **Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3788/2015 del 3.8.2015**: “*Non sembra, del resto, esservi dubbio che i dipendenti diplomati con il titolo conseguito entro l’anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento fossero da considerare in possesso del titolo abilitante...*”.

La granitica giurisprudenza successiva ha confermato e ribadito tale principio (cfr. *ex multis*: Cons. Stato n. 3628, 3673, 3675 del 2015).

\*\*\* \*\*

## **VII. La disciplina normativa di cui alla legge 107/2015 del 16.7.2015 (cd. “Buona Scuola”).**

**13.** La legge 107/2015 del 16.7.2015 (cd. “Buona Scuola”) ha previsto un piano straordinario di immissione in ruolo, destinato alla stabilizzazione di oltre 100 mila precari nella scuola, e, in particolare, gli aventi titolo all’inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Il meccanismo di assunzione previsto dalla legge è, invero, molto complesso e si articola in più fasi, di seguito elencate.

### **- Assunzioni entro il 31.8.2015.**

Riguarda le assunzioni dei docenti vincitori del concorso del 2012, nel limite del 50 per cento, e dei docenti iscritti a pieno titolo nelle graduatorie ad esaurimento nell’ambito della provincia nella cui graduatoria sono iscritti, nel limite del restante 50%;

### **- Assunzioni previste dal piano straordinario.**

Tale piano riguarda i soggetti interessati sono i docenti **inclusi a pieno titolo nelle GAE** e nelle graduatorie dei concorsi 2012, che non siano già di ruolo come docenti nella scuola statale.

I posti disponibili sono quelli liberi dell’organico di diritto: 10.489 (posti liberi già negli anni precedenti) a cui si aggiungono tutti quelli non assegnati con le assunzioni c.d. normali.

Le assunzioni previste nel piano straordinario avvengono in tre fasi:

**I FASE:** nei limiti dei posti liberi nell'organico di diritto i destinatari vengono assunti nella loro provincia entro il 15 settembre 2015, con decorrenza giuridica ed economica, con le attuali procedure del doppio canale (50% GAE e 50% GM).

**II FASE:** coloro che non trovano posto nella I fase vengono assegnati successivamente a domanda sui posti di organico di diritto rimasti liberi dopo la I fase nelle varie province a livello nazionale indicate a domanda ed assunti con decorrenza giuridica dal 1° settembre 2015.

**III FASE:** coloro che non trovano posto neppure nella II fase vengono assegnati all'organico aggiuntivo delle varie province a livello nazionale ed assunti con decorrenza giuridica dal 1° settembre 2015.

**14. I docenti interessati a partecipare al piano straordinario esprimono l'ordine di preferenza tra tutti gli ambiti territoriali.**

Negli ambiti territoriali indicati, i soggetti sono assunti a partite dalla classe di concorso per la quale si possiede maggior punteggio.

A parità di punteggio, la priorità è data al grado d'istruzione superiore.

Ciò significa che i docenti possono scegliere di concorrere all'assunzione tra tutti i 101 ambiti territoriali italiani (province). In questo modo, un candidato con un punteggio talmente basso da non garantire alcuna chance di assunzione nel proprio originario ambito territoriale – in seguito alle imponderabili scelte effettuate a livello nazionale da tutti i candidati – potrà trovarsi in posizione utile per ottenere l'immissione in ruolo in uno o più altri ambiti territoriali per i quali avrà espresso preferenza.

**15. Tale chance di assunzione, ovviamente, sarà concessa soltanto ai docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento: solo tali docenti possono partecipare a tutte le complesse fasi del piano straordinario di immissione in ruolo: formulazione domanda di assunzione, l'espressione della preferenza tra tutti gli ambiti territoriali, la ricezione della proposta di stipula del contratto, la sua accettazione e la sua rinuncia, ecc.**

A ciò si aggiunga che la legge prevede inoltre la **cancellazione delle graduatorie ad esaurimento, con impossibilità quindi in futuro di immissione nelle stesse**, per aspirare all'immissione in ruolo.

\*\*\* \*\*

## DIRITTO.

**A. In via principale: Diritto della dott.ssa Desiderio ad essere inserita nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento dell'Ambito Territoriale di Verona, classi di concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE).**

1. Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale sopra riportato, la ricorrente, che come detto ha presentato la relativa domanda (cfr. *supra*, FATTO, par. I, punto 4, pag. 4) chiede che sia accertato e dichiarato il suo diritto ad essere inserita nella terza fascia delle medesime graduatorie ad esaurimento (GAE).

È infatti ormai pacifico che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, come la ricorrente, fossero già in possesso del titolo abilitante al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento (1.1.2007: data di entrata in vigore della L. 296/2006),

Il fatto che tale abilitazione sia stata esplicitamente riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito del parere del Consiglio di Stato n. 3813/2013, formalizzato nel DPR del 25.3.2014, non può impedire che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali.

La ricorrente avrebbe infatti dovuto già essere inserita nelle graduatorie ad esaurimento, mentre il Ministero, anche dopo il riconoscimento da parte del Consiglio di Stato, ha continuato a non riconoscere l'efficacia abilitante ai fini dell'iscrizione in tali graduatorie, permettendo soltanto l'iscrizione nelle graduatorie d'istituto valide per il conferimento delle supplenze brevi, ma non per l'assunzione a tempo indeterminato.

2. La domanda della dott.ssa Desiderio dovrà essere accolta considerando **la pacifica efficacia erga omnes della pronuncia del Consiglio di Stato (n. 1973/2015) di annullamento del D.M. 235/2014 in parte qua** (cfr. *supra*, FATTO, par. VI, punto 11, pag. 10).

Prima di chiarire le motivazioni giuridiche a fondamento di tale domanda, è opportuno fin d'ora sottolineare che la giurisprudenza amministrativa intervenuta in materia è univoca nel ritenere l'efficacia *erga omnes* della sopra indicata pronuncia. Sul punto si è pronunciata l'Adunanza Plenaria del

Consiglio di Stato, a cui la sesta sezione del Collegio, con ordinanza n. 5861/2015: *“al fine di risolvere e prevenire futuri contrasti giurisprudenziali, ai sensi dell’art. 99 Cod. proc. amm”* aveva rimesso *“la questione della riapertura delle graduatorie ad esaurimento, per i possessori di diploma magistrale conseguito entro l’anno scolastico 2001/2002”*.

Ebbene, l’Adunanza Plenaria, con ordinanza n. 1/2016 del 27.4.2016, ha riformato l’ordinanza impugnata, accogliendo l’istanza cautelare di primo grado, confermando quindi il diritto dei ricorrenti all’ammissione (con riserva) nelle GAE, in attesa del giudizio di merito.

Ed infatti, le pronunce di annullamento di atti amministrativi a contenuto generale, come pacificamente era il D.M. 235/2014, non hanno mera efficacia *inter partes*, in quanto l’eliminazione giuridica di tali atti produce immediatamente effetti *erga omnes*, ossia anche nei confronti dei soggetti che non abbiano partecipato al processo, ma che siano interessati dagli effetti dell’atto caducato.

Tale tipologia di atti si caratterizza, infatti, per il carattere di inscindibilità: gli stessi, infatti, in quanto diretti ad una platea generalizzata di destinatari, determinano comunque effetti *erga omnes* anche in caso di loro annullamento (cfr. Cass. 13.3.1998 n. 2734).

Lo **stesso principio** è stato ribadito anche in materia di **pubblico impiego**. Il Tar Campania – Napoli, Sez. IV, con sentenza del 7 settembre 2012, n. 3811, ha infatti chiarito che, in caso di annullamento di atti generali e indivisibili, non si applica il divieto di estensione soggettiva del giudicato in materia di pubblico impiego, sancito dal co. 132 art. 1 Legge 311/2004 e confermato dal co. 6 art. 41 D.L. 207/2008. Nel caso specifico, infatti, il Tar ha ritenuto che *“la finalità che informa il divieto di estensione soggettiva non può essere estesa anche alle ipotesi ...in cui l’estensione degli effetti delle pronunce giurisdizionali non risulta in alcun modo idonea a determinare pregiudizi finanziari a carico dell’amministrazione ma, al contrario, a consentire l’esplicazione dei principi, riconducibili all’imparzialità e buon andamento, di par condicio e favor participationis”* (nello stesso senso anche: Tar Sicilia- Palermo n. 631/2015; Cons. Stato 5459/2013)

Non si può dunque nutrire alcun dubbio che la sopracitata pronuncia caducatoria del Consiglio di Stato giovi anche all’odierna ricorrente, con

conseguente esclusione della possibilità, per il MIUR, di respingere la richiesta invocando disposizioni regolamentari definitivamente annullate dalla giustizia amministrativa.

\*\*\*

3. Fermo restando quanto sopra dedotto, nella denegata e non creduta ipotesi in cui non si ritenesse di riconoscere l'efficacia *erga omnes* dell'anzidetta pronuncia di annullamento, codesto Giudice dovrà comunque procedere alla disapplicazione *incidenter tantum* del Decreto Ministeriale n. 235/2014, secondo quanto previsto dagli articoli 4 e 5 della Legge Abolitiva del Contenzioso Amministrativo e comunque alla stregua dell'art. 63 del D.Lgs. vo n. 165/2001, che sancisce espressamente: *“Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ... ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi...”*.

A questo riguardo, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno anche recentemente ricordato che: *“la giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente affermato che, in base a quanto previsto dal D. Lgs. n. 165 del 2000, art. 63, comma 1, non esiste un doppio binario di tutela giurisdizionale per il dipendente che afferma di essere titolare di una pretesa nell'ambito del rapporto di lavoro, sulla quale in ipotesi incida in maniera mediata un atto amministrativo, ma unicamente la possibilità di accesso alla tutela giurisdizionale del giudice ordinario, cui è attribuito il potere di disapplicare tale atto amministrativo, ove illegittimo”* (cfr., *ex plurimis*, Cassazione SS.UU, n. 26799/08 e n. 18248/11).

Nel caso di specie, infatti, il *petitum* sostanziale della domanda svolta dalla ricorrente è chiaramente individuabile nella richiesta di riconoscimento, nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico privatizzato, del diritto soggettivo all'inserimento nelle GAE. In altre parole, si controverte di una posizione di **diritto soggettivo perfetto**, che trae origine dal conseguimento di un diploma avente valore abilitante, rispetto al quale viene domandata la disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, ivi compresa la norma regolamentare del Ministero già del resto annullata dal Consiglio di Stato.

Sul punto si è già espressa la giurisprudenza di merito intervenuta in materia: *"...se anche si escludesse il carattere generale della cit. sent. demolitoria o, sotto altro profilo, l'efficacia vincolante della pronuncia circa la conformazione della PA. scolastica alla statuizione giudiziaria, il G.O. può comunque sindacare in via incidentale le norme regolamentari ... illegittime per evidente irragionevolezza e disparità di trattamento di posizioni omogenee (ovvero in relazione ai docenti in possesso di titolo abilitativo diverso rispetto a quello del diploma magistrale conseguito entro l'as. 2001/2002) nella parte in cui non consentono la presentazione della domanda per l'inserimento nelle GAE a soggetti in possesso di titoli abilitativi già formatosi al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento"* (cfr. *ex multis*: Tribunale di Tivoli del 24 luglio 2015).

\*\*\* \*\*

4. Visto che l'orientamento del Tribunale di Verona è stato finora sfavorevole all'accoglimento delle domande svolte dai docenti che si trovino nella identica posizione della dott.ssa Desiderio, come del resto dimostra l'ordinanza n. 85/2015 (cfr. doc. 15), emessa nel giudizio cautelare *inter partes*, si ritiene opportuno **prendere fin d'ora posizione sulle argomentazioni su cui si fonda tale orientamento, per dimostrare la necessità che esso venga superato in senso favorevole all'accoglimento della domanda della ricorrente**, in conformità alla prevalente giurisprudenza amministrativa e dei Tribunali di merito.

\*\*\*

**4.1. In primo luogo**, è infondata la tesi, fatta propria dal Giudice della cautela, per cui la sentenza n. 1973/2015 del Consiglio di Stato sarebbe stata emessa in *"carezza di giurisdizione"*, con la conseguenza che la stessa non potrebbe avere valore che tra le parti di quel procedimento e non potrebbe essere quindi invocata per fondare la pretesa della dott.ssa Desiderio.

La sentenza del Giudice Amministrativo sull'illegittimità dei criteri fissati dal DM n. 235/2014 non può più essere messa in discussione, in quanto l'art. 9 del D.Lgs.vo n.104/2010 sancisce che: *"Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se*

*dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione".*

Ne discende che "***anche nel processo amministrativo è stato introdotto, ed in via legale, il principio del cd. giudicato interno implicito sulla questione di giurisdizione trattata, seppur tacitamente, dal giudice di primo grado.***" (cfr. Consiglio di Stato sez. V 27/03/2013, n. 1769).

Del resto, anche le SS.UU. della Cassazione hanno puntualizzato che: "*Il passaggio in giudicato di una pronuncia del giudice amministrativo recante statuizioni sul merito di una pretesa riferita ad un determinato rapporto estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di quel giudice su detto rapporto, a prescindere da un'esplicita declaratoria in tal senso*" (cfr. Cass. civile sez. un. 27/10/2014, n. 22745).

Pertanto, passata in giudicato la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, che ha annullato l'atto generale e regolamentare, non può certo invocarsi un'asserita carenza di giurisdizione (peraltro infondata in quanto in quel giudizio era stato impugnato l'atto amministrativo, e quindi sussisteva pacificamente la giurisdizione del G.A.), per negarne l'efficacia *erga omnes*.

\*\*\*

**4.2. In secondo luogo**, è infondata la tesi secondo cui i decreti ministeriali di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento non sarebbero ascrivibili all'attività "autoritativa" dell'amministrazione, ma rientrerebbero invece tra le determinazioni assunte con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato, con la conseguenza che essi non rivestirebbero natura provvedimentale, né potrebbero costituire fonte di diritto, e pertanto non sarebbero atti amministrativi generali (cfr. ordinanza 85/2015, pag. 6).

Tale affermazione non risulta corretta, perché le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in fattispecie analoghe alla presente, hanno chiarito che: "*Nella specie il D.M. del MIUR ... di cui i ricorrenti hanno chiesto al giudice amministrativo l'annullamento in parte qua, ha quanto meno un contenuto riconducibile al D. Lgs. N. 165 del 2001, art. 2, comma 1; 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*" (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 16-12-2013, n. 27992).

In senso conforme, è poi l'univoco insegnamento, non solo della Corte Costituzionale (v. sent. n. 168/2004 e 41/2011), ma anche del **Consiglio di Stato**, il quale, anche nella **sentenza n. 3628 del 21.7.2015, intervenuta in materia**, ha ribadito che: *“Il Collegio ritiene, altresì, perfezionato il contraddittorio, essendo stato chiesto, con il ricorso dinanzi al giudice di primo grado, l'annullamento del decreto ministeriale n.235/2014 (...). È stato, infatti, **impugnato un atto generale con efficacia immediatamente lesiva...**”*.

Dalla natura generale, unitaria e inscindibile del contenuto e degli effetti degli atti amministrativi generali discende che il loro annullamento in sede giudiziale determina il venire meno degli effetti nei confronti di tutti i destinatari, compresi quelli rimasti estranei alla controversia.

In altri termini, l'intervenuto **annullamento** giurisdizionale del **Decreto Ministeriale vincola l'Amministrazione nei confronti della generalità dei soggetti, cui gli atti stessi si rivolgono**, non in forza di una possibile estensione del giudicato anzidetto, ma **per effetto proprio e diretto del giudicato stesso** che, tenuto conto della natura inscindibile dell'atto regolamentare volto a disciplinare una serie indeterminata di situazioni, è idoneo a spiegare effetti nei confronti di tutte le fattispecie concrete riconducibili alle previsioni della norma caducata (cfr. Cons. St., VI, 25 marzo 1998, n. 371 e 26 giugno 1996, n. 854).

\*\*\*

**4.3. In terzo luogo**, non è condivisibile neppure l'ulteriore affermazione contenuta nell'ordinanza del Tribunale di Verona n. 85/2015, secondo cui il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1973/2015, più che annullare in senso stretto il decreto ministeriale 235/2014, lo avrebbe disapplicato, con la conseguenza che la statuizione contenuta nella sentenza non potrebbe assumere portata generale (cfr. doc. 15: ordinanza n. 85/2015, pag. 6).

Da una semplice lettura del dispositivo della citata sentenza n. 1973/2015, infatti, emerge chiaramente che la stessa ha natura "demolitoria" in quanto: *“Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 7272 del 2014) lo accoglie nei sensi suesposti e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, **ANNULLA** il decreto ministeriale n. 235/2014...”*.

L'annullamento parziale del decreto ministeriale è del resto confermato anche dalla parte motiva della sentenza, in cui si precisa che: "*i criteri fissati dal decreto ministeriale n. 235/2014, nella parte in cui hanno precluso ai docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti ora ad esaurimento, sono illegittimi e vanno annullati*".

Tale statuizione, oltre ad essere chiara sotto il profilo letterale, ha sicura portata di annullamento dell'atto, in quanto specificamente ritentante nella giurisdizione del G.A.: dunque non si vede quale spazio giuridico ci sia per interpretare la pronuncia, in contrasto con il dato letterale, e con l'esplicita statuizione rientrante tra i poteri dell'organo della giustizia amministrativa, quale mera "disapplicazione" dell'atto, che invece compete al G.O. nei casi espressamente previsti dalla legge.

Del resto, tali **conclusioni sono state condivise dalla giurisprudenza di merito** intervenuta in **casi identici** a quello oggetto della presente controversia: "*la portata della pronuncia **DEMOLITORIA** (ndr aggiunte nostre) del Consiglio di Stato (sent. 16 aprile 2015, n. 1973) è senz'altro generale e determina la definitiva ablazione delle norme regolamentari, anche per soggetti estranei al giudizio, in ragione della natura dell'atto annullato, indirizzato ad una pluralità di soggetti e con contenuto inscindibile (v. su questi aspetti Cass. n. 16728/2004)" (cfr. ordinanza del Tribunale di Tivoli del 24 luglio 2015, e in termini Tribunale di Napoli ord. del 20 luglio 2015, Tribunale di Padova ord. del 31 luglio 2014, e Tribunale di Sulmona ord. del 3 agosto 2015).*

\*\*\*

**4.4. In quarto luogo**, è infondata la tesi sostenuta nell'ordinanza cautelare, secondo cui, visto che l'efficacia abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 era già normativamente prevista alla data di trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento (1.1.2007), la ricorrente avrebbe potuto (e anzi dovuto!) proporre domanda di inserimento in graduatoria entro il biennio 2007-2008 (che secondo il Giudice sarebbe stato il termine ultimo per tale inserimento ai sensi della lettera c) dell'art. 1 comma 605 della legge 296/2006); con la conseguenza che, non avendo la dott.ssa Desiderio chiesto tale inserimento nel predetto termine, la stessa non

potrebbe chiedere ora tale inserimento, in quanto la legge impedirebbe i “nuovi” inserimenti (cfr. doc. 15: ordinanza n. 85/2015, pag. 8 e ss.).

**Viceversa**, tale “impedimento” all’inserimento nelle GAE ai “nuovi” abilitati, com’è da evincersi dal chiaro tenore letterale della l. n. 296/2006, riguarda unicamente i soggetti che abbiano conseguito l’abilitazione all’insegnamento in data successiva alla trasformazione delle graduatorie (da permanenti ad esaurimento), non investendo invece coloro che erano già in possesso di valido titolo abilitante a quella data.

In altre parole: se è vero che la trasformazione delle Graduatorie Permanenti in Graduatorie ad Esaurimento disposta dalla Legge Finanziaria 2007 (dall’1.1.2007) ha determinato la “chiusura” di inserimenti per **NUOVI ABILITATI** nella III fascia, è altrettanto vero che, **all’epoca**, la ricorrente era **già in possesso di un titolo abilitante** (diploma magistrale conseguito entro l’anno scolastico 2001/2002), e dunque **non** è da considerarsi “**nuova**” **abilitata rispetto all’1.1.2007**. Il fatto che tale abilitazione - già conseguita – sia poi stata formalmente riconosciuta solo nel 2014, non può impedire che sia efficace ora per ottenere l’inserimento ora per allora nelle Graduatorie ad esaurimento, riservate ai “docenti abilitati” in quanto tali, compresi dunque i diplomati magistrali ante 2001/02, come la ricorrente.

Del resto, la l. n. 296/2006 **non contiene alcuna limitazione temporale** in grado di precludere l’esercizio dell’azione giudiziaria, posto che l’inciso "*da effettuare per il biennio 2007- 2008*" **non** può certamente essere interpretato come **termine di decadenza**: al **contrario**, dimostra pacificamente il **carattere programmatico** della disposizione, che era **indirizzata al MIUR**, che avrebbe **dovuto dare esecuzione alla prescrizione normativa con il primo decreto di inserimento/aggiornamento delle GAE.**

\*\*\*

**4.4.1.** Risulta inoltre pacifico che i vari DM successivi al 2006, che hanno fissati i criteri di inserimento e aggiornamento delle GAE, **non hanno mai consentito l’inserimento nelle stesse ai diplomati magistrali entro il 2001/2002**. Infatti, nonostante il comma 605 dell’art. 1 della l. n. 296/2006 avesse espressamente sancito che: "*Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione*", il MIUR, con il decreto ministeriale del

16.03.2007, non ha contemplato il diploma magistrale tra i titoli che consentivano di presentare domanda di inserimento nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento. Anche i successivi decreti di aggiornamento delle graduatorie succedutisi nel tempo non hanno mai contemplato il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 quale titolo abilitante idoneo per poter presentare la domanda di inserimento nelle suddette graduatorie, fino alle vicende normative e giurisprudenziali sopra descritte.

Quindi, **oltre a non essere mai stato fissato un termine, tantomeno perentorio e decadenziale**, entro il quale presentare la domanda di inserimento in GAE, **non vi è mai stata**, neppure astrattamente, la **possibilità**, per i diplomati magistrali (ante 2001/2002), di **presentare tale domanda**, perchè non previsto dai vari D.M. fino ad oggi.

\*\*\*

**4.4.2.** In contrario, non può richiamarsi il fatto che gli interventi normativi successivi al 2006, compreso il D.L. 70/2011, hanno vietato inserimenti ulteriori rispetto a quelli contemplati dalla l. n. 296/2006. Tale tesi non considera infatti che **nessuna delle norme emanate successivamente alla l. n. 296/06 ha modificato o abrogato quest'ultima legge**, nella parte in cui **riconosce il diritto all'inserimento nelle GAE dei docenti abilitatisi** anteriormente alla trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento.

È infatti notorio che l'incompatibilità tra le nuove disposizioni di legge e quelle precedenti, che costituisce una delle due ipotesi di abrogazione tacita ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, si verifica "*solo quando fra le leggi considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, sì che dall'applicazione ed osservanza della nuova legge derivi necessariamente la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra*".

Nel caso in esame, non può parlarsi di abrogazione espressa, in quanto non si rinviene nelle disposizioni sopravvenute una norma apposita che, come previsto nella prima parte dell'art. 15, abbia espressamente dichiarato abrogata la norma di cui si discute. Né può parlarsi di abrogazione tacita, ai sensi della seconda parte dell'art. 15 preleggi, e cioè per incompatibilità con norme sopravvenute oppure per nuova regolazione dell'intera materia, non

ravvisandosi nel sistema normativo di riferimento, ancorché mutato nel corso del tempo, alcuna delle due ipotesi indicate dall'art. 15 (cfr. Cass. 28/01/2009, n. 2156).

Le previsioni contenute nel DL. n. 70/2011 non possono fondare un divieto di riconoscimento dell'abilitazione già conseguita, limitandosi a precludere gli inserimenti ulteriori per i titoli abilitanti successivi al 2006.

Con il presente ricorso non si chiede in effetti un “nuovo inserimento” (*id est* un inserimento di docenti abilitati dopo la soppressione delle graduatorie permanenti), bensì l'inclusione nelle GAE di una docente già in possesso di abilitazione al momento di chiusura delle graduatorie permanenti. La “finestra” prevista dalla lettera c) dell'art. 1, comma 605, della legge n. 296/2006 permette infatti ai docenti già abilitati, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, di ottenere l'inserimento nelle GAE, anche se non fossero inseriti nelle graduatorie permanenti.

Detto altrimenti, ciò che oggi rileva non è il pregresso inserimento nelle graduatorie permanenti o la presentazione della domanda di inserimento nelle GAE, bensì solo l'aver conseguito un diploma abilitante entro l'1.1.2007.

\*\*\*

**4.4.3.** In conclusione, è da ritenersi che la *ratio* sottesa alla finanziaria 2007 (L. 296/2006) era quella di determinare la chiusura delle graduatorie solo ai “nuovi” abilitati, cioè ai soggetti che avessero conseguito l'abilitazione all'insegnamento in epoca successiva alla trasformazione delle graduatorie, non investendo invece coloro i quali, come la dott.ssa Desiderio, fossero già in possesso di un valido titolo abilitante ma che tuttavia, per le ragioni sopra esposte (comportamento della P.A.: D.M. MIUR, in particolare nell'emanazione dei vari D.M. di aggiornamento delle graduatorie), non hanno potuto in concreto spendere fino ad oggi.

\*\*\*

**4.5.** In ogni caso, ove sussistessero dubbi su tale complesso e granitico quadro interpretativo, essi vanno superati mediante un'**interpretazione costituzionalmente orientata e basata sul legittimo affidamento**, oltre che sul principio di **uguaglianza sostanziale**.

Deve infatti osservarsi che il principio di diritto del legittimo affidamento, che informa l'intero ordinamento nazionale e comunitario prevede (in linea con i principi espressi dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988), che il dovere del cittadino di essere diligente nell'informarsi sulle norme giuridiche che lo riguardano si ferma, concretizzandosi di fatto in una non responsabilità, nel caso in cui **l'amministrazione con propri atti o comportamenti lo abbia indotto a ritenere corretto e conforme a legge il proprio operato.**

Ed infatti, deve affermarsi che un diritto, già sussistente, può restare "quiescente", ossia "in attesa" di essere esercitato, non per inerzia del titolare, ma in forza di una **indiscussa e granitica prassi di misconoscimento di tale diritto, attuata dalla pubblica amministrazione**, nella specie scolastica, quindi da un **potere pubblico, che autoritativamente neppure consentiva, proprio materialmente**, con tutti i vari D.M. emanati (attesa la notoria impossibilità del necessario accesso telematico per la categoria) la **presentazione della domanda.**

In tali casi, **non** è certamente **configurabile** un'ipotesi di **decadenza**, dovendo invece riconoscersi che il **diritto, nonostante sussistente, non ha potuto prima essere esercitato** in concreto.

Tali principi sono stati applicati anche dalla Corte Costituzionale, come emerge dalla sentenza n. 89/2014: "*questa Corte ha più volte ribadito che per i ricorsi promossi prima della citata sentenza sussistono gli estremi dell'errore scusabile già riconosciuto in ipotesi del tutto analoghe da questa Corte, in ragione del fatto che tale profilo di inammissibilità a lungo non è stato rilevato, sì da ingenerare affidamento nelle parti in ordine ad una interpretazione loro favorevole (sentenze n. 219 del 2013, n. 203 del 2012, n. 202 del 2012, n. 178 del 2012 e n. 142 del 2012)*". Nella sentenza n. 178/2012 si legge che: "*l'inammissibilità dei ricorsi derivante dall'indicata tardività del deposito non può essere dichiarata nel presente giudizio. Si deve, infatti, tener conto della lunga prassi di questa Corte, la quale in numerose pronunce non ha rilevato l'inammissibilità del ricorso sotto questo profilo. Siffatta prassi ha determinato, anche per l'obiettivo incertezza interpretativa delle norme processuali in materia, un errore scusabile tale da*

*ingenerare nelle Province autonome l'affidamento circa la non perentorietà del suddetto termine di deposito”.*

**4.5.1.** In una logica poi non attinente alla tematica decadenziale, si deve richiamare analogicamente la vicenda dei reinserimenti in GAE di quei docenti che erano stati cancellati dalle graduatorie per un determinato triennio, a causa della mancata presentazione della domanda di aggiornamento. Come riconosciuto dalla giurisprudenza intervenuta in materia, tale omissione non pregiudica il diritto di ottenere, a seguito di domanda a tal fine presentata, il reinserimento nelle graduatorie successive (cfr. ex multis Tribunale di Siena, decreto 6.9.2015).

Correttamente, al reinserimento di chi a suo tempo era iscritto – avendone il titolo ma poi non ha presentato domanda di aggiornamento - può assimilarsi l’inserimento di chi, come la dott.ssa Desiderio, ha parimenti il titolo acquisito a suo tempo per l’inserimento, ma non ha potuto prima chiedere l’inserimento per la preclusione dei vari D.M. via via emanati.

Non meno rilevante è certamente l’esigenza che la posizione della ricorrente **non** risulti **discriminata** rispetto alle identiche posizioni di altri docenti che hanno ottenuto sentenze favorevoli, sia in sede amministrativa, sia in sede ordinaria, con il loro conseguente inserimento nelle GAE: anche alla dott.ssa Desiderio deve essere quindi garantita la stessa opportunità.

**4.5.2.** A ciò si aggiunga che se la ricorrente non venisse inserita nella III fascia delle GAE, la stessa verrebbe nuovamente ed illegittimamente esclusa dal piano di stabilizzazione di cui alla legge 107/2015. Del resto, nel corso di questi anni, la ricorrente ha subito notevoli danni, patrimoniali e non, compreso il danno da perdita di *chances*, stante che la stessa, a causa dell’illegittimo operato del MIUR, ha perso la possibilità, concretamente esistente, di conseguire un vantaggio economico ovvero un’utilità consistente nel mancato conseguimento di un risultato positivo.

La dott.ssa Desiderio chiede quindi anche il risarcimento dei danni subiti a causa dell’illegittimo mancato inserimento nelle GAE, con condanna delle parti resistenti a detto risarcimento, che dovrà essere quantificato nella perdita di incrementi di anzianità, per i corrispondenti anni accademici in cui sono stati sottoscritti contratti a tempo determinato, con la conseguenza che non sono stati riconosciuti alla dott.ssa Desiderio gli aumenti stipendiali per

la progressione di scatti di anzianità, che sono invece riconosciuti ai docenti assunti a tempo indeterminato. Oltre a tale danno patrimoniale, dovrà essere riconosciuto anche il risarcimento dei danni non patrimoniali, nella somma che codesto Giudicante riterrà equa e conforme a giustizia

\*\*\*

5. Sinteticamente quindi la dott.ssa Desiderio chiede che:

a) sia accertata e dichiarata la nullità e/o illegittimità o comunque disapplicazione del D.M. 235/2014, e di ogni altro atto, disposizione o provvedimento amministrativo presupposto, conseguente o altrimenti connesso, nella parte in cui non prevede l'inclusione nelle GAE per l'insegnamento nella scuola dell'infanzia e primaria dei diplomati magistrali entro l'a.s. 2001/2002, come la dott.ssa Desiderio, nonché dei provvedimenti dell'Amministrazione Scolastica resistenti adottati e adottandi di reiezione della domanda di inserimento;

b) sia accertato e dichiarato il diritto della dott.ssa Desiderio all'inserimento nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento dell'Ambito Territoriale di Verona, classi di concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE), valide per gli anni scolastici 2014/2017, nella posizione derivante dal punteggio attribuibile, applicando la tabella di valutazione dei titoli prevista per la II fascia delle graduatorie ad esaurimento, con decorrenza dalla data di presentazione della domanda cartacea del 12.8.2015 o, in ulteriore subordine, dalla presentazione della domanda giudiziaria d'urgenza del 17.9.2015 o comunque della presente, con ogni consequenziale statuizione di legge;

c) siano condannate le amministrazioni resistenti ad emanare tutti gli atti e provvedimenti necessari per consentire il predetto inserimento della ricorrente nelle GAE;

d) siano in ogni caso condannate le amministrazioni resistenti al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, secondo i criteri sopra indicati.

\*\*\* \*\*

***C. In via subordinata: diritto della dott.sa Desiderio alla stabilizzazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.***

In via subordinata, si chiede che sia accertato e dichiarato **l'abuso della reiterazione dei contratti a termine stipulati dalla dott.ssa Desiderio**

**dall'a.a. 2006/07 all'a.a. 2015/16**, con conseguente declaratoria di **nullità** dei **termini** apposti ai singoli contratti e conversione del primo contratto a termine in unitario rapporto di lavoro di natura subordinata a tempo indeterminato.

**1.** Si tratta infatti di una continua ripetizione di contratti a termine, tutti volti a coprire carenze di personale, in assenza di qualsiasi concorso o assunzione regolare.

I termini apposti ai plurimi contratti a tempo determinato stipulati dalla ricorrente (indicati nella parte in FATTO del presente atto – cfr. *supra*, Titolo I, parag. 2, pagg. 2 e 3 e cfr. docc. 1-11) devono infatti essere dichiarati nulli, illegittimi e comunque inefficaci, per contrarietà alla disciplina di cui al D.Lgs. 368/2001.

Nei contratti *de quibus*, infatti, non sono state indicate specifiche e temporanee esigenze produttive, organizzative o tecniche, che sole possono legittimare l'apposizione di termini di durata ai contratti stipulati a tempo determinato.

Si osserva, altresì, che l'assenza di ragioni temporanee ed urgenti, giustificative di legittime assunzioni a tempo determinato, va in ogni caso desunta dalla protrazione del loro rinnovo (quasi 10 anni scolastici!), che dimostra in modo evidente che le esigenze didattiche, cui è stata impiegata la ricorrente, erano continue e non certamente temporanee e dunque imponevano *ab origine* un'assunzione a tempo indeterminato.

I limiti per poter legittimamente ricorrere ad assunzioni a termine sono molto rigorosi e quindi l'utilizzo di una così estesa serie di contratti a termine integra un abusivo tentativo di aggirare i principi imperativi che prevedono l'assunzione a tempo indeterminato come regola generale.

**1.1.** Non potrà essere certamente ritenuto che la successione di contratti a tempo determinato, nella fattispecie oggetto di giudizio, sarebbe legittima in quanto consentita dalla disciplina dettata con riferimento specifico al personale della scuola statale, dalla legge 124/99.

Ed infatti, il carattere di norma speciale che indubbiamente assume l'art. 4 della legge 124/99 non basta a superare i limiti posti in linea generale dalla normativa comunitaria in relazione all'utilizzo reiterato dei contratti a termine.

In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza cd "Adeneler" (sentenza 4.7.2006, C-212/04), ha precisato che il rinnovo di contratti a termine in successione può essere consentito in presenza di ragioni oggettive, costituite da circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività, le quali possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni svolte e dalle caratteristiche inerenti alle stesse o eventualmente dal perseguimento di una legittima finalità politica sociale di uno Stato membro.

Orbene, nella fattispecie concreta, si deve escludere che il rinnovo dei contratti a tempo determinato stipulati dalla ricorrente sia fondato su ragioni oggettive intese nel senso indicato dalla Corte di Giustizia.

Tali rinnovi sono in realtà il risultato di una scelta programmatica dell'amministrazione scolastica, che ogni anno stabilisce una percentuale di posti vacanti in organico (quindi stabilmente privi di un titolare) da coprire mediante assunzioni a tempo determinato.

Dal complesso di norme che regolano le assunzioni a tempo determinato nel settore "scuola", emerge che la costante reiterazione delle supplenze, lungi dal costituire un'ipotesi occasionale, rappresentano (ed hanno sempre rappresentato) la **modalità "normale" per coprire una vera e propria carenza di organico.**

Il sistema di reclutamento in questione, quindi, è destinato a far fronte ad esigenze strutturali e permanenti dell'organizzazione scolastica, come tali **non idonee a giustificare l'apposizione di un termine di durata al rapporto di lavoro.**

In realtà, l'unica ragione della reiterata stipulazione dei contratti a termine pare da rinvenirsi nel perseguimento di un obiettivo di contenimento dei costi del personale, che sono inferiori per i lavoratori a tempo determinato. Ma tale obiettivo è del tutto estraneo alle ragioni oggettive, inerenti alla natura delle funzioni svolte o a particolari situazioni di carattere temporaneo o a legittime finalità di politica sociale di uno Stato membro, che costituiscono il necessario presupposto per la valida stipulazione e il rinnovo di qualsiasi contratto a termine, alla luce di quanto previsto dal diritto comunitario.

\*\*\*

2. Quanto alla **sanzione** da applicare per l'illegittimità dei contratti a termine, la scrivente difesa è consapevole dell'orientamento giurisprudenziale interno che esclude la possibilità di conversione dei contratti a termine instaurati con le P.A., limitando quindi la "sanzione" al mero risarcimento dei danni, ma ritiene **necessario rimeditare tale orientamento**, anche alla luce della recente giurisprudenza della C.G.U.E., ed in particolare dell'ordinanza del 12 dicembre 2013, resa nella causa C-50/13 (c.d. ordinanza Papalia) e della sentenza 26 novembre 2014, resa nelle cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13 (cd. sentenza Mascolo).

2.1. In particolare, nella sentenza Mascolo (sentenza 26 novembre 2014), la Corte europea afferma due principi:

- il primo: è legittima la scelta dello Stato membro che decida di ricoprire i posti pubblici attraverso lo strumento del concorso;
- il secondo: in attesa dell'espletamento del concorso, costituisce una ragione obiettiva l'utilizzo di lavoratori a tempo determinato per coprire il posto messo a concorso, nell'attesa dell'espletamento delle relative procedure.

Ciò premesso, **però**, al **punto 99 della sentenza** del 26 novembre 2014, la Corte rileva che, sebbene una normativa nazionale che consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi per la sostituzione di personale in attesa dell'esito di procedure concorsuali possa essere giustificata da una ragione obiettiva, **l'applicazione concreta di tale ragione**, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, **deve essere conforme ai requisiti dell'accordo quadro**.

La Corte, fatti tali premesse, ha rilevato che, poiché nell'ambito della disciplina delle assunzioni nel settore scolastico, **l'ultimo concorso è stato quello del 1999 e non ve ne sono stati altri sino al 2012** (questi, peraltro, neppure finalizzati a coprire tutti i posti disponibili in organico), si è verificato che, **per oltre un decennio**, i lavoratori inseriti nelle graduatorie sono stati **utilizzati con contratti a termine rinnovati di anno in anno**, come nel caso della ricorrente.

Ciò, **secondo i Giudici di Lussemburgo (punto 100 della sentenza** del 26 novembre 2014,) comporta che, come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere **non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro.**

Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza 26.1.2012 - C-586/2010).

**2.2.** Dunque la Corte Europea ha ritenuto che il sistema di reclutamento per concorso sia legittimo ma, **nell'utilizzo concreto, ha rilevato che il sistema non è stato idoneo ad evitare gli abusi che la clausola 5 intende evitare con l'imposizione agli Stati membri dell'adozione di misure preventive e sanzionatorie** che impedissero abusi nell'utilizzo reiterato di contratti a termine e che, ove tali abusi si siano verificati, sia possibile adottare misure sanzionatorie che eliminino i loro effetti.

La Corte ha quindi rilevato che il termine di immissione in ruolo dei docenti nell'ambito del regime italiano è variabile e incerto, poiché dipende da **circostanze aleatorie e imprevedibili**. Infatti: da un lato, l'immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento dei docenti in graduatoria è in funzione della durata complessiva dei contratti di lavoro a tempo determinato nonché dei posti che sono nel frattempo divenuti vacanti; dall'altro lato, non è previsto alcun termine preciso per l'organizzazione delle procedure concorsuali.

Ne deriva che la normativa italiana, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato per provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili, solo per un periodo temporaneo fino all'espletamento delle procedure concorsuali, non ha consentito di garantire che l'applicazione concreta delle ragioni oggettive fosse conforme ai requisiti dell'accordo quadro.

\*\*\*

**2.3.** Quanto alle **conseguenze** di tale illegittima situazione normativa, è vero che la sentenza del 26 novembre 2014 si limita alla declaratoria di incompatibilità dell'attuale sistema, senza dare, nel dispositivo, precise indicazioni circa le sanzioni applicabili, rimettendo quindi al giudice nazionale la decisione sulle misure da adottare per ovviare all'abuso commesso, tuttavia, dalla lettura della **motivazione** (cfr. **in particolare punto 55** della sentenza del 26 novembre 2014), emerge che la Corte europea ha preso una **posizione precisa**: la previsione interna che dispone al trasformazione del contratto a tempo indeterminato è una **disposizione** (“...*giustamente*”...) **in linea con le finalità della clausola 5 della Direttiva 1999/70** ai fini dell'eliminazione definitiva dell'abuso commesso.

Tale conclusione è stata raggiunta analizzando la fattispecie concreta che era oggetto della decisione del giudizio innanzi al Tribunale di Napoli, che ha sottoposta alla CGCE la questione di interpretazione pregiudiziale.

In particolare, una delle lavoratrici, quella del procedimento 63/13, era una dipendente a termine del Comune di Napoli, impiegata come assistente negli asili comunali di quella città e, dunque, non era destinataria, all'epoca, della misura di cui all'art. 9, comma 18, del D.L. 70/2011, che ha inserito all'art. 10 del D.gs. 368/2001 il comma 4 bis che esclude dall'applicazione di detto decreto il personale della scuola, precisando esplicitamente che ad esso non si applica l'art. 5 comma 4 bis, il quale prevede la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine decorsi 36 mesi di rapporto a termine.

Con riferimento a tale posizione, il Tribunale di Napoli aveva precisato, nell'ordinanza di rimessione, di avere già provveduto a convertire il contratto e la Corte Europea, al punto 55 della sentenza del 26 novembre 2014, osserva in merito: *“Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenza Fiamingo e a., C 362/13, C 363/13 e C 407/13, EU:C:2014:2044, punti 69 e 70, nonché giurisprudenza ivi citata)”*.

Del resto, al punto 77 della medesima sentenza la C.G.U.E. afferma:

*“quando, come nel caso di specie, il diritto dell’Unione non prevede sanzioni specifiche nell’ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare **misure** che devono rivestire un carattere **non solo proporzionato**, ma anche **sufficientemente energico e dissuasivo** per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell’accordo quadro (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 62 nonché giurisprudenza ivi citata)”*.

Il termine “energico” viene usato dalla C.G.U.E. per la prima volta nella sentenza *Fiamingo* (del 03/07/2014, procedimento C-362/13) che riguarda l’Italia, e, per la seconda, nella sentenza *Mascolo* (del 26 novembre 2014), il che dimostra inequivocabilmente che la **Corte richiede alle autorità interne, quindi anche a codesto Ill.mo Giudice, di ricercare senza incertezze una soluzione alla questione del precariato, compatibile col diritto comunitario.**

Basti pensare, infatti, che solo con l’Italia la C.G.U.E. ha ritenuto, fino ad oggi, di specificare che la misura ostativa deve essere “energica”, data l’evidente abnormità del sistema del precariato nel sistema scolastico italiano.

\*\*\*

**2.4.** Alla luce della predetta sentenza, e della ultra quindicennale prassi nelle scuole italiane, non è revocabile in dubbio che la sanzione prevista dal T.U. 165/2001, cioè il **mero risarcimento dei danni**, non sia “**effettiva**” né “**dissuasiva**”, non avendo evitato che il datore di lavoro pubblico utilizzi in modo continuativo, sistematico e quindi abusivo un tipo di contratto che, come sopra chiarito, deve essere pacificamente considerato come “eccezione” alla regola generale, rappresentata dal contratto a tempo indeterminato.

Da una parte, va considerato il diritto costituzionalmente garantito allo svolgimento di un’attività lavorativa, che quindi non può ritenersi adeguatamente tutelato, in caso di sua illecita lesione, con la previsione di un mero risarcimento del danno per equivalente.

Dall’altra, è evidente che la sanzione del mero risarcimento del danno non è in alcun modo “dissuasiva” nei confronti della P.A., visto che quest’ultima, nonostante tale sanzione sia certa, in quanto prevista espressamente dalla normativa vigente, ha continuato (e continua) a far ricorso sistematico a

contratti a tempo determinato nel settore “scuola”, estendendo, e non certo riducendo, la grave situazione dei “precari”.

È chiaro che la P.A. abbia potuto (e possa) agire in tal modo, anche considerando che la sanzione cui incorrerebbe sarebbe solo il risarcimento dei danni e non la reintegra della lavoratrice.

Da ultimo, si ritiene decisivo, ai fini dell’applicabilità della “sanzione” della conversione dei contratti a tempo determinato anche nel pubblico impiego, la necessità di rispettare il principio comunitario, di immediata applicazione orizzontale, posto a fondamento della Direttiva 1999/70 e cioè il principio di non discriminazione tra lavoratori: principio che investe tutte le condizioni di lavoro e quindi anche la vicenda terminativa.

\*\*\*

**2.5.** Per mero scrupolo defensionale, si possono del resto criticare le ragioni che vengono solitamente poste a fondamento dell’orientamento che nega la possibilità, nel rapporto di lavoro con una Pubblica Amministrazione, di permettere la conversione dei contratti a termine.

**2.5.1.** In **primo luogo**, la *ratio* sarebbe ravvisabile nella necessità di evitare che, attraverso il contemplare una simile possibilità, possa essere aggirato e violato il principio di cui all’art. 97 Cost., che prevede l’obbligo del superamento di un concorso pubblico per accedere ai ruoli della P.A.

Ma tale **regola non risulta violata**, posto che l’art. 97 Cost. prevede espressamente la possibilità per il legislatore ordinario di derogare al principio della concorsualità.

Deroga peraltro non necessaria, poiché l’art. 36 del D.Lgs.vo 165/2011, come modificato dalla l. 133/2012, prevede che anche le assunzioni a termine siano effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all’art. 35, in osservanza dell’art. 97 Cost.: ipotesi che può realizzarsi, tra l’altro, anche in caso di assunzione a termine tramite mera selezione effettuata esclusivamente in base ad una valutazione del curriculum vitae e dei titoli prodotti (cfr. Cass. SS.UU. 529/2010).

Tanto più se si considera che tale comportamento è posto sistematicamente in atto dall’amministrazione pubblica statale, ovvero da chi più di altri è tenuto ad osservare le leggi e i principi dell’ordinamento, e che invece viola costantemente l’art. 97 Costituzione sulla necessità del concorso per le

assunzioni, per poi richiamarlo in sua difesa, utilizzando contratti a termine senza alcuna necessità, visto che detto tipo di contratti si riproduce e permane per periodi non confacenti ad esigenze temporanee.

\*\*\*

**2.5.2. Altra ragione** che viene invocata per impedire l'applicazione, nei rapporti di lavoro con la P.A., del principio della conversione dei contratti a termine, è quella relativa alle “**ragioni di bilancio**”.

Ma neppure tale *ratio* può essere invero legittimamente invocata per impedire la stabilizzazione dei precari della scuola. Al punto 110 della sentenza Mascolo (26 novembre 2014), si legge infatti che le ragioni di bilancio “*sebbene ... possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare, ... esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro*”.

Dunque le paventate necessità di bilancio non possono costituire valida ragione per il ricorso ai contratti a termine.

\*\*\* \*\*

**3.** In ogni caso, la **domanda di stabilizzazione del rapporto di lavoro della dott.ssa Desiderio dovrà essere accolta**, in forza dell'**art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. n. 368/01** - introdotto con l'art. 1 comma 40 della legge 24 dicembre 2007, n. 247 – che dispone: “*Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore **abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2...***”.

È pacifico, infatti, che la successione dei contratti a termine stipulati dalla dott.ssa Desiderio abbia complessivamente superato i 36 mesi.

Il **comma 4-ter** del medesimo articolo prevede espressamente un'**ipotesi di esenzione** nella applicazione del comma 4 bis che **non riguarda però la P.A.**: il Legislatore, quindi, quando ha ritenuto di escluderne la applicazione, lo ha fatto esplicitamente e, per quanto qui interessa, **non ha escluso dall'ambito di applicazione della norma, la Pubblica Amministrazione.**

\*\*\*

**3.1.** L'integrale applicabilità, ai contratti stipulati con la Pubblica Amministrazione nel settore "scuola", dell'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 368/01 (comprensiva della conversione del contratto a termine), è stata confermata da ben otto disposizioni successive alle leggi nn. 244/07 e 247/07, ossia: il D.L. n. 112 del 2008, la Legge n. 102/09, il D.L. n. 134/09, la Legge n. 167/09, il D.L. 25.09.2009, n. 134, il D.L. n. 225/10, la Legge n. 10/11 e il D.L. 70/11.

Per cui, ogni diversa interpretazione appare, sulla scorta del dato normativo interno, insostenibile, perché le predette otto disposizioni normative sarebbero prive di alcun effetto e significato (inammissibile *interpretatio abrogans*).

Vista l'importanza ai fini che qui interessano, si richiamano analiticamente tali disposizioni normative.

**3.1.1.** Con la L. 3 agosto 2009, n. 102 (art 17, comma 26, lett d) è stato modificato l'art. 36 del d.lgs. 165/01, introducendo il comma 5-bis, che prevede: "*Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto*".

Il legislatore, quindi, intervenendo espressamente sul coordinamento tra l'art. 5 del D.Lgs. n. 368/01 e l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 e delle disposizioni introdotte con la legge n. 247/07 (ed in particolare con l'art. 1, comma 40, che ha introdotto i commi da 4-bis in poi dell'art. 5 del D.Lgs. 368/01), **non ha inteso escludere l'applicabilità ai rapporti di lavoro con le P.A. del comma 4 bis**, ma solo di diversi e successivi commi del medesimo articolo 5, che peraltro sono stati inseriti dalla legge n. 247/07 unitamente al comma 4-bis: non appare ipotizzabile una dimenticanza o un difetto di coordinamento tra norme.

**3.1.2.** Ancora, alcune disposizioni hanno espressamente previsto la non applicabilità, in specifiche, nominate e tipiche ipotesi dell'art 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01, così confermando che la disposizione si applica altrimenti integralmente in via generale: ad esempio art. 2, comma 6, del D.L. n. 225/10 convertito, senza modifiche sul punto, con Legge 26 febbraio 2011, n. 10.

**3.1.3.** Non è certo di ostacolo ad accogliere quanto sopra dedotto, l'entrata in vigore del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito n L. 11/2011) rubricato "Disposizioni urgenti per l'economia", pubblicato in G.U. n. 110 del 13 maggio 2011, che ha espressamente previsto, **con decorrenza dalla predetta data** (cfr. art 9, comma 18), che all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 è aggiunto il seguente: "*4-bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui alla legge 3 maggio 1999, n. 124, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto.*".

Innanzitutto tale norma, **non** avendo carattere **retroattivo** (da escludersi, in difetto di una espressa previsione legislativa in tal senso, in virtù del precetto di cui all'art. 11 delle preleggi codice civile), **non è applicabile** ai **contratti stipulati anteriormente** alla sua **entrata in vigore (14.5.2011)** e **conferma** anzi inequivocabilmente che, **prima del 14.5.11**, il D.Lgs.vo n. 368/01, e segnatamente **l'art. 5 comma 4-bis, si applicava pacificamente ai contratti del comparto "scuola", come quelli oggetto della presente controversia**, posto che detta disposizione non sarebbe stata necessaria (e sarebbe priva di alcuna efficacia) se la conversione fosse stata già esclusa sulla scorta dell'art. 36 del D.Lgs.vo n. 165/01. Un'interpretazione diversa dell'art. 36, con riferimento ai rapporti di durata superiore ai 36 mesi, condurrebbe ad una interpretazione che priverebbe di significato il predetto comma 4 bis: interpretazione quindi del tutto inammissibile.

\*\*\*

**3.1.4.** Non è poi d'ostacolo alla costituzione del rapporto a tempo indeterminato l'art. **4 comma 14-bis della legge 124/1999**. Tale disposizione, nella sua **originaria formulazione** (cfr. D.L. 134/2009, in vigore dal 25.9.2009), prevedeva: *“I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento di supplenze previste dai commi 1,2 e 3, in quanto necessarie per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, **non possono** in alcun caso **trasformarsi** in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione dell'anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo”*.

La disposizione, come convertita con la legge di conversione 24.11.2009 n. 167, **ora dispone**: *“I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento di supplenze previste dai commi 1,2 e 3, in quanto necessarie per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, **possono trasformarsi** in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti...”*.

E' quindi evidente che nella legge di conversione è “caduta” la preclusione alla trasformazione del contratto a tempo indeterminato, con la conseguenza che, visto che la sentenza (che dichiara la sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato per il superamento di 36 mesi) ben può far luogo all’“immissione in ruolo” - dovendosi altrimenti ritenere la immissione in ruolo atto non giustiziabile – non vi sono ragioni per vietare la possibilità di trasformazione del contratto. Ed infatti, proprio la diversità tra il testo originario del D.L. e quello convertito dimostra ancora una volta la volontà legislativa di non vietare la trasformazione del contratto.

\*\*\*

**3.1.5.** Ne consegue che, per lo specifico settore della scuola, se ai contratti in essere al 24.12.07 (data di approvazione della legge 247/2007 che ha introdotto l'art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/2001) non si applica la sanzione della conversione per il superamento del periodo massimo di 36 mesi, è comunque **pacifico che dall'1.4.09** (a tale data erano decorsi quindici mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 247/07, come stabilito dal comma 43 art. 1 L. 247/07), il periodo di lavoro già effettuato alla data del 1.1.08 (data di entrata in vigore della legge 247/07) si deve computare, insieme ai periodi successivi di attività, ai fini della determinazione del

periodo massimo di cui al citato comma 4-bis dell'art. 5 D.Lgs. 368/2001 (36 mesi).

Pertanto, le sopra citate disposizioni di cui alla L. 110 del 13 maggio 2011, nella parte in cui escludono l'applicabilità dell'art. 5 comma 4 bis del D.Lgs.vo 368/01 al comparto "scuola" (come detto, vista l'efficacia irretroattiva di tali disposizioni esse possono valere solo per i rapporti stipulati dopo la sua entrata in vigore) non costituiscono comunque un ostacolo all'applicazione dell'art. 5 comma 4 bis a tutti i casi in cui alla data di entrata in vigore della sopra citata norma (14.5.2011), la durata complessiva del rapporto di lavoro tra l'Amministrazione scolastica ed il docente, per effetto di una successione di contratti a termine, aveva già superato il limite di 36 mesi, proprio **come nel caso di specie**, in cui il superamento è comunque intervenuto nel corso dell'a.s. 2010/2011.

\*\*\*

**3.2.** Dimostrata l'applicabilità dell'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. n. 368/01 nel caso di specie, con conseguente illegittimità della mancata conversione, una volta avvenuto il superamento del limite dei 36 mesi con contratti a tempo determinato, occorre ora chiarire che la **conseguenza** di tale **illegittimo protrarsi di contratti a termine** non potrà che essere la **stabilizzazione** del rapporto di lavoro della dott.ssa Desiderio.

Ed infatti, nella denegata ipotesi in cui codesto Giudice ritenesse di seguire l'orientamento giurisprudenziale che esclude la possibilità di conversione dei contratti a termine instaurati con le P.A., applicando quanto stabilito dall'art. 36 comma 5 del D.Lgs.vo 165/2001 (cfr. *supra*, capitolo C, paragr. 1 e 2.5)- si deve chiarire che tale "**divieto**" **non è comunque applicabile nell'ipotesi in cui sia integrato quanto disposto dal citato art. 5 comma 4 bis del D.Lgs.vo 368/2001.**

**3.2.1.** L'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 sanziona solo la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori. Nel caso dell'art. 5, comma 4-bis del d.lgs. 368/01, invece, la sanzione scatta al superamento dei 36 mesi, ovvero il contratto si costituisce (non si converte) a quella data. In altre parole, la sanzione non opera, come negli altri casi, sul contratto - e non è l'ultimo contratto che si converte a tempo indeterminato - ma sul rapporto, con una presunzione *iuris et de iure* di stabilità della

esigenza, che ne fonda la costituzione e dunque lo legittima come a tempo indeterminato.

L'art. 5, comma 4-bis non presuppone neppure una “deviazione” dall'impiego ordinario dei lavoratori, per cui non è un'ipotesi di impiego in difformità rispetto a disposizioni imperative: il contratto a termine è legittimo e l'impiego di lavoratori è legittimo, ma il superamento dei 36 mesi determina, da quella data, la costituzione del rapporto a tempo indeterminato. Si tratta quindi di un'ipotesi di costituzione automatica del contratto di lavoro: sanzione “esterna” al contratto di assunzione (che considerato di per sé è assolutamente conforme a norma e si è svolto in maniera analogamente conforme), avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di contratti a termine.

L'art. 5, comma 4-bis, prevede dunque la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e non la trasformazione del contratto a termine: per cui la costituzione suddetta non è affatto vietata dall'art. 36, d.lgs. n. 165/01, che riguarda il solo divieto di trasformazione.

\*\*\*

**3.2.2.** La **necessità di costituire un rapporto** di lavoro a tempo **indeterminato** in forza dell'art. 5, comma 4-bis, è imposta del resto, da un punto di vista sistematico, dalla recente modifica dell'art. 36 del d.lgs. 165/01, ed in specie dopo la introduzione dei commi 5-bis e 5-quater all'art. 36, ad opera del D.L. n. 101/13, convertito con L. n. 125/13 (a decorrere dal 1° settembre 2013), che ha abolito la misura ostativa del risarcimento del danno.

L'art. 36 per la parte ed i commi che interessano, oggi statuisce:

*2. Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei*

contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio di cui all'articolo 70 del decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive modificazioni ed integrazioni, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 3 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali. **Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato. E' consentita l'applicazione dell'articolo 3, comma 61, terzo periodo, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, ferma restando la salvaguardia della posizione occupata nella graduatoria dai vincitori e dagli idonei per le assunzioni a tempo indeterminato**”.

**5-ter.** Le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato.

**5-quater.** I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

In buona sostanza, nello stesso articolo – art. 36 D.Lgs. 165/2001 – in ben due commi è prevista **l'applicazione del D.Lgs. n. 368/2001** anche per i

**contratti a tempo determinato del personale della amministrazione pubblica:** il comma 2 (in combinato disposto con l'art. 70 comma 8 1° capoverso, D.Lgs. 165/2001) e ora il comma 5-ter (che si applica alle “pubbliche amministrazioni”, senza esclusioni).

Tuttavia, la mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato derivante dal (nuovo) comma 5-ter e la sanzione della nullità dei contratti a tempo determinato stipulati in violazione dell'art. 36 (nuovo comma 5-quater) comporta unicamente la gravissima conseguenza, (già sottolineata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2013 di rinvio pregiudiziale per i contratti della scuola e poi censurata dalla Corte di Giustizia con l'ordinanza Papalia del 12 dicembre 2013 – C 50/13), che **l'ordinamento interno non prevede nessuna misura idonea a prevenire gli abusi in caso di successione di contratti a tempo determinato per tutto il pubblico impiego.**

L'assenza di danno risarcibile fa venir meno ogni efficacia dissuasiva alla previsione della responsabilità erariale, stante la conseguente assenza di danno erariale. D'altro canto, neanche la precedente previsione del risarcimento del danno e, dunque, di possibile responsabilità erariale ha costituito, nella pratica, ostacolo alla crescita esponenziale del precariato pubblico di lunga durata.

Pertanto, solo la costituzione dei contratti a termine, per il superamento dei 36 mesi, può costituire disposizione ostativa, stante che la norma speciale per i contratti a termine non prevede più il risarcimento del danno.

Dunque o si ritiene che, in presenza di contratti a termine legittimi e rispettosi delle procedure selettive di legge, è possibile costituire contratti a tempo indeterminato con la P.A., ovvero si deve concludere che l'ordinamento interno è privo di misure ostative, almeno dal D.L. 101/13.

\*\*\*

**4.** Per tutti i motivi sopra esposti, quindi, la dott.ssa Desiderio chiede che, qualora non venga accolta la domanda svolta in via principale, venga accertata e dichiarata l'illegittimità e nullità del termine apposto ai contratti ripetutamente stipulati dalle parti, e pertanto venga accertato e dichiarato che il primo contratto a tempo determinato stipulato tra le parti si è convertito in contratto di lavoro a tempo indeterminato, o comunque, in subordine, che sia

accertato e dichiarato il superamento del limite dei 36 mesi di cui all'art. 5 comma 4 bis D.Lgs.vo 368/01, e venga quindi accertato e dichiarato che tra le parti sussiste un contratto di lavoro a tempo indeterminato, con conseguente stabilizzazione del rapporto a tempo indeterminato, con immediata reintegrazione nel posto di lavoro.

In ogni caso, l'accoglimento di tale domanda dovrà comportare altresì l'accertamento e la declaratoria del diritto della dott.sa Desiderio all'integrale e unitaria ricostruzione della carriera e dell'anzianità di servizio, fin dalla data di prima assunzione e per tutto il corso del rapporto di lavoro, con diritto ad una retribuzione che tenga conto dell'anzianità di servizio maturata, e con condanna delle amministrazioni resistenti al pagamento anche delle differenze retributive tra quanto percepito in forza dei contratti a termine stipulati, e quanto invece spettante ad un docente, di pari anzianità, assunto a tempo indeterminato, con tutte le voci relative alla progressione dell'anzianità di carriera, tredicesima mensilità, indennità sostitutiva di ferie e di permessi.

\*\*\* \*\*

***C. In via di estremo subordine: diritto della dott.ssa Desiderio al risarcimento dei danni per illegittimità dei contratti a termine stipulati.***

In via di estremo subordine, nella denegata ipotesi di rigetto delle domande sopra svolte, la dott.ssa Desiderio chiede che sia accertato e dichiarato il suo diritto al **risarcimento dei danni** per l'illegittimità dei contratti a termine stipulati, con condanna dell'Amministrazione al pagamento delle somme di seguito precisate.

**1.** Il diritto al risarcimento, in ipotesi come quella che ricorre nel caso concreto, è da ritenere "*in re ipsa*", in conformità al prevalente orientamento della Suprema Corte di Cassazione, ribadito più di recente con la sentenza n. 1260 del 23.1.2015, senza quindi necessità che il lavoratore fornisca la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità d'impiego.

Pertanto, per i casi in cui la conversione del rapporto non sia possibile, nella misura in cui si ritenga operante il divieto di cui all'art. 36 D.Lgs.vo 165/2001 (ipotesi che si contesta, ma che si prende in considerazione a meri fini defensionali ed in via di estremo subordine), il risarcimento del danno

costituito dalla mancata assunzione a tempo indeterminato non può che essere per equivalente.

**2.** In merito al problema residuo costituito dalla quantificazione del risarcimento, la scrivente difesa ritiene di aderire all'indirizzo fatto proprio dalla prevalente giurisprudenza di merito (cfr. *ex multis*, Tribunale 30.1.2015), che fa riferimento all'art. 18 l. 300/1970 laddove - attualmente al III comma - prevede il diritto del lavoratore di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a **15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto**.

Tale norma contiene infatti una quantificazione normativa dell'equivalente economico del posto di lavoro che appare del tutto idonea ad individuare un ammontare del risarcimento del danno ex art. 36 d.lvo 165/2001, che sia "adeguato" a costituire un effettivo equivalente della vietata conversione del rapporto e, contestualmente, una efficace misura dissuasiva rispetto all'abusivo ricorso al contratto a termine.

Nella denegata ipotesi in cui non si ritenesse di aderire a tale orientamento, il risarcimento del danno dovrà essere quantificato nella misura massima di cui all'art. 32 comma 5 legge 183/2010, e quindi nella misura pari ad un'indennità omnicomprensiva pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

\*\*\*

**3. Oltre al predetto risarcimento del danno**, la ricorrente chiede altresì che le Amministrazioni resistenti vengano condannate al pagamento della differenza tra la retribuzione effettivamente percepita, in forza dei contratti a tempo determinato stipulati nel corso degli anni, e quella spettante ad un professore di pari anzianità, cui sono riconosciuti gli scatti di anzianità, previsti per il personale di ruolo.

La retribuzione della dott.ssa Desiderio, infatti, nonostante il ripetersi nel tempo della sua attività, senza soluzione di continuità, è rimasta sempre al livello economico stipendiale iniziale, alla luce della norma di cui all'art. 526 del d.lvo. 297 del 1994, in base al quale: "*Al personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo*".

**3.1.** Tale situazione, e la normativa che l'autorizza, si pongono in aperto

contrasto con la normativa comunitaria, e precisamente con la **clausola 4 dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70 del Consiglio dell'Unione Europea**, così come interpretata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in numerose sentenze.

Detta clausola stabilisce al primo comma che “ *per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive*” ed al quarto comma che “ *I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive*”.

**La Corte di Giustizia delle Comunità Europee** - le cui sentenze interpretative per pacifica giurisprudenza costituzionale fanno parte delle fonti normative di diritto comunitario di immediata applicabilità (cfr. C.Cost. 113/1985 e 389/1989) - si è ripetutamente pronunciata su detta clausola.

Appare centrale al riguardo la **sentenza emessa in data 13 settembre 2007 nel procedimento C-307/05 (Del Cerro Alonso)**, relativa ad una vicenda molto simile a quella per cui è causa, in cui una dipendente dell'amministrazione sanitaria spagnola era stata assunta a tempo indeterminato dopo dodici anni di rapporti a termine e rivendicava il riconoscimento di questi ultimi in termini di scatti triennali di anzianità, negatole sulla scorta di una previsione della legge nazionale che riconosce detti scatti soltanto al personale a tempo indeterminato.

In detta sentenza si trova già, infatti, la risposta alle varie questioni che si pongono in merito all'applicabilità del principio di non discriminazione nel caso di specie.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha infatti affermato che “*la nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale,*

*che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato*", spiegando altresì che *"la nozione di ragioni oggettive dev'essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest'ultima sia prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo"*, ma solo quando *"la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria"*.

\*\*\*

**3.2.** Alla luce di tutto quanto sopra esposto, non possono esservi dubbi sul fatto che l'ordinamento comunitario prescrive come regola la parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato sia nel settore privato sia in quello pubblico. Analoga regola è peraltro ormai prevista in via generale dall'ordinamento interno (vd. art 6 d.lvo. 368/2001). Il palese ed insanabile contrasto sinora evidenziato tra le previsioni del diritto europeo (clausola 4 dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato) da un lato, e la regola dettata dalla normativa interna speciale del settore scolastico (art. 526 del d.lvo. 297 del 1994), dall'altro, non può che essere risolto in favore delle prime, in ragione della loro indubbia superiorità nella gerarchia delle fonti e precisamente attraverso la disapplicazione di quest'ultima.

Nel caso di specie sussistono in effetti tutti i presupposti individuati dalla giurisprudenza per configurare il potere-dovere del giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in contrasto con quella europea.

La presente controversia, infatti, intercorre tra un privato ed un'amministrazione pubblica e, come specificamente statuito nella sentenza appena citata e ribadito da ultimo nella recentissima sentenza del 18 ottobre 2012 (cause riunite da C-302/11 a C-305/11): *"la clausola 4 dell'accordo quadro è incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata*

*dai singoli nei confronti dello Stato dinanzi ad un giudice nazionale a partire dalla data di scadenza del termine concesso agli Stati membri per realizzare la trasposizione della direttiva 1999/70”.*

Inoltre, non vi sono circostanze specifiche e concrete che giustificerebbero una disparità di trattamento tra dipendenti pubblici a termine e a tempo indeterminato in punto anzianità, tali da poter integrare le “ragioni oggettive” di cui alla clausola 4.

Pertanto, una volta disapplicata la previsione di cui all’art. 526 del d.lvo. 297 del 1994 dal panorama normativo di riferimento per la decisione del caso di specie, la disciplina applicabile a quest’ultimo non può che essere rinvenuta nella clausola 4 dell’Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato e nella previsione interna generale in materia di contratto a termine di cui all’art. 6 d.lvo 368/2001 citato.

Tali norme impongono quindi di **riconoscere alla ricorrente**, ai vari effetti giuridici ed economici, **un’anzianità di servizio sin dal primo rapporto a termine**, negli stessi esatti termini in cui la stessa sarebbe stata riconosciuta se fosse stata immessa in ruolo sin da tale momento.

Di conseguenza, la **dott.ssa Desiderio** ha **diritto al pagamento delle differenze retributive** tra quanto percepito, in forza dei contratti a termine stipulati negli anni, e quanto spettante ad un professore di ruolo di pari anzianità, tenuto conto in particolare dell’integrale e unitaria ricostruzione della carriera e dell’anzianità di servizio fin dalla data del primo contratto a tempo determinato.

\*\*\* \*\*

Tutto ciò premesso, i sottoscritti procuratori, *ut supra* legittimati

**ricorrono**

al Giudice del Lavoro del Tribunale di Verona – sez. Lavoro, perchè, previa fissazione dell’udienza di comparizione delle parti e di discussione, con termine a parte ricorrente per la notifica del ricorso unitamente al decreto di fissazione d’udienza, voglia accogliere le seguenti

### **CONCLUSIONI**

#### **1. IN VIA PRINCIPALE:**

**1.1. accertare e dichiarare**, per tutti i motivi di fatto e di diritto dedotti nel presente ricorso, la nullità e/o illegittimità, e comunque disapplicare il D.M.

235/2014 ed ogni altro atto, disposizione o provvedimento amministrativo presupposto, conseguente o altrimenti connesso, nella parte in cui non prevede l'inclusione nelle GAE per l'insegnamento nella scuola dell'infanzia e primaria dei diplomati magistrali entro l'a.s. 2001/2002, come la dott.ssa Desiderio, nonché dei provvedimenti dell'Amministrazione Scolastica resistente adottati e adottandi di reiezione della domanda di inserimento nelle predette graduatorie;

**1.2** accertare e dichiarare in ogni caso il diritto della dott.ssa Desiderio all'inserimento nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento dell'Ambito Territoriale di Verona, classi di concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE), valide per gli anni scolastici 2014/2017, nella posizione derivante dal punteggio attribuibile, ed in particolare con il punteggio di 115 per la Classe di concorso EEEE e di 21 per la Classe di concorso AAAA, o quello che dovesse essere attribuibile aggiornando i predetti punteggi applicando le tabelle di valutazione dei titoli previsti per la III fascia delle graduatorie ad esaurimento, tenuto conto di tutti i titoli indicati dalla ricorrente e tenuto conto delle preferenze degli ambiti territoriali indicati nella domanda del 13.8.2015, con decorrenza dall'approvazione delle graduatorie ad esaurimento per gli anni 2014/2017 o, in subordine, dalla data di presentazione della domanda cartacea del 12.8.2015 o, in ulteriore subordine, dalla presentazione della domanda giudiziaria d'urgenza del 17.9.2015 o del presente ricorso;

**1.3.** conseguentemente condannare le amministrazioni resistenti ad emanare tutti gli atti ritenuti necessari a consentire l'inserimento della dott.ssa Desiderio nelle suddette graduatorie con il predetto punteggio a lei attribuibile;

**1.4.** In ogni caso: condannare le amministrazioni resistenti al risarcimento del danno patrimoniale, da quantificare nelle differenze retributive tra quanto percepito e quanto dovuto ad un docente di pari anzianità, tenuto conto della progressione di carriera e dell'anzianità di servizio dalla data di prima assunzione con contratto a tempo determinato; oltre a condannarle al risarcimento del danno non patrimoniale, da quantificarsi in via equitativa;

## **2. IN VIA SUBORDINATA:**

**2.1.** accertare e dichiarare, per tutti i motivi di fatto e di diritto dedotti nel

presente ricorso, l'illegittimità del termine apposto ai contratti ripetutamente stipulati dalle parti, di cui in esposto, con conseguente declaratoria di nullità degli stessi;

**2.2.** accertare e dichiarare che il primo contratto a tempo determinato stipulato tra le parti si è convertito in contratto di lavoro a tempo indeterminato, e comunque accertare e dichiarare il superamento del limite dei 36 mesi di durata dei contratti a tempo determinato, di cui all'art. 5 comma 4 bis D.Lgs.vo 368/01, con declaratoria che tra le parti si è costituito e sussiste un contratto di lavoro a tempo indeterminato, con conseguente stabilizzazione del rapporto a tempo indeterminato ed immediato ordine di reintegra ed immissione in ruolo della dott.ssa Desiderio;

**2.3.** in ogni caso: accertare e dichiarare il diritto della dott.sa Desiderio all'integrale e unitaria ricostruzione della carriera e dell'anzianità di servizio, fin dalla data di prima assunzione e per tutto il corso del rapporto di lavoro, con condanna delle amministrazioni resistenti al pagamento anche delle differenze retributive tra quanto percepito in forza dei contratti a termine stipulati, e quanto invece spettante ad un docente, di pari anzianità, assunto a tempo indeterminato, con tutte le voci relative alla progressione dell'anzianità di carriera, tredicesima mensilità, indennità sostitutiva di ferie e di permessi, calcolate integralmente dalla data di prima assunzione, e con condanna al pagamento delle differenze retributive maturate e maturande, dal momento dell'interruzione di servizio e fino al momento dell'effettiva immissione in ruolo.

### **3. IN VIA DI ESTREMO SUBORDINE:**

**3.1.** accertata e dichiarata, per tutti i motivi di fatto e di diritto dedotti nel presente ricorso, l'illegittimità e l'abuso del protrarsi dei contratti a tempo determinato stipulati tra le parti, accertare e dichiarare il diritto della dott.ssa Desiderio al risarcimento dei danni, come di seguito precisati;

**3.2.** condannare le Amministrazioni resistenti al pagamento alla dott.ssa Desiderio di un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto o, in via subordinata, ad un'indennità omnicomprensiva pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi e rivalutazioni dal dovuto al saldo;

**3.3. condannare** le Amministrazioni resistenti al pagamento alla dott.ssa Desiderio delle differenze retributive tra quanto effettivamente percepito in forza dei contratti a tempo determinato, e quella spettante ad un professore di pari anzianità, considerato l'incremento della retribuzione per la progressione degli scatti di anzianità e con tutte le voci relative alla progressione dell'anzianità di carriera, tredicesima mensilità, indennità sostitutiva di ferie e di permessi, previsti per il personale di ruolo, calcolati dalla data di stipula del primo contratto a tempo determinato.

**4. IN OGNI CASO:**

- con vittoria di spese e compenso, oltre spese generali 15%, CPA 4% e IVA 22%.

\*\*\* \*\*

Si producono i seguenti documenti:

**1/A:** Diploma magistrale conseguito nell'a.s. 1996/97;

**1/B:** Diploma maturità classica conseguito nell'a.s. 1996/97

**1/C:** certificato Laurea in Psicologia conseguita in data 29.11.2014

**2/A – 2/C:** Contratti a.s. 2006/2007;

**3/A – 3/B:** Contratto a.s. 2007/2008;

**4/A – 4/G:** Contratti a.s. 2008/2009;

**5/A – 5/C:** Contratti a.s. 2009/2010;

**6/A e 6/B:** Contratti a.s. 2010/2011;

**7/A – 7/G:** Contratti a.s. 2011/2012;

**8/A – 8/E:** Contratti a.s. 2012/2013;

**9:** Contratti a.s. 2013/2014;

**10/A e 10/B:** Contratti a.s. 2014/2015;

**11/A e 11/B:** Contratti a.s. 2015/2016;

**12.** Graduatoria di Istituto di II fascia triennio 2014/2017;

**13.** modello di richiesta delle graduatorie d'Istituto di II fascia per gli a.s. 2014/2017.

**14.** diffida inviata in data 12.8.2015;

**15.** Ordinanza Tribunale di Verona n. 85/2015 dell'11.1.2016;

**16.** Prospetto ricorso d'urgenza iscritto al n. 2341/2015 R.G. presso il Tribunale di Verona.

\*\*\*

Ai fini del contributo unificato si dichiara che la presente causa ha valore indeterminabile e che è esente dal pagamento del contributo unificato in quanto il **reddito familiare** della ricorrente per l'anno 2015 è stato inferiore ad € 34.585,23, come da autodichiarazione prodotta.

Si dichiara di voler ricevere le comunicazioni di cancelleria agli indirizzi FAX e PEC indicati nell'intestazione del presente atto.

Verona, 11.7.2016

prof. avv. Lorenzo Picotti

avv. Gabriella de Strobel

\*\*\* \*\*

### **ISTANZA PER LA NOTIFICA MEDIANTE PUBBLICI PROCLAMI**

#### **EX ART. 151 C.P.C.**

I sottoscritti procuratori precisano che, ai fini dell'integrazione del contraddittorio, il ricorso deve essere notificato a tutti i docenti potenzialmente controinteressati, ossia a tutti i docenti di tutti i 101 ambiti territoriali inseriti attualmente nelle graduatorie ad inserimento definitive che, in virtù dell'inserimento della ricorrente, potrebbero essere scavalcati in graduatoria per la classe di concorso in relazione alla quale risulta abilitata la ricorrente.

Rilevato che la notifica del ricorso nei modi ordinari sarebbe impossibile per l'ingente numero dei controinteressati e per la difficoltà di reperirli, e che comunque la tradizionale notifica per pubblici proclami è oltremodo onerosa per la parte ricorrente e, comunque, la stessa non appare idonea allo scopo, come chiarito dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 106/1990, in quanto non può ragionevolmente invocarsi un onere di diligenza media del cittadino, potenzialmente convenuto in giudizio di prendere visione costante del foglio degli annunci legali provinciali o della G.U.

Al contrario, il sito istituzionale del Ministero è costantemente seguito da tutti i candidati/aspiranti alle GAE in quanto oggi mezzo di comunicazione ufficiale, quale anche strumento di pubblicazione dei provvedimenti dei singoli interessai.

Ciò premesso, i sottoscritti procuratori fanno

## ISTANZA

affinché codesto Giudice, valutata l'opportunità di autorizzare la notifica ai sensi dell'art. 151 c.p.c., anche in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami, voglia autorizzare la notificazione del presente ricorso e del decreto di fissazione d'udienza:

- quanto al MIUR, all'Ufficio regionale e all'Ambio territoriale provinciale, mediante notifica di copia dell'atto all'Avvocatura distrettuale dello Stato di competenza;
- quanto a tutti i docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento definitive di tutti i 101 ambiti territoriali italiani, per le classi di concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE), vigenti per gli anni scolastici 2014/2017 – attraverso la pubblicazione sul sito web del MIUR dei seguenti dati:
  - Autorità giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;
  - Nome del ricorrente e indicazione dell'amministrazione intimata;
  - Sunto dei motivi del ricorso;
  - Indicazione dei controricorrenti, genericamente individuati come: *“tutti i docenti attualmente inseriti nelle graduatorie ad esaurimento definitive (GAE) di tutti i 101 ambiti territoriali italiani, per le classi di concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE) vigenti per gli anni scolastici 2014/2017, ed in particolare i docenti inseriti (per le suddette graduatorie) nell'ambito territoriale di Verona”*
  - Testo integrale del ricorso e pedissequo decreto di fissazione d'udienza;

Verona, 11.7.2016

prof. avv. Lorenzo Picotti

avv. Gabriella de Strobel