



Avvocatura dello Stato

Via Guido Reni n. 4 Bologna

tel 051 222802 fax 051 232297

PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it

C.F. ads80068910373

Ct. 635/16
R.G. n. 2989/15
Dott. M. Marchesini
Ud. 21.03.2016

TRIBUNALE di BOLOGNA

Sezione Lavoro

MEMORIA DIFENSIVA

per il **MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITA' e della RICERCA** (C.F. 80185250588), per l'**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per l'EMILIA ROMAGNA** (C.F. 80062970373) per l'**UFFICIO V – AMBITO TERRITORIALE PROVINCIA di BOLOGNA** (C.F. 80071250379), in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica,, con la difesa e rappresentanza in giudizio dell'Avvocatura dello Stato (C.F. ads80068910373 – PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it), con domicilio legale presso gli uffici di quest'ultima in Bologna, alla via Guido Reni nr.4

- resistente -

CONTRO

FEBBRARO Francesco, rappresentato e difeso dall'avvocato Sirio Solidoro

- ricorrente -

OGGETTO: preteso diritto all'inserimento nelle graduatorie a esaurimento (GAE).

FATTO



Parte ricorrente espone di essere un docente precario e abilitato iscritto soltanto nella seconda fascia delle Graduatorie di Istituto dell' Ambito territoriale di Bologna, ove attualmente svolge servizio, in ragione di varie supplenze brevi.

L'istante ambisce ad essere inserito nelle graduatorie ad esaurimento di Bologna.

Controparte riferisce di aver conseguito l'abilitazione all'insegnamento dopo aver frequentato i **Tirocini Formativi Attivi (c.d. TFA)** entro l'anno scolastico 2014/2015.

Riferisce controparte che, con Decreto Ministeriale n. 249 del 10 settembre 2010, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha introdotto i predetti Tirocini Formativi Attivi: si tratta di percorsi accademici, finalizzati al conseguimento dell'abilitazione per l'insegnamento nella scuola pubblica; i predetti Tirocini Formativi Attivi succedono a quelle che un tempo erano le Scuole di Specializzazione per l'insegnamento (c.d. SISS), che, com'è noto, sono state abrogate dal Legislatore, mediante l'art. 4 ter del D.L. 25.6.2008 n. 112, conv. in legge dall'art. 1, comma 1, L. 6 agosto 2008, n. 133.

Parte ricorrente, divisando l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento e nel relativo piano di assunzioni, lamenta di avere diritto solo all'iscrizione nelle graduatorie di istituto; tali graduatorie, com'è noto, non permettono la sottoscrizione di contratti di lavoro a tempo indeterminato, ma servono soltanto a supplire ad esigenze temporanee del MIUR (qualche settimana o, al massimo, qualche mese).

Viceversa, le graduatorie ad esaurimento, da cui controparte sostiene di essere ingiustamente rimasta esclusa, permetterebbero la sua immissione in ruolo e, dunque, l'assunzione a tempo



indeterminato alle dipendenze del Ministero e la partecipazione al piano delle assunzioni ordinario o straordinario.

Tutto ciò premesso, l'istante lamenta che, in occasione dell'impugnato DM n. 235 del 2014, che ha regolamentato l'aggiornamento triennale delle graduatorie, non sarebbe stato messo nelle condizioni materiali di poter inoltrare valida domanda. Ciò in quanto del tutto ingiustamente il MIUR avrebbe stabilito che l'inoltro della domanda per l'aggiornamento delle graduatorie, potesse avvenire esclusivamente tramite un sistema informatico denominato "istanze online", accessibile soltanto ai possessori di *username* e *password*, in quanto già iscritti nelle Graduatorie ad esaurimento.

Sulla scorta di quanto precede, parte ricorrente, attualmente iscritta soltanto nella seconda fascia delle graduatorie di istituto, lamenta l'ingiusta compromissione della propria carriera professionale, dovuta alle prescrizioni contenute nei provvedimenti impugnati che non terrebbero in adeguata considerazione chi, come l'istante, risulta abilitato con i Tirocini Formativi Attivi.

Il ricorso introduttivo formula pertanto le seguenti conclusioni:

“Nel merito: accertare e dichiarare il diritto del docente di essere inserito nelle GAE della provincia di Bologna, disapplicare gli atti impugnati e condannare la P.A. all’inserimento del docente istante, nella terza o quarta fascia delle GAE, prov. di Bologna, fatte salve altre disposizioni secondo giustizia.

Ove occorrer possa: rimettere gli atti alla consulta, per la declaratoria di incostituzionalità della l. n. 107/2015, nella parte in cui, in violazione degli artt. 1,2,3,4,97 cost., stabilisce che le GAE, se esaurite, dal primo settembre, perderanno efficacia e nella parte in cui ha escluso la docente da ogni piano di assunzione sia ordinario e sia straordinario”.



La domanda, inammissibile e infondata, è meritevole di reiezione per i seguenti motivi di

DIRITTO

1. Difetto di giurisdizione

Controparte non contesta la singola collocazione di uno o più docenti nell'ambito di una determinata graduatoria, ma la legittimità della regolamentazione delle graduatorie ad esaurimento, in particolar modo dei D.M. 235/2014 e D.M. 249/2010, al fine di ottenere l'inserimento nella graduatoria ad esaurimento.

A sostegno dell'eccezione si rileva quanto segue.

Con **ordinanza 16.12.2013 n.27991** le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione** hanno statuito che qualora sia contestata dai ricorrenti la legittimità della regolamentazione, con disposizioni generali e astratte, delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione *in parte qua* (perché siano inseriti anche i docenti di III^a fascia delle graduatorie di circolo e di istituto), e non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previa disapplicazione degli atti normativi presupposti, anche eventualmente di natura normativa subprimaria, la giurisdizione non può che essere del giudice amministrativo.

Queste le parole della Corte:

“Nel merito della questione di giurisdizione, può premettersi in generale che le procedure relative alla formazione ed all'aggiornamento delle graduatorie permanenti (oggi ad esaurimento) del personale docente non si configurano come procedure concorsuali e quindi non appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a quella del giudice ordinario, in quanto vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, comma 2 d.lgs. n. 165 del 2001, di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poiché la pretesa



consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

Fin da Cass., Sez. Un., 13 febbraio 2008, n.3399, questa Corte ha affermato che in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria, con precedenza rispetto ad altro docente, ai sensi degli artt. 401 e 522 del d.lgs. n. 297 del 1994 e successive modificazioni, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, venendo in questione atti assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001), di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

Non possono configurarsi, infatti, né l'inerenza a procedure concorsuali (art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001), per l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto, di un atto di approvazione finale che individui i vincitori – trattandosi piuttosto dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti (anche derivanti da partecipazione a concorsi) in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili. Infatti vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, comma 2 d.lgs. n.165 del 2001, tra i quali rientrano anche gli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

In numerose altre pronunce rese in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento a controversie promosse per l'accertamento del diritto all'utile collocamento in graduatoria, con precedenza rispetto ad altro docente, questa Corte (Cass., sez. un., 10 novembre 2010, n.22805; 16 giugno 2010, n.14496; 3 aprile 2010, n.10510) ha costantemente ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario.

Il medesimo principio è stato riaffermato più recentemente da questa Corte (Cass., sez. un., 8 febbraio 2011, n.3032); in senso conforme anche Cons. Stato, ad. Plen., 4 luglio 2011, n. 11.

Da ultimo questa Corte (Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3045; 21 febbraio 2013, n. 4287) ha ribadito che in materia di graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola di cui all'art. 1, comma 605, lett. e), della legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007), le controversie promosse per l'accertamento del diritto dei docenti – che, già iscritti in determinate graduatorie ad esaurimento, si siano avvalsi della facoltà di essere inseriti in altre analoghe



graduatorie provinciali – a non essere collocati in coda rispetto ai docenti già inclusi in queste ultime graduatorie (diritto nella specie negato dall'amministrazione in applicazione del divieto previsto dal d.m. 8 aprile 2009, n. 42), appartengono alla giurisdizione ordinaria, venendo in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma secondo, d.lgs. n. 165 del 2001), a fronte dei quali sono configurabili solo diritti soggettivi, ed avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

4. Ciò premesso, deve però rilevarsi che diversa è invece la fattispecie allorché l'oggetto del giudizio innanzi al giudice amministrativo sia la regolamentazione stessa delle graduatorie ad esaurimento quale adottata, per quanto rileva in questo giudizio, con decreto ministeriale (MIUR) n. 44 del 12 maggio 2011 a modifica dei precedenti decreti ministeriali n. 82 del 29 settembre 2009, n. 100 del 17 dicembre 2009, n. 68 del 30 luglio 2010 e n. 80 del 15 settembre 2010, emanati ai sensi del d.l. 25 settembre 2009, n. 134, conv. In l. 24 novembre 2009, n. 167; nonché ad integrazione del d.m. 27 marzo 2000 n. 123, sulle modalità di integrazione e aggiornamento delle graduatorie permanenti.

In tal caso è contestata dai ricorrenti la legittimità della regolamentazione, con disposizioni generali ed astratte, delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione in parte qua (perché siano inseriti anche i docenti di III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto), e non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previo disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, anche eventualmente di natura normativa sub primaria..

La giurisdizione allora non può che essere del giudice amministrativo.

Come la giurisdizione del giudice ordinario in materia di lavoro pubblico contrattualizzato è recessiva in favore di quella generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di impugnazione di atti organizzativi a contenuto generale con cui le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ovvero individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi o determinano le dotazioni organiche complessive ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001 (cfr. Cass., sez. un., 10 novembre 2010, n. 22799), a maggior ragione sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ove l'oggetto del giudizio sia l'impugnazione di un atto regolamentare di formazione subprimaria; cfr. Corte cost. n. 41 del 2011, che, adita con incidente



di costituzionalità dal TAR Lazio nel corso di un contenzioso analogo, ha osservato che «il remittente giudica della legittimità degli atti amministrativi che fissano i criteri di formazione delle graduatorie» (quelle permanenti della scuola).

Espressamente l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001 prevede che le pubbliche amministrazioni agiscono sì «con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» ma nel rispetto delle leggi e «nell'ambito [...] degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1», che sono a monte degli atti di gestione del rapporto.

Questi ultimi sono espressione del potere di organizzazione della pubblica amministrazione quale datrice di lavoro, al pari del potere direttivo del datore di lavoro privato; mentre i primi sono riconducibili al potere regolamentare governativo o ministeriale ovvero alla potestà di emanare atti amministrativi generali di natura non regolamentare ed aventi un contenuto riconducibile all'art. 2, comma 1, cit..

Ove si tratti di veri e propri atti di normazione subprimaria, quindi regolamentare, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di azione diretta al loro annullamento proposta da chi sia legittimato perché in situazione di interesse legittimo.

Ove si tratti di atti amministrativi a contenuto generale ed astratto, ma privi di natura regolamentare, ossia di normativa subprimaria, come talora espressamente previsto, parimenti sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di azione diretta al loro annullamento ove il contenuto degli stessi sia riconducibile al cit. art. 2, comma 1. d.lgs. n. 165 del 2001.

Nella specie il decreto ministeriale del MIUR n. 44 del 2011, di cui i ricorrenti hanno chiesto al giudice amministrativo l'annullamento in parte qua, ha quanto meno un contenuto riconducibile all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001; ma è anche predicabile la sua natura regolamentare, al di là del rispetto della procedura di cui all'art. 17 legge n. 400 del 1988, perché contiene disposizioni generali ed astratte sulle condizioni ed i presupposti per la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento ed è integrativo (come previsto dal suo art. 13 recante le "disposizioni finali") del precedente decreto ministeriale del MIUR del 27 marzo 2000 n. 123, espressamente qualificato come Regolamento recante norme sulle modalità di integrazione e aggiornamento delle graduatorie permanenti.

Ha puntualizzato in generale questa Corte (Cass., Sez. Un., 3 novembre 2011, n. 22733) che appartiene alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la



contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi, mentre appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la contestazione che investa esclusivamente i singoli atti di conferimento degli incarichi.

Cfr. anche Cass., Sez. Un., 16 aprile 2010, n. 9132, che parimenti ha ritenuto che la controversia diretta ad ottenere il reinquadramento dei lavoratori regionali in conformità al regolamento della Regione Lazio 10 maggio 2001, n. 2, previa disapplicazione della disposizione, ivi contenuta, che limita la facoltà di chiedere la revisione ai soli dipendenti in servizio, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, coinvolgendo l'attività autoritativa della P.A., in quanto la norma regolamentare – nel perseguire l'obiettivo del superamento delle sperequazioni esistenti tra le categorie di dipendenti transitati da altre amministrazioni – è diretta a definire l'assetto generale degli uffici nell'ambito di un complessivo progetto di revisione dell'organizzazione del personale regionale, che consente nuovi inquadramenti del personale prevedendone anche le decorrenze, prospettiva all'interno della quale si inserisce anche la scelta di escludere dall'intervento di revisione i dipendenti il cui rapporto di lavoro si sia già concluso.

Anche nel presente giudizio i ricorrenti lamentano che la disciplina adottata con d.m. n. 44 del 2011 detta una regolamentazione per essi pregiudizievole quanto al loro preteso inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Essendo le censure dirette proprio e solo nei confronti del menzionato decreto ministeriale, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo”.

Ebbene, nel caso di specie, è del tutto evidente che controparte insorge proprio contro le regole che, in generale, governano la graduatoria in questione, dolendosi della propria mancata ammissione.

La fattispecie, pertanto, non riguarda l'utile collocazione di controparte in relazione a una proposta di contratto, magari sul presupposto di essere stata illegittimamente scavalcata per effetto di un errore dichiarativo o valutativo.

*



2. Inesistenza del diritto fatto valere

Parte ricorrente è inserita soltanto nelle graduatorie d'istituto, ma non nelle graduatorie ad esaurimento.

Controparte **non può vantare alcun diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento per l'inesistenza di una norma di rango primario che ne consenta l'accesso ora per allora**, che consenta cioè di inserire in dette graduatorie chi non vi ha fatto tempestivo e legittimo ingresso.

A suffragio di quanto precede si osserva quanto segue.

*

2.1 I decreti ministeriali impropriamente “impugnati” in questa sede si sono limitati a richiamare e ad applicare il chiaro testo delle fonti primarie: se è vero che l'art. 1 bis del D.L. 97/2004 dispone testualmente: *“Dall’anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all’articolo 401 del testo unico avviene su domanda dell’interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l’aggiornamento della graduatoria con apposito decreto del Ministro dell’Istruzione, dell’università e della ricerca. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla graduatoria per gli anni scolastici successivi. A domanda dell’interessato, da presentarsi entro il medesimo termine, è consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all’atto della cancellazione”*, è anche vero che l'art. 1 co. 605 della l.n. 296/2006 dispone *“Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti di cui all’articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, **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, e con riserva del*



conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto-legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria. La predetta riserva si intende sciolta con il conseguimento del titolo di abilitazione. Con decreto del Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione (CNPI), è successivamente disciplinata la valutazione dei titoli e dei servizi dei docenti inclusi nelle predette graduatorie ai fini della partecipazione ai futuri concorsi per esami e titoli”: è il valore abrogativo di tale disposizione rispetto all’ultimo alinea della precedente disposizione che controparte disconosce.

E’ dunque la legge – e non il DM – a fissare obblighi procedurali, termini e conseguenze della loro mancata ottemperanza.

Dunque, l’argomentare di controparte che invoca la disapplicazione dell’atto amministrativo (illegittimamente, come si è detto) non potrebbe condurre al risultato divisato nel ricorso, in assenza di intervento della Corte Costituzionale, atteso il tenore autoapplicativo della disposizione: a partire dall’anno scolastico 2007/2008 le graduatorie permanenti (che consentivano l’eventuale reinserimento in esse) sono ad esaurimento: **pensare ad un esaurimento delle graduatorie che ad un tempo consenta un reinserimento o un nuovo inserimento in esse è un attentato alla logica, prima che alla lettera della norma.**

Accogliere la domanda di reinserimento in graduatoria formulata da controparte, reputando non eliminata dalla normativa sopravvenuta la facoltà di reinserimento già prevista dall’art. 1-bis



della l.n. 97/2004 e non derogabile tale previsione normativa dalla fonte secondaria costituita dai decreti ministeriali dispositivi dell'integrazione e dell'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento rappresenta un grave e non emendabile errore ermeneutico.

Tale interpretazione è erronea, dovendosi invece pervenire all'opposta conclusione della intervenuta abrogazione, tacita e per incompatibilità, dell'art. 1 comma 1-bis sopra citato.

Tale norma prevedeva che, a partire dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del D. Lgs. n. 297/1994 fosse subordinata alla domanda degli interessati, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento delle graduatorie da apposito decreto ministeriale, pena la cancellazione dalle stesse per gli anni scolastici successivi; cancellazione non definitiva, perché a domanda degli interessati, da presentarsi negli stessi termini innanzi indicati, era consentito il reinserimento dei docenti cancellati con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione.

La legge configurava, dunque, **graduatorie permanenti "aperte"**, con possibilità di **ammissione**, **cancellazione** e **riammissione** secondo convenienza ed a domanda.

L'art. 1 co. 605 della l.n. 296/2006 (la legge finanziaria del 2007) ha realizzato in materia una vera e propria rivoluzione copernicana: al dichiarato "fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici e di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente", il legislatore delegò al Ministro della Pubblica Istruzione di adottare con proprio decreto un piano triennale per l'assunzione a tempo



indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009, per complessive 150.000 unità, contestualmente prevedendo che, con effetto dal 1/1/2007, le graduatorie permanenti di cui all'art. 1 l. n. 143/2004 fossero trasformate in graduatorie "ad esaurimento", ossia in graduatorie "chiuse", nelle quali divenivano possibili gli inserimenti soltanto di particolari categorie di docenti e limitatamente al biennio 2007- 2008 (*"Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASIL), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria"*).

Nessun cenno conteneva la norma alla possibilità di (re)inserimento -prevista dall'art. 1 co. 1 bis della l.n. 143/2004- dei docenti già inseriti nelle graduatorie e cancellati per mancanza di domanda.

Come correttamente affermato anche dalla **Corte di Appello di Potenza (sentenza n. 88 del 2014)**:

"si tratta di una omissione non casuale -meno che mai dettata dalla volontà di mantenere in vigore la corrispondente previsione dell'art. 1 co. 1 bis della l. n. 143 cit.-, ma al contrario del tutto coerente con la disposta trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, cioè destinate a svuotarsi ed estinguersi nel tempo con l'assunzione nei ruoli dei docenti in esse inseriti: obiettivo rispetto alla quale costituirebbe una evidente contraddizione in



termini consentire l'uscita ed il reinserimento ad libitum del personale stesso, con il rischio, non soltanto ipotetico, di non pervenire mai all'esaurimento delle graduatorie e di non poter mai dare "adequata soluzione al fenomeno del precariato storico".

La normativa secondaria intervenuta in materia dopo la legge finanziaria del 2007, lungi dall'introdurre inammissibili deroghe alla fonte primaria -vuoi nel senso di disporre l'ultrattività di norme di legge abrogate, vuoi nel senso di abrogare norme di legge ancora in vigore- ha rappresentato, invece, il logico sviluppo della successione di leggi nel tempo e del graduale passaggio dalle graduatorie aperte a quelle chiuse e ad esaurimento.

In particolare, il D.D.G. del 16/3/2007, emanato in occasione dell'integrazione e degli aggiornamenti delle graduatorie permanenti per gli aa.ss. 2007-2009 e costituente la prima applicazione della nuova normativa entrata in vigore dal 1/1/2007, confermava la necessità della domanda dell'interessato per la permanenza in graduatoria, prevedendo, in caso contrario, la cancellazione definitiva dalla stessa; prevedeva, poi, il reinserimento in graduatoria, sempre a domanda, per coloro che in occasione del precedente aggiornamento -ante riforma del 1/1/2007- non avessero presentato domanda di permanenza e fossero stati cancellati dalla graduatoria; stabiliva, infine, che la mancata presentazione della domanda di reinserimento comportasse la cancellazione definitiva dalla graduatoria stessa (art. 1 co. 2 e 3 del D.D.G. cit.).

Non condivide la Corte l'affermazione del giudice di prime cure, secondo cui tali disposizioni, consentendo ancora il reinserimento dei docenti già cancellati, costituisca la conferma da parte dell'Amministrazione scolastica che l'art. 1 co. 605 lett. c) della l. n. 296/2006 non abbia mai eliminato la facoltà prevista dall'ultima parte dell'art. 1 co. 1 bis della l. n. 143/2004. Al contrario, appare



evidente come si tratti di una normativa secondaria di carattere transitorio che, nel dare esecuzione al passaggio dal regime delle graduatorie aperte e permanenti a quello delle graduatorie chiuse e ad esaurimento, si preoccupava (con autolimitazione del proprio potere di organizzare l'aggiornamento delle graduatorie) di salvaguardare l'affidamento riposto nella possibilità di reinserimento a domanda, già prevista nella disciplina ante 1/1/2007, da parte di quei docenti che in occasione del precedente aggiornamento non avessero presentato tempestivamente la domanda di permanenza in graduatoria, per l'appunto confidando nella possibilità di reinserimento prevista dall'ultima parte dell'allora vigente art. 1 co. 1-bis l. n. 143/2004.

Una volta venuta meno, con gli aggiornamenti successivi delle graduatorie, tale necessità di salvaguardia dell'affidamento -per essere andato a pieno regime il sistema di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, in base al quale chi è dentro vi rimane a domanda, ma chi non presenta domanda di permanenza viene escluso definitivamente- il D.M. n. 44 del 12/5/2011, emanato per l'aggiornamento delle graduatorie per gli aa.ss. 2011-2013 e di cui la prof. Palomba ha chiesto la disapplicazione, ha confermato che la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento avviene su domanda dell'interessato; ha disposto che la mancata presentazione comporti la cancellazione definitiva del docente; non ha più previsto il reinserimento a domanda degli esclusi in occasione degli aggiornamenti precedenti (cfr. art. 1 co. 1 del D.M. cit.).

Orbene, per quanto sopra detto, si tratta di una disciplina secondaria del tutto coerente con gli sviluppi normativi intervenuti in materia e con il passaggio al sistema delle graduatorie ad esaurimento, avendo l'Amministrazione scolastica preso atto -come si deve prendere atto in questo giudizio- dell'avvenuta abrogazione implicita per



incompatibilità, realizzata dall'art. 1 co. 605 lett. c) della l. n. 296/2006, dell'ultima parte dell'art. 1 co. 1 bis della l. n. 143/2004, quella che prevedeva la facoltà di reinserimento in graduatoria del docente precedentemente cancellato, con recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione.

Ritiene la Corte che non sia consentito di ricostruire in maniera differente i rapporti tra le norme primarie in questione, nella loro successione nel tempo.

Le graduatorie ad esaurimento sono graduatorie destinate ad estinguersi; per questo non sono previsti ulteriori inserimenti, a parte quelli delle particolari categorie di nuovi docenti tassativamente elencati dalla legge finanziaria del 2006 e per il solo biennio 2007-2008.

E nulla abilita a differenziare i nuovi inserimenti dai reinserimenti di docenti già collocati in graduatoria e cancellati per mancato inoltro della domanda di permanenza. Gli uni e gli altri non sono più ammessi perché, altrimenti, le graduatorie non andrebbero più verso l'esaurimento, con inevitabile vanificazione del divisato obiettivo del legislatore "di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione"; il che è tanto più vero con riferimento al sistema "a porte girevoli" previsto dall'art. 1 co. 1 bis cit., che, qualora si ritenesse conservata la facoltà di riammissione anche nelle graduatorie ad esaurimento, porterebbe con sé il rischio concreto di perpetrazione all'infinito delle graduatorie stesse, che, in ultima analisi, rimarrebbero permanenti, in violazione della legge che le ha trasformate in graduatorie ad esaurimento.

Una conferma indiretta della ricostruzione normativa sopra offerta sembra poter provenire dal nuovo co. 4 dell'art. 1 della l. n. 143/2004, introdotto dall'art. 9 co. 20 del dl. n. 70/2011, convertito in l. n. 106/2011, il quale, nello stabilire che a partire dall'a.s. 2011-



2012 l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento debba avvenire con cadenza non più biennale ma triennale, ha inteso sottolineare come sia esclusa la possibilità di ulteriori nuovi inserimenti ("A decorrere dall'anno scolastico 2011/2012, senza possibilità di ulteriori nuovi inserimenti, l'aggiornamento delle graduatorie, divenute ad esaurimento in forza dell'articolo 1, comma 605 lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è effettuato con cadenza triennale e con possibilità di trasferimento in un'unica provincia secondo il proprio punteggio, nel rispetto della fascia di appartenenza."): ancora una volta senza che sia consentito all'interprete di distinguere tra inserimenti nuovi di zecca e reinserimenti di docenti già collocati e cancellati, perché questi ultimi comporterebbero pur sempre un ampliamento delle graduatorie, invece destinate a svuotarsi ed esaurirsi".

Nello stesso senso si sono espresse anche le sentenze n. 1056/2010 e 1081/2014 della sezione lavoro della Corte di Appello di Torino.

A sua volta, il **Tribunale di Udine, con sentenza n.221/2015** sub R.G. n.362/2014 pronunciata su analoga controversia, ha affermato:

"Il ricorrente è stato pacificamente inserito nella fascia aggiuntiva istituita ai sensi dell'art.14, co.2 ter del D.L. n.216/2001 in virtù di specifica domanda presentata ai sensi del d.m. n.53/2012. Decreto che è chiaro nel distinguere la terza fascia da quella aggiuntiva tanto che lo stesso ricorrente non ha contestato il fatto di essere inserito, per effetto della domanda avanzata, nella fascia aggiuntiva alla terza anziché nella terza. Tale d.m., peraltro, non avrebbe potuto essere di contenuto diverso stante l'inequivoco tenore del d.l. n.216/2011 a mente del quale le graduatorie ad esaurimento di cui all'art.1, commi 605, lettere c e 607 della legge 296/2006 dovevano restare chiuse.



Quindi il ricorrente è stato inserito in una fascia aggiuntiva rispetto alla terza sulla base di una domanda presentata in virtù di norme che erano chiaramente rivolte a costituire una fascia distinta dalla terza. D'altronde, in assenza di tali norme, essi neppure avrebbero potuto essere inseriti nella terza fascia delle graduatorie ormai chiuse perché trasformate da permanenti in graduatorie ad esaurimento".

La sentenza richiamata dimostra altresì l'infondatezza delle doglianze avversarie anche sotto il profilo della prospettata illegittimità costituzionale.

*

2.2 Sotto altro profilo, controparte tenta di fondare la propria pretesa sulla disposizione introdotta dall'**art.5-bis del D.L. 1 settembre 2008, n.137 così come modificato dalla legge n.169/2008.**

La norma recita:

«**Art. 5-bis.** - (Disposizioni in materia di graduatoria ad esaurimento). - 1. *Nei termini e con le modalità fissati nel provvedimento di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento da disporre per il biennio 2009/2010, ai sensi dell' articolo 1, commi 605 , lettera c), e 607, della legge 27 dicembre 2006, n. 296_ , e successive modificazioni, i docenti che hanno frequentato i corsi del IX ciclo presso le scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (SSIS) o i corsi biennali abilitanti di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), attivati nell'anno accademico 2007/2008, e hanno conseguito il titolo abilitante sono iscritti, a domanda, nelle predette graduatorie e sono collocati nella posizione spettante in base ai punteggi attribuiti ai titoli posseduti.*

2. Analogamente sono iscritti , a domanda, nelle predette graduatorie e sono collocati nella posizione spettante in base ai punteggi attribuiti ai titoli posseduti i docenti che hanno frequentato il primo corso



biennale di secondo livello finalizzato alla formazione dei docenti di educazione musicale delle classi di concorso 31/A e 32/A e di strumento musicale nella scuola media della classe di concorso 77/A e hanno conseguito la relativa abilitazione.

3. Possono inoltre chiedere l'iscrizione con riserva nelle suddette graduatorie coloro che si sono iscritti nell'anno accademico 2007/2008 al corso di laurea in scienze della formazione primaria e ai corsi quadriennali di didattica della musica; la riserva è sciolta all'atto del conseguimento dell'abilitazione relativa al corso di laurea e ai corsi quadriennali sopra indicati e la collocazione in graduatoria è disposta sulla base dei punteggi attribuiti ai titoli posseduti».

Anche tale richiamo normativo è del tutto infondato.

Come affermato dal **Tribunale di Campobasso con ordinanza di rigetto n. cron 3523/2015 di data 10 dicembre 2015,** con la legge n.296/2006 le graduatorie permanenti furono trasformate in GAE e fu stabilito che gli ultimi specializzati SSIS ad avere diritto ad iscriversi in tali graduatorie sarebbero stati quelli dell'VIII ciclo (svoltosi negli anni accademici 2006 – 2007, durante il quale le graduatorie erano state trasformate da permanenti in esaurimento); il MIUR fece partire ugualmente anche il IX ciclo (svoltosi nel 2007 – 2008 – 2009), i cui specializzati quindi non avrebbero potuto iscriversi alle graduatorie ad esaurimento; *“l'art.5-bis del D.L. n.137/2008 (...)ha così previsto –eccezionalmente – perché le graduatorie erano chiuse – che nei termini e con le modalità fissati nel D.M. di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il biennio 2009/2010 fossero iscritti su domanda “i docenti che hanno frequentato i corsi del IX ciclo presso le scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (SSIS) ... e hanno conseguito il titolo abilitante. Tuttavia l'art.64, co. 4 ter, D.L. 112 del 25/6/2008 (...) ha sospeso le scuole dall'a.a. 2008/2009 (...) e*



pertanto coloro che si erano iscritti non avrebbero più potuto conseguire l'abilitazione".

Questo spiega dunque perché, istituiti con il D.M. n.249/2010 i TFA, l'art.15, co.17 del predetto decreto abbia stabilito in via transitoria che *"Coloro che hanno superato l'esame di ammissione alle scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario, che si sono iscritti e hanno in seguito sospeso la frequenza delle stesse conseguono l'abilitazione per le classi di concorso per le quali era stata effettuata l'iscrizione attraverso il compimento del tirocinio formativo attivo di cui all'articolo 10 senza dover sostenere l'esame di ammissione e con il riconoscimento degli eventuali crediti acquisiti"*.

Questo spiega altresì perché il D.M. n.235 del 2014 prevede che coloro i quali sono già iscritti nelle GAE devono chiedere di permanere in graduatoria con riserva in quanto in attesa del conseguimento del titolo abilitante che verrà acquisito dopo il termine di scadenza della presentazione della domanda ovvero chiedere lo scioglimento della riserva se hanno acquisito il predetto titolo alla data di scadenza della presentazione delle domande, ivi compresi i docenti di cui all'art.15, co.17 del D.M. n.249/2010: *"si tratta infatti di tutti quei docenti che in virtù delle disposizioni sopra richiamate (...) avevano potuto iscriversi con riserva del conseguimento del titolo abilitante, posto che le graduatorie ad esaurimento, di per sé non integrabili, sono state eccezionalmente riaperte nel 2008 e poi, con la IV fascia, nel 2011, per consentire a quei docenti che si erano iscritti a corsi abilitanti nella fase di passaggio dalle graduatorie permanenti a graduatorie ad esaurimento e che comunque si erano abilitati nell'anno accademico 2010 – 2011"* (**Trib. Campobasso cit.**).

Attenzione quindi:



le SSIS in fatto sono state sostituite dai TFA a partire dal 2011 – 2012, nel senso che sospese le SSIS e non più riattivate sono stati costituiti i TFA ai quali pertanto – transitoriamente- è stato consentito l'accesso a coloro che, iscritti alle SSIS non si erano poi abilitati; “ma da questo non consegue e non può derivare –ai fini dell’inserimento nelle GAE – la parificazione di chi si è iscritto alle TFA e prima non era iscritto ai SSIS” (Trib. Campobasso cit.).

A conclusioni del tutto analoghe giunge anche la recente **Ordinanza del Tribunale di Udine, n. 2513/2015**, che afferma:

“Si è infatti condivisibilmente osservato che le Scuole di specializzazione per l’insegnamento secondario (SISS), di durata biennale ed a numero chiuso, “iniziarono la loro attività nell’anno accademico 1999-2000 con l’avvio del I ciclo, furono poi sospese ma, di fatto, definitivamente chiuse nel biennio 2008-2009 a conclusione del IX ciclo”.

Con la succitata trasformazione delle graduatorie da permanenti in graduatorie ad esaurimento, “... fu stabilito, (appunto) che gli ultimi specializzati SISS ad avere diritto ad iscriversi in tali graduatorie sarebbero stati quelli dell’VIII ciclo (...) il MIUR fece partire ugualmente anche il IX ciclo (...), i cui specializzati, quindi, non avrebbero potuto iscriversi alle graduatorie ad esaurimento; l’art. 5-bis del d.l. n. 137/2008, convertito nella l. n. 169/2008, ha così previsto –eccezionalmente perché le graduatorie erano chiuse- che, nei termini e con le modalità fissati nel DM di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il biennio 2009/2010, fossero iscritti su domanda “i docenti che hanno frequentato i corsi del IX ciclo presso le scuole di specializzazione per l’insegnamento secondario (SSIS) e hanno conseguito il titolo abilitante”. Tuttavia l’art. 64, comma 4-ter, d.l. 112 del 25.06.2008, ha sospeso le scuole dall’a.a. 2008/2009 (...) e, pertanto, coloro che si erano iscritti non avrebbero



più potuto conseguire l'abilitazione. Questo spiega, dunque, perché, istituiti con il D.M. 249/2010 i TFA, la disposizione sopra richiamata abbia stabilito in via transitoria che “coloro che hanno superato l'esame di ammissione delle scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (SISS), che si sono iscritti e hanno in seguito sospeso la frequenza delle stesse conseguono l'abilitazione per le classi di concorso per le quali era stata effettuata l'iscrizione attraverso il compimento del TFA di cui all'art. 10 senza dover sostenere l'esame di ammissione e con il riconoscimento degli eventuali crediti acquisiti”.

Quanto sopra rilevato spiega, altresì, perché il DM 235/2014 prevede che coloro i quali “sono già iscritti con riserva” nelle GAE, devono chiedere di permanere in graduatoria con riserva in quanto in attesa del conseguimento del titolo abilitante che verrà acquisito dopo il termine di scadenza della presentazione della domanda ovvero devono chiedere lo scioglimento della riserva se hanno acquisito il predetto titolo alla data di scadenza per la presentazione delle domande, “ivi compresi i docenti di cui all'art. 15, comma 17 del Dm 149/2015”: si tratta, infatti, di tutti quei docenti che, in virtù delle disposizioni sopra richiamate avevano potuto iscriversi con riserva del conseguimento del titolo abilitante, posto che le graduatorie ad esaurimento, di per sé non integrabili, sono state eccezionalmente riaperte nel 2008 e poi, la IV fascia, nel 2011, per consentire l'inserimento di quei docenti che si erano iscritti a corsi abilitanti nella fase di passaggio dalle graduatorie permanenti a graduatorie ad esaurimento e che comunque si erano abilitati entro l'a.a. 2010-2011” (v., in questi termini, Trib. Venezia, ord. caut. 15.07.2015, RGL 1270/2015).

L'odierna ricorrente, tuttavia, non ha documentato di essere stata iscritta alle SSIS nell'a.s. 2007/2008; la stessa, pertanto, non rientra



tra i soggetti in possesso di TFA iscrivibili nelle GAE ai sensi della normativa primaria e secondaria appena richiamata”.

Ebbene, controparte non è mai stata iscritta alle SSIS e risulta aver partecipato ai corsi TFA successivamente all'anno accademico 2011 -2012: di qui, ancora una volta, l'infondatezza della domanda.

Parimenti, nessun diritto all'assunzione discende dalle norme invocate da parte ricorrente, che, peraltro, ben potrà presentare domanda di partecipazione al concorso pubblico che le recenti sentenze della CGUE rendono prevedibile in tempi brevi.

*

Da ultimo, si evidenzia come controparte, in ogni caso, non abbia fornito prova alcuna di aver presentato domanda di inserimento nelle GAE entro i termini posti in modo perentorio dal D.M. n. 235/2014, con conseguente decadenza della pretesa azionata. Infatti, l'asserita impossibilità di presentare la domanda tramite il servizio online non può certamente costituire una preclusione assoluta -tale da giustificare la decadenza dai termini. Ove la ricorrente avesse ritenuto di avere diritto all'inserimento, avrebbe infatti potuto presentare tempestiva istanza in forma cartacea.

Alla luce di quanto precede, si rassegnano le seguenti

CONCLUSIONI

Dichiararsi inammissibile e/o rigettarsi la domanda avversaria in ogni sua parte siccome infondata in fatto e in diritto.

Spese rifuse secondo il principio di soccombenza.

Bologna, 3 marzo 2016

Laura PAOLUCCI
AVVOCATO dello STATO

