

ATTESTAZIONE DI CONFORMITÀ DI ATTI E  
PROVVEDIMENTI TRATTI DA FASCICOLI INFORMATICO

In merito agli atti allegati alla presente notifica estratti da fascicolo informatico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 16 bis, comma 9 bis, D.L. n. 179/2012 (convertito con L. n. 221/2012), introdotto dal D.L. n. 90/2014, convertito con legge 11 agosto 2014 n. 114, si attesta che la presente copia, estratta con modalità telematiche, è conforme al corrispondente atto depositato nel fascicolo informatico.

F.19 AVV. Santi Della



Original

*Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca  
Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana  
Ufficio XI - Ambito Territoriale di Prato e Pistoia  
Sede di Prato*

**DAVANTI L'ON. TRIBUNALE DI PRATO**

**Sezione Lavoro**

RG. 698/2015 – Udienza 13 luglio 2016  
Giudice Carlotta Consani

**Memoria difensiva**

Avverso ricorso ex art. cpc 414

*Per*

IL MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (CF 80255230585), in persona del legale rappresentante/pro tempore, l'UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA TOSCANA in persona del legale rappresentante pro tempore, UFFICIO XI AMBITO TERRITORIALE DI PRATO E PISTOIA Sede di PRATO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dal dott. Sergio Scorza, funzionario per l'area amministrativo, giuridico, legale e contabile, ai sensi dell'art. 417 bis c.p.c., come da delega del D.G. in atti, domiciliato in Prato, Viale Borgovalsugana n.63/b (si dichiara di voler ricevere comunicazioni di cancelleria via e-mail all' indirizzo [usp.po@istruzione.it](mailto:usp.po@istruzione.it) oppure via PEC [usppo@postacert.istruzione.it](mailto:usppo@postacert.istruzione.it) ),

- RESISTENTE

*Contro*

**LAMPONI Loredana**

RICORRENTE

La ricorrente, in possesso del diploma di maturità magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, premettendo di essere inserita nelle graduatorie di circolo e di istituto e di aver presentato domanda di inserimento nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento valide per il triennio 2014/2017, non avendo ottenuto collocazione alcuna nelle predette graduatorie, ha convenuto in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, nonché l'Ufficio XI dell'Ambito territoriale di Prato, per sentir accertare e dichiarare, il diritto alla presentazione delle domande di inserimento nella III fascia GAE, scuola dell'infanzia e scuola primaria, per gli anni 2014/2017 nell'ambito territoriale di Prato, nonché accertare e dichiarare il diritto all'inserimento e collocamento nelle graduatorie medesime, con condanna delle amministrazioni resistenti a consentire la presentazione delle domande, emettendo ogni atto necessario.

Con il presente atto si costituisce in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana, Ufficio XI dell'Ambito territoriale per la Provincia di Prato e Pistoia, sede di Prato che, nell'impugnare l'avverso ricorso ne eccepisce l'inammissibilità l'infondatezza per le ragioni che seguono.

## DIRITTO

### 1. Difetto di Giurisdizione.

Si eccepisce, in via preliminare, il difetto di giurisdizione dell'adito giudice, in favore del giudice amministrativo, stanti le motivazioni che si andranno ad esporre.

Parte ricorrente chiede che sia accertata la illegittimità e sia, di conseguenza, disapplicato il DM 235/2014, nonché che siano dichiarate illegittime le graduatorie ad esaurimento di III fascia, come formate nell'Ambito territoriale della Provincia di Prato senza l'inserimento dei ricorrenti, con relativo ordine quindi al Ministero resistente di provvedere all'inserimento della ricorrente in dette graduatorie.

La medesima, pertanto, non impugna le graduatorie ad esaurimento per i profili riconosciuti rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario, ossia la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria e l'utile collocamento in graduatoria, ma contestano ab origine i criteri e le norme generali datesi dall'amministrazione per l'individuazione di chi possa avere ingresso nella graduatoria. Ne è una dimostrazione il fatto che gli stessi non abbiano proposto, entro la data concessa dal citato D.M., domanda per rientrarvi; a conferma di ciò si evidenzia che la domanda di inserimento è stata proposta ben oltre il termine concesso dal citato D.M..

Diversa è, infatti, tra la situazione di chi agisce per l'accertamento del diritto all'utile collocamento in graduatoria, in osservanza delle disposizioni sulla formazione della graduatoria stessa; da quella di chi contesta - come nel caso di specie - la legittimità della regolamentazione stessa delle graduatorie.

Infatti nel primo caso, poiché la controversia ha ad oggetto determinazioni assunte dalla P.A. con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, è corretto affermare la giurisdizione del giudice ordinario;

mentre, nel secondo, poiché la controversia ha ad oggetto la contestazione di disposizioni regolamentari generali ed astratte, è incontrovertibile la giurisdizione del Giudice Amministrativo,

In tal caso la giurisdizione sarà del giudice amministrativo, posto che l'oggetto dell'impugnazione è un atto regolamentare di normazione della P.A. e non un atto di gestione assimilabile a quelli assunti dal datore di lavoro privato<sup>1</sup>.

Né ai fini del radicamento della Giurisdizione è sufficiente lamentare genericamente l'illegittimità della esclusione dalle GAE (peraltro mai affermata dall'Ufficio, stante l'assenza di presentazione di tempestiva domanda), come surretiziamente fatto da parte avversaria. Infatti la lamentata esclusione, in verità, non è che una evidente conseguenza della corretta applicazione dei criteri generali affermati nel DM. Va da sé, allora, che oggetto di contestazione sono i criteri e le norme generali determinati nel DM, che necessariamente determinano il difetto di giurisdizione del Giudice adito in favore di quella del Giudice Amministrativo.

Al riguardo il Tribunale di Massa con Ordinanza del 7.07.2015 ha confermato quanto innanzi, ovvero *"[...] laddove il rifiuto all'inserimento nella GAE dipenda non dalla negazione di un requisito ritenuto insussistente in concreto, ma dalla mancata previsione, in via generale ed astratta, della stessa possibilità di inserimento, [...] le censure riguardano i criteri generali di formazione delle graduatorie e la causa appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo"*.

Tali principi sono stati confermati, da ultimo, dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 3628/2015 in cui si legge *"[...] ferma restando la giurisdizione del giudice amministrativo, essendo le censure formulate attinenti ai criteri generali di formazione delle graduatorie [...]"* (così infatti testualmente il G.A. in *subiecta materia* cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 10/09/2015 (ud. 05/05/2015, dep. 10/09/2015) N.4232; Consiglio di Stato sez. VI, 03/08/2015 (ud. 05/05/2015, dep. 03/08/2015) N.3788; Consiglio di Stato sez. VI, 27 luglio 2015 (ud. 05/05/2015, dep. 27/07/2015) n. 3673; Consiglio di Stato sez. VI, 27/07/2015 (ud. 16/06/2015 dep. 27/07/2015) N.3675).

Pertanto, deve ritenersi la sussistenza della giurisdizione amministrativa in relazione allo specifico *petitum* riguardante la controversia, diretta a contestare i criteri generali fissati dal decreto ministeriale n. 235/2014 di formazione delle graduatorie, anche alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 27991 del 23 dicembre 2013 e della stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 41/2011.

Infatti con l'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 27991 del 23 dicembre 2013, relativa a regolamento preventivo di giurisdizione, il Supremo Giudice ha dichiarato preliminarmente la giurisdizione del giudice amministrativo, osservando *"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"*

<sup>1</sup> In tal senso Cassazione 27991/2013, richiamata nella recente sentenza n. 739/2015, Tribunale di Firenze, sezione lavoro – RG 1745/2014 – Dott.ssa Papait, Cons. di Stato Sez. VI sent. N. 1973 del 16.04.2015

giudizio, con D.M. (MIUR) 12 maggio 2011, n. 44 a modifica dei precedenti D.M. 29 settembre 2009, n. 82, D.M. 17 dicembre 2009, n. 100 D.M. 30 luglio 2010, n. 68 e D.M. 15 settembre 2010, n. 80 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 3 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 subprimaria. 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 D.Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 2, comma 1 (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 normazione 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)."

La Cassazione, in altre parole, nell'individuare i criteri utili a determinare la giurisdizione, attribuisce rilevanza al *peritum* del ricorrente, distinguendo la domanda all'*inserimento*, determinato sulla base delle norme generali ed astratte dell'atto regolamentare di normazione subprimaria; da quella al *collocamento*, connessa, invece, alla osservanza delle disposizioni sulla formazione della graduatoria.

## 2. Nel merito. Infondatezza del ricorso.

Nel merito, la domanda si profila, a parere di questa difesa, insuscettibile di accoglimento per i seguenti motivi. Il Consiglio di Stato nel parere numero affare n. 4929/2012 reso nell'adunanza del 5 giugno 2013 e interamente recepito dal D.P.R. 25 marzo 2014 (cfr. Parere Consiglio di Stato n. 3813/2013 dell'11.09.2013, nonché DPR 25 marzo 2014), che ha deciso un Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica ha affermato l'insussistenza del diritto dei ricorrenti in quel giudizio (docenti della scuola dell'infanzia e primaria, che, come i ricorrenti del presente giudizio, avevano conseguito il diploma di scuola magistrale entro l'anno scolastico 2001/2002) all'*inserimento* nelle graduatorie ad esaurimento.

In detto parere si legge infatti che "[...] a ben guardare l'infondatezza della questione sollevata, nel senso di rivendicare il diritto di quanti abbiano conseguito l'abilitazione magistrale entro l'anno 2001-2002, può derivare, esclusivamente dal fatto che gli stessi soggetti non erano inseriti nelle graduatorie permanenti, di cui all'art. 1 d.l. 7 aprile 2004, n. 97, e non si trovavano in una delle situazioni transitorie ai fini del conseguimento del titolo abilitante, che la legge stessa prende in considerazione per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento. Pertanto, se si ritiene illegittima la loro mancata inserzione nelle suddette graduatorie permanenti, che vengono a formare le graduatorie ad esaurimento, il ricorso è tardivo; se, invece, si vuole che l'acquisizione medio tempore e successiva all'entrata in vigore della legge n. 296 del 2006, da parte di soggetti in possesso di abilitazione magistrale degli altri requisiti idonei a consentirne l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento debba consentire l'apertura di queste ultime graduatorie, la questione è infondata visto che la legge non consente l'aggiornamento se non in ipotesi specificamente determinate".

Quanto innanzi è stato pienamente recepito da cospicua giurisprudenza di merito. Più in particolare: Il Tribunale di Livorno con decisione del 26/6/2015, nonché il Tribunale di Bologna con ordinanza del 15/07/2015 rg 1821/2015, il Tribunale di Vallo della Lucania con ordinanza del 23/05/2015 rg 556/2015 ed il Tribunale di Salerno con ordinanza del 6/07/2015 rg. 4436/2015, hanno condiviso tale argomentazione svolta dal Consiglio di Stato nel parere del 2013, ritenendo che i rilievi ivi svolti dal giudice amministrativo non siano stati superati dalla successiva sentenza n. 1973 del 16 aprile 2015 dello stesso Consiglio di Stato, sezione sesta.

Invero, l'affermazione svolta dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1973/2015, secondo cui l'abilitazione dei diplomati magistrali con titolo conseguito entro il 2001/2002 sarebbe stata riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito del parere del Consiglio di Stato anzidetto e del DPR che lo ha recepito integralmente, non risulta condivisibile.

Per un verso, infatti, lo stesso Consiglio di Stato nella sentenza n. 1973 del 16 aprile 2015 afferma che "....non sembra altresì esservi dubbio alcuno che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero già in possesso del titolo abilitante".

Tuttavia, nel citato parere, il Consiglio di Stato aveva già escluso espressamente la sussistenza del diritto all'inserimento nelle graduatorie, limitandosi al contrario ad affermare (e dunque a riconoscere) la natura abilitante del titolo conseguito negli istituti magistrali a seguito di regolare corso di studio e per l'effetto negando il diritto di tali docenti all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento. Dunque, parte ricorrente in quanto titolare di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, deve ritenersi in possesso di titolo con valore abilitante fin dalla data del conseguimento, quindi già nel periodo di vigenza delle graduatorie permanenti e, successivamente, al momento della trasformazione di dette graduatorie in graduatorie ad esaurimento per effetto della l. 296/2006.

D'altra parte, come pure affermato dal Consiglio di Stato nell'anzidetto parere n. 4929/2012, anche

laddove, in via di ipotesi e in senso contrario a quanto affermato sopra, dovesse ritenersi che l'acquisizione del titolo abilitante sia avvenuta nel 2014, per effetto della pronuncia del Consiglio di Stato anzidetta e del DPR del 25.03.2014, dovrebbe in ogni caso escludersi il diritto all'inserimento nelle GAE, atteso che la legge è chiara nell'escludere la possibilità di nuovi inserimenti nelle anzidette graduatorie.

Dal disposto della lettera c) dell'art. 1 comma 605 della legge 296/2006 sopra richiamato emerge infatti chiaramente che nel momento in cui le graduatorie permanenti sono state trasformate in graduatorie ad esaurimento, il legislatore ha precluso in linea di principio nuovi inserimenti, facendo salvi i soli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione ovvero dei c.d. riservisti perché iscritti ad un corso volto al conseguimento del titolo di abilitazione.

Il divieto di nuovi inserimenti, già implicito nella creazione di graduatorie ad esaurimento, previste *"al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente"* (così nell'art. 1 comma 605 l. 296/2006) è poi stato ribadito dai successivi interventi normativi in materia, tra cui l'art. 9 comma 20 del decreto legge n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011 che ha escluso in maniera cristallina la possibilità di nuovi inserimenti nelle GAE (v. 9 comma 20 del decreto legge n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, che ha previsto che *"Il primo periodo dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, è sostituito dal seguente: «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 ..."*

A tale proposito, più recentemente, il Tribunale di Ferrara, con Decreto di rigetto n. cronol. 20/2016 del 18/02/2016 RG n. 631/2016, ribadisce *"... In base al citato art. 1, comma 605 lett. c), l. 296/2006, infatti, nel momento in cui le graduatorie permanenti sono state trasformate in graduatorie ad esaurimento sono stati preclusi in linea generale nuovi inserimenti, facendo salvi i soli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione (ovvero dei c.d. riservisti perché iscritti ad un corso volto al conseguimento del titolo di abilitazione). Tale divieto di nuovi inserimenti, del resto da ritenersi già implicito nella creazione di graduatorie ad esaurimento, previste <<al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente>> (così l'art. 1, comma 605, l. citata) è poi stato ribadito dai successivi interventi normativi in materia, tra cui, da ultimo, l'art. 9, comma 20, d.l. n. 70/2011, che ha escluso in maniera espressa la possibilità di nuovi inserimenti nelle graduatorie ad*

esaurimento."

Essendo chiaro il tenore letterale ed il significato della norma primaria, che inequivocabilmente dispone, in via di principio, di non ulteriormente consentire l'ampliamento delle graduatorie del personale docente ed educativo supplente, deve escludersi la possibilità per la parte ricorrente (al pari di tutti coloro che non hanno presentato domanda entro i termini di legge) di un successivo inserimento in dette graduatorie.

Pertanto il divieto di inserimento nelle GAE non trova fondamento nel DM 235/2014, di cui viene chiesta la disapplicazione, bensì nella legislazione primaria di cui innanzi, cui il DM dà attuazione. Tale normativa primaria, che espressamente prevede il divieto di nuovi inserimenti se non nei casi espressamente previsti da norme di rango primario, non può essere disapplicata, né direttamente né surrettiziamente attraverso la disapplicazione dell'atto amministrativo. Quest'ultimo, infatti, non è in contrasto con la normativa primaria, bensì ne costituisce omogenea applicazione. (cfr. Tribunale di Bologna Decreto di rigetto collegiale, n. cronol. 7294/2015 del 23/09/2015 RG n. 2182/2015. Deve dedursi, come del resto fa il Tribunale in composizione collegiale citato, che l'unico rimedio esperibile sarebbe il ricorso per legittimità costituzionale della normativa primaria.

#### *Sulla presunta efficacia erga omnes della Sentenza del Consiglio di Stato.*

Né vale richiamare a sostegno della domanda la pronuncia n. 1973/2015 del Consiglio di Stato, che ha parzialmente annullato il DM 235/14.

Da un lato, infatti, tale pronuncia non ha efficacia erga omnes, ma soggettivamente limitata alle parti di quel giudizio, non potendosi attribuire a detto atto amministrativo contenuto inscindibile, come peraltro si evince chiaramente dal dispositivo di sentenza ("annulla il decreto ministeriale n. 235/2014 nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti, docenti in possesso del titolo abilitante di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento"). Ed anche nella Sentenza del Consiglio di Stato n. 3628 del 27.07.2015 si legge "[...] annulla il decreto ministeriale n. 235/2014 nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti [...]".

Quanto rilevato trova conforto nelle tante ordinanze di rigetto che espressamente sulla questione si sono pronunciate negando l'efficacia erga omnes. In tali pronunce i Giudici del Lavoro, già nell'affermare la propria giurisdizione, concludono per l'inefficacia erga omnes della sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, in quanto resa da Giudice privo di giurisdizione.

Testualmente si legge nell'ordinanza allegata del Tribunale di Bologna, Decreto di rigetto n. cronol. 5535/2015 del 07/07/2015 RG n. 1407/2015 -1, giudice Giovanni Benassi, che affronta la questione escludendo recisamente l'efficacia erga omnes della sentenza del Consiglio di Stato, posta a

fondamento della domanda "... In primo luogo non può sottrarsi che l'annullamento del dm 235/2014 pronunciato dal Consiglio di Stato è stato emesso da un giudice carente di giurisdizione; pertanto, non sussistendo la giurisdizione del giudice amministrativo, il giudicato è destinato ad esplicare i suoi effetti solo tra le parti del giudizio originario e, pertanto, non può essere direttamente esteso a domande effettuate da altri docenti in diversi procedimenti. Inoltre, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, i decreti ministeriali di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, pur essendo atti soggettivamente amministrativi, non rivestono natura né provvedimentale né possono costituire fonte del diritto essendo stati emessi dall'amministrazione con le capacità ed i poteri del datore di lavoro privato. Da ciò consegue che l'opinione tradizionale, secondo cui l'annullamento in sede giurisdizionale di un regolamento o di un atto generale ha efficacia erga omnes, non può essere utilmente invocata nella fattispecie in esame, difettando in radice l'esistenza di una fonte normativa o di un atto generale di natura provvedimentale. Per altro, sotto autonomo ma connesso profilo, il dm 235 del 2014 difetta dei caratteri propri delle fonti normative regolamentari e, cioè, dell'astrattezza, della generalità e della innovatività, perché, in esecuzione di altre disposizioni di rango primario e secondario, indica solo i criteri di aggiornamento delle graduatorie e le modalità operative con le quali gli interessati possono presentare domanda. Al più, al decreto ministeriale in esame, potrebbe essere riconosciuta (ferma restando la natura non provvedimentale e non regolamentare) la natura di atto collettivo o plurimo, con effetti scindibili e differenziabili per ciascun destinatario. Dunque, nessuna valenza normativa può essere attribuita nella fattispecie in esame alla decisione del Consiglio di Stato del 2015. Infine, sussistono più che fondati dubbi che la citata decisione contenga, effettivamente, l'annullamento del dm in quella sede impugnato. La sentenza di annullamento ha, infatti, natura demolitoria e la sua pronuncia comporta l'immediata caducazione - in tutto o in parte - dell'atto impugnato con efficacia retroattiva. Nel caso in esame, invece, il giudice amministrativo, a ben leggere la motivazione e il dispositivo della sentenza, ha accolto la domanda dei ricorrenti volta ad ottenere l'inserimento nella terza fascia delle graduatorie ad esaurimento assumendo l'illegittimità dei criteri fissati dal decreto ministeriale n. 235/2014, nella parte in cui avevano precluso ai docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti ora ad esaurimento. In realtà il Consiglio di Stato, più che annullare il decreto ministeriale in senso stretto, ha deciso la controversia come se il predetto decreto non fosse mai stato emanato ed ha esso stesso enucleato la disciplina, che sarebbe stata, invece, omessa nella sua redazione".

Al riguardo, ancor più recentemente il Tribunale di Ferrara, con Decreto di rigetto n. cronol. 27/2016 del 18/02/2016 RG n. 439/2016, ha ribadito: "... nemmeno assume rilevanza alcuna la citata sentenza n. 1973/2015 del Consiglio di Stato, che ha parzialmente annullato il D.M. Istruzione 235/2014 (ultimo decreto, in ordine di tempo, relativo all'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed alla valutazione dei relativi titoli), avendo tale pronuncia efficacia non erga omnes, ma soggettivamente limitata alle parti di quel giudizio, non potendosi attribuire a detto D.M. contenuto inscindibile, come peraltro si evince chiaramente dal dispositivo della sentenza (<<annulla il decreto



ministeriale n. 235/2014 nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti, docenti in possesso del titolo abilitante di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento>>). Al riguardo va osservato che i decreti ministeriali di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, pur essendo atti soggettivamente amministrativi, non rivestono natura provvedimento né possono costituire fonte del diritto essendo stati emessi dall'amministrazione con le capacità ed i poteri del datore di lavoro privato. Da ciò consegue che il principio di giustizia amministrativa, secondo cui l'annullamento in sede giurisdizionale di un regolamento o di un atto amministrativo di valenza generale ha efficacia erga omnes, non è applicabile alla fattispecie, difettando in radice l'esistenza di una fonte normativa o di un atto generale di natura provvedimentoale."

Dall'altro, e ferma la valenza assorbente di quanto sopra, anche laddove, in via di ipotesi, volesse attribuirsi alle sentenze sopra citate efficacia erga omnes, dall'annullamento dell'atto amministrativo non deriverebbe in ogni caso il diritto della parte ricorrente all'inserimento nelle graduatorie permanenti, essendo tale inserimento, come detto, precluso dalla fonte di legge primaria, pacificamente non derogabile da un atto amministrativo, per quanto di valenza generale e astratta; un eventuale annullamento sarebbe irrilevante ai fini della decisione, derivando, come già innanzi detto, la preclusione all'inserimento in graduatoria della ricorrente non dall'atto amministrativo che stabilisce i criteri per l'inserimento dei docenti (o più specificamente per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, come si evince dall'art. 1 del dm 235/2014) quanto piuttosto dalla fonte di legge primaria che fa espresso divieto di nuovi inserimenti.

#### ***Sulla tardività della domanda di inserimento in GAE***

Ferme le considerazioni sopra svolte, infatti, risulta che parte ricorrente doveva ritenersi in possesso di un titolo abilitante già durante la vigenza delle graduatorie permanenti e, successivamente, al momento della trasformazione di dette graduatorie in graduatorie ad esaurimento per effetto della l. 296/2006, avendo la anzidetta pronuncia del giudice amministrativo natura meramente ricognitiva dell'assetto ordinamentale esistente.

Ne deriva, come pure si legge nel detto parere n. 3813/2013 dell'11.09.2013 del Consiglio di Stato, la tardività della domanda di inserimento nelle Graduatorie ad esaurimento di cui al presente giudizio, ben avendo potuto parte ricorrente agire in giudizio per ottenere l'inserimento nelle graduatorie (allora) permanenti diversi anni or sono, come si legge nel parere anzidetto, ovvero domandare l'inserimento nelle Graduatorie ad esaurimento nel biennio 2007/2008, avvalendosi della c.d. clausola di salvezza prevista dalla legge (v. lettera c) dell'art. 1 comma 605 della legge 296/2006, secondo cui "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".

Al riguardo anche il Tribunale di Siena, Decreto di rigetto n. cronol. 1952/2015 del 24/07/2015 RG n. 548/2015, statuisce che "La/e parte/i ricorrenti non possono 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, come la/e parte/i ricorrenti, era in possesso di un titolo idoneo, la cui efficacia giuridica è stata però riconosciuta solo dopo la trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento".

A tal proposito il Tribunale di Venezia, con Decreto di rigetto n. cronol. 4758/2015 del 16/07/2015 RG n. 1357/2015 -1, afferma : " ...Inoltre, non vi è alcuna norma che consenta di inserire i ricorrenti nelle graduatorie ad esaurimento ora per allora, in quanto pur essendo gli stessi in possesso di un titolo abilitante ( e quindi idoneo all'inserimento) tale idoneità sia stata riconosciuta successivamente alla trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento. Ed invero come emerge dalla norma che ha trasformato le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, art. 1, comma 605, lett. c) l. 296/2006, dalla successivo art. 5 bis d.l. 137/2008, e dal recente art. 14, comma 2 ter, d.l. 216/2011 nel momento in cui le graduatorie permanenti sono state trasformate in graduatorie ad esaurimento, il legislatore ha precluso in linea di principio nuovi inserimenti, facendo salvi i soli inserimenti da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione ovvero dei c.d. riservisti in quanto iscritti, alla data di entrata in vigore della l. 296/2006, ad un corso volto al conseguimento del titolo di abilitazione; tale regola del divieto di nuovi inserimenti, connotata alla trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, è stata ribadita dai successivi interventi che solo hanno consentito l'inserimento con riserva di coloro che si erano iscritti a corsi abilitanti nell'anno accademico 2007-2008 per il biennio 2008-2009 (art. 5 bis citato) e la costituzione di una IV fascia aggiuntiva per coloro che avessero conseguito il titolo abilitante negli anni accademici 2008-2009, 2009-2010 e 2010-2011, ferma la "chiusura" delle graduatorie (art. 14, comma 2 ter, cit.) (vd. Tribunale di Bologna, sopra citato; Tribunale di Livorno, ordinanza 4/7/2015; Tribunale di Massa ord. 7/7/2015 proc. n. 536/2015). E, più ancora, il giudicante ritiene che la decisione adottata sul ricorso straordinario al Capo dello Stato con il D.P.R. 25/3/2014, che ha recepito il parere del Consiglio di Stato del 5/6/2013, non introduca alcun elemento di novità, poiché non si tratta di una norma di interpretazione autentica ma di una decisione di natura giurisdizionale, che pertanto non rimette in termini chi non si è mai attivato per chiedere l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento. Pertanto,

*nei limiti propri della cognizione cautelare, ritiene il giudicante che non sussista evidenza del diritto vantato dai ricorrenti.*"

Dunque, la circostanza che la mancata proposizione, da parte ricorrente, della domanda di inserimento nelle anzidette graduatorie sia stata una conseguenza della convinzione di non essere in possesso di un titolo abilitante, non assume valenza dirimente.

Deve infatti escludersi che la errata convinzione della parte ricorrente circa la insussistenza dei presupposti di legge per domandare l'inserimento alle graduatorie permanenti (e, successivamente, a esaurimento) possa giustificare la richiesta rimessione in termini per l'esercizio del diritto.

Nel caso di specie non risulta che parte ricorrente abbia allegato o dimostrato di essere stata iscritta alle graduatorie permanenti o in quelle ad esaurimento, decadendo, allo stato, dal diritto all'iscrizione medesima, in quanto tale diritto che poteva essere fatto valere, anche in via giudiziaria, fino alla chiusura definitiva delle graduatorie, non è stato esercitato nei tempi e nei modi previsti dalla normativa di attuazione (cfr. Tribunale di Prato, Decreto di rigetto n. cronol. 1663/2015 del 28/08/2015 RG n.697/2015-1).

### **3. Sulla disapplicazione del D.M. n. 235/2014**

Tutto quanto innanzi esposto nel merito, è opportuno evidenziare che parte ricorrente chiede che venga disapplicato il DM 235/2014, senza eccepire presunti vizi di legittimità del D.M..

La norma che disciplina il potere di disapplicazione è ricavata dalla lettura "a contrario" dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865. (cd. legge sul contenzioso amministrativo – LAC), il quale testualmente prevede che «... le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi a legge»; nonché dalla più recente norma di cui all'art. 63, comma 1, del d.lgs. 165/01 (testo unico sul pubblico impiego), che conferisce al giudice competente il potere esplicito di disapplicare gli atti amministrativi dal rapporto dedotto in giudizio. Per poter esercitare il potere di disapplicazione, però, il giudice ordinario dovrà preliminarmente accertare l'illegittimità del provvedimento amministrativo, con riguardo alle categorie di vizi tradizionalmente individuate, vale a dire sotto il profilo della violazione di legge, della incompetenza e dell'eccesso di potere. In verità, leggendo il ricorso, non vi è alcun riferimento ai vizi del DM 235/2014. Anche laddove parte ricorrente fa riferimento all'annullamento disposto dalla Sentenza del Consiglio di Stato 1973/2015, la stessa omette di riportare i vizi di legittimità espressi in quella sede. In sostanza con il ricorso introduttivo non si sono reiterate quelle doglianze che hanno consentito al Giudice Amministrativo di decidere, in altra sede, per l'annullamento del DM. Tale mancanza assume un rilievo dirimente, in quanto il Giudice non può legittimamente disapplicare il provvedimento amministrativo, stante il fatto che parte ricorrente non ha espressamente sindacato la legittimità del provvedimento sotto i profili dei vizi della violazione di legge, della incompetenza e dell'eccesso di potere.

PQM

si precisano le seguenti

## CONCLUSIONI

"Voglia l'Ill.mo Giudice del lavoro adito, respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa:

- 1) in via pregiudiziale, accertare e dichiarare il difetto di giurisdizione;
  - 2) accertare e dichiarare l'infondatezza di tutte le domande e, per l'effetto, rigettarle.
- Con rifusione delle spese di lite e dei compensi difensivi del giudizio ai sensi dell'art. 152 disp att. cpc.

Prato, 26 giugno 2016

IL FUNZIONARIO M.I.U.R. INCARICATO

Dott. Sergio Scorza

