

ECC.MO TRIBUNALE DI MODENA

SEZIONE LAVORO

RICORSO

Nell'interesse di: **SALTARIN SILVIA** nata A Modena il 28/04/1971 ed ivi residente in Via Biella n. 104, C.F. SLTSLV71D68F257G, rappresentata e difesa dall'Avv. **Maria Cristina Fabbretti** del Foro di Bologna, C.F. FBBMCR87P52A558U (fax per comunicazioni 051270279, Posta Elettronica Certificata: mariacristinafabbretti@ordineavvocatibopec.it) ed elettivamente domiciliate presso il suo Studio in Bologna, Via San Vitale n. 40/3/a giusta procura in calce al presente atto.

contro

- **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA**, in persona del Ministro *pro-tempore*;
- **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER L'EMILIA ROMAGNA**, in persona del Legale rappresentante *pro tempore*;
- **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER L'EMILIA ROMAGNA – AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI MODENA** in persona del Legale rappresentante *pro tempore*;

e nei confronti di

- tutti i docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento della classe di concorso scuola dell'infanzia e scuola primaria, valide per gli aa.ss. 2014/2018, dell'Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia Romagna – Ambito Territoriale – Provincia di Modena che sarebbero scavalcati in graduatoria e per punteggio dalla ricorrente;

per l'accertamento



previa disapplicazione DM Miur n. 235/2014 nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente,

del DIRITTO

della ricorrente all'inserimento nelle graduatorie provinciali ad esaurimento ed in quelle per le nomine a tempo determinato, entrambe dell'Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia Romagna, Ambito Territoriale per la Provincia di Modena per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria, nella posizione e con i punti spettanti, valide per gli aa. ss. 2014/2017, con tutti i diritti conseguenti.

FATTO

La ricorrente **ha conseguito il diploma di maturità magistrale durante l'a.s. 1988/1989** (doc. 1).

Soltanto con D.P.R. 25 marzo 2014 (doc. 4) Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e Della Ricerca (MIUR) ha formalizzato il parere del Consiglio di Stato (doc. 4) ed ha riconosciuto il citato diploma come titolo abilitante a tutti gli effetti di legge.

Il Miur ha, dunque, concesso ai docenti in possesso del diploma magistrale la possibilità di presentare la domanda di inserimento nella seconda fascia delle Graduatorie di Istituto (dove sono collocati i docenti muniti di titolo abilitativo), durante l'aggiornamento di dette graduatorie operato con DM 353/2014.

Si rileva che dette graduatorie sono valide soltanto per il conferimento di contratti a tempo determinato.

Tale possibilità (inserimento nelle graduatorie a seguito del riconoscimento del valore abilitante del diploma magistrale) non è stata riconosciuta, però, dal Miur durante le operazioni di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento (GAE), regolate dal DM 235/2014 (doc.3).



Si rileva che dette graduatorie sono valide non soltanto per il conferimento di contratti a tempo determinato, ma anche per le nomine in ruolo.

Il DM 235/2014 di aggiornamento delle GAE è stato annullato con sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015 (doc. 7) nella parte in cui non consente l'inserimento dei docenti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno 2001/2002.

A seguito di tale pronuncia la ricorrente ha inoltrato richiesta formale di inserimento nelle GAE alle amministrazioni resistenti (doc. 2).

A tale missiva non hanno ricevuto alcuna risposta.

**

Tanto premesso, la ricorrente chiede che sia accertato e dichiarato il suo diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento delle classi di concorso scuola dell'infanzia e primaria della Provincia di Modena, con il punteggio a lei spettante.

DIRITTO

I

SULLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO

Le controversie riguardanti l'accertamento del diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 sono attribuite alla giurisdizione del Giudice Ordinario, in funzione di Giudice del Lavoro.

Dunque, la situazione giuridica in capo alla ricorrente **è ravvisabile in un diritto soggettivo.**

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha di recente affermato la giurisdizione del Giudice ordinario nei seguenti termini: *“ne consegue che, ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto*



all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre dunque avere riguardo al petitum sostanziale dedotto in giudizio.

Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto - di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria - l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo, essendo proposta in via diretta una domanda di annullamento di un atto amministrativo. Se, viceversa, la domanda rivolta al giudice è specificamente volta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario” (Sezioni Unite Corte di Cassazione, ordinanza Num. 25840 Anno 2016).

Pertanto, risulta pacifico che nella controversia in esame la giurisdizione appartenga al Giudice Ordinario.

II

SULL’EFFICACIA ERGA OMNES DELL’ANNULLAMENTO DEL DM 235/2014 AD OPERA DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 1973/2015

L'annullamento da parte del Consiglio di stato dei criteri fissati dal DM n. 235/2014 nella parte in cui ha precluso ai docenti titolari di diploma di maturità magistrale conseguito prima dell'a.s. 2001/2002 l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento **ha indubbiamente valenza *erga omnes*, avendo tale pronuncia annullato un atto amministrativo (DM 235/2014) avente natura regolamentare, generale, astratta e indivisibile.**



L'annullamento di un atto amministrativo da parte del Giudice Amministrativo comporta l'eliminazione di tale provvedimento dal mondo del diritto.

Il principale effetto del giudicato amministrativo è **l'effetto demolitorio, a cui consegue l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato (effetto conformativo).**

Dunque, stante l'illegittimità dei criteri del DM 235/2014, il Consiglio di Stato ha annullato, con effetto demolitorio, il provvedimento amministrativo con la seguente motivazione: *"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"* (Consiglio di Stato, sentenza n. 1973/2015).

Risulta, quindi, evidente che **i criteri del DM annullati con la sentenza di cui trattasi oggi non esistono più.**

Questo (inesistenza dei criteri che precludono l'accesso alle GAE ai diplomati magistrali) non può che essere valido nei confronti di tutti i soggetti coinvolti con effetti diretti da tale atto.

Infatti, l'annullamento di atti generali o collettivi, di contenuto indivisibile, opera non solo nei confronti delle parti che sono state in giudizio, ma anche di coloro che, sebbene rimasti estranei al processo, si trovino nelle medesime condizioni dei ricorrenti, posto che **un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario non può esistere per taluni e non esistere per altri.**

*"Il principio dell'efficacia "inter partes" del giudicato amministrativo non trova applicazione con riguardo alle pronunce di annullamento di peculiari categorie di atti amministrativi, quali quelli aventi pluralità di destinatari, contenuto inscindibile, ed affetti da vizi di validità che ne inficino il contenuto in modo indivisibile per tutti i loro destinatari. **Appartengono a tale categoria***



tanto gli atti di natura regolamentare, quanto quelli aventi portata generale
(..) determinando la relativa pronuncia di annullamento una loro definitiva ablaizione dalla sfera
del rilevante giuridico, attesane la ontologica indivisibilità, con conseguente efficacia di
tale pronuncia nei confronti non solo dei singoli ricorrenti, ma di tutti i
soggetti concretamente destinatari di essi, ancorchè rimasti inerti in sede di
tutela giurisdizionale amministrativa” (Cass. Sez. 1, sent. n. 2734 del 13 marzo
1998, nello stesso senso anche Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. 1750/2012).

“Il principio dell'efficacia inter partes del giudicato amministrativo non trova applicazione nei
confronti delle pronunce di annullamento di particolari categorie di atti amministrativi, ossia in
concreto, di quelli che hanno una pluralità di destinatari, un contenuto
inscindibile e sono invalidi per un vizio che ne inficia il contenuto in modo
indivisibile per i destinatari” (Cons. Stato Sez. IV, 13-03-2014, n. 1222).

I Decreti Ministeriali di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento
hanno natura di provvedimenti amministrativi a valenza generale e regolamentare,
sottoposti alla giurisdizione del Giudice Amministrativo ***"perché contengono***
disposizioni generali ed astratte " (Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 16/12/2013, n.
27991).

Di conseguenza, l'annullamento del DM in *parte qua* effettuato dal Consiglio
di Stato con la sentenza n. 1973/2015 consente a tutti i diplomati magistrali
che hanno conseguito il titolo abilitante entro l'a.s. 2001/2002 di ottenere
l'inserimento nelle GAE.

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 1973/2015 ha annullato un provvedimento
amministrativo regolamentare, dotato dei requisiti di astrattezza e inscindibilità.

Tale annullamento riguarda necessariamente tutti i docenti in possesso del
diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002.



Dunque, l'amministrazione scolastica avrebbe dovuto conformarsi al giudicato e permettere l'inserimento dei docenti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 nelle GAE.

I decreti di aggiornamento delle GAE (al pari del DM 235/2014), quindi, non sono fonte di una pluralità di provvedimenti individuali e concreti, ciascuno soggettivamente riferibile al singolo docente.

Questo in quanto contengono disposizioni **astratte e non rivolte direttamente ai singoli interessati**.

Si segnala sul punto che di recente le Sezioni Unite hanno dichiarato la natura regolamentare dei DM di aggiornamento delle GAE: *“sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ove l'oggetto del giudizio sia l'impugnazione di un atto regolamentare di normazione subprimaria; in tal senso, vedi 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)”* (Sezioni Unite, ordinanza n. 25846/2016).

Essendo la natura giuridica dei DM di aggiornamento delle GAE regolamentare a contenuto generale ed inscindibile non vi è chi non veda l'efficacia *erga omnes* della statuizione di annullamento del Consiglio di Stato n. 1973/2015.

“Il principio dell'efficacia inter partes del giudicato amministrativo non trova applicazione nei confronti delle pronunce di annullamento di particolari categorie di atti amministrativi e, più specificamente, di quelli che hanno una pluralità di destinatari, un contenuto inscindibile e sono invalidi per un vizio che ne inficia il contenuto, in modo da non poter distinguere tra vari soggetti” (T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 23-04-2015, n. 647).



Alla luce di quanto sin ora detto risulta evidente che la sentenza del Consiglio di Stato invocata a sostegno delle ragioni esposte con il ricorso introduttivo, abbia effetti anche nei confronti della ricorrente, in quanto il DM annullato è un atto regolamentare a contenuto inscindibile.

Dopo la pubblicazione di tale sentenza si ricorda che la ricorrente ha presentato richiesta formale di essere inserite nella terza fascia delle graduatorie ad esaurimento per la classe di concorso della scuola dell'infanzia e primaria, ma l'Amministrazione ha negato tale possibilità.

Si ribadisce che **l'amministrazione scolastica avrebbe dovuto conformarsi al giudicato e permettere l'inserimento dei docenti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 nelle GAE.**

Si evidenzia, poi, che il Consiglio di Stato, dopo l'emanazione della sentenza n. 1973/2015, è intervenuto nuovamente e più volte precisando che:

“non sembra, del resto, 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. Il fatto che tale abilitazione sia stata riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, non può impedire che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali. Conseguentemente, risulta valida la stessa presentazione delle citate domande di inserimento presentate nei termini che decorrono dalla effettiva conoscenza, da parte dei ricorrenti originari, della lesività dell'atto impugnato.

Risulta, altresì, fondata la pretesa allo stesso inserimento nella terza fascia delle medesime graduatorie, la stessa fascia in cui gli attuali appellanti avrebbero dovuto essere inseriti qualora il titolo abilitante fosse stato loro riconosciuto



in precedenza dal Ministero il quale, anche dopo il riconoscimento, ha però, in maniera singolare, continuato a non riconoscerlo per l'iscrizione in tali graduatorie e lo ha riconosciuto soltanto ai fini dell'iscrizione nelle graduatorie d'istituto valide per il conferimento delle supplenze brevi e non per l'assunzione a tempo indeterminato" (Consiglio di Stato, n. 03673/2015).

Si rileva, infine, che anche secondo il T.A.R. Lazio l'annullamento del DM in esame ad opera del Consiglio di Stato **ha valenza erga omnes**: *"con riferimento alla domanda di annullamento del D.M. M.I.U.R. n. 325/2015, l'atto impugnato dispone espressamente, all'articolo 5, che, per quanto non espressamente previsto nel medesimo decreto, valgono le disposizioni di cui al D.M. M.I.U.R. n.235/2014, e che quest'ultimo è stato definitivamente annullato con la sentenza del C.d.S. n. 1973/2015 del 16 aprile 2015, passata in giudicato, e che, pertanto, fa stato nei confronti di tutti gli interessati"* (T.A.R. Lazio 23 ottobre 2015, n. 4576).

Anche la recente giurisprudenza di merito ha affermato che l'annullamento del DM in esame ad opera del Consiglio di Stato **ha valenza erga omnes**: *"la portata della pronuncia demolitoria 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)"* (Tribunale di Tivoli ordinanza del 24 luglio 2015, negli stessi termini anche 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).

E ancora: *"con sentenza n.° 1973/2015 è intervenuto sulla materia il Consiglio di Stato annullando, quindi con provvedimento avente valore erga omnes e non esclusivamente inter partes del giudizio, il D.M. 235/2014 nella parte in cui*



preclude ai docenti muniti di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 l'inserimento nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento" (Tribunale Ferrara ord. del 30 luglio 2015).

Alla luce di quanto sopra si ritiene che la sentenza di annullamento del DM 235/2014 del Consiglio di Stato, n. 1973/2015, abbia efficacia *erga omnes*.

Pertanto, si chiede che venga accertato il diritto della ricorrente ad essere inserita nelle graduatorie di cui si discute.

III

SUL DIRITTO ALL'INSERIMENTO NELLE GAE AA.SS. 2014/2017

In ogni caso si rileva comunque la **fondatezza della domanda avanzata dalla ricorrente con il presente ricorso sulla base delle disposizioni normative vigenti.**

Con la Legge finanziaria per il 2007 (L. n. 296/2006 art 1 comma 605 Lett. c) le graduatorie in esame sono state **trasformate da graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento.**

Dunque, con tale intervento legislativo le graduatorie permanenti (che venivano periodicamente aggiornate con docenti che medio tempore avevano conseguito l'abilitazione) sono state trasformate in graduatorie ad esaurimento (destinate ad essere "svuotate" e senza possibilità di nuovi inserimenti).

L'articolo 1, comma 605 Lett. c), della L. n. 296/2006) ha trasformato le graduatorie permanenti del personale docente in graduatorie a esaurimento escludendo la possibilità di inserimenti di nuovi abilitati, **ma facendo espressamente salvo l'inserimento dei docenti già in possesso di abilitazione.**



La ricorrente era 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 dell'art. 1, comma 605 lett. c), della L. 296/06.

Al fine di garantire la parità di trattamento dei docenti abilitati ma che non si erano iscritti nelle graduatorie permanenti **la legge ha previsto la possibilità per i docenti già in possesso di abilitazione (come la odierna ricorrente) alla data di entrata in vigore delle graduatorie ad esaurimento (1/01/2007)** e che quindi secondo la normativa precedente (L. 143/2001) potevano chiedere di essere inseriti negli elenchi ai fini dell'assunzione in ruolo, **di poter presentare domanda per l'inserimento nella terza fascia delle GAE.**

Tale possibilità, però, non è stata concessa a coloro che erano in possesso del diploma magistrale.

Questo in quanto **il MIUR ha illegittimamente considerato detto titolo di studio non abilitante.**

Si ricorda che il Miur ha riconosciuto come abilitate tale titolo di studio soltanto a partire dal 2014.

Pertanto la ricorrente aveva diritto ad essere incluse nelle GAE già dall'aggiornamento del 2007 (anno di trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento).

Appare allora irragionevole, anzi francamente assurdo, assoggettare la ricorrente ad una disciplina deteriore rispetto a quella prevista per i docenti in possesso di diversa abilitazione rispetto al titolo di studio del diploma magistrale.



La natura abilitante del titolo di studio in esame è prevista dagli artt. 71 del R.D. n. 1054/1923, 39 del R.D. n. 577/1928, 194 del D. Lgs n. 297/94 e 197 del D. Lgs n. 297/94.

La norma primaria che riconosce il diritto all'inserimento nelle GAE da parte dei docenti abilitati prima del 1/01/2007 (art. 1, comma 605 Lett. c), della L. n. 296/2006) **è ancora in vigore** in quanto i DL successivi alla legge n. 296/2006 si sono limitati a ribadire l'impossibilità dei soggetti che hanno conseguito l'abilitazione dopo il 01/01/2007 di ottenere l'inserimento in GAE, lasciando però inalterata la previsione contenuta dalla l. n. 296/2006 a favore dei soggetti già abilitati prima della soppressione delle graduatorie permanenti.

Le disposizioni contenute nei vari DD.MM. (da ultimo il DM 235/2014 che ha disposto l'aggiornamento delle GAE per il triennio 2014/2017) **contrastanti con il disposto dell'art. 1, comma 605 lett c. della L. 297/2006** devono essere disapplicate, non potendo un decreto ministeriale negare un diritto all'inserimento nelle graduatorie previsto dalla legge.

“Le norme regolamentari del suddetto Decreto Ministeriale sono invero illegittime per evidente irragionevolezza e disparità di trattamento di posizioni omogenee (ovvero per i docenti in possesso di titolo abilitante diverso da quello del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 con eguale valore abilitante) nella parte in cui non consentono la presentazione della domanda per l'inserimento nelle graduatorie di III fascia a soggetti in possesso dei suddetti titoli abilitanti già formatisi al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento” (Tribunale di Tivoli ordinanza del 14/09/2015).

Anche la recente giurisprudenza ha affermato che le disposizioni di cui alla Legge n. 296/2006 che ha istituito le GAE non sono d'ostacolo all'inserimento dei



docenti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 nelle vigenti graduatorie ad esaurimento: *“la L. n. 296/2006, che aveva distinto tra i docenti che avevano acquistato l'abilitazione e frequentanti i corsi abilitanti e i docenti non abilitati che non potevano vantare alcun titolo all'inserimento, **non è in contrasto con l'inserimento dei diplomati magistrali che abbiano conseguito il titolo entro l'anno 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie permanenti in quelle ad esaurimento, poiché la legge non pone come condizione il previo inserimento del docente nelle graduatorie permanenti, consentendo invece a tutti i docenti abilitati di poter presentare la domanda per poter essere iscritti nella graduatorie ad esaurimento**”* (Tribunale di Pordenone ordinanza del 11/06/2015).

“Pertanto, 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 a esaurimento, sono illegittimi e vanno disapplicati ai fini della soluzione della controversia” (Tribunale di Avezzano, Sentenza n. 46/2016).

Si evidenzia, poi, che la mancata impugnazione dei DM che disciplinano i criteri di inserimento nelle GAE davanti al Giudice Amministrativo non pone alcun ostacolo alla proposizione in sede di Giurisdizione Ordinaria della domanda di accertamento del diritto all'inserimento nelle stesse, in quanto la posizione fatta valere dal dipendente è di diritto soggettivo perfetto e non di interesse legittimo.

Per mero scrupolo difensivo si evidenzia che, anche aderendo alla tesi della natura giuridica del DM 235/2014 di **atto non provvedimentale** (in quanto posto in essere nell'esercizio della capacità di diritto privato), **deve essere riconosciuto il**



diritto all'inserimento nelle GAE dei docenti che hanno conseguito il titolo abilitante prima della chiusura delle graduatorie permanenti.

Infatti, la natura privata dei decreti ministeriali se, da un lato, precluderebbe la disapplicazione del decreto ministeriale, comporterebbe, tuttavia, la declaratoria di nullità rilevabile anche d'ufficio, ex art. 1421 del c.c., dello stesso decreto, per palese contrasto con norma imperativa (art. 1418 c.c.).

La Suprema Corte ha, infatti, chiarito che *"l'atto negoziale, adottato dall'organo competente nell'esercizio della capacità di diritto privato (giurisprudenza consolidata: Cass. S.U. 20 giugno 2007, n. 14288, resa nella stessa controversia; 12 agosto 2005, n. 16876; 10 luglio 2003, n. 10897; 26 giugno 2003, n. 10207; 28 gennaio 2003, n. 1241) ... ove ... dovesse risultare adottato in violazione di norma imperativa, dovrebbe considerarsi tamquam non esset"* in quanto *"La sanzione prevista dall'ordinamento per il caso di non conformità alle norme imperative degli atti di autonomia privata è, salvo che la legge non preveda diversamente, la nullità (art. 1418 c.c., comma 1), cioè la negazione della produzione di effetti, mentre in senso opposto è disciplinato il regime giuridico del provvedimento amministrativo non conforme a legge (vedi la L. n. 241 del 1990, art. 21-septies e art. 21-octies, inseriti dalla L. n. 15 del 2005)"* (Cass.,sez. un. Civ., n. 2167 del 2009).

Dunque, essendo il divieto di inserimento nelle GAE per i docenti in possesso di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 non sancito dalla normativa primaria, di conseguenza, il DM 235/2014, in palese contrasto con la normativa che fa salvi gli inserimenti dei docenti abilitati entro l'entrata in vigore della L. 296/2006, andrà disapplicato dal Giudice Ordinario.



Infine, si rileva che l'inserimento della ricorrente nelle odierne graduatorie non costituisce un nuovo inserimento (vietato dalla normativa), in quanto la stessa aveva già diritto a decorrere dall'1/01/2007 ad essere inclusa.

Infatti, alla luce di quanto sopra risulta evidente che **la ricorrente aveva diritto ad essere inclusa nelle GAE per espressa previsione normativa già durante la vigenza delle graduatorie permanenti** (ossia prima della chiusura della "finestra" di inserimento nelle GAE contemplata dall'art. 1 della l. n. 296/2006) e di conseguenza, nel caso di specie **non si tratterebbe di nuovi inserimenti per il conseguimento dell'abilitazione a seguito della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento (graduatorie "chiuse")**, bensì soltanto del riconoscimento del diritto ad essere inclusa dal 2007 nelle GAE oggi vigenti (attualmente valide per gli aa.ss. 2014/2017).

Sul punto concorda anche la recente giurisprudenza.

“Se è vero che la trasformazione delle Graduatorie Permanenti in Graduatorie ad Esaurimento disposta dalla Legge Finanziaria 2007 ha determinato la "chiusura" di nuovi inserimenti per nuovi abilitati nella III fascia, è altrettanto vero che all'epoca le ricorrenti erano già in possesso di un titolo abilitante (diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002) per l'inserimento non nella II fascia delle Graduatorie di Circolo e di Istituto, bensì nelle Graduatorie Provinciali ad Esaurimento; il fatto che tale abilitazione - ancorché già esistente - sia stata formalmente riconosciuta solo nel 2014, non può impedire che detto riconoscimento abbia effetti per l'inserimento (ora per allora) nelle Graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali. (...) All'opposto, dice giustamente il Consiglio di Stato, chi - come i ricorrenti - era in possesso del diploma magistrale fin dal 2001/02 non poteva essere considerato come nuovo abilitato da



escludere dall'inserimento nelle predette graduatorie perché la norma fa espressamente salvi i docenti già in possesso di abilitazione (prima della trasformazione delle graduatorie da permanenti in graduatorie ad esaurimento)” (Tribunale di Ravenna ordinanza del 27 luglio 2015).

Dunque, anche alla luce delle recenti interpretazioni della giurisprudenza di merito risulta evidente che sia da considerarsi “nuovo inserimento” quello basato su titoli e/o circostanze intervenute successivamente alla trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento e non quello fondato su requisiti preesistenti a tale trasformazione.

“La ricorrente non poteva, esser considerata, alla citata data, nuovo abilitato, in quanto docente già in possesso di abilitazione, sebbene disconosciuta dall’Amministrazione” (Tribunale di Messina, ord. del 21/09/2015; in senso analogo si richiamano: Tribunale Como ord. del 30/07/2015, Tribunale di Tivoli ord. del 24/07/2015, Tribunale di Napoli ord. del 20/07/2015).

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.

Sul punto si richiamano le pronunce del Tribunale di Salerno: *“questo collegio, (...) dissente dall’interpretazione del giudice di prime cure, che ha motivato il rigetto considerando che: “il c.d. decreto sviluppo (d.l. 70/2011) esclude espressamente ulteriori inserimenti”, poiché, invece chi, come la ricorrente, era in possesso del diploma magistrale fin dal 2001-2002 non poteva essere considerato nuovo abilitato da escludere dall’inserimento nelle predette graduatorie poiché la norma fa espressamente salvi “i diritti dei docenti già in possesso di abilitazione”,*



prima della trasformazione delle graduatorie” (Tribunale di Salerno, Reclamo al Collegio ord. del 08/09/2015) e del Tribunale di Tivoli: *“è invero evidente che **il nuovo inserimento è quello basato su titoli abilitanti successivi e non già preesistenti e quindi illegittimamente impedito al momento della formazione delle suddette fasce di reclutamento**”* (Tribunale di Tivoli, ordinanza del 14/09/2015).

IV

SULLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA

Come già detto, dalla istituzione delle GAE (2007) il Ministero non ha mai riconosciuto la possibilità ai docenti in possesso di diploma magistrale di presentare domanda di inserimento nelle stesse.

Infatti, il MIUR, nel decreto del 16/03/2007, così come in tutti i successivi decreti ministeriali di inserimento/aggiornamento periodico di tali graduatorie (anche il DM 235/2014 annullato dal Consiglio di Stato), non ha mai contemplato il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 quale titolo idoneo per poter presentare la domanda di inserimento nelle suddette graduatorie.

Anche qualora la ricorrente avesse presentato domanda di inserimento l'Amministrazione avrebbe rigettato la stessa.

*“Non appare conforme alla piena esplicazione del diritto alla difesa e del diritto di libertà di iniziativa economica privata, nonché del principio di libera concorrenza, **subordinare la legittimazione di un soggetto sostanzialmente leso in via immediata da una clausola del bando che gli preclude la partecipazione alla gara, al mero formalismo della presentazione di una domanda che ne comporterebbe la sua esclusione**”* (T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, 02-05-2014, n. 402).



“Il semplice fatto di ritardare l'esercizio di un proprio diritto (nel caso di specie, di agire in giudizio per far valere l'inadempimento contrattuale), se non finalizzato a produrre un danno alla controparte e senza un apprezzabile interesse per il titolare, non dà luogo a una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, qualunque convinzione possa essersi fatta del ritardo il debitore, e non è causa per escludere la tutela giudiziaria, salvo che sia intervenuta un'inequivoca rinuncia tacita al diritto” (Cass. civ. Sez. I, 02-05-2006, n. 10127).

Sulla medesima questione la recente giurisprudenza ha statuito che: *“deve ritenersi, pertanto, che il ricorrente – pur essendo munito di titolo abilitante all’inserimento nelle graduatorie in esame - non ha presentato domanda di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento prima della pronuncia del Consiglio di Stato esclusivamente perché non gli è mai stato consentito dal MIUR, che erroneamente ha per anni negato al diploma magistrale valore abilitante all’insegnamento nella scuola dell’infanzia (AAAA) e primaria (EEEE) e, quindi, ha negato valore abilitante per l’inserimento dei docenti nelle graduatorie ad esaurimento”* (Tribunale Ferrara ord. del 30/07/2015).

Risulta, quindi, evidente che le amministrazioni resistenti abbiano violato anche i principi di buona fede, affidamento, correttezza e di leale collaborazione, di cui all’art. 1175 c.c. e 1337 c.c. e agli artt. 2 e 97 della Costituzione.

“La assoluta tardività di iniziativa della categoria, cui parte/i ricorrente/i appartiene/engono, non sia ostativa al riconoscimento del diritto in concreto” (Tribunale di Siena, sentenza n. 291/2015).

Con riferimento ad una eventuale e presunta intervenuta decadenza dal diritto a presentare la domanda di inserimento nelle GAE si rileva quanto segue.

L’istituto della decadenza opera qualora **sia posto con onere di perentoria osservanza per l'esercizio di un diritto** (in genere potestativo) per la prima od



unica volta, con l'effetto che il diritto medesimo è perduto se l'atto di relativa esecuzione non abbia avuto luogo nel tempo all'uopo stabilito.

Nel caso in esame non si ravvisa quindi alcuna decadenza dal diritto all'inserimento nelle GAE, in quanto nessuna disposizione né normativa né regolamentare ha previsto un termine a pena di decadenza per il relativo esercizio del diritto.

Si evidenzia che l'istituto della decadenza è considerato dalla giurisprudenza come eccezionale.

Sulla questione dei c.d. diplomati magistrali la recente giurisprudenza, in merito alla questione di una possibile decadenza dal diritto all'inserimento nelle GAE, ha statuito che: ***“la norma non sancisce alcuna espressa decadenza per come si può desumere da un'interpretazione letterale “ sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione”, ed in particolare l'utilizzo della preposizione “per” (piuttosto che per esempio, entro il termine perentorio)” dal quale parrebbe desumersi più il carattere programmatico che la sanzione di una decadenza; e sia tenendo conto del fatto che la legge in questione prevedeva un piano straordinario di assunzioni (150.000 + 30.000) per il triennio 2007/09 e, quindi, la ratio di una eventuale decadenza andrebbe comunque limitata a quel piano assunzionale ed a quel triennio”*** (Trib. Ravenna, Sez. Lavoro, ordinanza n. 2934/2015 del 10/09/2015).

“Ancora, la mancata proposizione della domanda di inserimento e dell'azione giudiziaria (inevitabile atteso l'allora pacifica esclusione dei diplomi magistrali) è un elemento insufficiente per ravvisare la tardività della domanda per duplice ragione. Innanzitutto, la volontà abdicativa al diritto non può desumersi dalla mera inerzia ma da elementi univoci, chiari e convergenti comprovanti, in modo certo od altamente probabile, la rinuncia ed il disinteresse della parte. Oltre a ciò, la condotta omissiva della parte (circa la



*proposizione della domanda) non può ritenersi imputabile a titolo di colpa essendo stata indotta, a ben vedere, dall'allora sbarramento opposto ai possessori di diploma magistrale. **Al riguardo è bene ribadire il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale la proposizione di un'azione giudiziaria costituisce una mera facoltà e non un obbligo** (v. ad esempio Cass. 13 gennaio 2014 n. 470)" (Tribunale di Tivoli, ord. del 14/09/2015).*

Pertanto, si ritiene che non possa operare alcuna decadenza.

Alla luce di tutto quanto sopra risulta evidente il diritto della ricorrente ad essere inserita nelle graduatorie ad esaurimento sia della scuola primaria che dell'infanzia, in virtù dei titoli abilitanti di cui è in possesso (doc.1).

Tanto esposto e considerato, la ricorrente, come sopra rappresentata e difesa,

CHIEDE

che l'Ill.mo Giudice designato, presso il Tribunale di Modena, in funzione di Giudice del Lavoro, Voglia fissare l'udienza di comparizione delle parti e di discussione della causa, intimando al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e all'Ufficio Scolastico Regionale Emilia Romagna – Ambito Territoriale per la Provincia di Modena, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, a comparire personalmente o tramite procuratore generale o speciale, per sentire accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

che l'Ill.mo Giudice del Lavoro del Tribunale di Modena, per tutte le ragioni di cui in narrativa, sia in fatto sia in diritto, previa disapplicazione e/o revoca e/o annullamento e/o inefficacia del D.M. 235/2014, delle graduatorie definitive ad esaurimento dell'Ufficio Scolastico Regionale per



l'Emilia Romagna, Ambito territoriale per la Provincia di Modena, ovvero di ogni ulteriore atto ritenuto ostativo, Voglia:

- accertare e dichiarare il diritto all'inserimento senza riserva della docente nella terza fascia delle graduatorie ad esaurimento della Provincia di Modena della classe di concorso scuola dell'Infanzia, valida per gli aa.ss. 2014/2017, alla posizione corrispondente al punteggio maturato alla data di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento disposto con DM 235/2014, in base ai titoli e ai servizi posseduti, e in quella della classe di concorso scuola Primaria della Provincia di Modena, valida per gli aa.ss. 2014/2017, alla posizione corrispondente al punteggio maturato alla data di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento disposto con DM 235/2014, in base ai titoli e ai servizi posseduti, e, per l'effetto, condannare l'Amministrazione scolastica, in particolare dell'Ufficio Scolastico per l' Emilia Romagna – Ambito Territoriale Provincia di Modena ad adottare tutti gli atti necessari.

Vinte le spese”.

In via istruttoria si depositano i seguenti documenti:

- 1- diploma di maturità magistrale;
- 2- diffida al Miur;
- 3- DM 235/2014;
- 4- DPR 25 marzo 2014 con allegato parere n. 4929/2012 del Consiglio di Stato;
- 5 - estratto graduatoria ad esaurimento scuola infanzia;
- 6 -estratto graduatoria ad esaurimento scuola primaria.
- 7- sentenza Consiglio di Stato n. 1973/2015;
- 8 – estratto L. 107/2015;
- 9- giurisprudenza.

Dichiarazione di valore

La Sottoscritta Avv. Maria Cristina Fabbretti dichiara che ai fini della normativa sul contributo



unificato (L. 488/99), ai sensi e per gli effetti del D.P.R. n. 115/2002, la presente causa è di valore indeterminabile e non è versato il contributo unificato per ragioni reddituali.

Con osservanza.

Avv. Maria Cristina Fabbretti



ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITA' DELLA NOTIFICAZIONE AI SENSI DELL'ART. 151 C.P.C.

La sottoscritta Avv. Maria Cristina Fabbretti, che assiste, rappresenta e difende la
ricorrente giusta delega in calce all'atto introduttivo del soprascritto ricorso,

PREMESSO CHE

- il ricorso ha per oggetto l'accertamento del diritto della ricorrente all'inserimento nelle vigenti graduatorie ad esaurimento per la classe di concorso infanzia e scuola primaria dell'U.S.R. per l'Emilia Romagna, Ambito Territoriale per la Provincia di Modena;
- ai fini dell'integrale instaurazione del contraddittorio, il ricorso deve essere notificato a tutti i docenti potenzialmente controinteressati, ossia a tutti i docenti che - in virtù dell'inserimento della ricorrente nelle vigenti graduatorie ad esaurimento per la classe di concorso infanzia e primaria- sarebbero scavalcati in graduatoria e per punteggio dalla ricorrente;

RILEVATO CHE

La notifica del ricorso nei modi ordinari sarebbe impossibile, non soltanto in ragione dell'immenso numero dei destinatari, ma soprattutto

CONSIDERATO CHE

- La tradizionale notificazione per pubblici proclami prevede che sia pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale un semplice sunto del ricorso;
- la pubblicazione sulla G.U. appare comunque oltremodo onerosa per la ricorrente;
- l'Ill.mo Giudice del Lavoro adito, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., può autorizzare la notifica con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica;



- l'Ill.mo Giudice del Lavoro adito ha più volte disposto, quale forma di notifica alternativa alla tradizionale notificazione per pubblici proclami prevista dall'art. 150 C.P.C., la pubblicazione del ricorso nel testo integrale sul sito internet del ramo di amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte;

RILEVATO, INFINE, CHE

Tale forma di notifica continua a essere utilizzata sistematicamente dal Giudice Amministrativo nonché dal Giudice Ordinario in tutte le ipotesi di vertenze collettive. Si veda, all'uopo, il sito del MIUR all'indirizzo:

http://www.istruzione.it/web/ministero/proclami/proclami_12.

Tutto ciò premesso, il sottoscritto avvocato

FA ISTANZA

Affinché Codesto Ill.mo Giudice del Lavoro, valutata l'opportunità di autorizzare la notificazione ai sensi dell'art. 151 c.p.c, con modalità diverse da quelle stabilite dalla Legge, in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante l'inserimento in G.U.

VOGLIA AUTORIZZARE

La notificazione del ricorso:

- - quanto ai potenziali controinteressati evocati in giudizio, attraverso la pubblicazione integrale del testo del ricorso sul sito internet del Miur;
- - quanto alle amministrazioni convenute, mediante notificazione all'Avvocatura Distrettuale dello Stato.

Con osservanza.

Avv. Maria Cristina Fabbretti

