

**AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO
GENOVA**

Viale Brigate Partigiane n. 2, Genova
C.F. 80101740100
Tel. 010530831 - Fax. 010591613
PEC: ads.ge@mailcert.avvocaturastato.it

CT 1989/2015

Avv. Giorgio Lembeck

TRIBUNALE DI GENOVA

- SEZIONE LAVORO -

DOTT. SSA SCOTTO

R.G. 3920/15

MEMORIA DI COSTITUZIONE

PER

il **Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca** (C.F. 80185250588), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato, presso i cui Uffici, siti in Genova, Viale Brigate Partigiane n. 2, è legalmente domiciliata

- resistente -

CONTRO

la sig.ra **Tedone Rossana**

- ricorrente -

* * *

Visto il ricorso ed il pedissequo decreto di fissazione dell'udienza, notificati in data 2 ottobre 2015, si costituisce in giudizio l'Amministrazione intimata, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata, contestando la fondatezza dell'avversaria pretesa, ed in particolare deducendo quanto segue.

FATTO

La ricorrente propone ricorso ex artt. 414 c.p.c. affinché l'Ill.mo Giudice adito accerti il suo diritto all'inserimento nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento definitive dell'Ambito Territoriale di Genova classe di concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE), valide per gli anni



scolastici 2014/2017 e, per l'effetto, condanni le amministrazioni convenute ad emanare tutti gli atti ritenuti necessari a consentire l'inserimento della predetta nelle suddette graduatorie.

Controparte sostiene che il diritto ad essere inserita nelle graduatorie ad esaurimento della Provincia di Genova le deriverebbe dall'annullamento, disposto dal Consiglio di Stato (sentenza del 16 Aprile 2015, n. 1973), del Decreto del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca del 1° Aprile 2014, n. 235, nella parte in cui i criteri da esso fissati avrebbero precluso ai docenti muniti del diploma magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, il predetto inserimento.

In tale pronuncia si afferma che il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/'02 sia stato considerato titolo abilitante all'insegnamento, in tal modo consentendo la presentazione della domanda di inserimento in graduatoria, a partire dal parere n. 3813/2013 del Consiglio di Stato, nel procedimento RG 4929/2012, reso in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, recepito dal D.P.R. del 25 Marzo 2014; ciononostante, il Ministero epigrafato avrebbe seguito a negare l'avvenuta parificazione tra i titoli abilitanti all'insegnamento di cui all'art. 1, comma 605, L. 27 Dicembre 2006, n. 296, ed il diploma magistrale, in ultimo omettendo di regolarizzare la posizione dei diplomati entro l'a.s. 2001/'02 tramite il D.M. n. 235/2014.

DIRITTO

1. IN VIA PRELIMINARE: SUL DIFETTO DI GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO

In via del tutto preliminare si rende necessario osservare che, data la particolare natura e la strutturazione della domanda, sorgono forti perplessità circa la giurisdizione del Giudice Ordinario.

È evidente, infatti, che la domanda svolta non ha ad oggetto la correzione della posizione delle ricorrenti nella graduatoria, ma presuppone e si fonda sull'affermazione dell'illegittimità degli atti (che non possono che definirsi di organizzazione generale), con i quali l'Amministrazione dell'Istruzione ha determinato come regolare il rapporto tra la istituenda graduatoria aggiuntiva e le preesistenti graduatorie ad esaurimento; in particolare, si tratta del D.M. n. 235/2014 nella parte in cui non prevede alcuna possibilità di inserimento, nemmeno nella fascia aggiuntiva (IV fascia), per i docenti in possesso di diploma di maturità magistrale abilitante conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.



Nell'impostazione avversaria, è evidente che da tali disposizioni di carattere organizzativo derivi (in modo, peraltro, immediato) la diretta lesione dell'interesse o della posizione giuridica soggettiva comunque qualificata vantata da parte ricorrente, nel senso che, proprio in virtù di dette norme regolamentari, si realizza l'effetto della collocazione della graduatoria in cui la ricorrente aspirerebbe ad essere inserita.

La conseguenza di quanto precede è il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario.

Quanto sostenuto è confermato dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte, a mente della quale *«In tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, spetta alla giurisdizione generale di legittimità del g.a. la controversia nella quale la contestazione - pur richiedendosi, in concreto, la rimozione del provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale (e del relativo contratto di lavoro), previa disapplicazione degli atti presupposti - 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 g.o. la contestazione che investa esclusivamente i singoli atti di conferimento degli incarichi, che - pur evidenziando nel loro insieme l'intenzione dell'amministrazione di adottare una decisione di ordine generale - non rinviengano in un atto autonomo la concreta scelta dell'amministrazione di esercizio del potere generale di indirizzo e organizzazione degli uffici»* (Cass. civ., sez. un., 3 Novembre 2011, n. 22733; cfr. altresì Cass. civ., sez. un., 16 Aprile 2010, n. 9132, secondo cui *«In materia di lavoro pubblico privatizzato, 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»*).



Al di là delle differenze inerenti le vertenze nelle quali i principi che precedono sono stati affermati, quel che rileva è la identità strutturale e logica del problema inerente alla giurisdizione: anche in questo caso, **al Giudice Ordinario non è chiesta una statuizione sulla posizione nelle graduatorie di istituto o ad esaurimento della ricorrente *uti singula*, bensì l'affermazione dell'illiceità della scelta organizzativa di carattere generale attuata dall'Amministrazione, in coerenza con le indicazioni del Legislatore, di non porre tutti i soggetti ricoprenti analoga posizione in un'autonoma graduatoria aggiuntiva posta in coda alla graduatoria di terza fascia**, come disposto dall'art. 14, comma 2-ter, D.L. 29 Dicembre 2011, n. 216, conv. in L. 24 Febbraio 2012, n. 14, per diverse e ulteriori categorie di docenti: *«Fermo restando che le graduatorie ad esaurimento di cui all'articolo 1, commi 605, lettera c), e 607, della Legge 27 Dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, restano chiuse, limitatamente ai docenti che hanno conseguito l'abilitazione dopo aver frequentato i corsi biennali abilitanti di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), il secondo e il terzo corso biennale di secondo livello finalizzato alla formazione dei docenti di educazione musicale delle classi di concorso 31/A e 32/A e di strumento musicale nella scuola media della classe di concorso 77/A, nonché i corsi di laurea in scienze della formazione primaria negli anni accademici 2008-2009, 2009-2010 e 2010-2011, è istituita una fascia aggiuntiva alle predette graduatorie. Con decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca sono fissati i termini per l'inserimento nelle predette graduatorie aggiuntive a decorrere dall'anno scolastico 2012-2013»*.

Ciò implica il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario sulla pretesa azionata, che deve essere dichiarata in via preliminare; come recentemente ha riconosciuto codesto stesso Tribunale, statuendo su ricorso identico al presente, con sentenza n. 917 del 26 ottobre 2015 (GL dott.ssa Melandri).

2. IN VIA PRELIMINARE: SULLA CARENZA DELL'INTERESSE AD AGIRE

Nella denegata ipotesi in cui Codesto Ill.mo Giudice dovesse ritenere che la giurisdizione sulla controversia *de qua* appartenga all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, la scrivente difesa intende eccepire, comunque, la carenza di interesse ad agire delle ricorrenti.

Ella infatti non ha –e lo ammette – presentato domanda di inserimento *ex novo* nelle GAE di questa provincia lo scorso anno; insomma, nemmeno alla luce del declamato parere del



Consiglio di Stato n. 4929/2012, ha ritenuto di chiedere l'inserimento ex novo in GAE, non previsto dalla normativa.

Ora, in materia di procedure concorsuali e di impugnativa dei relativi bandi, è principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa quello secondo il quale la presentazione della domanda di partecipazione, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, rende il soggetto che ha provveduto a tale adempimento formale un destinatario identificato, direttamente inciso dal bando; segnatamente, si sostiene che *«I bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare»* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 Ottobre 2008, n. 4971).

Il parallelo tra i bandi di gara e di concorso ed il D.M. n. 235/2014, la cui asserita illegittimità fonderebbe il diritto della ricorrente ad essere inserita nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, si rende necessario alla luce della natura generale ed astratta delle disposizioni ivi contenute, inidonee ad arrecare pregiudizio alcuno ai destinatari in assenza di un atto applicativo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 Maggio 2015, n. 2260, secondo il quale *«L'impugnazione di un atto avente carattere normativo può essere proposta solamente nel momento in cui viene a maturare una lesione, che può derivare nella generalità dei casi solamente tramite un'applicazione del regolamento stesso»*).

La scrivente difesa, peraltro, è ben conscia, da un lato, che la giurisprudenza richiamata si è espressa in materia di annullamento di provvedimenti amministrativi, mentre nel caso di specie la ricorrente intende avvalersi del preteso annullamento del D.M. n. 235/2014 da parte della sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015 (sulla quale si tornerà *infra*); dall'altro, che la procedura telematica predisposta dal Ministero per la presentazione delle istanze di cui allo stesso Decreto non consentiva ai docenti,



muniti di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, la presentazione di alcuna domanda.

Tuttavia, è proprio la sopracitata sentenza del Consiglio di Stato a richiedere che tale adempimento fosse rispettato, risultando funzionale ed indispensabile all'inserimento in graduatoria; nella stessa, infatti, si legge che *«risulta valida la presentazione delle citate domande di inserimento presentate nei termini, che decorrono dalla effettiva conoscenza, da parte dei ricorrenti originari, della lesività dell'atto impugnato»*.

Appare, dunque, come il presupposto indefettibile ai fini dell'inserimento in graduatoria sia la tempestiva presentazione della domanda di inserimento: nonostante il Ministero epigrafato non abbia consentito la presentazione di questa domanda per via telematica, invero, la possibilità di inviarla tramite raccomandata a/r avrebbe radicato in capo all'odierne ricorrenti l'interesse ad agire, in mancanza del quale il Giudice è tenuto a dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto di una delle condizioni dell'azione.

3. NEL MERITO

3.1. SULL'EFFICACIA DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 16 APRILE 2015, N. 1973

Anche nel merito, tuttavia, la domanda appare drasticamente infondata.

Le odierne ricorrenti affermano che il diritto ad essere inserite nelle graduatorie ad esaurimento della Provincia di Genova le deriverebbe dall'annullamento, disposto dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1973/2015, del Decreto del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca del 1° Aprile 2014, n. 235, nella parte in cui i criteri da esso fissati avrebbero precluso ai docenti muniti del diploma magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, il predetto inserimento.

Preliminarmente merita osservare come il principio di cui all'art. 2909 c.c., secondo il quale l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato ha efficacia solamente tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, debba essere coordinato con l'effetto caducatorio derivante dal giudicato amministrativo, in forza del quale il provvedimento annullato è eliminato retroattivamente con efficacia *erga omnes*: è proprio il caso dei regolamenti ovvero dei provvedimenti amministrativi indivisibili, le cui di-



sposizioni generali ed astratte sono espunte *ex tunc* dall'ordinamento giuridico. Peraltro, la giurisprudenza amministrativa precisa che l'efficacia soggettiva di una sentenza di annullamento passata in giudicato si estende *erga omnes* solo per la parte cassatoria dell'atto, mentre per la parte prescrittiva, inscindibilmente connessa alla fattispecie concreta portata al vaglio del Giudice, resta valida la regola dell'efficacia *inter partes* di cui all'art. 2909 c.c.; in tale ipotesi, l'Amministrazione ha la facoltà di estendere gli effetti positivi desumibili dalla regola sintetizzata nel giudicato ai soggetti estranei al giudizio nel rispetto dei principi di parità di trattamento, buon andamento e disponibilità delle risorse finanziarie.

Orbene, **ad una più attenta analisi della parte motiva della pronuncia invocata da controparte, nonché del testo del D.M. n. 235/2014, sembra possibile affermare che la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015 non abbia efficacia erga omnes, non rappresentando l'esito di un giudizio di annullamento, bensì di mero accertamento.**

Si noti, infatti, come il D.M. n. 235/2014, dal cui annullamento parte ricorrente asserisce derivare il proprio diritto all'inserimento nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, non vieti ai docenti, muniti di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/'02, di presentare domanda per l'inserimento nelle predette graduatorie, ma si limiti a prevedere per il personale già inserito nelle stesse la possibilità di richiedere: a) la permanenza e/o l'aggiornamento del punteggio; b) la conferma dell'iscrizione con riserva ovvero il suo scioglimento; c) il trasferimento di Provincia (cfr. art. 1 D.M. n. 235/2014).

Appare, dunque, come il Decreto, presupponendo un inserimento in graduatoria avvenuto in precedenza, ed essendo volto esclusivamente a regolarlo, non incorra in alcuno dei vizi tipizzati dall'art. 21-octies L. 7 Agosto 1990, n. 241 (violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza), che soli giustificano una pronuncia di annullamento; in assenza di una specifica disposizione legislativa in tal senso, infatti, non può costituire una violazione di legge l'aver omissso, da parte del Decreto, di prevedere per i docenti muniti di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/'02 la facoltà di presentare domanda di inserimento.

Detta ricostruzione è confermata dal dato testuale della richiamata sentenza del Consiglio di Stato, la quale nel dispositivo ha annullato il D.M. 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'a.s. 2001/2002, l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento»: non potendo il massimo organo di giustizia amministrativa emanare sentenze cc.dd. additive, sembra legittimo concludere che la pronuncia in esame abbia meramente riconosciuto il diritto degli originari ricorrenti ad essere inseriti nelle graduatorie ad esaurimento.

Avendo il D.M. n. 235/2014 introdotto una disciplina regolativa di una situazione preesistente, non può sostenersi che dal(l'eventuale) suo annullamento discenda direttamente il diritto dei docenti, muniti come gli originari ricorrenti di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/'02, all'inserimento in graduatoria senza l'intermediazione di un ulteriore provvedimento amministrativo che definisca modalità e tempistiche relative a detto inserimento.

La conclusione raggiunta è ulteriormente suffragata dalla circostanza in base alla quale, in contenzioso del tutto identico a quello deciso con la sentenza n. 1973/2015, il Consiglio di Stato, lungi dal prendere atto della decisione, ha depositato in data 26 Maggio 2015 ordinanza istruttoria n. 2661 con la quale ordina all'Amministrazione chiarimenti in riferimento alla posizione dei singoli ricorrenti, e segnatamente chiede che sia acquisita approfondita e documentata relazione nella quale si specifichino, tra gli altri, *«i motivi, se esistenti, nei precedenti decreti ministeriali, dell'inserimento degli appellanti e degli intervenienti nelle graduatorie permanenti (ora ad esaurimento) negli anni pregressi rispetto a quelli in questione»*; emerge, quindi, come il Giudice amministrativo, su ricorsi ancora volti alla demolizione del D.M. n. 235/2014, non reputi *ipso facto* concesso il diritto all'inserimento per effetto della precedente sentenza n. 1973/2015, ma disponga accertamenti istruttori individualizzanti, in tal modo disconoscendo esso stesso l'efficacia *erga omnes* derivante dal giudicato.

Pertanto, si ricorda come la sentenza del Consiglio di Stato fonda la propria determinazione sulla assunta parificazione tra i titoli abilitanti all'insegnamento di cui all'art. 1, comma 605, L. n. 296/2006 ed il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/'02, la quale sarebbe stata realizzata dallo stesso massimo organo di giustizia amministrativa nel parere n. 4929/2012, reso dal in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, formalizzato dal D.P.R. del 25 Marzo 2014.



In esso si legge «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.

Illegittimo è invece il D.M. n. 62 del 2011, nella parte in cui non parifica ai docenti abilitati coloro che abbiano conseguito entro l'anno 2001-2002 la c.d. abilitazione magistrale, inserendoli nella III fascia della graduatoria di istituto e non nella II fascia. Si tratta di un profilo appena accennato nel ricorso in oggetto, che tuttavia deve essere esaminato. La disposizione è affetta da evidente eccesso di potere, in quanto contrastante con tutte le disposizioni di legge e di rango secondario, che sanciscono la natura abilitante del titolo conseguito negli istituti magistrali a seguito di regolare corso di studio. In altri termini, prima dell'istituzione della laurea in Scienza della formazione, il titolo di studio attribuito dagli istituti magistrali al termine di corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali di istituto magistrale (per la scuola dell'infanzia) o al termine dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale (per la scuola primaria) dovevano considerarsi abilitanti, secondo l'art. 53 R.D. 6 maggio 1923, n. 1054, in combinato disposto con l'art. 197 d.l. 16 aprile 1994, n. 297. Ciò è sancito inoltre dal D.M. 10 marzo 1997, dall'art. 15, co. 7, del d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323, ed infine, recentemente, ai fini dell'ammissione al concorso a cattedre, dal d.d.g. n. 82 del 24 settembre 2012.



Pertanto sotto questo profilo il ricorso deve essere accolto ed annullato il D.M. n. 62 del 2011, nella parte in cui esclude dalla II fascia delle graduatorie di circolo e di istituto gli aspiranti in possesso di maturità magistrale abilitante conseguita entro l'anno scolastico 2001-2002».

L'asserita parificazione tra i titoli abilitanti all'insegnamento di cui all'art. 1, comma 605, L. n. 296/2006 ed il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/'02, dunque, sulla base della quale il Consiglio di Stato avrebbe annullato il D.M. n. 237/2014, sussiste esclusivamente ai fini dell'inserimento nelle graduatorie di circolo e di istituto, e non in quelle permanenti, come richiesto dalla ricorrente; una domanda di identico tenore, infatti, è stata espressamente ritenuta tardiva e/o infondata dallo stesso Consiglio di Stato nel parere sopracitato.

3.2. SUL CARATTERE CHIUSO DELLE GRADUATORIE AD ESAURIMENTO E SULLA INSUFFICIENZA DEL DIPLOMA MAGISTRALE AI FINI DELL'INSERIMENTO NELLE GAE

Merita, inoltre, osservare che, anche all'indomani della pubblicazione della *ex adverso* richiamata decisione del Consiglio di Stato, persiste inequivoco il testo dell'art. 1, comma 605, L. n. 296/2006, a mente del quale «*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*».

Appare evidente, quindi, come dopo il 2008 le graduatorie ad esaurimento siano chiuse per Legge; tale chiusura è stata ribadita dal D.L. 13 Maggio 2011, n. 70, che all'art. 9, comma 20, ha disposto la modificazione dell'art. 1, comma 4, D.L. 7 Aprile 2004, n. 97, conv. in L. 4 Giugno 2004, n. 143, di talché oggi esso prevede che «*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 ...».

Pertanto, a fronte di un espresso divieto di nuovi inserimenti nelle graduatorie, non può sussistere un diritto della controparte al suo immediato inserimento nelle ridette graduatorie: tale conclusione è stata confermata anche dalla Corte costituzionale, secondo la quale «L'art. 1, comma 605, lett. c), della Legge n. 296 del 2006, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica e di assorbimento del precariato dei docenti, prevede la trasformazione delle graduatorie permanenti in altre ad esaurimento e a tale fine non permette, a partire dal 2007, l'inserimento in esse di nuovi aspiranti candidati prima dell'immissione in ruolo dei docenti che già vi fanno parte» (Corte cost., 7 Febbraio 2011, n. 41).

Del resto, ai sensi dell' art. 401, D.L.vo 16 Aprile 1994, n. 297, come sostituito dall'art. 1, comma 6, L. 3 Maggio 1999, n. 124, le graduatorie relative ai precedenti concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria erano trasformate in graduatorie permanenti da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'art. 399, comma 1, D.L.vo n. 297/1994; inoltre, il Legislatore del 1999 disponeva che le medesime graduatorie fossero «periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che avessero superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia» (art. 401, comma 2, D.L.vo n. 297/1994).

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



Successivamente, l'art. 1, comma 605, L. n. 296/2006 disponeva la trasformazione delle predette graduatorie in graduatorie ad esaurimento, facendo salvi, secondo i termini e le modalità indicati dal successivo art. 12, gli inserimenti nelle stesse, da effettuare per il biennio 2007/2008, dei **docenti già abilitati** e, con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, dei docenti che frequentavano specifici corsi di formazione individuati dal Legislatore.

Risulta evidente che **il Diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001-2002 non figura fra i titoli di ammissione**, per ragioni di coerenza sistematica con le disposizioni normative regolanti l'inserimento nelle suddette graduatorie, nonché per ragionevolezza e parità di trattamento con tutti coloro che, pur in possesso del medesimo titolo, hanno partecipato e superato i concorsi ad esami e titoli previsti dai richiamati artt. 401 e 402 D.L.vo n. 297/1994.

La fondatezza delle riflessioni sopra svolte risulta avvalorata da quanto sostenuto in sede consultiva dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 3813/13, il cui disposto è stato completamente equivocato dalla successiva pronuncia del massimo organo di giustizia amministrativa, di cui controparte intende avvalersi in questa sede, e di cui è stata ampiamente dimostrata l'incoerenza.

3.3. IN SUBORDINE: DECADENZA O PRESCRIZIONE

In una prospettiva che, nonostante la natura dell'eccezione, deve considerarsi di stretto subordine, si osserva come, comunque, il contestato diritto *ex adverso* azionato debba considerarsi in ogni caso estinto per decadenza o prescrizione.

Si è invero già accennato come la (pacifica e diuturna) mancata inclusione dei meri diplomati magistrali ante 2001/2002 nelle graduatorie permanenti, poi trasformate in graduatorie ad esaurimento consegue ad atti normativi (a sentire controparte, di solo rango secondario), emanati – almeno – a decorrere dall'anno **2000** (d.m. n. 123/2000 e successivi discipline regolamentari della materia).

Ora, secondo una prospettiva tradizionale, la (pacifica) mancata proposizione da parte degli odierni ricorrenti di alcuna forma di reazione giurisdizionale avverso i regolamenti amministrativi citati, che, in quanto impeditivi dell'inserimento in GAE, erano immediatamente lesivi della vantata posizione soggettiva, dovrebbe considerarsi ragione sufficiente per la **decadenza** dal diritto.



E comunque la decadenza dal diritto si coglie, su un piano più prettamente sostanziale, anche se si ragiona sulla circostanza che ad ogni biennio (e poi triennio) **la disciplina regolamentare delle graduatorie ad esaurimento ha sempre posto (per tutti) un termine perentorio per la presentazione delle domande di inserimento/aggiornamento: termine che non è mai stato rispettato dalla ricorrente, che non consta aver mai presentato alcuna domanda di inserimento/aggiornamento** (cfr. a mero titolo d'esempio: artt.1, c. 2 e 11 ddg. 16 marzo 2007; artt. 1 e 11 d.m. n. 42/2009; artt. 1 e 9 d.m. n. 44/2011; art. 9 d.m. n. 235/2011)

Ora, appare davvero evidente che l'inserimento per effetto dell'eventuale accoglimento della domanda giudiziale avrebbe effetto equivalente all'abrogazione o allo svuotamento del portato precettivo delle disposizioni che, negli anni, hanno di volta in volta posto un termine, perentorio per l'inserimento in GAE; termine mai rispettato dalla ricorrente, che giammai ha presentato alcuna domanda.

Ma anche a ritenere, diversamente: che vi sia giurisdizione ordinaria sulla domanda azionata, e che quello azionato sia un diritto soggettivo (ad un *facere* da parte della PA), e che non vi sia stata decadenza, e cionondimeno il diritto azionato dovrebbe stimarsi **prescritto**.

Nella stessa logica avversaria il diritto all'inserimento in GAE sorge direttamente in capo a ciascuno dei ricorrenti **per effetto del conseguimento de titolo abilitante** (diploma magistrale ante 2001/2002) che in quanto tale, non può che risalire, al più tardi, appunto all'anno **2002**.

Recte, per ciascun ricorrente, all'anno di conseguimento del diritto (nel caso di specie, addirittura al 1993).

E, sempre per parte ricorrente, sul versante delle fonti, il diritto all'inserimento nelle graduatorie *de quibus* sorge per effetto del d.P.R. n. 323/**1998**, o addirittura del d.lgs. n. 297/**1994**, che riconosce valore abilitante all'insegnamento al diploma magistrale.

Insomma, a sentire controparte, il diritto all'inserimento in graduatoria, previa domanda, è sorto, in capo a ciascuno dei ricorrenti: a) al più tardi nel **1998** (per i docenti diplomati in precedenza); b) al



più tardi nel **2002** (per i docenti diplomati dopo il d.m. n. 323/1998, ma certo comunque entro il 2001/2002).

A tutto concedere, poi, la lesione del diritto azionato deriva, secondo quanto afferma la stessa controparte, dalla determinazione amministrativa (per questa difesa, del legislatore; ma in questo momento, ciò non rileva) di escludere i meri diplomati magistrali dall'inserimento nelle graduatorie permanenti, poi trasformate in graduatorie ad esaurimento; determinazione amministrativa assunta col d.m. 124/2000, e successivamente solo confermata da determinazioni e regolamentazioni amministrative di identico tenore.

A fronte di tanto, controparte non ha mai, entro il termine di prescrizione, posto in essere **alcun** atto di rivendicazione e nemmeno di esercizio del diritto azionato; che, evidentemente, ha consistenza di diritto ad un *facere* da parte del datore di lavoro e come tale si prescrive, se non in cinque, al più tardi in dieci anni ex art. 2943 c.c..

In difetto – pacifico – di qualsivoglia atto di esercizio del diritto (ché in nessuna forma le controparti hanno mai esatto dal Ministero l'adempimento alla sua obbligazione di *facere*, e cioè al dovere di consentirne l'iscrizione nelle graduatorie permanenti/ ad esaurimento, e tantomeno entro il termine di prescrizione), salvo poi a distanza di tantissimi anni, proporre nanti codesto Giudice il ricorso cui si resiste, il diritto non può che considerarsi **prescritto**.

4. IN STRETTISSIMO SUBORDINE: SULLA PRETESA RISARCITORIA

Per mero scrupolo defensionale, nel non creduto caso di accoglimento delle pretese avversarie, si osserva come del tutto infondata si appalesi ogni pretesa risarcitoria.

Contestata ogni eventuale allegazione sul punto, si osserva comunque come, sotto un primo profilo, difetti ogni allegazione (e a maggior ragione prova), in punto danno – conseguenza, tanto più nella misura in cui la pretesa avversaria è articolata, sostanzialmente, in termini di danno da perdita di chance (essendo ben noto che la perdita di una "chance" favorevole non costituisce un danno di per sé, ma soltanto - al pari del danno da lucro cessante - se la "chance" perduta aveva la certezza o l'elevata probabilità di avveramento, da desumersi in base ad elementi certi ed obiettivi, che il danneggiato o pre-



sunto tale ha l'onere di fornire (Trib. Grosseto, 5 maggio 2015, n. 430; Cass. Civ., sez. II, 27 maggio 2009, n. 12354); che qui non solo non ricorrono, ma nemmeno sono adeguatamente allegati, essendosi limitata controparte ad affermazioni congetturali e generiche; e a nulla evidentemente valendo l'affermazione (peraltro erronea, infondata e, ancora apodittica) secondo cui la ricorrente sarebbe stata indotta a concludere contratti che probabilmente non avrebbe stipulato, atteso che anche questa è comunque un'allegazione in punto pretesa illiceità della condotta, che nulla aggiunge, nemmeno sotto il profilo allegativo, in ordine ai supposti pregiudizi conseguenza.

Il tutto senza considerare la circostanza che le controparti non hanno mai richiesto l'inserimento in GAE, con un comportamento inerte, rilevante ex art. 1227, c. 2 c.c.; né comunque reagito alla condotta (in tesi illecita dell'Amministrazione), con ogni rilievo sotto il profilo dell'applicazione dell'art. 1227, c. 1 c.c..

Ne consegue l'infondatezza (anche) di questa domanda.

* * *

Infine, merita soggiungere come, costantemente, la giurisprudenza dei più svariati distretti nazionali abbia rigettato, con vari accenti, pretese identiche a quelle odiernamente azionate.

Presso il locale distretto di Corte d'appello, ad oggi, il rigetto è stato univoco ed indifferenziato.

Anche di tale materiale giurisprudenziale si provvede al deposito.

* * *

Tutto quanto sopra esposto, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, come sopra rappresentato e difeso, rassegna le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'ecc.mo Tribunale adito,

ogni contraria istanza disattesa, dichiarare il proprio difetto di giurisdizione in favore del Giudice amministrativo; previa occorrendo, declaratoria della prescrizione o della decadenza dal diritto azionato, dichiarare inammissibile ovvero rigettare il ricorso in quanto infondato, in fatto e diritto.

Con vittoria di spese.



Si producono:

- 1) Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2661
- 2) Parere del Consiglio di Stato, sez. II, 5 giugno 2013, n. 3813
- 3) Nota MIUR 6/7/15 n. 19621
- 4) Nota MIUR 20/5/2015, n. 15547
- 5) Nota USR Toscana Prot. N. 7868 del 9/07/2015
- 6) Tribunale di Massa, decr. 7/7/15, in RG 536/15
- 7) Tribunale di Bologna, decr. 15/7/15
- 8) Tribunale di Bologna, decr. 7/7/15
- 9) Tribunale di Livorno, decr. 26/6/15
- 10) Tribunale di Pisa, decr. 13/7/15
- 11) Tribunale di Vallo della Lucania, decr. 23/5/15
- 12) Tribunale di Perugia, decr. 17/7/15
- 13) Tribunale di Padova, decr. 13/7/15
- 14) Tribunale di Mantova, ord, collegiale 16/7/15
- 15) Tribunale di Genova, decr. 21/7/2015
- 16) Tribunale di Alessandria, decr. 13/7/2015
- 17) Tribunale di Campobasso, decr. 22/7/2015
- 18) Tribunale di La Spezia, decr. 27/7/2015
- 19) Tribunale di Arezzo, decr. 23/7/2015
- 20) Tribunale di Trieste, decr. 31/7/2015
- 21) Tribunale di Udine, decr. 1/8/2015
- 22) Tribunale di Teramo, decr. 11/8/2015
- 23) Tribunale di Larino, decr. 31/7/2015
- 24) Tribunale di Imperia, decr. 24/8/2015
- 25) Tribunale di Ancona, decr. 5/8/2015
- 26) Tribunale di Ancona, decr. 8/7/2015



- 27) Tribunale di Ascoli Piceno, decr. 28/7/2015
 - 28) Tribunale di Modena, decr. 3/8/2015
 - 29) Tribunale di Genova, decr. 31/7/2015
 - 30) Tribunale di Genova, decr. 1/8/2015
 - 31) Tribunale di Genova, decr. 29/7/2015
 - 32) Tribunale di Genova, decr. 5/8/2015
 - 33) Tribunale di Genova, sentenza 26/10/2015, n. 917
 - 34) File contenente la documentazione amministrativa relativa alla ricorrente
- Genova 29 ottobre 2015

Giorgio Lembeck

- *Procuratore dello Stato* -

