



REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI SIENA (Sezione Lavoro)
"In nome del popolo italiano"
Sentenza

[REDACTED] rgl

Svolgimento del processo.

(Motivi della decisione: p. 2 ss., orientamento assunto in sede di cognizione sommaria, nel caso concreto, ovvero nel contenzioso; pp. 17-22, diverso orientamento assunto in sede di cognizione ordinaria).

A mezzo ricorso depositato il 14/9/2015, [REDACTED] (difesa dagli avv. Santi Delia e Michele Bonetti) docente abilitata all'insegnamento per effetto del conseguimento del diploma di maturità Magistrale entro l'anno scolastico 2001/2002 (quindi, prima dell'istituzione della laurea in Scienze della Formazione) esercitava contro il **Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, l'Ufficio Scolastico Regionale della Toscana e l'Ambito Territoriale di Siena** azione di (**conclusioni**, ricorso, sintesi) accertamento del diritto all'inserimento nelle Graduatorie ad esaurimento (III fascia) Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana, Ambito Territoriale per la Provincia di Siena (v. ricorso per eventuali specificazioni territoriali ulteriori) per la classe concorsuale Scuola dell'Infanzia e Primaria e relativi elenchi di sostegno per il triennio 2014/2017.

L'Amministrazione scolastica si costituiva in giudizio (in persona del funzionario delegato Ernesto Nieri), contestando la fondatezza della domanda, della quale (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 16) chiedeva il rigetto.

*

All'udienza 27/11/2015, nella causa n. 818/2015 sono comparsi per Rosa Daniela Mansueto l'avv. Marika Bruno in sostituzione, che deposita atti relativi alla notificazione; per l'Amministrazione scolastica il funzionario delegato Ernesto Nieri.

Il giudice sente le parti che allo stato si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni.

Discussa la causa, il giudice pronuncia al termine sentenza ex art. 429, co. 1 cpc, pt. I (d.l. 2008/n. 112, conv. l. 2008/n. 133, art. 53)(ricorso depositato dopo il 25/6/08, ex artt. 56, 85 d.l. e l. cit.)(lettura della esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione).

Motivi della decisione.



Diamo conto dell'orientamento sino ad oggi assunto dal giudice nel corso di più decreti e ordinanze sommarie nell'ambito di procedimento ex art. 669-bis ss., 700 cpc.

Il diploma magistrale, di cui parte/i ricorrente/i è/sono in possesso, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, sarebbe stato riconosciuto come titolo abilitante agli effetti di legge - secondo parte/i ricorrente/i - solo con il d.P.R. 25/3/2014 emesso a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato, con il quale è stato recepito un parere espresso dal Consiglio di Stato in sede consultiva nell'adunanza del 5/6/2013.

In quella sede il Consiglio di Stato aveva considerato "illegittimo il d.m. 2011/n. 62, 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. La disposizione è stata ritenuta 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".

In coerenza con il d.P.R. 25/3/2014, il Ministero ha emanato il d.m. 2014/n. 353 con il quale, nell'emettere le disposizioni per la presentazione delle domande da parte degli aspiranti per la costituzione delle graduatorie di circolo e di istituto per l'anno scolastico 2014/2015, ha ammesso anche i diplomati magistrali ante anno scolastico 2001/2002 alla presentazione delle domande per l'inserimento nella seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto.

Analogo riconoscimento, invece, non è avvenuto a favore dei diplomati magistrali nel d.m. n. 235/2015 contenente le disposizioni sull'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo per il triennio 2014/2017.

E' intervenuto, quindi, il Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 1973/2015, ha annullato (ma v. oltre più ampiamente) 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'anno scolastico 2001/2002, l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento.

Parte/i ricorrente/i sostiene/engono che l'annullamento, da parte del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, dei criteri fissati dal d.m. 2014/n. 235, nella parte in cui era stata preclusa ai docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 l'inserimento nelle graduatorie provinciali ad esaurimento avrebbe valenza erga omnes, con la conseguenza della maturazione del titolo all'inserimento nelle graduatorie predette.

*

Pregiudizialmente, in ordine alla giurisdizione (che viene negandosi in numerosi precedenti giurisprudenziali in materia) occorre rilevare che la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, invocata a sostegno della domanda, ha assunto la giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto che le censure formulate in quella sede fossero attinenti ai criteri generali di formazione delle graduatorie, a mezzo dell'impugnazione in via principale del d.m. 2014/n. 235, definito atto generale con efficacia immediatamente lesiva (il Consiglio di Stato ribadisce l'argomentazione e la soluzione nella sent. 2015/n. 3788, del 3/8, come nella sent. 2015/n. 3628, del 21/7/2015).

Il Consiglio di Stato, invero, sembra essersi posto in contrasto con l'orientamento prevalente nella stessa giurisprudenza amministrativa che, senza operare alcuna distinzione tra impugnazione degli atti di macro-organizzazione o dei provvedimenti di esclusione, assume che, sulle controversie aventi ad oggetto le graduatorie permanenti e ad esaurimento della scuola sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in considerazione della natura della situazione giuridica protetta e dell'attività esercitata dall'Amministrazione e tenuto anche conto dell'assenza di una procedura concorsuale in senso stretto (v. ad es. TAR Lazio, sez. terza bis, 19/6/2015 n. 8542).

Soprattutto, poi, la ritenuta giurisdizione del giudice amministrativo non pare coerente con la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, quale organo supremo regolatore della giurisdizione, è da tempo attestata sull'affermazione in materia della giurisdizione ordinaria (ad es. SU n. 1203/2000, n. 3399/2008).

Ancora di recente, con la sent. n. 16756/2014 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno riaffermato che *"in tema di graduatorie permanenti del personale della scuola, con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento in graduatoria ai sensi del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, venendo in questione determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), di fronte alle quali sono configurabili diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione, e non potendo configurarsi l'inerenza a procedure concorsuali - per le quali l'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, mantiene la giurisdizione del giudice amministrativo - in quanto trattasi, piuttosto,*



dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili".

In particolare, nella motivazione della sentenza da ultimo citata, le Sezioni Unite hanno chiaramente affermato: "queste Sezioni unite (cfr., in particolare, Cass. S.U. 9 agosto 2010 n. 18479; Cass. S.U. 28 luglio 2009 n. 17466; Cass. 13 febbraio 2008 n. 3399) hanno precisato che, in materia di graduatorie permanenti del personale della scuola e con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria, ai sensi del D.Lgs. n. 297 del 1991 e successive modificazioni, la giurisdizione spetta al giudice ordinario venendo in questione atti che non possono non restare compresi fra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2), di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione. Non può configurarsi, in particolare, l'inerenza a procedure concorsuali - per le quali il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63 mantiene la giurisdizione del giudice amministrativo - trattandosi piuttosto dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili. Ed infatti il concorso a pubblico impiego consiste nella procedura comprendente sia la fase di individuazione degli aspiranti forniti dei titoli generici di ammissione sia la successiva fase delle prove e dei confronti di capacità, diretti ad operare la selezione in modo obiettivo: fase, questa, dominata dall'esercizio di una discrezionalità, non solo tecnica, ma anche amministrativa nella valutazione delle prove dei candidati da parte degli organi selettori, il che spiega la perdurante devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo. Suole così contrapporsi il sistema di reclutamento basato su liste degli uffici di collocamento e sulle relative graduatorie a quello basato sulle prove di concorso: nell'un sistema è ravvisabile solo la prima delle due fasi suddette, e l'inserzione dell'aspirante nella graduatoria in base a criteri fissi e prestabiliti ne determina il reclutamento non già immediato ma solo eventuale e futuro, ossia destinato a realizzarsi se e quando si rendano vacanti uno o più posti di lavoro; nell'altro sistema sono ravvisabili entrambe le fasi suddette ed a quella della selezione segue, immediatamente e di regola, l'assunzione. Solo a questo secondo sistema si riferisce l'art. 63 cit., che si riferisce alle procedure concorsuali per le assunzioni, mentre le ipotesi in cui si controverta circa l'inserzione dell'aspirante in graduatorie di utilizzazione soltanto eventuale esulano da questa previsione. Sono ipotesi in cui il soggetto privato fa valere il suo diritto al lavoro (artt. 4 e 36 Cost.), chiedendone la realizzazione ad una pubblica amministrazione dotata di potere di accertamento e di valutazione tecnica, con la conseguenza che le relative controversie debbono essere conosciute dal giudice ordinario".

Sussiste, dunque, in materia la giurisdizione del giudice ordinario adito, e non del giudice amministrativo (cfr. ad es. ord. 3/6/2015, Trib. Bologna, giudice Giovanni Benassi, dalla quale abbiamo per economia, e totale condivisione sul punto, largamente attinto. Per l'affermazione della giurisdizione ordinaria in materia, v. inoltre ad. es. Trib. Massa, giudice Erminia Agostini, ord. 7/7/2015, pp. 2-3; Tribunale di Livorno, giudice



Raffaella Calò, ord. 26/6/2015, § 3; Trib. Venezia, ordd. 9/7/2015, 14/7/2015 e altre, giudici Margherita Bortolaso e Chiara Coppetta Calzavara; Tribunale7, giudice Roberto Rivero, ord. 25/7/2015, ma v. numerosi altri interventi).

*

Prima di addentrarsi nel merito della questione, si deve rilevare che il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Direzione generale per i contratti, gli acquisti e per i sistemi informativi e la statistica, Ufficio III, Direzione Generale per i contratti, gli acquisti e per i sistemi informativi e la statistica, con nota indirizzata ai Direttori degli Uffici Scolastici Regionali, ai Dirigenti degli Ambiti Territoriali Provinciali e p.c. alla Direzione Generale del Personale Scolastico Sede, avente ad oggetto "Programma ICT P2015_1.1- Inserimento degli aspiranti docenti in possesso del diploma magistrale nelle Graduatorie ad Esaurimento del personale docente", facendo seguito alla nota AOODGPER Prot. n. 0016485 del 04/06/2015, aveva reso noto che, a far data dal 29/06/2015, sarebbe stata resa disponibile la funzione per l'inserimento nelle graduatorie della scuola dell'infanzia e/o primaria degli aspiranti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/02. Detta funzione avrebbe consentito:

- l'inserimento a pieno titolo per i destinatari di provvedimenti giurisdizionali favorevoli;

- l'inserimento con riserva per contenzioso in corso per gli aspiranti che hanno al momento un contenzioso ancora pendente.

Erano quindi fornite di seguito le indicazioni per gestire correttamente a Sistema le posizioni di cui sopra.

Avendo, pertanto, al 30/6/2015 parte/i ricorrente/i contenzioso in corso pendente, pareva sopravvenuto difetto di pericolo da ritardo del provvedimento di merito.

Sulla questione, tuttavia, per intervento dell'On. Vincenza Bruno Bossio (PD) è stata già depositata interrogazione parlamentare per chiedere al Governo chiarimenti.

E con nota del 6/7/2015, avente ad oggetto, "Richieste di inserimento in Graduatorie ad esaurimento di docenti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002", la Direzione Generale per il Personale Scolastico, a fronte dei quesiti pervenuti da parte di diversi Uffici Scolastici Regionali, a seguito della sopra riportata nota tecnica prot. n. 2198 del 30 giugno 2015 predisposta dalla Direzione generale per i contratti, gli acquisti e i sistemi informativi e la statistica ha precisato:

"con la nota sopra richiamata, nel comunicare l'apertura delle funzioni agli Uffici Scolastici per l'inserimento degli aspiranti è stato precisato, sotto il profilo strettamente tecnico, che detta funzione consente:

l'inserimento a pieno titolo per i destinatari di provvedimenti giurisdizionali favorevoli;

- l'inserimento con riserva per contenzioso in corso per gli aspiranti che hanno al momento un contenzioso ancora pendente.

In ogni caso, nel merito e sotto il profilo amministrativo, devono ritenersi confermate le istruzioni già impartite dalla scrivente Direzione Generale con la nota prot. n. 15457 del 20 maggio 2015 nella parte in cui



chiariva che debbano essere inseriti a pieno titolo nelle graduatorie ad esaurimento, secondo il rispettivo punteggio, i destinatari di sentenze che abbiano definito nel merito, in senso favorevole ai ricorrenti, la controversia. Altresì, dovrà procedersi nei sensi e per gli effetti dell' ammissione con riserva nelle graduatorie provinciali di interesse dei soli soggetti destinatari, quali parti in causa di relativo giudizio contenzioso, di ordinanze cautelari favorevoli. Viceversa, non potranno vantare alcun titolo, ai fini dell'inclusione nelle graduatorie provinciali di interesse, coloro che, pur trovandosi nella medesima situazione giuridica, ovvero in possesso di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, non possano invocare alcun provvedimento giudiziale favorevole ad essi individualmente e specificamente rivolto in pendenza di giudizio o, addirittura, non abbiano tempestivamente impugnato il predetto D.M. n. 235/14 in sede giurisdizionale".

Ora, la discriminazione posta dall'intervento ministeriale ci pare di notevole gravità, dettata certo da pressanti esigenze di politica riformatrice del settore, ma di difficile tenuta sul piano della legalità ed eguaglianza. Quasi il solo piano di una indubitabile istanza paritaria da garantire potrebbe indurre all'accoglimento della domanda, se ad esso non vi ostassero superiori argomentazioni.

Diamo, poi, atto che il Consiglio di Stato prosegue nell'annullamento del d.m. n. 235/2014, "nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti, docenti in possesso di titolo abilitante di diploma magistrale conseguito entr l'anno scolastico 2001/2002, l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento" (sent. 2015/n. 3788, del 3/8, come nella sent. 2015/n. 3628, del 21/7/2015). E anche a questo riguardo, una indubitabile istanza paritaria da garantire potrebbe indurre all'accoglimento della domanda, se ad esso non vi ostassero superiori argomentazioni.

*

Nel merito, occorre prender le mosse dalla sent. 2015/n. 1973 della VI Sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – senza qui affrontare la non semplice problematica dell'ambito dei suoi limiti soggettivi di efficacia ¹–

¹ In modo particolarmente attento, l'ordinanza 3/6/2015, Trib. Bologna, cit. affronta la questione nelle pp. 7-9, qui riportate, con argomentazioni nella sostanza condivisibili:

"4. (...) dovrebbero essere tratte, sul piano logico giuridico, alcune conseguenze che escludono, recisamente, l'efficacia erga omnes della sentenza del Consiglio di Stato, posta a fondamento della domanda.

In primo luogo non può sottacersi 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 effettuare 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 nè provvedimentale nè 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 2004 difetta dei caratteri propri delle fonti normative regolamentari e, cioè, dell'astrattezza, delle generalità e della innovatività, perchè, 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.

In altri termini, sulla base del principio che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, erano già in possesso del titolo abilitante e che il riconoscimento di tale abilitazione soltanto nel 2014, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, non può impedire che questo abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali, il Consiglio di Stato ha disapplicato la decretazione ministeriale che non consentiva ai diplomati magistrali di presentare la relativa domanda, ha considerato valide le domande amministrative presentate dopo il 2014 ed ha, infine, ritenuto fondata la pretesa di inserimento nella terza fascia delle medesime graduatorie, nella fascia, cioè, "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 singolarmente 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".

Nella sostanza, il Consiglio di Stato, nel decidere la domanda proposta in quel giudizio, ha disapplicato il decreto ministeriale, così rimuovendo l'ostacolo che impediva agli allora ricorrenti di presentare con esito favorevole la domanda di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, con la conseguenza che la statuizione



ma per condividerne, in sede sommaria, talune argomentazioni con attinenza al caso qui in discussione:

"è incontestabile che con il decreto ministeriale n. 325/2014, sulla base del citato parere, è stato riconosciuto a tutti i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, di accedere alla seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto, è altrettanto indubitabile che, nel ricorso in primo grado, gli attuali appellanti abbiano evidenziato che la loro richiesta non era tesa all'inserimento nella seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto, inserimento peraltro già acquisito per quanto detto innanzi, ma all'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti, ora ad esaurimento, cioè nelle graduatorie costituite ai sensi dell'articolo 401 del decreto legislativo n. 297/94, riservate ai docenti muniti di abilitazione e utilizzate per l'assunzione a tempo indeterminato, in ragione del cinquanta per cento dei posti autorizzati annualmente dal Ministero.

Ora, 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. 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 singolarmente 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.

In tal senso, 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.

contenuta nella sentenza non può assumere portata generale ma è limitata a produrre effetti solo tra le parti in causa".

V. anche, più stringatamente, in senso conforme §§ 17-18 ord. 26/6/2015, Trib. Livorno, e Trib. Massa, ord. 7/7/2015, p. 5).

Diversamente interpreta, tuttavia, il Consiglio di Stato (sent. 2015/n. 3788, del 3/8, come nella sent. 2015/n. 3628, del 21/7/2015), che parla del proprio precedente intervento quale pronunciamento interpretativo, avente ad oggetto il regime normativo pertinente e, come tale, valevole erga omnes.



2. In conclusione, l'appello è fondato e va accolto e gli appellanti vanno inseriti nella terza fascia delle citate graduatorie permanenti, ora ad esaurimento".

Ciò premesso, sul sostanziale buon diritto della/e parte ricorrente/i, è necessario scindere un livello politico-normativo da un livello giurisdizionale.

Se al primo spetterà affrontare la grave questione della sostanziale ingiustizia perpetrata in modo sorprendente sino ad oggi nei confronti della categoria professionale interessata dalla presente controversia, composta da coloro che hanno conseguito il diploma di maturità Magistrale entro l'anno scolastico 2001/2002 (non senza dover regolamentare anche il conflitto venutosi a creare con coloro legittimamente inseriti nella graduatorie ad altro titolo e con aspettative, almeno, altrettanto legittime), il livello giurisdizionale deve affrontare tuttavia problematiche diverse, in ordine alle quali né la sent. 2015/n. 1973 del Consiglio di Stato, né i successivi interventi del supremo consesso della giurisdizione amministrativa, appaiono pienamente persuasivi.

Il d.P.R. 25/3/2014 recepisce il parere del Consiglio di Stato, che ha considerato illegittimo 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.

Il d.P.R. citato, dunque, non può costituire valida fonte relativamente al diritto dei diplomati magistrali all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, dato che riguarda le graduatorie di istituto, cioè quelle graduatorie nelle quali poi sono stati ammessi a presentare domanda con il d.m. n. 353/2014.

Anzi, proprio secondo il citato parere del Consiglio di Stato, i diplomati magistrali ante anno scolastico 2001/2002, pur essendo in possesso di un titolo idoneo a tutti gli effetti di legge, non possono pretendere l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Si legge, al riguardo, nel parere in discorso: "*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".*



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 ricorrente/i, 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 (V. per l'argomentazione che precede, Trib Bologna, ord. 3/6/2015, cit.).

Inoltre, correttamente, ad es. il Tribunale di Livorno, giudice Raffaella Calò, ord. 26/6/2015 (sul punto condivisa e riportata da Trib. Bologna, 3/6/2015, cit., pp. 10-11), ritiene che 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 risulti 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"; per altro verso e in linea generale, deve escludersi che la anzidetta pronuncia del giudice amministrativo - resa nell'ambito di un ricorso straordinario al Capo dello Stato - possa avere efficacia propriamente costitutiva di diritti. Tanto più che, come osservato sopra, in detto parere - che i ricorrenti invocano quale presupposto del proprio diritto all'inserimento nelle GAE - il Consiglio di Stato ha escluso espressamente la sussistenza di tale diritto, limitandosi ad affermare (e dunque a riconoscere) la natura abilitante del titolo conseguito negli istituti magistrali a seguito di regolare corso di studio, al contempo negando il diritto di tali docenti all'inserimento nelle GAE" (§ 9, Trib. Livorno, ord. cit.).

"Dalle considerazioni sopra svolte - prosegue la giudice labronica - deriva che la 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. 4929/2012 del Consiglio di Stato, la tardività della domanda di inserimento nelle GAE di cui al presente giudizio, ben avendo potuto la 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 GAE 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").

La circostanza che la mancata proposizione da parte della 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 (rectius, per la proposizione di una domanda pacificamente mai presentata (...) prima della "diffida" del 2015, in atti).

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, e' effettuato con cadenza



triennale e con possibilità di trasferimento in un'unica provincia secondo il proprio punteggio, nel rispetto della fascia di appartenenza ... Essendo chiaro il tenore letterale e il significato della norma primaria, che inequivocamente dispone in via di principio di non ulteriormente consentire l'ampliamento delle graduatorie del personale docente ed educativo supplente, deve escludersi la possibilità della parte ricorrente (al pari di tutti coloro che non hanno presentato domanda entro i termini di legge) di un successivo inserimento in dette graduatorie" (§§ 9-16 ord. 26/6/2015, Trib. Livorno, cit.; analogo andamento argomentativo segue Trib. Massa, ord. 7/7/2015, pp. 3-5, che conclude: "o la ricorrente aveva già diritto all'inserimento prima della chiusura delle graduatorie ed allora la stessa pare decaduta dall'esercitarlo in ragione della mancata presentazione della domanda di inserimento, non essendosi avvalsa della c.d. clausola di salvezza prevista dalla legge [v. lettera c) dell'art. 1 comma 605 della legge 296/2006, secondo cui "Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione"]. Oppure il diritto è sorto soltanto a seguito della pronuncia del C.d.S., ma in tal caso difetta un provvedimento giurisdizionale (emesso da parte dell'autorità giudiziaria munita di giurisdizione) o legislativo, prevedente un'ulteriore ipotesi derogatoria alla chiusura definitiva delle GAE, che consenta l'inserimento ex novo", p. 6).

Analogamente, Trib. Oristano (giudice Salvatore Carboni), ord. 16/8/2015), pp. 9-10:

"I ricorrenti, inoltre, non appaiono potere vantare alcun diritto soggettivo all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

L'articolo 1, comma 605, della legge 23 dicembre 2006 n° 296 prevede al punto c) (...) In altri termini, sulla base di tale disposizione, la quale prevedeva la conversione delle vecchie graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, con divieto di inserimento di nuovi abilitati a parte le eccezioni previste dalla norma, gli odierni ricorrenti non appaiono avere titolo per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, atteso che ciò sarebbe dovuto avvenire, come indicato chiaramente dalla norma, per il biennio 2007-2008. Non appare revocabile in dubbio che quello previsto dalla norma sia un termine perentorio, atteso che si tratta della fase di "chiusura" delle graduatorie (non a caso definite come) ad esaurimento, termine che non può essere certamente riaperto se non da una norma di rango primario di pari grado, che non risulta mai emanata. I ricorrenti, in altre parole, avrebbero dovuto chiedere l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento per il biennio 2007-2008, facendo valere in tale contesto normativo e temporale le eventuali doglianze in materia di valore abilitante del diploma magistrale; ma essendosi ormai verificata la preclusione temporale prevista dalla norma, pare a questo Giudice che la pretesa dei ricorrenti di avere accesso alle graduatorie ad esaurimento non risulti sorretta da alcuna norma di rango primario idonea a derogare alla preclusione introdotta dalla menzionata legge 27 dicembre 2006 n° 296, essendo pacifico che i ricorrenti non fossero precedentemente inseriti nelle graduatorie permanenti, ma soltanto in quelle di istituto".

V. anche Trib. Napoli, ordd. 20/7/2015, giudici Roberto Pellecchia e Francesca Spina.

Ord. 16/7/2015, Trib. Perugia, giudice Marco Medoro;



Ord. 23/7/2015, Trib. Grosseto, giudice Antonella Casoli (peraltro riformata in sede di reclamo).

Ord. 29/7/2015, Trib. Spoleto, giudice Luca Marzullo.

Ancora Trib. Massa, ordd. 11/9/2015 in pari data, giudice Erminia Agostini e 8/9/2015, giudice Augusto Lama.

Ord. resa in causa 561/2015 rgl, da ud. 15/7/2015, Trib. Reggio Emilia, caso Caputano ed altri, giudice Elena Vezzosi

Ord. 12/8/2015, Trib. Bologna, giudice Carlo Sorgi.

Il buon diritto, dicevamo, della parte/i ricorrente/i non è stato novitariamente accordato da una fonte normativa, ma risiedeva, bisognoso di interpretazione e tutela, nell'ordinamento dato, come affermato sin dal parere 5/6/2013 del Consiglio di Stato (che ha parlato di "contrasto 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").

Il Consiglio di Stato (sent. 2015/n. 3788, del 3/8, e in senso conforme la sent. 2015/n. 3628, del 21/7/2015) afferma "sussist(ere) l'attualità dell'interesse degli originari ricorrenti ai quali, in precedenza, non è stato consentito di formulare la domanda di inserimento nelle graduatorie permanenti (ora ad esaurimento) riservate ai docenti muniti di abilitazione, in quanto il diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002, è stato considerato titolo abilitante solo a partire dall'intervento del Consiglio di Stato, il cui parere è stato formalizzato dal d.P.R. del 25 marzo 2014. Quest'ultimo, riconoscendo il citato diploma come abilitante a tutti gli effetti di legge, ha consentito così agli attuali appellanti di presentare la predetta domanda di inserimento in graduatoria.

Ora, se è incontestabile che con il decreto ministeriale n. 325/2014, sulla base del citato parere, è stato riconosciuto a tutti i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, di accedere alla seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto, è altrettanto indubitabile che, nel ricorso in primo grado, gli attuali appellanti abbiano evidenziato che la loro richiesta non era tesa all'inserimento nella seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto, inserimento peraltro già acquisito per quanto detto innanzi, ma all'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti, ora ad esaurimento, cioè nelle graduatorie costituite ai sensi dell'articolo 401 del decreto legislativo n. 297/94, riservate ai docenti muniti di abilitazione e utilizzate per l'assunzione a tempo indeterminato, in ragione del cinquanta per cento dei posti autorizzati annualmente dal Ministero.

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 da considerare in possesso del titolo abilitante. Il fatto che tale idoneità del titolo posseduto 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, trattandosi di un pronunciamento interpretativo, (quello sopra menzionato di questo Consesso) avente ad oggetto il regime normativo



pertinente e, come tale, valevole erga omnes (nei limiti dell'esaurimento degli effetti e della contestabilità giurisdizionale del rapporto amministrativo relativo a ciascun interessato).

Conseguentemente, risulta utile la stessa presentazione delle citate domande di inserimento, inoltrate 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 attribuirgli valenza utile 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.

In tal senso, si è del resto già pronunciata questa Sezione con la sentenza n. 1973 del 16 aprile 2015, da cui non ci si intende discostare.

Ne' diversamente da quanto sostenuto dall'Amministrazione, può' essere condivisa la tesi fondata sulla differenza tra l'efficacia del titolo abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002 e il diritto dei medesimi docenti abilitati all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento. Ciò in quanto dalla normativa vigente requisito sufficiente per siffatto inserimento e' il possesso della abilitazione all'insegnamento.

Del resto, la tabella di valutazione dei titoli della citata terza fascia delle graduatorie ad esaurimento del personale docente delle scuole e istituti di ogni ordine e grado, - tabella allegata, come previsto dall'articolo 1 al d.l. n. 97/2004 convertito dalla legge n.143/2004, integrata dalla legge n.186/2004 e modificata dalla legge n. 296/2006 -, prevede tra l'altro, al punto A), denominato "titoli abilitanti di accesso alla graduatoria", il titolo abilitante comunque posseduto, che è quindi titolo valido, come il diploma magistrale citato, per il suddetto inserimento.

Lo stesso articolo 1, comma 605, lettera c) della predetta legge n. 296/2006, nel fare riferimento alla definizione di un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato allo scopo di dare soluzione al fenomeno del precariato, fa espressamente salvi, per il biennio 2007-2008, nelle graduatorie trasformate da permanenti in graduatorie ad esaurimento da cui, in parte, attingere per l'assunzione, gli inserimenti a favore dei docenti già in possesso di abilitazione, pur escludendo la possibilità di nuovi inserimenti.

Questo Collegio ritiene, quindi, che, all'atto della citata trasformazione delle graduatorie, gli originari ricorrenti e attuali appellanti fossero già in possesso di abilitazione e non fossero nuovi abilitati da escludere dall'inserimento nelle predette graduatorie.

In tal senso, 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.

2. In conclusione, l'appello è fondato e va accolto e gli appellanti vanno inseriti nella terza fascia delle citate graduatorie permanenti, ora ad



esaurimento, per le classi di concorso Scuola primaria e/o Scuola dell'infanzia".

Anche la lettura di questi ulteriori interventi del Consiglio di Stato ci conforta nell'opinione che il buon diritto della parte/i ricorrente/i non è stato successivamente accordato *ex novo* da una fonte normativa, ma risiedeva, bisognoso di interpretazione e tutela, nell'ordinamento.

Ci pare sommessamente che il supremo organo della Giustizia amministrativa oscilli continuamente tra l'affermazione del riconoscimento del citato diploma come abilitante in forza del parere formalizzato dal d.P.R. del 25 marzo 2014, che avrebbe pertanto "a tutti gli effetti di legge, consentito così agli attuali appellanti di presentare la predetta domanda di inserimento in graduatoria" e la contraddittoria - corretta - enunciazione "che, all'atto della citata trasformazione delle graduatorie, gli originari ricorrenti e attuali appellanti fossero già in possesso di abilitazione e non fossero nuovi abilitati da escludere dall'inserimento nelle predette graduatorie", ed essere "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", quindi almeno dal 2006 (l. n. 296).

In ogni caso, l'annullamento del d.m. n. 235/2014, "nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti, docenti in possesso di titolo abilitante di diploma magistrale conseguito entr l'anno scolastico 2001/2002, l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento", non realizza ancora il diritto affermato dai diplomati che agiscono nell'attuale contenzioso, ben potendo la fattispecie necessitare l'integrazione di ulteriori elementi costitutivi, come incontrare - così come incontra - ostacoli impeditivi o estintivi.

Non si condivide, pertanto, l'argomentazione del Tribunale di Ravenna, giudice Roberto Rivero, ord. 25/7/2015: "7.- Va ancora evidenziato come - condivisibilmente - nella citata pronuncia il CdS abbia respinto la tesi sostenuta dall'Amministrazione, "fondata sulla differenza tra l'efficacia del titolo abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002 e il diritto dei medesimi docenti abilitati all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento. Ciò in quanto dalla normativa vigente requisito sufficiente per siffatto inserimento e' il possesso della abilitazione all'insegnamento.

In effetti, la tabella di valutazione dei titoli della citata terza fascia delle graduatorie ad esaurimento del personale docente delle scuole e istituti di ogni ordine e grado, tabella allegata, come previsto dall'articolo 1 al d.l. n. 97/20 convertito dalla legge n.143/2004, integrata dalla legge n.186/2004 e modificata dalla legge n. 296/2006, prevede tra l'altro, al punto A) denominato "titoli abilitanti di accesso alla graduatoria" il titolo abilitante comunque posseduto, che è quindi titolo valido, come il diploma magistrale citato, per il suddetto inserimento.

Lo stesso articolo 1, comma 605, lettera c) della predetta legge n. 296/2006, nel fare riferimento alla definizione di un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato allo scopo di dare soluzione al fenomeno del precariato, fa espressamente salvi gli inserimenti, per il biennio 2007-



2008, nelle graduatorie trasformate da permanenti in graduatorie ad esaurimento da cui in parte attingere per l'assunzione, a favore dei docenti già in possesso di abilitazione, pur escludendo la possibilità di nuovi inserimenti. Secondo questo Collegio, quindi, all'atto della citata trasformazione delle graduatorie, gli originari ricorrenti e attuali appellanti erano già in possesso di abilitazione e non erano nuovi abilitati da escludere dall'inserimento nelle predette graduatorie". 8.- In altre parole, ed a scanso di equivoci, l'ultima sentenza del CDS ha anche fatto giustizia dell'argomento utilizzato in molte pronunce di rigetto, fin qui rese in analoghi giudizi ex art. 700, secondo cui il diritto vigente (l'art 1, comma 605, lettera c) della predetta legge n. 296/2006) non consentirebbe l'inserimento delle lavoratrici di cui si discute nelle graduatorie in quanto nuovi inserimenti. All'opposto, dice giustamente il CDS, chi - come i ricorrenti - era in possesso del diploma magistrale fin dal 2001-2002 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) ".

Al contrario, ci pare indubitabile la differenza tra l'indiscussa efficacia del titolo abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002 e il diritto dei medesimi docenti abilitati all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento. Poiché, se in base alla normativa vigente requisito sufficiente per siffatto inserimento era il possesso della abilitazione all'insegnamento, non possono oggi prendersi in esame domande neppure proposte al tempo in cui, necessariamente, dovevano essere proposte, oppure, in caso di loro rigetto, non seguite dall'esercizio dell'azione giudiziale.

La stessa declaratoria di incostituzionalità di una legge, che travolge gli atti giuridici posti in essere sulla sua base, in conseguenza della eliminazione del loro fondamento, si scontra problematicamente con prescrizione e decadenza (cfr. ad es. Cass. S1 2012/n. 20381: "Le pronunce di accoglimento del giudice delle leggi - dichiarative di illegittimità costituzionale - eliminano la norma con effetto "ex tunc", con la conseguenza che essa non è più applicabile, indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie sia sorta in epoca anteriore alla pubblicazione della decisione, perché l'illegittimità costituzionale ha per presupposto l'invalidità originaria della legge - sia essa di natura sostanziale, procedimentale o processuale - per contrasto con un precetto costituzionale, fermo restando il principio che gli effetti dell'incostituzionalità non si estendono esclusivamente ai rapporti ormai esauriti in modo definitivo, per avvenuta formazione del giudicato o per essersi verificato altro evento cui l'ordinamento collega il consolidamento del rapporto medesimo, ovvero per essersi verificate preclusioni processuali, o decadenze e prescrizioni non direttamente investite, nei loro presupposti normativi, dalla pronuncia d'incostituzionalità"): a maggior ragione, come nel caso concreto, una mera interpretazione ed applicazione del diritto già vigente, ancorché nelle forme dell'intervento descritto.



Non si condivide, pertanto, ad es. l'argomentazione del Tribunale di Pordenone, ord. 11/6/2015 (giudice Angelo Riccio Cobucci)(pp. 3-4)(e più ampiamente nella ord. 14/7/2015 dello stesso giudice, pp. 4-6), come del Tribunale de l'Aquila (giudice Anna Maria Tracanna, ord. 7/7/2015, p. unica), del Tribunale di Frosinone (giudice Laura Laureti), ord. 17/6/2015, pp. 7-8 (e ancora ord. 15/7/2015 della stessa giudice, pp. 8-9)(consterebbe peraltro *revirement* da parte della medesima), del Tribunale di Avezzano (giudice Giuseppe Giordano) ord. 9/6/2015; Tribunale Ravenna, (giudice Roberto Rivero), ord. 25/7/2015, cit.; Tribunale di Gela, ord. 28/7/2015 (giudice Alessandro Laurino); ord. 24/7/2015, Trib. Tivoli (giudice Livio Sabatini).

* * *

Riteniamo, tuttavia, di dover modificare in sede di cognizione ordinaria il proprio orientamento.

Si omette l'integrazione della giurisprudenza sopra ricordata con ulteriori interventi, in un senso o nell'altro, ovviamente sopravvenuti o precedentemente non esaminati, alcuni dei quali significativi, sempre in copia prodotti dalle parti.

Lo stimolo modificativo muove certo da una istanza antidiscriminatoria, meglio egalitaria: ormai è evidente che coloro che hanno scelto la via giurisdizionale amministrativa hanno trovato favorevole sponda in orientamento che parrebbe saldamente assestato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Anche più recentemente il supremo organo di giustizia amministrativa, pronunciandosi "per la riforma dell'ordinanza cautelare del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 03433/2015, resa tra le parti, concernente aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo valevoli per il biennio scolastico 2014/2017 (...) vista la impugnata ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale di reiezione della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado (...) rilevato che, *conformemente a quanto ritenuto da questo Consiglio di Stato in analoghe controversie, l'istanza cautelare merita accoglimento* limitatamente all'iscrizione dei ricorrenti nelle graduatorie ad esaurimento di cui alla legge n. 296 del 2006, art. 1, comma 605, con esclusione della partecipazione al piano straordinario di assunzioni di cui alla legge n. 107 del 2015; Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospende l'esecutività della sentenza impugnata, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione".

Così ord. 2015/n. 4313 del 23/9 e del tutto identicamente ord. n. 4312.

Ad es. il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza bis) con ordinanza 22/10/2015, n. 4568, "*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") si allinea alla giurisprudenza formatasi in senso al Consiglio di Stato, anzi sembrando addirittura compiere riferimento ad un pacifico annullamento *erga omnes* dell'atto lesivo, come già affermato dal Consiglio stesso (sent. 2015/n. 3788, del 3/8, come nella sent. 2015/n. 3628, del 21/7/2015, che parla del proprio precedente intervento quale pronunciamento interpretativo, avente ad oggetto il regime normativo pertinente e, come tale, valevole *erga omnes*)(cfr. ancora, ord. 26/10/2015, n. 4603 della medesima Sezione Terza bis). Se la questione attinente alla efficacia oggettiva e soggettiva delle pronunce del Consiglio di Stato è certamente irrilevante (ben potendo il giudice condividere la sostanza delle argomentazioni della giurisprudenza amministrativa, come ovviamente integrarle, o adottarne di proprie)(cfr. ad es. Trib. Vicenza, ord. 3/8/2015, giudice Gaetano Campo, p. 1; giudice Eugenio Alberto Stancanelli, nella ordinanza 13/8/2015 del Tribunale di Enna, p. 8), certamente la presa d'atto di una certa efficacia *erga omnes* risolverebbe radicalmente la fondamentale questione di merito.

Cfr. analogamente Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), ordinanza 31/8/2015, n. 3900, "*conformemente, a un orientamento ormai piuttosto consolidato della Sezione*").

Non si tratta, dunque, di un impulso reinterpretativo metagiuridico, ma di una ineludibile istanza paritaria che muove da diritto appena nato, ma assai ben vivente.

Del resto, già nei nostri precedenti in materia si è colta la insoddisfacente contraddizione insita in una vicenda dove certamente il buon diritto dei diplomati magistrali pacificamente è stato misconosciuto dall'Amministrazione scolastica in contrasto con l'ordinamento positivo. Abbiamo osservato infatti: "*ciò premesso, sul sostanziale buon diritto della/e parte ricorrente/i, è necessario scindere un livello politico-normativo da un livello giurisdizionale. Se al primo spetterà affrontare la grave questione della sostanziale ingiustizia perpetrata in modo sorprendente sino ad oggi nei confronti della categoria professionale interessata dalla presente controversia, composta da coloro che hanno conseguito il diploma di maturità Magistrale entro l'anno scolastico 2001/2002 (non senza dover regolamentare anche il conflitto venutosi a creare con coloro legittimamente inseriti nella graduatorie ad altro titolo e con aspettative, almeno, altrettanto legittime), il livello giurisdizionale deve affrontare tuttavia problematiche diverse, in ordine alle quali né la sent. 2015/n. 1973 del Consiglio di Stato, né i successivi interventi del supremo consesso della giurisdizione amministrativa, appaiono pienamente persuasivi*".

Il giudice deve in sostanza convincere, anzitutto se stesso, di una sola cosa, cioè che la assoluta tardività di iniziativa della categoria, cui parte/i



ricorrente/i appartiene/engono, non sia ostativa al riconoscimento del diritto in concreto.

Un diritto che già sussisteva, in attesa di tutela, magari ad esito di giudizio, dalla notte dei tempi, né consta, sul piano giurisprudenziale, ci pare, un contrario diritto vivente, ad es. una sentenza di legittimità, o anche di merito, che lo abbia negato.

La stessa nota pronuncia del Consiglio di Stato in sede consultiva 2013/n. 3813, dell'11/9/2013, nel dichiarare *"illegittimo 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"*, argomenta ed afferma che *"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"*.

Non si condivide pertanto l'interpretazione che questo diritto sia stato riconosciuto *"soltanto con la recente sentenza n. 1973/2015 del Consiglio di Stato"* (cit.), v. ad es. ord. Trib. Pordenone da ultimo 2/11/2015, giudice Cobucci, p. 5.

Piace menzionare lo stesso parere del già Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, Michele De Luca: *"non sono le pronunce del Consiglio di Stato - prive di qualsiasi efficacia giuridica, al di fuori del procedimento nel quale sono adottate - a costituire le fonti del diritto, ma le disposizioni di legge e di rango secondario, che il Consiglio di Stato puntualmente richiama"* (Parma, 11/7/2015).

Ci pare indubitabile la differenza tra l'indiscussa idoneità del titolo abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002 (sulla base delle argomentazioni della giurisprudenza amministrativa, come ordinaria di merito, citt.) e il diritto dei medesimi docenti abilitati all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento. Poiché, se in base alla normativa vigente requisito sufficiente per siffatto inserimento era il possesso della abilitazione all'insegnamento, come possono oggi prendersi in esame



domande neppure proposte al tempo in cui, necessariamente, dovevano essere proposte, oppure, in caso di loro rigetto, non seguite dall'esercizio dell'azione giudiziale?

Problematicamente, osserviamo di nuovo, la stessa declaratoria di incostituzionalità di una legge, che travolge gli atti giuridici posti in essere sulla sua base, in conseguenza della eliminazione del loro fondamento, entra in conflitto con prescrizione e decadenza (cfr. ad es. Cass. S1 2012/n. 20381: *"Le pronunce di accoglimento del giudice delle leggi - dichiarative di illegittimità costituzionale - eliminano la norma con effetto "ex tunc", con la conseguenza che essa non è più applicabile, indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie sia sorta in epoca anteriore alla pubblicazione della decisione, perché l'illegittimità costituzionale ha per presupposto l'invalidità originaria della legge - sia essa di natura sostanziale, procedimentale o processuale - per contrasto con un precetto costituzionale, fermo restando il principio che gli effetti dell'incostituzionalità non si estendono esclusivamente ai rapporti ormai esauriti in modo definitivo, per avvenuta formazione del giudicato o per essersi verificato altro evento cui l'ordinamento collega il consolidamento del rapporto medesimo, ovvero per essersi verificate preclusioni processuali, o decadenze e prescrizioni non direttamente investite, nei loro presupposti normativi, dalla pronuncia d'incostituzionalità"*): a maggior ragione parrebbe, come nel caso concreto, una mera interpretazione ed applicazione del diritto già vigente, ancorché nelle forme dell'intervento descritto.

Ci persuade ora, tuttavia, l'impostazione sul tema, ad es., del giudice Eugenio Alberto Stancanelli, nella ordinanza 13/8/2015 del Tribunale di Enna.

Anch'egli muove dalla premessa che *"il diritto della ricorrente è stato riconosciuto con due recenti sentenze del Consiglio di Stato"*, una premessa discutibile, come appena visto, né condividiamo l'opinione che l'art. 1, l. 2006/n. 296, nell'atto della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento *"non sancisca alcuna espressa decadenza"*, una decadenza invero assolutamente immanente nel meccanismo, poiché la salvezza degli inserimenti, da effettuare per il biennio 2007/2008 per i docenti già in possesso dell'abilitazione (lett. c), art. 1, co. 605, ult. pt.), quale/i l'attuale/i ricorrente/i ci parrebbe ben difficilmente estensibile alla graduatorie 2014/2017.

Ciò che invece ci appare convincente è la riflessione in ordine alla esigenza di una interpretazione costituzionalmente orientata e basata sul legittimo affidamento (sent. cit. p. 7).

In sostanza, deve e può affermarsi che un diritto, come abbiamo detto già sussistente, possa restare quiescente, addormentato nel bosco della selva normativa, in attesa, in *stand by*, e ciò, essenzialmente, non per inerzia del titolare, ma in forza di una indiscussa, granitica prassi di misconoscimento attuata dalla pubblica amministrazione, nella specie scolastica, quindi da un potere pubblico, al suo livello non solo periferico ma centrale, che autoritativamente nemmeno consentiva, proprio materialmente (attesa la notoria impossibilità del necessario accesso telematico per la categoria) la presentazione della domanda, nessuna decadenza, pertanto, potendo ritenersi



operante. Pur non versandosi certamente in un caso di impedimento per forza maggiore, si impone comunque una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina e l'inoperatività di qualsiasi decadenza.

Nel pensiero della Corte Costituzionale, cfr. anche da ultimo sent. 2014/n. 89: "questa Corte ha più volte ribadito che per i ricorsi promossi prima della citata sentenza sussistono gli estremi dell'errore scusabile già riconosciuto in ipotesi del tutto analoghe da questa Corte, in ragione del fatto che tale profilo di inammissibilità a lungo non è stato rilevato, sì da ingenerare affidamento nelle parti in ordine ad una interpretazione loro favorevole (sentenze n. 219 del 2013, n. 203 del 2012, n. 202 del 2012, n. 178 del 2012 e n. 142 del 2012)". In particolare nella sent. 2012/n. 178 si ritiene che "l'inammissibilità dei ricorsi derivante dall'indicata tardività del deposito non può essere dichiarata nel presente giudizio. Si deve, infatti, tener conto della lunga prassi di questa Corte, la quale in numerose pronunce non ha rilevato l'inammissibilità del ricorso sotto questo profilo. Siffatta prassi ha determinato, anche per l'obiettiva incertezza interpretativa delle norme processuali in materia, un errore scusabile tale da ingenerare nelle Province autonome l'affidamento circa la non perentorietà del suddetto termine di deposito (citata sentenza n. 142 del 2012)".

Analoghe considerazioni sul punto esprime Trib. Grosseto, in composizione collegiale, ord. 2/10/2015, ex art. 669-terdecies, co. 5, cpc, nel revocare l'ordinanza 23/7/2015 reclamata.

Non sembra, dunque, potersi parlare di mero impedimento soggettivo od ostacolo di mero fatto come argomentato ad es. da Trib. Cremona (giudice Giulia Di Marco), decr. 7/8/2015, cron. 1306 e altri coevi della medesima giudice, richiamantesi a consolidata giurisprudenza di legittimità, quale riaffermata da Cass. SL 2015/n. 10828. L'intervento in questione ribadisce, "come questa Corte ha già avuto modo di affermare (Cass., sentenza n. 21026 del 2014, ordinanza n. 3584 del 2012), l'impossibilità di far valere il diritto, alla quale l'art. 2935 c.c., attribuisce rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione, è solo quella che deriva da cause giuridiche che ne ostacolano l'esercizio e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto, per i quali il successivo art. 2941, prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione tra le quali, salvo l'ipotesi di dolo prevista dal n. 8 del citato articolo, non rientra l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, ne' il dubbio soggettivo sulla esistenza di tale diritto ed il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento. Poiché la mancata consapevolezza della natura (subordinata o meno) del rapporto di lavoro costituisce un impedimento di fatto e non di diritto all'esercizio, da parte del datore di lavoro, del diritto alla ripetizione dei contributi già versati all'ente previdenziale, la stessa non incide sulla decorrenza della relativa prescrizione. Pertanto, in accoglimento del ricorso, la sentenza della Corte di Appello, che, erroneamente, ha ritenuto che il momento di inizio della decorrenza della prescrizione del diritto alla restituzione dei contributi versati indebitamente andasse individuato nella data del provvedimento con il quale l'INPS, escludendo la natura subordinata del relativo rapporto, aveva annullato la posizione assicurativa del lavoratore per il quale erano stati effettuati i versamenti contributivi, anziché far decorrere la



suddetta prescrizione dalle date di ciascuno dei diversi versamenti, va cassata”.

Diverso è il fenomeno verificatosi nella fattispecie, in cui non si parla di un singolo provvedimento individuale dell'autorità amministrativa, ma, come detto, di una indiscussa, granitica prassi di misconoscimento attuata dalla pubblica amministrazione, nella specie scolastica, quindi da un potere pubblico, al suo livello non solo periferico ma centrale, che autoritativamente nemmeno consentiva, proprio materialmente (attesa la notoria impossibilità del necessario accesso telematico per la categoria) la presentazione della domanda, nessuna decadenza, pertanto, potendo ritenersi operante, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata.

In una prospettiva, poi, non attinente alla tematica decadenziale, la citata pronuncia di merito (ord. 13/8/2015, Trib. Enna, p. 7), richiama analogicamente la vicenda dei reinserimenti, per cui se legittimamente sia stata disposta la cancellazione di un interessato dalle graduatorie per un determinato triennio, a causa della mancata presentazione della domanda di aggiornamento, tale omissione non pregiudica il diritto di ottenere a seguito di domanda a tal fine presentata, il reinserimento nelle graduatorie successive, ad es. valide per gli anni scolastici 2014/2017 (cfr. anche nostro decreto 6/9/2015, ric. Cannoni, causa n. 773/2015 rgl). Correttamente, al reinserimento di chi a suo tempo era iscritto può accomunarsi l'inserimento di chi, quale parte/i ricorrente/i a suo tempo ben avrebbe avuto titolo per l'iscrizione.

Forzato, invece, ci parrebbe il tentativo di far entrare in composizione della fattispecie originante, costitutiva del diritto, la predisposizione ministeriale per consentire la presentazione della domanda amministrativa di inserimento, mero adempimento, peraltro almeno di fatto indispensabile, conseguente al riconoscimento di un diritto già esistente e perfezionato.

Disapplicata la decretazione ministeriale (d.m. 2014/n. 235 e ss.), che non ha consentito ai diplomati magistrali di presentare la relativa domanda di inserimento, l'azione giudiziale deve per i motivi esposti ritenersi fondata, tuttavia con integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, ex art. 92 co. 2 cpc, stante la tangibile controvertibilità della materia espressa nelle interpretazioni diametralmente opposte delle questioni implicate, in tutto equiparabile alla *“assoluta novità della questione o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti”* (secondo la formulazione applicabile *ratione temporis*, post art. 13, d.l. 2014/n. 132, conv. l. n. 162).

P.Q.M.

accerta il diritto della/e parte/i ricorrente/i docente/i abilitata/o/e/i all'insegnamento per effetto del conseguimento del diploma di maturità Magistrale entro l'anno scolastico 2001/2002 (quindi, prima dell'istituzione della laurea in Scienze della Formazione) nei confronti dell'Amministrazione scolastica convenuta e dei controinteressati, se convenuti in giudizio,



all'inserimento nelle Graduatorie ad esaurimento (III fascia) Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana, Ambito Territoriale per la Provincia di Siena (si richiama il ricorso per eventuali specificazioni territoriali ulteriori) per la classe concorsuale Scuola dell'Infanzia e Primaria e relativi elenchi di sostegno per il triennio 2014/2017.

Condanna il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca ad ogni conseguente attuazione conformativa, con particolare riferimento alla presentazione della domanda.

Compensa per intero tra le parti le spese del processo.

Siena 27/11/2015

Il giudice
Delio Cammarosano

