

**CONSIGLIO DI STATO – SEZ. GIURISDIZIONALE**

**RICORSO IN APPELLO**

**con istanza cautelare**

**e**

**con istanza di notificazione**

**ai sensi dell'art. 52 cod. proc. amm.**

per la dott.ssa **DESIDERIO MARIA** (C.F.: DSDMRA78B44I073J), nata a San Paolo Bel Sito (NA) il 4.2.1978 e residente in Lauro (AV), Via Del Balzo 4, rappresentata e difesa, congiuntamente ed anche disgiuntamente, dal prof. avv. Lorenzo Picotti (C.F.: PCTLNZ52T22L781R – **PEC:** picotti@pec.studiopicotti.com – **FAX:** 045/8011023) e dall'avv. Luigi Manzi del Foro di Roma (C.F. MNZLGU34E15H501Y – **PEC:** luigimanzi@ordineavvocatiroma.org), ed elettivamente domiciliata nello studio del secondo dei nominati difensori in Roma, in Via F. Confalonieri n. 5, giusta mandato a margine al presente atto

**contro**

- **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA** – in persona del Ministro pro tempore;
- **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE DEL VENETO** - in persona del Dirigente *pro tempore*;
- **AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI VERONA** – in persona del Dirigente *pro tempore*

**nonché nei confronti**

di tutti i docenti risultanti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento (GAE) della provincia di Verona e di tutti gli ambiti territoriali, per la classe di concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE), valide per gli anni scolastici 2014/2017, che sarebbero pregiudicati (in termini di posizione di graduatoria) per effetto dell'accoglimento del presente ricorso.

**per la riforma previa sospensiva**

della sentenza del TAR Lazio sez. III bis n. 3221/2017, depositata in data 8.3.2017, con domanda di accoglimento del ricorso di primo grado e per l'effetto di annullamento degli atti impugnati con il ricorso introduttivo, oltre

che dei provvedimenti emanati successivamente al deposito della sentenza impugnata, ed in particolare il provvedimento prot. 3720 del 2.5.2017 a firma del Dirigente dell'Ufficio scolastico del Veneto – ambito territoriale di Verona, e la nota prot. 1754/fp del 2.5.2017 a firma del Dirigente Scolastico dell'Istituto comprensivo Mozzecane di Verona, con cui è stata decretata la risoluzione del contratto a tempo determinato in corso fino al 31.8.2017.

\*\*\*

## **FATTO**

### **I. Il ricorso iscritto al n. 10361/2016 R.G.**

1. Con ricorso depositato in data 28.9.2016, la dott.ssa Maria Desiderio - insegnante precaria, abilitata alla professione docente in virtù del **diploma magistrale**, conseguito **nell'a.s. 1997/98** presso l'Istituto Magistrale I.S.I.S. di Nola (NA), ha impugnato:

a. il Decreto del MIUR n. 495 del 22.6.2016, divulgato con nota del MIUR prot. 16827 del 22.6.2016, nella parte in cui non consente l'integrazione delle Graduatorie ad Esaurimento mediante l'inserimento della ricorrente, quale docente in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'a.a. 2001/2002, avente valore abilitante per l'inserimento nella terza fascia delle graduatorie ad esaurimento.

b. di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale e/o collegato al provvedimento sopra impugnato comunque pregiudizievole per la ricorrente, ed in particolare: a): della nota MIUR n. 15457 del 20.5.2015 con la quale sono state dettate le istruzioni di includere nelle GAE 2014/17 i soli diplomati magistrali ricorrenti della sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015; b): della Circolare MIUR prot. n. 2198 del 30.6.2015; c): della nota del 6.7.2015 prot. 19621.

2. La dott.ssa Desiderio deduceva in particolare che, dopo aver conseguito il diploma magistrale nell'a.s. 1997/98, aveva svolto incarichi di docenza, come precaria, dall'a.s. 2005/06 fino all'a.s. 2014/2015, senza soluzione di continuità (cfr. ricorso introduttivo, pag. e cfr. docc. 2/A – 11/B fascicolo di primo grado).

3. La ricorrente deduceva di essere **inserita** nella II Fascia delle **graduatorie di circolo e di istituto**, ossia nelle graduatorie utilizzabili **soltanto** per il conferimento delle **supplenze brevi** e non per l'assunzione a tempo

indeterminato, per le quali è necessario essere inseriti nelle Graduatorie ad esaurimento (d'ora in poi GAE), nonostante **l'espresso riconoscimento** della **natura abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002**: riconoscimento avvenuto con il DPR 25.3.2014, pubblicato sulla G.U. n. 111 del 15.5.2014.

Il MIUR, infatti, con il D.M. n. 235/2014, recante disposizioni per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento (GAE) per il triennio 2014/2015 – 2015/2016 e 2016/2017, non ha permesso ai docenti titolari del diploma magistrale, pur conseguito entro l'a.s. 2001/2002, di presentare domanda di inserimento nelle predette graduatorie ad esaurimento, che sono valide per il conferimento di contratti a tempo indeterminato.

**4.** Come dedotto nel ricorso introduttivo, **il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1973/2015 del 16.4.2015, ha annullato il citato D.M. 235/2014**, nella parte in cui non consentiva ai docenti in possesso del titolo abilitante di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 l'iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento, riconoscendo così il loro **diritto all'inserimento in esse**, con la conseguente possibilità di essere assunti a tempo indeterminato secondo la posizione utile in graduatoria.

**5.** Tuttavia, con il **D.M. n. 495/2016** di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente, pubblicato in data 22.6.2016, il MIUR **non** ha previsto la possibilità di inserimento per i docenti in possesso del diploma magistrale abilitante, non tenendo conto della sopra citata sentenza n. 1973/2015 del Consiglio di Stato,

Tale Decreto, all'art. 5, dispone: *“Per quanto non previsto dal presente decreto valgono le disposizioni contenute nelle norme citate in premessa ed in particolare quelle contenute nel D.M. 235 del 1 aprile 2014, di cui il presente provvedimento è parte integrante”*.

Quindi, è stato richiamato espressamente, quale presupposto normativo e giuridico del provvedimento impugnato, il D.M., il n. 235/2014, che è già stato definitivamente annullato con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, passata in giudicato.

**6.** Poichè il sistema informatico, impostato tecnicamente sul D.M. 235/04, non consentiva alla dott.ssa Desiderio, considerata “non abilitata” alla stregua del predetto D.M., di utilizzare la piattaforma informatica per la presentazione

della domanda, l'odierna ricorrente inviava la domanda di inserimento in GAE con raccomandata a/r in data 8.7.2016, poi reiterata in data 15.7.2016 (cfr. doc. 15 e 16).

Quindi, la ricorrente ha **impugnato** il DM 495/2016, deducendo tre motivi:

*I. NULLITA' DERIVATA DALL'ACCERTATA NULLITA' DEL D.M. 235/2015, IRREVOABILMENTE ANNULLATO DALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 1973/2015. VIOLAZIONE DELLA STATUZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO N. 1973/2015.*

*II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 COMMA 605 DELLA LEGGE 296/2006. VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 53 R.D. 1054/1923, DELL'ART. 197 DEL D.L. 16 APRILE 1994 N. 297, DEL D.M. 10 MARZO 1997 E DELL'ART. 15 COMMA 7 DEL DPR 23 LUGLI 1998 N. 323. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI LEGGE E REGOLAMENTARI.*

*III. IN SUBORDINE: QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELL'AT. 1 COMMA 605 LETT. C DELLA LEGGE 296/2006 E DELL'ART. 9 COMMI 20 E 21 BIS DEL D.L. 70/2011, PER CONTRASTO CON GLI ARTT. 2, 3, 4, 51 E 97 COST.*

La ricorrente formulava altresì istanza di misura cautelare monocratica, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm. o, in subordine, collegiale ai sensi dell'art. 55 cod. proc. amm..

\*\*\*

**7.** Con decreto n. 5867/2016 del 3.10.2016, il Presidente **accoglieva la domanda cautelare**, ordinando l'“*inserimento della ricorrente nelle graduatorie di pertinenza con ogni effetto, compresa la stipula del contratto*” e fissava l'udienza per la discussione collegiale per il 15.12.2016.

**8.** L'USP di Verona, con provvedimento del 30.11.2016 prot. 0011711, dava esecuzione, ma solo parziale, al predetto decreto cautelare n. 5867/2016, inserendo “con riserva” la dott.ssa Desiderio, oltre che altri suoi colleghi, nelle GAE – III Fascia della provincia di Verona.

Tuttavia, l'inserimento della dott.ssa Desiderio avveniva **senza tener conto degli anni di servizio maturati** - che pur erano stati analiticamente indicati nel ricorso introduttivo, oltre che nelle domande inviate dalla ricorrente in

data 8.7.2015, 8.7.2016 e 15.10.2016 - avendo l'Amministrazione tenuto conto solo del punteggio dell'“abilitazione”.

Di conseguenza, il punteggio ricosciuto alla dott.ssa Desiderio è stato solo di punti “13”, invece che il maggior punteggio di punti “115”, quale risulta dal precedente provvedimento del Dirigente scolastico del 2.2.2015, che certificava l'effettiva anzianità ed esperienza maturata dalla ricorrente.

**9.** All'udienza del 15.12.2016, fissata per la discussione dell'istanza cautelare, la difesa della dott.ssa Desiderio eccepiva l'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione, che aveva solo parzialmente eseguito il decreto, chiedendo che, nel confermare il decreto cautelare n. 5867/2016, fosse espressamente disposto che l'inserimento in GAE della dott.ssa Desiderio fosse eseguito tenendo conto di tutti i titoli e servizi prestati negli anni dalla docente.

**10.** Il Collegio suggeriva di rinunciare all'istanza cautelare e di proporre motivi aggiunti avverso il provvedimento dell'USP di Verona sopra citato e quindi il ricorso cautelare veniva cancellato dal ruolo.

\*\*\*

## **II. Il ricorso per motivi aggiunti.**

**11.** Con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 29.12.2016, la dott.ssa Desiderio impugnava formalmente il provvedimento MIUR.AOUSPVR prot. 0011711 del 30.11.2016, trattandosi di provvedimento consequenziale al D.M. 496/2016 (impugnato con il ricorso introduttivo). La ricorrente eccepiva in particolare

**A.** L'invalidità derivata dalle illegittimità del D.M. 495/2016 impugnato con il ricorso introduttivo.

**B.** L'illegittimità propria del provvedimento impugnato, per

**1.** Violazione dell'art. 21 *septies* L. 241/1990, per contrasto con la decisione cautelare.

**2.** Eccesso di potere per manifesta ingiustizia.

**12.** Il TAR Lazio fissava l'udienza per la discussione dell'udienza cautelare per il giorno 28.2.2017.

\*\*\*

## **III. La sentenza del TAR Lazio n. 3221/2017 depositata l'8.3.2017.**

**13.** A seguito dell'udienza del 28.2.2017, con sentenza emessa ai sensi

dell'art. 60 cod. proc. amm., e depositata in data 8.3.2017, il TAR Lazio ha rigettato i ricorsi proposti dalla dott.ssa Desiderio.

Il TAR ha ritenuto che: “[...] *il ricorso sia inammissibile e comunque irricevibile per omessa tempestiva impugnazione del D.M. n. 235 del 1 aprile 2014, concernente l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento (GAE) per il triennio 2014/15, 2015/16, 2016/17 che costituisce atto presupposto del D.M. n. 495/2016, immediatamente lesivo dell'interesse dei ricorrenti* [sic], *atteso che le GAE per espressa previsione del legislatore hanno natura triennale e nel corso del triennio è consentito esclusivamente lo scioglimento delle riserve, secondo le modalità e i termini disciplinati con il D.M n. 325/2015 per l'annualità 2015/2016 e con il D.M. n. 425/2016 per l'annualità 2016/2017(v. art. 1, co. 4, del D.L. 97/2004 e ora art. 1, comma 10 bis, della L. n. 21/2016, che ha prorogato la validità di tali GAE fino all'a.s. 2019/2020)*”.

Il TAR ha quindi “...*dichiarato irricevibile* [il ricorso] *per la tardiva impugnativa del presupposto D.M. n. 235/2014*” (cfr. sentenza impugnata, pag. 3, sottolineature e grassetti nostri).

La sentenza di primo grado ha altresì ritenuto che: “...*quanto all'impugnativa della graduatoria ad esaurimento attuativa del D.M. 495/2016, il ricorso è pacificamente inammissibile per difetto di giurisdizione, trattandosi di atto che attiene alla gestione del rapporto di lavoro, secondo i criteri di cui all'art. 63 d.lgs. n. 163/2001 [rectius: 165/2001] ...*” (cfr. sentenza impugnata, pag. 4, sottolineature e grassetti nostri).

\*\*\*

#### **IV. Risoluzione del contratto a termine sottoscritto dalla dott.ssa Desiderio in forza del Decreto cautelare n. 5867/2016 Tar Lazio del 3.10.2016.**

**14.** In data 2.5.2017, la dott.ssa Desiderio ha ricevuto il provvedimento prot. n. 3720 a firma del Dirigente dell'Ufficio scolastico di Verona, con cui - sul presupposto che il Decreto cautelare n. 5867/2016 del Tar Lazio, che ha disposto l'inserimento della dott.ssa Desiderio in GAE, sia venuto meno in seguito alla sentenza di merito n. 3221/2017 del TAR Lazio, che ha rigettato il ricorso proposto dall'odierna ricorrente – è stato disposto che la stessa sia “*depennata, con effetto retroattivo, dalle Graduatorie ad Esaurimento della*

*scuola primaria di questa provincia”, con la conseguenza che “I Dirigenti Scolastici che abbiano stipulato con la predetta docente (ndr dott.ssa Desiderio) contratti a tempo determinato scaturiti dallo scorrimento della 1° fascia d’istituto, adotteranno, in attuazione dell’apposta clausola risolutiva, i decreti motivati di risoluzione del contratto, essendo venuto meno il presupposto che dava loro il diritto all’individuazione” (cfr. doc. 1).*

La dott.ssa Desiderio ha poi ricevuto la nota prot. 1754/fp del 2.5.2017, a firma del Dirigente Scolastico dott. Edoardo Cittarelli dell’Istituto comprensivo Mozzecane, con cui è stata decretata la risoluzione del contratto a termine, con scadenza prevista per il 31.8.2017, con precisazione che il servizio prestato dalla dott.ssa Desiderio dal 19.12.2016 al 2.5.2017 sarebbe valido solo ai fini economici (cfr. doc. 2).

La ricorrente si trova pertanto attualmente senza alcun contratto, priva di retribuzione, con gravissimo danno, che si ripercuote sulle condizioni di vita e familiari.

Con il presente atto si chiede che vengano annullati anche tali provvedimenti, per l’effetto dell’annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo, sui quali essi si basano.

\*\*\* \*\*

## **DIRITTO**

La sentenza impugnata è illegittima ed erronea, ed andrà pertanto integralmente riformata, per i seguenti motivi:

### **I. Erroneità ed illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato “irricevibile” il ricorso introduttivo.**

Si impugna la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto “irricevibile” l’impugnazione del D.M. 495/2016 *“per omessa tempestiva impugnazione del D.M. n. 235 del 1° aprile 2014...che costituisce atto presupposto del D.M. n. 495/2016, immediatamente lesivo dell’interesse della ricorrente...”* (cfr. sentenza impugnata, pag. 3, grassetti nostri).

**1.** È pacifico, infatti, che il **D.M. 235/2014** è stato **annullato** con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, confermata dalla successiva granitica giurisprudenza con le sentenze n. 3788/2015, n. 3628/2015, n. 3673/2015 e n. 3675/2015, oltre che dall’Adunanza Plenaria che, con ordinanza n. 1/2016 del 27.4.2016, accogliendo l’istanza cautelare formulata in primo grado, ha

confermato il diritto dei ricorrenti (diplomati magistrali ante a.s. 2001/02, in posizione identica a quella dell'odierna ricorrente) all'ammissione (con riserva) nelle GAE, in attesa del giudizio di merito.

Ebbene, visto che le pronunce di annullamento di atti amministrativi a contenuto generale, come pacificamente era il D.M. 235/2014, non hanno mera efficacia *inter partes*, in quanto **l'eliminazione giuridica di tali atti** produce immediatamente **effetti erga omnes**, ossia anche nei confronti dei soggetti che non abbiano partecipato al processo, ma che siano interessati dagli effetti dell'atto caducato, non è revocabile in dubbio che **non** è possibile ravvisare una **tardiva impugnativa** di un **atto già annullato**, che **non esisteva più** nel mondo giuridico, al momento della proposizione del ricorso, nè può dirsi sopravvenuta all'annullamento, tanto da determinare un onere di impugnazione.

La mancata impugnativa del D.M. 235/14, preso atto del suo già intervenuto annullamento, è quindi del tutto indifferente ai fini del decidere.

In altre parole, la questione della mancata impugnazione del D.M. 235/2014 si sarebbe potuta porre in pendenza del giudizio in cui il D.M. 235/14 era stato impugnato da alcuni diplomati, ed in particolare nell'eventualità in cui tale ricorso non fosse ancora stato concluso con l'annullamento del D.M. medesimo: ma tale situazione non sussisteva già al momento della proposizione del ricorso di primo grado, in quanto il D.M. 235/14 era già stato definitivamente annullato dal Consiglio di Stato, prima del D.M. 495/16 e con effetti *erga omnes*.

**2.** In questi termini si è pronunciato, in una controversia identica a quella oggetto del presente ricorso, codesto **Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1281/2017 del 27.3.2017**, con la quale ha accolto l'istanza di sospensione della sentenza del TAR Lazio sez. III bis n. 1334/2016, di contenuto identico a quella qui impugnata, disponendo *“l'ammissione con riserva degli appellanti nelle graduatorie ad esaurimento”*.

Il Consiglio di Stato ha infatti statuito: *“...l'appello è fornito di fumus, poiché il D.M. 235/2014, atto di natura regolamentare, è stato annullato con efficacia erga omnes dalla sentenza della Sezione 16 aprile 2015 n. 1973, nella parte in cui non consente l'ingresso nelle GAE dei diplomati magistrali, sicché non è quindi possibile ravvisare una tardiva impugnazione di un atto*



*già annullato, che non più esiste...d'altro canto, la sussistenza del titolo all'inserimento dei diplomati in questione è stata di recente ribadita dalla pronuncia D.d.S., Ad. Plen, 27 aprile 2016, n. 1".*

\*\*\*

3. Ad ulteriore conferma dell'illegittimità della sentenza impugnata, si rileva che, ove si fosse ritenuto che la domanda della ricorrente dovesse essere proposta impugnando i singoli D.M. di apertura ed aggiornamento delle GAE, non vi sarebbe alcun ostacolo all'attuale ammissione in GAE.

La lesività del provvedimento impugnato, infatti, non è legata ai singoli D.M. di aggiornamento delle graduatorie permanenti, prima, e delle graduatorie ad esaurimento, poi, ma esclusivamente al loro combinato disposto con la norma che ha dichiarato la chiusura definitiva delle GAE (L. 296/2006), che da permanenti sono diventate "ad esaurimento".

La ricorrente, in altre parole, non ha preteso di essere ammessa in GAE sin dal primo DM di inserimento in tali graduatorie, per cui è irrilevante la sua mancata impugnazione, ma ha chiesto di essere ammessa oggi in GAE, previo annullamento dell'ulteriore atto amministrativo generale (D.M. 495/2016), quale effetto della rimozione del presupposto atto di natura regolamentare (D.M. 235/2014), preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria.

Ed infatti, pur non avendo impugnato, perchè già annullato, il D.M. 235/2014, il ricorso di primo grado è stato espressamente fondato sull'annullamento del predetto D.M.

\*\*\*

In accoglimento del presente motivo, la sentenza impugnata dovrà essere annullata, con conseguente accoglimento delle domande dedotte nel ricorso introduttivo.

\*\*\* \*\*\* \*\*\*

## **II. Erroneità ed illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato l'insussistenza della giurisdizione del G.A.**

Con il presente motivo si impugna esplicitamente la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto sussistere il difetto di giurisdizione del G.A., affermando che sarebbe stato impugnato un "*atto che attiene alla gestione del rapporto di lavoro*" (cfr. sentenza impugnata, pag. 4), con la conseguenza

che, ai sensi dell'art. 63 D.Lgs.vo 165/2011, la giurisdizione spetterebbe al G.O.

Tale decisione è del tutto illegittima, ponendosi in contrasto con i principi sanciti dalla granitica giurisprudenza intervenuta in casi identici, ossia in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola.

1. La giurisdizione del G.O. ricorre con riferimento alle determinazioni della PA che vengono assunte con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. L'art. 5 del D.Lgs. n. 165 del 2001 prevede che le pubbliche amministrazioni agiscono sì con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ma nel rispetto delle leggi e nell'ambito degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, che sono a monte degli atti di gestione del rapporto. Questi ultimi sono espressione del potere di organizzazione della pubblica amministrazione quale datrice di lavoro, al pari del potere direttivo del datore di lavoro privato; mentre i primi sono riconducibili al potere regolamentare governativo o ministeriale ovvero alla potestà di emanare atti amministrativi generali.

Ebbene, ove si tratti di veri e propri atti normazione subprimaria, quindi regolamentari, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo per ogni di azione diretta al loro annullamento proposta da chi sia legittimato, perchè in situazione di interesse legittimo.

2. Nella specie, il D.M. 495/2016, di cui la dott.ssa Desiderio ha chiesto al giudice amministrativo l'annullamento, ha natura di atto a contenuto generale, sostanzialmente e strutturalmente unitario: esso è infatti diretto ad una platea generalizzata di destinatari, determinando effetti *erga omnes*, quindi anche nei confronti di coloro che fossero rimasti estranei alla controversia, in caso di loro annullamento (cfr. *ex multis* Cass. 13.3.1998 n. 2734).

Pertanto, se è vero che in materia di graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola di cui alla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 605, lett. c), (legge finanziaria 2007), la giurisprudenza ha stabilito che le controversie promosse per l'accertamento del diritto dei docenti - già iscritti in determinate graduatorie ad esaurimento - a non essere collocati in coda rispetto ai docenti già inclusi in queste ultime graduatorie appartengono alla giurisdizione ordinaria, venendo in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, non è

revocabile in dubbio che, nel caso di specie, l'oggetto del giudizio è la regolamentazione stessa delle graduatorie ad esaurimento, adottata, per quanto rileva in questo giudizio, con il D.M. (MIUR) 495/2016.

In tal caso è contestata dalla ricorrente la legittimità della regolamentazione, con disposizioni generali ed astratte, delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione, e non già la singola collocazione di docente in una determinata graduatoria, eventualmente previa disapplicazione degli atti amministrativi presupposti.

La giurisdizione allora non può che essere del giudice amministrativo.

**3.** In tal senso è l'orientamento granitico della giurisprudenza, sia ordinaria, sia amministrativa, intervenuta in materia, di cui di seguito si ricordano i più recenti arresti.

**3.1.** Con l'ordinanza n. 25840/2016, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha chiarito la linea di riparto tra la giurisdizione del G.O. e del G.A., precisando che: *"...ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre dunque avere riguardo al **petitum** sostanziale dedotto in giudizio. Se **oggetto di tale domanda** è la **richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo**, e solo quale effetto della rimozione di tale atto (...) l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la **giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo** (...). Se, viceversa, la domanda rivolta al giudice è specificamente volta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario".*

Nel caso oggetto del regolamento di giurisdizione, identico a quello oggetto del presente ricorso, relativo alle *"...operazioni di aggiornamento delle graduatorie permanenti ad esaurimento 2014-2017, nella parte in cui non consente l'inclusione in dette graduatorie (...) ai diplomati magistrali che abbiano conseguito un valido diploma (...) entro l'anno 2001/2002"*, le Sezioni Unite hanno riconosciuto la giurisdizione del G.A. in quanto: "Nella

*specie, la domanda delle ricorrenti è chiaramente volta all'annullamento del D.M. n. 325 del 2015, del quale costituisce parte integrante il D.M. n. 235 del 2014, e quindi un atto avente carattere generale e costituente esercizio di potestà autoritativa nella individuazione dei criteri per l'inserimento nelle graduatorie (...). Sussiste, quindi, nella specie, anche la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo stata dedotta la violazione del giudicato costituito dalla citata decisione n. 1973 del 2015” (cfr. Cass. SS.UU. ordinanza n. 25840/2016, grassetti aggiunti).*

**3.2.** Anche codesto Consiglio di Stato, con la recente **ordinanza n. 1281/2017 del 27.3.2017** (già richiamata sopra: cfr. motivo I, pag. 7), con la quale ha accolto l'istanza di sospensione della sentenza del TAR Lazio sez. III bis n. 1334/2016, di contenuto identico a quella qui impugnata, ha riconosciuto la giurisdizione del G.A. *“secondo quanto da ultimo stabilito dall'ordinanza Cass. civ. SS.U. 15 dicembre 2015 n. 25840, trattandosi del caso in cui è proposta domanda di annullamento dell'atto amministrativo generale che non consente l'inserimento, ed è richiesto l'inserimento stesso solo quale effetto dell'annullamento”*.

\*\*\* \*\*

In accoglimento dei motivi d'appello sopra dedotti, codesto Ecc.mo Consiglio di Stato dovrà riformare la sentenza di primo grado, riconoscendo la sussistenza della giurisdizione del G.A., perchè il *petitum* sostanziale dedotto in giudizio è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale, di carattere normativo, costituito dal D.M. 495/2016, e solo quale effetto di tale annullamento l'accertamento del diritto della ricorrente all'inserimento in GAE.

In conseguenza dell'accoglimento dei motivi d'appello sopra dedotti, con annullamento della sentenza di primo grado, dovranno essere accolti i motivi dedotti con il ricorso introduttivo, che si intendono qui integralmente richiamati e riproposti, limitandosi in questa sede ad una sintesi degli stessi.

**I. NULLITA' DERIVATA DALL'ACCERTATA NULLITA' DEL D.M. 235/2015, IRREVOABILMENTE ANNULLATO DALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 1973/2015. VIOLAZIONE DELLA STATUZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO N. 1973/2015.**

**1.** Come anticipato nella parte in “fatto”, il Consiglio di Stato, con la sentenza

n. 1973/2015 ha disposto l'annullamento del D.M. 235/2014 nella parte in cui non ha consentito ai docenti in possesso del titolo magistrale conseguito prima dell'a.s. 2001/2002 l'iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento.

Quindi, a fronte del definitivo ed irrevocabile annullamento del decreto ministeriale n. 235/2014 appare pertanto palese la **nullità** derivata dell'atto impugnato, che pone a suo fondamento e presupposto normativo il predetto decreto ministeriale, ormai annullato.

In seguito all'annullamento del D.M. 235/2014, l'Amministrazione resistente **avrebbe dovuto adeguarsi alla statuizione di cui alla sentenza 1973/2015**, provvedendo, in occasione dell'emanazione del D.M. 495/2016, a sanare l'illegittima esclusione dei docenti in possesso di diploma magistrale della possibilità di accedere alle graduatorie di cui trattasi, e non certo a considerare ancora come vigente il D.M. 234/2015, richiamandolo addirittura nelle premesse del nuovo D.M.

Il MIUR, in particolare, oltre a concedere ai docenti, che non avevano ancora conseguito l'abilitazione, di inserirsi in graduatoria, avrebbe dovuto consentire tale inserimento dei docenti in possesso di diploma magistrale abilitante, come è la ricorrente.

Viceversa, l'Amministrazione **non ha provveduto a disporre l'inserimento in GAE dei docenti di cui trattasi**, visto che, inizialmente, con la nota n. 15457 del 20.5.2015 sono state dettate istruzioni per inserire nelle GAE 2014/2017 i soli diplomati magistrali ricorrenti nel giudizio definito con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, e poi, con circolare n. 2198 del 30.6.2015, ha dapprima aperto l'accesso alle GAE a coloro che avessero un giudizio pendente, salvo poi, con successiva nota n. 19621 del 6.7.2015, in maniera palesemente illegittima e contraddittoria, escludere dall'accesso alle GAE coloro che non fossero destinatari di pronunce favorevoli.

In tal modo, il MIUR determina un'inammissibile discriminazione tra docenti che si trovano nella stessa condizione.

Pertanto il vizio non è solo di natura formale, ma anche evidentemente di natura sostanziale, e regge anche alla prova di "resistenza", per cui senza il richiamo al D.M. 234/2015, ormai annullato, il provvedimento avrebbe dovuto essere diverso.

\*\*\* \*\*

**II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 COMMA 605 DELLA LEGGE 296/2006. VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 53 R.D. 1054/1923, DELL'ART. 197 DEL D.L. 16 APRILE 1994 N. 297, DEL D.M. 10 MARZO 1997 E DELL'ART. 15 COMMA 7 DEL DPR 23 LUGLI 1998 N. 323. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI LEGGE E REGOLAMENTARI.**

Fermo restando quanto dedotto in via assorbente nel primo motivo, l'atto impugnato dovrà essere comunque annullato per violazione delle norme in epigrafe, che riconoscono pacificamente il valore abilitante all'insegnamento del diploma magistrale conseguito prima dell'a.s. 2001/2002.

1. Non vi è infatti alcun dubbio, in base al parere del Consiglio di Stato n. 3813 dell'11.9.2013, e alla successiva granitica giurisprudenza intervenuta in materia, che il **diploma magistrale conseguito prima dell'a.s. 2001/2002 ha natura abilitante all'insegnamento**, con la conseguente illegittimità del D.M 495/2016 oggi impugnato, per aver escluso i docenti muniti di tale titoli dalla possibilità di inserirsi nelle graduatorie ad esaurimento.

La natura abilitante del predetto titolo di studi è infatti stabilita dalle seguenti disposizioni normative e regolamentari: - Regio Decreto n. 1054 del 6 maggio 1923, Regio Decreto 5 febbraio 1928 n. 577, come modificato dalla L. 239/1971; - D.Lgs. 297/1994 art. 194 comma 1; - art. 197 comma 1 del D.lvo 297/94; - Decreto Ministeriale del 10.3.1997 n. 175; - D.P.R. 323/1998.

E proprio sulla base delle predette disposizioni normative e regolamentari, con DPR del 25.3.2014 è stato definitivamente ribadito che il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 è valido titolo abilitante all'insegnamento.

A fronte di tale chiara cornice normativa, il D.M. 495/2016 è evidentemente illegittimo, non solo perchè ha come presupposto un provvedimento già dichiarato irrevocabilmente nullo (*cfr.* supra, motivo I), ma anche per non aver dato attuazione a tali disposizioni legislative e regolamentari.

\*\*\*

2. Non potrà certo invocarsi, per sostenere la legittimità dell'azione amministrativa, l'art. 1 comma 605 lett. c della Legge 296/2006, che ha

fissato il termine dell'a.s. 2006/07 per l'inserimento nelle graduatorie permanenti (trasformate ad esaurimento) dei docenti che fossero abilitati in epoca precedente l'entrata in vigore della legge.

Ed infatti, tale "impedimento" all'inserimento nelle GAE ai "nuovi" abilitati, com'è da evincersi dal chiaro tenore letterale della l. n. 296/2006, riguarda unicamente i soggetti che abbiano conseguito l'abilitazione all'insegnamento in data successiva alla trasformazione delle graduatorie (da permanenti ad esaurimento), non investendo invece coloro che erano già in possesso di valido titolo abilitante a quella data.

In altre parole: se è vero che la trasformazione delle Graduatorie Permanenti in Graduatorie ad Esaurimento dall'1.1.2007, come disposto dalla Legge Finanziaria 2007 (legge 296/2006), ha determinato la "chiusura" di inserimenti per NUOVI ABILITATI nella III fascia, è altrettanto vero che, **all'epoca**, la dott.ssa Desiderio era **già in possesso di un titolo abilitante** (diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002), e dunque **non** è da considerarsi **"nuova" abilitata rispetto all'1.1.2007**.

Del resto, la l. n. 296/2006 **non contiene alcuna limitazione temporale** in grado di precludere l'esercizio dell'azione giudiziaria, posto che l'inciso "*da effettuare per il biennio 2007- 2008*" **non** può certamente essere interpretato come **termine di decadenza**: al **contrario**, dimostra pacificamente il **carattere programmatico** della disposizione, che era indirizzata al MIUR, che avrebbe dovuto dare esecuzione alla prescrizione normativa con il primo decreto di inserimento/aggiornamento delle GAE.

\*\*\*

**3.** In ogni caso, ove sussistessero dubbi sul sopra riportato granitico, seppur complesso, quadro interpretativo, essi vanno superati mediante un'**interpretazione costituzionalmente orientata, basata sul legittimo affidamento**, oltre che sul principio di **uguaglianza sostanziale**,

Deve infatti osservarsi che il principio di diritto del legittimo affidamento, che informa l'intero ordinamento nazionale e comunitario prevede (in linea con i principi espressi dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988), che il dovere del cittadino di essere diligente nell'informarsi sulle norme giuridiche che lo riguardano si ferma, concretizzandosi di fatto in una non responsabilità, nel caso in cui **l'amministrazione con propri atti o**

**comportamenti lo abbia indotto a ritenere corretto e conforme a legge il proprio operato.**

In tali casi, **non** è certamente **configurabile** un'ipotesi di **decadenza**, dovendo invece riconoscersi che il **diritto, nonostante sussistente, non ha potuto prima essere esercitato** in concreto.

Nel caso di specie, è evidente che il comportamento della P.A., che mai ha in concreto consentito l'inserimento nelle GAE dei diplomati magistrali ante 2001/2002, ha determinato un affidamento degli stessi in ordine all'impossibilità del loro inserimento in tali graduatorie.

Non meno rilevante è certamente l'esigenza che la posizione della ricorrente, come tutti gli altri docenti che si trovano nella stessa situazione, **non** risulti **discriminata** rispetto alle identiche posizioni di altri docenti che hanno ottenuto sentenze favorevoli, sia in sede amministrativa, sia in sede ordinaria, con il loro conseguente inserimento nelle GAE: anche alla dott.ssa Desiderio deve essere quindi garantita la stesa opportunità.

\*\*\* \*\*

### **III. ILLEGITTIMITA' DERIVATA DEI PROVVEDIMENTI ADOTTATI SUCCESSIVAMENTE AL DEPOSITO DELLA SENTENZA IMPUGNATA.**

In conseguenza dell'accoglimento del ricorso di primo grado, con annullamento degli atti e provvedimenti con esso impugnato, dovranno essere annullati anche il provvedimento prot. 3720 del 2.5.2017 a firma del Dirigente dell'Ufficio scolastico del Veneto – ambito territoriale di Verona, e la nota prot. 1754/fp del 2.5.2017 a firma del Dirigente Scolastico dell'Istituto comprensivo Mozzecane di Verona, con cui è stata decretata la risoluzione del contratto a tempo determinato in corso fino al 31.8.2017.

Tali provvedimenti sono stati infatti emanati in seguito al deposito della sentenza qui impugnata, sul presupposto che fosse venuto meno il Decreto cautelare n. 5367/2016 del 3.10.2016, e sia stata comunque confermata la legittimità dei provvedimenti impugnati dalla dott.ssa Desiderio.

Pertanto, una volta accertata l'illegittimità di tali provvedimenti, per effetto dell'accoglimento del ricorso di primo grado, ne deriva la nullità derivata di tutti i provvedimenti che su di essi si fondano.

\*\*\* \*\*



**IV. IN SUBORDINE: QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELL'AT. 1 COMMA 605 LETT. C DELLA LEGGE 296/2006 E DELL'ART. 9 COMMI 20 E 21 BIS DEL D.L. 70/2011, PER CONTRASTO CON GLI ARTT. 2, 3, 4, 51 E 97 COST.**

Nella denegata ma non creduta ipotesi in cui codesto TAR Lazio dovesse ritenere legittimo il D.M. 495/2016, invocando erroneamente il termine previsto dall'art. 1 comma 605 lett. c) della legge 296/2006, che vieterebbero “nuovi” inserimenti successivi all'a.s. 2001/2002, le stesse dovranno ritenersi in contrasto con la Costituzione e, pertanto, si solleva la seguente questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2, 3, 4, 51 e 97 COST., richiamando integralmente quanto dedotto nel ricorso introduttivo in merito al requisito della rilevanza della questione ai fini del decidere, e a quello della non manifesta infondatezza della questione.

\*\*\* \*\*

**DOMANDA CAUTELARE.**

La ricorrente propone formale istanza perchè vengano immediatamente adottate le misure cautelari urgenti per garantirle fin da subito il reinserimento nelle GAE nella collocazione spettante.

La sussistenza del requisito del *fumus boni iuris* risulta palese dalla lettura dei sopra dedotti motivi di impugnazione, accolti da codesto Ecc.mo Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1281/2017 del 27.3.2017, in una situazione di fatto e di diritto identica rispetto a quella oggetto della presente controversia.

Quanto al *periculum in mora*, va ribadito che, in seguito alla sentenza di primo grado qui impugnata, l'Ufficio scolastico di Verona ha risolto il contratto stipulato dalla ricorrente, che sarebbe scaduto il 31.8.2017, con la conseguenza che la ricorrente si trova attualmente senza alcun contratto, priva di retribuzione, con gravissimo danno, che si ripercuote sulle condizioni di vita e familiari.

Per evitare che la ricorrente, nelle more della definizione nel merito del presente giudizio, subisca ulteriori gravi ed irreparabili danni, rappresentati anche dall'impossibilità di essere inserita nelle graduatorie ad esaurimento, con impossibilità di stipulare contratti a tempo determinato e a tempo indeterminato, si chiede la concessione di una misura cautelare urgente, con immediato reinserimento della dott.ssa Desiderio in GAE, come da domanda

inviata in forma cartacea in data 7.7.2016 e 15.7.2016, nella collocazione spettante in base al punteggio per la Classe di concorso EEEE.

Sotto il profilo del bilanciamento degli interessi, è palese la prevalenza dell'interesse privato della ricorrente, a tutela del suo diritto a poter ottenere un posto di insegnamento, anche in considerazione dell'imminente eliminazione delle GAE. Lo stesso interesse della P.A. è salvaguardato più efficacemente dall'inserimento della ricorrente in GAE, considerando che, in caso di accoglimento del ricorso, da presumere sulla base della sussistenza del *fumus boni iuris*, la P.A. dovrebbe riformare le graduatorie nel frattempo definite e risolvere i contratti *medio tempore* conclusi con i docenti rispetto ai quali la posizione della dott.ssa Desiderio risultasse più favorevole, con grande disagio dell'attività amministrativa, oltre alle possibili richieste risarcitorie dei predetti docenti, nonché la domanda di risarcimento dei danni patiti dalla dott.ssa Desiderio.

\*\*\* \*\*

Tutto ciò premesso, i sottoscritti procuratori, *ut supra* legittimati chiedono l'accoglimento delle seguenti

### CONCLUSIONI

In via preliminare:

- sospendere l'efficacia della sentenza del TAR Lazio sez. Bis n. 3221/2017 dell'8.3.2017 non notificata, con adozione dei provvedimenti cautelari ritenuti opportuni, al fine di immettere con riserva la dott.ssa Desiderio nelle graduatorie ad esaurimento definitive dell'Ambito Territoriale di Verona, classi di concorso Scuola Primaria (EEEE), valide per gli anni scolastici 2014/2017, nella posizione derivante dal punteggio attribuibile, ed in particolare con il punteggio di 115 per la Classe di concorso EEEE, o quello che dovesse essere attribuibile aggiornando i predetti punteggi applicando le tabelle di valutazione dei titoli previsti per la III fascia delle graduatorie ad esaurimento;

Nel merito: previa eventuale sospensione del procedimento con remissione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 605 lett. c) della legge 296/2006, per contrasto con gli artt. 3, 4, 51 e 97 Cost., ed in accoglimento dei motivi dedotti nel presente ricorso ed in quello di primo grado:

1. annullare la sentenza del TAR Lazio sez. Bis n. 3221/2017 dell'8.3.2017 non notificata;

2. annullare gli atti impugnati, con conseguente condanna delle amministrazioni resistenti ad emanare tutti gli atti ritenuti conseguenti e necessari a consentire l'inserimento della dott.ssa Desiderio nelle graduatorie ad esaurimento definitive dell'Ambito Territoriale di Verona, classi di concorso Scuola Primaria (EEEE), valide per gli anni scolastici 2014/2017, nella posizione derivante dal punteggio attribuibile, ed in particolare con il punteggio di 115 per la Classe di concorso EEEE, o quello che dovesse essere attribuibile aggiornando i predetti punteggi applicando le tabelle di valutazione dei titoli previsti per la III fascia delle graduatorie ad esaurimento, tenuto conto di tutti i titoli indicati dalla ricorrente e tenuto conto delle preferenze degli ambiti territoriali indicati nella domanda del 13.8.2015 e del 7.7.2016 e del 15.7.2016, con decorrenza dall'approvazione delle graduatorie ad esaurimento per gli anni 2014/2017 o, in subordine, dalla data di presentazione della domanda cartacea del 12.8.2015 o di quelle del 7.7.2016 o 15.7.2016 o, in ulteriore subordine, dalla presentazione del ricorso di primo grado;

3. annullare il provvedimento prot. n. 3720 del 2.5.2017 a firma del Dirigente dell'Ufficio scolastico di Verona e la nota prot. 1754/fp del 2.5.2017, a firma del Dirigente Scolastico dell'Istituto comprensivo Mozzecane (Vr);

4. con condanna in ogni caso delle parti resistenti al pagamento del compenso e delle spese di entrambi i gradi di giudizio, oltre al rimborso del C.U., con spese generali 15%, CPA 4% e IVA come per legge.

Si depositano, oltre a copia autentica della sentenza del TAR Lazio sez. Bis n. 3221/2017 dell'8.3.2017 non notificata, i seguenti provvedimenti:

1. provvedimento prot. n. 3720 del 2.5.2017 a firma del Dirigente dell'Ufficio scolastico di Verona;

2. nota prot. 1754/fp del 2.5.2017, a firma del Dirigente Scolastico dott. Edoardo Cittarelli dell'Istituto comprensivo Mozzecane (Vr);

\*\*\*

Ai fini del contributo unificato, si dichiara che la presente causa ha valore indeterminabile e verte in materia di pubblico impiego e pertanto il contributo unificato è pari ad € 325,00.

Si dichiara di voler ricevere le comunicazioni di cancelleria agli indirizzi FAX e PEC indicati nell'intestazione del presente atto.

Verona -Roma, 8.5.2017

prof. avv. Lorenzo Picotti

avv. Luigi Manzi

\*\*\* \*\*

#### **ISTANZA EX ART. 52 C.P.A.**

Ai sensi dell'art. 52 comma 2 c.p.a., rilevato che la notifica del ricorso nei modi ordinari sarebbe impossibile per l'ingente numero dei controinteressati e per la difficoltà di reperirli, e che comunque la tradizionale notifica per pubblici proclami è oltremodo onerosa per la parte ricorrente e, comunque, la stessa non appare idonea allo scopo, come chiarito dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 106/1990, si chiede l'autorizzazione alla notificazione del ricorso mediante la sua pubblicazione sul sito internet dell'amministrazione interessata.

Verona - Roma, 8.5.2017

prof. avv. Lorenzo Picotti

avv. Luigi Manzi