

TRIBUNALE di VARESE

Nel procedimento N. 681/2015 del ruolo lavoro

TRA

ASPESANI MONICA, BERNARDO ELISABETTA, CAMMARATA MARIANGELA,
CARDELLA TIZIANA, CASONATO DORANNA, CULORA ERIKA ANNA,
D'ANGELO MARA, D'ONGHIA ROBERTA, GALLO ELISABETTA, GIORGIANNI
FRANCESCA, GRANDE MARIA TERESA, LABELLA CHIARA, LINSALATA
NADIA GIUSEPPA, MAMMANA ANNALISA, MANCUSO LAURA CRISTINA,
MARTINO DOMENICA, MARTULLO PATRIZIA, MAZZULLO GIUSEPPA
FRANCESCA, MELARA LETIZIA, MONETTI CARLOTTA, MONTALEONE
LOREDANA, MONTI ELENA MARIA, NUCCI VALENTINA, PALARO FEDERICA,
PALLARO ELENA, RENZI PIERINA, ROSSINI PATRIZIA, SCIAMBRA ITRIA,
SCOLARO IRENE MARIA, TOMASINI CATERINA, VAIANO STEFANIA,
VALLEROSA VALERIA, VEROLLA SARA – con avv.ti Gianmaria Monico, Luca
Guaglione e Michele Pedretti, Via Cinque Giornate N. 41, Como;

- RICORRENTI -

E

MINISTERO dell'ISTRUZIONE, UNIVERSITA' E RICERCA e U.S.R. LOMBARDIA
A.T. di Varese – con funzionario delegato, ai sensi dell'art. 417 bis c.p.c., dom.to in
Varese, Via Copelli N. 6;

- RESISTENTI -

OGGETTO: provvedimento ex art. 700 c.p.c.

A scioglimento della riserva che precede il Giudice del Lavoro:

- letti gli atti;
- esaminata la documentazione allegata;

- 724
- premesso che le attuali ricorrenti, tutte abilitate all'insegnamento in virtù del diploma di maturità magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 al termine di corsi di scuola ed istituto magistrale ed interessate ad essere incluse, per l'insegnamento nella Scuola dell'Infanzia (classe di concorso AAAA) e per l'insegnamento nella Scuola Primaria (classe di concorso EEEE) e negli eventuali connessi elenchi per il sostegno, nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento definitive nell'ambito territoriale di Varese valide per gli anni scolastici 2014/2017, ossia nelle graduatorie riservate agli abilitati ed utilizzabili ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato sul 50% dei posti annualmente banditi dal MIUR, ai sensi dell'art. 399 del Decreto Legislativo N. 297/1994, hanno richiesto, ex art. 700 c.p.c., in corso di causa, previo accertamento della nullità e/o illegittimità del D.M. N. 235/2014 e sua disapplicazione, di dichiarare il loro diritto alla presentazione della domanda di inserimento nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento definitive nell'Ambito Territoriale di Varese, classi di Concorso Scuola dell'Infanzia (AAAA) e Scuola Primaria (EEEE) ed eventuali connessi elenchi per il sostegno, valide per gli anni scolastici 2014/2017, nella posizione derivante dal punteggio loro attribuibile, applicando la tabella di valutazione dei titoli prevista per la III fascia delle graduatorie ad esaurimento, e di condannare le amministrazioni datrici a tale inserimento, con ogni conseguenza di legge, vinte le spese di procedimento;
 - rilevato che in sede di costituzione, in memoria difensiva, le amministrazioni resistenti (per completezza, l'Ufficio Provinciale risulta essere solo un'articolazione interna sfornita di legittimazione), in via preliminare hanno eccepito il difetto di giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria e, nel merito, hanno contestato in fatto ed in diritto le domande cautelari "ex adverso" formulate a motivo della ritenuta insussistenza dei presupposti sia del "fumus boni iuris" che del "periculum in mora";

- reputato che l'eccezione di difetto di giurisdizione possa essere superata, in quanto secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità l'inserimento dei docenti nelle graduatorie provinciali, così come la modifica delle predette, a fronte di determinazioni assunte dall'amministrazione nella posizione di datore di lavoro, costituisce una pretesa avente consistenza di diritto soggettivo (cfr. Cass. Sez. Un. n. 22805/2010 e Cass. Sez. Un. n. 3032/2011); del resto, l'art. 63 del D.Lvo n. 165/2001 ha devoluto al Giudice Ordinario, in funzione di Giudice del Lavoro, "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro", mentre vanno radicate davanti al Giudice Amministrativo "le controversie in materia di procedure concorsuali", ove esula dalla nozione di concorso, secondo gli orientamenti della giurisprudenza, pure amministrativa, formatisi in materia, la fattispecie dell'inserimento in apposita graduatoria, preordinata al conferimento dei posti di lavoro che si rendono disponibili, di coloro che siano in possesso di determinati requisiti ("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" – Cass. Sez. Un. n. 16756/2014), tenuto in ciò conto anche del fatto che i decreti emessi per regolare e gestire le singole graduatorie non sono ascrivibili all'attività autoritativa della amministrazione, bensì rientrano, come già rappresentato, tra le determinazioni assunte con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato, ai sensi dell'articolo 5, secondo comma, del D.Lvo n. 165/2001, di fronte alle quali si configurano soltanto dei diritti soggettivi (vedi ancora Cass. Sez. Un. 3032/2011 e Cass. Sez. Un. n. 16758/2014) – e, comunque, l'oggetto del presente giudizio concerne l'inserimento delle ricorrenti nelle graduatorie ad esaurimento per concorrere alla stipula di contratti di lavoro e non l'annullamento del solo D.M. che regola i criteri di ammissione alle graduatorie ad esaurimento senza alcun diretto coinvolgimento delle singole graduatorie provinciali, D.M. che viene in rilievo unicamente in via incidentale e che non è causa diretta della lesione lamentata dalle attuali esponenti –;

- ritenuto, innanzi tutto, opportuno, sotto il profilo del “fumus boni iuris”, richiamare il quadro normativo di riferimento, per cui:
- a) le graduatorie permanenti del personale docente sono state istituite dalla legge N. 194/1999, che aveva previsto che l’accesso all’insegnamento dovesse avvenire, per il 50%, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50%, attingendo alle graduatorie provinciali permanenti: “l’accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d’arte, fa luogo, per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all’articolo 401”;
- b) l’art. 401 D. Lgs. 297/1994 stabiliva, al secondo comma, che tali graduatorie dovevano essere “periodicamente integrate con l’inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell’ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia. Contemporaneamente all’inserimento dei nuovi aspiranti è effettuato l’aggiornamento delle posizioni di graduatoria di coloro che sono già compresi nella graduatoria permanente”;
- c) l’art. 1, co. 605, lett. c), Legge 296/2006 (c.d. Finanziaria 2007) ha disposto la chiusura delle graduatorie permanenti trasformandole in graduatorie a esaurimento: in particolare, è stato stabilito che “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. Con decreto del Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione (CNPI), è successivamente disciplinata la valutazione dei titoli e dei servizi dei docenti inclusi nelle predette graduatorie ai fini della partecipazione ai futuri concorsi per esami e titoli”;

- 72*
- d) il D.P.R. 353/2014 ha ammesso, poi, alla presentazione delle domande per l'inserimento nella seconda fascia anche i diplomati magistrali in epoca anteriore all'Anno Scolastico 2001/2002, seppur limitatamente alle graduatorie di circolo e di istituto per l'A.S. 2014/2015;
 - e) il D.M. 235/2014 ha previsto il solo aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo per il triennio 2014/2017, con esclusione della possibilità di chiedere l'inserimento ex novo, a pieno titolo o con riserva, nella graduatorie ormai a esaurimento;
 - considerato, pertanto, che in forza della clausola di salvaguardia, di cui all'art. 1, co. 605, lett. c), Legge 296/2006 (“sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione”), le ricorrenti, diplomate con il vecchio ordinamento entro l'Anno Scolastico 2001/2002, avrebbero potuto quindi ritenersi, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti a esaurimento, già in possesso del titolo abilitante, tanto che sul punto il Consiglio di Stato, con pronuncia del 16 aprile 2015 n. 1973 ha, così, affermato: “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.....”;

- Rel*
- rappresentato, tuttavia, che le attuali ricorrenti avrebbero dovuto domandare l'inserimento in graduatoria in occasione dei periodici aggiornamenti delle graduatorie medesime e che, viceversa, le stesse hanno atteso sino ad ora prima di richiedere l'inserimento nelle graduatorie, oramai definitivamente chiuse, per cui la tardività della domanda proposta con il presente giudizio non può non assumere rilievo, almeno nella presente fase, ai fini del decidere, deponendo, essa, per una probabile insussistenza del diritto fatto valere dalle attuali esponenti, come, peraltro, da orientamento già emerso in diverse sedi di merito (vedi Tribunale di Milano 22 luglio 2015; Tribunale di Napoli 20 luglio 2015; Tribunale di Perugia 16 luglio 2015; Tribunale di Venezia 15 luglio 2015 - in questa ultima sentenza, in particolare, è stato sostenuto che il DPR 25 marzo 2014 non costituisce una fonte normativa, che ha attribuito ex novo natura abilitante al diploma magistrale, e che, pertanto, la domanda di inserimento andava presentata entro i limiti temporali normativamente previsti.....);

- ritenuto, altresì, ed in ogni caso, sotto altro aspetto, in relazione sempre alla sentenza n. 1973/2015 del Consiglio di Stato, in argomento, citata pure in ricorso, che alle statuizioni del Consiglio di Stato non possa essere attribuita efficacia “erga omnes”, dal momento che alla stregua di quanto sostenuto, in particolare, dal Tribunale di Bologna, con riferimento anche alla giurisprudenza della Suprema Corte, “i decreti ministeriali di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, pur essendo atti soggettivamente amministrativi, non rivestono natura provvedimento né possono costituire fonte del diritto, essendo stati emessi dall'amministrazione con le capacità ed i poteri del datore di lavoro privato. Da ciò consegue che 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 D.M. 235 del 2004 difetta dei caratteri propri delle fonti normative regolamentari e, cioè, dell'astrattezza, della generalità e della innovatività, perché, in esecuzione di altre disposizioni di rango primario e secondario, indica solo i criteri di aggiornamento delle graduatorie e le modalità operative con le quali gli interessati possono presentare domanda. Al più, al decreto ministeriale in esame, potrebbe essere riconosciuta (ferma restando la natura non provvedimentale e non regolamentare) la natura di atto collettivo o plurimo, con effetti scindibili e differenziabili per ciascun destinatario. Dunque, nessuna valenza normativa può essere attribuita nella fattispecie in esame alla decisione del Consiglio di Stato del 2015. Infine, sussistono più che fondati dubbi che la citata decisione contenga, effettivamente, l'annullamento del D.M. 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

22

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 agli allora ricorrenti di presentare con esito favorevole la domanda di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, con la conseguenza che la statuizione contenuta nella sentenza non può assumere portata generale ma è limitata a produrre effetti solo tra le parti in causa" (Tribunale di Bologna, 3 giugno 2015);

- considerato, pertanto, alla luce di quanto sopra esposto ed assorbita ogni valutazione concernente l'ulteriore presupposto del "periculum in mora", di dover respingere il ricorso cautelare proposto, con spese da regolamentare al definitivo;

P.Q.M.

respinge il ricorso.

Spese al definitivo.

Si comunichi.

Varese, li 19 marzo 2016

Il Giudice del Lavoro

(dr. Dario Papa)



Depositato in Cancelleria

Oggi, 24 MAR. 2016

FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Francesco GRANA

