TRIBUNALE DI BARI

SEZIONE LAVORO

in composizione monocratica, in funzione di Giudice del lavoro, nella persona del dott. Giuseppe Minervini a scioglimento della riserva che precede, esaminati gli atti ed i documenti di causa di causa afferenti al procedimento ex art. 700 cpc in corso di causa n. 9149/2015 R. G.

OSSERVA

1.VENTRELLA IMMACOLATA ha chiesto con ricorso ex art. 700 cpc in corso di causa di ordinare al Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca e all'Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia ambito territoriale di Bari di consentire la presentazione della domanda d'inserimento, quale docente in possesso del titolo abilitante di diploma magistrale conseguito nell'anno 2001/2002, nella terza fascia delle graduatorie provinciali ad esaurimento dell'ambito territoriale di Bari e Bat, classi di concorso della Scuola dell'infanzia (AAAA) e della scuola primaria (EEEE) valide per gli anni 2014/2017 e di ordinare l'accoglimento della stessa domanda nelle modalità e con gli effetti e previa disapplicazione del DM n.235/2014 e delle graduatorie nei termini ivi in dettaglio indicati oltre al pagamento delle spese di causa. Autorizzata l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento dei 101 ambiti territoriali italiani per le classi di concorso anzidette con pubblicazione del ricorso sul sito internet del Ministero intimato ed adempiuti ritualmente i relativi incombenti, si costituivano le Pa intimate contestando la fondatezza della domanda cautelare anche nel merito.

2. Giova premettere alcune considerazioni in generale in ordine ai presupposti richiesti dall'ordinamento affinché possa essere concesso un provvedimento cautelare in via d'urgenza. Il provvedimento d'urgenza, che ha carattere residuale e sussidiario, può essere emesso solo qualora, durante il tempo necessario per far valere il diritto in via ordinaria, possa fondatamente ritenersi che si verifichi un danno imminente ed irreparabile. Tali presupposti sono comuni a tutti i provvedimenti d'urgenza, anche a quelli richiesti in materia di diritto del lavoro. Al riguardo, deve rilevarsi che innanzi tutto è necessario procedere ad un esame sommario che consenta di valutare il *fumus boni iuris*, ovvero la verosimiglianza o probabilità della fondatezza del diritto fatto valere, poiché se all'esito di tale delibazione si dovesse ritenere che tale diritto non sussista, il provvedimento d'urgenza comunque non potrebbe essere concesso. Poiché l'art. 700 c.p.c. ha la funzione di garantire la fruttuosità dell'azione di merito, ovvero dell'azione ordinaria, è preliminare che il giudice proceda ad una valutazione, seppur sommaria del *fumus boni iuris*.

Per quanto attiene al c.d. *periculum in mora*, va sottolineato che esso deve essere accertato e valutato in concreto, nella sua consistenza obiettiva, tenuto conto delle circostanze specifiche del caso, soprattutto con riferimento a quelle che possono determinare l'insoddisfazione del diritto. Il predetto requisito non può che consistere in un pericolo attuale, che trovi il proprio substrato nella realtà, rimesso al prudente

Firmato Da: MINERVINI GIUSEPPE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6be03

apprezzamento del giudice, non essendo possibile concedere un provvedimento d'urgenza soltanto sulla base di valutazioni soggettive del postulante (*vani timoris, iusta excusatio non est*). In buona sostanza, il *periculum* non può che consistere in un'indagine di fatto, tanto che la stessa si sottrae al sindacato di legittimità, circa l'urgenza di ottenere il provvedimento e circa la prova di tale urgenza.

3. Passando al caso di specie, la domanda cautelare è infondata e pertanto va rigettata per le ragioni di seguito indicate. Nel caso in esame manca anzitutto il requisito del fumus boni iuris.

4.Assume l'istante di essere in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno 2001/2002 e di aver titolo per il l'inserimento nelle graduatorie permanenti ora ad esaurimento GAE, in seguito all'annullamento del decreto n. 235/2014 ad opera della sentenza del Consiglio di Stato del 16 aprile 2015 in atti allegata che precludeva ab origine tale inserimento.

5.Va in limine evidenziato la sussistenza della giurisdizione del Giudicante adito ove si consideri che l'oggetto del giudizio riguarda il preteso diritto dell'instante all'inserimento nelle graduatorie permanenti ad esaurimento de quo, quale docente in possesso del ridetto diploma magistrale. In tale direzione militano le direttive interpretative espresse da Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 16/12/2013, n. 27992 su fattispecie analoga secondo cui:" ……. *può premettersi in generale che le procedure relative alla formazione ed all'aggiornamento delle graduatorie permanenti (oggi ad esaurimento) del personale docente non si configurano come procedure concorsuali e quindi non appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a quella del giudice ordinario, in quanto vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2 di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poichè la pretesa consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione. …..Non possono configurarsi, infatti, nè l'inerenza a procedure concorsuali (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63), per l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto, di un atto di approvazione finale che individui i vincitori - trattandosi piuttosto dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti (anche derivanti da partecipazione a concorsi) in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili. Infatti vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2 tra i quali rientrano anche gli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione. …..Il medesimo principio è stato riaffermato più recentemente da questa Corte (Cass., sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3032); in senso conforme anche Cons. Stato, ad. plen., 4 luglio 2011, n. 11. Da ultimo questa Corte (Cass., sez. un., 8 febbraio 2013 , n. 3045; 21 febbraio 2013, n. 4287) ha ribadito 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), le controversie promosse per l'accertamento del diritto dei docenti - che, già iscritti in determinate graduatorie ad esaurimento, si siano avvalsi della facoltà di essere inseriti in altre analoghe graduatorie provinciali - a non essere collocati in coda rispetto ai docenti già inclusi in queste ultime graduatorie (diritto nella specie negato dall'amministrazione in applicazione del divieto previsto dal D.M. 8 aprile 2009, n. 42), 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 (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2), a fronte dei quali sono*

Firmato Da: MINERVINI GIUSEPPE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6be03

configurabili solo diritti soggettivi, ed avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione. ….Come la giurisdizione del giudice ordinario in materia di lavoro pubblico contrattualizzato è recessiva in favore di quella generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di impugnazione di atti organizzativi a contenuto generale con cui le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ovvero individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi o determinano le dotazioni organiche complessive D.Lgs. n. 165 del 2001 , ex art. 2, comma 1 (cfr. Cass., sez. un., 10 novembre 2010, n. 22799), a maggior ragione sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ove l'oggetto del giudizio sia l'impugnazione di un atto regolamentare di normazione subprimaria; cfr. Corte cost. n. 41 del 2011, che, adita con incidente di costituzionalità dal TAR Lazio nel corso di un contenzioso analogo, ha osservato che il remittente giudica della legittimità degli atti amministrativi che fissano i criteri di formazione delle graduatorie (quelle permanenti della scuola). Espressamente il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 1 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 di natura non regolamentare ed aventi un contenuto riconducibile all'art. 2, comma 1, cit... Ove si tratti di veri e propri atti normazione subprimaria, quindi regolamentare, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di azione diretta al loro annullamento proposta da chi sia legittimato perchè in situazione di interesse legittimo. Ove si tratti di atti amministrativi a contenuto generale ed astratto, ma privi di natura regolamentare, ossia di normativa subprimaria, come talora espressamente previsto, parimenti sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di azione diretta al loro annullamento ove il contenuto degli stessi sia riconducibile al cit. D.lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1.".

6.1. Tanto chiarito, e passando al merito, va rilevato che l'istante lamenta nella sostanza il mancato inserimento nelle graduatorie ridette quale docente in possesso del ridetto diploma magistrale a causa dell'illegittima esclusione disposta dal predetto DM 235/2014. Tuttavia, ex actis non risulta che l'istante abbia avanzato la relativa domanda in via amministrativa (cui è seguita un'esclusione poi gravata), manifestando in concreto la volontà dell'inserimento de quo. Pertanto, le doglianze dedotte con la presente azione devono ritenersi tardive e comunque inidonee a sanare il deficit di manifestazione di volontà di conseguire l'inserimento de quo in via amministrativa. Invero, l'eventuale riconoscimento nella odierna sede del diritto all'inserimento ambito non esime dal fatto che l'istante avrebbe dovuto a suo tempo avanzare rituale domanda in via amministrativa, impugnandone il relativo diniego, in ossequio alla vigente normativa di settore (v. art. 9 e 10 dm n.235/2014) che impone l'onere di presentare domanda amministrativa nel rispetto dei termini specificamente prescritti a pena di decadenza. Ne consegue che la decadenza conseguente all'omessa presentazione della domanda in via amministrativa è ragione ostativa a delibare la presente azione che non può pertanto sanare in modo postumo il mancato adempimento prescritto con termine perentorio.

Firmato Da: MINERVINI GIUSEPPE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6be03

6.2. Non smentiscono le considerazioni testè svolte i rilievi della parte istante secondo cui il sistema informatico del Ministero intimato precludeva la presentazione della domanda on line ai docenti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno 2001/2002. A tale preclusione ove mai esistente, non essendo provata sulla base degli atti di causa, doveva supplirsi con istanza di partecipazione di contenuto analogo da presentarsi on line (rivolta al competente organo ministeriale) ovvero per iscritto nelle modalità ordinarie così da impugnare l'eventuale diniego in sede giudiziaria. L'essenzialità di tale incombente è stata sottolineata dall'invocata pronuncia del Consiglio di Stato n. 1973/2015 nella quale si da atto che i docenti esclusi dall'aggiornamento de quo avevano presentato domanda a mezzo raccomandata ar, per le preclusioni connesse al sistema informatico. L'avvenuta presentazione della domanda in via amministrativa, nelle modalità alternative su indicate, invero è incombente essenziale ed opera quale criterio discretivo di legittimazione attiva ad esperire la presente azione avente ad oggetto il riconoscimento del diritto all'inserimento reclamato.

7.1.Ciò in disparte, assume l'istante di aver diritto all'inserimento de quo in forza della sentenza del Consiglio di Stato del 16 aprile 2015 di annullamento del DM n.235/2014 che tuttavia non ha effetto erga omnes ma è limitato alle parti che hanno partecipato al relativo giudizio definito, come per altro si ricava dal tenore del dispositivo della stessa pronuncia che limita l'annullamento del predetto decreto nella parte in cui preclude l'inserimento de quo esclusivamente ai ricorrenti, nel cui novero non rientra però l'istante, alla luce delle allegazioni svolte in ricorso. Invero, tale decreto integra un atto amministrativo generale plurimo e scindibile, ancorchè formalmente unico, il cui giudicato amministrativo (di annullamento), su impugnazione di alcuni docenti in possesso del ridetto diploma magistrale, non si estende a favore di altri, come l'istante, rimasti estranei al relativo procedimento (cfr. in termini ex multis Cons. Stato Sez. IV, 12-06-2009, n. 3694; T.A.R. Puglia Bari Sez. III, Sent., 24/07/2013, n. 1164).

7.2.Deve escludersi che il giudicato derivante da tale pronunica abbia effetti erga omnes attesa la natura regolamentare del DM n.235/2014 come a torto sostenuto dall'istante atteso che esso non è stato adottato secondo la procedura tipica degli atti regolamentari ex art. 17 l. n. 400/1988. A ciò si aggiunga che i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò: mentre quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili, i regolamenti, invece, sono espressione di una potestà amministrativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono (cfr. in termini ex multis Cons. Giust. Amm. Sic., 14-03-2011, n. 200). In specie è agevole rilevare che le disposizioni del

Firmato Da: MINERVINI GIUSEPPE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6be03

DM n.235/2014 non hanno valenza innovativa dell'ordinamento, regolando esclusivamente le vicende relative all'aggiornamento delle graduatorie de quibus ed il novero dei destinatari – docenti esclusi - è determinabile a posteriori.

7.3.Il provvedimento de quo poi nella parte relativa ai docenti in possesso del diploma di laurea de qua ha contenuto scindibile in quanto contiene delle prescrizioni che dettano requisiti soggettivi di partecipazione la cui illegittimità è opponibile esclusivamente da coloro che privi degli stessi l'hanno dedotta ritualmente in sede giudiziaria, salvo il potere della Pa intimata di estendere in via di autotutela (e dunque in modo discrezionale) gli effetti del giudicato erga omnes, in specie non esercitato.

7.4.Fermo quanto sopra dedotto ai punti 6.1 e 6.2. a riguardo dell'omessa rituale domanda in via amministrativa, sulla scorta delle allegazioni attoree svolte, non emergano doglianze specifiche meritevoli di rilievo e legittimanti la disapplicazione in parte qua del predetto DM sicchè va rigettata la relativa istanza. In conclusione, alla luce di predetti rilievi, non sussiste in capo all'istante il diritto di conseguire l'inserimento reclamato e pertanto il ricorso va rigettato sotto tutti i profili dedotti.

8.Le assorbenti considerazioni che precedono rendono pletorica la disamina delle ulteriori argomentazioni espresse dalle parti.

9. Il difetto del fumus, quale requisito autonomo per la concessione della misura cautelare, giustifica di per sé il rigetto del ricorso, rendendo inutile l'indagine relativa alla sussistenza dell'ulteriore requisito del periculum.

10.La regolazione delle spese di causa è rimessa alla definizione del giudizio di merito, trattandosi di domanda cautelare in corso di causa.

P.Q.M.

Il Giudice del lavoro, sulla causa ex art. 700 c.p.c. in corso di causa di cui in epigrafe, rigettata ogni altra domanda, istanza ed eccezione, così provvede:

rigetta l'istanza cautelare ; spese al definitivo;

fissa

per la comparizione delle parti e la discussione nel merito l'udienza del 28.4.2016.

Manda al ricorrente per la notifica del ricorso e del presente decreto nei termini in dettaglio indicati nel decreto di fissazione dell'udienza di trattazione della presente procedura del 30.7.2015.

Bari 28.8.2015

IL GIUDICE

Dott.Giuseppe Minervini

ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'
Il sottoscritto Avv. MARIA ANGELA TATIANA BARTOLI cod. fiscale BRTMNG77A52F284B
procuratore domiciliatario di IMMACOLATA VENTRELLA
cod. fiscale/partita iva VNTMCL81T69L109C
attesta ai sensi dell'art. 16 bis, comma 9 bis, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179,
che il decreto n.39431/2015 riprodotto nel presente
documento informatico è stato estratto dal fascicolo telematico della causa civile iscritta presso il
Tribunale Ordinario di Bari al 00009149/2015 R.G. ed
è conforme al corrispondente atto contenuto nel fascicolo informatico predetto.
LUOGO, lì 29/03/2016
(Documento firmato digitalmente)

Firmato Da: MINERVINI GIUSEPPE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6be03