

Avvocatura dello Stato
Via degli Arazzieri, 4
50129 Firenze

ORIGINAL

CT 3447/18
Avv. Melandri

CORTE D'APPELLO DI FIRENZE

- Sezione Lavoro -

RICORSO IN APPELLO

Per

Il MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (C.F. 80255230585), in persona del Ministro *pro tempore*, e per l'UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI SIENA (C.F. 80003960525), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura dello Stato (c.f. 80039250487), presso i cui Uffici in Firenze, via degli Arazzieri 4, sono *ex lege* domiciliati (e-mail: ads.fi@mailcert.avvocaturastato.it; fax 055/472555)

- Appellanti-

contro

MARINO GIULIA (C.F. CF MRNGLI77E43H50111), rappresentata e difesa dagli Avv.ti Antonio Rosario Bongarzone e Paolo Zinzi

- Appellata-

per la riforma

della sentenza n. 178/2019 pubblicata il 15/07/2019, resa "*inter partes*" dal Tribunale di Siena, Sezione Lavoro (Giudice Dr. Cammarosano) nella causa avente R.G. n. 905/2018, notificata telematicamente in data 30.07.2019.

* * * * *

Con ricorso notificato telematicamente in data 28.11.2018, la Sig.ra Giulia Marino, deducendo di essere insegnante tecnico pratico (diplomata I.S.E.F.), ed altresì in possesso dei c.d. "24 CFU", adiva il Tribunale di Siena, Sezione Lavoro, domandando disapplicarsi il decreto del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca 1 giugno 2017, n. 374 di aggiornamento della II e III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto del personale docente, nella parte in cui non consente ai docenti in possesso di diploma conseguito presso l'I.S.E.F. l'inserimento nella seconda fascia nelle graduatorie di circolo e di istituto; accertare e dichiarare il proprio diritto ad essere inserito nella seconda fascia (II fascia) delle graduatorie di istituto del personale docente nell'Ambito territoriale della provincia di Siena per la classe di concorso A-048 (scienze motorie e sportive negli istituti



di istruzione secondaria di II grado) e A-049 (scienze motorie e sportive negli istituti di istruzione secondaria di I grado) valide per gli anni 2017/2020 ; altresì ordinarsi all'Amministrazione resistente di inserirlo nella seconda fascia delle graduatorie di istituto e di circolo, nella posizione spettante secondo il punteggio maturato; accertarsi e dichiararsi essere il medesimo in possesso di un titolo abilitante all'insegnamento sin dal momento del conseguimento del titolo medesimo ovvero di un titolo che consenta la partecipazione anche alla procedura straordinaria prevista entro il mese di febbraio 2018, indicata nell'art. 17 del D. Lgs. n. 59/2017, in quanto l'Amministrazione scolastica resistente non aveva consentito lo svolgimento di percorsi abilitanti.

La causa si sarebbe quindi dovuta decidere come ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa in tema di indizione di concorsi con Decreti Ministeriali recanti la esclusione dei cd. "insegnanti tecnico-pratici" (ITP) appunto per non avere l'Amministrazione scolastica previsto per tale categoria di docenti lo svolgimento di specifici percorsi abilitanti.

Deduceva, in particolare, l'odierna appellata che l'Amministrazione scolastica considerava il diploma I.S.E.F. come titolo valido ai soli fini dell'accesso alla III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto, non riconoscendo il valore abilitante del medesimo titolo, che per contro, a parere del ricorrente, sarebbe stato intrinsecamente abilitante, e ciò in quanto, relativamente ai diplomati I.S.E.F. era stata preclusa la possibilità di conseguire la "certificazione" di abilitazione non essendo stati attivati specifici percorsi formativi abilitanti SSIS, restando altresì preclusa la partecipazione al T.F.A. (tirocinio formativo attivo), stante la loro natura di specializzazione post-laurea (essendo invece il ricorrente in possesso non di laurea, ma solo di diploma di scuola secondaria di secondo grado).

Soggiungeva, per altro verso, che il diploma I.S.E.F. di cui è in possesso, gli consentirebbe la partecipazione alla fase transitoria del concorso previsto dall'art. 17 del D. Lgs. n. 59/2017, secondo cui *"La procedura di cui al comma 2, lettera b), bandita in ciascuna regione e per ciascuna classe di concorso e tipologia di posto entro febbraio 2018, è riservata ai docenti in possesso, alla data di entrata in vigore del presente decreto, di titolo abilitante all'insegnamento nella scuola secondaria"*.

Menzionava il ricorrente l'orientamento espresso dal TAR Lazio con sentenza n. 4826/2016, che aveva consentito ai ricorrenti di partecipare alla fase transitoria del concorso docenti riservato a coloro che erano in possesso del titolo di abilitazione all'insegnamento, affermando il principio di diritto secondo cui è illegittimo chiedere quale requisito di partecipazione ad un concorso pubblico il requisito della abilitazione quando,



per quella particolare categoria di docenti, non è mai stato previsto un percorso abilitativo ordinario; per la stessa ragione, si sarebbe dovuta considerare illegittima la clausola del D.M. n. 374/2017, nella parte in cui preclude l'accesso alla seconda fascia a docenti privi di abilitazione in quanto non hanno mai potuto partecipare ad alcun percorso abilitativo ordinario.

Ne sarebbe conseguito che il ricorrente, in quanto docente in possesso di diploma I.S.E.F. conseguito prima del passaggio a scienze motorie, può essere destinatario di soli contratti a tempo determinato, essendovi stato, nelle more, il totale esaurimento delle GAE, ed essendo preclusa la possibilità di accesso alla II fascia delle graduatorie di circolo e di istituto; ne sarebbe perciò derivata la necessità di una "interpretazione costituzionalmente orientata" dell'art. 3, comma 2, del D.P.R. n. 19/2016, sostenendosi la equivalenza semantica del termine "abilitazione" con il termine "idoneità", dovendosi ritenere vigente per la categoria dei diplomati I.S.E.F. il regime transitorio disciplinato dall'art. 402 del D. Lgs. n. 297/1994, secondo cui: *"...Fino al termine dell'ultimo anno dei corsi di studi universitari per il rilascio dei titoli previsti dagli articoli 3 e 4 della legge 19 novembre 1990, n. 341, ai fini dell'ammissione ai concorsi a posti e cattedre di insegnamento nelle scuole di ogni ordine e grado...è richiesto il possesso dei seguenti titoli di studio:...c) laurea conformemente a quanto stabilito con decreto del Ministro della pubblica istruzione, ed abilitazione valida per l'insegnamento della disciplina o gruppo di discipline cui il concorso si riferisce, per i concorsi a cattedre e a posti di insegnamento nelle scuole secondarie, tranne che per gli insegnamenti per i quali è sufficiente il diploma di istruzione secondaria superiore"*, e risultando pertanto a suo dire violato il principio dell'affidamento.

Ancora, deduceva il ricorrente, il valore abilitante del titolo di diploma I.S.E.F. sarebbe disceso dal già citato art. 17 del D. Lgs. n. 59/2017, nella parte sopra trascritta.

Ne sarebbe pertanto conseguito il diritto alla iscrizione in II fascia delle graduatorie di circolo e di istituti degli istituti scolastici della provincia di Siena a decorrere dal 31.05.2017, di ottenere un titolo giudiziale ricognitivo del valore abilitante del titolo sin da suo conseguimento, con disapplicazione del D.M. n. 374/2017; sarebbe stata inoltre violata la Direttiva europea 36/2005/CE, la decisione 1719/2016/CE, il D. Lgs. n. 1/2013, il CCNL Comparto Scuola, gli artt. 3, 33, 35, 36 e 97 Cost., la Carta dei diritti fondamentali del 14.11.2000 per eccesso di potere per manifesta ingiustizia e disparità di trattamento.

La ricorrente affermava altresì : " di essere abilitata all'insegnamento "in virtù del conseguimento – all'interno del percorso formativo universitario – dei 24 Cfù in materie psicoantropo- pedagogiche. Il valore abilitante della laurea e dei 24 Cfù, percorso di laurea



affrontato, e superato, dalla ricorrente prevedeva il conseguimento dei 24 Cfu che rappresentano senz'altro il titolo di accesso ai successivi concorsi "riservati ai docenti abilitati" come previsti dall'art. 17 D.Lgs 59/2017." Secondo la ricorrente, odierna appellata, sussisterebbe la violazione di legge operata dal D.M. 374/2017 in riferimento all'art. 1, comma 110 della legge 107/2015 e D.Lgs 59/2017 art. 5 e 17.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione scolastica per il tramite di proprio funzionario ai sensi dell'art. 417 bis c.p.e., domandando il rigetto del proposto ricorso, argomentando in particolare che "...La giurisprudenza torinese, cit., osserva ad es. che occorre distinguere tra l'idoneità all'esercizio della professione di docente in qualità di supplente, dall'abilitazione all'esercizio stabile della stessa. Dal conseguimento del solo diploma deriva solo l'idoneità all'esercizio della professione di docente in qualità di supplente, mentre per poter esercitare stabilmente il ruolo è necessario il superamento di un esame ai fini abilitanti.

Ancora, la legge 508/99 contiene uno specifico riferimento ai titoli abilitanti, individuandolo nel diploma conseguito al termine dei corsi di didattica musicale, circostanza che ulteriormente dimostra che il semplice possesso del diploma di conservatorio unitamente al diploma di scuola superiore possa costituire titolo abilitante.

Tanto il diploma di conservatorio musicale rilasciato secondo il previgente ordinamento quanto il diploma accademico di secondo livello sono quindi titoli che consentono di insegnare ed essere ammessi ai concorsi a cattedra e non titoli abilitanti.

Ancora, neppure l'equipollenza sancita dal comma 107 giova ai resistenti in quanto i diplomi accademici di secondo livello rilasciati dalle istituzioni di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 21 dicembre 1999, n. 508 costituiscono a mente del comma 104 art. 1 legge 228/12 "titolo di accesso ai concorsi di ammissione ai corsi o scuole di dottorato di ricerca o di specializzazione in ambito artistico, musicale, storico artistico o storico-musicale istituiti dalle università" ma non costituiscono certo di per sé titoli abilitanti all'insegnamento nelle scuole secondarie.

Sempre secondo la giurisprudenza torinese, l'art. 4 legge 508/99 come modificato dalla legge 268/2002 sancisce quindi esclusivamente l'equiparazione del diploma musicale di vecchio ordinamento ai titoli rilasciati dall'Università ai fini dell'accesso all'insegnamento ai corsi di specializzazione ed alle scuole di specializzazione ma non ha certo attribuito valore abilitante ai diplomi musicali di vecchio ordinamento, circostanza dimostrata in fatto proprio dalla situazione dei resistenti i quali - solo perché in possesso di



un diploma musicale conseguito prima dell'anno 1999 - sono stati inseriti nelle graduatorie di istituto di terza fascia ed hanno regolarmente svolto attività di docenza a prescindere dal riconoscimento o meno dell'abilitazione.

Ora il d.m. 13 giugno 2007 n. 131 (Regolamento supplenze docenti, apportante modifiche ed integrazioni alle norme contenute nel precedente Regolamento del 25 maggio 2001, n. 201, all'art. 5, Graduatorie di Circolo e di Istituto), prevedeva che "per ciascun posto di insegnamento viene costituita una graduatoria distinta in tre fasce, da utilizzare nell'ordine, composte come segue: I Fascia: comprende gli aspiranti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento per il medesimo posto o classe di concorso cui è riferita la graduatoria di circolo e di istituto;

II Fascia: comprende gli aspiranti non inseriti nella corrispondente graduatoria ad esaurimento forniti di specifica abilitazione o di specifica idoneità a concorso cui è riferita la graduatoria di circolo e di istituto;

III Fascia: comprende gli aspiranti forniti di titolo di studio valido per l'accesso all'insegnamento richiesto".

Parrebbe, dunque, nella logica del Regolamento del 2007 che la docente ricorrente, inserito in III fascia, in quanto fornito di titolo di studio valido per l'accesso all'insegnamento richiesto, avesse diritto ad essere compresa nella II fascia, poiché fornita non di specifica abilitazione ma alternativamente, come l'enunciato normativo si esprime, di specifica idoneità a concorso cui è riferita la graduatoria di circolo e di istituto.

E l'idoneità concorsuale deve essere riconosciuta alla docente ricorrente in base al co. 3-bis, art. 4, l. 1999/n. 508, e s.m.i.: "Ai fini dell'accesso ai pubblici concorsi, sono equiparati alle lauree previste dal regolamento di cui al decreto del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica 3 novembre 1999, n. 509, i diplomi di cui al comma 1, ivi compresi gli attestati rilasciati al termine dei corsi di avviamento coreutico, conseguiti da coloro che siano in possesso del diploma di istruzione secondaria di secondo grado".

Lo conferma, poi, l'art. 1 della l. 24 dicembre 2012 n. 228, come modificato dal d.l. 30 dicembre 2015 n. 210 (conv. l. 25 febbraio 2016 n. 21) che ha previsto al co. 102: "Al fine di valorizzare il sistema dell'alta formazione artistica e musicale e favorire la crescita del Paese e al fine esclusivo dell'ammissione ai pubblici concorsi per l'accesso alle qualifiche funzionali del pubblico impiego per le quali ne è prescritto il possesso, i diplomi accademici di primo livello rilasciati dalle istituzioni facenti parte del sistema dell'alta



formazione e specializzazione artistica e musicale di cui all'articolo 2, comma 1(*), della legge 21 dicembre 1999, n. 508, sono equipollenti ai titoli di laurea rilasciati dalle universita' appartenenti alla classe L-3 dei corsi di laurea nelle discipline delle arti figurative, della musica, dello spettacolo e della moda di cui al decreto ministeriale 16 marzo 2007, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 153 del 6 luglio 2007" (*)(“Le Accademie di belle arti, l'Accademia nazionale di arte drammatica e gli ISIA, nonche', con l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 2, i Conservatori di musica, l'Accademia nazionale di danza e gli Istituti musicali pareggiati costituiscono, nell'ambito delle istituzioni di alta cultura cui l'articolo 33 della Costituzione riconosce il diritto di darsi ordinamenti autonomi, il sistema dell'alta formazione e specializzazione artistica e musicale”). E cfr. i successivi co.

Occorre, tuttavia, porsi almeno il dubbio se quell'aggettivo “esclusivo”, riferito dalla norma sulla equipollenza al sostantivo “fine”, che pervade l'art. 1 della l. 24 dicembre 2012 n. 228 e s.m.i. sia idoneo ad istituire antinomia prevalente rispetto alla lineare equiparazione posta dal d.m. 13 giugno 2007 n. 131 e dal co. 3-bis, art. 4, l. 1999/n. 508, e s.m.i. In effetti, per gli anni scolastici 2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017, in materia di graduatorie di circolo e di istituto, con d.m. 22/5/2014, n. 353, finalizzato al regolare avvio dell'a.s. 2014/2015, venivano nuovamente specificati all'art. 2, da fonte di pari rango, i titoli di accesso alle tre fasce, ai sensi dell'art. 5, co. 3 del Regolamento, come segue: Analogamente, per il triennio successivo 2017/2020, il d.m. 1/6/2017, n. 374 ha previsto: Di qui, pertanto, la correttezza della argomentazione del Tribunale di Torino, come dell'orientamento tarantino (ad es. ord. 26/5/2017, giudice Palma) che riportiamo:

“ritiene questo giudice che, mentre i commi 102 e 103 dell'art. 1 della legge 228/2012 si limitano ad equiparare, rispettivamente, i diplomi accademici di primo livello ai titoli di laurea ed i diplomi accademici di secondo livello rilasciati dalle istituzioni AFAM di cui all'art. 2 legge 508/1999 ai titoli di laurea magistrale, ma al solo ed esclusivo fine dell'ammissione ai pubblici concorsi per l'accesso alle qualifiche funzionali del pubblico impiego richiedenti il possesso di tali titoli, il successivo comma 107 dell'art. 1 legge 228/2012 a sua volta si limita a sancire l'equipollenza ai diplomi accademici di secondo livello dei diplomi finali rilasciati dalle istituzioni di cui al precedente comma 102 al termine dei percorsi formativi del previgente ordinamento, sempre se conseguiti questi ultimi diplomi entro la data di entrata in vigore della legge 228/2012 (termine poi prorogato al 31-12-2017 dall'art. 1 comma 10 ter della legge 21/2016, che ha inserito un nuovo comma 107 bis nell'art. 1 della legge 228/2012) e sempre se congiunti al possesso di un



diploma di scuola secondaria superiore.

Altresi, il comma 104 del ridetto art. 1 della legge 228/2012 prevede che i diplomi accademici di secondo livello costituiscono titolo di accesso ai concorsi di ammissione ai corsi o scuole di dottorato di ricerca o di specializzazione in ambito artistico, musicale, storico-artistico o storico-musicale istituiti dalle università; ma dall'art. 4 comma 2 della legge 341/1990 si evince che è necessario inoltre, per l'abilitazione all'insegnamento nelle scuole secondarie, il diploma di specializzazione conseguito dopo la laurea e rilasciato da una scuola di specializzazione (finalizzata alla formazione, anche attraverso attività di tirocinio didattico, degli insegnanti delle scuole secondarie).

Pertanto, se il diploma accademico di secondo livello (o, quello, ad esso equipollente, del diploma di conservatorio musicale rilasciato secondo il previgente ordinamento) è sufficiente come titolo di studio per l'ammissione ai concorsi a cattedra (e per l'inserimento nella terza fascia della graduatoria di circolo e di istituto), esso non lo è come titolo abilitante (e dunque per l'inserimento nella seconda fascia, rivendicata dalle ricorrenti), occorrendo, in aggiunta, un diploma di specializzazione successivamente conseguito, di cui il ricorrente non risulta in possesso.

Con tale principio è coerente il DM 353 del 22.5.2014, menzionato dall'attore, laddove ha previsto come requisito per l'inserimento nella seconda fascia (ove collocati gli aspiranti muniti di specifico titolo di abilitazione) il diploma rilasciato per la frequenza dei corsi biennali di II livello presso i conservatori di musica e gli Istituti musicali pareggiati finalizzati alla formazione dei docenti delle classi 31/A e 32/A e di strumento musicale di cui al DM 28.9.2007 n° 137 o, in alternativa, il diploma quadriennale di didattica della musica congiunti al diploma di scuola secondaria di secondo grado e al diploma di conservatorio, conseguito sia ai sensi del vigente ordinamento di cui alla legge 508/1999 che dell'ordinamento previgente, in quanto avente valore abilitante e dunque valido per l'accesso alle graduatorie per le classi di concorso 31/A e 32/A; e laddove considera, per converso, come semplice titolo di studio valido per l'accesso all'insegnamento richiesto (con conseguente inserimento in terza fascia) il diploma specifico di Conservatorio rilasciato ai sensi dell'ordinamento previgente alla legge 508/99 ovvero il diploma di II livello conseguito ai sensi della normativa vigente, nonché specifico diploma accademico di II livello ad indirizzo didattico di cui all'art. 9, comma 1, lettera a), del DM 19.9.2010 n° 249, per l'accesso alla classe di concorso di strumento musicale nella scuola secondaria di I grado, così come considera semplicemente come valido titolo di studio il diploma di



Conservatorio di musica rilasciato ai sensi dell'ordinamento previgente alla legge 508/99 e i diplomi di II livello conseguiti ai sensi della legge stessa per l'accesso alle classi di concorso per le quali sono richiesti titoli di studio rilasciati dai Conservatori di musica. Sulla scorta delle (...) considerazioni che precedono (...) la domanda cautelare al vaglio è da disattendere per difetto del *fumus boni juris*".

Non appare né probabile, né certo, dunque (sebbene sussista un consistente orientamento giurisprudenziale, nazionale, di segno contrario) il diritto della parte ricorrente all'inserimento nella seconda fascia delle graduatorie di istituto, per la provincia di Siena, di cui all'art. 5 del D.M. 13 giugno 2007 n. 131, valide per il triennio 2014/2017, e nelle successive...".

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale di Siena ha accolto il ricorso, ritenendo il (semplice) diploma di ITP titolo abilitante all'insegnamento.

Tale pronuncia è manifestamente erronea e come tale merita di essere riformata per le seguenti ragioni di

DIRITTO

1) Omessa pronuncia sull'eccepire difetto di giurisdizione dell'AGO. Sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 63, commi 1 e 4 del D. Lgs. n. 165/2001: la causa petendi della azione proposta con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado era rappresentata dalla censura di illegittimità del D.M. 374/2017 nella parte in cui non consente agli insegnanti tecnico pratici l'inserimento nella seconda fascia nelle graduatorie di circolo e di istituto, ciò sostanziandosi in una doglianza circa il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione di non conformità a legge di atti organizzativi di definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici pubblici appartenete alla giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo. Conseguente violazione anche dell'art. 2, comma 1, del D. Lgs. n. 165/2001. Alternativamente: violazione dell'art. 7 del D. Lgs. n. 104/2010 relativamente al mancato esercizio del potere amministrativo con conseguente devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. Sussistenza della giurisdizione amministrativa, per i medesimi motivi, anche in relazione alla domanda di accertamento del possesso di un titolo abilitante all'insegnamento sin dal momento del conseguimento del titolo. Sussistenza della giurisdizione amministrativa, infine, anche in relazione alla domanda di accertamento del possesso di un titolo che consenta la partecipazione anche alla procedura



concorsuale straordinaria prevista entro il mese di febbraio 2017, indicata nell'art. 17 del D. Lgs. n. 59/2017, trattandosi appunto di un concorso.

Si indica, quale parte del provvedimento che si intende impugnare, la appellata sentenza del Tribunale di Siena-Sezione Lavoro nella sua totalità, avendo con tale sentenza il Giudice di primo grado omissivo di pronunciare sulla eccezione di difetto di giurisdizione dell'AGO, sollevata dall'Amministrazione scolastica resistente nel giudizio di primo grado (il giudice di prime cure ha dedicato a questa questione soltanto "un cenno": eccezione che investiva la cognizione della intera controversia, comportandone la devoluzione al Giudice amministrativo).

Si premette che la circostanza che l'Amministrazione scolastica si sia costituita nel pregresso grado di giudizio senza il rispetto del termine di 10 giorni di cui all'art. 416 c.p.c. non era ostativa all'accoglimento dell'eccezione, essendo il difetto di giurisdizione come noto rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo (art. 37 c.p.c.) e ad ogni modo, certamente deducibile, anche, in ipotesi, per la prima volta, con l'appello.

Ciò posto, il primo Giudice ha deciso direttamente nel merito la vertenza, con la seguente motivazione: il Tribunale di Siena ha richiamato la sentenza del TAR Lazio n. 4879/2018, in tema di procedure concorsuali indette dal M.I.U.R. alle quali non sono ammessi i candidati in possesso di diploma di "insegnante tecnico-pratico", secondo cui: *"...per giurisprudenza ormai consolidata di questa Sezione, alla procedura concorsuale per cui è causa non possono essere ammessi i candidati in possesso di diploma di cd. I.T.P., pur se non abilitati, tutte le volte in cui, per la relativa classe concorsuale, non siano stati predisposti specifici percorsi di abilitazione ordinari... Questa Sezione, in particolare - pur rilevando che, secondo la normativa primaria il possesso dell'abilitazione all'insegnamento (oltre al titolo di studio previsto per ciascuna classe di concorso) costituisce requisito necessario per essere ammessi ai concorsi di cui all'art. 400 del D. Lgs. n. 297 del 1994, e perciò anche a quello di cui qui trattasi, bandito il 26 febbraio 2016 ai sensi dell'art. 1, comma 114, della legge n. 107 del 2015 - ha tuttavia rilevato che a questo principio fanno eccezione esclusivamente le classi di concorso a carattere tecnico/pratico per le quali non sia possibile acquisire un titolo abilitativo con percorso ordinario, in quanto tali corsi non siano stati attivati prima del concorso indetto con il decreto n. 106 oggi impugnato... Diversamente, come pure è stato rilevato in giurisprudenza, al sezione (almeno in riferimento alle classi di concorso per cui difetti tale implicito, ma indispensabile, presupposto fattuale) finirebbe con l'atteggiarsi concretamente come concorso riservato, in spregio, quindi, non solo, e non tanto, dell'art.*



97, comma 3, Cost., ma anche, e soprattutto, della dichiarata ed effettivamente riscontrabile *voluntas legis* che è quella del superamento del precariato come canale unico o preferenziale di accesso all'insegnamento (così l'ord. n. 1836 del 2006 del Consiglio di Stato), dovendosi pertanto propugnare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1, comma 110 e 114, della legge n. 107 del 2015, nel senso che queste norme del tutto legittimamente richiedono (oltre al titolo di studio previsto per ciascuna classe di concorso) il possesso dell'abilitazione all'insegnamento quale ulteriore requisito necessario per essere ammessi al concorso de quo, al contempo però non precludendo la perdurante applicazione della disciplina transitoria di cui all'art. 402 del D. Lgs. n. 297 del 1994 in forza della quale – per ciascuna classe di concorso – deve prescindersi dal possesso dell'abilitazione come ineludibile requisito di ammissione al concorso finché, per quella specifica classe, non sia stato attivato e compiuto almeno un percorso abilitativo “ordinario”, nei sensi cioè di percorso aperto a tutti i soggetti muniti del titolo di studio richiesto...Nella richiamata sent. n. 10966 del 2017 questo TAR ha anche affermato che, ai fini di ritenere provata in giudizio la circostanza fondamentale – ossia che, per la classe di concorso di carattere tecnico pratico afferente al diploma in possesso della parte ricorrente, non sia effettivamente mai stato attivato alcun specifico percorso di formazione prima dell'indizione del concorso – è sufficiente la allegazione di tale circostanza ad opera della parte ricorrente e la mancata contestazione, sul punto, da parte dell'amministrazione resistente...sul punto l'amministrazione resistente non ha replicato o illustrato alcunché in ordine a un'eventuale attivazione di percorsi abilitanti ordinari per ciascuna delle menzionate classi di concorso...”.

Di seguito, il Tribunale di Siena, dopo aver dato atto che, per quanto dedotto dall'Amministrazione resistente, i principi espressi dalla citata sentenza del TAR Lazio n. 4879/2018, pur eventualmente condivisibili ai fini della partecipazione alla procedura concorsuale, non erano però trasponibili alla fattispecie in esame, avente ad oggetto non una domanda di partecipazione ad un concorso, ma all'inserimento diretto in graduatoria (che presuppone, piuttosto, il superamento di un concorso), motivava che, invece, a suo avviso, i medesimi principi si sarebbero dovuti applicare anche nella presente fattispecie, ritenendo che: “...Anche la stessa, per converso, attiene alla applicazione dei principi predetti. La categoria degli insegnanti tecnico-pratici (ITP), istituita con d. lgs. 7 maggio 1948 n. 1277, ricomprende “i capi officina, i tecnici agrari, le maestre di laboratorio e gli assistenti degli istituti e delle scuole di istruzione tecnica”. A tutto il personale della categoria “si applica lo stato giuridico ed il trattamento economico e di carriera degli



insegnanti entro i limiti prescritti dalle norme contenute nel presente decreto. Esso fa parte del Corpo insegnante delle scuole e degli istituti d'istruzione tecnica" (art. 1). Con L. 1999/ n. 124, art. 5, è stato introdotto il co. 1 bis dell'art. 5, testo unico, d. lgs. 1994/n. 297: "gli insegnanti tecnico-pratici, anche quando il loro insegnamento si svolge in compresenza, fanno parte, a pieno titolo e con pienezza di voto deliberativo, del consiglio di classe. Le proposte di voto per le valutazioni periodiche e finali relative alle materie il cui insegnamento è svolto in compresenza sono autonomamente formulate, per gli ambiti di rispettiva competenza didattica, dal singolo docente, sentito l'altro insegnante. Il voto unico viene assegnato dal consiglio di classe sulla base delle proposte formulate, nonché degli elementi di giudizio forniti dai due docenti interessati". L'accesso all'insegnamento per tali materie ha richiesto unicamente il possesso del diploma di scuola secondaria superiore, in virtù del quale i tali docenti risultano inseriti nelle graduatorie di istituto, conseguendo così plurimi incarichi di docenza annuale ai sensi del D.M. 13 giugno 2007 n. 131, con assegnazione di insegnamenti anche su posti vacanti e disponibili. L'abilitazione all'insegnamento, invero, è stata sinora acquisita prevalentemente mediante "idoneità" concorsuale ai sensi dell'art. 400, co. 12 del D. Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, ossia a seguito del superamento delle prove selettive in occasione delle ordinarie procedure di reclutamento che tuttavia non sono ormai da decenni indette per le classi concorsuali di cui è causa. Su questa circostanza fondamentale - ossia che, per la classe di concorso di carattere tecnico-pratico afferente al diploma in possesso della parte ricorrente...non sia stato effettivamente mai attivato alcun specifico percorso di formazione prima dell'indizione del concorso, è sufficiente l'allegazione di tale circostanza ad opera della parte ricorrente...e la mancata contestazione, sul punto, da parte della Amministrazione convenuta, ne discende che a molti dei docenti ITP, tra i quali i ricorrenti, è stato impedito di partecipare ai precedenti cicli attivati ai sensi del D.M. n. 81/2013 e ancora oggi, quindi, non è stato istituito il corso abilitativo ordinario di cui al D.M. 10 settembre 2010, n. 249 in relazione alle materie di insegnamento rimesse ai docenti tecnico-pratici, che, pertanto, non hanno avuto alcuna possibilità di conseguire l'abilitazione. In altri termini, per i docenti qui interessati, non sono mai stati attivati i TFA o percorsi SSIS o altre tipologie di percorsi di abilitazioni annuali, in tal modo discriminando un'ampia platea di docenti che, pur essendo in possesso del titolo di studio valido in relazione alla classe concorsuale, non aveva invece i requisiti di 360 giorni prima (richiesti nel 2005) e 3 anni di servizio poi (richiesti nel 2013) con un'evidente disparità di trattamento nell'accesso al pubblico impiego".



Dava poi conto il Tribunale di prime cure dell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con decreto cautelare del 25.07.2018 nel procedimento iscritto al R.G.N. 5751/2018, avente ad oggetto la declaratoria del diritto dei ricorrenti ad essere ammessi alla partecipazione al concorso "per il reclutamento a tempo indeterminato di personale docente nella scuola secondaria di primo e secondo grado" "in tempo utile allo svolgimento delle prove selettive", secondo cui: *"...considerato che nella recente sentenza 11.06.2018 n. 3544 questa Sezione ha affermato, proprio con riferimento agli insegnanti tecnico-pratici – ITP, il principio per cui allorché si richieda l'abilitazione quale necessario requisito di partecipazione ai pubblici "concorsi a posti e cattedre di insegnamento nelle scuole di ogni ordine e grado" deve essere in via transitoria consentito parteciparvi anche a chi dell'abilitazione sia sprovvisto, purché ovviamente munito del prescritto titolo di studio, finché non sia stato almeno astrattamente possibile conseguire l'abilitazione stessa in via ordinaria, ovvero, all'esito di un precorso aperto ad ogni interessato, senza necessità di un precedente periodo di precariato (...) la partecipazione al concorso deve essere consentita anche agli ITP, i quali da un lato sono muniti del "prescritto titolo di studio", ovvero del diploma di istruzione secondaria superiore un tempo sufficiente per insegnare nel loro ruolo, dall'altro, come è stato affermato in causa e non specificamente contestato, non hanno mai avuto la possibilità di intraprendere un percorso abilitante "ordinario"..."* Si tratta, riterremmo, della recezione del nucleo argomentativo posto a fondamento anche del fatto costitutivo del diritto all'inserimento in fascia II delle graduatorie di istituto dei docenti ricorrenti".

Infine, il primo Giudice ha motivato la propria decisione anche in relazione alla circostanza che il Consiglio di Stato, a fronte del dubbio in merito alla costituzionalità dell'art. 17, comma 5, del D. Lgs. n. 5/2017, in merito ad una procedura concorsuale riservata solo a talune categorie di docenti, e perciò indubbiata di discriminare altre categorie di docenti, ha rimesso alla Consulta la questione di costituzionalità, *"...condividendo evidentemente la sostanza dell'argomentazione difensiva secondo cui "il possesso o meno dell'abilitazione è dipeso da circostanze non legate al merito, ma soltanto causali, dall'essersi trovato o meno nella condizione di poter partecipare ad uno dei percorsi abilitanti ordinari"* (così la sentenza appellata).

In tal modo, come anticipato, il Tribunale di Siena ha del tutto omesso di pronunciare sulla eccezione di difetto di giurisdizione dell'AGO, che pure era stata sollevata dall'Amministrazione resistente (pagg. 4-5 della memoria difensiva dell'Amministrazione nel pregresso grado di giudizio), nulla dicendosi nella motivazione della sentenza qui



appellata in ordine alla competenza giurisdizionale a conoscere delle domande proposte dal Sig. Capitani, e piuttosto ritenendosi implicitamente (erroneamente, per quanto si dirà di seguito) la giurisdizione dell'AGO.

Si indicano di seguito le circostanze dalle quali deriva la violazione di legge (ed in specie, dell'art. 63, commi 1 e 4 del D. Lgs. n. 165/2001; art. 7 del D. Lgs. n. 104/2010).

Sussiste nel caso di specie la giurisdizione del Giudice amministrativo per le ragioni di seguito indicate.

Ai sensi dell'art. 63, commi 1 e 4 del D. Lgs. n. 165/2001 *“Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo”* (comma 1); *“Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi”* (comma 4).

Va premesso, in linea generale, che, secondo la stessa giurisprudenza di legittimità richiamata da parte ricorrente in primo grado, e peraltro secondo l'orientamento giurisprudenziale costante, *“la giurisdizione si determina in base al petitum sostanziale, che va individuato con riferimento ai fatti materiali allegati dall'attore alle particolari caratteristiche del rapporto dedotto in giudizio”* (Cass., S.U., 13.09.2017, n. 21196; in termini, Cass., S.U., Ord. 15.12.2016, n. 25839).

Interpretando le sopra richiamate disposizioni normative, poi la giurisprudenza amministrativa, richiamando i principi espressi dal Consiglio di Stato con sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11/2011 e della Corte di cassazione, S.U., n. 27991/2013, ha dunque avuto modo di ritenere la propria giurisdizione, in casi analoghi a quello odiernamente dibattuto, con la seguente motivazione: *“...- le procedure relative alla formazione e all'aggiornamento delle graduatorie non sono procedure concorsuali, onde*



non può ritenersi la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63 del D. Lgs. n. 165 del 2001; - trattasi di atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato ex art. 5, comma 2, del richiamato decreto legislativo, a fronte dei quali sussistono solo posizioni di diritto soggettivo, poiché la pretesa consiste solo nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e, dunque, di gestione della graduatoria; - diversa è la fattispecie quando oggetto del giudizio sia la regolamentazione stessa della graduatoria, in quanto in tal caso è contestata la legittimità della regolamentazione con disposizioni generali al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione; - pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario è recessiva nel caso di impugnazione di atti organizzativi a contenuto generale con cui le pubbliche amministrazioni definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; - di conseguenza, appartiene alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti normativi in senso lato, attraverso cui le p.a. definiscono le linee fondamentali delle organizzazioni; appartiene, invece, alla giurisdizione del giudice ordinario la contestazione che investa esclusivamente i singoli atti di conferimento degli incarichi. Richiamati i principi enunciati dalla giurisprudenza per il riparto della giurisdizione in materia, ritiene la Sezione che la corretta applicazione di essi alla vicenda in esame non possa prescindere da una considerazione unitaria dell'oggetto del giudizio di primo grado. Va invero considerato che i signori in epigrafe indicati, attraverso il ricorso principale, hanno in primis impugnato il decreto ministeriale n. 235/2014, cioè l'atto generale di organizzazione, contestando i criteri generali ed astratti predisposti dall'amministrazione per la formazione e per l'aggiornamento delle graduatorie; materia in relazione alla quale è pacifica la giurisdizione del giudice amministrativo. E' vero, poi, che sono state impuginate anche le graduatorie definitive, nella parte in cui i ricorrenti non sono state in esse inseriti. Va, peraltro, evidenziato che le stesse sono state gravate nel medesimo giudizio con atto di motivi aggiunti e che, in disparte il dato della collocazione dell'impugnativa nel medesimo ambito processuale, la loro contestazione viene effettuata con esclusivo riferimento al fatto che esse costituiscono conseguenza della illegittima regolazione generale operata dall'amministrazione, già prospettata in sede di ricorso originario attraverso l'impugnativa, in via principale, del citato decreto ministeriale. Di tanto dà atto la stessa sentenza appellata, laddove evidenzia che avverso le graduatorie definitive, oggetto di



motivi aggiunti, sono stati dedotti vizi di illegittimità derivata. Osserva pertanto la Sezione che le suddette graduatorie non vengono in rilievo, nell'instaurato giudizio in sede giurisdizionale amministrativa, quali atti di gestione in sé, ma sono contestate con riferimento alla illegittima regolamentazione dei criteri generali di formazione delle stesse e per le medesime ragioni per le quali si è impugnato il decreto ministeriale, oggetto del ricorso originario. Dunque, la posizione giuridico-soggettiva fatta valere è sempre quella di interesse legittimo e non anche di diritto soggettivo, attesto che la contestazione è sempre diretta alla legittima determinazione dei criteri generali. Vuole in buona sostanza affermarsi che — a prescindere dalla natura dell'atto — anche in sede di impugnativa delle graduatorie definitive i ricorrenti non fanno questione della singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, ma pur sempre del legittimo esercizio del potere generale di regolamentazione, che, all'interno dello stesso giudizio, è il medesimo oggetto della contestazione sia con riferimento all'atto generale che ha esercitato tale potere (impugnato in via principale con il ricorso originario) sia con riferimento all'atto successivo che del primo ha fatto applicazione (gravato mediante motivi aggiunti). In tale situazione, pertanto, al fine della individuazione della giurisdizione, la graduatoria non rileva come atto di gestione in sé, ma come proiezione applicativa di un non corretto esercizio del potere di organizzazione, il quale rimane pur sempre l'oggetto del giudizio e della contestazione del privato. Quest'ultimo, infatti, pur quando aggredisce le graduatorie definitive, non contesta la (e dunque non fa questione della) propria specifica collocazione nelle stesse, ma pur sempre il (del) corretto esercizio del potere generale di regolamentazione...Le considerazioni tutte sopra svolte consentono di affermare...la giurisdizione del giudice amministrativo, confermandosi peraltro l'orientamento già espresso dalla Sezione in materia, laddove si è ritenuto che: “la stretta correlazione tra le domande azionate non consente una ripartizione della potestas iudicandi tra giudice ordinario e giudice amministrativo, essendo concentrata dinanzi a quest'ultimo la tutela invocata dalla parte ricorrente” (sent. n. 4485/2015 del 24.09.2015) ed affermandosi, altresì, che nella specie sono comunque “rilevabili contestazioni che investono direttamente il potere governativo o ministeriale, ovvero la potestà di emanare atti amministrativi generali di natura non regolamentare”, atteso che “nella situazione in esame si censurano infatti non le modalità di valutazione delle singole posizioni soggettive, ma in via principale le determinazioni espresse dal MIUR nel decreto n. 235 in data 1 aprile 2014, per profili organizzativi di carattere generale, inerenti a titoli che, ad avviso degli appellanti, consentirebbero una parziale riapertura delle graduatorie stesse”

