

inclusa nelle graduatorie ad esaurimento (GAE) presso l'Ufficio scolastico regionale della Toscana, in occasione dell'aggiornamento disposto con decreto ministeriale n. 235 del 9 aprile 2014 per gli anni scolastici 2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017, pur avendo presentato domanda, non veniva inserita nelle medesime graduatorie, essendo stata da esse esclusa che per il precedente triennio a causa della mancata presentazione dell'istanza prevista, dal momento che l'articolo 1, comma 1 del citato decreto n.235/2014 stabilisce che non può chiedere la permanenza e l'aggiornamento del punteggio il personale che, già inserito nelle dette graduatorie, in occasione dei precedenti aggiornamenti, non ha prodotto la domanda di permanenza ed è stato di conseguenza cancellato.

Avverso tale norma e le GAE relative all'insegnamento di educazione musicale nella parte in cui non era stata inclusa, la originaria ricorrente presentava ricorso al TAR Lazio, eccependo la violazione delle norme disciplinanti l'aggiornamento delle GAE, dell'articolo 1, comma 605, lettera c) della legge n.296/2006 e dell'articolo 1, comma 1 bis del decreto legge n.97/2004, convertito dalla legge n. 143/2004, nonché per eccesso di potere, per carenza di motivazione, contraddittorietà e illogicità.

2. Il primo giudice, con la sentenza impugnata, dopo aver in sede cautelare ammesso con riserva la ricorrente nelle GAE, richiamando la sentenza del Consiglio di Stato n.3658 del 14 luglio 2014, annullava, in sede di decisione di merito, la norma di cui al decreto n. 235/2014 nella parte contestata, ma dichiarava inammissibile la richiesta di annullamento della graduatoria, per difetto di giurisdizione del giudice adito a favore del giudice ordinario, riguardando la questione sollevata l'accertamento del diritto al collocamento in graduatoria e la possibilità di modificare le GAE, come da giurisprudenza della Corte di Cassazione (da ultimo, Sezioni Unite, sentenza n.3032/2011) e del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria, sentenza n.11/2011), ferma restando la giurisdizione del giudice amministrativo in ipotesi di impugnazione di atti generali, come nel caso all'esame relativamente alla specifica disposizione del decreto ministeriale n.235/2014. In tale situazione, infatti, il primo giudice facendo riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n.27991/2013, ha sostenuto la giurisdizione amministrativa in quanto l'oggetto del giudizio non riguarda la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, ma riguarda la regolamentazione stessa delle graduatorie ad esaurimento, adottata, nella specie, con il più volte citato decreto ministeriale n.235/2014.

3. Con l'appello in epigrafe, la stessa originaria ricorrente deduce, con un unico articolato motivo, l'errata applicazione sia della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.11/2011, sia delle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. In particolare, ha evidenziato:

a. di avere impugnato la graduatoria definitiva e gli atti amministrativi endoprocedimentali e anche il decreto ministeriale n.235/2014, diversi dagli atti

di conferimento e di revoca degli incarichi lavorativi di cui all'articolo 63, comma 4 del d.lgs. n.165 del 2001, trattandosi di provvedimenti connotati da un evidente carattere autoritativo, espressione della potestà organizzatoria e avulsi dagli ordinari poteri del datore di lavoro;

b. il procedimento in questione ha i requisiti e le caratteristiche di un procedimento amministrativo in cui la natura sequenziale rituale di fasi predeterminate tra di esse in funzione della emanazione di un provvedimento amministrativo in esito alla formazione progressiva di una ponderazione e di una valutazione degli interessi legittimi, è già racchiusa nel provvedimento di esclusione che illegittimamente non ha valutato la domanda di partecipazione alla procedura da parte dell'originaria ricorrente. Le predette fasi sono rappresentate e disciplinate dal decreto ministeriale n.235/2014 e dagli atti conseguenti ad esso quali la GAE in cui è stata preclusa la permanenza dell'interessata. L'adozione della graduatoria citata e la sua pubblicazione costituiscono, infatti, l'ultima delle fasi realizzate temporalmente in cui ogni fase è connessa all'altra, a cominciare dalla proposizione della domanda all'avvio del procedimento di esclusione sino alla pubblicazione della graduatoria definitiva che non ha incluso la ricorrente a seguito della valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione, dell'interesse legittimo della docente all'inclusione in graduatoria;

c. avuto riguardo al riparto di giurisdizione, nel caso di specie trattasi di semplice aggiornamento del punteggio di docenti già presenti in una graduatoria preconstituita, la GAE, e non si tratta di docenti che contestano il mancato riconoscimento di alcuni titoli o una errata attribuzione del punteggio. La giurisdizione spetta quindi al giudice amministrativo adito, stante la dichiarata illegittimità del decreto ministeriale n.235/2014, per cui anche la GAE definita in questione va dichiarata illegittima per illegittimità derivata e l'attuale appellante va inclusa nella stessa.

4. Con decreto ai sensi dell'articolo 56, comma 1 del codice del processo amministrativo, l'istanza di misure cautelari monocratiche veniva respinta e veniva fissata per la discussione la camera di consiglio del giorno 8 settembre, in cui questa Sezione adottava un'ordinanza cautelare per garantire l'ammissione con riserva dell'attuale appellante alle graduatorie ad esaurimento, ammissione peraltro già disposta dalla richiamata ordinanza cautelare del TAR Lazio, n.11184 del 7 novembre 2014.

Questa Sezione, nell'adottare la predetta ordinanza per assicurare interinalmente gli effetti della decisione cautelare del primo giudice, affermava che, ai sensi dell'articolo 105 del codice del processo amministrativo, con separata sentenza si provvedeva a rimettere la citata causa al primo giudice che aveva declinato la giurisdizione, affinché il medesimo si pronunciasse sul ricorso presentato dall'originaria ricorrente, per la parte in cui aveva dichiarato una diversa giurisdizione.

A tanto provvede la presente sentenza.

5. L'appello va accolto, ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo. Al riguardo, si osserva che la tesi dell'appellante trova conforto proprio nella sentenza di questa Sezione n.3658 del 14 luglio 2015, peraltro richiamata dal primo giudice nella sentenza impugnata di accoglimento in parte del ricorso originario, stante l'illegittimità' del decreto ministeriale n.235/2014, nella parte avverata, con le motivazioni che sono ampiamente condivise da questo Collegio.

Ciò stante, come rilevato dall'appellante, il procedimento in questione va colto nella sua unitarietà, costituita da fasi predeterminate e tra di esse connesse e articolate in funzione dell'emanazione di un provvedimento finale, fasi che si realizzano in successione di tempo, una dopo l'altra, come è avvenuto nella specie, laddove la conclusione si è realizzata con la pubblicazione della graduatoria definitiva avvenuta a seguito di una valutazione discrezionale dell'interesse legittimo in capo alla ricorrente all'inclusione nelle GAE.

Dichiarata illegittima la parte di cui all'articolo 1, comma 1 del più' volte citato decreto ministeriale n.235/2014 non può, quindi, che essere dichiarata illegittima la stessa GAE definitiva nella parte in cui non ha ricompreso l'interessata, con conseguente ammissione definitiva della medesima nella suddetta graduatoria. Peraltro, la questione, diversamente da quanto prospettato, riguarda la permanenza e l'aggiornamento della posizione di una docente già in precedenza presente nella graduatoria e che non poteva essere cancellata dalla medesima per le ragioni esplicitate dallo stesso primo giudice, in ragione dell'illegittimità' dichiarata della specifica previsione del citato decreto ministeriale n.235/2014. In tal senso, la procedura di cui al caso di specie, come rilevato dalla parte appellante, non coincide con quelle esaminate dai giudici della Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato, nelle sentenze richiamate dal primo giudice. In altri e conclusivi termini, la stretta correlazione tra le domande azionate non consente una ripartizione della potestas iudicandi tra il giudice ordinario e quello amministrativo, essendo concentrata dinanzi a quest'ultimo la tutela invocata da parte ricorrente.

6. In conclusione, per quanto motivato, l'appello in epigrafe deve essere accolto e, per l'effetto, va annullata in parte la sentenza impugnata e devono essere rimessi gli atti al TAR Lazio, ai sensi dell'articolo 105 del codice del processo amministrativo

7. Il Collegio ritiene che, per la peculiarità' della vicenda, sussistano giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe (ricorso n.6382 del 2015) lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla in parte la sentenza impugnata con rinvio al primo giudice, ai sensi dell'articolo 105 del codice del processo

amministrativo.

Spese compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2015, con

l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)