

**N. 00011/2011REG.PROV.COLL.**

**N. 00033/2011 REG.RIC.A.P.**

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 33 di A.P. del 2011, proposto da:  
D.B., rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Cerchiara, Daniela Buonamassa,  
con domicilio eletto presso Daniela Buonamassa in Roma, via Monte Serrone, 15;

***contro***

Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca, rappresentato e difeso  
dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

M.Q., rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni D'Amato, Andrea Monti, con  
domicilio eletto presso Andrea Monti in Roma, via Calabria, 56;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:

M.G., rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Abbamonte, Walter Miceli, con  
domicilio eletto presso Lucio Stile in Roma, via Attilio Regolo 12/D;

***per l'annullamento***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 05689/2009,

resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA - SEZIONE III BIS, n. 5689/2009, resa tra le parti, concernente della GRADUATORIA AD ESAURIMENTO PERSONALE DOCENTE DI SCUOLA SECONDARIA I E II GRADO – RISARCIMENTO DANNI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università' e della Ricerca e di M.Q.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2011 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati dello Stato D'Avanzo, Cerchiara, Buonamassa, e Abbamonte.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La professoressa D.B., insegnante di violino inserita nella terza fascia del personale docente di strumento musicale della scuola secondaria di primo grado della Regione Lazio, ha appellato la sentenza con la quale il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia avente ad oggetto l'impugnazione della graduatoria definitiva dell'Istituto [omissis], pubblicata in data 7 febbraio 2005.

In tale graduatoria, la ricorrente e appellante B., inserita con il punteggio di 130,

risulta preceduta dal professor M.Q., con il punteggio di 143,80, punteggio attribuitogli in esito ad accordo transattivo con l'amministrazione scolastica.

Con atto per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato anche la graduatoria provinciale di Roma, pubblicata in data 12 luglio 2005, nella quale il controinteressato è collocato in posizione peggiore.

Come detto, il giudice di primo grado ha declinato la giurisdizione, ritenendo sussistere quella del giudice ordinario, seguendo l'orientamento ribadito dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite con ordinanza n.3399 del 13 febbraio 2008 e ha rinviato la causa al giudice ordinario, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda.

La ricorrente ha quindi riassunto nei termini assegnati la causa davanti al Tribunale di Roma, sezione lavoro, il quale si è pronunciato con sentenza in data 22 marzo 2011, dichiarando l'inefficacia dell'accordo transattivo intervenuto in data 26 luglio 2004 tra l'amministrazione scolastica e il controinteressato, e quindi delle graduatorie impuginate.

La medesima ricorrente, dall'altro lato, ha interposto appello, opponendosi alla sentenza del giudice di primo grado e sostenendo che, sulla base della decisione della Adunanza Plenaria del consiglio di Stato n.8 del 2007, vada affermata la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di impugnazione di graduatorie.

La Sezione sesta del Consiglio di Stato, investita del giudizio di appello, ha ritenuto di rimettere la questione all'esame di questa Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a., dopo avere valutato la permanente procedibilità del ricorso (perché la sentenza civile non è ancora passata in giudicato ed è sempre attaccabile in punto di giurisdizione) e osservando che con l'eventuale accoglimento dell'appello si

determinerebbe un conflitto positivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 362, secondo comma, c.p.c..

2. In ordine alla problematica della individuazione del giudice competente sulle graduatorie provinciali (un tempo permanenti, oggi ad esaurimento) delle scuole, la sezione remittente dà conto della maniera discordante in cui essa è stata affrontata dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario.

Secondo la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.8 del 2007 (e così Consiglio di Stato, sezione VI, 14 ottobre 2010, n.7510; sezione VI, 2 aprile 2010, n.1898), le questioni relative all'inserimento nelle graduatorie definitive scaturite da concorsi a pubblici impieghi concernono posizioni di interesse legittimo, in quanto precedono la fase di costituzione del rapporto di lavoro.

Tale tesi sarebbe stata confermata (così la ordinanza di rimessione) dal giudice delle leggi che, a fronte di un contenzioso di legittimità, ha osservato che il Tar aveva motivato in modo non implausibile in ordine alla sussistenza della propria giurisdizione (così Corte Costituzionale sentenza 9 febbraio 2011, n.41 e già sentenza 26 gennaio 2007, n.41).

L'ordinanza di rimessione riporta correttamente come le sezioni Unite della Corte di Cassazione, al contrario, in numerose sentenze rese in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento in graduatoria, con precedenza rispetto ad altro docente, ai sensi degli artt. 401 e 522 d.lgs.n.297 del 1994 e successive modificazioni (sentenze, tra tante, 10 novembre 2010, n.22805, 16 giugno 2010, n.14496; 3 aprile 2010, n.10510) abbiano oramai da anni costantemente ritenuto la giurisdizione di spettanza del giudice ordinario. La tesi della giurisdizione del giudice ordinario - rileva la medesima sezione remittente - è

stata seguita dalla giurisprudenza maggioritaria dei giudici amministrativi di primo grado.

La Sezione remittente, pur dando conto dell'orientamento diverso del giudice regolatore della giurisdizione, sostiene che non tutte le argomentazioni siano idonee ad abbandonare la ricostruzione e le ragioni già espresse dalla Adunanza Plenaria n.8 del 2007, facendo in particolare riferimento alla distinzione, prevista dalla legge, tra le controversie concernenti l'assunzione al lavoro (devolute al g.o.) e quelle relative alla materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (devolute al giudice amministrativo).

Viene, in particolare, fatto riferimento ad una nozione lata di "concorso" e di "concorsualità" di tale tipo di procedimento, nell'ambito del quale non può valere la maggiore o minore ampiezza della potestà valutativa, se non a pena di una ulteriore frammentazione della giurisdizione.

L'appellato prof. M.Q. ha chiesto il rigetto dell'appello, chiedendo la conferma della sentenza del giudice di primo grado, di declinatoria della giurisdizione.

L'amministrazione statale, difesa dalla Avvocatura Generale dello Stato, ha dedotto concludendo per la giurisdizione dell'adito giudice amministrativo.

E' intervenuto *ad adiuvandum* il professor M.G., chiedendo dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

Alla camera di consiglio del 4 luglio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. La questione di diritto sottoposta alla attenzione della Adunanza Plenaria riguarda il riparto di giurisdizione, se cioè sia competente il giudice amministrativo oppure il giudice ordinario, in materia di accertamento della giusta posizione degli insegnanti nelle graduatorie che li riguardano.

L'appello è quindi proposto avverso una sentenza del giudice amministrativo di primo grado di declinazione della giurisdizione.

Pertanto la causa va decisa ai sensi dell'articolo 105, secondo comma, del codice del processo amministrativo, con il rito della camera di consiglio.

Con l'appello si sostiene l'esistenza della giurisdizione dell'adito giudice amministrativo sulla base di una nozione lata di "procedura concorsuale", come sopra riportato.

4. Ad opinione di questa Adunanza Plenaria, la questione sottoposta al suo esame va decisa confermando la tesi della giurisdizione del giudice ordinario, per le ragioni che seguono, fondate sulla base della situazione giuridica protetta, della natura della attività esercitata dall'amministrazione e della assenza, nella fattispecie, di una procedura concorsuale in senso stretto: si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti e deve ritenersi esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale.

Infatti, da un lato, si tratta di atti gestori del datore di lavoro pubblico a seguito della già avvenuta instaurazione del rapporto di pubblico impiego; dall'altro lato, non è configurabile la procedura concorsuale diretta alla assunzione in un impiego pubblico, per la quale *sola* vale la regola residuale (e speciale) della giurisdizione del giudice amministrativo.

Con riguardo alla natura della attività esercitata e alla posizione soggettiva attiva azionata - come ha ripetutamente affermato nel suo *iter* argomentativo la Cassazione a Sezioni Unite, quale giudice regolatore della giurisdizione: decisioni 10 novembre 2010, n.22805; 16 giugno 2010, n.14496; 3 aprile 2010, n.10510 - nella fattispecie della giusta posizione o collocazione nella graduatoria permanente

o ad esaurimento degli insegnanti, 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 dell'art. 5, comma 2 d.lgs. n.165 del 2001, di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poiché 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.

Inoltre, non può configurarsi l'eventuale inerenza a procedure concorsuali, ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n.165 del 2001 attribuite alla cognizione del giudice amministrativo, per l'assenza nella fattispecie di un bando, di una procedura di valutazione e di una approvazione finale di graduatoria che individui i vincitori.

Si tratta, invece, di inserimento in graduatoria di coloro che sono in possesso di determinati requisiti, anche sulla base della pregressa partecipazione a concorsi, in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendono via via disponibili; è esclusa comunque ogni tipologia di attività autoritativa sulla base di valutazioni discrezionali.

5. Il medesimo principio è stato ribadito dalle Sezioni Unite in una recente sentenza (Corte di Cassazione n.3032 dell'8 febbraio 2011), secondo cui la giurisdizione sulla impugnativa delle graduatorie spetta al giudice ordinario perché vengono in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n.165 del 2001, di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, perché la pretesa ha ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile ai fini dell'assunzione; la controversia che abbia ad oggetto la modificazione della graduatoria mediante l'inserimento di altri docenti già iscritti in graduatorie ad esaurimento di altra provincia riguarda, in sostanza, l'accertamento del diritto al

collocamento in graduatoria con precedenza rispetto ad altri docenti.

La controversia, azionata e translata poi in sede di giurisdizione ordinaria dalla attuale appellante, trova il suo quadro normativo di riferimento nelle norme contenute nel d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione), relativamente alla formazione e alla gestione delle graduatorie permanenti ( art. 401) e relative graduatorie provinciali per le supplenze ( art 522).

Le graduatorie degli insegnanti, secondo la menzionata pronuncia della Corte di Cassazione, non sono state stilate a conclusione di una procedura concorsuale di diritto pubblico (contraddistinta dalle tipiche fasi di pubblicazione di un bando di concorso, valutazione, graduatoria finale), bensì a seguito della formazione di un elenco nel quale sono utilmente collocati soggetti già in regolare possesso del c.d. "titolo abilitante" per l'insegnamento ed in attesa soltanto dell'immissione in ruolo.

Consegue da ciò che la situazione giuridica soggettiva, vantata dagli iscritti nelle graduatorie in discorso, è definita di "diritto soggettivo" e non di "interesse legittimo": l'insegnante iscritto nella graduatoria vanta una vera e propria pretesa ad ottenere il posto di lavoro con il regolare scorrimento della graduatoria stessa.

L'art. 63, comma 4, del d.lgs. n.165 del 2001, nel prevedere l'ipotesi residuale di giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure concorsuali in materia di pubblico impiego, per il resto attribuita in via generale al giudice ordinario, espressamente recita: *“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.”*



Con riferimento alle graduatorie permanenti o ad esaurimento del personale scolastico, si è in presenza di atti i quali esulano sotto vari aspetti da quelli compresi nelle procedure concorsuali per l'assunzione, né tali atti possono essere ascritti ad altre categorie di attività autoritativa (identificate dal d.lgs. n.165 del 2001, art. 2, comma 1).

Tali atti di gestione delle graduatorie permanenti non possono che restare compresi tra le determinazioni assunte “*con la capacità e i poteri del datore del lavoro privato*” (così decreto legislativo n.165 del 2001, art. 5, comma 2), di fronte ai quali sono configurabili soltanto diritti soggettivi e la tutela di cui all'art. 2907 c.c. (così già Cassazione civile , sez. un., 13 febbraio 2008, n. 3399).

La Corte di Cassazione si è quindi soffermata sul tipo di attività che in concreto è demandata alla Pubblica Amministrazione, pervenendo ad escluderne il carattere di autoritatività e quindi negando che si tratti di una procedura concorsuale, superando l'estensione della “*regola del concorso pubblico*”, che era posta a fondamento della pronuncia della Adunanza Plenaria n.8 del 2007.

Per inciso, va detto, come ha ricordato la Corte di Cassazione, che la fattispecie è disciplinata attualmente anche dalla L.27 dicembre 2006, n.296, art. 1, comma 605, lettera c), nella parte in cui ha stabilito che con effetto dalla data di entrata in vigore della legge stessa le graduatorie permanenti di cui al d.l. 7 aprile 2004, n.97, art. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 giugno 2004, n.143, sono trasformate in graduatorie ad esaurimento.

Le graduatorie permanenti alle quali fa riferimento la norma sopra citata sono quelle di cui al Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, approvato con d.lgs. 16 aprile 1994, n.297, art. 401 e successive modificazioni, come modificate ai sensi del citato

d.l. n.97 del 2004, art.1.

La trasformazione delle suddette graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento trova la sua *ratio* nella definizione di un piano triennale per la stabilizzazione del personale docente.

Sotto l'aspetto sostanziale l'istituto delle graduatorie degli insegnanti – dal che consegue la questione dell'accertamento del diritto alla giusta collocazione in graduatoria - consiste nella formazione di un elenco periodicamente aggiornato, in assenza di ogni margine di discrezionalità in ordine alla valutazione dei titoli e la utilizzazione dei soggetti ai fini dell'assunzione è soltanto eventuale.

Quindi, mentre in generale una graduatoria approvata in conclusione di una procedura concorsuale subisce un processo di “*crystallizzazione*”, essendo possibile la sua utilizzazione solo in caso di rinunce o per copertura di posti eventuali in pianta organica resisi disponibili successivamente alla indizione, nei rigorosi limiti di tempo imposti per legge alla vigenza della graduatoria, le graduatorie per l'accesso, in generale, nei ruoli della scuola, non si consolidano mai, dovendo le stesse, per previsione normativa espressa (artt.401, 553 e 554 del d.lgs. n.297 del 1994), essere periodicamente aggiornate e quindi essendo le stesse fisiologicamente “mutevoli”.

La contestazione, come nella specie, riguarda di solito la conformità alle norme dei provvedimenti che hanno determinato la collocazione di un insegnante nella graduatoria provinciale del personale docente.

Il sistema di cui al d.lgs. n.297 del 1994, come integrato e modificato dalle norme successive, contempla la trasformazione delle graduatorie relative ai singoli concorsi in graduatoria permanente (oggi ad esaurimento), realizzando una forma

di coordinamento fra la permanente utilizzabilità, nel tempo, della lista dei possibili aspiranti e il diverso momento nel quale ciascun aspirante acquisisce il diritto alla futura, eventuale assunzione, con la previsione della periodica integrazione della graduatoria con l'inserimento dei vincitori dell'ultimo concorso e l'aggiornamento contestuale delle posizioni dei vincitori in epoca precedente, con salvezza delle posizioni di questi ultimi.

L'affermazione della residuale giurisdizione amministrativa sulle controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione, contemplata dal d.lgs. n.165 del 2001, art. 63, comma 4, deve essere limitata quindi a quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto terminale del procedimento.

In tale nozione di concorso non è compresa la fattispecie dell'inserimento in apposita graduatoria di coloro che siano in possesso di determinati requisiti (anche derivanti dalla partecipazione a concorsi) e che è preordinata al conferimento dei posti lavoro che si renderanno disponibili. Infatti l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto, dell'atto di approvazione, colloca l'ipotesi fuori della fattispecie concorsuale e comporta che sia il giudice ordinario a tutelare la pretesa all'inserimento e alla collocazione in graduatoria, pretesa che ha ad oggetto soltanto la conformità a legge degli atti di gestione nella graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

Si è in presenza di atti, i quali, esulando da quelli compresi nelle procedure concorsuali per l'assunzione, nè potendo essere ascritti ad altre categorie di attività autoritativa (identificate dal d.lgs. n.165 del 2001, art. 2, comma 1), non possono che restare compresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del

datore del lavoro privato (d.lgs. n.165 del 2001, art. 5, comma 2), di fronte ai quali sono configurabili soltanto diritti soggettivi, con la tutela di cui all'art. 2907 c.c..

6. Ragionando *a contrario*, la conseguenza di ritenere tale procedimento di aggiornamento (o di reclutamento) finalizzato alla assunzione equiparabile ad una procedura concorsuale porterebbe a sostenere sempre la esistenza di una graduatoria, sia pure mobile. Conseguentemente, si finirebbe per escludere sempre la giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego pubblico degli insegnanti in ordine a tali fattispecie.

Invece, il sistema di riparto di giurisdizione previsto dall'attuale normativa è proprio nel senso opposto, e cioè di limitare la giurisdizione del giudice amministrativo alle procedure concorsuali intese *stricto sensu*, perché dirette alla assunzione di pubblici impiegati e caratterizzate dalla presenza di un bando, di una fase valutativa e della approvazione della graduatoria.

7. Non convince neanche l'altro argomento che l'Adunanza Plenaria aveva utilizzato nella precedente pronuncia, e cioè il pronunciamento del giudice delle leggi (Corte Costituzionale n.41 del 9 febbraio 2011) che, nell'escludere la inammissibilità, aveva ritenuto non implausibile la tesi della giurisdizione del giudice amministrativo: è evidente che la non implausibilità, al fine di non dichiarare la inammissibilità della questione di costituzionalità (inammissibilità in quella sede invece sostenuta dalla Avvocatura erariale), è cosa ben diversa dall'affermazione della sussistenza effettiva della giurisdizione del giudice amministrativo.

8. Per le sopra esposte considerazioni, l'Adunanza Plenaria, pronunciando sull'appello sopra proposto, ai sensi degli articoli 99 e 105 del c.p.a., lo rigetta, confermando la sentenza di primo grado in ordine al difetto di giurisdizione

dell'adito giudice amministrativo.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio del presente grado di giudizio, in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali sul punto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

lo respinge, confermando la sentenza impugnata. Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 4 luglio 2011, con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente di Sezione

Stefano Baccharini, Presidente di Sezione

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2011

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

Il Dirigente della Sezione