

Pubblicato il 07/09/2021

N. 06230/2021REG.PROV.COLL.
N. 05012/2021 REG.RIC.



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 (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 5012 del 2021, proposto da Ministero dell'Istruzione, Ufficio Scolastico Regionale Friuli Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Cecilia Correcig, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Dodaro, Serena Cianciullo, Pietro Mussato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 00096/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cecilia Correcig;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2021 il Cons. Giovanni Orsini.

L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa 13 marzo 2020, n. 6305.

1. Con la sentenza appellata indicata in epigrafe il Tar Friuli Venezia Giulia ha accolto il ricorso proposto dalla dottoressa Correcig per l'annullamento del provvedimento n. 000064 adottato dal Ministero dell'istruzione il 13 gennaio 2021 di esclusione dalle graduatorie provinciali e di istituto della provincia di Gorizia per il conferimento delle supplenze nel biennio 2020/2021 e 2021/2022 di cui all'ordinanza ministeriale n. 60 del 2020 per le classi di concorso A015 e A050 nelle scuole secondarie di secondo grado.

La ricorrente in primo grado ha presentato domanda in modalità telematica in data 6 agosto 2020 per l'inserimento in seconda fascia delle graduatorie provinciali per le supplenze per le suddette classi di concorso dichiarando di possedere una laurea magistrale in biotecnologie mediche, veterinarie e farmaceutiche conseguita in data 14 aprile 2016 presso l'Università di Udine.

Sulla base di tale dichiarazione la ricorrente è stata inserita nelle graduatorie con riserva di accertamento del possesso dei requisiti di ammissione come previsto dall'articolo 8 dell'ordinanza ministeriale n. 60.

All'esito di tale accertamento è stato adottato il provvedimento impugnato che è motivato sulla non corrispondenza del piano di studi della dottoressa Correcig ai requisiti richiesti dai d.p.r. n. 19 del 2016 e n. 259 del 2017 per le

classi di concorso di interesse, in particolare per il mancato possesso di un numero sufficiente di crediti nel settore scientifico disciplinare MED.

Il Tar ha respinto preliminarmente l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Ministero ritenendo precluso tale esame in un giudizio che, come quello di specie, è stato riassunto dopo declinatoria di competenza da considerarsi come implicito riconoscimento della giurisdizione.

2. L'appello ripropone l'eccezione di giurisdizione precisando che la statuizione del primo giudice sul punto sarebbe errata in quanto diversamente dai precedenti richiamati dal Tar la questione era stata proposta tempestivamente.

Nel merito il Ministero rileva l'erroneità della sentenza di primo grado in relazione alla ritenuta violazione dell'articolo 10 bis della legge n. 241 del 1990, al reinserimento della candidata in entrambe le classi di concorso e all'interpretazione della normativa di settore.

3. L'appellata si è costituita in giudizio in data 9 giugno 2021 e ha depositato memoria il 20 luglio 2021 per chiedere la conferma della sentenza impugnata evidenziando, con riferimento alla eccezione sulla giurisdizione, il recente precedente di questa sezione (sentenza n. 2007 del 2021) nel quale è stata confermata la giurisdizione del giudice amministrativo nel contenzioso riguardante le graduatorie di circolo e d'istituto per le supplenze.

4. Nella camera di consiglio del 29 luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di giurisdizione riproposta in appello con il primo motivo di gravame.

La sentenza di primo grado non ha affrontato la questione, ritenendo che l'eccezione fosse inammissibile in quanto implicitamente già risolta in senso negativo dal Tar del Lazio.

In questa sede, ai sensi dell'articolo 9 cpa, l'eccezione, essendo stata riproposta con specifico motivo di appello, è senz'altro ammissibile, non essendo dall'ordinanza che decide sulla competenza ricavabile alcun giudicato

implicito sulla giurisdizione (che non può ritenersi decisa all'esito della riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente).

6. Il Ministero, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Cassazione (ordinanze nn. 8098/2020 e 17123/2019) afferma che le controversie inerenti il collocamento nelle graduatorie del comparto scolastico sono attribuite al giudice ordinario se, come nel caso di specie, il ricorso è diretto all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria e non all'annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo che disciplina la materia; la formazione e la gestione delle graduatorie non darebbe luogo infatti ad una procedura concorsuale, ma al mero accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti e gli atti adottati sarebbero privi di contenuto discrezionale.

7. L'appellata, nella memoria del 20 luglio 2021, afferma viceversa (citando in particolare la sentenza di questa sezione n. 2007 del 2021) che per le graduatorie di istituto la giurisdizione spetterebbe in ogni caso al giudice amministrativo dato che le relative procedure si configurerebbero come concorsuali per la presenza del bando iniziale, dei criteri di valutazione dei titoli, di una commissione incaricata di tale valutazione e della graduatoria finale.

8. L'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo è fondata.

8.1. La Corte di Cassazione ha chiarito (cfr. sentenza delle Sezioni Unite n. 21198/2017) che ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto dei docenti della scuola all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio. Di conseguenza, se oggetto della domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo e solo quale effetto della rimozione di tale atto l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento nella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo; se viceversa la domanda è volta specificamente all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento

nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, la giurisprudenza va attribuita al giudice ordinario.

La Corte di Cassazione ha ulteriormente precisato che nelle ipotesi delle graduatorie di istituto laddove “il ricorrente abbia chiesto l’annullamento del decreto di pubblicazione delle graduatorie medesime di seconda e di terza fascia... la giurisdizione non può che essere del giudice amministrativo, in quanto la domanda giudiziale riguarda direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo e quindi presuppone una posizione di interesse legittimo”. Diversamente dalla situazione riscontrata per le graduatorie ad esaurimento - per le quali si esclude sia lo svolgimento di attività autoritativa della pubblica amministrazione sia di procedure concorsuali che, ai sensi dell’articolo 63, comma 4 del decreto legislativo numero 165 del 2001, “restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo”- in questo caso ricorrerebbero tutti gli elementi caratteristici della procedura concorsuale pubblica vale a dire il bando iniziale, la fissazione dei criteri valutativi dei titoli, la presenza di una commissione incaricata della valutazione dei titoli dei candidati e la formazione di una graduatoria finale.

In definitiva, la giurisdizione dipende quindi dal *petitum* sostanziale e dalle caratteristiche della procedura adottata (concorsuale o non).

8.2. Il collegio ritiene che nel caso in esame i due criteri individuati dalla giurisprudenza per la definizione della giurisdizione convergano nel senso di riconoscere la sussistenza della giurisdizione ordinaria.

8.3. Quanto alla domanda contenuta nel ricorso presentato dalla dottoressa Correcig, si deve precisare che essa non riguarda la pubblicazione delle graduatorie di seconda fascia, ma esclusivamente il provvedimento di esclusione della docente adottato dall’amministrazione a seguito delle verifiche svolte sulla sussistenza in capo alla ricorrente dei requisiti richiesti dalla normativa per l’accesso alle classi di concorso (accertamento nella specie successivo all’attribuzione di un contratto di supplenza e non derivante dall’applicazione di specifiche disposizioni del bando).

Diversamente dal caso trattato dalla sentenza n. 2007/2021, inoltre, la domanda proposta dalla ricorrente – con la quale si impugnava la graduatoria e l'elenco degli esclusi - non attiene all'interpretazione ad opera dell'atto amministrativo impugnato di una disposizione dell'ordinanza n.60/2020 (nel caso predetto relativo alla pregressa iscrizione nelle suddette graduatorie come requisito aggiuntivo prescritto dal bando e predicato in riferimento agli anni immediatamente precedenti la selezione ossia un requisito avente effetti generali sulla procedura), ma esclusivamente all'accertamento della conformità dei titoli in possesso della dottoressa Correcig con le previsioni del d.p.r. n. 19 del 2016 e del d.p.r. n. 259 del 2017 ai fini dell'esercizio della professione di insegnante sulle classi di interesse.

Non si ravvisano in tale attività svolta dall'amministrazione ai sensi dell'articolo 8, commi 7 e 8 dell'ordinanza n. 60 elementi valutativi tali da configurarla come attività discrezionale cui corrisponderebbe una situazione di interesse legittimo della ricorrente, risolvendosi la stessa in una mera verifica dei titoli analoga a quella compiuta dall'amministrazione per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

8.4. Per ciò che si riferisce alla qualificazione della procedura, si deve precisare, circostanza non decisiva nel caso esaminato nella sentenza n. 2007 del 2021 che atteneva all'interpretazione del bando, data dall'amministrazione che l'ordinanza n. 60 /2020 – con sensibile differenza rispetto al passato - non prevede la costituzione di commissioni di concorso per la valutazione dei titoli, ma affida tale valutazione in prima battuta al sistema informatico che assegna i punteggi sulla base di quanto stabilito per ogni titolo dalle tabelle allegate alla stessa ordinanza n. 60 e successivamente agli uffici scolastici provinciali i quali in caso di difformità tra i titoli dichiarati e quelli effettivamente posseduti procedono alla rettifica del punteggio o all'esclusione dalla graduatoria; i punteggi attribuiti ai titoli non vengono pertanto assegnati sulla base di criteri di valutazione, ma in applicazione di quanto previsto dalle tabelle allegate all'ordinanza.

Non sembra al collegio che la formazione con tali modalità delle graduatorie sia idonea ad escludere la tradizione qualificazione della procedura come concorsuale – per cui non si ravvisa alcuna discontinuità rispetto al precedente CdS VI n. 2007 del 2021 - ma è indubbio che tale selezione di personale per le graduatorie di istituto, per come va configurandosi, per l'automatismo che la caratterizza, attenui nella valutazione dell'amministrazione i significativi margini di discrezionalità in passato riconosciuti.

In effetti, l'amministrazione procede all'iscrizione dei candidati nelle graduatorie nell'ordine progressivo derivante dei punteggi attribuiti alla luce dei titoli dichiarati e non svolge valutazioni discrezionali di tipo comparativo.

Sicché anche volendo ritenere che la indizione della procedura a mezzo di un bando discrezionalmente confezionato dalla pubblica amministrazione per la selezione di personale in numero definito di posti sia sempre qualificabile come un concorso (in ordine al quale sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, qualificazione che potrà essere fatta oggetto di un approfondito futuro ulteriore scrutinio dalla Corte regolatrice della giurisdizione) deve ritenersi alla stregua del *petitum* sostanziale, nel caso di specie, sussistente la giurisdizione del giudice ordinario (non vertendosi sull'interpretazione di clausole del bando aventi effetti generali o su criteri di attribuzione di punteggi).

Può farsi applicazione dell'insegnamento ritraibile dalla giurisprudenza della Suprema Corte regolatrice sulla generale azionabilità del “diritto al lavoro”.

Per Cass. civ., sez. un., 28-05-2007, n. 12348 la disposizione del 4° comma dell'art. 63 d.leg. 30 marzo 2001 n. 165, che attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti si riferisce solo al reclutamento basato su prove di concorso, caratterizzato da una fase di individuazione degli aspiranti forniti dei titoli generici di ammissione e da una successiva fase di svolgimento delle prove e di confronto delle capacità, diretta ad operare la

selezione in modo obiettivo e dominata da una discrezionalità (non solo tecnica, ma anche) amministrativa nella valutazione dei candidati; detta disposizione non riguarda, pertanto, le controversie nelle quali si intenda far valere il diritto al lavoro, in relazione al quale la p.a. è dotata unicamente di un potere di accertamento e di valutazione tecnica; ne consegue che la controversia con la quale si chiedi il risarcimento dei danni, per non avere la p.a. - ai fini della formazione della graduatoria definitiva relativa ad una procedura concorsuale - valutato il titolo di riserva spettante agli invalidi civili ai sensi della l. 2 aprile 1968 n. 482 (ora l. 12 marzo 1999 n. 68), è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la relativa disciplina non lascia alla p.a. alcun criterio di discrezionalità in relazione alla posizione soggettiva dell'invalido, che si configura come diritto al posto riservato quale appartenente a categoria protetta.

Tornando al caso di specie, si tratta di un'esclusione, derivante dall'interpretazione della normativa primaria, senza discrezionalità amministrativa, adottata dopo l'inserimento in graduatoria e la sottoscrizione di un contratto di lavoro, ossia di vicenda in fondo successiva ed estranea alla gestione della procedura concorsuale (pur peculiare per il suo automatismo) sopra menzionata (la esclusione attiene al disconoscimento di una qualifica e posizione professionale legata all'interpretazione della valenza dello specifico titolo di studio conseguito da un determinato e specifico soggetto) non avendo riflessi di carattere generale.

Spetta quindi alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione del provvedimento con il quale il dirigente scolastico depenna un insegnante dalle graduatorie di istituto, quando tale atto inerisce a vicende del rapporto di impiego privatizzato, legate ad un potere operante su un piano paritetico, basato sull'accertamento di fatti specifici, che riguarda solamente la conformità o meno alla legge degli atti vincolati di gestione nella graduatoria, vertendosi in tema di accertamento di diritti soggettivi di docenti già iscritti in graduatorie.

La discrezionalità amministrativa e tecnica invece si ravvisa e permane nella formazione e nell'applicazione delle regole del bando - per l'approvazione delle graduatorie di istituto - aventi effetti generali e riflessi su fasci di situazioni giuridiche soggettive interrelate, in ordine alle quali va ribadita la giurisdizione del giudice amministrativo.

9. Alla luce delle esposte considerazioni l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario davanti al quale il processo può essere riassunto ai sensi dell'articolo 11 cpa con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda presentata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 11 cpa.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente
Silvestro Maria Russo, Consigliere
Stefano Toschei, Consigliere
Davide Ponte, Consigliere
Giovanni Orsini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Orsini

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO