



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Seconda

Adunanza di Sezione del 25 maggio 2016

NUMERO AFFARE 02335/2015

OGGETTO:

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, Dipartimento sistema educativo.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con istanza di sospensiva, proposto da SAESE - Sindacato Autonomo Europeo Scuola ed Ecologia, Sara Tenti, Rita Sferlazza, Jennifer Mandile, Angela Mezzacapo, Simona La Rocca, Katia Castronovo, Stefano Medau, Francesco Ippolito, Anna Rita Maltese, Giacomo Parrinello, Chiara Lentini, Patrizia Mirabile, Andrea Barresi, Elisa Carallo, Maria Silvana Perniciaro, **Stefano Di Sabatino**, Mariano Nicoletti, Giuseppe Bontempo, Maurizio Romano, contro Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e nei confronti di Angelo Ferraro, avverso il d.m. n. 353 del 22 maggio 2014, concernente aggiornamento delle graduatorie d'istituto e circolo ed atti collegati ed accessori, compresa la nota MIUR prot. n. 1692 del 26 giugno 2014, in tema di tempistica di presentazione delle domande di inserimento e/o aggiornamento;

LA SEZIONE

Visto il ricorso, datato 1° dicembre 2014;

Vista la relazione n. 39517 del 7 dicembre 2015, con la quale il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, Dipartimento sistema educativo, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visti gli atti di intervento volontario in giudizio *ad adiuvandum*, a firma di Simona Marciano ed altri, trasmessi dal Ministero con nota n. 13444 dell'11 maggio 2016;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Gerardo Mastrandrea;

Premesso e considerato.

Occorre, preliminarmente, rilevare che l'intervento *ad adiuvandum* di soggetti legittimati a ricorrere, che non si sono avvalsi di detta facoltà nei termini di legge, è chiaramente inammissibile.

I decreti di aggiornamento delle graduatorie di istituto, dei quali al tempo l'impugnato d.m. n. 353/14 costituiva l'ultimo in ordine cronologico, rappresentano provvedimenti attuativi della superiore normativa (art. 1, comma 605, lett. c), l. 296/06) che, nel trasformare le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, ovvero graduatorie inibite ad inserimenti *ex novo* di personale docente e soggette a periodico aggiornamento dei punteggi e delle relative posizioni per il personale docente medesimo già ivi presente all'entrata in vigore della legge 296/06 (o inserito *pleno iure* in attuazione di norme di pari rango derogatorie della normativa "di chiusura" indicata), ha regolamentato le modalità di accesso all'insegnamento per gli incarichi a tempo determinato per quei docenti non autorizzati all'ingresso nelle stesse GAE, in quanto non abilitati e/o, comunque, abilitati post chiusura in queste ultime.

Orbene, concordemente con quanto eccepito dall'Amministrazione referente e in verità divulgato dallo stesso Sindacato ricorrente (in disparte la legittimazione a

ricorrere dello stesso), dopo orientamenti non sempre collimanti della giurisprudenza amministrativa e di quella della Suprema Corte di Cassazione, è in via di definitivo consolidamento l'orientamento che propende per la devoluzione del contenzioso in materia al giudice ordinario; conclusione dalla quale la Sezione non ritiene vi siano ragioni per discostarsi.

In effetti, in materia di atti di gestione ed aggiornamento delle graduatorie scolastiche "ex-permanenti" (graduatorie ad esaurimento e graduatorie di istituto di I, II e III fascia), ove sono confluiti soggetti già titolari di un'abilitazione di Stato ovvero dell'abilitazione all'insegnamento, il potere di conoscere e giudicare le relative controversie spetta al giudice ordinario (del lavoro), non rientrando tali "graduatorie" nel novero di quelle citate nella norma di cui all'art. 63, comma 4, del decreto legislativo n.165 del 2001, intese queste quale ultimo atto di una procedura concorsuale per il reclutamento del personale della pubblica amministrazione, le cui controversie appartengono invece, come è noto, al giudice amministrativo.

In termini invero più generali, le controversie concernenti la collocazione degli insegnanti nella graduatorie (permanenti o ad esaurimento) per l'assegnazione degli incarichi di insegnamento rientrano nella giurisdizione ordinaria, dovendosi considerare la situazione giuridica protetta, la natura dell'attività esercitata dall'amministrazione e l'assenza, nella fattispecie, di una procedura concorsuale in senso stretto.

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, 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 dell'attività esercitata e alla posizione soggettiva attiva azionata, si è evidenziato, altresì, che gli atti che vengono in considerazione 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, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, 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, avendosi a che fare con la *"formazione di un elenco periodicamente aggiornato, in assenza di ogni margine di discrezionalità in ordine alla valutazione dei titoli"* (Cons. Stato, Ad.pl. n. 11/2011; Cass., SS.UU., 8 febbraio 2011, n. 3032; da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2015, n. 3415).

Un contenzioso come l'odierno, riguardando l'aggiornamento delle graduatorie di istituto nella parte in cui non è stata contemplata una determinata categoria di requisiti di accesso alle stesse, non può che essere, in definitiva, devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario, venendo in rilievo posizioni di diritto soggettivo.

Il ricorso va, pertanto, dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione, con assorbimento dell'istanza cautelare.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso vada dichiarato inammissibile, con assorbimento della domanda di sospensiva.

L'ESTENSORE
Gerardo Mastrandrea

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO

Roberto Mustafà