



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9180 del 2015, proposto da:

Bonetti Sophie, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Beatrice Miceli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Stoppani, 1;

contro

Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione III *BIS* n. 8814/2015, resa tra le parti, con cui il giudice amministrativo ha declinato la giurisdizione in tema di formazione delle graduatorie nazionali definitive per il conferimento di incarichi a tempo determinato per il personale docente delle istituzioni AFAM - settore abpr 26 "restauro per decorazione".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2016 il consigliere Andrea Pannone e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Pizzi e l'avvocato Stallone in delega dell'avvocato Miceli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante ha impugnato in primo grado il provvedimento di esclusione dalla procedura di formazione delle graduatorie nazionali per l'attribuzione di incarichi a tempo determinato per il personale docente delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica (A.F.A.M.) per l'insegnamento della materia "ABPR26 - restauro per decorazione".

2. La sentenza qui impugnata rileva che oggetto del ricorso era il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura or ora richiamata, ai sensi del D.M. n. 526/2014, finalizzato alla costituzione delle graduatorie nazionali per l'attribuzione di incarichi a tempo determinato per il personale docente delle predette istituzioni.

3. La sentenza ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione richiamando quanto sancito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 16 dicembre 2013, n. 27991, per la quale *"le procedure relative alla formazione ed all'aggiornamento delle graduatorie permanenti del personale docente non si configurano come procedure concorsuali e quindi non appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a quella del giudice ordinario, in quanto 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 del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2 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. Fin da Cass., Sez. Un., 13*

febbraio 2008, n. 3399, questa Corte ha affermato che in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria, con precedenza rispetto ad altro docente, ai sensi del D.Lgs. n. 297 del 1994, artt. 401 e 522 e successive modificazioni, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, venendo in questione atti assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2), di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

Non possono configurarsi, infatti, nè l'inerenza a procedure concorsuali (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63), per l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto, di un atto di approvazione finale che individui i vincitori - trattandosi piuttosto dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti (anche derivanti da partecipazione a concorsi) in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili. Infatti 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 del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2 tra i quali rientrano anche gli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione. In numerose altre pronunce rese in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento a controversie promosse per l'accertamento del diritto all'utile collocamento in graduatoria, con precedenza rispetto ad altro docente, questa Corte (Cass., sez. un., 10 novembre 2010, n. 22805; 16 giugno 2010, n. 14496; 3 aprile 2010, n. 10510) ha costantemente ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario. Il medesimo principio è stato riaffermato più recentemente da questa Corte (Cass., sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3032); in senso conforme anche Cons. Stato, Ad. Plen., 4 luglio 2011, n. 11”.

La sentenza ha quindi poi affermato che: “Nel caso in esame, le doglianze sono

rivolte nella sostanza a contestare la determinazione assunta dal direttore generale del M.I.U.R., con la capacità e i poteri datoriali di cui all'articolo 5, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165”.

4. Il Collegio reputa di dover aderire all'indirizzo sostenuto dalla Sezione (sentenza 30 novembre 2015, n. 5418). In particolare in occasione di tale precedente si sono svolte le seguenti considerazioni:

<<La questione controversa attiene alla giurisdizione in ordine agli atti regolamentari che definiscono le modalità generali di accesso alle graduatorie.

Un primo orientamento ritiene che, in relazione a tali atti, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto gli stessi vengono in rilievo in via incidentale e pertanto possono essere disapplicati dallo stesso giudice ordinario (da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2015, n. 3413).

Un secondo orientamento, cui la Sezione aderisce, ritiene, invece, che in questi casi la giurisdizione spetti al giudice amministrativo, venendo in rilievo «la stessa regola ordinaria posta a presidio dell'ingresso in graduatoria» (Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 2012, n. 1406; Cons. Stato, 2 aprile 2012, n. 1953).

La ragione della preferenza per questa seconda tesi risiede nel fatto che oggetto di contestazione sono atti di macro-organizzazione. La pubblica amministrazione, infatti, con l'adozione dei provvedimenti in esame, a prescindere dalla loro natura di atti normativi o amministrativi generali, definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, determinando anche le dotazione organiche complessive. La giurisdizione compete, pertanto, al giudice amministrativo. Né, in senso contrario, potrebbe rilevare la questione relativa all'incidenza “diretta” o “indiretta” di tali provvedimenti sui singoli rapporti di lavoro, trattandosi di un profilo che non ne muta la intrinseca natura e dunque le regole di riparto della giurisdizione. Questo aspetto può, al più, assumere rilevanza ai fini della individuazione dell'ambito del potere disapplicativo del giudice ordinario e se cioè esso può essere esercitato soltanto quando il provvedimento amministrativo di macro-organizzazione rilevi in

via “indiretta” ai fini della risoluzione della controversia in linea con la regola generale posta dall’art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, ovvero anche quando esso venga in rilievo quale fonte “diretta” della lesione della posizione soggettiva individuale fatta valere in giudizio (nel qual caso, peraltro, risolvendosi la disapplicazione in una cognizione diretta, e non incidentale, del provvedimento amministrativo)>>.

Nel caso di specie deve convenirsi, in coerenza con la giurisprudenza della Sezione, che il decreto impugnato, avente carattere immediatamente lesivo, assolve a una funzione autoritativa di gestione della procedura concorsuale di natura pubblicistica. Ne deriva il radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo.

14. In ragione della natura della controversia le spese di questo grado di giudizio debbono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e rimette la causa al giudice di primo grado ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 105, comma 1, cod. proc. amm..

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2016 con l’intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2016

IL SEGRETARIO

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