



REPUBBLICA ITALIANA

IL TRIBUNALE DI CATANIA

SECONDA SEZIONE CIVILE – LAVORO

in composizione monocratica, nella persona del magistrato ordinario Dott. Mario Fiorentino, in funzione di Giudice del Lavoro, ha emesso la seguente

ORDINANZA

nella causa iscritta al n. R.G.L. 5606-1/2012, avente ad oggetto: domanda cautelare in corso di causa – esclusione graduatoria III fascia personale scuola – erronea valutazione punteggi;

PROMOSSA DA

[*omissis*], con l'avv.to [*omissis*];

RICORRENTE

CONTRO

M.I.U.R., Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia, Istituto [*omissis*], con il Funzionario Delegato

RESISTENTI

Il Giudice,

visto gli atti di causa e i relativi allegati;

visto l'art.63 D.lvo 30 marzo 2001 n. 165;

visti gli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c.

sciolta la riserva assunta all'udienza del 17 ottobre 2012;

OSSERVA



Ritiene questo decidente, anche alla luce di principi già espressi da questo Ufficio (Tribunale di Catania, sez. lav. 14 aprile 2009, proc. N. 120/2009 R.G.L.), di dovere dichiarare il proprio difetto di giurisdizione per le ragioni di seguito esposte.

L'oggetto del presente giudizio si incentra sulla mancata inclusione della parte ricorrente nella graduatoria di III fascia triennio 2011-2014, profilo professionale di Assistente Tecnico, nelle aree AR01, AR03, AR08 (codice TH03), nonché sull'erronea attribuzione del punteggio riconosciuto in relazione al profilo di assistente tecnico.

Le doglianze mosse dalla parte ricorrente riguardano, pertanto, l'operato dell'Amministrazione – che parte attrice ritiene illegittimo per i motivi articolati ai punti I, II e III del ricorso – nell'ambito della procedura indetta con D.M. 104/2011 per la formazione delle graduatorie di circolo e di istituto di terza fascia per il conferimento delle supplenze al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, cosiddetto “Ata” (v. docc. 2 e 3, parte resistente).

Il ricorso, quindi, non è rivolto a censurare meri atti di gestione di una graduatoria già formata (tali sono, ad es., gli aggiornamenti dei punteggi delle graduatorie permanenti, ex art. 401 t.u.p.i.)¹, bensì l'operato dell'Amministrazione nel momento dell'esercizio del potere di formazione della graduatoria ex art. 5 D.M. 13 dicembre 2000 n. 430.

Quest'ultima scaturisce da una procedura indetta con apposito bando (tale è il D.M. 104/2011, doc. 4, parte resistente), in relazione alla quale gli aspiranti (tutti i soggetti muniti del titolo di studio valido per l'accesso al posto, cfr. in tal senso art. 5, lett. c, D.M. 13 dicembre 2000 n. 430; art. 4, comma 11, legge 3 maggio 1999 n.

¹ In tal senso, si veda la procedura di aggiornamento delle graduatorie permanenti indetta con D.M. 12 maggio 2011 n. 44.



124) devono presentare le relative domande di partecipazione entro i termini indicati dalla *lex specialis*, con l'indicazione dei titoli posseduti, e all'esito della quale, alla luce delle valutazioni effettuate dall'Amministrazione, espressione di discrezionalità tecnica (cfr. Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2010, n. 1401), viene redatta e successivamente approvata una graduatoria.

La procedura a cui ha partecipato parte attrice e a cui si riferiscono le censure formulate in ricorso appare, pertanto, annoverabile nell'ambito delle procedure concorsuali, le cui controversie restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo *ex art. 63 comma quarto, del Decreto legislativo 30 marzo 2001 N. 165*, così come del resto prevede il bando (v. D.M. 104/2011, art. 9).

A tal riguardo, appare utile ricordare come le procedure per la formazione delle graduatorie di III fascia si inscrivano, con proprie peculiarità, nell'ambito del procedimento di formazione delle graduatorie di **circolo o di istituto**, utili ai fini del conferimento delle supplenze temporanee nel settore scolastico.

A tal proposito occorre richiamare l'art. 4 della legge 3 maggio 1999 n. 124, espressamente destinato alla regolamentazione delle supplenze, applicabile non solo al personale docente, ma anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (cfr. art. 4, comma 11, l. 124 cit.).

Tale disposizione distingue tre ipotesi, secondo che debba provvedersi alla copertura di posti effettivamente vacanti e disponibili entro il 31 dicembre, che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico (primo comma), ovvero alla copertura di posti non vacanti, disponibili entro il 31 dicembre, che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico (secondo comma), ovvero debba provvedersi alla copertura di posti in casi diversi da quelli sopra delineati (comma terzo).



Nel primo caso dispone che, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, *“si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo”*.

Nel secondo caso dispone che si provvede mediante *“il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche”*.

Nel terzo caso (casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2, che riguardano pertanto la eventuale copertura di posti per periodi più brevi), stabilisce che si provvede mediante supplenze temporanee (art. 4, comma 3, legge 124 cit.).

La legge 124/99 demanda ad apposito regolamento ex art. 17, comma 3 e 4, legge 23 agosto 1988 n. 400, il compito di disciplinare le modalità di conferimento delle supplenze, secondo i criteri indicati dalla stessa (art. 4, commi 6 e ss.).

In particolare, la legge stabilisce che per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee, sino al termine delle attività didattiche, si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'art. 1 della legge 124/99, mentre per il conferimento delle supplenze temporanee di cui al comma 3 (casi diversi da quelli previsti nei commi 1 e 2) si utilizzano le graduatorie di circolo o di istituto.

Emerge pertanto il carattere residuale delle graduatorie di circolo e di istituto, le quali risultano deputate al reclutamento del personale da adibire alle supplenze temporanee di cui al comma 3 dell'art. 4 legge 124 cit., e costituiscono istituto da



tenere distinto dalle graduatorie permanenti (queste ultime, infatti, a differenza delle altre, sono finalizzate a consentire l'immissione in ruolo)².

I regolamenti emanati ex art. 17 legge 400/1988 (v. per il personale docente il D.M. 25 maggio 2000 n. 201, per il personale Ata il D.M. 13 dicembre 2000 n. 430) prevedono, inoltre, che le graduatorie di circolo o istituto si distinguano in tre fasce da utilizzare, nell'ordine, dalla prima alla terza.

Quest'ultima è costituita dagli aspiranti, non muniti dei titoli per l'inserimento della I e II fascia, che posseggono tuttavia titolo di studio valido per l'accesso al posto richiesto.

Mentre gli aspiranti della cosiddetta prima fascia (sono: gli appartenenti alle graduatorie permanenti e simili) vengono inclusi "automaticamente" secondo la

² Anche con riguardo alle graduatorie permanenti occorre distinguere, in ogni modo, **due fasi**: la fase costituita dalla procedura concorsuale destinata all'integrazione delle medesime con nuovi aspiranti (le cui controversie rimangono devolute alla giurisdizione del Giudice amministrativo, cfr. Cassazione S.U. 20 giugno 2007 n. 14290); la fase costituita dalla procedura dell'aggiornamento della graduatoria, riguardante soltanto gli iscritti alla graduatoria e l'aggiornamento dei relativi punteggi (le cui controversie, così come quelle relative al mero utilizzo della graduatoria, rimangono devolute alla giurisdizione del Giudice ordinario, in quanto prive di caratteri di concorrenzialità, cfr. Cassazione S.U. 20 giugno 2007 n. 14290, cit., Cass. civ. sez. Unite, 8 febbraio 2011 n. 3032).

A tal proposito appare opportuno ricordare che il sistema di cui al D.Lgs. n. 297 del 1994 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado) contempla la trasformazione delle graduatorie relative ai singoli concorsi in graduatoria permanente, 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. Da ultimo, ai sensi della L. n. 206 del 2006, art. 1, comma 605, lett. c), le graduatorie permanenti sono state trasformate in graduatorie a numero chiuso, cioè aggiornabili nei punteggi ma non più integrabili con nuovi aspiranti. Si tratta pertanto di graduatorie cristallizzate *ope legis* che l'amministrazione deve limitarsi ad applicare (mediante scorrimento) ai fini dell'assunzione. Sul punto v. Corte Costituzionale, 9 febbraio 2011 n. 41.



graduazione derivante dall'automatica trasposizione dell'ordine di punteggio con cui figurano nelle corrispondenti graduatorie permanenti, gli aspiranti della seconda e terza fascia sono graduati secondo apposite tabelle di valutazione (artt. 5, comma 5, D.M. 13 dicembre 2000 n. 430), all'esito di procedure aventi connotati tipicamente concorsuali.

La procedura di formazione della terza fascia, in particolare, come già evidenziato, risulta aperta a tutti i soggetti muniti di valido titolo di studio (a prescindere dall'appartenenza dell'aspirante ad una graduatoria permanente ovvero dal possesso di altri titoli ovvero dal pregresso inserimento in graduatorie analoghe), viene indetta da un atto amministrativo generale avente le caratteristiche di un bando concorsuale (v. nel caso che ci riguarda il D.M. 104/2011, che disciplina i requisiti di accesso, di ammissione, la valutazione dei titoli, i termini di presentazione delle domande, etc.); viene conclusa con la formazione di una graduatoria.

Come più volte ha evidenziato la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, nella materia delle graduatorie permanenti del personale amministrativo scolastico, l'art. 63, comma quarto, D.lvo. n. 165/2001 va inteso nel senso che va riconosciuta la giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo in tutti i casi in cui la controversia investa le singole procedure concorsuali o tenda ad inficiare la graduatoria **disconoscendone la legittimità e chiedendone la modifica**, mentre va riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario allorquando si agisca sul **presupposto della definitività della graduatoria** e, allorquando, quindi, **senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso ed il relativo atto finale**, si faccia valere il diritto alla nomina, specificamente contestando l'utilizzazione che viene fatta della graduatoria alla stregua di circostanze successive all'esaurimento del concorso (ad esso estranee), denunziate come ostantive alla nomina di altri aspiranti nei cui confronti si rivendica una posizione preferenziale (per esempio,



sussiste la giurisdizione del Giudice ordinario in caso di mancata nomina, in violazione dell'ordine risultante dalla graduatoria; in caso di mancato aggiornamento dei punteggi; in caso di atti di mera gestione della graduatoria già formata).

Tale principio è stato, peraltro, ribadito da Cassazione S.U. 20 giugno 2007 n. 14290, secondo cui *"la giurisdizione amministrativa sulle controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione, contemplata dal D.lgs. 165 del 2001, art. 63, comma quarto, è limitata [e, dunque, si riferisce] 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"*.

La Corte ha ricordato che *" il principio sopra precisato è già stato enunciato dalle Sezioni unite (vedi Cass. S.u. 1203/2000, 11404/2003), anche con specifico riferimento alle graduatorie permanenti del personale Ata della scuola, chiarendo che appartengono alla giurisdizione ordinaria le controversie concernenti l'utilizzazione della graduatoria (Cass. Su, 1989/2004). In particolare, con la decisione 11563/2007 si è affermata la giurisdizione sulla controversia concernente la pretesa all'assunzione di personale Ata **in quanto implicante il mero controllo di una graduatoria già formata**"* e, dunque, non già la verifica della legittimità o la modifica della graduatoria stessa.

Con tale arresto, inoltre, le Sezioni Unite hanno specificato che non rimangono sussumibili entro la categoria delle *"procedure concorsuali"*, e vanno conseguentemente devolute alla cognizione del Giudice ordinario, **solo le fattispecie di inserimento nelle graduatorie preordinate all'assunzione che, risultando prive *"...di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto dell'atto di***



approvazione”, si collocano al di “*fuori della fattispecie concorsuale*” di cui al quarto comma dell’art. 63, c. quarto, cit..

Invero, solo tali fattispecie implicano che “*sia il giudice ordinario a tutelare la pretesa all’inserimento e alla collocazione in graduatoria, pretesa che ha ad oggetto la conformità alla legge degli atti di gestione nella graduatoria utile per l’eventuale assunzione*” poiché, come è stato ritenuto, in tali ipotesi, “*si è in presenza di atti, i quali, esulando da quelli compresi nelle procedure concorsuali per l’assunzione, né 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 di lavoro privato... di fronte ai quali sono configurabili soltanto diritti soggetti...*” (in tal senso, cfr. anche Cass. S.U. 13 febbraio 2008, n. 3399; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 15/7/2009 n. 1622, entrambe relative a controversie inerenti agli atti di gestione di graduatorie permanenti, da denominarsi adesso “ad esaurimento”, a seguito dell’art. 1, comma 605, Legge 27 dicembre 2006 n. 296).

Tali principi risultano confermati da ultimo da Cassazione civile sez. un. 10 novembre 2010 n. 22805 (che hanno affermato la giurisdizione del G.O. con riguardo a controversia relativa all’aggiornamento dei punteggi di docenti inseriti nell’ambito di graduatorie permanenti, ex art. 401 t.u.p.i.; in senso analogo, cfr. Cass. Civile sez. 8 febbraio 2011 n. 3032) e da parte della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2010, n. 1401), la quale ha espressamente aderito all’indirizzo della Suprema Corte (in tal senso, al di là del caso concreto, si ritiene vada interpretata anche la pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 12 luglio 2012 n. 11).

Quest’ultima ha infatti evidenziato che rientrano nella nozione di “procedure concorsuali” tutte le sequenze procedimentali, aperte a soggetti in possesso di



predeterminati requisiti soggettivi, caratterizzate da concorrenzialità fra i partecipanti alla selezione, da effettuarsi in base al possesso di titoli predeterminati dal bando o a mezzo di prove rivelatrici del livello di preparazione culturale e/o di idoneità ed esperienza professionale dei candidati (cfr. Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2010, n. 1401, cit.).

E' stato in tal senso rimarcato che gli atti di formazione ed approvazione delle graduatorie per il conferimento degli incarichi nella scuole di vario grado, sia di insegnamento sia per compiti delle qualifiche del personale di amministrazione, sono caratterizzati da evidenti aspetti di concorsualità che ha luogo, previa verifica del possesso dei requisiti di legge per l'ammissione, in base alla valutazione di titoli cui segue l'assegnazione della posizione utile per aspirare alla costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., sia esso di durata temporanea (incarico), sia esso a tempo indeterminato (immissione in ruolo) (cfr. Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2010, n. 1401, cit., in fattispecie analoghe Cons. St., Sez. VI, n. 3331 del 05.06.2006; n. 4751 del 01.10.2008).

Secondo l'indirizzo in esame, **non appare quindi "condivisibile la tesi che, quale regola di discriminazione fra la cognizione dell'A.G.O. e del giudice amministrativo, assume a riferimento la natura discrezionale o meno della potestà valutativa della commissione esaminatrice, che difetterebbe nei casi di concorsi per titoli a differenza di quelli articolati su prove culturali o di idoneità tecnico/professionale. In disparte il rilievo che anche la riconduzione dei titoli prodotti dal candidato in talune delle categorie individuate dal bando implica giudizi di carattere discrezionale tecnico, l'Adunanza Plenaria, nel ribadire con la decisione n. 8 del 24.05.2007 la giurisdizione del giudice amministrativo nella materia "de qua", ha efficacemente posto in rilievo che "anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità occorre avere riguardo, in**



sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quanto l'attività amministrativa, ancorché di carattere vincolato, tuteli in via indiretta l'interesse pubblico la situazione soggettiva non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo” (Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2010, n. 1401).

Le stesse Sezioni Unite della Cassazione hanno evidenziato che le regole sulla giurisdizione **“non hanno ragione di essere derogate per il solo fatto che ...il bando di concorso abbia considerato una selezione per soli titoli, senza prevedere lo svolgimento di prove d'esame”** (in tal senso, Cass. sez. unite, 15 gennaio 2010 n. 529, che ha affermato la giurisdizione del G.A., in relazione a controversia sorta nell'ambito della procedura di conferimento di un incarico a progetto a tempo determinato).

La Corte ha infatti specificato che ***“ai fini della sussunzione di una procedura di selezione nell'ambito concettuale e giuridico del concorso, e specificamente ai fini della soluzione delle questioni di giurisdizione, non appare rilevante un sindacato sulla presenza o meno di margini di discrezionalità nella valutazione dei titoli. I concreti criteri di selezione possono infatti non irrazionalmente essere correlati alle specificità sia delle qualità richieste per la posizione lavorativa, sia della obiettiva natura e idoneità discriminatoria dei titoli. Ne' deve trascurarsi che i problemi di giurisdizione hanno rilievo preliminare rispetto ad eventuali contestazioni del bando proprio sotto il profilo dei criteri dallo stesso adottati per la selezione concorsuale (appare significativa Cass. S.U. n. 5453/2009 che, risolvendo una questione di giurisdizione, ha rilevato che l'adozione del criterio selettivo del mero sorteggio, per quanto singolare, non snaturava la***



natura concorsuale della procedura)” (Cass. sez. unite, 15 gennaio 2010 n. 529, cit.).

Alla luce di quanto premesso, nonché delle caratteristiche delle procedure per la formazione delle graduatorie di circolo o di istituto, deve pertanto ritenersi che le procedure per la formazione delle graduatorie di III fascia (caratterizzate dalla emanazione di un bando, dalla valutazione dei titoli, dalla formazione di una graduatoria, dalla concorrenzialità tra gli aspiranti) sono annoverabili nel novero delle procedure concorsuali in senso stretto – sicché trattasi di procedure ontologicamente e giuridicamente diverse da quelle deputate al mero aggiornamento delle graduatorie – e pertanto le relative controversie (mancata inclusione, erronea attribuzione dei punteggi, etc., modifica della graduatoria) vadano devolute al Giudice amministrativo.

Nel caso di specie, come emerge chiaramente dall'analisi del *petitum* e della *causa petendi*, parte ricorrente contesta la legittimità della graduatoria definitiva (sia per la mancata inclusione della stessa in alcuni profili, sia per l'erronea attribuzione di alcuni punteggi), chiedendone sostanzialmente la modifica, deducendo vizi che attengono al corretto esercizio del potere amministrativo di valutazione dei titoli dichiarati.

Non vengono in rilievo, quindi, meri atti di gestione della graduatoria già formata, ma vizi attinenti ad una procedura finalizzata alla sua formazione, avente connotati tipicamente concorsuali.

Quanto premesso conduce ad escludere la giurisdizione di questo Tribunale e ad affermare, ai sensi dell'art. 63 d.lgs 165/2001, quella del Giudice amministrativo (v. su analoga fattispecie, T.A.R. PUGLIA – Lecce sez. II, 4 agosto 2009, n. 1984, che, nel decidere nel merito, ha ritenuto implicitamente la propria giurisdizione; cfr. anche Tribunale di Catania, sez. lav. 14 aprile 2009, cit.), coerentemente alle



disposizioni dello stesso bando della procedura in esame (D.M. 10 novembre 2011 n. 104), il quale, per quanto possa rilevare, come già anticipato, prevede che dopo l'approvazione della graduatoria quest'ultima sia impugnabile unicamente con ricorso al Tar e con ricorso al Capo dello Stato (v. art. 9).

Si consideri, infine, che nemmeno il potere di disapplicazione del Giudice ordinario può, per ciò stesso, determinare l'alterazione delle regole di riparto sulla giurisdizione fondate sulla natura della posizione giuridica soggettiva azionata: in tal senso, sia pure con riguardo a fattispecie distinta, le S.u della Corte di Cassazione hanno avuto modo di precisare il principio secondo cui *“il potere di disapplicazione previsto dall'art. 63, comma 1, d.lgs. 165 del 2001, ... presuppone che sia dedotto in causa un diritto soggettivo, su cui incide il provvedimento amministrativo, e non (come nella specie) una situazione giuridica suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo solo all'esito della rimozione del provvedimento (in applicazione del suddetto principio, la S.C. ha ritenuto devoluta al G.A. la controversia nella quale alcuni funzionari comunali – deducendo la lesione delle aspettative di avanzamento nella carriera e il relativo danno – chiedevano la rimozione del provvedimento sindacale di conferimento di incarico dirigenziale a persona esterna, adottato sulla base di un atto organizzativo della Giunta che, modificando il regolamento comunale sull'ordinamento degli uffici e servizi, aveva consentito l'attribuzione di incarichi dirigenziali fuori dalla dotazione organica, invece che la scelta degli stessi dipendenti)”* (Cass., S.U., 9 febbraio 2009, n. 3052).

Per quanto non si ignorino discordanti indirizzi nell'ambito della giurisprudenza amministrativa di primo grado, la domanda cautelare non appare assistita dal *fumus boni iuris*, per inammissibilità del ricorso, atteso il rilevato difetto di giurisdizione, manifestandosi superflua la valutazione in punto di *periculum* (requisito che pare, comunque, potersi escludere, tenuto conto della genericità delle



allegazioni, che non consentono di comprendere in che modo l'accoglimento della domanda potrebbe incidere sul grado di probabilità di ottenere incarichi lavorativi, nonché del contegno della parte, la quale ha proposto una prima domanda cautelare, non presentandosi all'udienza all'uopo fissata per la trattazione, senza fornire alcuna giustificazione di tale inerzia, neppure al momento della proposizione della seconda istanza).

Ogni ulteriore disamina delle questioni va rinviata all'udienza di merito già fissata.

P.Q.M.

Il Tribunale di Catania, disattesa allo stato ogni ulteriore domanda, eccezione o difesa, così statuisce:

dichiara inammissibile la domanda cautelare, per difetto della giurisdizione del giudice ordinario a favore della giurisdizione del giudice amministrativo, individuato nel Tribunale Amministrativo per la Sicilia, sez. di Catania;

rinvia la statuizione sulle spese al procedimento di merito cui rinvia;

manda alla Cancelleria per le prescritte comunicazioni.

Così deciso, in Catania, il di 24 ottobre 2012

IL GIUDICE

(Dott. Mario Fiorentino)

IL CANCELLIERE