

Consiglio di Stato – Adunanza plenaria – decisione 2 aprile – 24 maggio 2007, n. 8 Presidente Schinaia – Relatore Salvatore Ricorrente Ministero dell'istruzione, dell'università e della Ricerca

Fatto

La professoressa Eleonora S., con ricorso al Tar Sicilia, Sezione staccata di Catania, impugnava i seguenti atti:

- 1) la graduatoria provinciale permanente definitiva, pubblicata il 18 agosto 2004 dal Csa di Enna e relativa alla classe di concorso A051 -materie letterarie e latino nei Licei e nell'Istituto magistrale per l'anno scolastico 2004/2005 - nella parte in cui la colloca al 3° posto e non al primo posto, attribuendo ai primi due in graduatoria un punteggio doppio per il servizio prestato nell'anno scolastico 2003/2004;
- 2) i provvedimenti di nomina in ruolo dei controinteressati, adottati il 23 agosto 2004 sul presupposto della legittimità della graduatoria permanente sub 1) impugnata, e della mancata nomina in ruolo della ricorrente, con decorrenza giuridica ed economica dal 1 settembre 2004;
- 3) ogni altro atto antecedente, susseguente o comunque connesso, ivi compresi, ove occorra, il D.D.G. del 29 luglio 2004, del Miur - Dipartimento per l'Istruzione, Direzione Generale per il personale della scuola - nella parte in cui applica, con effetto retroattivo, la legge di conversione 4 giugno 2004, n. 143 del D.L. 97/2004 ed il D.L. 28 maggio 2004, n. 136, convertito nella legge 27 luglio 2004, n. 186, e gli elenchi delle scuole di montagna approvati dal Miur.

La ricorrente esprimeva di essere docente inserita nella graduatoria provinciale permanente, relativa alla classe di concorso A051 - materie letterarie e latino nei Licei e nell'Istituto magistrale - per l'anno scolastico 2004/2005.

Aggiungeva che, in tale graduatoria, che è stata utilizzata per le immissioni in ruolo, era stata collocata al 3° posto, con punti 142, ed è stata scavalcata dalla prof.ssa Maria Concetta C., prima in graduatoria con punti 148, e dal prof. Claudio Z., secondo con punti 147, essendo stato raddoppiato il punteggio relativo al servizio da questi ultimi svolto per l'anno scolastico 2003/2004, in quanto prestato in scuole di montagna.

Ciò premesso, la ricorrente deduceva le seguenti censure:

- 1) Violazione del D.L. 28 maggio 2004, n. 136, convertito nella legge 27 luglio 2004, n. 186, che ha dato un'interpretazione autentica della legge 4 giugno 2004, n. 143. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti. Totale mancanza di motivazione e totale carenza di istruttoria.
- 2) Illegittimità costituzionale del D.L. 7 aprile 2004, n. 97, convertito nella legge 4 giugno 2004 n. 143, in particolare, del punto b. 3, lettera h), e del D.L. 136/2004, convertito nella legge 186/2004, nella parte in cui interpreta la legge n. 143/2004, in relazione agli artt. 3,4,35 e 97 della Costituzione ed in relazione all'art. 25 della Costituzione ed all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale.
- 3) Violazione di legge per erronea applicazione della legge 1° marzo 1957, n. 90 e richiamato art. 1 della legge 25 luglio 1952, n. 991.

Con la sentenza in epigrafe specificata, il Tribunale adito accoglieva il primo e terzo motivo di ricorso, annullando in parte la graduatoria impugnata, ed omettendo conseguentemente ogni esame della proposta questione di legittimità costituzionale. In particolare, il Tar accoglieva il ricorso avverso l'attribuzione del punteggio raddoppiato ai controinteressati prof. C. e Z. in base a due concorrenti rilievi:

- a) in primo luogo, perché il Csa provinciale (nella specie quello di Enna), prima della formulazione delle graduatorie e dell'attribuzione del relativo punteggio, avrebbe dovuto darsi carico di verificare se la sede scolastica dove hanno prestato servizio i suddetti docenti fosse, o meno, situata effettivamente al di sopra dei seicento metri di altitudine, con conseguente configurabilità del dedotto vizio di difetto d'istruttoria in ragione della constatata omissione nell'espletamento di detta verifica, nonché, con specifico riguardo alla posizione del prof. Z., in ragione della documentata ubicazione a quota di poco superiore al livello del mare dell'istituto scolastico (Liceo Classico "Leonardo Sciascia" di S. Agata di Militello) presso il quale il suddetto docente ha prestato servizio nel decorso anno scolastico;
- b) in secondo luogo, perché l'elenco dei Comuni di montagna al quale il Ministero ha fatto riferimento non ha alcun carattere di ufficialità, in quanto proveniente da un Ente a carattere associativo (Uncom - Unione dei Comuni e delle Comunità Montane), l'adesione al quale avviene su base meramente volontaria e non comporta alcun specifico accertamento in ordine ai requisiti posseduti, con conseguente violazione di legge per erronea applicazione della legge 1° marzo 1957, n. 90 e dell'art. 11 della legge 25 luglio 1952, n. 991.

Con l'appello all'esame, l'Amministrazione scolastica contestava le argomentazioni del giudice di primo grado, assumendo:

- a) che il Comune di S. Agata di Militello è incluso nell'elenco dei Comuni montani censiti nell'anno 2000 dall'Unce, ed è classificato, ai sensi della L. 991/1952, come "comune totalmente montano";
- b) che tutte le sedi scolastiche del Comune di Troina, fra cui quella ove ha prestato servizio la controinteressata prof. C., sono ubicate oltre i seicento metri di altitudine, come da attestazione prodotta in atti;

c) che l'elenco dei Comuni di montagna predisposto dall'Unce ha carattere di ufficialità, in quanto recepito nel proprio sito Internet dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, non essendo invece più utilizzabile l'elenco a suo tempo predisposto dalla Commissione Censuaria Centrale.

Resisteva all'appello la prof. S., la quale, oltre a replicare alle argomentazioni poste a base dell'appello, propone a sua volta appello incidentale autonomo avverso il capo della sentenza di primo grado con cui è stata disposta la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

In sede cautelare (ordinanza n. 939/05), il Csa, aderendo ad una soluzione intermedia rispetto a quelle fatte valere dalle parti in causa, ha sospeso l'efficacia della sentenza di annullamento con riguardo alla sola posizione in graduatoria della prof. C. (il cui servizio risulta prestato in sede scolastica ubicata al di sopra dei 600 metri di altitudine), e non anche con riguardo alla posizione del prof. Z. (che ha viceversa prestato servizio in scuola ubicata a livello del mare, ancorché in Comune classificato come "totalmente montano").

In sede di merito, al medesimo Csa è sorto il dubbio, da risolversi in via preliminare, in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa con riguardo alla controversia all'esame. Poiché, peraltro, sulla specifica questione relativa alla legittimità, o meno, dell'attribuzione di doppio punteggio per il servizio scolastico prestato in scuole ubicate in comuni di montagna si è già formato un cospicuo contenzioso dinanzi al giudice amministrativo, che ha costantemente deciso nel merito le relative controversie (ovvero ne ha sospeso l'esame sollevando questioni di legittimità costituzionale sulla normativa di riferimento, così come interpretata ed applicata dall'Amministrazione), il Consiglio di giustizia amministrativa ha ritenuto opportuno devolvere la pregiudiziale questione di giurisdizione all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sia al fine di ricomporre ogni possibile contrasto giurisprudenziale, sia perché, avendo già questo Consiglio di Stato espressamente ritenuto, in una delle predette controversie, la propria giurisdizione sul presupposto che nella specie sia ravvisabile l'esercizio di un potere autoritativo, ancorché non necessariamente connotato in termini di discrezionalità, amministrativa e/o tecnica (Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2005, n. 2207), sussisterebbe, almeno potenzialmente, anche un contrasto giurisprudenziale a livello di sezioni singole che giustifica di per sé la rimessione dell'affare all'esame dell'Adunanza Plenaria.

In vista dell'odierna discussione, nessuna delle parti ha depositato ulteriori memorie illustrative

Alla pubblica udienza del 2 aprile 2007 l'appello è stato trattenuto in decisione.

Diritto

1. L'art. 1, comma 1, del D.L. 7 aprile 2004, n. 97, convertito nella legge 4 giugno 2004, n. 143, ha previsto la rideterminazione, relativamente all'ultimo scaglione, a decorrere dall'anno scolastico 2004/2005, delle graduatorie permanenti degli insegnanti, sulla base dell'allegata tabella di valutazione dei titoli. In base al punto B3, lettera h), di tale tabella, il legislatore ha previsto una supervalutazione (in misura doppia) del servizio prestato nelle scuole di ogni ordine e grado situate nei Comuni di montagna di cui alla legge 1° marzo 1957, n. 90, nelle isole minori e negli istituti penitenziari.

Con riguardo alla nozione di "scuole di ogni ordine e grado situate nei Comuni di montagna", la menzionata tabella recita: "(omissis) ... si intendono quali scuole di montagna quelle di cui almeno una sede è collocata in località situata sopra i seicento metri dai livelli del mare".

A sua volta, l'art. 8 nonies del decreto legge 28 maggio 2004, n. 136, come convertito con legge 27 luglio 2004, n. 186, di interpretazione autentica della legge n. 90/1957, stabilisce che il servizio valutabile in misura doppia è esclusivamente quello prestato nella sede scolastica ubicata in un comune classificato di montagna e situata al di sopra dei seicento metri e non anche quello prestato in altre sedi diverse della stessa scuola.

2. Il Csa dubita che, nella fattispecie, sussista la giurisdizione del G.A.

A questo proposito, premette che, secondo la costante giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la disposizione di cui all'art. 68, 4° comma del D.lgs 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni costituisce un'eccezione alla regola generale di cui al primo comma, che attribuisce alla giurisdizione ordinaria le controversie relative al pubblico impiego, ed è come tale riferibile, secondo un criterio di stretta interpretazione, alle sole controversie relative al sistema di reclutamento basato su prove di concorso, caratterizzato da una fase di individuazione degli aspiranti forniti di titoli generici di ammissione e da una successiva fase di confronto comparativo e selettivo delle rispettive capacità, quali espresse (congiuntamente o disgiuntamente, a seconda dei casi) da titoli specifici e/o dall'esito di prove d'esame. Il tratto caratterizzante di tale tipologia di controversie e al tempo stesso la ragione giustificativa della perdurante attribuzione delle stesse alla giurisdizione del giudice amministrativo, risiederebbe quindi, secondo le Sezioni Unite, nell'ineffettibile esercizio di un potere valutativo caratterizzato da elementi di discrezionalità non solo tecnica, ma anche amministrativa, in funzione dell'interesse pubblico ad una corretta ed obiettiva selezione dei più meritevoli fra gli aspiranti all'assunzione (Cass., SS.UU., nn. 1203 del 2000 e 11404 del 2003). In tale prospettiva, rientrerebbero quindi nella giurisdizione dell'Ago le controversie relative all'inserzione di aspiranti in graduatorie ad utilizzazione soltanto eventuale, nelle quali il privato fa valere il suo diritto al lavoro, ex artt. 4 e 36 Cost., chiedendone la concreta attuazione alla P.A. dotata del relativo potere di accertamento e di valutazione (meramente) tecnica in ordine alla sussistenza di determinati requisiti, senza che residui alcun margine di discrezionalità circa la rispondenza o meno del chiesto riconoscimento all'interesse pubblico.

L'ordinanza di rimessione aggiunge che, viceversa, la giurisprudenza amministrativa è prevalentemente orientata in senso contrario, tendendo la stessa ad assimilare alla materia in senso stretto concorsuale quella relativa alla formazione di graduatorie finalizzate a future eventuali assunzioni, sul ritenuto presupposto che anche tali procedure si caratterizzano per l'emanazione di provvedimenti autoritativi incidenti su posizioni di interesse legittimo, pur con riguardo all'attribuzione di

punteggi predeterminati per i titoli conseguiti dagli interessati, senza che assuma rilievo discriminante la circostanza che le valutazioni operate nel corso del procedimento si basino su valutazioni discrezionali, o tecniche, o su meri accertamenti. vLa Sezione VI del Consiglio di Stato, difatti, ha ritenuto (Sez. VI, 9 maggio 2005, n. 2207) che, ai fini della individuazione della giurisdizione amministrativa, "conta la sussistenza di un procedimento concorsuale di assunzione caratterizzato dall'esercizio di pubbliche funzioni" e che (Sez. VI, 22 giugno 2004, n. 4447) gli atti di formazione e approvazione delle graduatorie e le conseguenti immissioni in ruolo sono caratterizzate da "aspetti di concorsualità" e cioè "verifica del possesso dei requisiti di legge"; "valutazione dei titoli"; "assegnazione della posizione utile".

3. Tale orientamento, ad avviso del Csa, non appare esente da rilievi critici. In punto di fatto l'ordinanza sottolinea che nelle graduatorie in questione i punteggi sono attribuiti attraverso procedimenti che sotto nessun aspetto coinvolgono profili di valutazione discrezionale, sia essa tecnica che amministrativa e i titoli vantati dai richiedenti vengono valutati secondo criteri fissi e predeterminati in misura parametrata a coefficienti, anch'essi fissi e predeterminati. Pertanto, la fattispecie si discosta in modo sostanziale da altre (come ad esempio si verifica nei concorsi per titoli e/o per titoli ed esami), in cui è previsto che ad un titolo, ovvero ad una categoria di titoli, possa essere attribuito dalla commissione un punteggio variabile tra un minimo ed un massimo.

In tali evenienze, all'Amministrazione è riservata una funzione valutativa che comporta margini di discrezionalità, quanto meno tecnica, laddove nelle graduatorie in esame l'attività dell'Amministrazione è limitata al mero riscontro oggettivo dell'esistenza del titolo poiché il punteggio che ne consegue discende in modo automatico e meccanico dall'applicazione di coefficienti fissi e predeterminati.

Fatta questa generale premessa, l'ordinanza ricorda che l'art. 68 del D.Lvo 29/93 nel testo sostituito dall'art. 29 del D.Lvo 80/1998 ed infine trasfuso nell'art. 63 del TU 165/2001 – secondo cui sono attribuite all'Ago "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni incluse le assunzioni ancorché vengano in considerazione atti presupposti", mentre sono assegnate alla giurisdizione del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti della pubblica amministrazione" - sembrerebbe porre anzitutto una regola generale che riserva alla competenza dell'Ago il rapporto di pubblico impiego privatizzato, ivi compresa la fase di assunzione, mentre restano attribuite al giudice amministrativo, e ciò in via di eccezione, le sole procedure concorsuali di assunzione.

Orbene, poiché, sulla base della prevalente dottrina in proposito, il sistema del reclutamento del personale tramite concorso comporta comunque una fase di valutazione in confronto tra più aspiranti, valutazione caratterizzata da margini di discrezionalità, volta a selezionare nel pubblico interesse i più meritevoli ai fini dell'instaurazione del rapporto - selezione che si sostanzia in una valutazione discrezionale che di regola ha ad oggetto prove selettive – è da escludere che tali elementi sussistano nella fattispecie in esame in cui l'accertamento si basa su coefficienti fissi e prescinde totalmente dal confronto con altri soggetti, o comunque da ogni forma di selezione.

La circostanza che nella specie si tratta solamente di verificare la corrispondenza dell'accertamento dei presupposti per l'inclusione nelle graduatorie a regole fisse e predeterminate in precedenza, senza alcun margine di discrezionalità di qualsiasi tipo – da cui la deduzione dell'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo in capo all'interessato – dovrebbe escludere che a tale operazione possa attribuirsi il carattere di "procedimento concorsuale di assunzione" culminante in atti autoritativi, pena la sostanziale alterazione del rapporto tra la regola generale di cui al primo comma e l'eccezione di cui al quarto comma dell'art. 63 D.lgs. 165/2001, posto che sarebbero ricondotte alla natura di controversia su interessi legittimi quelle che invece potrebbero apparire come aventi ad oggetto posizioni di diritto soggettivo.

Secondo l'ordinanza di rimessione, si potrebbe sostenere che la verifica del possesso dei requisiti di legge non sia riconducibile ad un'operazione né concorsuale né valutativa e che chi ne contestasse l'esattezza potrebbe ritenersi faccia valere una posizione di diritto soggettivo a che gli venga riconosciuto e valutato un requisito in base a previsioni e parametri stabiliti ex lege o comunque rigidamente predeterminati.

Allo stesso modo, se la valutazione dei titoli - come nella specie - è predeterminata direttamente dalla legge o comunque in via generale sulla base di coefficienti fissi ed invariabili che prescindono da valutazioni di carattere soggettivo o comunque discrezionale, si potrebbe dubitare che si tratti di una fase concorsuale fronteggiata da posizioni di interesse legittimo. Infatti, trattandosi di graduatorie permanenti stabilite anche in vista di un'utilizzazione futura ed eventuale (al verificarsi cioè di vacanze), sembrerebbe difettare innanzitutto l'elemento della selezione comparativa tra più aspiranti allo stesso posto, che caratterizza le procedure concorsuali vere e proprie. In secondo luogo, la predeterminazione di punteggi fissi e di criteri automatici di attribuzione degli stessi potrebbe, per altro verso, confermare l'inesistenza di valutazioni discrezionali e quindi di corrispondenti interessi legittimi. Conseguentemente, si potrebbe ritenere che anche l'assegnazione della posizione utile in graduatoria non potrebbe che derivare in modo automatico e consequenziale dalle precedenti operazioni, nel senso che l'Amministrazione non potrebbe che assegnare la posizione corrispondente al punteggio spettante a ciascuno, esclusa ogni discrezionalità al riguardo.

In conclusione, l'esistenza di una graduatoria e la concorrenza, anche in tempi diversi, di più aspiranti ad esservi collocati per ottenere determinati benefici (supplenze, trasferimenti, nomine in ruolo) di per sé non potrebbe essere dimostrativa di una posizione di interesse legittimo, ove non sia ravvisabile anche una qualche discrezionalità dell'Amministrazione nel procedimento valutativo. Tale discrezionalità sembrerebbe del tutto assente nella fase in questione e, pertanto, le conclusioni che ne potrebbero derivare parrebbero analoghe a quelle assunte in materia di collocamento obbligatorio, in cui anche la giurisprudenza amministrativa (Sez. V, 23 marzo 2004, n. 1555) ribadisce che le controversie in tema di inclusione o esclusione dalle graduatorie spettano all'Ago.

4. Con riguardo, infine, alla specifica questione che forma oggetto del presente giudizio, l'ordinanza osserva che non soltanto il punteggio in contestazione non è in alcun modo frutto di apprezzamento, né discrezionale né tecnico, da parte dell'amministrazione, ma che la spettanza o meno dello stesso discende essenzialmente dalla portata e rilevanza giuridica che

si intenda attribuire alla classificazione dei Comuni montani operata dall'Unione dei Comuni e delle Comunità Montane (ente associativo l'adesione al quale avviene su base meramente volontaria), non formalmente recepita (a quanto afferma la stessa amministrazione appellante) in alcun provvedimento autoritativo a carattere generale, ma esclusivamente nel sito Internet del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali.

In altri termini, posto che la definizione a livello legislativo di "scuole di ogni ordine e grado situate nei Comuni di montagna" sembra richiedere congiuntamente che almeno una sede dell'istituto scolastico sia collocata in località situata sopra i seicento metri dal livello del mare e che il servizio sia stato effettivamente prestato in una di tali sedi, la questione dibattuta tra le parti verte sostanzialmente sulla rilevanza da attribuirsi, in tale sopravvenuto quadro legislativo, all'elencazione (su base extranormativa) dei comuni di montagna, ed in particolare al significato da attribuirsi alla classificazione quale "comune totalmente montano", che parrebbe competere al Comune di S. Agata di Militello, ancorché una parte cospicua del relativo territorio, comprensiva dell'istituto scolastico in questione, sia situata a livello del mare.

Anche sotto questo specifico profilo, sembra al Csa che la posizione soggettiva fatta valere in giudizio dall'originaria ricorrente abbia natura e consistenza di diritto soggettivo perfetto, posto che l'attribuzione della maggiorazione di punteggio ai controinteressati (ed in particolare al prof. Z.) non sembra condizionata da alcuna valutazione discrezionale né tecnica, dipendendo la stessa dal mero accertamento circa la sussistenza, o meno, di un presupposto normativamente enunciato (ancorché di incerta configurazione, in ragione dei dubbi relativi all'incidenza, o meno, del sistema classificatorio adottato dall'Unione dei Comuni e delle Comunità Montane). La devoluzione della relativa controversia alla giurisdizione dell'Ago potrebbe quindi discendere puramente e semplicemente dall'applicazione dell'ordinario criterio di riparto in ragione della natura e consistenza della situazione soggettiva fatta valere in giudizio (diritto o interesse), una volta escluso che, per effetto dell'innovazione ordinamentale introdotta dall'art. 68 del D.lgs n. 29 del 1993, permangano sfere di giurisdizione amministrativa esclusiva nella fase costitutiva del rapporto di pubblico impiego, al di fuori della materia stricto sensu concorsuale.

5. Ritiene questa Adunanza plenaria che il dubbio prospettato dall'ordinanza di rimessione debba essere risolto nel senso che, nel caso in esame, la relativa controversia rientri nella cognizione del giudice amministrativo.

Il discrimine tra Ago e GA stabilito dall'art. 63, del TU 165/2001, in tema di giurisdizione nella materia del pubblico impiego privatizzato, va inteso, ad avviso di questa Adunanza Plenaria, nel senso che le procedure concorsuali, che radicano la giurisdizione del GA, sono quelle volte al reclutamento del dipendente, senza che abbia rilevanza a questo fine la natura della procedura concorsuale (per esami, per titoli ed esami, per soli titoli). In tal senso sembra orientata anche la richiamata giurisprudenza della Cassazione, ove si consideri che le singole fattispecie, nell'ambito delle quali sono state svolte le considerazioni privilegiate dall'ordinanza di rimessione, attengono a domanda del privato volta o al diritto all'assunzione ovvero all'inserimento nella graduatoria. In realtà, la procedura concorsuale che viene in considerazione nel presente giudizio, sembra possa ascrivere alle non infrequenti fattispecie in cui l'atto dell'amministrazione, in quanto adottato sulla base di riscontro di tipo vincolato in merito alla sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma per la produzione di taluni effetti, assume natura meramente dichiarativa, e di conseguenza lo stesso sarebbe per ciò solo sfornito di quell'attitudine degradatoria che sola determina l'afferenza a posizione di interessi legittimi della conseguente controversia.

Si può, però, obiettare l'acclarata natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione.

Sembra, infatti, che debba distinguersi, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico.

Anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo.

Applicando le esposte coordinate ricostruttive, ritiene questa Adunanza Plenaria che la controversia è stata correttamente ritenuta dal giudice di primo grado di competenza del giudice amministrativo.

D'altra parte, nel caso in esame, ciò che viene contestato con il primo motivo di gravame, ritenuto fondato dal Tar, è che il Csa provinciale (nella specie quello di Enna), prima della formulazione delle graduatorie e dell'attribuzione del relativo punteggio, avrebbe dovuto darsi carico di verificare se la sede scolastica dove hanno prestato servizio i suddetti docenti fosse, o meno, situata effettivamente al di sopra dei seicento metri di altitudine, con conseguente configurabilità del dedotto vizio di difetto d'istruttoria in ragione della constatata omissione nell'espletamento di detta verifica, nonché, con specifico riguardo alla posizione del prof. Z., in ragione della documentata ubicazione a quota di poco superiore al livello del mare dell'istituto scolastico (Liceo Classico "Leonardo Sciascia" di S. Agata di Militello) presso il quale il suddetto docente ha prestato servizio nel decorso anno scolastico. Si tratta, come è facile constatare, di tipico vizio correlato a posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. In tale contesto, il richiamo al precedente relativo alla materia del collocamento obbligatorio (da ultimo, C.d.S., Sez. V, 23 marzo 2004, n. 1555), secondo cui le controversie in tema di inclusione o esclusione dalle graduatorie spettano all'Ago, non appare decisivo, atteso che, alla stregua del medesimo precedente, appartengono al giudice amministrativo le controversie relative ai vizi del procedimento di formazione dell'atto di avviamento al lavoro, permeato, alla stregua delle fonti, da evidenti margini di discrezionalità amministrativa.

La formazione della graduatoria in questione appare agevolmente ascrivibile ad un atto preordinato alla futura assunzione.

D'altra parte, in punto di giurisdizione si è espressa la Corte costituzionale con sentenza 10-26 gennaio 2007, n. 11, emessa proprio a proposito della questione di merito ora all'esame dell'Adunanza plenaria.

In tale occasione, la Corte ha disatteso l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa erariale per difetto di giurisdizione del giudice remittente, osservando che il Tar ha motivato in modo non implausibile in ordine alla sussistenza della propria giurisdizione in materia di controversie relative alle procedure concorsuali per le assunzioni di personale delle amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 63, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

Com'è noto, secondo il costante orientamento della Corte, la carenza di giurisdizione del rimettente determina l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale esclusivamente quando essa sia manifesta, cioè tale da non ammettere discussione, o perché risulta chiaramente dalla legge, ovvero perché corrisponde ad un inequivoco orientamento giurisprudenziale (si vedano in tal senso sentenze n. 291 del 2001 e n. 179 del 1999; ordinanza n. 167 del 1997).

Nessuna di queste circostanze ricorre nella fattispecie in esame, dal momento che dal dettato normativo non emerge ictu oculi il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alle controversie concernenti la formazione delle graduatorie permanenti dei docenti aspiranti all'assunzione, né, d'altra parte, vi è un indirizzo giurisprudenziale univoco in senso contrario, atteso che le decisioni della Corte di Cassazione, richiamate nell'ordinanza di rimessione, non attengono specificamente alla formazione di tali graduatorie e all'attribuzione dei relativi punteggi agli aspiranti.

5. Nel merito, l'appello è infondato.

La Corte costituzionale, con sentenza 26 gennaio 2007, n. 11, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del paragrafo B.3), lettera h), della tabella prevista dall'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97 e allegata al medesimo decreto, (Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, per la parte in cui prevede il raddoppio del punteggio per il servizio prestato nelle scuole di ogni ordine e grado situate nei comuni di montagna, anziché limitarlo al servizio prestato nelle scuole elementari di montagna di cui alla legge n. 90 del 1957 (scuole pluriclasse).

La questione di costituzionalità era stata sollevata proprio dal Tar Catania nell'ambito di identiche controversie instaurate da alcuni docenti contro le analoghe graduatorie permanenti approvate dal Centro servizi amministrativi di Catania (Csa).

A tale esito la Corte è pervenuta sul rilievo che il riconoscimento del meccanismo premiale sulla base del solo criterio altimetrico contrasta con gli artt. 3 e 97 della Costituzione, posto che tale criterio non basta per differenziare la posizione di chi insegna in scuole di montagna rispetto alla generalità degli insegnanti: il mero dato orografico non è in grado, se non ancorato alle condizioni dell'insegnamento, di fondare un diverso criterio di valutazione dei titoli di servizio. In effetti, nell'ordinamento esiste già una legislazione di favore per le sole scuole elementari di montagna (legge n. 90 del 1957), consolidata nel tempo (dal 1957 al 2004), secondo la quale la differenziazione rispetto a tutti gli altri insegnanti trova fondamento nell'insegnamento in scuole pluriclassi, quindi nell'effettiva gravosità dell'impegno didattico richiesto, consistente nel contemporaneo insegnamento ad alunni della scuola primaria appartenenti a classi diverse.

Quanto alla violazione dell'art. 97 Cost., sotto il profilo del buon andamento dell'azione amministrativa, la Corte ha precisato che essa deriva da un fatto che il maggior punteggio così attribuito prescinde totalmente dall'esperienza didattica e, quindi, dai criteri di merito che devono essere alla base del reclutamento dei docenti.

Alla stregua delle conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale, il ricorso originario risulta fondato non solo per il vizio di difetto istruttorio rilevato dal giudice di primo grado, ma anche per quello più sostanziale di incostituzionalità sollevato con il terzo motivo di gravame. A conclusioni negative deve pervenirsi anche in merito all'appello incidentale autonomo proposto dall'originaria ricorrente prof. Spampinato avverso il capo della sentenza di primo grado con cui è stata disposta la compensazione tra le parti delle spese di giudizio. Secondo l'orientamento pacifico di questo Consiglio di Stato, la compensazione delle spese processuali per giusti motivi ha carattere ampiamente discrezionale e postula una complessa valutazione della materia controversa, del suo esito, del comportamento delle parti e di ogni altro elemento, né occorre al riguardo una particolare motivazione.

7. In conclusione, vanno respinti sia l'appello principale dell'amministrazione scolastica sia l'appello incidentale autonomo proposto dall'originaria ricorrente avverso il capo della sentenza che ha compensato tra le parti le spese di giudizio.

Le spese di questo grado possono essere compensate in considerazione della novità della questione controversa e dei dubbi di legittimità costituzionale della normativa.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale dell'amministrazione nonché quello incidentale autonomo proposto dall'originaria ricorrente. Spese del grado