

Cds 3415 del 2015

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 4756 del 2015, proposto da: XXXX, rappresentata e difesa dall'avv. XXXX, con domicilio eletto presso XXXX in Roma, Via XXXX; contro Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Accademia di Belle Arti Albertina di Torino, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, entrambi rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12; nei confronti di XXXX; per la riforma della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 05271/2015, resa tra le parti, concernente appello avverso sentenza con cui il giudice amministrativo ha declinato la giurisdizione -annullamento graduatorie nazionali definitive per il conferimento di incarichi a tempo determinato

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e dell'Accademia di Belle Arti Albertina di Torino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 105, comma 2, Cod. proc. amm. Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2015 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato XXXX e l'avvocato dello Stato XXXX;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto dalla signora xxxx contro la sentenza, di estremi indicati in epigrafe, con il quale il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha declinato la giurisdizione a favore del giudice ordinario sul ricorso proposto in primo grado per ottenere l'inserimento nelle graduatorie nazionali per l'assegnazione di incarichi a tempo determinato per il personale docente delle istituzioni statali dell'Alta Formazione Artistica Musicale e Coreutica.

2. Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca chiedendo il rigetto dell'appello.

3. All'odierna camera di consiglio la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 105, comma 2, Cod. proc. amm., trattandosi di appello sulla sola questione di giurisdizione.

4. L'appello non merita accoglimento.

La sentenza appellata ha declinato la giurisdizione richiamando l'orientamento – condiviso sia dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr., tra le tante, le sentenze 10 novembre 2010, n.22805, 16 giugno 2010, n.14496; 3 aprile 2010, n.10510), sia all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Ad. plen. 4 luglio 2011, n. 11) – secondo cui le controversie concernenti la collocazione degli insegnanti della graduatorie (permanenti o ad esaurimento) per l'assegnazione degli incarichi di insegnamento rientrano nella giurisdizione ordinaria.

A tale convergenza di posizioni giurisprudenziali si è giunti considerando la situazione giuridica protetta, la natura dell'attività esercitata dall'amministrazione e l'assenza, nella fattispecie, di una procedura concorsuale in senso stretto. Si è, in particolare, evidenziato che si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti e deve ritenersi, pertanto, esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale.

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 lato, 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 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 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", 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.

L'appellante, pur non contestando tali conclusioni (ormai pacifiche in giurisprudenza), sostiene che nella controversia in esame i principi sopra richiamati non possano trovare applicazione, attesa la diversità della fattispecie che viene in considerazione.

Ciò in quanto nel caso in esame la ricorrente non contesta la giusta collocazione nella graduatoria, ma lamenta l'illegittimità della sua esclusione dalla stessa. Ha impugnato, pertanto, il provvedimento di esclusione e il decreto ministeriale che disciplina le modalità di inserimento in graduatoria, assumendo la natura provvedimento di entrambi. Di fronte a tali atti secondo la ricorrente la posizione soggettiva dovrebbe essere qualificata in termini di interesse legittimo.

La tesi è infondata.

La natura gestionale-privatistica delle graduatorie per il conferimento degli incarichi di insegnamento e dei relativi atti di gestione riguarda non solo gli atti che determinano i punteggi e la conseguente collocazione all'interno della graduatoria, ma anche gli atti volti a verificare la sussistenza dei requisiti per l'inserimento nella graduatoria medesima.

In entrambi i casi, l'aspirante candidato fa valere un diritto soggettivo (o, comunque, una situazione di natura privatistica) che si sostanzia nella pretesa di essere inserito in graduatoria e di essere esattamente collocato al suo interno.

Del resto, la verifica dei requisiti per l'inserimento non richiede alcun esercizio di discrezionalità amministrativa, trattandosi al contrario di attività vincolata alla sussistenza dei presupposti di legge, rispetto alla cui verifica possono venire

eventualmente in considerazione giudizi tecnico-valutativi, ma non scelte di opportunità amministrativa o, comunque, atti di esercizio di discrezionalità amministrativa.

Né rileva l'eventuale natura amministrativa del decreto ministeriale che prevede le modalità di inserimento nella graduatoria atteso che nel caso di specie l'oggetto principale della lite e la pretesa all'inserimento in graduatoria immediatamente leso dall'atto (di natura gestionale-privatistica) di esclusione dalla stessa. Il decreto ministeriale viene in rilievo in via incidentale, ma non è la causa diretta della lesione lamentata. Di esso il giudice ordinario può occuparsi, incidenter tantum, nel valutare la legittimità dell'atto privatistico esclusione, esercitando il potere di disapplicazione che l'art. 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" espressamente gli riconosce.

Alla luce delle considerazioni che precedono deve, pertanto, confermarsi la sentenza appellata che ha declinato la giurisdizione a favore del giudice ordinario.

Sussistono i presupposti, anche in considerazione della parziale diversità della presente fattispecie rispetto a quella già scrutinata dall'Adunanza plenaria e dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, per compensare le spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati: