

N. 02830/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01049/2005 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1049 del 2005, proposto da:
[omissis], rappresentata e difesa dall'Avv. [omissis] ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. [omissis];

contro

il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca in persona del Ministro legale rappresentante p.t. e l'Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio – Centro Servizi Amministrativi di Roma in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12 ex lege domiciliario;

nei confronti di

[omissis], controinteressata n.c.g.;

per l'annullamento

del decreto prot. n. 48860 del 16 novembre 2004 con il quale è stata pubblicata la graduatoria permanente definitiva della III fascia riferita a posti di insegnamento nelle scuole elementari statali, e per la declaratoria

del conseguente diritto della ricorrente ad essere inserita in graduatoria con punti 80 anziché con punti 68;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca Scientifica e di Ufficio Scolastico Regionale Per il Lazio e di Centro Servizi Amministrativi di Roma;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2013 il dott. Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato alle Amministrazioni in epigrafe in data 12 gennaio 2005 e depositato il successivo 8 febbraio 2005, la ricorrente espone che per il servizio prestato in qualità di docente presso Istituti Carcerari nella classe di materie C020 e per altri titoli quali corsi di aggiornamento, incontri e seminari che le hanno consentito di acquisire le conoscenze nell'ambito dell'insegnamento potrebbe meritare 80 punti nella graduatoria permanente di III fascia pubblicata dall'USR per il Lazio riferita a posti di insegnamento nelle scuole elementari, mentre le sono stati attribuiti soltanto 68 punti, in contrasto anche con quanto stabilisce la tabella di valutazione dei titoli allegata alla legge 4 giugno 2004, n. 143.

Avverso tale mancata valutazione oppone un'unica censura di violazione appunto dei criteri stabiliti nella Tabella allegata alla legge 4 giugno 2004, n. 143.

Conclude per l'accoglimento dell'istanza cautelare e del ricorso.

L'Amministrazione dell'istruzione si è costituita in giudizio.

Alla Camera di Consiglio del 10 marzo 2005 è stata disposta un'istruttoria, eseguita la quale alla ulteriore Camera di Consiglio del 28 aprile 2005 l'istanza cautelare è stata respinta.

Il ricorso infine è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 7 marzo 2013.

DIRITTO

1. Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione.

Con esso l'interessata si duole della mancata attribuzione del punteggio doppio spettante ai sensi della Tabella allegata alla legge 4 giugno 2004, n. 143 per il servizio reso nelle scuole presso carceri italiane, impugnando quindi la graduatoria permanente della terza fascia dalla quale risulta inserita con 68 punti anziché con gli 80, ritenuti come spettanti.

2. In ordine alla questione dell'aggiornamento delle graduatorie permanenti del personale della scuola docente e non docente, trasformate in graduatorie ad esaurimento dal legislatore con l'art. 1, comma 605 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, dopo la cd privatizzazione del rapporto di lavoro nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni avvenuta a partire dal 1993 con il d.lgs. 3 febbraio, n. 29, non vi era una posizione univoca dei TAR, nella considerazione che l'art. 68 da detta norma recato, come modificata dal successivo d.lgs. n. 80 del 31 marzo 1998, lasciava alla giurisdizione del G.A. le controversie inerenti i concorsi di accesso, nel caso, alle carriere scolastiche.

2.1 Le Sezioni Unite della Cassazione sin dal 2000 osservavano che “nel sistema di reclutamento basato su graduatorie...formate in base a criteri fissi e prestabiliti da una p.a. dotata di potere di accertamento e valutazione tecnica, il soggetto che chiede l'inserzione nelle medesime fa valere il suo diritto al lavoro e le relative controversie debbono essere conosciute dal giudice ordinario ai sensi degli articoli 2 della L. 2248 del 1865 e dell'art. 2907 c.c.” (Cassazione civile, Sezioni Unite, 23 novembre 2000, n. 1203).

2.2. A tale posizione aderivano una parte dei Tribunali Amministrativi Regionali osservando che “Appartiene al G.O. la giurisdizione sulle graduatorie uniche provinciali permanenti dei docenti. Le stesse, infatti, non costituiscono atti finali di un concorso per l'assunzione del personale docente, pervenendosi alla loro formazione attraverso un procedimento che non ha le caratteristiche tipiche del concorso finalizzato all'assunzione del personale, in cui non vi sono posti messi a concorso da coprire, non vi sono prove, la valutazione dei c.d. titoli non ha connotati tali da comportare una comparazione meritocratica della preparazione e dell'esperienza professionale, bensì si atteggia come graduazione meccanica, ricognitiva del possesso di alcuni essenziali requisiti e la

conseguenziale attribuzione del punteggio.” (ex multis TAR Sicilia, Catania, sezione II, 12 agosto 2003, n. 1280). Analogamente “è devoluta al giudice ordinario la controversia sulle graduatorie del personale ATA della scuola e sulle graduatorie permanenti del personale docente formate ai sensi dell'art. 401 del d.lg. n. 297 del 1994, analogo essendo il meccanismo di reclutamento ivi disciplinato e non essendo prevista alcuna attività discrezionale di valutazione dei titoli e dei requisiti da parte dell'Amministrazione, ma un mero riscontro della effettiva sussistenza degli stessi in relazione al quale la posizione dell'interessato non può che configurarsi come una posizione di diritto soggettivo, tutelabile dinanzi al giudice ordinario in vista della futura possibile stipula del contratto di lavoro” (T.A.R. Toscana, sez. I, 06 dicembre 2007, n. 4692).

2.3 Altri Tribunali Amministrativi, invece, riconoscevano nella graduatoria permanente l'atto finale e conclusivo di un più ampio procedimento concorsuale, nel quale confluiscono diverse procedure, tutte variamente finalizzate alle successive immissioni in ruolo, con conseguente devoluzione della giurisdizione su di esse al giudice amministrativo. (ex multis TAR Campania, Napoli, sezione II, 14 marzo 2001, n. 1114).

2.4 Come noto il Consiglio di Stato, rilevando un contrasto anche tra le sezioni, ha rimandato la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria che ha rilevato come “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).” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 24 maggio 2007, n. 8).

Nella fattispecie sottoposta al suo esame, nella quale la ricorrente si doleva di essere stata superata nella graduatoria permanente della classe di concorso A051 per l'immissione in ruolo da due colleghi che si erano visti raddoppiare il punteggio per il servizio prestato nelle scuole di montagna, l'Adunanza Plenaria giungeva dunque a qualificare la procedura sottostante agli atti impugnati come una procedura concorsuale nella quale tuttavia “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.”, dovendosi aver riguardo alla circostanza che “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.”. (A.P. n. 8/2007).

L'Adunanza Plenaria finiva per concordare col giudice di primae curae secondo il quale la controversia era stata correttamente ritenuta di competenza del giudice amministrativo.

2.5. La posizione del Consiglio di Stato era peraltro suffragata da quella della Corte Costituzionale che con sentenza n. 11 del 10/26 gennaio 2007 (di poco precedente all'Adunanza Plenaria), relativa ad una questione di merito esaminata dalla Plenaria, aveva disattesa l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa erariale per difetto di giurisdizione di un TAR che aveva proposto una questione di legittimità costituzionale 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.

2.6 La Suprema Corte di Cassazione continuava invece ad essere di opposte vedute, osservando proprio sul tema delle procedure di gestione delle graduatorie permanenti che “Il sistema di cui al

D.Lgs. n. 297 del 1994, come integrato e modificato dalle norme successive, 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.” (Cassazione civile, Sezioni Unite, 13 febbraio 2008, n. 3399).

E concludendo dunque per la giurisdizione del giudice ordinario nelle procedure di aggiornamento delle ridette graduatorie permanenti dei docenti, poiché “La giurisdizione amministrativa sulle controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione, contemplata dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, è limitata 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, cosicché non vi resta compresa la fattispecie dell'inserimento in apposita graduatoria di tutti coloro che siano in possesso di determinati requisiti (anche derivanti dalla partecipazione a concorsi) e che è preordinata al conferimento dei posti lavoro che si renderanno disponibili.”

(Cassazione civile, SS.UU., n. 3399/2008).

2.7. In tale situazione di oscillazione giurisprudenziale, la sezione, molti altri TAR e lo stesso Consiglio di Stato hanno continuato a trattenere la giurisdizione in ordine ad alcune delle questioni relative all'aggiornamento delle graduatorie (Consiglio di Stato, VI, 25 settembre 2007 in materia di punteggio spettante per la valutazione del servizio militare di leva e T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 04 aprile 2006, n. 507 sullo stesso argomento; TAR Lazio, sezione III bis, 25 novembre 2008, n. 10728 e 24 marzo 2009, n. 3062 rispettivamente la prima sulla questione dello spostamento di 24 punti spettanti per la SSIS da una graduatoria permanente all'altra e la seconda per lo spostamento di altri tipi di punti sempre da una graduatoria ad un'altra).

2.8 La sezione infine con la sentenza in data 16 giugno 2009, n. 5689 ha aderito alla posizione espressa dalle Sezioni Unite della Cassazione con la decisione n. 3399 del 2008, per una controversia inerente la mancata attribuzione di punteggio all'interno di una graduatoria di istituto e la conseguente richiesta di rettifica della stessa.

La sezione ragionando sul principio in base al quale “per aversi concorso (e, di conseguenza, giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) è necessaria la rilevazione di 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,” giunge a osservare che in essa non vi è compresa quella “dell'inserimento in apposita graduatoria di tutti coloro che siano in possesso di determinati requisiti (anche derivanti dalla partecipazione a concorsi) e che è preordinata al conferimento dei posti lavoro che si renderanno disponibili.”. E ciò “perché l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto dell'atto di approvazione, colloca l'ipotesi fuori della fattispecie concorsuale e comporta che sia il giudice ordinario a tutelare la pretesa all'inserimento e alla collocazione in graduatoria, pretesa che ha ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione nella graduatoria utile per l'eventuale” (così testualmente la cit. Cass. n. 3399/2008)”, (TAR Lazio, sezione III bis, 16 giugno 2009, n. 5689 cit.).

2.9. L'esito di tale ultimo arresto giurisprudenziale è stato il pronunciamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in data 8 febbraio 2011, n. 3032 su regolamento preventivo di

giurisdizione proposto all'interno del ricorso instato dinanzi al TAR Lazio da una pluralità di soggetti ai fini dell'annullamento del D.M. 42 del 2009 di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento; e la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 12 luglio 2011, n. 11 pronunciata nell'ambito del ricorso che aveva dato origine alla sentenza della sezione n. 5689 del 2009, dichiarativa del difetto di giurisdizione del TAR.

Al riguardo la Cassazione ha insistito sulla medesima posizione già espressa con la sentenza n. 3399 del 2008 e che cioè "La giurisdizione amministrativa, invocata dagli attuali controricorrenti nel giudizio dinanzi al TAR Lazio, si applica - ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, - solo alle controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione ed è pertanto limitata (cfr. Cass. S.U. 13 febbraio 2008 n. 3399) a quelle procedure che iniziano con l'emaneazione 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.", mentre non è tale "la controversia avente ad oggetto la possibilità, o meno, di modificare determinate graduatorie ad esaurimento mediante l'inserimento di altri docenti già iscritti in altre graduatorie ad esaurimento" e che "riguarda, in sostanza, l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria con precedenza rispetto ad altri docenti."

L'Adunanza Plenaria dal canto suo ha deciso la questione di giurisdizione "sulla base della situazione giuridica protetta, della natura della attività esercitata dall'amministrazione e della assenza, nella fattispecie, di una procedura concorsuale in senso stretto: si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti e deve ritenersi esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale."

3. Per le superiori considerazioni ai sensi dell'art. 11 del Codice del processo Amministrativo il ricorso va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito e va ritenuta la giurisdizione del giudice ordinario dinanzi al quale la controversia andrà riassunta nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza, fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda.

4. La delicatezza delle questioni trattate impone la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, con le conseguenti pronunce in motivazione indicate.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 19/03/2013