

**TAR Lazio, sede di Roma, sez. III bis,
sentenza 9 gennaio 2013, n. 119**

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con il ricorso in esame, i ricorrenti ha impugnato il D.M. n. 42 dell'8 aprile 2009, nella parte in cui, all'art 4, comma 1, non consente di presentare la domanda di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento a coloro che pur in possesso del titolo di accesso alla terza fascia delle graduatorie ad esaurimento, non hanno prodotto domanda di inserimento in graduatoria in occasione di precedenti aggiornamenti delle stesse.

Ciò premesso, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Ed invero, le procedure relative alla formazione ed all'aggiornamento delle graduatorie permanenti (oggi ad esaurimento) 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 dell'art. 5, comma 2 D.Lgs. n. 165 del 2001, 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 (T.A.R. Napoli Campania sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1288).

In proposito, con la recente decisione n. 11 del 4 luglio 2011, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha definitivamente risolto il contrasto giurisprudenziale esistente in subiecta materia - anche alla luce dei dubbi evidenziati al riguardo dal giudice costituzionale con decisione n. 09 febbraio 2011, n. 41- uniformandosi all'orientamento del giudice della giurisdizione civile (Cassazione Sezioni Unite civili n. 22805 del 12 ottobre 2010; Cass. S.U. 28 luglio 2009 n. 17466), secondo il quale nella fattispecie in esame la giurisdizione compete al Giudice Ordinario.

Secondo la citata decisione n. 11/2011, infatti, " la questione sottoposta ... va decisa confermando la tesi della giurisdizione del giudice ordinario, per le ragioni fondate 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...."

"Infatti, da un lato, si tratta di atti gestori del datore di lavoro pubblico; 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....".

In particolare, come chiarito dalla Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 22805 del 12 ottobre 2010, l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto dell'atto di approvazione, colloca la fattispecie in esame al di fuori della materia concorsuale e comporta che sia il giudice ordinario a valutare la pretesa in esame che, nel caso specifico, attiene alla esclusione dalla procedura "valutativa" di cui trattasi, nella quale, in realtà, manca qualsiasi aspetto strettamente "concorsuale", essendo assenti profili di discrezionalità in merito alla valutazione delle competenze dei candidati o non sussistendo limitazioni con riferimento al numero dei posti disponibili.

Si è infatti in presenza di un atto che, esulando da quelli compresi nelle procedure concorsuali per l'assunzione, né potendo essere ascritto ad altre categorie di attività autoritativa (identificate dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1), non può che restare compreso tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore del lavoro privato (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2) di fronte alle quali sono configurabili soltanto diritti soggettivi e la tutela di cui all'art. 2907 c.c.

Preso atto che dal richiamato orientamento giurisprudenziale emerge chiaramente che i D. M. disciplinanti le graduatorie finalizzate a fini assuntivi non assumono veste e qualificazione di atti di diritto pubblico, espressione di esercizio di poteri organizzatori autoritativi, ma di atti ".. che 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 solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione" (cfr, da ultimo, Tar Lazio, sez.III bis, n.2568 del

15 marzo 2012; Consiglio di Stato sez. VI, 11 gennaio 2012, n. 113; T.A.R. Lazio- Roma, sez. III, 02 novembre 2011, n. 8358).

In proposito, conforme Consiglio di Stato, n. 774/2012 del 15 febbraio 2012, sez. VI e n. 113/2012 del 11.01.2012) secondo cui comunque i "decreti ministeriali disciplinanti le graduatorie ad esaurimento non assumono veste e qualificazione di atti di diritto pubblico, espressione di esercizio di poteri organizzatori autoritativi, ma di atti che restano compresi tra le determinazioni assunte con le capacità e i poteri simili a quelli del datore di lavoro privato, di fronte ai quali sono configurabili soltanto diritti soggettivi", precisando che "ciò vale anche per gli atti che precludono l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento"

In ogni caso, anche tenendo conto del successivo orientamento precisato dalle S.U. Cass.Civ., n.22733 del 3 novembre 2011 nonché di alcuni, più recenti, pronunzie del Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato n. 1406 del 12 marzo 2012, sez.VI), nel caso in esame non viene invocata la legittimità delle determinazioni di cd.macro-organizzazione adottate nei DM presupposti ma si impugna, unicamente, l'applicazione che degli stessi viene effettuata nelle concrete emanazioni di atti inerenti alla gestione scolastica.

Va pertanto declinata la giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 63, primo comma, del D.Lgs. n. 165 del 2001.

Alla dichiarazione di difetto di giurisdizione segue il rinvio della causa al giudice ordinario, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti al giudice privo di giurisdizione tenuto conto del disposto di cui all'art. 11 secondo comma del c.p.a.ex D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che " fa salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riassunto entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato".

In relazione ai contrasti giurisprudenziali richiamati, sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) decidendo il ricorso in epigrafe ai sensi dell'art. 74 del c.p.a. lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione con conservazione degli effetti sostanziali e processuali, secondo le modalità di cui in parte motiva ex art.11 secondo comma del c.p.a.exD.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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