

GIUDICE ORDINARIO O GIUDICE AMMINISTRATIVO – PROCEDURA

NORMATIVA E GIURISPRUDENZA. Il D. Lgs. 165/2001 regola i criteri di attribuzione delle controversie al giudice ordinario o al giudice amministrativo. TAR del Lazio con la sentenza n°08733/2020. Cassazione SS.UU. sent. n. 17123/2019. T.A.R. Friuli-V. Giulia Trieste Sez. I, 01/06/2020, N. 176.

DIRITTO SOGGETTIVO ED INTERESSE LEGITTIMO. La distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo assume rilievo ai fini del riparto di giurisdizione, difatti se con riguardo alla tutela dei diritti soggettivi provvede, ex art. 2907 c.c., il giudice ordinario; alla tutela degli interessi legittimi, ai sensi degli artt. 103 e 113 Cost., provvede il giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità, per le “particolari materie” ex art. 103 Cost. ha anche la cognizione dei diritti soggettivi in sede di giurisdizione esclusiva.

CASSAZIONE E QUESTIONE DELLA GIURISDIZIONE NEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI GRADUATORIE. La Cass. civ. Sez. Unite, Ord., (ud. 06-07-2021) 16-09-2021, n. 25044 affronta il caso come sollevato in un ricorso articolato sulla questione oramai annosa dei diplomati magistrale e competenza giurisdizionale (giudice ordinario o giudice amministrativo?).

Le questioni poste sono state già oggetto di ampia e diffusa disamina da parte delle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 25840 del 15 dicembre 2016, cui il Collegio ha dato continuità (si vedano anche, in senso conforme a tale ordinanza, le recenti Cass., Sez. Un., nn. 8774 e 8775 del 30 marzo 2021, Cass., Sez. Un., n. 10742 del 22 aprile 2021; Cass., Sez. Un., n. 13873 del 20 maggio 2021). Nella indicata decisione del 2016 si è affermato, richiamando principi ormai consolidati, che, in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi (nello stesso senso, Cass., Sez. Un., 8 giugno 2016, n. 11712; Cass., Sez. Un., 15 dicembre 2015, n. 25210; Cass., Sez. Un., 3 novembre 2011, n. 22733; Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3052).

La competenza in materia di inserimento nelle graduatorie. Con specifico riguardo alle controversie aventi ad oggetto l'inserimento dei docenti nelle GAE, la giurisprudenza di questa Corte ha individuato una chiara linea di demarcazione tra le giurisdizioni, che distingue a seconda che la questione involga un atto di gestione delle graduatorie, nella quale viene in rilievo in via diretta la posizione soggettiva dell'interessato e il suo diritto al collocamento nella giusta posizione nell'ambito della graduatoria medesima, – e dunque la giurisdizione del giudice ordinario –, oppure la validità dell'atto amministrativo di carattere generale, se non regolamentare, che disciplina l'accesso alle graduatorie e, solo quale conseguenza dell'annullamento di tale atto, la tutela della posizione individuale dell'aspirante all'inserimento in una determinata graduatoria (Cass., Sez. Un., 13 settembre 2017, n. 21198; Cons. St., Sez. VI, 9 marzo 2016, n. 953) – con la conseguente attrazione della controversia nella giurisdizione del giudice amministrativo (Cass. n. 21198/2017, cit.).

Le graduatorie ad esaurimento e similari non sono procedure concorsuali. Le procedure relative alla formazione e all'aggiornamento delle GAE 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 ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi del D. Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2, di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poichè 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 (Cass., Sez. Un., 15 dicembre 2016, n. 25836; Cass., Sez. Un., 13 febbraio 2008, n. 3399, seguita da Cass., Sez. Un., 28 luglio 2009, n. 17466; Cass., Sez. Un., 10 novembre 2010, n. 22805; Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27991; Cass., Sez. Un., 23 luglio 2014, n. 16756; per la giurisprudenza amministrativa, Cons. St. n. 953/2016 cit.; Cons. St., Ad. Pl., 12 luglio 2011, n. 11).

COME INDIVIDUARE IL GIUDICE COMPETENTE. Per arrivare dunque al nocciolo della questione i giudici concludono nel seguente modo: ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre avere riguardo al petitum sostanziale dedotto in giudizio. Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo, essendo proposta in via diretta una domanda di annullamento di un atto amministrativo. Se, viceversa, la domanda rivolta al giudice è specificamente volta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario" (Cass., Sez. Un., n. 25840/2016 cit.).

Questi principi sono stati ripresi dalla recente ordinanza di queste Sezioni Unite 23 aprile 2020, n. 8098, che – in una fattispecie sovrapponibile a quella in esame, riguardante il mancato inserimento di un'insegnante diplomata magistrale nelle GAE ed in cui l'oggetto era l'annullamento del D.M. n. 400 del 2017 (riproduttivo delle disposizioni contenute nel decreto n. 325/2015) -, ha richiamato quanto affermato nella citata ordinanza di queste Sezioni Unite n. 25840/2016 (seguita anche da Cass., Sez. Un., 13 settembre 2017, n. 21196 e da Cass., Sez. Un., 26 giugno 2019, n. 17123 oltre che Cass., Sez. Un., nn. 8774 e 8775 del 2021, Cass., Sez. Un., n. 10742/2021; Cass., Sez. Un., n. 13873/2021).

SENTENZA N°08733/2020. Tramite il proprio difensore il ricorrente impugnava:

- i decreti con cui la scuola disponeva la risoluzione del contratto a tempo determinato già stipulato per la copertura di un posto come collaboratore scolastico nella medesima istituzione scolastica a seguito della rideterminazione del punteggio in precedenza attribuitogli nelle graduatorie di circolo e di istituto di terza fascia del personale ATA;
- gli atti presupposti, come il decreto ministeriale n. 640/2017, relativo al rinnovo delle graduatorie d'istituto di terza fascia del personale ATA per il triennio 2017/2020, nonché i decreti nn. 717/2014 e 430/2000, recanti norme sulla modalità di conferimento delle supplenze del personale ATA.

GPS – COMPETENZA. Giurisdizione amministrativa.

GRADUATORIE D'ISTITUTO – COMPETENZA. Al Collegio non sfugge l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'individuazione del giudice munito di giurisdizione in materia di gestione delle graduatorie di istituto. A fronte di un orientamento che tende a ritenere sussistente la giurisdizione del giudice ordinario (cfr. ex multis SS.UU. sent. n. 17123/2019), esiste un differente approccio che giunge ad opposte conclusioni affermando la giurisdizione amministrativa (cfr. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana C.g.a. sent. n. 289/2020). Tuttavia, i recenti chiarimenti forniti dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sull'individuazione degli atti di "macro-organizzazione" in ambito scolastico (cfr. sent. nn. 4318/2020 e 8098/2020), i cui principi risultano applicabili anche al caso di specie, spingono questo Collegio, a seguito di meditata ed attenta valutazione, ad aderire all'orientamento seguito dalle Sezioni Unite, ritenendo pertanto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

L'ORDINANZA MINISTERIALE SULLE GPS E GDI CONTEMPLA SOLO IL RICORSO ALLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA. Guardando sul fronte docenti, con il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 22, recante "Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato nonché in materia di procedure concorsuali", convertito dalla L. 06 giugno 2020, n. 41 e, in particolare, l'articolo 2, comma 4-ter, si è disposto: "In considerazione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, le procedure di istituzione delle graduatorie di cui all'articolo 4 della L. 3 maggio 1999, n. 124, come modificato dal c. 4 del presente articolo, e le procedure di conferimento delle relative supplenze per il personale docente ed educativo, ad esclusione di ogni aspetto relativo alla costituzione e alla composizione dei posti da conferire a supplenza, sono disciplinate, in prima applicazione e per gli anni scolastici 2020/2021 e 2021/2022, anche in deroga all'articolo 4, comma 5, della predetta legge, con ordinanza del Ministro dell'istruzione. L'OM in questione introduce la competenza esclusiva della giustizia amministrativa in materia di contenziosi sorti sulle graduatorie in questione, infatti all'art. 9 si afferma che il provvedimento della pubblicazione delle graduatorie, GPS e d'istituto è ammesso solo ricorso al TAR o al Presidente della Repubblica.

SENTENZA N°08733/2020 TAR DEL LAZIO. IL DM 640 DEL 2017 NON HA NATURA REGOLAMENTARE. Per il giudice amministrativo il decreto che indice la procedura di aggiornamento della terza fascia delle graduatorie di istituto del personale ATA non ha natura regolamentare, "essendo la sua funzione limitata, per espressa previsione normativa, all'individuazione dei termini e delle modalità organizzative per la presentazione delle domande di inclusione nelle graduatorie in parola, per la loro formazione e per l'individuazione dei soggetti destinatari delle supplenze. Appare dunque evidente come i contenuti dell'atto impugnato non siano riconducibili alla spendita del potere pubblicistico con cui l'Amministrazione determina in via autoritativa la propria struttura fondamentale". Principio che riguarda dunque tutti i DM chiamati a disciplinare la materia delle graduatorie.

Nel caso in cui atti amministrativi di natura generale rechino disposizioni illegittime ma non idonee a recare nocimento in via diretta nella sfera giuridica soggettiva dei privati, a rilevare ai fini della causa petendi, ossia dell'effettiva situazione giuridica incisa fatta valere in giudizio, non possono che essere gli atti esecutivi che nel

richiamare tali statuizioni determinano la concretezza e l'attualità dell'offesa, legittimando la conseguente reazione processuale dei privati. Da ciò non può che discendere che laddove gli atti a valle siano emessi nell'esercizio di prerogative proprie del datore di lavoro, la situazione giuridica inficiata non può che essere di diritto soggettivo con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

In sostanza se l'atto da cui deriva il provvedimento di esclusione dalle graduatorie è, come è nella realtà, frutto di prerogative del dirigente scolastico, si lede un diritto soggettivo che per essere tutelato non può farsi ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa ma ordinaria, ed è quella la sede dove andranno impugnate le risoluzioni del contratto a causa della nuova determinazione del punteggio in graduatoria o per altre cause che si possono affermare. Il diritto soggettivo è quel potere attribuito al lavoratore da parte del nostro ordinamento, in base al quale ha il diritto, appunto, di far valere davanti al giudice ordinario, salvo eccezioni, un proprio interesse riconosciuto come prevalente da una norma di legge e che sia stato leso, come nel caso di risoluzione di un contratto. Mentre spetteranno al giudice amministrativo, salvo le ipotesi di giurisdizione esclusiva, quelle di interesse legittimo che è quell'interesse finalizzato a garantire che le operazioni poste in essere dalla PA possano realizzarsi conformemente alla legge e in modo uguale e trasparente per tutti i soggetti interessati.

T.A.R. FRIULI-V. GIULIA TRIESTE SEZ. I, 01/06/2020, N. 176. QUANDO LA GIURISDIZIONE È DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E QUANDO DEL GIUDICE DEL LAVORO.

ALTRE CONTROVERSIE NEL PUBBLICO IMPIEGO. Processo di privatizzazione. Conseguenza: la devoluzione delle controversie in materia di rapporto di lavoro al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro. Il D. Lgs. 165/2001 regola i criteri di attribuzione delle controversie al giudice ordinario o al giudice amministrativo.

La competenza del giudice ordinario concerne:

«tutte le controversie relative ai rapporti alle dipendenze delle PP.AA.», ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro non privatizzati. Sono incluse le controversie riguardanti l'assunzione e le indennità di fine rapporto (ad eccezione delle fasi relative alle procedure concorsuali), il conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale;

tutte le controversie aventi ad oggetto comportamenti antisindacali delle PP.AA.; le controversie cd. collettive, promosse con riferimento alle procedure di contrattazione collettiva dall'ARAN, dalle stesse amministrazioni pubbliche ovvero dalle organizzazioni sindacali.

Alla giurisdizione del giudice amministrativo restano le controversie relative ai rapporti delle categorie non contrattualizzate e quelle in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti (controversie relative alla fase antecedente alla costituzione del rapporto, dal bando di concorso fino alla formazione della graduatoria).

CONTROVERSIE IN MATERIA DI LAVORO DAVANTI AL GIUDICE ORDINARIO. Il pubblico dipendente che voglia agire in giudizio contro la P.A. datore di lavoro, può, dunque, o rivolgersi al giudice, oppure avviare una procedura di conciliazione e di arbitrato scelta tra quelle previste dall'art. 31 L. 183/2010. Tutte le P.A. sono rappresentate e patrocinate in giudizio dall'Avvocatura dello Stato. Per la scuola, il

potere di resistere in giudizio o di conciliare le cause di lavoro spetta al Dirigente dell'USR, che può delegare il DS da cui dipende il lavoratore, a stare in giudizio.

CONTENZIOSO PER GRADUATORIE D'ISTITUTO, È COMPETENTE IL TAR O IL GIUDICE ORDINARIO? La giurisprudenza continua a dividersi sulla competenza in materia di contenzioso per le graduatorie ATA. Il DM del 3 marzo 2021 all'articolo 8 afferma che "Dopo tale approvazione la graduatoria è impugnabile con ricorso giurisdizionale al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro". Quindi esclude la giurisprudenza amministrativa, ma in realtà in diverse casistiche la giurisprudenza amministrativa si è ritenuta competente.

In un caso recente il TAR del Lazio con provvedimento datato 11/06/2021 n. 07004/2021 affronta il ricorso di un ricorrente che lamenta la mancata applicazione dell'invocata riserva di posti nelle graduatorie ATA. Il Collegio ritiene che non vi sia giurisdizione del giudice amministrativo e a tal fine richiama le argomentazioni spese in identica vicenda (mancata riserva posti in graduatoria ATA) dal TAR Salerno con la sentenza n. 1182/2020. La giurisprudenza ha più volte affermato che "in presenza di GAE, le domande dirette ad ottenerne il relativo inserimento non determinano l'instaurazione di una vera e propria procedura concorsuale in quanto si tratta di inserimento in graduatoria di coloro che sono in possesso di determinati requisiti, anche sulla base della pregressa partecipazione a concorsi, in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendono via via disponibili, con la conseguenza che è esclusa comunque ogni tipologia di attività autoritativa sulla base di valutazioni discrezionali. In questi casi, pertanto, ad eccezione dei casi in cui vengono in rilievo atti di macro-organizzazione, la giurisdizione spetta al giudice ordinario" (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 295 del 2016).

Con specifico riferimento alle graduatorie di istituto, si contrappongono due orientamenti: secondo il primo va affermata, anche in tale caso, la giurisdizione del giudice ordinario (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4847 del 2017; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, n. 1629 del 2018; Cassazione civile, SS.UU. n. 17123 del 2019); secondo un differente approccio sussisterebbe invece la giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 63, comma quarto, del d.l.gs. 165 del 2001, ricorrendo tutti gli elementi caratteristici della procedura concorsuale: il bando iniziale, la fissazione dei criteri valutativi dei titoli, la presenza di una commissione incaricata della valutazione dei titoli dei candidati, la formazione di una graduatoria finale (cfr. CGA. n. 289 del 2020; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3414 del 2019; SS.UU. 13 settembre 2017 n. 21198).

Secondo il TAR del Lazio le graduatorie d'istituto non sarebbero procedure selettive. "Ritiene il Collegio di aderire al primo dei richiamati orientamenti, secondo il quale le graduatorie di istituto non sono riconducibili nel genus delle procedure selettive, in quanto nell'ambito del relativo procedimento di formazione nessuna valutazione di tipo comparativo è demandata all'amministrazione, che si limita a procedere all'iscrizione al loro interno, nell'ordine progressivo derivante dai punteggi attribuiti con riferimento ai titoli dichiarati e posseduti, dei nominativi dei soggetti che abbiano prodotto apposita istanza di inserimento". I giudici dopo aver richiamato il "Regolamento recante norme sulle modalità di conferimento delle supplenze al personale amministrativo, tecnico e ausiliario", adottato con D.M. 13 dicembre 2000 n. 430 in attuazione della legge n. 124 del 1999, all'art. 5, rubricato "Graduatorie di circolo e di istituto", deduce che ne "discende che "in sostanza, e conclusivamente,

escluso che ricorra nella procedura per cui è causa una predeterminazione di criteri valutativi (oltre che di punteggi) affidata alla amministrazione attiva (dato che gli stessi risultano predeterminati a livello normativo) ed escluso che, pertanto, l'organo valutatore (il DS, ove non si debba – come non è nella fattispecie – costituire un'apposita commissione giudicatrice) disponga di spazi discrezionali nell'attività di computo del punteggio da attribuire ai titoli esposti da ciascun candidato, i pur eventualmente residui indici che connotano la procedura (bando e graduatoria) non risultano essere tali da far iscrivere la procedura stessa fra quelle qualificabili concorsuali in senso stretto” (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4847 del 2017)”.

SE SI RICHIEDE L'ANNULLAMENTO DELL'ATTO AMMINISTRATIVO GENERALE SI RICORRE AL TAR.

SE SI RICHIEDE L'ACCERTAMENTO FINALIZZATO ALL'INSERIMENTO IN GRADUATORIA SI RICORRE AL TRIBUNALE ORDINARIO. Se la domanda giudiziale è specificamente volta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, sull'assunto secondo cui tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario” (cfr. SS.UU. n. 8098 del 2020). Nel caso in esame ricorre tale ultima situazione, giacchè il ricorrente, adducendo un contrasto fra fonti normative, invoca il riconoscimento della riserva di posti nelle graduatorie di Istituto per gli anni 2017/2020, in ragione di una posizione soggettiva asseritamente scaturente in via diretta dalla legge e denegata dal D.M. 640 del 2017, del quale invoca dunque la disapplicazione. Ad abundantiam si rileva che analoga posizione è stata sposata dal TAR Lazio che ha, con plurime sentenze, ribadito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in subiecta materia (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 7.7.2020, n. 7799; 24.7.2020, n. 8733)”.