25840/16

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sig.ri Magistrati:

Dott. Renato RORDORF	- Primo Presidente f.f.	
Dott. Ettore BUCCIANTE	- Presidente Sez.	
Dott. Giovanni AMOROSO	- Presidente Sez.	R.G. 2973/2016
Dott. Stefano PETITTI	- Presidente Sez. Rel.	Cron. 25840
Dott. Aniello NAPPI	- Consigliere	Rep.
Dott. Domenico CHINDEMI	- Consigliere	Ud. 8.11.2016
Dott. Felice MANNA	- Consigliere	C. I
Dott. Carlo DE CHIARA	- Consigliere	
Dott. Franco DE STEFANO	- Consigliere	

ha pronunciato la seguente

regolamento di giurisdizione

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al R.G. 2973-2016 proposto da:

Cinzia CANDIDORI, Roberta CHERCHI e Angela D'URSO, rappresentate e difese, per procura in calce al ricorso, dagli Avvocati Nicola Zampieri e Walter Miceli, elettivamente domiciliate in Roma, via Ottaviano n. 9, presso lo studio dell'Avvocato Salvatore Russo;

- ricorrenti -

contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, in persona del Ministro *pro tempore*;

UFFICI SCOLASTICI REGIONALI PER IL LAZIO, PER IL PIEMONTE E PER LA SARDEGNA;

AMBITI TERRITORIALI PROVINCIALI DI ROMA; CAGLIARI; TORINO;

- intimati -

per regolamento di giurisdizione in relazione al procedimento pendente dinnanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, iscritto al RG n. 10289-2015.

660/16

copia comunicata ai soli fini dell'art 133 cpc

Udito, per le ricorrenti, l'Avvocato Nicola Zampieri;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio dell'8 novembre 2016 dal Presidente relatore Dott. Stefano Petitti;

lette le conclusioni del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Mario Fresa, il quale ha chiesto che le Sezioni Unite della Corte di cassazione dichiarino la giurisdizione del giudice ordinario, con le determinazioni di legge.

FATTI DI CAUSA

1. – Con ricorso al TAR per il Lazio Cinzia CANDIDORI, Roberta CHERCHI e Angela D'URSO chiedevano l'annullamento, previa sospensiva, del d.m. del MIUR n. 325 del 2015, avente ad oggetto le operazioni di aggiornamento delle graduatorie permanenti ad esaurimento 2014-2017, nella parte in cui non consente l'inclusione in dette graduatorie, per l'insegnamento nella scuola dell'infanzia e nelle scuole primarie, ai diplomati magistrali che abbiano conseguito un valido diploma presso la scuola magistrale o gli istituti magistrali entro l'anno 2001/2002, nonché, in via derivata, dei provvedimenti di approvazione delle GAE valide per l'anno scolastico 2015/2016, per le classi di concorso Scuola Primaria (EEEE) e Scuola dell'Infanzia (AAAA), nelle parti in cui non prevedono il loro inserimento.

2. – Il TAR rigettava la richiesta di cautelare, rilevando, con riferimento alla domanda di annullamento del D.M. MIUR n. 325/2015, che «l'atto impugnato dispone espressamente, all'art. 5, che, per quanto non espressamente previsto nel medesimo decreto, valgono le disposizioni di cui al D.M. MIUR n. 235/2014, e che quest'ultimo è stato definitivamente annullato con la sentenza del C.d.S. n. 1973/2015 del 16 aprile 2015, passata in giudicato, e che, pertanto, fa stato nei confronti di tutti gli interessati». Il TAR ha inoltre ritenuto che, per quanto attiene alla richiesta di inserimento nelle GAE con riserva sussiste, per consolidato orientamento della sezione in materia, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito».

3. – Le ricorrenti hanno quindi proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo che venga dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Le intimate amministrazioni non hanno svolto attività difensiva in questa sede.

Le ricorrenti hanno depositato memoria.

4. – Il pubblico ministero, nelle conclusioni rassegnate ai sensi dell'art. 380-*ter* cod. proc. civ., ha chiesto che venga dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – Occorre preliminarmente rilevare che la proposizione del regolamento di giurisdizione non è preclusa dalla pronuncia con la quale il TAR ha ritenuto di non poter accogliere l'istanza cautelare per difetto di giurisdizione, atteso che il provvedimento cautelare in corso di causa non costituisce sentenza, neppure quando risolva contestualmente la questione di giurisdizione, tranne che la questione medesima sia stata riferita al solo procedimento cautelare e il regolamento sia stato proposto per ragioni che attengono ad esso in via esclusiva (Cass., S.U., n. 14041 del 2014).

Nella specie, all'evidenza la questione non appare riferibile al procedimento cautelare, invocandosi invece una statuizione sulla giurisdizione quanto al merito delle domande proposte dinnanzi al TAR.

2. - Le ricorrenti sostengono, con un primo motivo, che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lettera *a*), n. 5, del d.lgs. n. 104 del 2010, atteso che con il ricorso introduttivo hanno chiesto, in via principale, la declaratoria di nullità del d.m. n. 325 del 2015, per elusione del giudicato, in quanto l'atto impugnato ha fatto rivivere il d.m. n. 235 del 2014, annullato dal Consiglio di Stato.

2.1. – Con un secondo motivo, le ricorrenti sostengono che la giurisdizione del giudice amministrativo deriverebbe anche dall'applicazione dei principi di equo processo, concentrazione ed economia processuale ed effettività della tutela giurisdizionale, atteso che l'annullamento delle graduatorie

costituisce una conseguenza immediata e diretta della nullità del decreto n. 325/2015, derivante da elusione del giudicato.

2.2. – Indubbia sarebbe poi la natura amministrativa dell'attività esercitata dall'amministrazione, in base a quanto disposto dall'art. 1, comma 605, della legge n. 296 del 2006, ai fini della individuazione dei soggetti aventi diritto all'inserimento nelle GAE: il MIUR eserciterebbe, infatti, un potere autoritativo, rispetto al quale la posizione di chi aspira all'inserimento è di interesse legittimo.

2.3. – In ogni caso, la giurisdizione amministrativa sussisterebbe in quanto i decreti ministeriali del 2014 e del 2015 costituiscono atti di macro-organizzazione, ovvero di natura regolamentare. In particolare, il d.m. n. 325 del 2015, del quale è stato chiesto l'annullamento dinnanzi al TAR, avrebbe natura regolamentare in quanto contiene disposizioni generali e astratte sulle condizioni, i presupposti e i termini per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento. Ciò che viene in rilievo nel presente giudizio, osservano le ricorrenti, non è la giusta collocazione nella graduatoria in base ai requisiti posseduti, ma la stessa regola ordinatoria posta a presidio dell'ingresso in graduatoria.

2.4. – Ma anche la natura sostanziale della pretesa azionata dinnanzi al TAR dovrebbe indurre ad affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, essendo stata dedotta la illegittimità dei criteri di formazione della graduatoria, dettati da provvedimenti di carattere generale a contenuto normativo, che hanno originato il mancato inserimento nelle GAE di soggetti che hanno conseguito il diploma magistrale entro l'anno scolastico 2001/2002. Lo stesso *petitum* – domanda di annullamento delle disposizioni regolamentari e richiesta di corretto svolgimento della procedura di individuazione dei destinatari delle proposte di stipula dei contratti – dovrebbe comportare la devoluzione della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo. In sostanza, la domanda ha ad oggetto l'inserimento nelle graduatorie e non la costituzione di un rapporto di lavoro privatizzato che, in ipotesi, potrebbe non verificarsi mai, tenuto conto che l'inserimento in graduatoria è richiesto

senza alcuna specifica deduzione di un punteggio da far valere o di una concreta possibilità occupazionale.

2.5. - Infine, le ricorrenti sostengono la giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 e art. 399 d.lgs. n. 297 del 1994, dovendosi riconoscere natura concorsuale alle procedure finalizzate all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

3. - Il Collegio ritiene che debba essere affermata la giurisdizione del giudice amministrativo.

3.1. - Occorre premettere, in linea generale, che l'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 devolve al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, «tutte» le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, «incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali». La circostanza che nel giudizio vengano in questione «atti amministrativi presupposti» non incide sulla giurisdizione del giudice ordinario: il giudice procede, se li riconosce illegittimi, alla loro disapplicazione. Nel caso in cui siano pendenti contemporaneamente un giudizio civile, in cui l'atto amministrativo rilevi come presupposto e sia passibile di disapplicazione, e un giudizio amministrativo, in cui lo stesso atto sia oggetto di impugnazione e sia suscettibile di annullamento, la pendenza del giudizio amministrativo «non è causa di sospensione del processo» dinanzi al giudice ordinario.

La giurisdizione ordinaria non si estende a tutte le vertenze inerenti al personale con rapporto contrattuale: ai sensi del comma 4 del citato art. 63, «restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni».

3.2. - Ancora, deve ricordarsi che la giurisprudenza di queste Sezioni Unite ha affermato che, poiché la giurisdizione si determina in base al *petitum* sostanziale, che va individuato con riferimento ai fatti materiali allegati dall'attore e alle particolari caratteristiche del rapporto dedotto in giudizio, nella giurisdizione del giudice ordinario rientra il potere di verificare, in via

incidentale, la legittimità degli atti generali di autoregolamentazione dell'ente pubblico (per eventualmente disapplicarli), qualora il giudizio verta su pretese attinenti al rapporto di lavoro e riguardi, quindi, posizioni di diritto soggettivo del lavoratore, in relazione alle quali i suddetti provvedimenti di autoregolamentazione costituiscono solamente atti presupposti (Cass., S.U., n. 13169 del 2006; Cass., S.U., n. 3677 del 2009; Cass., S.U., n. 11712 del 2016).

Questa Corte regolatrice ha anche chiarito 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 (Cass., S.U., n. 3052 del 2009; Cass., S.U., n. 22733 del 2011; Cass., S.U., n. 25210 del 2015). E ciò sul rilievo che possono darsi situazioni nelle quali la contestazione in giudizio della legittimità degli atti, espressione di poteri pubblicistici, previsti dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, implica la deduzione di una posizione di interesse legittimo, nella quale il rapporto di lavoro non costituisce l'effettivo oggetto del giudizio, ma, per così dire, lo sfondo rilevante ai fini di qualificare la prospettata posizione soggettiva del ricorrente, derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto (Cass., S.U., n. 21592 del 2005; Cass., S.U., n. 23605 del 2006; Cass., S.U., n. 25254 del 2009; Cass., S.U., n. 11712 del 2016, cit.).

4. – Con specifico riferimento alla individuazione del giudice dotato di giurisdizione in ordine alle controversie aventi ad oggetto l'inserimento dei docenti nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento, nella giurisprudenza di questa Corte si è individuata una linea di demarcazione chiara, dovendosi distinguere a seconda che la questione involga un atto di gestione delle graduatorie, nelle quali viene in rilievo in via diretta la posizione soggettiva dell'interessato e il suo diritto al collocamento nella

giusta posizione nell'ambito della graduatoria, ovvero la validità dell'atto amministrativo di carattere generale, se non regolamentare, che disciplina l'accesso alle graduatorie e, quale conseguenza dell'annullamento di tale atto, la tutela della posizione individuale dell'aspirante all'inserimento in una determinata graduatoria.

4.1. - Fin da Cass., S.U., n. 3399 del 2008, si è infatti affermato in generale che le procedure relative alla formazione e 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, del 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.

In numerose altre pronunce rese in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento a controversie promosse per l'accertamento del diritto all'utile collocamento in graduatoria, con precedenza rispetto ad altro docente, questa Corte (Cass., S.U., n. 22805 del 2010; Cass., S.U., n. 27991 del 2013; Cass., S.U., 16756 del 2014) ha costantemente ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario.

Il medesimo principio è stato affermato da Cass., S.U. n. 4287 del 2013, la quale ha ribadito che in materia di graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola di cui all'art. 1, comma 605, lett. c), della legge n. 296 del 2006, le controversie promosse per l'accertamento del diritto dei docenti - che, già iscritti in determinate graduatorie ad esaurimento, si siano avvalsi della facoltà di essere inseriti in altre analoghe graduatorie provinciali - a non essere collocati in coda rispetto ai docenti già inclusi in queste ultime graduatorie, appartengono alla giurisdizione ordinaria, venendo in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5,

comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001), a fronte dei quali sono configurabili solo diritti soggettivi.

4.2. – Con le ordinanze n. 27991 e n. 27992 del 2013, queste Sezioni Unite hanno invece rilevato che diversa è la fattispecie allorché l'oggetto del giudizio sia l'accertamento della legittimità della regolamentazione stessa delle graduatorie ad esaurimento quale adottata con atto ministeriale. In tal caso, infatti, viene contestata la legittimità della regolamentazione, con disposizioni generali ed astratte, delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione *in parte qua*, e non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previa disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, anche eventualmente di natura normativa subprimaria. La giurisdizione allora non può che essere del giudice amministrativo.

Come la giurisdizione del giudice ordinario in materia di lavoro pubblico contrattualizzato è recessiva in favore di quella generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di impugnazione di atti organizzativi a contenuto generale con cui le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ovvero individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi o determinano le dotazioni organiche complessive ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 (cfr. Cass., S.U., n. 22779 del 2010), a maggior ragione sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ove l'oggetto del giudizio sia l'impugnazione di un atto regolamentare di normazione subprimaria; in tal senso, vedi Corte cost. n. 41 del 2011, che, adita con incidente di costituzionalità dal TAR Lazio nel corso di un contenzioso analogo, ha osservato che il remittente giudica della legittimità degli atti amministrativi che fissano i criteri di formazione delle graduatorie (quelle permanenti della scuola).

Espressamente, poi, l'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede che le pubbliche amministrazioni agiscono sì con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro ma nel rispetto delle leggi e nell'ambito degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, che sono a monte degli atti di

gestione del rapporto. Questi ultimi sono espressione del potere di organizzazione della pubblica amministrazione quale datrice di lavoro, al pari del potere direttivo del datore di lavoro privato; mentre i primi sono riconducibili al potere regolamentare governativo o ministeriale ovvero alla potestà di emanare atti amministrativi generali di natura non regolamentare ed aventi un contenuto riconducibile all'art. 2, comma 1, cit. Ove si tratti di veri e propri atti di normazione subprimaria, quindi regolamentare, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di azione diretta al loro annullamento proposta da chi sia legittimato perché in situazione di interesse legittimo. Ove si tratti di atti amministrativi a contenuto generale ed astratto, ma privi di natura regolamentare, come talora espressamente previsto, parimenti sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di azione diretta al loro annullamento ove il contenuto degli stessi sia riconducibile al cit. art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001.

4.3. – Ne consegue che, 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 dunque avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio. Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto – di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria – l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, 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.

5. - Nella specie, la domanda delle ricorrenti è chiaramente volta all'annullamento del d.m. n. 325 del 2015, del quale costituisce parte integrante il d.m. n. 235 del 2014, e quindi un atto avente carattere generale e costituente esercizio di potestà autoritativa nella individuazione dei criteri per l'inserimento nelle graduatorie, peraltro ribaditi anche dopo che quelli contenuti nel d.m. n. 235 del 2014, sono stati dichiarati illegittimi, proprio con riferimento alla mancata previsione dell'inserimento dei titolari di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002, dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1973 del 2015. Sussiste, quindi, nella specie, anche la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo stata dedotta la violazione del giudicato costituito dalla citata decisione n. 1973 del 2015.

6. – In conclusione, deve dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il giudizio pende già innanzi al giudice amministrativo sicché non occorre disporre alcuna *translatio iudicii* (ex art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69).

Le contrastanti pronunce giurisdizionali intervenute in materia giustificano la compensazione delle spese del presente giudizio.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, *dichiara* la giurisdizione del giudice amministrativo, dinnanzi al quale *rimette* le parti; *compensa* le spese del regolamento.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte suprema di cassazione, l'8 novembre 2016.

Il Presidente

IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 15 DIC 2016
IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI