

Pubblicato il 09/09/2020

N. 09439/2020 REG.PROV.COLL.
N. 06015/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6015 del 2020, proposto da
-OMISSIS-, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Istruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex
lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

del'ordinanza del Ministro dell'Istruzione prot. n. -OMISSIS- nella parte in cui
non prevede che la mobilità del personale docente per l'anno scolastico
2020/2021 debba avvenire con priorità rispetto alle nuove assunzioni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2020 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- a) viene impugnato, per violazione dell'art. 470 della legge n. 297 del 1994 (Testo Unico Scuola), il decreto ministeriale in epigrafe indicato che disciplina la mobilità del personale docente, educativo ed ATA per l'anno scolastico 2020/2021, nella parte in cui non prevede che la mobilità del personale docente per l'anno scolastico 2020/2021 debba avvenire con priorità rispetto alle nuove assunzioni;
- b) si costituiva in giudizio l'intimata amministrazione statale la quale, nel chiedere il rigetto del gravame, sollevava peraltro difetto di giurisdizione;
- c) alla camera di consiglio dell'8 settembre 2020, avvisate le parti circa la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, la causa veniva infine trattenuta in decisione.

Considerato che su analoga questione questa sezione, con sentenza n. 8536 del 22 luglio 2020, ha così statuito:

“Per una compiuta disamina della questione non possono non prendersi le mosse dall'evoluzione normativa registrata nella materia del pubblico impiego a partire dagli anni Novanta. Come noto, prima della sua privatizzazione ad opera del d.lgs. n. 29/93, tutti gli atti emessi dalla p.a. datrice di lavoro, sia in materia di organizzazione degli uffici sia in tema di gestione del rapporto di lavoro, erano atti amministrativi a tutti gli effetti, essendo all'epoca la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'Amministrazione interamente attratta nell'alveo pubblicistico, con giurisdizione riservata al giudice amministrativo.

A seguito della privatizzazione, tuttavia, solo alcuni e peculiari atti emessi dalla p.a. rientranti nella sfera del pubblico impiego hanno mantenuto la natura di provvedimenti amministrativi, ossia:

- gli atti relativi alle procedure concorsuali indette per l'assunzione dei pubblici dipendenti (art. 63, co. 4, d.lgs. n. 165/2001);

- gli atti di “macro-organizzazione”, ove immediatamente lesivi, così come individuati dall’art. 2, co. 1, d.lgs. n. 165/2001;
- gli atti regolamentari o atti amministrativi generali, anche questi solo nel caso in cui si rivelino direttamente lesivi, rientrando il loro sindacato nell’ambito della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Tanto premesso, appare evidente come l’odierna res controversa, per poter essere affrontata nel merito da questo Collegio, deve necessariamente essere riconducibile ad una delle summenzionate categorie, consentendo così la conoscibilità da parte del g.a. di atti riferibili al pubblico impiego anche a seguito della sua privatizzazione.

Il Collegio ha già affrontato funditus la questione afferenti alla prima ed alla terza eccezione alla giurisdizione del giudice del lavoro in materia di pubblico impiego con la recente sentenza n. 7790 /2020, ai cui contenuti pertanto si fa espresso richiamo quale precedente conforme ai sensi dell’art. 74 del codice del processo amministrativo.

Considerata la rilevanza nel caso di specie della seconda eccezione sopra richiamata, ossia della riconducibilità dell’ordinanza ministeriale in tema di mobilità nel genus degli atti di “macro-organizzazione”, il Collegio ritiene di dover effettuare un approfondimento su questo specifico punto, posto che il corretto inquadramento ontologico dell’atto in parola risulta essere determinante ai fini del riparto di giurisdizione.

Occorre in primo luogo prendere le mosse dall’art. 5, co. 2 del T.U.P.I. che, in via generale, prevede come nell’ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all’art. 2, co. 1, le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro siano assunte in via esclusiva con i poteri del privato datore di lavoro. Sia gli atti di organizzazione “minore” degli uffici (anche detti di “micro-organizzazione”) sia gli atti con cui avviene la gestione del rapporto di lavoro sono dunque atti di natura privatistica conoscibili dal giudice ordinario. Tra questi, in particolare, ben possono essere annoverati:

- gli atti di costituzione del rapporto di lavoro (ossia all’assunzione, con l’eccezione già esaminata della fase della scelta dei candidati da assumere mediante pubblico concorso che, ex art. 63, co. 4 T.U.P.I., si configura come attività amministrativa di carattere autoritativo e unilaterale e, in quanto tale, devoluta al g.a.);

- gli atti di estinzione del rapporto (licenziamento);
- gli atti di regolazione del rapporto di lavoro (dove gioca un ruolo fondamentale la concertazione con le associazioni sindacali, come nel caso della mobilità oggetto dell'odierno contendere, non trattandosi di questioni ove la p.a. possa agire con spendita di poteri pubblicistici).

Se la disposizione appena citata rappresenta la regola generale una delle sue eccezioni tassative è riferibile al potere unilaterale di natura pubblicistica costituzionalmente riconosciuto alla p.a., che si risolve nella sua capacità di definire l'organizzazione della propria macrostruttura, con conseguente attrazione nel genus degli atti amministrativi dei provvedimenti con cui l'Amministrazione esercita tali attività (c.d. atti di "macro-organizzazione"). I rimanenti atti di organizzazione, invece, nonché quelli relativi alla gestione del rapporto di lavoro, come già visto in precedenza, devono essere pacificamente intesi alla stregua di esternazioni di un potere di natura privatistica riconosciuto alla p.a. in qualità di datore di lavoro.

La tradizionale, e ormai recessiva, natura di atti di diritto pubblico è stata confermata pertanto solo per gli atti di "macro-organizzazione", contemplati dall'art. 2, co. 1 del d.lgs. n. 165/2001, in quanto protesi a garantire alla p.a. la conservazione di quell'innata prerogativa propria di tutti gli enti pubblici di disciplinare, in autonomia e con atti unilaterali, l'organizzazione fondamentale della propria struttura al fine di renderla adeguatamente proporzionata agli interessi pubblici da perseguire, così come contemplato dall'art. 97 della Costituzione. A venire in rilievo, in particolare, sono quei particolari provvedimenti con cui si definiscono "le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive". L'attrazione degli atti di "macro-organizzazione" alla giurisdizione di legittimità del g.a. risulta essere appuntata sul fatto che essi, pur afferendo al momento statico dell'Amministrazione, ossia al suo aspetto organizzativo e strutturale, possano comunque, in determinate circostanze (al pari dei regolamenti o degli atti amministrativi generali) incidere negativamente sulla sfera giuridica dei lavoratori pubblici, ledendo in via immediata delle situazioni giuridiche qualificabili alla stregua di interessi legittimi e, pertanto, tutelabili davanti al giudice

amministrativo nei termini decadenziali previsti dalla legge. Si tratta di casi eccezionali e sporadici nella considerazione che gli atti di “macro-organizzazione”, avendo ad oggetto la struttura fondamentale dell’Amministrazione, non sono di norma idonei a produrre effetti immediatamente lesivi nei confronti dei privati, venendo più spesso in rilievo nella loro veste di atti presupposti. In tal caso, peraltro, ad essere oggetto di contestazione, in via principale, sono gli atti esecutivi “a valle”, la cui adozione rende effettiva ed attuale la lesione delle situazioni soggettive dei privati, legittimando così la reazione processuale. La delibazione degli atti di “macro-organizzazione”, in tale contesto, non è appannaggio esclusivo del giudice amministrativo, atteso il potere di disapplicazione incidenter tantum riconosciuto al g.o. in tutti quei casi in cui gli atti esecutivi gravati non siano espressione di un potere autoritativo di natura pubblicistica, incidendo su posizioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, fatte salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Quando si discorre di atti di “macro-organizzazione”, dunque, si fa riferimento ad ipotesi tassative espressamente individuate dal Legislatore, all’interno delle quali, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, non si ravvedono gli estremi per ricondurre l’ordinanza ministeriale che regola annualmente le procedure di mobilità e ciò sulla scorta di diverse considerazioni.

In primo luogo, assurgendo la richiamata categoria degli atti di “macro-organizzazione” ad eccezione rispetto alla regola per cui il rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. è disciplinato da atti di natura privatistica, l’individuazione in concreto di tali provvedimenti formalmente e sostanzialmente amministrativi deve essere effettuata seguendo un approccio metodologico rigoroso e restrittivo, mediante un esame caso per caso atto a verificare la sussistenza dei presupposti normativi tassativamente elencati all’art. 2, co. 1 del d.lgs. 165/2001. In tal senso, appare evidente come nella gestione delle procedure di mobilità dei pubblici dipendenti non residui alcun potere autoritativo di natura pubblicistica dell’Amministrazione che, invero, agisce in qualità di datore di lavoro. Del resto, la regolazione dei trasferimenti del personale, non solo nel caso del M.I.U.R. ma di qualsiasi altro ente pubblico, afferisce ad uno dei tanti aspetti riconducibili nell’ambito della gestione del rapporto di lavoro che nulla ha a che vedere con i provvedimenti amministrativi con cui la p.a. delinea le linee fondamentali della propria organizzazione o con cui fissa il

contingente complessivo del proprio personale dipendente. L'ordinanza gravata non può essere pertanto ritenuta un atto di "macro-organizzazione" poiché si riferisce ad una singola procedura, quale è la mobilità relativa all'a.s. 2020/21, che riguarda la gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze del datore di lavoro pubblico. Del resto, non può essere tenuta in non cale la circostanza che mediante il perfezionamento della procedura annuale di mobilità, ossia dei trasferimenti a domanda dei dipendenti pubblici, si verifica una semplice modifica nel rapporto di lavoro preesistente, che consiste nel mero mutamento della località nella quale il dipendente è tenuto, in via stabile, a rendere la propria prestazione lavorativa nei confronti del medesimo datore di lavoro pubblico. Tale modificazione, sia essa a domanda o disposta d'ufficio, sia essa permanente (come nel caso della mobilità) o temporanea (ad esempio nel "distacco" o nella "missione"), non può che essere ritenuta un aspetto relativo alla regolazione ed alla gestione del rapporto di lavoro già instaurato, ove la p.a. agisce con poteri di natura datoriale cui si fronteggiano i diritti soggettivi dei lavoratori discendenti dalla legge, dalla contrattazione collettiva e dai contratti di lavoro individuali.

In secondo luogo, poi, si rileva come il d. lgs. n. 267/94, al comma sesto dell'articolo 462 sui trasferimenti a domanda, delimiti il raggio di azione dell'ordinanza ministeriale con la quale è possibile, esclusivamente, stabilire "il termine per la presentazione delle domande, i documenti che gli aspiranti debbono produrre a corredo delle domande stesse e gli adempimenti propri del provveditore agli studi", restando il resto della disciplina sulla mobilità attratta nell'ambito della contrattazione collettiva, così come previsto non solo dal richiamato d. lgs. n. 297/94 ma anche dal combinato disposto di cui agli artt. 2, co. 2 e 40, co. 1 del d. lgs. n. 165/2001. L'ordinanza in parola risulta così avere un contenuto complesso, posto che in parte si limita a richiamare i contenuti sostanziali in tema di mobilità concordati tra l'Amministrazione e le organizzazioni sindacali in sede di contrattazione collettiva e, negli stretti limiti di quanto stabilito dal richiamato art. 462 del T.U. sull'Istruzione, disciplina poi i residuali aspetti formali della procedura. Quest'ultima prerogativa riconosciuta dalla legge al Ministro dell'Istruzione, tuttavia, pur di natura unilaterale in quanto non soggetta a concertazione con le parti sociali, non può certo essere accostata ad un potere di natura pubblicistica che la legge attribuisce alla p.a. per la cura

concreta di un interesse pubblico anch'esso individuato da norme di rango primario. A venire in rilievo, invero, è uno dei tanti poteri riconosciuti al datore di lavoro nella organizzazione del rapporto di impiego alle dipendenze dell'Amministrazione sottratto alla contrattazione collettiva, così come espressamente previsto dal quarto periodo dell'art. 2, co. 2 del T.U.P.I., senza che in tali circostanze si possano ravvedere poteri pubblicistici ma, semmai, dei poteri organizzativi unilaterali riconosciuti dalla legge al datore di lavoro pubblico.

Per tali ragioni, il Collegio intende dunque richiamare gli approdi raggiunti sul tema dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che con le sentenze nn. 4318/2020 e 8098/2020 oltre a confermare il loro consolidato e precedente indirizzo, hanno altresì precisato, tra l'altro, che "nell'ambito delle procedure di mobilità del personale docente ritenuta oggetto di contrattazione collettiva e dunque sottratta all'ambito dei poteri amministrativi ed autoritativi dell'amministrazione -, si è ravvisato l'esercizio di poteri della P.A., quale privato datore di lavoro, con riferimento all'ordinanza intervenuta a disciplinare le modalità di applicazione e svolgimento della procedura di mobilità, come definite dalla contrattazione collettiva integrativa nazionale, non ravvisandosi neppure un atto di macro organizzazione essendo il provvedimento amministrativo limitato alla previsione di norme di dettaglio circa i termini e le modalità di presentazione delle domande". L'ordinanza impugnata, quindi, "non può essere neppure qualificata come atto di macro organizzazione, dal momento che, lungi dal dettare le linee fondamentali di organizzazione degli uffici o dal determinare le dotazioni organiche complessive, essa si limita alla previsione di norme di dettaglio circa i termini e le modalità di presentazione delle domande".

Sulla impossibilità di ricondurre l'ordinanza ministeriale agli atti di macro-organizzazione, peraltro, anche il Consiglio di Stato si è recentemente espresso in tal senso con la sentenza n. 702/2020, aderendo al richiamato indirizzo delle Sezioni Unite della Cassazione.

Il Giudice della giurisdizione ha poi ricordato che "in forza degli artt. 5 e 386 c.p.c., la giurisdizione si determina in base alla domanda e, ai fini del riparto tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il petitum

sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, in funzione della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione (v. Cass., Sez. Un., 26/6/2019, n. 17123; v. pure Cass. Sez. Un., 19/11/2019, n. 30009; Cass. Sez. Un., 23/09/2013, n. 21677)”.

Quest'ultimo aspetto risulta essere estremamente rilevante con riferimento all'odierno giudizio, dovendosi rilevare come non sia sufficiente avere riguardo al solo petitum formale veicolato dal ricorso collettivo oggi preso in esame, con cui i ricorrenti hanno chiesto l'annullamento dell'ordinanza ministeriale regolante la procedura di mobilità relativa all'a.s. 2020/21. La natura giuridica non già di atto di “macro-organizzazione” ma di atto di organizzazione di natura datoriale, disciplinato nei suoi contenuti sostanziali in sede di contrattazione collettiva, fa ritenere che non sia revocabile in dubbio che l'atto in parola non sia assolutamente in grado di incidere, in via immediata e diretta, la posizione giuridica soggettiva dei ricorrenti appuntata su interessi legittimi, difettandosi in tal caso del necessario sostrato costituito dalla spendita di poteri di natura pubblicistica. A residuare, semmai, sono situazioni soggettive configurabili alla stregua di diritti soggettivi di natura giuslavoristica. Da ciò discende che nella regolazione e nello svolgimento delle procedure di mobilità riferibili ai dipendenti pubblici, rientrando nella sfera gestionale del rapporto di lavoro, non possono che stagliarsi sullo sfondo delle posizioni di diritto soggettivo conoscibili dal giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro. In tal senso, peraltro, anche le richiamate pronunce delle Sezioni Unite hanno “escluso la configurabilità di situazioni di interesse legittimo con specifico riguardo ad ipotesi di procedura di mobilità del personale docente ed hanno qualificato come diritto soggettivo l'interesse pregiudicato da decisioni assunte in esito a procedimenti riconducibili all'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, senza che rilevi che la pretesa giudiziale sia stata prospettata come richiesta di annullamento di un atto amministrativo (v. Cass. Sez. Un., 27/12/2011, n. 28800, che rinvia a Cass. Sez. Un., 25/3/2005, n. 6421)”.

Ad abundantiam, seppur in via meramente ipotetica e residuale, il Collegio ritiene che anche a voler ammettere la possibilità per il g.a. di pronunciarsi con un giudicato di

annullamento sull'odierna controversia, circostanza che comunque deve intendersi preclusa per le ragioni sinora evidenziate, una sentenza di tal fatta sarebbe comunque inutiliter data, profilandosi una carenza di interesse originaria ad impugnare l'ordinanza in parola. Sul punto, invero, come già precisato in precedenza, l'art. 470, co. 1 del d. lgs. n. 297/94 esclude in nuce la possibilità di spendita di poteri pubblicistici da parte del M.I.U.R., riservando alla contrattazione collettiva il compito di disciplinare gli aspetti salienti in tema di mobilità del personale docente. Un'ipotetica caducazione dell'ordinanza ministeriale, pertanto, non potrebbe comunque condurre alla soddisfazione dei ricorrenti e ciò nella considerazione che nel riesercizio della sua azione il Ministero intimato non potrebbe conformarsi al giudicato, essendogli preclusa la possibilità di incidere unilateralmente su aspetti devoluti dalla legge alla contrattazione collettiva. A ciò si aggiunga il fatto che l'ipotetica pronuncia con cui si dovesse caducare l'ordinanza ministeriale per la sua illegittimità derivata lascerebbe comunque pienamente efficaci i contratti collettivi ivi richiamati che, a ben vedere, resterebbero del tutto insensibili all'effetto demolitorio del giudicato amministrativo e che comunque, per effetto di quanto stabilito dall'art. 2, co. 2 del T.U.P.I., al quarto periodo segnatamente, "Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 40, comma 1 (tra cui rientra la mobilità), e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, da successivi contratti o accordi collettivi nazionali".

Per le suesposte ragioni il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per rientrare nella sfera di conoscibilità del giudice del lavoro”;

Ritenuto pertanto, alla luce di quanto sopra partitamente riportato, di dichiarare in ammissibile il presente ricorso per difetto di giurisdizione del giudice adito. In considerazione della peculiarità delle questioni trattate e dell'esito del giudizio sussistono eccezionali ragioni per compensare le spese dell'odierno 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.

Il giudizio potrà essere riassunto davanti al giudice ordinario nel termine di tre mesi dal passaggio in giudicato di questa sentenza facendo salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda ex art. 11 c.p.a.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

Emiliano Raganella, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.