

00561/09



ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE BOLLI - ESENTE DIRITTI

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

SEZIONI UNITE CIVILI

lavoro pubblico
privatiz- Incarichi di
presidenza -
Regolamento prev. di
giusdiz.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. VINCENZO CARBONE - Primo Presidente -
- Dott. ROBERTO PREDEN - Presidente di Sezione -
- Dott. FRANCESCO FELICETTI - Consigliere -
- Dott. ALDO DE MATTEIS - Consigliere -
- Dott. ALFONSO AMATUCCI - Consigliere -
- Dott. LUIGI MACIOCE - Consigliere -
- Dott. ETTORE BUCCIANTE - Consigliere -
- Dott. EMILIO MALPICA - Consigliere -
- Dott. GIOVANNI AMOROSO - Rel. Consigliere -

R.G.N. 10414/2007

Cron. 561

Rep.

Ud. 02/12/2008

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 10414-2007 proposto da:

BOTTI ELISABETTA, elettivamente domiciliata in ROMA,
VIA FEDERICO CESI 72, presso lo studio dell'avvocato
CARBONI GIUSEPPE, che la rappresenta e difende
unitamente all'avvocato MOGLIA MARCO, per procura in
calce al ricorso;

2008

- *ricorrente* -

1174

contro

M.I.U.R. - MINISTERO DELL'UNIVERSITA' E RICERCA, in

persona del Ministro pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso lo studio dell'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- **controricorrente** -

nonchè contro

CHIODO ALDO;

- **intimato** -

per regolamento preventivo di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 743/2005 del TRIBUNALE di PARMA;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 02/12/2008 dal Consigliere Dott. GIOVANNI AMOROSO;

lette le conclusioni scritte dal Sostituto Procuratore Generale dott. Marco PIVETTI, il quale chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione dichiarino la giurisdizione del giudice ordinario.

10414/2007 r.g.n.
ud. 2 dicembre 2008

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso al Tribunale di Parma, Sezione Lavoro, la prof. Elisabetta Botti, insegnante titolare di disegno e storia dell'arte (concorso A025) presso il Liceo Scientifico "Ulivi" di Parma, esponeva quanto segue.

Nella graduatoria "B" per gli incarichi di presidenza dell'anno scolastico 2005/2006, settore formativo della scuola secondaria superiore, l'insegnante figurava ventiseiesima con i seguenti punteggi ed annotazioni: servizio docente 45; incarichi vari 1; titoli culturali II; riserva N; totale 57. A seguito dell'accertamento condotto presso la Commissione di prima istanza dell'Unità Sanitaria Locale di Parma, la professoressa risultava "invalido con riduzione della capacità lavorativa in misura superiore ad 1/3 ed inferiore a 2/3 - 67%", come tale avente diritto ai benefici di cui alla legge 5.2.1992, n. 104; conseguentemente, era stata iscritta nella predetta graduatoria beneficiando della quota di riserva "N", così come classificata dall'allegato "A" dell'Ordinanza Ministeriale 23 marzo 2005, n. 40.

La Direzione generale dell'ufficio scolastico regionale per l'Emilia Romagna, Centro servizi amministrativi di Parma, che pure in un primo momento aveva conferito l'incarico di Presidenza dell'Istituto Scolastico "Paciolo - D'Annunzio" di Fidenza per l'anno scolastico 2005/2006, seguendo l'ordine di graduatoria e tenendo conto delle riserve di posti, affidandolo alla prof. Botti, tuttavia con successivo decreto n. 15.981 emesso dal medesimo Ufficio in data 3 agosto 2005, trasmesso con missiva del 3 agosto 2005, prot. n. 205/Ris., decretava l'annullamento del precedente provvedimento di conferimento di incarico di presidenza n. 14.198, adducendo che in conformità alla nota del 27 luglio 2005, prot. 967, l'Ufficio legislativo aveva condiviso la linea interpretativa precedentemente resa con richiesta di parere n. 834 del 4-7-2005 secondo la quale, benché la lettura della norma sembrerebbe far

riferimento al complesso dei posti occupati e non al solo segmento di quelli interessati alla procedura di copertura dei posti a titolo di incarico di presidenza", andava operato un computo separato, ai fini delle riserve, per il solo contingente dei posti da attribuire per gli incarichi di presidenza: su tale premessa, il Centro servizi amministrativi di Parma provvedeva a rideterminare il calcolo della quota di riservisti sulla sola compagine numerica dei posti vacanti in luogo di quella coincidente all'effettiva pianta organica.

La ricorrente lamentava che ove il criterio di calcolo della quota spettante ai riservisti fosse stato effettuato sulla base dei posti occupati in organico, ella avrebbe visto riconosciuta la Presidenza dell' Istituto scolastico "Paciolo - D'Annunzio", laddove era stato applicato il criterio di cui alla citata nota interpretativa, sicché non si era determinata alcuna aliquota di posti da assegnare alle categorie di riservatari prevista dall'art. 3, legge 68/1999 e conseguentemente la prof. Botti non aveva avuto titolo alla nomina.

2. Esponendo quando sopra riportato, la prof. Botti proponeva azione in giudizio innanzi al Tribunale di Parma, Sezione Lavoro, deducendo che il proprio diritto all'incarico derivava dalla legge 12 marzo 1999, n. 68 (il cui art. 3 della citata legge prescrive che "I datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad avere alle loro dipendenze lavoratori appartenenti alle categorie di cui all'articolo 1 nella seguente misura: a) sette per cento dei lavoratori occupati, se occupano più di 50 dipendenti "" (omissis) ... ", con l'ulteriore previsione, di cui al comma VI, che "Agli enti pubblici economici si applica la disciplina prevista per i datori di lavoro privati") e dal D.L. 28 maggio 2004, n. 136, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 27-7-2004, n. 186 (il cui art. 8-bis espressamente prevede che "Le riserve di posti previsti dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, si applicano alle procedure concorsuali previste dall'art. 29 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; ivi incluse quelle per il conferimento degli incarichi di presidenza di durata annuale, negli istituti e nelle scuole di istruzione secondaria, nei licei artistici e negli istituti d'arte").

Chiedeva quindi di accertare e dichiarare, disattendendo quanto previsto nel decreto n. 15.981, emesso dal dirigente delegato dell'Ufficio scolastico regionale per l'Emilia Romagna, Centro Servizi Amministrativi di Parma in

data 3 agosto 2005 (trasmesso con missiva del 3 agosto 2005, prot. n. 205/Ris.), con cui veniva decretato l'annullamento del precedente provvedimento di conferimento di incarico di presidenza n. 14.198, che la ricorrente aveva diritto al conferimento dell'incarico di Presidenza presso l'istituzione scolastica dell'IS "Paciolo _ D'Annunzio" di Fidenza (PR) per l'anno scolastico 2005/2006, con decorrenza giuridica dal 10 settembre 2005 ed economica dalla data di effettiva assunzione in servizio; di accertare e dichiarare il diritto del ricorrente ad essere inquadrata nella posizione corrispondente alla Presidenza dell'Istituto scolastico precedentemente assegnata a far data dallo settembre 2005 ed a vedersi riconoscere il relativo trattamento economico; di condannare il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca. in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, a dare esecuzione a quanto precedentemente richiesto, se del caso ripristinando la situazione determinatasi prima del cit. decreto n. 15.981, con condanna al risarcimento dell'eventuale danno cagionato.

Più specificamente, la prof. Botti chiedeva un provvedimento di urgenza al fine di anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.

3. Il tribunale accoglieva la domanda cautelare ed il relativo provvedimento veniva confermato all'esito del reclamo interposto dall'amministrazione.

La prof. Botti quindi introduceva il ricorso di merito.

In tale giudizio si costituiva il prof. Chiodo ed altresì il Ministero dell'Istruzione, chiedendo il rigetto del ricorso: il Ministero chiedeva altresì in via pregiudiziale il rigetto del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice adito.

4. La prof.ssa Elisabetta Botti contestava l'eccezione di giurisdizione proposta dal Ministero convenuto adducendo che nel caso di specie la vertenza era compresa tra le materie sottratte alla giurisdizione della magistratura amministrativa.

5. Nella pendenza di questo giudizio la prof.ssa Botti proponeva regolamento preventivo di giurisdizione onde dirimere la questione alla stregua

dell'art. 41 cod.proc.civ. e chiedendo dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

Deduceva in particolare in diritto che la controversia riguardava il conferimento di un incarico temporaneo (annuale) di presidenza, non investendo in alcun modo la procedura concorsuale posta a monte del conferimento dell'incarico medesimo, ma facendosi solo questione di riserva di posti, ferma restando la graduatoria approvata, sicché si rientrava nella fattispecie espressamente prevista dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1, che, devolve al giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti, i quali, quando siano rilevanti ai fini della decisione, sono disapplicati dal giudice se illegittimi.

6. Il MIUR resisteva con controricorso nel quale si chiedeva dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

Deduceva in particolare che il quarto comma del d.lgs. 165/200 quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore, residuando in tal modo la giurisdizione del giudice ordinario unicamente nelle controversie attinenti ai concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area funzionale, mentre la giurisdizione del giudice amministrativo rimane in tutte le restanti controversie relative a concorsi per soli candidati esterni, a concorsi misti, ed ancora a concorsi per soli interni che comportino passaggio da una fascia o area funzionale ad altra.

7. Il P.G. ha concluso per la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il ricorso per regolamento di giurisdizione la ricorrente chiede dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario nell'instaurata controversia

relativa al conferimento dell'incarico di Presidenza presso un'istituzione scolastica con particolare riferimento alla azionata pretesa di conferimento dell'incarico in applicazione delle quote di riserva previste per l'assunzione obbligatoria in favore di invalidi.

2. Il ricorso è fondato e va quindi dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

Questa Corte (Cass., sez. un., 13 febbraio 2008, n. 3409) ha già affermato che in materia di assunzione di disabili e con riferimento alla riserva prevista in loro favore, le controversie nelle quali non si contesta la graduatoria ma il riparto dei posti dei riservatari nell'ambito delle fasce sono riconducibili all'ambito privatistico e spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, venendo in questione la fase successiva rispetto al procedimento amministrativo ed all'attività autoritativa che si esaurisce con l'approvazione della graduatoria. Sulla base del suddetto principio questa Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto la giurisdizione dell'a.g.o., in controversia relativa alla mancata assunzione di un docente disabile, nella quale non veniva contestata la graduatoria ma su di essa veniva basata la pretesa all'assunzione. Cfr. anche Cass., sez. un., 10 gennaio 2007, n. 227, che ha ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario, in un caso di assegnazione temporanea dell'incarico di dirigente scolastico in base a riserva di posti, e Cass., sez. un., 30 novembre 2006, n. 25521, secondo cui spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto l'assegnazione di un incarico temporaneo (annuale) di dirigente scolastico, ove la situazione soggettiva fatta valere dall'interessato sia il diritto ad ottenere l'incarico in luogo di un altro soggetto, che abbia beneficiato di una riserva di posti.

A tal proposito questa Corte (Cass., sez. un., 7 luglio 2005, n. 14252) ha ulteriormente precisato che "la materia del conferimento degli incarichi risulta sottratta al dominio degli atti amministrativi perché non compresa entro la soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e concernente, invece, il piano del funzionamento degli apparati e, quindi, l'area della capacità di diritto privato: il conferimento, infatti, è atto che

presuppone il disegno organizzativo degli uffici ed appartiene al settore della gestione dei rapporti di lavoro".

Rileva altresì la giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis* Cass., sez. un., 20 aprile 2006, n. 9164) che, ampliando in via interpretativa la fattispecie, prevista in via di eccezione, dal quarto comma dell'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001, ha affermato che, ove sia identificabile una suddivisione in "aree" delle qualifiche in cui è ripartito il personale delle pubbliche amministrazioni, perché prevista dalla legge (per i dirigenti - articolati anche in "fasce" - nonché - con la mediazione della contrattazione collettiva di comparto - per i vice-dirigenti) o perché introdotta anche per altre qualifiche da contratti o accordi collettivi nazionali di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 40 la procedura selettiva di tipo concorsuale (concorsi cd. "interni") per l'attribuzione a dipendenti di Amministrazioni pubbliche della qualifica superiore che comporti il passaggio da un'area ad un'altra ha una connotazione peculiare e diversa, assimilabile alle "procedure concorsuali per l'assunzione", e vale a radicare - ed ampliare - la fattispecie eccettuata, rimessa alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi del quarto comma del cit. art. 63. Fuori da questa ipotesi - ossia laddove il concorso interno riguardi la progressione verso una qualifica superiore appartenente all'ambito della stessa "area" ovvero verso una qualifica superiore tout court, per il fatto che la contrattazione collettiva nazionale non utilizzi affatto il modulo organizzativo dell'"area" per accorpare qualifiche ritenute omogenee - non opera la fattispecie eccettuata del quarto comma dell'art. 63 cit. e conseguentemente si riespande la regola del primo comma della medesima disposizione che predica in generale la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie aventi ad oggetto il lavoro pubblico privatizzato.

3. Nella specie da una parte deve rilevarsi che la procedura concorsuale si è esaurita ed il suo rituale svolgimento fino alla graduatoria finale non è contestato, controvertendosi soltanto sull'esistenza, o meno, di una riserva di posti *ex lege* in favore del personale ricadente nelle ipotesi di cui alla legge n. 68 del 1999 e contrassegnato nella graduatoria stessa mediante la mera annotazione accanto al loro nominativo delle sigle "N" (Invalido civile) ed

"M" (Orfano o vedovo di guerra, per servizio o per lavoro); in proposito questa Corte (Cass., sez. un., 15 maggio 2003, n. 7507) ha affermato che sussiste la giurisdizione ordinaria in relazione alla controversia che verta sul diritto all'assunzione dell'invalide, appartenente ad una delle categorie riservatarie, che si sia utilmente collocato nella graduatoria di merito di un concorso bandito da un ente pubblico non economico; in tale evenienza - ha precisato questa Corte - "la procedura concorsuale è il mero presupposto di operatività della particolare protezione accordata a determinate categorie di aspiranti all'impiego, di guisa che quest'ultima, se controversa, assume una sua autonomia in funzione dell'identificazione dell'oggetto della lite".

D'altra parte c'è da considerare che comunque la procedura concorsuale non è stata diretta all'assunzione in servizio, nè ha avuto ad oggetto l'attribuzione di una qualifica superiore, quale quella di dirigente scolastico, appartenente ad un'area diversa da quella di provenienza, ma ha riguardato unicamente l'assegnazione di un incarico temporaneo, esaurito il quale il docente è destinato ad essere restituito alle sue mansioni d'origine. Sicchè non si ricade nella fattispecie eccettuata del quarto comma dell'art. 63 cit., che, pur nella ricordata interpretazione estesa all'ipotesi dei concorsi interni per progressione verso un'area di livello superiore, ha contorni ben limitati, stante comunque il carattere eccezionale della residuale giurisdizione del giudice amministrativo in ordine a controversie in materia di lavoro pubblico privatizzato; bensì si versa nella fattispecie generale del primo comma della medesima disposizione, che appunto radica la giurisdizione del giudice ordinario.

Non rileva invece ai fini della questione di giurisdizione la recente sentenza n. 190 del 2006 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 bis d.l. 28 maggio 2004, n. 136, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 luglio 2004, n. 186, nella parte in cui stabilisce che le riserve di posti previste dalla l. 12 marzo 1999 n. 68 a favore dei disabili, si applicano anche alle procedure per il conferimento di incarichi di presidenza negli istituti e nelle scuole di istruzione secondaria, nei licei



artistici e negli istituti d'arte. Il fatto che la norma sulla base della quale si fonda la pretesa azionata in giudizio dall'odierna ricorrente sia stata dichiarata incostituzionale attiene al merito e non già alla giurisdizione.

4. Il ricorso va quindi accolto con affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

Sussistono giustificati motivi per compensare tra le parti le spese di questo giudizio.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte a Sezioni Unite, pronunciando sul ricorso, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; compensa le spese di questo giudizio.

Così deciso in Roma il 2 dicembre 2008

Il Presidente

(Vincenzo Carbone)


IL CANCELLIERE
Giovanni Giambattista

Depositata in Cancelleria
14 GEN. 2009
oggi,
IL CANCELLIERE
Giovanni Giambattista

