

Pubblicato il 09/03/2021

N. 02008/2021REG.PROV.COLL.

N. 00715/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 715 del 2021, proposto da Udir Associazione Nazionale dei Dirigenti Scolastici, delle Professionalità dell'Area dell'Istruzione e della Ricerca, Paola Adami, Aurora Alfano, Maria Filippa Amaradio, Giovanna Ambrosiano, Flavio Arpini, Teresa Assaiante, Agata Balsamo, Gisella Barbagallo, Silvia Bassi, Mario Bonanno, Alfio Borzì, Erminia Bosnia, Giuseppe Bruno, Maria Buffa, Maria Antonella Caggiano, Vincenza Caleca, Loredana Cascelli, Carmelo Ciringione, Lenora Coco, Stefania Cocuzza, Maria Conserva, Antonella Maria Rita Coppola, Maria Ausilia Corsello, Maria Patrizia Costantini, Carmela Cuccurullo, Francesca Curro', Maria Rosaria D'Alfonso, Cinzia D'Amico, Angela Maria Anna D'Arienzo, Angelo D'Avanzo, Anna De Laurentiis, Ginevra De Majo, Daniela Denaro, Maria Desideri, Vincenza Aurora Di Liberto, Francesco Di Majo, Carmela Di Perna, Daniela Di Piazza, Antonio Di Riso, Vincenzo Di Salvo, Anna Maria Di Santo, Giuseppe Di Vico, Calogera Duminuco, Sparacia Emilia, Arena Emilia, Paola Felicetti, Alessandro Ferraiuolo, Santa Ferrantelli, Rosanna Maria Luisa Ferraro, Giampiero Finocchiaro, Patrizia Fiori, Annalisa Fiorini, Eufrosia Fonzo, Maria Teresa Frasseti, Giuseppina Furnari, Anna Maria Gammeri, Rosanna Maria Genco, Anna Giaccone, Maria Francesca Giammona, Concetta Giannino, Maria Grazia Gillone, Laura Maria Gioia, Antonella Giugliano, Fanny Greco, Sauastita Guta, Lucia Assunta Ievolella, Giuseppe Inglese, Patrizia Italia, Gaetano Iudica, Antonino Mario La Mendola, Maria La Rosa, Anna Maria Lamberti, Ester Elide Lemmo, Serafino Lo Cascio, Salvatore Lo Presti, Vito Lo Scrudato, Stefania Lombardi, Riccardo Lombardo, Laura Longo, Antonino Macula, Maria Magaraci, Enrica Marano, Francesco Marchese, Salvatore Maresca, Sergio Marra, Franca Masi, Pietro Masuri, Giuseppa Mazzarino, Addolorata Mazzotta, Marillina Meloni, Antonina Milici, Giacomo Antonio Mondelli, Beatrice Moneti, Emanuele Morea, Brigida Morsellino, Luigi Napoli, Immacolata Nespoli, Valeria Salvatrice Nicosia, Maria Novelli, Antonio Palcich, Tiziana Anna Palmieri, Angela Palomba, Antonietta Panarello, Antonio Pizzarelli, Amato Polidoro, Maria Vittoria Pomili, Maria Antonietta Porcu, Carmela Prisco, Francesco Provenzano, Adriana Quattrocchi, Maria Paola Raia, Pietro Rapisarda, Sabrina Rega, Patrizia Teresa Revello, Maria

Ricciardello, Caroleo Roberto, Patrizia Roccamatysi, Raffaele Romano, Marina Rossi, Rosalba Giuseppina Sabatino, Grazia Maria Sabella, Rosa Elena Salamone, Simona Sansosti, Vincenzo Scanu, Loredana Schillaci, Stefana Scolaro, Lucia Scuteri, Annamaria Sirolli, Vincenzo Spinella, Anna Vania Stallone, Antonella Tafuri, Loredana Teodoro, Loredana Termite, Lucrezia Angela Tinnirello, Guerritore Patrizia Tramontano, Angela Tuccio, Concetta Patrizia Tumminia, Patrizia Varicelli, Maria Antonia Vitale, Amelia Viterale, Annalisa Wagner e Leon Zingales, rappresentati e difesi dagli avvocati Nicola Zampieri e Walter Miceli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Salvatore Russo in Roma, via Ottaviano, n. 9;

contro

Ministero dell'Istruzione, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Maria Grazia Antinoro, Mariagrazia Cianciulli, Teresa Coronella, Alfonsina Corvino, Teresa Di Gennaro, Severino Loiacò, Giustina Monteforte, Annamaria Orso, Rosa Petrillo, Carmela Pittera, Raffaele Prodomo, Gelsomina Raia, Maria Luisa Rainaldi, Aldo Sarchioto, Brunella Scandura, Annarita Tamponi e Sabrina Zottola, rappresentati e difesi dall'avvocato Fortunato Niro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Salvatore Russo in Roma, via Ottaviano, n. 9;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 10875/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021 il Cons. Giordano Lamberti e dato atto che l'udienza si svolge ai sensi degli artt. 4, comma 1, del Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 e 25 del Decreto Legge n. 137 del 28 ottobre 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato che:

- gli appellanti sono dirigenti scolastici che lamentano un'illegitima decurtazione del loro salario accessorio a causa dell'abbassamento dell'importo delle risorse del Fondo Unico Nazionale ("FUN") dell'a.s. 2017/2018, destinate ad alimentare la retribuzione di posizione (fissa e variabile) e di risultato dei Dirigenti Scolastici;

- gli stessi hanno impugnato avanti il T.A.R. per il Lazio il decreto n. 1486 del 2019, nella parte in cui calcola il Fondo unico nazionale senza tenere conto della retribuzione individuale di anzianità del personale dirigenziale;

- il T.A.R., con la sentenza n. 10875/2020, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, rilevando che la legge demanderebbe alla contrattazione collettiva la determinazione del FUN e che il decreto n. 1486/2019 non sarebbe un provvedimento amministrativo generale o di macro organizzazione, in quanto si limiterebbe a recepire gli accordi collettivi tra parte pubblica e le Organizzazioni Sindacali;

considerato che:

- l'oggetto della domanda proposta dai ricorrenti è costituito esclusivamente dalla richiesta di annullamento del decreto n. 1486/2019, per la violazione e falsa applicazione della normativa contabile; non sono stati invece impugnati gli atti applicativi del detto decreto, né i ricorrenti avanzano una pretesa alla corretta determinazione della loro retribuzione di posizione o di risultato; invero, con l'impugnazione del decreto, che è volto a finanziare il salario accessorio di tutti i dirigenti scolastici, si prospetta l'errata quantificazione del fondo unico nazionale, che solo successivamente verrà ripartito al fine di determinare la retribuzione accessoria del personale dirigenziale;

- la normativa demanda alla contrattazione collettiva solo la fissazione dei criteri di utilizzo del FUN e non la quantificazione dello stesso, che viene invece effettuata unilateralmente ed autoritativamente dal MIUR, con proprio decreto, sottoposto solo al visto del MEF (L'art. 7 del CCNL dell'8/7/2019 dispone che "*1. Sono oggetto di contrattazione integrativa: a) l'individuazione delle posizioni dirigenziali i cui titolari devono essere esonerati dallo sciopero, ... b) i criteri generali per la determinazione della retribuzione di risultato; c) i criteri per la corresponsione delle quote aggiuntive di retribuzione di risultato connesse ad incarichi aggiuntivi; d) i criteri per la corresponsione di quote aggiuntive di retribuzione di risultato, a valere sulle risorse destinate a retribuzione di posizione, nel caso di affidamento di incarichi ad interim o reggenze per i periodi di sostituzione di altro dirigente; e) i criteri di riparto dei Fondi tra quota destinata a retribuzione di posizione e quota destinata a retribuzione di risultato, nel rispetto delle vigenti discipline in materia stabilite a livello di contratto collettivo nazionale, nonché i criteri di riparto su base regionale delle risorse del Fondo di cui all'art. 41, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 42 (Retribuzione di posizione dei dirigenti scolastici ed Afam); f) i criteri per l'esercizio dei diritti e dei permessi sindacali ai sensi dell'art. 18 del CCNQ 4 dicembre 2017*");

- in coerenza con tale assunto, con la domanda oggetto di causa si deduce la non conformità dell'atto impugnato alle leggi che regolano la materia, specie in riferimento al rispetto dei tetti di spesa fissati dalle varie leggi finanziarie e precisamente: all'art. 9 del DL. n. 78/2010, all'art. 1 della l. n. 147/2013, all'art. 1 della l. n. 208/15, all'art. 23 del d. lgs. n. 75/17 e alla l. n. 12/2019;

ritenuto che:

- l'appello proposto dagli originari ricorrenti debba trovare accoglimento, dovendosi ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo;

- il decreto impugnato deve essere qualificato alla stregua di un atto amministrativo, trattandosi di un provvedimento avente efficacia generale, con cui l'Amministrazione ha unilateralmente ed autoritativamente determinato il Fondo Unico Nazionale per la retribuzione di posizione e di risultato dei dirigenti; contrariamente alla prospettazione del giudice di primo grado non viene in considerazione l'esercizio di facoltà spettanti al datore di lavoro secondo una logica prettamente privatistica, bensì l'esercizio di un potere volto a contemperare l'interesse dei ricorrenti, beneficiari del fondo, con l'interesse pubblico alla corretta determinazione del fondo in base alla disciplina contabile e finanziaria che regola la materia;

- venendo in considerazione l'esercizio del potere amministrativo, la posizione soggettiva dei ricorrenti è di interesse legittimo, da cui la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. VI, 27/11/2020, n. 7505: *“sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti gli atti amministrativi adottati dalle pubbliche amministrazioni nell'esercizio del potere loro conferito dall'art. 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001, aventi ad oggetto la fissazione delle linee e dei principi fondamentali dell'organizzazione degli uffici – nel cui quadro i rapporti di lavoro si costituiscono e si svolgono – caratterizzati da uno scopo esclusivamente pubblicistico, sul quale non incide la circostanza che gli stessi, eventualmente, influiscono sullo status di una categoria di dipendenti, costituendo quest'ultimo un effetto riflesso, inidoneo ed insufficiente a connotarli delle caratteristiche degli atti adottati “iure privatorum” (Sezioni Unite n. 8363 del 2007); nell'emanazione di tali atti organizzativi, la pubblica amministrazione datrice di lavoro esercita un potere autoritativo in deroga alla generale previsione del successivo art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 secondo cui la gestione del rapporto avviene con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”*);

- la soluzione accolta risulta coerente anche con i principi espressi dalla Corte di Cassazione in casi analoghi, in cui si è affermato che: *“in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, rilevano la titolarità dell'interesse fatto valere e il grado di protezione accordato dall'ordinamento in relazione ai poteri attribuiti al giudice adito (vedi anche Cass., sez. un., 8 novembre 2005, n. 21592). Nel caso in esame, i dirigenti hanno chiesto la reintegrazione dell'entità dei fondi destinati ad alimentare la loro retribuzione di posizione e di risultato e, per conseguenza, la condanna della PA. a pagare loro pro quota gli importi spettanti a tale titolo. La contestazione, dunque, investe il corretto esercizio del potere amministrativo...Le situazioni giuridiche dedotte in lite, in definitiva, sono correlate esclusivamente all'illegittimo esercizio d'un potere autoritativo organizzativo”* (Cass. civ. Sez. Unite Ord., 17/11/2017, n. 27285);

- l'accoglimento dell'appello comporta l'annullamento della sentenza impugnata e la restituzione degli atti al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 c.p.a.;

- la peculiarità della controversia e la sostanziale assenza di un'opposizione effettiva da parte dell'amministrazione giustificano la compensazione delle spese di lite;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello e per l'effetto annulla la sentenza impugnata e dispone il rinvio al primo giudice dell'esame del ricorso di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 2, del codice del processo amministrativo.

Spese di lite compensate

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO