

**IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE NEL PUBBLICO IMPIEGO
ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE
COSTITUZIONALE N. 275/2001.**

di Daniela Bolognino

- 1.Introduzione.**
- 2. Interventi legislativi sull'art. 68 del d.lgs. 29/93.**
- 3. Quali posizioni in capo al lavoratore pubblico: interessi legittimi o diritti soggettivi? Quale *ratio* sottende il riparto di giurisdizione?.**
- 4. Verso un nuovo criterio di riparto di giurisdizione?.**

1.Introduzione. –

Con un lungo e faticoso cammino¹ e, nonostante autorevoli voci contrarie², la privatizzazione del pubblico impiego pare aver raggiunto un suo stabile assetto con il Testo Unico del Pubblico Impiego (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*)³.

Un progetto riformatore che ha visto, da una parte, la volontà dei sindacati maggiormente rappresentativi e, dall'altra, la volontà del Governo, volti al miglioramento dell'organizzazione della pubblica amministrazione, perseguendo come obiettivo l'efficienza, attraverso una trasparenza di azione in grado di attribuire il potere di fare e di decidere, nella consapevolezza, però, di una assunzione diretta di responsabilità, senza potersi più celare dietro il paravento della burocrazia⁴.

¹ F. CARINCI, *Spesa ultima dea*, in *Lav. p. a.*, 2001, supplemento al fascicolo 2, p. 1 ss.

² Cons. Stato, Ad. Gen., 31 agosto 1992, n. 146, in *Foro it.*, 1993, III, p. 4. In cui il Consiglio di Stato esprimeva più di una semplice perplessità affermando che una generale privatizzazione del pubblico impiego non sarebbe stata possibile “*non potendosi alterare la sostanza del rapporto di impiego pubblico che trae la sua qualificazione dalla natura degli interessi che sono implicati nell'attività amministrativa dei poteri dell'ente pubblico e delle strutture in cui i lavoratori sono inseriti*”.

³ V. TALAMO, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico “meramente compilativo”*, in *Lav. p. a.*, 2001, supplemento al fascicolo 2, p. 9 ss.

⁴ Sul perché della privatizzazione del pubblico impiego si vedano: F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, seconda ed., Milano, 2000, I, p. 180.

Detta privatizzazione non ha determinato solo la cosiddetta contrattualizzazione del pubblico impiego, contrapposta al preesistente sistema in cui vigeva il principio della fonte unilaterale di disciplina, e l'utilizzo da parte della Pubblica amministrazione, nel determinare l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2 del d.lgs. 165/2001), ma, ha attribuito al giudice ordinario, nella sua funzione di giudice del lavoro, la competenza su tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Ciò salvo le eccezioni espressamente previste dall'art. 63, comma 4, in cui si esplicita che "permangono in capo al giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi."

Proprio il riparto di giurisdizione è oggetto delle riflessioni che seguono.

Lo spunto proviene sia dall'ordinanza del 22 settembre 2000, n. 753, del Tribunale di Genova, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del d.lgs. 387/98, per violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione e per eccesso di delega nella parte in cui ha rimesso le controversie attinenti alla revoca degli incarichi dirigenziali sotto la giurisdizione del giudice ordinario, sia dalla relativa pronuncia della Corte Costituzionale n. 275 del 2001.

Secondo il Tribunale di Genova⁵, l'intento del legislatore delegante, nell'art. 11, lettera g) l. 59/97, conferendo al G. O. tutte le controversie concernenti i rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, era quello di devolvergli la conoscenza solo in via incidentale di atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione, anche nel rispetto della l. n. 2248, all. E del 1865. Tali parametri sono stati però disattesi dal legislatore delegato quando all'art. 18 del d.lgs. 387/98 ha devoluto al G. O. in funzione di giudice del lavoro le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali; infatti, attesa la natura di provvedimento amministrativo dell'atto di revoca, il G. O. verrebbe a conoscere in via principale di interessi legittimi, operando l'annullamento di un atto che ha inciso direttamente sul rapporto di lavoro e che il lavoratore stesso ha interesse a vedere rimosso.

La Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale avverso l'art. 18 del d.lgs. 387/98 promossa dal Tribunale di Genova. La Consulta ha considerato perfettamente in linea con l'esigenza di unitarietà del sistema avuta di mira dal legislatore nella norma in questione; infatti, si afferma che non comparando più, ai fini dell'esclusione del regime di diritto privato del rapporto di lavoro, la figura "dei dirigenti generali ed equiparati", anche la tutela dei dirigenti (senza distinzioni di livello) viene attratta dalla giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, il quale

⁵ Trib. Genova, ordinanza del 22 settembre 2000, n. 753, in *Lav. p. a.*, 2001, I, p. 181.

garantisce una tutela piena delle posizioni da lui considerate sulla base di quanto affermato all'art. 68 del d.lgs. 29/93 (il giudice ordinario è infatti abilitato ad adottare nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura di diritti tutelati, con capacità anche di produrre effetti costitutivi ed estintivi del rapporto di lavoro).

Quanto ai limiti al giudicato del G.O. previsti dall'art. 5 della l. 2248, all. E, del 1865, non assurgono a principi di rango costituzionale, sicché *“è rimessa ad una valutazione discrezionale del legislatore ordinario, in relazione ad una valutazione di esigenze di giustizia e ad un diverso assetto di rapporti sostanziali, di conferire al giudice ordinario o amministrativo il potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della P.A”*. E' comunque escluso che possa sorgere una pregiudizialità amministrativa.

2. Interventi legislativi sull'art. 68 del d.lgs. 29/93.

Norma fondante il nuovo riparto di giurisdizione è l'art. 68 del d.lgs. 29 /93 (adesso trasfuso nell'art. 63 del T.U. n. 165 del 2001), che ha subito non poche modifiche nell'intento di rendere sempre più esplicita la trama tessuta dal legislatore. L'originario testo dell'art. 68 è stato bene presto modificato con il d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546, in cui il legislatore ha esplicitato in via esemplificativa e non tassativa una serie di materie⁶ affidate al giurisdizione del giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro, anche al fine di scongiurare il rischio di una interpretazione estensiva delle materie affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo a danno del giudice ordinario⁷. Nonché, al comma 2, si attribuiscono al giudice amministrativo anche le controversie riguardanti il rapporto d'impiego dei professori e ricercatori universitari (art. 2, comma 5, d.lgs. 29/93) oltre a quella che già permaneva in capo al G.A. per le categorie di cui all'art. 2, comma 4, d.lgs. 29/93.

⁶ Periodo di prova, diritti patrimoniali di natura retributiva, diritti patrimoniali di natura indennitaria e risarcitoria, progressioni ed avanzamenti e mutamenti di qualifica o di livello, applicazione dei criteri previsti dai contratti collettivi e dagli atti di organizzazione dell'amministrazione in materia di ferie, riposi, orario ordinario e straordinario, turni di lavoro e relativa distribuzione, permessi ed aspettative sindacali, tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, sospensione de altre vicende modificative del rapporto di lavoro, trasferimenti individuali e procedure di mobilità, sanzioni disciplinari, risoluzione del rapporto di lavoro, previdenza ed assistenza, con esclusione della materia pensionistica riservata alla Corte dei Conti, diritti sindacali, comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero e violazione di clausole concernenti i diritti e le attività del sindacato contenute nei contratti collettivi, pari opportunità e discriminazione nei rapporti di lavoro.

⁷ G. TRISORIO LIUZZI, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, seconda ed., Milano, 2000, III, p. 1813.

Un nuovo intervento sull'art. 68 è avvenuto ad opera del d.lgs. 80 del 1998, emanato a seguito della legge delega n. 59 del 1997,⁸ che all'art. 11, comma 4, incaricava il governo ad emanare una serie di decreti legislativi al fine di completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato. All'art. 29, del d.lgs. 80/98, si riscrive il precedente art. 68, sostituendolo con uno di "nuova formulazione", che ha dissipato una serie di dubbi soprattutto di carattere procedurale in ordine agli strumenti di azione messi in mano al Giudice Ordinario⁹.

“Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo rilevante nella controversia, non è causa di sospensione del processo.

Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione i norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro.

Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'art. 45 e seguenti del presente decreto.

Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2, commi 4 e 5, ivi comprese quelle attinenti i diritti patrimoniali connessi.

Nelle controversie di cui ai commi 1 e 3 e nel caso di cui al comma 3 dell'art. 68-bis, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa

⁸ Sulle problematiche all'impatto della legge delega 59/97, sull'organizzazione amministrativa e sul rapporto di lavoro nell'ambito delle pubbliche amministrazioni: L. ZOPPOLI, *I punti aperti per l'armonizzazione della disciplina del lavoro pubblico e privato*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico. Bilanci della prima tornata contrattuale, nodi problematici, prospettive*, Franco Angeli, Quaderni ARAN/11, Milano, 1999, p. 105.

⁹ Sull'art. 29 cfr., per tutti, R. TISCINI, *Commento all'art. 29*, in M. DELL'OLIO, B. SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, p. 308.

applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'art.45." (art. 68 del d.lgs. 29/93, come modificato dall'art. 29 del d.lgs. 80/98).¹⁰

Dunque al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro spetta una tutela piena nell'ambito di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni a lui affidate (l'A.G.O. è infatti abilitata ad adottare nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura di diritti tutelati, con capacità anche di produrre effetti costitutivi ed estintivi del rapporto di lavoro).

Qualora vengano in questione atti amministrativi presupposti, e siano rilevati ai fini della decisione, il G.O. ha il potere di conoscerli *incidenter tantum*, disapplicandoli, se ritenuti illegittimi. (art. 63, comma 1, d.lgs. 165/2001).

Intendendo per atti amministrativi presupposti, quelli individuati dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 165/2001, i cosiddetti atti di macro organizzazione, attraverso i quali la P.A. individua le linee fondamentali di organizzazione degli uffici.¹¹

Da ultimo è intervenuto il d.lgs. 387/98 con l'art. 18, che ha aggiunto al primo comma dell'art. 68, del d.lgs. 29/93, le controversie attinenti al "conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale".¹² (Le modifiche intervenute sull'articolo in questione, a seguito dell'intervenuto T.U. n. 165/2001, sono solo di carattere "compilativo" e non sostanziale, almeno per ciò che concerne il riparto di giurisdizione)

3. Quali posizioni in capo al lavoratore pubblico: interessi legittimi o diritti soggettivi? Quale *ratio* sottende il riparto di giurisdizione?.

- Le continue innovazioni dell'art. 68, del d.lgs. 29/93 mettono in luce l'importanza che ha assunto il riparto di giurisdizione nella privatizzazione del pubblico impiego; tanto importante da indurre il legislatore ad anticipare il suo termine, previsto inizialmente per il terzo anno successivo all'emanazione del decreto legislativo e comunque non prima del compimento della fase transitoria (art. 2, comma 1, L. n. 421/92), al 30 giugno 1998, quale termine di demarcazione tra competenze del giudice ordinario, che vede attribuirsi le controversie attinenti

¹⁰ E' importante ricordare che all'art. 45, comma 17 del d.lgs. 80/98, il legislatore ha attribuito al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro le controversie attinenti al periodo del rapporto di lavoro successive al 30 giugno 1998, attribuendo quelle anteriori a detto periodo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; questioni, queste ultime, da proporre a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

¹¹ G. TRISORIO LIUZZI, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, cit., p. 1830.

¹² Tale ultima innovazione va letta alla luce delle altre innovazioni introdotte che riguardano gli artt. 19, 21 e 24 del d.lgs. 29 /93 che hanno chiarito la natura contrattuale dell'incarico di direzione e della relativa responsabilità. G. TRISORIO LIUZZI, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, cit., p. 1815.

al periodo del rapporto di lavoro successive a tale data, e giudice amministrativo cui spettano le controversie anteriori a detto periodo; questioni, queste ultime, da proporre a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000. (art.45, comma 17 del d. lgs 80/98). Il G.O. doveva divenire il più in fretta possibile l'arbitro delle controversie di lavoro del pubblico impiego privatizzato, evitando una lettura della recente riforma da parte del Giudice Amministrativo.¹³

Il G. O. è infatti il giudice dei diritti soggettivi, ed a lui va affidata la loro tutela. Diritti soggettivi che si riscontrano in capo al lavoratore quando viene a contatto con i poteri della P.A. che nella gestione dei rapporti di lavoro, agisce con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro.” (art. 5, comma 2, T.U. d.lgs. 165/2001).

Ma è proprio così? In capo al lavoratore “pubblico” si configurano veramente dei diritti soggettivi o permangono degli interessi legittimi? Con l'atto di conferimento e di revoca dell'incarico di dirigenziale, siamo in presenza di un atto negoziale o di un provvedimento amministrativo?

I quesiti non sono certo di poco conto, e lo dimostra l'ampio dibattito dottrinale in materia.

Partendo dal dato normativo, con la privatizzazione del Pubblico Impiego, l'art. 2 (d.lgs. 165/2001) ha distinto gli atti compiuti dalla P.A. in: atti relativi all'organizzazione delle linee fondamentali degli uffici, (art. 2, comma 1., d.lgs. 165/01), in cui la P.A. utilizza i poteri pubblici di auto-organizzazione secondo i principi generali fissati dalle disposizioni di legge; ed atti relativi alla gestione del rapporto di lavoro (art. 2, commi 2 e 3, d.lgs. 165/01), in cui la P.A., o meglio i organi preposti alla gestione, pongono in essere una attività contrattuale,^{14 15} con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2, d.lgs. 165/01).

Con riferimento agli atti posti in essere quali atti di organizzazione (art.2, comma 1), la P.A. dovrà attenersi al generale perseguimento di interessi pubblici, rispettando i principi di legalità, buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 cost., mentre gli atti posti in essere quale privato datore di lavoro, saranno pervasi dal principio di libertà d'impresa garantita dall'art. 41 Cost.¹⁶

¹³ F. CARINCI, *Spes ultima dea*, cit., p. 2.

¹⁴ (I rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa....(art. 2, comma 2); “I rapporti individuali di lavoro di cui al comma due sono regolati contrattualmente”.....(art. 2, comma 3.).

¹⁵ A. GARILLI, *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *Lav. p. a.*, 2000, p. 718; C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, seconda ed., Milano, 2000, I, p. 89.

¹⁶ U. COREA, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi nel pubblico impiego privatizzato*, in *Giust. civ.*, 2000, III, p. 2959.

¹⁶ F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, seconda ed., Milano, I, p. 230.

Alla luce di quanto affermato, quando la P. A. agisce quale privato datore di lavoro l'interesse legittimo non trova più posto,¹⁷ non vi è più spazio per una potestà autoritativa della P.A. che faccia affievolire i diritti soggettivi ad interessi legittimi¹⁸; la P.A. attua una negoziazione di tipo paritario con i lavoratori, svolgendo una mera attività negoziale, sicché, in capo al lavoratore si configura una posizione qualificabile come diritto soggettivo.¹⁹ Nei rapporti aventi ad oggetto l'esercizio dei poteri di gestione, sia ove riguardino direttamente il personale che gli assetti organizzativi dei rami bassi dell'organizzazione, la P.A. mira a soddisfare l'interesse del datore di lavoro, interesse "egoistico" rispetto agli interessi generali dell'ordinamento che continuano ad emergere in altri particolari settori del rapporto di lavoro, quali la regola del concorso pubblico, la responsabilità contabile, la disciplina dell'incompatibilità.²⁰

In tal senso sembra muoversi anche la giurisprudenza, la quale ha affermato che, a seguito delle modifiche intervenute sul d.lgs. 29/93 ad opera del d.lgs. n. 80/98, tutti gli atti dell'amministrazione direttamente o indirettamente connessi alla gestione del rapporto di lavoro hanno assunto natura privatistica. Non si tratta più quindi, di atti qualificabili come provvedimenti amministrativi, ma sono equiparabili a tutti gli effetti a quelli emessi da un privato datore di lavoro, e sono dunque soggetti ad un regime di diritto privato;²¹ mentre rimane affidata alla legge ed alla potestà amministrativa solamente l'organizzazione nel suo nucleo essenziale.²²

Il legislatore dunque, nel trasferire la giurisdizione dal Giudice Amministrativo al Giudice Ordinario, ha tenuto conto di una spiccata propensione privatistica del rapporto di impiego.

Dunque, chiave di lettura del nuovo assetto assunto dal riparto di giurisdizione, non è tanto l'art. 68 del d.lgs. 165/01, (attesa comunque la sua importanza), bensì l'art. 5 del d.lgs. 165/01. Quando questo articolo attribuisce alla P.A., nell'ambito della gestione dei rapporti di lavoro, i poteri del privato datore di lavoro, non fa

¹⁷ M. CLARICH, IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1994, p. 391.

¹⁸ Sulla teoria dell'affievolimento dei diritti soggettivi ad interessi legittimi si veda: TUCCI, *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, Milano, 1991.

¹⁹ M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la «seconda privatizzazione» del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 629; L. DE ANGELIS, *La giurisdizione nelle controversie dei dipendenti di pubbliche amministrazioni, tra interessi legittimi (anche di diritto privato), pubblici servizi, regime transitorio*, in *Lav. p. a.*, 2000, p. 308.

²⁰ LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, cit. p. 230; F. MIANI CANEVARI, dalla Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il CONSIGLIO DI STATO, sul tema « Il riparto di giurisdizione nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ».

²¹ Pret. Pesaro, ord. 8 ottobre 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 906; Trib. La Spezia, ord. 26 aprile 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2189; Pret. Venezia, ord. 21 aprile 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2190; Tar Toscana 26 marzo 1998, n. 103, in *Giur. It.*, 1998, III, p. 2190; a contrario: escludono cioè la configurabilità di interessi legittimi nell'ambito dei rapporti dei pubblici dipendenti devoluti alla cognizione del giudice ordinario: Cass. 7 aprile 1999, n. 3373, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2189; Cons. Stato, 23 dicembre 1998, n.1772, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2545; Trib. Avellino, ord. 20 aprile 1999, in *Lav. Giur.*, 1999, p. 872;

²² Corte Cost., 16 ottobre 1997, n. 309, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 3484.

che far discendere come conseguenza logica che gli atti che da questo rapporto scaturiscono siano atti negoziali, negoziali per scelta positiva del legislatore, e su di essi è il Giudice Ordinario che è chiamato a giudicare.²³

Sul fronte opposto vi è invece chi²⁴ si fa difensore di posizioni “più impopolari”. Per cui, se l’assetto di base del nostro ordinamento, non è cambiato, al giudice ordinario spetta la tutela dei diritti soggettivi ed al giudice amministrativo quella degli interessi legittimi. Quando il legislatore ha assegnato alla pubblica amministrazione i poteri del privato datore di lavoro, gli ha concesso di operare come un imprenditore, dimenticandosi che la pubblica amministrazione, un imprenditore non è. La P.A. infatti compie i suoi atti in funzione di un interesse superiore: l’interesse pubblico, che permea e trasuda da ogni sua manifestazione di volontà. Per quanto attiene al rapporto di lavoro, gli atti compiuti dalla P.A., specie per quel che riguarda i dirigenti, sono dei provvedimenti amministrativi, da cui si evince che, la tutela verso gli interessi legittimi sottesi, attiene al giudice amministrativo. Il fatto che l’atto finale sia un atto di diritto privato, non fa venir meno la funzionalizzazione delle scelte della P.A., e queste scelte devono essere giudicate dal G.A..

Posizione, meno “intransigente”, è quella di chi ha sostenuto che a seguito della privatizzazione del Pubblico Impiego gli interessi soggettivi non si siano tramutati in diritti soggettivi, bensì vadano considerati interessi legittimi di diritto privato;^{25 26} ed è questa anche la posizione anche della Cassazione, che, nella sentenza n. 41 del 2000, ha sancito che “ *per effetto della riforma del pubblico impiego, il rapporto tra P.A. e lavoratore si basa su una posizione paritetica, ed ad esso rimane estranea ogni connotazione autoritativa discrezionale;*

²³ V. CERULLI IRELLI, dalla Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il Consiglio di Stato, sul tema « Il riparto di giurisdizione nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ».

²⁴ A. ROMANO, dalla Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il Consiglio di Stato, sul tema « Il riparto di giurisdizione nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ».

²⁵ F. CARINCI, dalla Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il CONSIGLIO DI STATO, sul tema « Il riparto di giurisdizione nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ».

“.....le posizioni di interesse del lavoratore che la dottrina amministrativa definiva come degradabili tali rimangono, se questo termine si vuole utilizzare, e non attingono certo la sostanza di diritto soggettivo. In altri termini, al di là dei rivolgimenti prodotti sul piano concettuale, occorre pur sempre partire dalla concreta disciplina del rapporto. E qui vedremo che in genere l’idea della degradabilità era praticata con riferimento a situazioni nelle quali l’esercizio di un potere dell’amministrazione che incideva sugli interessi del lavoratore risultava vincolato all’esistenza di un presupposto: ad es. si può trasferire il dipendente, ma per esigenze dell’amministrazione. Orbene, la stessa situazione continua a sussistere nella cornice privatistica” , F. LISO, op.cit., p. 238.

²⁶ Sull’itinerario percorso per il riconoscimento dell’interesse legittimo di diritto privato: F. DE ANGELIS, *La giurisdizione nelle controversie dei dipendenti di pubbliche amministrazioni tra interessi legittimi (anche di diritto privato), pubblici servizi, regime transitorio*, in *Lav. p. a.*, 2000, p. 313.

*quand'anche la lesione lamentata dal prestatore del rapporto di lavoro derivi dall'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione datrice di lavoro, la situazione lesa dovrà qualificarsi come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, all'ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 c.c."*²⁷

Posizione, quest'ultima che ha condiviso anche la Consulta nella sentenza n. 275 del 2001.

Al di là delle varie posizioni esaminate, parrebbe che, per quanto se ne possa discutere, il riparto di giurisdizione non si distacchi dall'originaria impostazione della *causa petendi*. Il diritto soggettivo e l'interesse legittimo rimangono i punti fermi cui far capo nell'affidare le controversie rispettivamente al Giudice ordinario o al Giudice Amministrativo. La tutela dei rapporti di lavoro affidata al giudice ordinario, dovrebbe dunque essere ancorata alla tutela di una posizione di diritto soggettivo o di interessi legittimi di diritto privato. Certo è che, mettendo su questo piano le cose, forse nasce più di una perplessità sulla possibilità di considerare atto negoziale il conferimento e la revoca dell'incarico dirigenziale.²⁸

Occorrerebbe ricordare a tal proposito un passaggio del Tribunale di Genova, (ordinanza del 22 settembre 2000, n. 753), che alla luce del dettato normativo dell'art. 19 del d- lgs. 29/93 ha sostenuto che "*sarebbe abnorme ravvisare la natura privatistica di un atto la cui formazione vede coinvolte le più alte cariche dello Stato*".

Il fatto che al comma 2, dell'art. 19 (d.lgs. 29/93) si stabilisca che "sono definiti contrattualmente per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi, da conseguire, la durata dell'incarico, salvi i casi di revoca di cui all'art. 21, nonché il corrispondente trattamento economico", sostiene la Corte, non deve trarre in inganno, in quanto "*la stipulazione del contratto non è che una fase successiva rispetto all'emanazione di un provvedimento amministrativo il quale ha il compito di tutelare, in sede di conferimento di incarichi dirigenziali, il perseguimento di un superiore interesse pubblico*". (Tribunale di Genova, ordinanza del 22 settembre 2000, n. 753).

Pare, quindi, possibile affermare che, quanto al riparto di giurisdizione, non si debba guardare alle posizioni giuridiche tutelate²⁹, bensì alla scelta del legislatore,

²⁷ Cass., sez. un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1551.

²⁸ Sostiene l'autore che "appare difficile considerare atto negoziale l'atto di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, considerando la procedura di evidenza pubblica e natura pubblica di cui all'art. 19 del d.lgs. 29/93 ai fini dell'individuazione dei dirigenti destinatari dell'incarico e soprattutto la veste di organo politico dei soggetti considerati dotati del potere di conferire detti incarichi, formalizzati per i segretari generali dei ministeri con decreto del Presidente della Repubblica e per i dirigenti generali con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri." L. OLIVIERI, *Costituzionalmente legittimo l'art. 68 del d.lgs. 29/93, ma restano ancora in piedi i problemi sulla giurisdizione relativa agli incarichi dirigenziali*, in www.giust.it/corte/ccost_2001-275.htm;

²⁹ Un excursus sull'evoluzione in ordine al riparto di giurisdizione nel processo amministrativo: V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2000, p. 2034 ss;

il quale ha attribuito al G.O. la funzione di giudice del lavoro, non sulla base della *causa petendi*, ma utilizzando un criterio di riparto per materia.³⁰

E' questa la posizione della Consulta nella sentenza n. 275 del 2001.

Il fatto che nel caso del conferimento dell'incarico dirigenziale³¹ possa sorgere il dubbio che siamo in presenza di un atto amministrativo, vista la farragginosa procedura di cui all'art. 19 del d.lgs. 165/2001, non ha importanza. Non è la natura dell'atto che conta, è il legislatore che decide a quale giudice attribuire la competenza, e questa volta lo ha fatto con un riparto per materia. Il legislatore *“ha inteso modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti dell'amministrazione pubblica, compresi i dirigenti, secondo il regime di diritto privato del rapporto di lavoro, traendone le conseguenze anche sul piano del riparto di giurisdizione, a tutela degli stessi dipendenti, in base ad una esigenza di unitarietà della materia.”* Sicché il legislatore ha inteso *“rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze e delle attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle materie prese in considerazione”*. Se ne comprende dunque che la Consulta mira a consacrare questa giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, guardando con occhio benevolo alla privatizzazione del Pubblico Impiego. Dunque: *“E' la giurisdizione che invade la natura dell'atto e non la natura dell'atto che invade la giurisdizione”*.³²

Quanto ai limiti posti dalla legge n. 2248, del 1865 all. E, richiamati dalla Corte genovese come parametri *“imprescindibili”* a cui il legislatore avrebbe dovuto fare capo, la Consulta ritiene che non siano limiti che assurgano a valori costituzionali, sicché *“è rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze della giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali il conferimento ad un giudice, sia ordinario sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere su rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste.”* (Corte Cost. n. 275/2001).

CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1964.

³⁰ F. CARINCI, dalla Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il CONSIGLIO DI STATO, cit.; L. DE ANGELIS, *La giurisdizione nelle controversie dei dipendenti di pubbliche amministrazioni tra interessi legittimi (anche di diritto privato), pubblici servizi, regime transitorio*, in *Lav. p. a.*, 2000, p. 312.

³¹ Sulla natura dell'atto di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali si vedano: G. D'ALESSIO, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, seconda ed., Milano, 2000, I, p. 768 ss.; CORPACI, *La giurisdizione dopo la riforma: novità e prime applicazioni*, in *Lav. p. a.*, 1999, p. 1063; G. NICOSIA, *La giurisdizione del giudice ordinario sulla revoca degli incarichi dirigenziali al vaglio della Consulta: un freno alla riforma?*, in *Lav. p. a.*, 2001, p. 191 ss..

³² F. CARINCI, Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il Consiglio di Stato, sul tema *« Il riparto di giurisdizione nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni »*.

4. Verso un nuovo criterio di riparto di giurisdizione?.

- Sono dunque lontani i tempi in cui la Corte Costituzionale riteneva che il pubblico impiego si inserisse in una logica diversa dal rapporto di lavoro privato e che lo Stato si differenziasse da qualunque altro datore di lavoro. (Corte Cost., sentenza n. 68 del 1980)³³. Oggi la Consulta ha decisamente cambiato rotta ed a guardarla bene, questa sentenza, altro non è se non un ulteriore tassello che si va ad aggiungere ad un quadro che già bene si stava delineando.

E' l'ordinamento stesso, che oggi sembra tendere naturalmente verso un riparto di giurisdizione per materia. Infatti, se non si considera a se stante la privatizzazione del pubblico impiego, ma la si inserisce nell'attuale sistema normativo, ci si accorge che il legislatore, con il d.lgs. 80/98 ha, da una parte affidato al G.O. la funzione di giudice del lavoro, per tutte le materie, di cui all'art. 63, del d.lgs. 165/2001, (salvo residue eccezioni in cui permane in capo al G.A. la giurisdizione), garantendo loro una tutela piena attraverso il potere di adottare nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati; mentre, ha una cognizione *incidenter tantum* degli atti amministrativi presupposti, escludendo la pregiudiziale amministrativa; dall'altro lato abbiamo un giudice amministrativo cui è affidata la giurisdizione esclusiva su tutte le controversie, aventi ad oggetto la materia dei pubblici servizi (tra i quali il legislatore comprende quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni ed ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481), (art. 33 d.lgs. 80/98), e le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti in materia di urbanistica, ed edilizia. (art. 34, d.lgs. 80/98).³⁴

Anche al G.A. viene affidata una giurisdizione "a tutto tondo" sulle materie a lui devolute, dapprima, riconoscendogli la tutela risarcitoria dei diritti patrimoniali consequenziali, limitatamente alle materie di giurisdizione esclusiva (art. 35 d.lgs. 80/98), poi, con la modifica intervenuta ad opera dell'art. 7 della L. 205/2000, che ha inciso sull'art. 35 del d.lgs. 80/98, detta tutela risarcitoria si è estesa a tutte le materie attinenti alla giurisdizione dei tribunali amministrativi regionali³⁵.

Prende atto di questa mutata situazione, volta all'abbandono del tradizionale riparto basato sulla dicotomia diritti soggettivi interessi legittimi, anche la Cassazione, la quale, con la sentenza n. 500 del 1999, ha affermato che, per

³³ Corte Costituzionale, n. 68 del 1980, su:

www.cortecostituzionale.it/pron/Pronunce/Massime/Anno%201980/9798.htm

³⁴ S. CHIARLONI, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corr. giur.*, 1998, n. 6., p. 625.

³⁵ Sul punto, cfr., per tutti, B. SASSANI, *Commento all'art. 33*, in M. DELL'OLIO, B. SASSANI, *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, cit., p. 390.

quanto attiene al giudice amministrativo, *“si viene delineando una giurisdizione non solo nuova, rispetto al precedente assetto, ma esclusiva, nel significato tradizionale di giurisdizione amministrativa indifferentemente estesa alla cognizione degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, e piena, in quanto non più limitata all’eliminazione dell’atto illegittimo, ma estesa alla reintegrazione delle conseguenze patrimoniali dannose dell’atto, perché comprensiva del potere di disporre del risarcimento del “danno ingiusto”*”.³⁶

Dunque, la Consulta ha percepito il cambiamento in atto, ed ha sancito la salvezza dell’art. 18 del d.lgs. 387/98, ma è anche vero che ha, per così dire, *“guardato con occhio benevolo alle modifiche avvenute per mano del legislatore”*.

Occorre ricordare che nel 1996 la stessa ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, comma I, lett. A) della l. 23 ottobre 1992, n. 421, e degli art. 2, commi 2 e 4, e 16, 17, e 20, comma 1, del d.lgs. 29/93, nella parte in cui mantengono il rapporto pubblicistico di servizio per i soli dirigenti generali e privatizzano invece lo status degli altri dirigenti. La scelta fatta dal legislatore, ha affermato la Corte Costituzionale, è stata necessitata dalla *“diversità strutturale del rapporto di lavoro della dirigenza, caratterizzato dalla contemporanea esistenza di più fonti regolatrici, collocandosi a metà strada tra il modello pubblicistico e quello privatistico coerentemente con la posizione apicale propria di tale categoria rispetto al complesso del personale, più nettamente privatizzato, e, dall’altro, con il ruolo di cerniera tra indirizzo politico ed azione amministrativa che le è assegnato nel rapporto con la funzione di governo.....ritenendo che.....la posizione del dirigente non è confrontabile con quella del dirigente generale.”*³⁷

Intervenuta la riforma della dirigenza pubblica³⁸, è chiaro che le cose siano cambiate e che sia cambiato anche l’orientamento della Consulta, ma forse l’utilizzo del criterio del riparto di giurisdizione per materia è corrisposto alla presa d’atto dell’avvenuto mutamento della disciplina sostanziale, alla luce del nuovo criterio riformatore, senza, però, sciogliere i dubbi che ancora aleggiano attorno al rapporto di lavoro della dirigenza.

Dubbi ulteriormente accentuati dal disegno di legge n. 1696/2001 (atti di Camera) presentato alla Camera dei Deputati il 2 ottobre 2001, recante *“Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l’interazione tra pubblico e privato”*.

³⁶ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, n. 2, p. 115.

³⁷ Corte Cost. 25 luglio 1996, n. 313, in questa *Rivista*, 1999, II, p. 442 con nota di E. ALES, *La contrattualizzazione dei dirigenti nel pubblico impiego al vaglio della Corte Costituzionale*, p.446 ss.

³⁸ Sulla riforma della dirigenza pubblica: G. D’AURIA, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, in *Lav. p. a.*, 2001, I, p. 15 ss; B. DENTE, *Verso una dirigenza pubblica responsabile: il nodo della riforma organizzativa*, in *Lav. p. a.*, 2001, I, p. 81; G. D’ALESSIO, *La Riforma della dirigenza amministrativa nella prima elaborazione giurisprudenziale, (1998 –2000)*, in *Lav. p. a.*, 2001, I, p. 45.

Una proposta di riforma che non sembra coerente con lo spirito che ha mosso il legislatore dal 1993 ad oggi³⁹ e che incide profondamente sulla disciplina attuale della dirigenza.

Con riferimento al riparto di giurisdizione, parte della dottrina ha ipotizzato un “ritorno di fiamma” in capo al giudice amministrativo,⁴⁰ in quanto, la proposta di riforma del disegno di legge, sembra modificare l’impianto del d.lgs. n. 165/01, demandando ad una fonte provvedimentale⁴¹ il conferimento dell’incarico e l’individuazione “dell’oggetto dello stesso e degli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani ed ai programmi definiti dall’organo di vertice nei propri atti di indirizzo ed alle eventuali modifiche degli stessi che intervengono nel corso del rapporto, nonché la durata dell’incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati...” (art. 1, comma 1, lettera b) disegno di legge n. 1696/2001), affidando ad un accordo individuale la definizione del trattamento economico.⁴²

L’attuale testo di riforma, però, non prevede modifiche all’impianto del riparto di giurisdizione di cui all’art. 63 del d.lgs. n. 165/01. Si vuole dunque avallare l’orientamento della Corte Costituzionale che prevede, anche per le controversie relative al conferimento ed alla revoca degli incarichi dirigenziali, la giurisdizione del G.O. in virtù di un criterio di riparto per materia? O si prospettano futuri ripensamenti che riconducano in capo al G.A. la risoluzione delle controversie in questione?

(Daniela Bolognino)

³⁹R. DEL VECCHIO, *Riordino della dirigenza pubblica ed istituzione dell’area dei quadri intermedi nel pubblico impiego. Un’occasione da non sprecare*; su

www.giust.it/articoli/delvecchio_dirigenza.htm

⁴⁰ In senso contrario: R. DEL VECCHIO, *Riordino della dirigenza pubblica ed istituzione dell’area dei quadri intermedi nel pubblico impiego. Un’occasione da non sprecare*; cit.

⁴¹ vedi schema comparativo: art. 19, comma 2, d.lgs. 165/01 in allegato.

⁴² L. OLIVIERI, *Le principali novità della riforma della dirigenza pubblica*, su www.giust.it/articoli/olivieri-dirigenza.htm