

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 19/03/2013**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34809-pubblico-impiego-tutela-del-dipendente-pubblico-privatizzato>**

**Autore: Squillaci Fabio**

## **Pubblico impiego – tutela del dipendente pubblico privatizzato**

In Italia la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è stata oggetto di una profonda trasformazione all'inizio degli anni Novanta. Il regime del rapporto lavorativo è passato infatti, per quasi tutte le categorie di dipendenti pubblici, da pubblico a privato. La ricca e dettagliata legislazione speciale e il sistema delle fonti di regolazione unilaterali, che fino a quel momento qualificavano come “pubblico” il rapporto di impiego con l'amministrazione, hanno lasciato il posto ad una regolazione quasi completamente di diritto privato. Questa è costituita da una parte normativa (codice civile e legislazione sul lavoro privato) e da una parte contrattuale (contratti collettivi e contratti individuali). La parte normativa contempla tuttavia ancora alcune regole speciali rivolte ai soli lavoratori alle dipendenze delle amministrazioni che sono contenute essenzialmente nel d.lgs. n. 165 del 2001. Si tratta di regole che sono state mantenute per assicurare una disciplina *ad hoc* ad alcuni limitati aspetti del rapporto che richiedono un trattamento particolare in considerazione della natura pubblica del datore di lavoro. Fra queste ci sono, ad esempio, quelle relative alle modalità di selezione per concorso pubblico del personale da assumere, quelle sulle progressioni di carriera, quelle in materia di incompatibilità fra impiego pubblico e occupazioni private. Le fonti di organizzazione, invece, diversamente da quanto è accaduto per quelle dei rapporti di impiego, rimangono quasi completamente fonti di diritto pubblico. Al vertice c'è la legge, che ha il compito di fissare i “principi generali” di organizzazione degli uffici e ad essa seguono gli atti organizzativi di competenza di ciascuna amministrazione. La sequenza delle fonti sull'organizzazione, che fino a qui appartiene al diritto pubblico, si conclude però, con gli atti adottati dai dirigenti nell'esercizio di poteri di diritto privato. Ai dirigenti competono le scelte organizzative di dettaglio, quelle che riguardano essenzialmente la distribuzione dei compiti operativi fra gli uffici e che, quindi, incidono anche sulla gestione del rapporto di lavoro. Alla trasformazione delle fonti del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione pubblica si è fatta corrispondere anche una diversa modalità giuridica della loro applicazione nella concreta gestione della relazione lavorativa. Se, infatti, in vigenza del regime di diritto pubblico anche la gestione del rapporto con il lavoratore avveniva in ampia parte con atti di diritto pubblico (provvedimenti amministrativi), con la privatizzazione si è previsto che gli atti di gestione del rapporto siano assunti dai dirigenti con la stessa capacità giuridica del datore di lavoro privato.

Con la privatizzazione del pubblico impiego, infatti, a fronte dell'assoggettamento della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della PA all'intera normativa giuslavoristica ed alle norme del CCNL ed a fronte del riconoscimento della natura privata degli atti di organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro adottati dalla PA (cc.dd. atti di microorganizzazione), sul versante della giurisdizione si è provveduto a demandare al GO la cognizione relativa: *"ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di cui all'articolo 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, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte."* In tema di giurisdizione, **il G.A. è giudice del provvedimento ed il G.O. è giudice dell'atto di gestione**: in tal senso, occorre verificare “quale pretesa” (quale *petitum*), nel caso specifico, venga introdotta nel giudizio per approvare quale sia la situazione giuridica soggettiva che si assume lesa. Tale tutela è piena, in quanto il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, è abilitato ad adottare, «nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti di accertamento,

costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati», con capacità di produrre anche effetti costitutivi o estintivi del rapporto di lavoro. La cognizione del giudice del lavoro comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali e procedurali, di modo che allo stesso giudice ordinario resta affidata la pienezza della tutela, estesa a tutte le garanzie procedimentali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e quindi comprendente anche i vizi formali. Questa devoluzione al giudice ordinario, dunque, è talmente ampia e onnicomprensiva che essa opera anche in presenza di atti amministrativi presupposti, con particolare riferimento agli atti di autorganizzazione, ma che possono avere riflessi più o meno intensi ed immediati su uno o più rapporti di lavoro. *(deve escludersi che la sussistenza di un atto amministrativo presupposto, nelle controversie relative ai rapporti di impiego dei dipendenti di pubbliche amministrazioni, possa costituire limitazione alla competenza del giudice ordinario, quale giudice del lavoro, potendo questi conoscerlo in via incidentale ai fini della disapplicazione anche quando, nei casi previsti, questo atto presupposto rientri nella residua sfera assegnata alla giurisdizione amministrativa, dovendosi, altresì, escludere che possa sorgere una pregiudizialità amministrativa).*

Restano fuori le procedure concorsuali volte all'assunzione che evidentemente conservano natura pubblicistica atteso che in capo ai partecipanti si può rinvenire soltanto una posizione di interesse legittimo non avendo ancora alcun legame contrattuale con la pubblica amministrazione. Pertanto le controversie riguardanti le procedure concorsuali restano devolute al giudice amministrativo che le conosce secondo i canoni della giurisdizione di legittimità. Sorgono alcuni dubbi interpretativi con riferimento alla locuzione di procedura selettiva finalizzata all'assunzione rispetto a quanto stabilito in costituzione laddove vi è esplicito riferimento alla nozione di concorso. In realtà non vi è alcuna antinomia poiché la ratio del legislatore è quella di assicurare che l'accesso alla p.a. avvenga mediante una procedura comparativa delle qualità e delle competenze dei candidati al fine di assicurare l'imparzialità e il buon andamento della stessa. Giova precisare che la procedura concorsuale non si registra invece nelle ipotesi di collocamento obbligatorio ovvero con riferimento alle categorie protette, per tanto in tale frangente vi sono delle ripercussioni anche sul riparto di giurisdizione che non competerà al GA.

*Aspetto problematico è quello relativo alla fase concorsuale prodromica all'assunzione.*

Fermo e premesso il fatto che la giurisdizione permane al GA dalla fase del bando sino all'approvazione della graduatoria attesa la riserva di giurisdizione al GA contenuta nel comma 4 dell'art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001 con riferimento alle procedure concorsuali, e che, invece, passa al GO dalla successiva fase dell'assunzione sino alla cessazione del rapporto (ivi comprese, dunque, le controversie concernenti l'adempimento dell'obbligo d'assunzione nascente dalla graduatoria), si sono poste problematiche interpretative con riferimento alle graduatorie con attività d'accertamento vincolato alla verifica della presenza di determinati titoli.

A fronte di un orientamento che, in ragione della natura vincolata dell'attività amministrativa di verifica dei titoli, ravvisa esistente un diritto soggettivo alla corretta formazione della graduatoria e, dunque, la giurisdizione del GO, si pone un orientamento del CDS che, anche in tali ipotesi, ravvede esercizio di potere autoritativo dell'amministrazione e, quindi, una procedura concorsuale e posizioni di interesse legittimo del privato, con il conseguente radicarsi della giurisdizione in capo al GA (in tal senso, Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 24 maggio 2007, n. 8).

Sempre in relazione alle procedure concorsuali, ulteriori problematiche di giurisdizione si pongono con riferimento ai concorsi interni. Ed infatti, a fronte di un iniziale orientamento della Suprema Corte che ravvedeva nei concorsi interni con esclusione dell'accesso dall'esterno, delle ipotesi

d'esercizio di attività organizzativa e gestionale dei dipendenti da parte della PA ed il conseguente radicarsi della giurisdizione in capo al GO ex art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001, si poneva un orientamento della giurisprudenza amministrativa che riteneva sussistente, anche in caso di concorsi interni diretti alla progressione verticale di carriera, la giurisdizione del GA. Secondo tale orientamento, poi condiviso e ripreso dalla Suprema Corte (cfr. la sentenza delle SS.UU. n. 15403 del 15 ottobre 2003), la nozione di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti della PA non è da intendersi come limitata al solo caso della **prima assunzione** ma anche all'ipotesi di **concorsi per l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore**. Secondo l'orientamento più risalente infatti nell'ambito di concorsi interni non solo difettava il requisito dell'accesso all'Amministrazione ma rilevava anche l'assenza di una effettiva novazione del rapporto tale da far ritenere la progressione per un verso come un'evoluzione funzionale del rapporto di impiego già esistente e per altro verso il risultato di un potere tipico del privato datore di lavoro tale da ricondurre nella cognizione del GO eventuali controversie. Tuttavia come già detto sopra sulla scorta dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale a partire dagli anni '80, secondo cui il passaggio ad una qualifica funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro che, quale forma di reclutamento, dev'essere soggetto alla regola del concorso pubblico. Il CdS ha avuto modo di precisare la differenza tra **progressioni verticali**, in cui il dipendente partecipa alla procedura concorsuale aspirando ad un'area o qualifica funzionale o categoria più elevata (la differenza terminologica è dovuta al diverso sistema di classificazione del personale adottato nei vari comparti del pubblico impiego), in cui si configura una novazione oggettiva del rapporto di lavoro e **progressioni orizzontali**, in cui il dipendente mira ad un semplice passaggio di livello, che si compie all'interno della stessa area o categoria, per le quali sussiste, come detto, la giurisdizione del G.O. Per i concorsi "interni", la giurisdizione è determinata dall'esito della verifica in ordine alla natura della progressione, restando riservato all'ambito dell'attività autoritativa soltanto il mutamento dello *status* professionale, non le progressioni meramente economiche, né quelle che comportano sì il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese tuttavia nella stessa area, categoria, o fascia di inquadramento, e caratterizzate, di conseguenza, da profili professionali omogenei nei tratti fondamentali, diversificati sotto il profilo quantitativo piuttosto che qualitativo. **Caso Cnr e caso Asi.** (*agenz. Spaziale italiana*).

Inoltre dubbi si erano posti con riferimento ai concorsi interni misti ed i concorsi misti laddove ci si interrogava circa il riparto di giurisdizione atteso che tali procedure erano caratterizzate da una certa promiscuità in relazione alla commistione tra interni ed esterni. Ebbene la giurisprudenza ha ritenuto che i concorsi 'misti' - tali perché aperti all'esterno - sono attratti alla giurisdizione del giudice amministrativo, analogamente i concorsi interni 'misti', che riguardano sia la progressione nell'ambito della stessa area, che tra aree diverse, sono parimenti attratti alla giurisdizione del giudice amministrativo in ragione di un generale principio di economicità processuale che fa escludere che delle medesime operazioni concorsuali possano conoscere contemporaneamente sia il giudice ordinario che quello amministrativo.

L'esito del percorso giurisprudenziale in materia pertanto è il seguente: **sussiste la giurisdizione del GA per i concorsi esterni, per i concorsi misti e per i concorsi interni per la progressione verticale di carriera. Sussiste, invece, la giurisdizione del GO in caso di concorsi interni per la progressione orizzontale da una qualifica ad un'altra nell'ambito della stessa area funzionale.**

#### *La materia della repressione della condotta antisindacale*

Ulteriore profilo di indagine con riferimento alla tutela del dipendente pubblico contrattualizzato deve individuarsi con riferimento all'area dei diritti sindacali. Orbene, la materia della repressione della condotta antisindacale è di notevole importanza imprescindibile per comprendere i termini della dialettica che contrappone l'esercizio dei poteri datoriali e delle potestà organizzative della pubblica amministrazione alla tutela delle prerogative delle organizzazioni sindacali a vario titolo

coinvolte. Ed infatti, il mancato rispetto delle relazioni sindacali da parte della pubblica amministrazione, ovvero la mancata garanzia delle prerogative delle organizzazioni sindacali sul luogo di lavoro, dà luogo a condotta illecita ed è quindi censurabile proprio in quanto condotta antisindacale. Con la precisazione che la repressione della condotta antisindacale posta in essere dalla pubblica amministrazione è oggi devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, come previsto dall'art. 63, comma 3 del D.Lgs. 30/3/2001 n. 165, secondo cui "sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300". Non senza ricordare che, in tema di repressione della condotta antisindacale nel settore del pubblico impiego, le regole di riparto della giurisdizione, sono state sempre fondate sul riconoscimento delle situazioni soggettive proprie ed esclusive delle associazioni sindacali (cosiddetti diritti sindacali in senso stretto), quali diritti soggettivi perfetti, tutelabili dinanzi al giudice ordinario. In applicazione di tali regole, è stato considerato irrilevante il fatto che il comportamento lesivo addebitato all'ente pubblico si sostanzia in un formale provvedimento o invece si traduca in una qualsiasi condotta materiale o in qualsiasi fatto che, per la sua intrinseca essenza o per il suo modo di essere e di manifestarsi, sia tale da assumere carattere antisindacale o che l'ordine di cessazione della condotta antisindacale emesso dal giudice ordinario comporti l'imposizione alla pubblica amministrazione di un facere o di un pati. Il citato art. 63, terzo comma, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, confermando l'avvenuta privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, devolve, dunque, al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, una cognizione incondizionata in materia di condotta antisindacale delle pubbliche amministrazioni. Le riforme da ultimo intervenute non lasciano spazio neppure alla tesi che appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia nella quale sia chiesta anche la rimozione dei provvedimenti lesivi che investono la sfera dei singoli lavoratori. Nel nuovo sistema, infatti, anche l'atto antisindacale del datore di lavoro pubblico ha la connotazione di atto privatistico, come tale suscettibile di cognizione da parte del giudice ordinario, anche se sia richiesta l'eliminazione dell'atto stesso e dei suoi effetti.

### *Il problema del mobbing nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*

Per quanto riguarda il settore pubblico il problema del mobbing nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche non è sostanzialmente emerso, salvo qualche pronuncia isolata.

In realtà soprattutto a seguito dell'introduzione di logiche privatistiche nell'organizzazione e nel funzionamento delle amministrazioni previste dal decreto legislativo n.165 del 2001 è prevedibile una crescita del fenomeno. In particolare nel lavoro pubblico sono aumentate le potenzialità di produzione di comportamenti di mobbing verticale, cioè quello esercitabile nell'ambito del rapporto di lavoro dipendente da chi si trova in una posizione di supremazia gerarchica.

Che la controversia di mobbing debba essere deferita ex art. 63, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001, al giudice ordinario non pare possano esservi dubbi, trattandosi di controversia relativa al rapporto di lavoro. Non può essere guardata con favore la tesi secondo cui la condotta da mobbing si andrebbe ad inserire in un'area grigia, che prescinde dal rapporto di lavoro e pertanto non potrebbe essere ricondotta alla cognizione del GA. In sostanza secondo tale orientamento soggettivistico carattere dirimente circa il riparto di giurisdizione dovrebbe essere riconosciuto al soggetto esercente in concreto la pratica lesiva (amministrazione per l'appunto), tale da far propendere per la competenza del GA. Tuttavia anche volendo riconoscere il mobbing come avulso dal rapporto di lavoro comunque si finirebbe pur sempre per ricostruire la situazione giuridica soggettiva in termini di diritto leso in virtù di un contegno ingenerante una responsabilità extra contrattuale ex 2043cc e sicuramente non di interesse legittimo.

Così ha talaltro stabilito l'ordinanza n°6311 del 6.12.2000 del Consiglio di Stato che ha, per la prima volta, esaminato il tema del mobbing nel pubblico impiego, statuendo la competenza del

giudice ordinario a decidere su di una richiesta di condanna avanzata da un dipendente per danno biologico ad esso conseguente.

### Il ricorso allo scorrimento della graduatoria

Sul punto la dottrina si è a lungo interrogata se lo scorrimento in carriera andasse a configurare o meno un dovere in capo alla PA con conseguenti ripercussioni sulle situazioni giuridiche soggettive azionabili in sede di tutela dal privato. Si registra l'esistenza di diversi orientamenti nella materia *de qua*:

- secondo una tesi, essendo la procedura concorsuale il mezzo maggiormente idoneo ad individuare il personale più qualificato, l'amministrazione sarebbe attributaria del potere di valutazione discrezionale circa la scelta se emanare un nuovo bando, ovvero se utilizzare la graduatoria ancora efficace attuando lo "scorrimento";
- altri, invece, oppongono che le norme che stabiliscono l'ultrattività della graduatoria non conferiscono la semplice facoltà di farvi ricorso, ma, per il carattere imperativo di regole di organizzazione, obbligano l'amministrazione a realizzare la semplificazione e l'economia connesse all'utilizzo delle graduatorie approvate in precedenza, escludendo senz'altro l'espletamento di nuove procedure.

Il ricorso allo scorrimento della graduatoria costituisce in realtà una mera facoltà dell'Amministrazione, che è libera di procedervi ove lo ritenga opportuno ma che, in nessun caso, può prefigurare in capo ad essa un obbligo di utilizzazione. Milita a favore di questa tesi la considerazione per cui l'art. 97 Cost., all'ultimo comma, prescrive la regola del concorso per l'accesso ai pubblici impieghi, imponendo alle Amministrazioni di avvalersi di questo strumento al fine di assicurare, con le prove d'esame, la selezione dei più meritevoli e di garantire, mediante l'anonimato, l'imparzialità della scelta. A fronte di ciò, nelle norme che hanno disposto la proroga della validità delle graduatorie non può individuarsi l'obbligo di scorrimento delle stesse, dovendo tali disposizioni essere correttamente intese nel senso di attribuire alla P.A. una facoltà ulteriore, ma non certo imponendo la scelta di tale rimedio. Sul punto giova registrare anche la pronuncia dell'AP n.14/2011 la quale funditus ha affrontato la questione anche soffermandosi sull'ulteriore criticità dell'obbligo motivazionale. In via preliminare giova precisare come la critica relativa ad una presunta violazione dell'art.97 in materia di necessità del concorso appare infondata in quanto alla base della graduatoria suscettibile di eventuale scorrimento vi è pur sempre una procedura selettiva espletata. Ciò detto, il principio di diritto che emerge nella vicenda in esame attiene ai limiti della discrezionalità dell'Amministrazione in relazione alla posizione degli idonei in graduatoria rispetto alla determinazione della amministrazione di far luogo a nuove assunzioni di personale, in relazione alla medesima categoria professionale. Ne emerge un logico richiamo alla sussistenza e ampiezza dell'obbligo di motivazione della decisione con cui l'Amministrazione preferisca indire un nuovo concorso, pur in presenza di graduatorie validi ed efficaci. Rispetto alle tesi dibattute in dottrina e giurisprudenza, con la decisione de qua si prospetta una posizione mediana: sussiste l'obbligo per la P.A. che si sia determinata a coprire posti vacanti, in presenza di graduatorie validi ed efficaci, di motivare la scelta delle modalità di reclutamento del personale. In definitiva sono state disattese le due alterne soluzioni: l'una, tradizionale, secondo cui l'indizione di un nuovo concorso non deve essere corredata da alcuna specifica motivazione anche in presenza di graduatorie valide ed efficaci, l'altra che, preferendo lo scorrimento della graduatoria rispetto all'indizione del nuovo concorso, finisce per vincolare l'amministrazione a coprire la vacanza del posto, utilizzando la graduatoria efficace. A fronte di suddetti orientamenti, la posizione mediana sostenuta dall'Adunanza Plenaria, distingue due fasi logiche nel processo decisionale per la copertura dei posti vacanti. Ed invero da un lato si verificano le determinazioni relative all'an della copertura del posto vacante, dall'altro, la decisione riguardante il quomodo della copertura del

posto a seconda della preferenza dello scorrimento o indizione di nuovo concorso. Nella prima fase vi è contenuto discrezionale e riconducibile al novero delle scelte organizzative di pertinenza del soggetto pubblico. Nella seconda, la scelta della P.A. di preferire lo scorrimento della graduatoria in luogo della indizione di nuovo concorso è soggetta ad un più stringente dovere di motivazione e gli spazi discrezionali sono ridotti. Infatti l'Amministrazione nel motivare l'opzione preferita, deve considerare che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, che recede solo in presenza di discipline di settore o circostanze di fatto o ragioni di interesse pubblico prevalenti che devono, in ogni caso, essere enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso. Alla luce delle leggi annuali di 'manovra finanziaria' prevale la preferenza per lo scorrimento delle graduatorie anche al fine di ridurre i costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive. Pertanto, la regola generale di reclutamento del personale è lo scorrimento mentre l'indizione di nuovo concorso è l'eccezione che richiede approfondita motivazione che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle esigenze di interesse pubblico. Di diverso tenore appare la questione relativa alla contestazione non già del mancato scorrimento della graduatoria, quando piuttosto della mancata chiamata (contrattualizzazione) dell'idoneo. In tale vicenda è rintracciabile una situazione giuridica soggettiva in capo al privato riconducibile nelle maglie del diritto soggettivo, piuttosto che in quelle di un mero interesse legittimo (competenza GO).

### Rapporto di lavoro con i dirigenti

In relazione al profilo specifico del **rapporto di lavoro con i dirigenti**, particolari questioni interpretative si sono poste con riferimento al **provvedimento di conferimento d'incarico**, così nominato dall'art. 19 del D.Lgs. n. 165 del 2001 nel testo riscritto dalla L. n. 145 del 2002.

In tal senso, la **necessaria unilateralità di tale provvedimento** aveva fatto opinare, parte della dottrina, che si trattasse di un **provvedimento amministrativo** e di una competenza eccezionale, riservata dalla legge al GO, di cognizione in materia di interessi legittimi.

In realtà, la **mancanza del predicato amministrativo** a fianco al termine provvedimento ed il fatto che l'art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevedeva la giurisdizione del Go in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, non sia stato modificato, ha fatto propendere per la tesi della natura privata (anche se unilaterale) del provvedimento in esame. Consolidata appare la questione della natura giuridica dell'atto di conferimento dell'incarico. Prevale infatti, in giurisprudenza e in dottrina, la ricostruzione dell'atto di conferimento (e conseguentemente dell'eventuale atto di revoca) quale atto di natura e tipologia strettamente "privatistica". E' rimasta sostanzialmente minoritaria la tesi, sostenuta nel contesto della c.d. "prima privatizzazione" e poi riproposta, con solide argomentazioni, dopo la legge di riforma della dirigenza n. 145/2002, che considera i provvedimenti di gestione degli incarichi come atti amministrativi in senso stretto; questi ultimi devono rimanere – secondo questa prospettazione – giuridicamente ben distinti dal contratto di lavoro del dirigente. Innanzitutto vi è un dato testuale che appare contrario alla tesi predominante L'attuale formulazione dell'art. 19, comma 2, d. lgs. n. 165/2001, e rimasta inalterata, sul punto, dopo le novità introdotte dal d.lgs. n. 150/2009, fa (ancora) espressa menzione del "*provvedimento* di conferimento dell'incarico dirigenziale", per quanto concerne l'oggetto dell'incarico, gli obiettivi da conseguire e la durata: provvedimento di conferimento al quale – com'è noto – accede un *contratto* individuale, con il quale, tra amministrazione e dirigente "incaricato", viene definito il corrispondente trattamento economico. Ebbene, l'utilizzo di una terminologia tipicamente pubblicistica, quale l'espressione "provvedimento", consente, ragionevolmente, di mantenere anche oggi serie perplessità sulla ricostruzione predominante della natura giuridica dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale. Sembra infatti più opportuno annoverare l'affidamento dell'incarico tra gli atti amministrativi in senso proprio (pubblicistico) e

non tra gli atti di gestione. La lettura “privatistica” della norma sugli incarichi contenuta nel d.lgs. n. 165/2001, avanzata e sostenuta fortemente dalla Corte di Cassazione, pur nella sua autorevolezza, altera la tradizionale consequenzialità logico-giuridica esistente fra atto (di conferimento) e contratto (di lavoro). L’attuale art. 19 del decreto n. 165/2001 prefigura, in sostanza, una netta “scissione” fra l’attribuzione delle funzioni dirigenziali, che avviene con provvedimento datoriale unilaterale, e la definizione delle condizioni economiche, che forma oggetto di un atto negoziale separato ed accessorio, pure a termine. L’interpretazione dell’art. 19 del decreto n. 165/2001 nel senso della natura strettamente provvedimentale - amministrativa dell’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale avrebbe dunque, per forza di cose sconfessato la ripartizione della giurisdizione introdotta nell’art. 63 del d.lgs. n. 165/2001. Al momento, però, non si intravede la possibilità di un ritorno al passato ed alla conseguente giurisdizione amministrativa sulla materia *de qua*, tenuto conto che anche il più recente intervento legislativo (legge delega n. 15/2009 e decreto delegato n. 150/2009) non ha inteso in alcun modo intervenire sulla natura giuridica dell’incarico dirigenziale.

In tale ambito, dunque, la giurisprudenza si è attestata sulle seguenti linee guida in merito alla giurisdizione del GO. Essa sussiste sia in materia di **provvedimenti d'incarico a tempo determinato in favore di soggetti interni all'amministrazione ed in favore di soggetti esterni senza l'espletamento di procedure concorsuali. Sussiste, altresì, con riferimento a controversie riguardanti il contratto di lavoro autonomo tra la PA ed il dirigente.**

Inoltre, la qualificazione in termini strettamente privatistici dell’atto di conferimento dell’incarico è stata ritenuta coerente con la sussistenza – quale conseguenza della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico - unicamente di posizioni di interesse legittimo “di diritto privato”, in capo al dipendente della pubblica amministrazione. Sul punto la Suprema corte ha tuttavia ribadito, anche di recente, che “in tema di impiego pubblico privatizzato, in relazione all’acquisto della qualifica dirigenziale, che si consegue *soltanto mediante contratto individuale di lavoro*, sono tuttavia configurabili, con riferimento ad *atti preliminari*, come ad esempio l’esito di procedure concorsuali, l’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale ed ogni altro atto che preceda la stipulazione del contratto, posizioni di interesse legittimo *di diritto privato*, ascrivibili alla categoria dei diritti soggettivi, suscettibili di tutela giurisdizionale anche in forma risarcitoria”. Tale orientamento conferma che la scomparsa, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, degli interessi legittimi di tipo “pubblicistico”, vale anche per la posizione del dirigente interessato al conferimento dell’incarico dirigenziale.

#### Settori esclusi e riservati alla giurisdizione del GA

In ultima analisi il D.Lgs. n. 165/2001 costituisce oggi il testo normativo di riferimento per la disciplina dei pubblici uffici e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, esso si applica a tutte le P.A. ad eccezione delle seguenti categorie di lavoratori (art. 3). Per tali categorie di lavoratori la competenza in materia di controversie scaturenti dal rapporto di lavoro compete alla giurisdizione esclusiva del GA, fatta eccezione per talune materie. Per es. la responsabilità dei magistrati di competenza della Corte di Cassazione, ovvero le controversie in materia pensionistica di cognizione della Corte dei Conti, ovvero infine le controversie concernenti i dipendenti parlamentari e della Presidenza della Repubblica soggetti ad una giurisdizione domestica.

Nell’ambito dei settori esclusi e riservati alla giurisdizione del GA si è posta invece la spinosa questione della giurisdizione in materia di **questioni risarcitorie conseguenti ad attività illegittima della PA**. A fronte del generale riconoscimento della giurisdizione del GA in subiecta materia per effetto del disposto di cui all’art. 7 della legge Tar, non sussistono più dubbi in ordine alla ricorrenza della giurisdizione del GA per questioni risarcitorie conseguenti ad atti o



provvedimenti della PA che costituiscano **violazioni delle obbligazioni contrattuali**. Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, invece, sussisterebbe la giurisdizione del GO nel caso in cui la **pretesa risarcitoria avesse fonte extracontrattuale**.

dott. Fabio Squillaci