



COME CAMBIARE LA PA IN OTTO MOSSE

dopo oltre 100 interventi sulla riforma
base di 20 anni fa (D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29)

**Martedì 10 giugno 2014 - ore 11.00 - Roma - Sala Cristallo dell'Hotel Nazionale
Piazza di Montecitorio 131**

*Intervento dell'avv. Carmine Medici del Foro di Nola,
patrocinante presso le giurisdizioni superiori*

RIFLESSIONI SUL SISTEMA DI TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIPENDENTI PUBBLICI IN GENERALE (E DEI DIRIGENTI PUBBLICI IN PARTICOLARE)

La problematica della tutela giurisdizionale dei dipendenti pubblici é strettamente connesso con quella della natura dei poteri organizzativi della pubblica amministrazione, per cui una riflessione attenta del sistema di tutela non può prescindere dalla stessa configurazione di quei poteri, tradizionalmente attratti nella sfera pubblicistica.

Difatti, nella sua versione originaria, l'art. 4 del 3 febbraio 1993, n. 29, prevedeva che le «determinazione per l'organizzazione degli uffici» fossero assunte «al fine di assicurare la economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa» (v. art. 4, primo periodo), così confermando l'impostazione tradizionale della riconduzione nell'ambito del diritto pubblico delle predette determinazioni.

Nella prima fase di avvio del processo di contrattualizzazione del pubblico impiego, i «poteri del privato datore di lavoro» erano riconosciuti alla pubblica amministrazione «nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi» ed avevano per oggetto le sole «misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro» (v. art. 4, secondo periodo), con esclusione, quindi, dell'organizzazione degli uffici.

La riconduzione nell'ambito del diritto privato dei poteri di organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro costituiva il presupposto logico-giuridico della devoluzione delle controversie riguardanti

DIRPUBBLICA - Federazione del Pubblico Impiego

Via Giuseppe Bagnera, 29 - 00146 Roma; tel.: +39 065590699; fax: +39 06559083; cell. +39 3771813085
www.dirpubblica.it - info@dirpubblica.it - dirpubblica@pec.it
C.F.: 97017710589 - Partita I.V.A.: 04919551004

i rapporti di lavoro alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, con una particolare attenzione alle controversie concernenti i diritti patrimoniali di natura retributiva, indennitaria e risarcitoria e le vicende evolutive del rapporto di lavoro, quali progressioni e avanzamenti e mutamenti di qualifica o di livello (v. art. 63).

Il quadro normativo cambia radicalmente nella seconda fase della privatizzazione del pubblico impiego, registrandosi l'estensione dei poteri datoriali con riferimento all'adozione delle determinazioni relative all'«organizzazione degli uffici» ed alle «misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro», le quali, per l'appunto, «sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (v. art. 4 del D.Lgs. n. 29/1993, come sostituito dall'art. 4 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80).

Cosicché, i predetti poteri datoriali sono andati estendendosi dall'organizzazione dei rapporti di lavoro alla stessa organizzazione dei pubblici uffici, riducendo l'area dei poteri organizzativi di natura pubblicistica alla sola definizione delle linee fondamentali dell'organizzazione dei pubblici uffici ed alla determinazione delle modalità di conferimento di organi e uffici (v. l'art. 2, co. 1, lett. 2) e 3), della legge 23 ottobre 1992, n. 421, e l'art. 2, co. 1, del D.Lgs. n. 29/1993).

Proprio in considerazione della difficoltà di definire in maniera puntuale i confini tra i poteri di organizzazione di natura pubblicistica da quelli di natura privatistica, con le conseguenti incertezze in ordine al riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario, l'art. 63 del D.Lgs. 29/1993 è stato riformulato dal D.Lgs. n. 80/1998 con la devoluzione in favore di quest'ultimo di «tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni... incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro e le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti», consentendone la “disapplicazione” se «illegittimi» e «rilevanti ai fini della decisione».

Pur riconoscendo la possibilità di autonoma impugnazione «davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia», il novellato art. 68 stabiliva espressamente che la predetta impugnazione non avrebbe avuto l'effetto di sospendere il processo già pendente dinanzi al giudice del lavoro, così assicurando, almeno in via teorica, la trattazione dinanzi allo stesso giudice delle questioni concernenti gli atti organizzativi, indifferentemente dalla loro natura pubblicistica o privatistica, e delle questioni relative ai conseguenti atti di gestione dei rapporti di lavoro.

Con l'ulteriore modifica conseguente alla c.d. privatizzazione della dirigenza pubblica, mediante l'inclusione, ad opera del D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, nell'ambito delle controversie devolute al

DIRPUBBLICA - Federazione del Pubblico Impiego

Via Giuseppe Bagnera, 29 - 00146 Roma; tel.: +39 065590699; fax: +39 06559083; cell. +39 3771813085
www.dirpubblica.it - info@dirpubblica.it - dirpubblica@pec.it
C.F.: 97017710589 - Partita I.V.A.: 04919551004

giudice ordinario di quelle relative al conferimento ed alla revoca degli incarichi dirigenziali e alla responsabilità dirigenziale, la disposizione di cui all'articolo 68 del D.Lgs. n. 29/1993 è interamente confluita nell'art. 63 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante le "norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

Se la disciplina processuale sul riparto di giurisdizione è rimasta sino ad oggi immutata, sul versante del diritto sostanziale la disciplina dei poteri di organizzazione, che dall'art. 4 del D.Lgs. n. 29/1993 era confluita nell'art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001, non ha subito ulteriori modifiche rilevanti in questa sede, salva la precisazione, già insita nel sistema, per cui l'adozione delle misure inerenti l'organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro costituiscono esercizio dei «poteri dirigenziali» (v. art. 5, co. 2, ultimo periodo).

Così ricostruita l'evoluzione del quadro normativo di riferimento, deve osservarsi che, nell'esperienza applicativa, non hanno tardato a manifestarsi le criticità del sistema di tutela dei dipendenti pubblici con riferimento alle controversie concernenti le misure di organizzazione degli uffici e di gestione dei rapporti di lavoro adottati con la capacità del datore di lavoro privato, come dimostra l'analisi della casistica con riferimento alla materia del conferimento degli incarichi dirigenziali o di responsabilità, come gli incarichi di posizione organizzativa previsti dalla contrattazione collettiva.

Difatti, proprio muovendo dalla premessa per cui gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali fossero espressione di un potere di organizzazione conferito all'amministrazione dal diritto comune ad un qualunque altro datore di lavoro, con conseguente sottoposizione ai principi del codice civile, la giurisprudenza di merito e di legittimità è pervenuta alla conclusione per cui alla materia in questione non possano trovare applicazione le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e, in particolare, quelle concernenti la motivazione dei provvedimenti amministrativi (art. 3) e la partecipazione al procedimento (artt. 7 ss.).

Un simile conclusione troverebbe conferma nella novella introdotta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, che, nell'introdurre all'art. 1 della legge n. 241 cit. un comma 1-*bis*, ha stabilito che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga altrimenti».

Cosicché, essendo i motivi generalmente irrilevanti (cfr. art. 1345 c.c.), gli interessati non avrebbero potuto far valere eventuali vizi della motivazione della scelta operata dall'amministrazione che sia espressione di valutazioni *sensu latu* discrezionali.

Il quadro giurisprudenziale di riferimento si è venuto modificando solo a seguito delle pronunzie della Corte costituzionale del 2007 che hanno dichiarato l'illegittimità delle disposizioni sullo *spoil*

DIRPUBBLICA - Federazione del Pubblico Impiego

Via Giuseppe Bagnera, 29 - 00146 Roma; tel.: +39 065590699; fax: +39 06559083; cell. +39 3771813085
www.dirpubblica.it - info@dirpubblica.it - dirpubblica@pec.it
C.F.: 97017710589 - Partita I.V.A.: 04919551004

system, non solo ritenendo che la decadenza automatica dell'incarico dirigenziale potesse compromettere la continuità dell'azione amministrativa e, quindi, il buon andamento della pubblica amministrazione ma anche perché la predetta misura estintiva collideva proprio con la ritenuta necessaria applicazione della legge n. 241/1990 e del principio del giusto procedimento dalla stessa veicolato, dovendosi garantire all'interessato la partecipazione al procedimento per far valere le sue ragioni.

Quindi, a partire dal 2008, la giurisprudenza di legittimità, pur manifestandosi ferma nel ritenere inapplicabile la predetta legge n. 241/1990, ha intrapreso un percorso di recupero delle garanzie rispetto all'esercizio dei poteri datoriali, riesumando la teoria dell'interesse legittimo di diritto privato, già in precedenza timidamente richiamati in alcuni suoi precedenti.

Cosicché, risulta oramai ricorrente il richiamo ai principi elaborati «in materia di limiti interni dei poteri attribuiti dalle norme al privato datore di lavoro» nonché il «principio secondo il quale, nell'ambito del rapporto di lavoro “privatizzato” alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il Giudice (ordinario) sottopone a sindacato l'esercizio dei poteri, esercitati dall'amministrazione nella veste di datrice di lavoro, sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, siccome regole applicabili anche all'attività di diritto privato alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.».

Quindi, l'amministrazione datrice di lavoro deve definire i criteri di massima per il conferimento degli incarichi e, necessariamente, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede, deve “procedimentalizzare” l'esercizio del potere di conferimento degli incarichi, con conseguente obbligo di procedere a valutazioni anche comparative ed a consentire forme adeguate di partecipazione ai processi decisionali, oltre che ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte.

In definitiva, rispetto all'esercizio di poteri discrezionali *latu sensu* discrezionali di natura privata, pur non potendo invocare dinanzi al giudice ordinario l'apparato concettuale dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche, quale strumento di tutela degli interessi legittimi di diritto pubblico, i ricorrenti possono ricorrere al più recente strumentario approntato dalla riesumata categoria dell'interesse legittimo di diritto privato.

Cosicché, se si è ottenuto il risultato di ricondurre gli atti della pubblica amministrazione in materia di organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro alla materia del diritto privato attraverso la *fictione juris* dell'equiparazione del datore di lavoro pubblico con il datore di lavoro privato, la tutela dei lavoratori è stata recuperata attraverso un'altra *fictione juris*, quella costituita dall'equiparazione *quoad effectum* degli interessi legittimi di diritto privato ai preesistenti interessi legittimi di diritto pubblico.

DIRPUBBLICA - Federazione del Pubblico Impiego

Via Giuseppe Bagnera, 29 - 00146 Roma; tel.: +39 065590699; fax: +39 06559083; cell. +39 3771813085
www.dirpubblica.it - info@dirpubblica.it - dirpubblica@pec.it
C.F.: 97017710589 - Partita I.V.A.: 04919551004

A questo punto, occorrerebbe chiedersi se, in una prospettiva temporale di più ampio respiro, non si possa verificare un fenomeno analogo a quello che si registra nelle scienze naturali, dove la contrapposizione di due forze di uguale intensità ne produce il reciproco annullamento, così recuperando il principio per cui la funzione organizzativa è prioritariamente finalizzata al perseguimento, secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, dei bisogni della collettività e, quindi, all'interesse pubblico.

Deve riconoscersi che la teorica dell'interesse legittimo di diritto privato e lo strumentario offerto dalle clausole generali di correttezza e buona fede, invocati dalla giurisprudenza al fine di farne discendere obblighi strumentali a carico della pubblica amministrazione non estensibili al settore del lavoro privato proprio perché si tratta di una *fictio*, è servito, da un lato, all'esigenza di salvaguardare l'impianto della privatizzazione del pubblico impiego, evitando un processo inverso di recupero della giurisdizione amministrativa, inevitabile qualora si fossero ritenuti applicabili, in linea con la giurisprudenza costituzionale, i principi di cui alla legge n. 241/1999; dall'altro, ha lasciato sullo sfondo la problematica del perseguimento degli interessi pubblici quali si sostanziano nello svolgimento della funzione organizzativa.

Infatti, il rispetto dei canoni di correttezza e buona fede rispondono all'esigenza propria dell'esecuzione delle obbligazioni che discendono dal contratto di lavoro ed il comportamento delle parti (collocate su di un piano di parità) è indagato con riferimento all'esigenza di assicurare che le stesse abbiano eseguito correttamente le rispettive obbligazioni.

Simili conclusioni inducono a condurre una più attenta riflessione sul sistema di tutela dei dirigenti pubblici nell'ambito delle recenti proposte di riforma abbozzate dall'attuale Governo, sulle quali, con la lettera aperta ai dipendenti pubblici del 30 aprile 2014, è stata avviata una consultazione pubblica.

In particolare, si propone l'«introduzione del ruolo unico della dirigenza» (punto 9), l'«abolizione delle fasce per la dirigenza, [prevedendo] una carriera basata su incarichi a termine» (punto 10), con una «valutazione dei risultati fatta seriamente...» (punto 12), concludendo con la «possibilità di licenziamento per il dirigente che rimane privo di incarico, oltre un termine» (punto 11).

In sostanza, l'inserimento nel ruolo unico non sarebbe costitutivo di alcun rapporto di lavoro a tempo indeterminato ma si configurerebbe alla stregua di un mero titolo abilitativo conseguito attraverso un'apposita procedura selettiva (*competency passport*).

Le amministrazioni sarebbero obbligate ad assumere i propri dirigenti nell'ambito dei soggetti inseriti nel predetto ruolo unico, mediante la stipula di contratti di lavoro dirigenziale a tempo determinato; il rapporto di lavoro verrebbe convertito a tempo indeterminato per un numero limitato

DIRPUBBLICA - Federazione del Pubblico Impiego

Via Giuseppe Bagnera, 29 - 00146 Roma; tel.: +39 065590699; fax: +39 06559083; cell. +39 3771813085
www.dirpubblica.it - info@dirpubblica.it - dirpubblica@pec.it
C.F.: 97017710589 - Partita I.V.A.: 04919551004

di posizioni dirigenziali (posizioni *career*), a seguito di valutazione positiva in ordine ai risultati conseguiti nell'espletamento dell'incarico, mentre per le altre posizioni (posizioni *non-career*), fermo restando la necessità della valutazione positiva, si aprirebbe la possibilità del rinnovo del contratto; al fine di agevolare la scelta da parte degli interessati per il rinnovo del contratto in luogo della conversione dello stesso in contratto a tempo indeterminato, sembra si voglia ipotizzare un incremento retributivo.

Verrebbe così superata l'opzione seguita dal legislatore del 1998, il quale aveva distinto il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, instaurato a seguito del superamento del concorso pubblico per l'accesso alla qualifica dirigenziale, dall'incarico dirigenziale, di natura temporanea, conferito con contratto a tempo determinato (poi, a seguito della legge n. 145/2002, con provvedimento di conferimento dell'incarico, cui accede un contratto accessivo concernente i rapporti di natura patrimoniale).

Nelle proposte di riforma abbozzate dal Governo, coerentemente con il *job acts* presentato dall'attuale Presidente del Consiglio dei Ministri alcuni mesi addietro, sembra che il contratto di lavoro e l'incarico dirigenziale vengano del tutto a sovrapporsi, quantomeno per le posizioni *non-career*; in questo contesto, verrebbe superata anche l'esigenza di contenere gli incarichi conferiti ai soggetti esterni all'amministrazione nei limiti di cui all'attuale art. 19, co. 6, del D.Lgs. n. 165/2001.

Tralasciando ogni altra osservazione in merito alle suindicate proposte di riforma, sulle quali sono stati sollevati numerosi rilievi critici, come constatato nel documento relativo alla sintesi dei risultati pubblicato dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione il 4 giugno 2014, in questa sede occorre osservare che, mentre la procedura selettiva preordinata al conseguimento del *competency passport* non è affatto assimilabile ad un concorso pubblico per l'accesso ai pubblici uffici (cfr. art. 97 Cost.), l'individuazione dei soggetti in possesso della predetta abilitazione per il conferimenti di incarichi dirigenziali da parte dell'amministrazione non potrebbe certamente avvenire mediante chiamata diretta, proprio perché si tratta di procedere all'assunzione di quei soggetti ed alla costituzione del rapporto di lavoro vero e proprio, per cui è necessario l'espletamento di una vera e propria procedura concorsuale.

Orbene, quale che sia la futura disciplina di questa procedura concorsuale, appare evidente che, coincidendo il momento dell'assunzione in servizio con il conferimento dell'incarico dirigenziale, le relative controversie finiranno per essere attratte nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, secondo la disciplina di cui all'art. 63, co. 4, del D.Lgs. n. 165/2001, secondo cui «restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di

DIRPUBBLICA - Federazione del Pubblico Impiego

Via Giuseppe Bagnera, 29 - 00146 Roma; tel.: +39 065590699; fax: +39 06559083; cell. +39 3771813085
www.dirpubblica.it - info@dirpubblica.it - dirpubblica@pec.it
C.F.: 97017710589 - Partita I.V.A.: 04919551004

procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni», e, ove mai pure dovesse abrogarsi una siffatta disposizione, la giurisdizione finirebbe, comunque, per essere devoluta alla giurisdizione amministrativa, dal momento che, in materia di concorsi pubblici, non sono configurabili diritti soggetti ma interessi legittimi (questa volta di diritto pubblico).

Analogamente, rientrerebbero appieno nell'ambito della funzione organizzativa la determinazione del numero delle posizioni *career* e delle posizioni *non-career*, e trattandosi, con ogni evidenza, di un'attività di macro-organizzazione, le controversie relative alla scelta da parte del dirigente assunto a tempo determinato sarebbero anch'esse attratte nella giurisdizione del giudice amministrativo, venendo in questione la tutela di interessi legittimi (sempre di diritto pubblico).

Cosicché, nell'ipotesi in cui dovesse rimanere immutata la disposizione di cui all'art. 63, co. 1, del D.Lgs. n. 165 cit., la perdurante devoluzione del giudice ordinario delle controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali finirebbe per riguardare solo i connessi diritti di natura retributiva, indennitaria e risarcitoria, com'era nella previsione dell'art. 68 del D.Lgs. n. 29/1993, nella sua versione originaria.

Se così dovessero andare realmente le cose, la riforma in cantiere, lungi dall'aprire la strada ad una "terza privatizzazione", finirebbe per ricondurre provvidenzialmente la giurisdizione amministrativa sulle controversie in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali al suo giudice naturale.

DIRPUBBLICA - Federazione del Pubblico Impiego

Via Giuseppe Bagnera, 29 - 00146 Roma; tel.: +39 065590699; fax: +39 06559083; cell. +39 3771813085
www.dirpubblica.it - info@dirpubblica.it - dirpubblica@pec.it
C.F.: 97017710589 - Partita I.V.A.: 04919551004