

Publicato il 05/01/2018

N. 00063/2018REG.PROV.COLL.
N. 05160/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5160 del 2017, proposto da:

Dirpubblica (Federazione del Pubblico Impiego), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Medici, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Roma, Piazzale Clodio 18;

contro

Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Emanuele Della Sala, non costituito in giudizio;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza n. 4049/2017, pronunciata dalla Sezione II- ter del TAR Lazio, Roma, nella camera di consiglio del 21 marzo 2017, depositata in Segreteria in data 30 marzo 2017, mai notificata ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione, con la quale è stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso iscritto al nr. R.G. 1806/16, proposto avverso e per l'annullamento:

1. – dell'atto prot. n. 146896 del 16/11/2015, con il quale il Direttore dell'Agencia delle

Entrate ha individuato gli uffici dirigenziali le cui funzioni devono essere delegate ai

sensi

dell'art. 4-bis del D.L. n. 78 del 2015 (POT);

2. – del parere espresso dal Comitato di gestione con delibera n. 41 del 12/11/2015, di cui non si conosce il contenuto;

3. – dell'atto prot. n. 147578 del 17/11/2015, con il quale il Direttore dell'Agenzia ha adottato le “linee guida per il conferimento delle deleghe di funzioni (art. 4-bis del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78)”;

4. – dell'atto del Direttore dell'Agenzia prot. n. 135772 del 23/10/2015, di cui non si conoscono i contenuti;

5. – degli atti eventualmente e conseguentemente adottati per l'avvio delle procedure selettive per il conferimento delle deleghe di funzioni dirigenziali e delle deleghe eventualmente conferite, con attribuzione delle posizioni organizzative temporanee, dei quali tutti la ricorrente non è a conoscenza;

6. - di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, conseguente e connesso, ivi compresa la nota del Ministero dell'Economia e delle Finanze prot. n. 3-8403 del 10/9/2015, per quanto lesivi degli interessi collettivi di cui la Federazione ricorrente costituisce ente esponenziale.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia delle Entrate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore alla camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 il Cons. Silvia Martino;

Uditi, per le parti rispettivamente rappresentate, l'avv. Carmine Medici e l'avv. dello Stato Fabrizio Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. A seguito di un articolato contenzioso, promosso dalla stessa odierna appellante, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 37 del 17 marzo 2015, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 24, del d.l. n. 16 del 2012, e delle successive disposizioni di proroga di cui al d.l. n. 150 del 2013 ed al d.l. n. 192 del 2014, in

relazione ai parametri di cui agli artt. 3, 51 e 97 Cost.

Le disposizioni in questione recepivano i contenuti dell'art. 24, co. 2, del Regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle Entrate, che era stato annullato dal TAR Lazio, con sentenza 1° agosto 2011, n. 6884.

Dirpubblica riferisce che, a seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della sentenza n. 37/2015, l'Agenzia delle Entrate si è vista costretta a revocare gli incarichi dirigenziali conferiti ai funzionari privi di qualifica dirigenziale ai sensi dell'art. 8, c. 24 del D.L. n. 16/2012 e ad adottare nel contempo misure organizzative e gestionali finalizzate a salvaguardare l'assetto direzionale degli uffici.

Tuttavia, tali misure non sarebbero state idonee a dare corretta attuazione al giudicato costituzionale per la circostanza che, in un primo momento ed in attesa di nuovi provvedimenti, i Direttori provinciali avevano proseguito a conferire la delega di firma degli atti tributari, accompagnata dalla delega di funzioni dirigenziali di cui all'art. 17, c. 1-bis del D. Lgs n. 165 del 2001, ai funzionari privi della qualifica dirigenziale ai quali già era stato conferito l'incarico dirigenziale ai sensi dell'art. 8, c. 24 del D.L. n. 16 del 2012 dichiarato incostituzionale, con l'unica differenza di riportare nei nuovi atti il loro "nominativo in luogo della funzione"; in un secondo momento, l'Agenzia delle Entrate aveva provveduto a conferire per quegli stessi uffici incarichi ad interim ai dirigenti di ruolo preposti ad altri uffici dirigenziali di modo che la delega di funzioni dirigenziali potesse "apparire ad ogni modo riconducibile al dirigente (di ruolo) preposto, seppur temporaneamente, all'ufficio dirigenziale rimasto privo di titolare".

Dirpubblica diffidava l'Agenzia delle Entrate dal conferire gli incarichi senza avere previamente esperito le procedure concorsuali.

L'Agenzia, prosegue l'odierna appellante, indirizzava le proprie strategie di azione seguendo due direttrici entrambe convergenti verso l'obiettivo costituito dal consolidare in altre forme un modello organizzativo nell'ambito del quale il conferimento di funzioni fosse attribuito in favore di soggetti (interni) che non avessero prima conseguito la qualifica dirigenziale.

Una prima "strategia" veniva attuata mediante la riduzione delle posizioni dirigenziali e la istituzione di posizioni organizzative speciali di livello non dirigenziale.

La decisione veniva impugnata dinanzi al Tar Lazio con ricorso n. 14044/2015

contestandosi la legittimità del conferimento degli incarichi in questione senza che fosse stata prima istituita l'area di *middle management* e fossero indette ed espletate le procedure concorsuali di accesso alla medesima area.

La seconda "strategia" veniva attuata con una "azione di lobbying nei confronti degli organi costituzionali titolari della funzione legislativa al fine di ottenere una disposizione che autorizzasse espressamente ad attribuire nuove posizioni organizzative ai funzionari ai quali fossero state delegate funzioni dirigenziali e ciò fino a quando non fossero concluse le procedure concorsuali per il reclutamento di dirigenti".

Vedeva quindi luce l'art. 4-bis del d.l. n. 78 del 2015, inserito nella legge di conversione n. 125 del 2015, in forza del quale è stata introdotta la possibilità per i dirigenti delle Agenzie fiscali di delegare a funzionari della terza area le funzioni relative agli uffici di cui hanno assunto la direzione interinale e i connessi poteri di adozione di atti, escluse le attribuzioni ad essi riservate per legge.

Secondo gli appellanti, siffatta delega assume connotati di specialità rispetto alla delega di cui all'art. 17, co. 1-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001, tanto che l'art. 4-*bis* cit. prevede, tra l'altro, l'attribuzione, in favore dei funzionari delegati, di nuove posizioni organizzative ai sensi dell'art. 23-*quinquies*, comma 1, lettera a), del d.l. n. 95 del 2012, ulteriormente speciali rispetto alle posizioni organizzative speciali di livello non dirigenziale, poiché relative a posizioni che, diversamente da quanto previsto dalla disposizione da ultimo citata, non sono riclassificate in posizioni di livello non dirigenziale.

Tale soluzione ha concretizzato il timore manifestato da Dirpubblica che, nell'atto di diffida e costituzione in mora del 16.5.2015, aveva già rilevato come l'attribuzione di posizioni organizzative speciali in favore di funzionari ai quali sarebbero state delegate le funzioni dirigenziali si sarebbe configurata quale espediente per eludere il giudicato costituzionale formatosi sulla sentenza della Corte costituzionale del 17 marzo 2015, n. 37, costituendo gli incarichi di posizione organizzativa speciale di cui all'art. 23-*quinquies* del d.l. n. 95 del 2012 solo un "collagene" delle funzioni dirigenziali già attribuite per delega, supportando queste ultime con l'attribuzione di un trattamento economico parametrato a quello percepito dal dirigente di seconda fascia di livello retributivo più basso: si dissimulava in tal modo il conferimento di

veri e propri incarichi dirigenziali in favore di funzionari privi della relativa qualifica.

In attuazione dell'art. 4-bis del d.l. n. 78 del 2015, con atto prot. n. 146896 del 16.11.2015, il Direttore dell'Agenzia delle Entrate ha disposto l'individuazione degli uffici dell'Agenzia le cui funzioni, con i connessi poteri di adozione degli atti, devono essere delegate a funzionari della terza area, al fine di assicurarne la funzionalità operativa.

Tale atto è stato adottato in conformità al parere reso dal Comitato di Gestione dell'Agenzia delle Entrate con delibera n. 2015/16014 del 12 novembre 2015 in cui, tra l'altro, si è ritenuto che le posizioni delegabili «rispondono all'esigenza di assicurare uniformi ed efficaci livelli di coordinamento e di operatività delle strutture».

Successivamente, in linea con quanto previsto dal citato art. 4-*bis*, comma 2, d.l. n. 78 del 2015, con atto n. 147578 del 17 novembre 2015 il Direttore dell'Agenzia ha adottato le “linee guida per il conferimento di deleghe di funzioni”.

Nelle linee guida è stato rappresentato che, in ossequio a quanto previsto dalla citata disposizione, la durata della delega è temporalmente circoscritta fino alla conclusione dei concorsi per l'accesso alla dirigenza, previsti al comma 1 del citato art. 4-*bis*, e, comunque, in ogni caso, fino al 31 dicembre 2016.

Tale termine è stato successivamente prorogato al 30 settembre 2017 dall'art. 1-*bis* del d.l. 22 ottobre 2016, n. 193 e, da ultimo, al 30 giugno 2018 dall'art. 9-*ter* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50.

Nelle linee guida è specificato che il numero delle deleghe non può superare quello dei posti messi a concorso per l'accesso alla dirigenza previsti al citato comma 1; pertanto, tenuto conto delle facoltà assunzionali dell'Agenzia, tale numero è stato fissato in 416 unità.

Le predette linee guida, inoltre, stabiliscono: al punto 2, la tipologia delle funzioni delegabili; al punto 3, l'ambito di riferimento per l'individuazione dei soggetti delegati; al punto 4, la procedura di conferimento delle deleghe; al punto 5, le modalità di conferimento delle deleghe e, infine, al punto 6, il trattamento economico spettante ai delegati per il periodo di svolgimento delle funzioni.

Dirpubblica ha proposto ricorso, iscritto al n. R.G. 1806/2016 del TAR Lazio, avverso l'atto prot. n. 146896 del 16/11/2015, con il quale sono stati individuati gli

uffici dirigenziali le cui funzioni devono essere delegate ai sensi dell'art. 4-*bis* del d.l. n. 78 del 2015, e l'atto prot. n. 147578 del 17.11.2015, con il quale sono state disposte le "linee guida" per il conferimento delle deleghe, ed ogni altro atto conseguentemente adottato, deducendone l'illegittimità sulla base di sei motivi di ricorso.

Con ordinanza n. 2424/2016, il TAR ha respinto l'istanza cautelare.

La pronuncia è stata riformata con ordinanza n. 4422/2016 del 7.10.2016, di questa Sezione, sull'assunto della sussistenza sia della giurisdizione, sia della legittimazione ad agire della Federazione ricorrente.

Con sentenza n. 4049 del 30 marzo 2017, oggetto dell'odierno gravame, il T.A.R. per il Lazio, Sez. II-ter, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro.

In particolare, il T.A.R. ha ritenuto che:

- essendo la *causa petendi* del ricorso l'accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti con i quali l'Agenzia ha provveduto ad assegnare temporaneamente deleghe di funzioni ai propri funzionari privi di qualifica dirigenziale, la cognizione della controversia è riservata al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro e non al giudice amministrativo;
- con gli atti impugnati l'Agenzia ha attribuito mere responsabilità gestionali connesse all'esercizio delle deleghe con il conferimento di posizioni organizzative temporanee e relativo trattamento economico, che non implicano una progressione verticale nell'area dirigenziale rientrando nella materia dei concorsi pubblici;
- sulla base della giurisprudenza consolidata, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente per oggetto la selezione interna per titoli, tra pubblici dipendenti, avviata per l'attribuzione temporanea di mansioni superiori, come nel caso di specie, la quale non incide sull'inquadramento giuridico dei concorrenti, che rimane immutato;
- non sono stati sottoposti al vaglio del T.A.R. atti c.d. di macro-organizzazione, ossia volti a ridefinire le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, trattandosi piuttosto di atti volti a sopperire a temporanee esigenze funzionali degli uffici dell'Agenzia;
- inoltre, la ricorrente Dirpubblica ha più volte lamentato, a motivo dell'asserita

illegittimità degli atti impugnati, l'assenza della procedura concorsuale che l'Agenzia avrebbe dovuto indire; unica materia, quest'ultima, che sarebbe rientrata nella giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001;

- il conferimento delle deleghe di funzioni non comporta un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato, né un mutamento di area di appartenenza, ma soltanto un'implementazione di compiti connessi all'esercizio della delega stessa alla quale si correla un'indennità di posizione e di risultato, senza variazione del trattamento economico in godimento.

Con l'odierno ricorso in appello Dirpubblica ha chiesto la riforma della predetta sentenza e la rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a..

In particolare, l'appellante:

- ha messo in luce che la controversia riguarda la conformità a legge di atti di macro-organizzazione, espressione di poteri di natura pubblicistica concernenti l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi (cfr. art. 2, co. 1, del d.lgs n. 165 del 2001) in quanto con l'atto prot. n. 146896 del 16/11/2015, il Direttore dell'Agenzia delle Entrate, in conformità al parere espresso dal Comitato di gestione con delibera n. 41 del 12/11/2015, ha, per l'appunto, individuato gli «uffici le cui funzioni, con i connessi poteri di adozione degli atti, devono essere delegate, al fine di assicurare la funzionalità operativa, a funzionari della terza area...», come da elenco allegato al provvedimento;

- ha invocato, al riguardo, la più recente giurisprudenza della Corte regolatrice, sulla cui base il giudice del lavoro ha già dichiarato il proprio difetto di giurisdizione rispetto ad un ricorso volto ad ottenere la disapplicazione della delibera 41/2015 del Comitato di Gestione e degli atti 146896/15 e 147578/15 (Trib. Napoli, sez. lav., sentenza 20 giugno 2017, n. 4935);

Alla stessa conclusione – prosegue l'appellante - deve pervenirsi anche con riferimento alle “linee guida per il conferimento delle deleghe di funzioni (art. 4-bis del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78)”, adottate anch'esse con atto del Direttore dell'Agenzia delle Entrate prot. n. 147578 del 17/11/2015, quale organo di vertice dalla stessa Agenzia (cfr. art. 4, co. 4, del d.lgs. n. 165 del 2001)

Il giudice di primo grado avrebbe quindi travisato i motivi di ricorso e i successivi

motivi aggiunti, in particolare con riferimento alle doglianze relative all' «assenza della procedura concorsuale». Difatti, fermo restando le eccezioni pregiudiziali di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del d.l. n. 78 del 2015, sollevate con i primi due motivi del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (e di seguito riproposte ai sensi dell'art. 101 c.p.a.), la Dirpubblica, con il terzo motivo di ricorso, aveva dedotto l'illegittimità degli atti impugnati per violazione di quella stessa censurata disposizione poiché l'Agenzia delle Entrate, pur adoperandosi prontamente per il conferimento delle speciali deleghe di funzioni dirigenziali, ha del tutto trascurato di adoperarsi, in maniera altrettanto tempestiva ed efficace, per l'indizione delle procedure concorsuali per la copertura delle posizioni dirigenziali vacanti. Cosicché, le deduzioni proposte dall'odierna appellante non avrebbero riguardato affatto la natura delle procedure selettive interne per il conferimento delle predette deleghe speciali di funzioni dirigenziali all'interno della platea dei funzionari della terza area, su cui si appunta la sentenza di primo grado, bensì la violazione, nella quale assume incorsa l'Agenzia delle Entrate, dello stesso art. 4-*bis* del d.l. n. 78 del 2015, di cui, con i primi due motivi di ricorso, ha dedotto l'illegittimità costituzionale in relazione ai parametri di cui agli artt. 3, 51, 77, 97 e 136 Cost.

Dirpubblica ha poi riproposto i motivi di ricorso già dedotti in primo grado, così rubricati:

1. Illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis del d.l. n. 78 del 2015, inserito dalla legge di conversione n. 125 del 2015, in relazione al parametro di cui all'art. 77 cost. – eccesso di potere - sviamento.
2. Illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis del d.l. n. 78 del 2015, inserito dalla legge di conversione n. 125 del 2015, in relazione ai parametri di cui agli artt. 3, 51, 97, 136 e 137 cost. – violazione del giudicato di cui alla sentenza della corte costituzionale del 17 marzo 2015, n. 37 - eccesso di potere – sviamento.
3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4-bis del d.l. n. 78 del 2015 – violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 97, 136 e 137 cost. – violazione del giudicato costituzionale – violazione della regola del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi – eccesso di potere - sviamento.
4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4-bis del d.l. n. 78 del 2015 – violazione e falsa applicazione degli artt. 17, co. 1-bis e 19 del d.lgs. N. 165 del 2001- eccesso di

potere – sviamento.

Si è costituita, per resistere, l’Agenzia delle Entrate significando che gli atti impugnati non mutano la struttura degli uffici dell’Agenzia – che erano e rimangono uffici di livello dirigenziale – ma si limitano a individuare i singoli uffici le cui funzioni dirigenziali, salvo quelle riservate per legge al dirigente titolare dell’ufficio, possono essere temporaneamente delegate a funzionari.

In buona sostanza, tale atto non comporta una riorganizzazione sostanziale delle strutture preesistenti.

Lo stesso sarebbe a dirsi per le “Linee guida” le quali contengono esclusivamente le modalità operative con cui conferire le predette deleghe, sottolineando la temporaneità delle stesse e la circostanza che non possono essere oggetto di delega le funzioni riservate per legge al dirigente dell’ufficio.

A conferma di ciò, la difesa erariale segnala il recentissimo orientamento di questo Consiglio di Stato, Sez. IV, nella sentenza n. 4958 del 27 ottobre 2017, secondo cui è riservata alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle controversie relative al conferimento, da parte dell’Agenzia delle Entrate, di posizioni organizzative speciali di durata triennale ai propri funzionari, ai sensi dell’art. 23-*quinquies*, comma 1, lett. a), n. 2, del d.l. n. 95 del 2012, rimanendo questi ultimi nella stessa area di appartenenza, senza ricevere il trattamento retributivo dirigenziale e senza esercitare le attribuzioni riservate dalla legge ai dirigenti (in senso conforme, cfr. altresì TAR per il Lazio, Sez. II-ter, 4 agosto 2017 n. 9225).

In sostanza, le posizioni organizzative speciali, così come – soggiunge l’avvocatura - le deleghe di funzioni previste dall’art. 4- *bis* del d.l. n. 78 del 2015, espressamente richiamate nella motivazione della sentenza, costituiscono atti assunti con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato, la cui sindacabilità è rimessa in via esclusiva alla giurisdizione ordinaria.

Ad ogni buon conto, attesa la finalità del ricorso, il *petitum* sostanziale su cui radicare la giurisdizione attiene, secondo la difesa erariale, alla concreta gestione del rapporto di lavoro ossia la delega di funzioni da conferire a ciascun funzionario delegato e non al singolo atto di (eventuale macro) organizzazione in sé. Con la conseguenza che la sindacabilità degli atti impugnati, anche così ritenendo, ricadrebbe nella giurisdizione del giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro e non del giudice

amministrativo.

Dirpubblica ha depositato una memoria di replica.

L'appello è passato in decisione alla camera di consiglio del 14.12.2017.

2. L'attuale riparto di giurisdizione sulle controversie in materia di pubblico impiego origina dalla scelta, operata all'inizio degli anni novanta del secolo scorso, di "privatizzare", salvo alcune eccezioni, il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (cfr. l'art. 2 della l. n. 421 del 1992).

In particolare, le regole di diritto privato si applicano alle «determinazioni per l'organizzazione degli uffici» e alle «misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro» le quali «sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (artt. 2, comma 3, e 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001).

Prima delle modifiche apportate dall'art. 2 del d.lgs. n. 75/2017, il cit. art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 precisava che «Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la (*rectius*: alla) gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici».

Oggi, più sinteticamente, la norma richiama, fermo il rispetto del principio di pari opportunità, la «direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici».

Le regole di diritto pubblico attengono alla fase amministrativa che precede la stipula del contratto di lavoro, nonché alle regole di macro-organizzazione che si collocano a monte del rapporto di lavoro, regole con le quali le amministrazioni pubbliche «definiscono [...] le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive» (art. 2, comma 1, del citato decreto 165/2001).

La natura pubblica o privata delle regole di disciplina incide sulla definizione dei criteri di riparto di giurisdizione.

Nello specifico, l'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede che:

- sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni «ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti»

(comma 1, primo inciso);

- «quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi» (comma 1, secondo inciso);

- rimangono attribuite 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, quelle relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico (comma 4).

La Corte regolatrice ha poi chiarito che spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi.

E ciò sul rilievo che possono darsi situazioni nelle quali la contestazione in giudizio della legittimità degli atti, espressione di poteri pubblicistici, previsti dal d.lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1, implica la deduzione di una posizione di interesse legittimo, nella quale il rapporto di lavoro non costituisce l'effettivo oggetto del giudizio, ma, per così dire, lo sfondo rilevante ai fini di qualificare la prospettata posizione soggettiva del ricorrente, derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto (così, *ex plurimis*, Cass. civ. Sez. Un., 23 marzo 2017, n. 7483).

Spettano pertanto alla giurisdizione generale di legittimità del g.a. le controversie nelle quali la contestazione investa direttamente un atto organizzativo la cui asserita illegittimità sia posta a base della pretesa di accertamento dell'invalidità dell'atto di gestione del rapporto di lavoro.

In tal caso, non può operare il potere del g.o. di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi rilevanti per la decisione della controversia poiché esso presuppone che sia dedotto in causa un diritto soggettivo su cui incide il provvedimento amministrativo non conforme a legge (Cass. civ., Sez. Un., sentenza n. 4881 del 27.2.2017; id., n. 3052 del 9.2.2009); e, in più, perché in tal caso la disapplicazione da parte del giudice ordinario si risolverebbe nella cognizione diretta della (il)legittimità dell'atto amministrativo.

La giurisdizione si determina infatti in base al criterio del cd. *petitum* sostanziale, il

quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (così da ultimo, *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Un., sentenza n. 21522 del 15.9.2017).

2.1 Nel caso di specie risulta che innanzi al TAR Lazio la Dirpubblica abbia impugnato, in primo luogo, gli atti attraverso cui l'Agenzia delle Entrate ha dato attuazione all'art. 4 - *bis*, comma 2, del d.l. n. 78/2015 (conv. con modificazioni in l. n. 125/2015).

Giova richiamare il testo della disposizione citata (così come da ultimo prorogata dall'art. 9-*ter*, comma 1, lett. a), d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 giugno 2017, n. 96) secondo cui «In relazione all'esigenza di garantire il buon andamento e la continuità dell'azione amministrativa, i dirigenti delle Agenzie fiscali, per esigenze di funzionalità operativa, possono delegare, previa procedura selettiva con criteri oggettivi e trasparenti, a funzionari della terza area, con un'esperienza professionale di almeno cinque anni nell'area stessa, in numero non superiore a quello dei posti oggetto delle procedure concorsuali indette ai sensi del comma 1 e di quelle già bandite e non annullate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le funzioni relative agli uffici di cui hanno assunto la direzione interinale e i connessi poteri di adozione di atti, escluse le attribuzioni riservate ad essi per legge, tenendo conto della specificità della preparazione, dell'esperienza professionale e delle capacità richieste a seconda delle diverse tipologie di compiti, nonché della complessità gestionale e della rilevanza funzionale e organizzativa degli uffici interessati, per una durata non eccedente l'espletamento dei concorsi di cui al comma 1 e, comunque, non oltre il 30 giugno 2018. A fronte delle responsabilità gestionali connesse all'esercizio delle deleghe affidate ai sensi del presente comma, ai funzionari delegati sono attribuite, temporaneamente e al solo scopo di fronteggiare l'eccezionalità della situazione in essere, nuove posizioni organizzative ai sensi dell'articolo 23-*quinquies*, comma 1, lettera a), numero 2), del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135»

2.2. Con l'atto prot. n. 146896 del 16.11.2015, il Direttore dell'Agenzia delle Entrate ha individuato gli uffici dirigenziali le cui funzioni «devono essere delegate ai funzionari di III area» ai sensi del cit. art. 4 – *bis*, mentre, con l'atto prot. n. 147578 del 17.11.2015 ha fissato le «Linee guida per il conferimento delle deleghe di funzioni», con specifico riguardo alle “funzioni delegabili”, all’ “ambito di riferimento per l'individuazione dei delegati” (ovvero alla platea dei funzionari che possono partecipare alla selezione), alla “procedura di conferimento delle deleghe” (con indicazione dei criteri selettivi), alle “modalità di conferimento delle deleghe” e al “trattamento economico”.

Il primo gruppo di censure articolato in primo grado concerne la legittimità costituzionale delle fonte primaria che è alla base di siffatto assetto organizzativo mentre, con ulteriore prospettazione, Dirpubblica ha dedotto la violazione dello stesso art. 4 – *bis*, comma 2, del d.l. n. 78/2015 nella parte in cui configura un vincolo di strumentalità tra il conferimento delle POT e l'espletamento dei concorsi di cui al comma 1 della medesima disposizione.

2.3. Ciò premesso, nella fattispecie deve affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

I primi tre atti impugnati in primo grado sono infatti atti di macro – organizzazione in quanto ridefiniscono le strutture amministrative dell'Agenzia delle Entrate e stabiliscono i criteri e le modalità per il conferimento di attribuzioni di natura dirigenziale. Si tratta di tipici atti che delineano in via generale l'assetto organizzativo dell'Agenzia e le modalità volte ad assicurare la preposizione agli uffici come individuati, mentre le singole posizioni individuali risultano successive e meramente consequenziali agli assetti organizzativi come delineati e per come contestati nel presente giudizio; il quale, pertanto, ha ad oggetto diretto e immediato la potestà organizzativa esercitata in via generale dall'ente e quindi la cognizione diretta dei consequenziali atti amministrativi, rispetto ai quali, per quanto dianzi osservato, sono configurabili posizioni di interesse legittimo e non può essere correttamente evocata la figura della disapplicazione dinanzi al giudice ordinario.

Vero è che Dirpubblica ha censurato anche gli atti «eventualmente e conseguentemente adottati per l'avvio delle procedure selettive per il conferimento delle deleghe di funzioni dirigenziali» e le «deleghe eventualmente conferite, con

attribuzione delle posizioni organizzative temporanee».

Tuttavia, l'impugnativa investe direttamente la presupposta riorganizzazione degli uffici e delle funzioni dirigenziali (ed anzi, la stessa legittimità costituzionale delle fonte primaria che ne è alla base), risultando estesa anche agli atti di conferimento delle deleghe solo in via consequenziale.

Né vale ad escludere la giurisdizione amministrativa – così come assunto dalla difesa erariale - il fatto che l'impugnata riorganizzazione sia “*ad tempus*” ovvero destinata a valere soltanto fino all'espletamento dei concorsi finalizzati alla copertura delle vacanze nell'organico dei dirigenti.

Si tratta, invero, di una distinzione irrilevante ai fini di cui trattasi poiché non incide né sulla natura del potere esercitato né, specularmente, su quella della posizione soggettiva fatta valere.

E' peraltro elementare il rilievo secondo cui – ove effettivamente il riparto di giurisdizione dipendesse dalla natura contingente delle esigenze cui l'atto organizzativo presiede – la giurisdizione amministrativa in siffatto ambito non si radicherebbe mai poiché, data la naturale dinamicità dell'azione amministrativa, gli assetti organizzativi non sono certo granitici ma fisiologicamente destinati a mutare in funzione delle attribuzioni esercitate e dei fini perseguiti.

Relativamente, poi, al precedente di questa Sezione citato dalla difesa erariale (sentenza n. 4958/2017), si osserva che esso è stato reso in relazione ad una fattispecie in cui l'oggetto del giudizio era il conferimento di una posizione organizzativa, impugnata da un aspirante pretermesso per ragioni attinenti allo svolgimento della procedura selettiva e all'attribuzione del punteggio prestabilito.

Pertanto, la stessa non è assimilabile a quella qui in esame in cui, come già evidenziato, pur essendo impugnati anche gli atti di conferimento delle deleghe, la contestazione investe direttamente, a monte, gli atti generali di riorganizzazione attraverso cui l'Agenzia ha individuato le funzioni delegabili e le modalità di conferimento delle c.d. POT.

3. Alla stregua dei rilievi che precedono, l'appello deve essere accolto e la causa rimessa al giudice di primo grado.

Nelle peculiarità del giudizio e nella novità della disposizione normativa controversa, il Collegio ravvisa le ragioni per l'integrale compensazione delle spese di entrambi i

gradi del giudizio tra le parti attinenti alla questione di giurisdizione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e rimette la causa al giudice di primo grado ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 105, comma 1, c.p.a..

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia Martino

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

IL SEGRETARIO