

## La giurisdizione nell'impiego pubblico contrattualizzato

**Sommario:** 1. La regola del riparto di giurisdizione: art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001. – 2. Precedenti “trasferimenti” di giurisdizione in materia di pubblico impiego. – 3. La privatizzazione del lavoro pubblico e la devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario. – 4. La prima delega *ex l.* n. 421 del 1992. – 5. La seconda delega *ex l.* 59/1997. – 6. Il criterio della materia *versus* quello del *petitum* sostanziale. – 6. Una fattispecie paradigmatica: Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21677. – 8. Atti di gestione del rapporto *versus* atti organizzativi generali. – 9. L'impugnazione degli atti organizzativi di alta amministrazione o di macrorganizzazione. – 10. La giurisdizione in caso di concorsi per l'assunzione e di concorsi interni. – 11. Il primo intervento delle sezioni unite: sent. n. 128 del 2001. – 12. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 2 del 2001. – 13. Il secondo intervento delle Sezioni unite: sent. n. 15403 del 2003 – 14. Le ulteriori puntualizzazioni delle Sezioni Unite: sent. n. 9164 del 2006. – 15. L'assestamento della giurisprudenza successiva. – 16. Procedure selettive non concorsuali. – 17. Utilizzazione delle graduatorie temporanee e permanenti. – 18. Le procedure di stabilizzazione. – 19. Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali (cenni). – 20. La proroga della giurisdizione amministrativa.

**1. La regola del riparto di giurisdizione: art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001.** La regola fondante del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle controversie di impiego pubblico contrattualizzato è posta dall'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, recante il testo unico delle norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, per la redazione del quale era stata prevista la delega di cui all'art. 1, comma 8, legge 24 novembre 2000, n. 340, in termini meramente compilativi, delega che autorizzava solo le modifiche necessarie per il migliore coordinamento delle diverse disposizioni.

Il primo comma dell'art. 63 – che ripete l'art. 68 del d.lgs n. 29 del 1993, come sostituito prima dall'art. 33 del d.lgs n. 546 del 1993 e poi dall'art. 29 del d.lgs n. 80 del 1998, successivamente modificato dall'art. 18 del d.lgs n. 387 del 1998 – ha testualmente previsto: «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'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, 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 dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo».

Rispetto a questa che è la regola del riparto di giurisdizione l'eccezione è invece posta dal successivo quarto comma: «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'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

Si tratta, nel complesso, di un criterio di riparto di giurisdizione che non è stato facile formulare perché concettualmente, seppur in un'area limitata (ma non limitatissima: all'inizio degli anni novanta rappresentava all'incirca la metà del contenzioso innanzi al Consiglio di Stato), percorre il cammino inverso di quello che ha originato la giurisdizione amministrativa a partire dalla legge n. 5992 del 1889, che con l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato segna la nascita di quella giurisdizione.

Mentre la creazione di fattispecie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (il catalogo dell'art. 133 c.p.a. sembra sempre aperto a nuovi ingressi) non richiede, a tal fine, di distinguere tra posizioni di diritto soggettivo e quelle di interesse legittimo, perché tutte indistintamente devolute alla cognizione di quel giudice, l'operazione contraria di smantellare una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – qual era quella in materia di controversie di impiego pubblico (art. 29 t.u. n. 1054 del 1929) – per assegnare la giurisdizione al giudice ordinario è più complessa perché c'è da chiedersi quale sia la sorte degli interessi legittimi.

La questione fu posta con molta lucidità nel parere del Consiglio di Stato n. 146 del 1992 reso sul disegno di legge-delega concernente la razionalizzazione e la revisione della disciplina, tra l'altro, del pubblico impiego, che ha portato alla legge 23 ottobre 1992 n. 421; la quale segna il punto di partenza della contrattualizzazione del lavoro pubblico, quando cominciò a farsi strada l'idea di trasferire al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie dell'impiego pubblico. Si leggeva in tale parere che si potevano prospettare tre ipotesi: *a)* con la devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario sarebbe venuta meno la tutela degli interessi legittimi; *b)* la tutela degli interessi legittimi sarebbe rimasta, ma attribuita allo stesso giudice ordinario con una sorta di giurisdizione esclusiva all'incontrario; *c)* la devoluzione al giudice ordinario avrebbe riguardato solo i diritti soggettivi, mentre sarebbe rimasta la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo per gli interessi legittimi, sussistente non solo nei rapporti di impiego "a regime pubblicistico", ma anche nelle sfere contrattualizzate e privatizzate.

I problemi di giurisdizione che si porrano negli anni a seguire sembrano potersi ricondurre proprio a questa triplice alternativa: *a)* le pubbliche amministrazioni datrici di lavoro agiscono solo con atti privatistici di gestione del rapporto di impiego pubblico contrattualizzato con i poteri del privato datore di lavoro a fronte dei quali l'unica situazione soggettiva che può ravvisarsi, ove sussistente, è quella di diritto soggettivo con la conseguenza che la giurisdizione è solo e sempre del giudice ordinario; *b)* tali atti di gestione del rapporto non schermano possibili situazioni di interesse legittimo, le quali però, al pari delle situazioni di diritto soggettivo, sono comunque conosciute dal giudice ordinario con la conseguenza, come *sub a)*, che la giurisdizione è sempre del giudice ordinario, ma estesa anche a situazioni di interesse legittimo eventualmente ricondotte, in termini privatistici, al diritto del pubblico dipendente a che la pubblica amministrazione agisca legittimamente e secondo correttezza e buona fede; *c)* c'è comunque, anche nei rapporti di lavoro pubblico contrattualizzato, un'area di possibili interessi legittimi la cui cognizione rimane al giudice amministrativo in ragione della sua generale giurisdizione di legittimità *ex art. 103*, primo comma, Cost. su tali posizioni giuridiche tutelate con la conseguenza che la giurisdizione del giudice ordinario può concorrere con quella del giudice amministrativo.

**2. Precedenti “trasferimenti” di giurisdizione in materia di pubblico impiego.** Non è che prima del 1992 non ci fossero stati, in altri settori, interventi legislativi diretti ad assegnare al giudice ordinario la giurisdizione sul rapporto di lavoro prima devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ma si trattava di fattispecie in cui non venivano in rilievo veri e propri poteri amministrativi.

In disparte l'art. 10 R.D. 8 gennaio 1931, n. 148, che rimetteva alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie del personale delle ferrovie, tramvie e linee di navigazione interna in concessione riservando però al giudice amministrativo i ricorsi contro le decisioni del Consiglio di disciplina (art. 58, R.D. cit.), la regola della giurisdizione del giudice ordinario fu posta dal codice di procedura civile del 1940 quanto al personale degli enti pubblici economici. L'art. 429, n. 3, c.p.c., nella formulazione originaria, la prevedeva per le controversie relative ai rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti di quegli enti pubblici inquadrati nelle associazioni sindacali di categoria. Con la soppressione dell'ordinamento corporativo si pose subito il problema della sopravvivenza di tale regola del riparto di giurisdizione con soluzioni che videro contrapposte la Corte di cassazione ed il Consiglio di Stato. La giurisprudenza di legittimità si orientò alla fine per la giurisdizione del giudice ordinario: *ex plurimis* Cass., sez. un., 26 febbraio 1966, n. 580. La questione infine fu normativamente isolata con l'espressa previsione della giurisdizione del giudice ordinario con la legge n. 533 del 1973 recante la disciplina delle controversie di lavoro (ora art. 409, primo comma, c.p.c.).

C'è però da considerare che tali enti, svolgendo attività di impresa con i poteri dell'imprenditore (art. 2093 c.c.), non esercitavano, in linea di massima, poteri pubblici di supremazia e quindi la affermata giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie di lavoro non poneva particolari problemi, anche se di tanto in tanto riaffiorava l'idea di un potere pubblico discrezionale. Cass., sez. un., 12 dicembre 1967, n. 2924, affermò la giurisdizione del giudice amministrativo in una controversia promossa da alcuni dipendenti nei confronti dell'ente pubblico economico datore di lavoro per l'accertamento dell'illegittimità dei licenziamenti loro intimati perché – ritenne la S.C. – i licenziamenti si erano resi necessari dalla riorganizzazione interna dell'ente, avente natura discrezionale.

Invece le pubbliche amministrazioni e in generale gli enti pubblici non economici certamente esercitavano poteri pubblici che potevano radicare posizioni di interesse legittimo tutelate innanzi al giudice amministrativo la cui giurisdizione, con la Costituzione repubblicana, aveva ormai presidio nell'art. 103, primo comma, Cost.. Vi era quindi una ragione forte per non abbandonare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie di pubblico impiego. E tale fu la scelta del legislatore quando ci fu l'apertura alla regolamentazione collettiva del lavoro pubblico. La legge quadro sul pubblico impiego (l. n. 93 del 1983) demandò molti aspetti della disciplina del rapporto di impiego agli accordi sindacali cominciando un percorso di avvicinamento al lavoro privato che poi nel decennio successivo si completerà con la c.d. contrattualizzazione del rapporto di impiego pubblico.

Ma all'epoca nulla mutò quanto alla giurisdizione: il primo comma dell'art. 28 della cit. legge n. 93/1983 confermò l'esistente e quindi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Già però si intravedeva la prospettiva futura perché tale disposizione prevedeva l'emanazione di norme “ispirate” al processo del lavoro.

Di lì a poco – nel 1985 – c'è un significativo e vasto, quand'anche settoriale, processo di “privatizzazione” (o “contrattualizzazione”) di lavoro pubblico. Si tratta del

del rapporto di lavoro alle dipendenze di quella che era l'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, trasformata in ente pubblico economico ex l. n. 210/1985 e successivamente in società per azioni; rapporto che viene ad essere disciplinato su base contrattuale collettiva ed individuale.

La regola sulla giurisdizione fu posta dall'art. 23 l. n. 210/1985: le controversie di lavoro relative al personale dipendente dell'ente Ferrovie dello Stato, già ricadenti nella giurisdizione del giudice amministrativo, erano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario e segnatamente alla competenza del pretore, dalla data di entrata in vigore della legge cit. senza alcun regime transitorio. La cesura era netta e così ritenne il giudice del riparto della giurisdizione: le controversie inerenti ai rapporti di lavoro ancora in corso alla detta data (14 giugno 1985) erano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre permaneva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative ai rapporti di lavoro cessati anteriormente alla data medesima (Cass., sez. un., 23 aprile 1987, n. 3945). Nelle controversie già pendenti innanzi al giudice amministrativo rilevava il sopravvenuto difetto di giurisdizione di quel giudice (all'epoca l'art. 5 c.p.c. sulla *perpetuatio iurisdictionis* non era ancora stato novellato dalla legge n. 353 del 1990).

La norma non creò particolari problemi proprio perché il legislatore intervenne innanzi tutto sull'azione del soggetto pubblico che fu "privatizzata" nel senso che non c'era più esercizio di poteri amministrativi, ma l'azione dell'Azienda autonoma Ferrovie dello Stato era ricondotta all'agire economico dell'imprenditore privato per essere stata trasformata prima in ente pubblico economico, poi in società commerciale. Il trasferimento della giurisdizione al giudice ordinario seguì come una conseguenza logica. Non di meno, ciò che oggi ci appare abbastanza lineare, non mancò, inizialmente, di suscitare qualche resistenza evocandosi proprio la categoria dell'interesse legittimo che – si diceva all'epoca dell'ente pubblico economico Ferrovie dello Stato – non era venuto meno e quindi rimaneva una residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo. Si ritenne, ad es., che il concorso per l'attribuzione di una qualifica superiore comportasse l'esercizio di poteri autoritativi del datore di lavoro, ancorché ente pubblico economico, di fronte al quale l'impiegato aveva una situazione soggettiva di interesse legittimo, aggiungendosi che non erano suscettibili di disapplicazione nel giudizio ordinario gli atti amministrativi che il destinatario titolare di interesse legittimo avrebbe potuto impugnare davanti al giudice amministrativo (Cass. 13 marzo 1992 n. 3102).

**3. La privatizzazione del lavoro pubblico e la devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario.** La riforma del pubblico impiego, avviata a partire dal 1992 con la cd. prima privatizzazione, poi seguita dalla c.d. seconda privatizzazione con le "leggi Bassanini" (l. 59/97 e successivo d.lgs. 80/98, seguito dal d.lgs. «correttivo» 387/98), poneva invece, in termini ben più ampi, la questione di quale fosse la sorte degli interessi legittimi.

La difficoltà di formulare la norma sul riparto di giurisdizione è mostrata non solo dal fatto che sulla questione vi sono due diverse norme di delega e due disposizioni di altrettanti decreti legislativi, il secondo dei quali oggetto anche di decreto correttivo, ma anche dalla circostanza che alla fine non ci fu contestualità tra la riforma della disciplina sostanziale del rapporto e la modifica processuale della giurisdizione nel senso che si avviò la contrattualizzazione del lavoro pubblico prima della devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione sulle relative controversie.

La vicenda poi risultava ulteriormente complicata dalla novellazione dell'art. 5 c.p.c., che ha esteso la regola della *perpetuatio iurisdictionis* anche ai successivi mutamenti normativi, qual era la regola sul riparto di giurisdizione, nonché da uno specifico e nuovo criterio generale di disciplina transitoria della giurisdizione posto dall'art. 1 del d.l. n.269 del 1994, conv. nella l n. 432 del 1994, che – nel prevedere che, in caso di trasformazione di enti pubblici in enti pubblici economici o in società di diritto privato, continuavano ad essere attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie attinenti al periodo del rapporto di lavoro svoltosi anteriormente alla trasformazione – dettava una disciplina transitoria per tutte le trasformazioni future.

**4. La prima delega ex l. n. 421 del 1992.** La prima delega (art. 2 l. 23 ottobre 1992, n. 421) demandò al Governo di prevedere la devoluzione al giudice ordinario delle controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti, escluse le controversie riguardanti il personale di cui alla lettera *e*) – ossia quello che rimaneva a regime pubblicistico (magistrati ordinari e amministrativi, agli avvocati e procuratori dello Stato, al personale militare e delle forze di polizia, ai dirigenti generali ed equiparati, al personale delle carriere diplomatica e prefettizia) – ed escluse altresì le materie di cui ai numeri da 1) a 7) della medesima lettera *c*); devoluzione prevista a partire dal terzo anno successivo alla emanazione del decreto legislativo e comunque non prima del compimento della fase transitoria di cui alla lettera *a*) con la stipulazione dei nuovi contratti collettivi di lavoro. Le materie escluse erano le seguenti: 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto.

In attuazione di questa prima delega l'art. 68 d.lgs. n. 29 del 1993 prevede la devoluzione al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro di tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, con esclusione delle suddette materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell'art 2, comma 1, lettera *c*), della cit. legge n. 421/1992. In positivo poi erano segnatamente devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro una serie di controversie, attinenti al rapporto di lavoro in corso, in tema di: *a*) periodo di prova; *b*) diritti patrimoniali di natura retributiva; *c*) diritti patrimoniali di natura indennitaria e risarcitoria; *d*) progressioni e avanzamenti e mutamenti di qualifica o di livello; *e*) 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 e aspettative sindacali; *f*) tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro; *g*) sospensione ed altre vicende modificative del rapporto di lavoro; *h*) trasferimenti individuali e procedure di mobilità; *i*) sanzioni disciplinari; *l*) risoluzione del rapporto di lavoro; *m*) previdenza ed assistenza, con esclusione della materia pensionistica riservata alla Corte dei conti; *n*) diritti sindacali, comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero e violazioni di clausole concernenti i diritti e

l'attività del sindacato contenute nei contratti collettivi; o) pari opportunità e discriminazione nei rapporti di lavoro.

La disposizione peraltro non era di immediata applicazione essendo questa differita fino al terzo anno successivo alla data di entrata in vigore del decreto legislativo e comunque non prima della fase transitoria segnata dalla stipulazione di una nuova contrattazione collettiva, autonomamente efficace, in luogo dei precedenti accordi sindacali la cui efficacia conseguiva invece al momento pubblicistico del recepimento di decreto del Presidente della Repubblica.

Nelle more sarebbe rimasta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie pendenti dinanzi a quel giudice fino al termine della predetta fase transitoria.

Il criterio di accompagnare la regola generale della giurisdizione del giudice ordinario con un catalogo in positivo che enumerava le controversie demandate alla cognizione di quel giudice unitamente al catalogo delle materie escluse che vedevano confermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo era di rara complicazione ed avrebbe creato più di un problema. In generale c'è che l'incertezza nell'identificazione del giudice fornito di giurisdizione costituisce di per sé un ostacolo alla tutela giurisdizionale (art. 24, primo comma, Cost.) che è diritto fondamentale.

**5. La seconda delega ex l. 59/1997.** La seconda delega semplifica le cose. E' contenuta nell'art. 11, comma 4, lett. g), l. 15 marzo 1997, n. 59, che ha autorizzato il Governo, in sede di normativa primaria delegata, a devolvere, entro il 30 giugno 1998, al giudice ordinario – tenuto conto del completamento dell'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e della conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa – tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, suscettibili di disapplicazione. La formulazione è molto netta ed ampia, superando il criterio, foriero di incertezze, dell'enumerazione delle materie escluse dalla devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario nonché di quelle segnatamente incluse. Tutte le controversie di lavoro pubblico contrattualizzato transitano alla giurisdizione del giudice ordinario. Però vengono contestualmente richiamati anche i criteri direttivi della prima delega (di cui al cit. art. 2 l. n. 421/1991) che aveva disegnato in termini più restrittivi il passaggio al giudice ordinario della giurisdizione sulle controversie in materia di lavoro pubblico contrattualizzato.

La formulazione finale della norma delegata – l'art. 29 d.lgs. n. 80 del 1998 che ha sostituito l'art.68 d.lgs. n. 29 del 1993 – reca con sé questa matrice sostanzialmente compromissoria di regola/eccezione.

La regola (al primo comma del nuovo art. 68 cit.) è 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, salvo quelle relative ai rapporti di lavoro conservati a regime pubblicistico, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Al giudice ordinario sono devolute anche le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni (ex art. art. 28 Stat. lav.) e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva (art. 68, terzo comma). In sede di decreto

correttivo poi l'art. 18 d.lgs n. 387 del 1998 ha poi esteso la giurisdizione del giudice ordinario anche al conferimento e alla revoca degli incarichi dirigenziali e alla responsabilità dirigenziale.

L'ampiezza della giurisdizione del giudice ordinario è accentuata dalla previsione del potere di quest'ultimo di disapplicazione degli atti amministrativi presupposti. Ha infatti previsto l'art. 68, primo comma, cit., che quando questi ultimi sono rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi.

L'eccezione alla generale giurisdizione del giudice ordinario è formulata al quarto comma del nuovo art. 68 cit.: rimangono 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 rimasti a regime pubblico, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi.

In questo mutato contesto del riparto della giurisdizione gli interessi legittimi non si riqualificano sempre come diritti soggettivi, ma sono conservati come tali nella misura in cui rimane comunque una concorrente giurisdizione del giudice amministrativo, tanto che il più volte cit. primo comma dell'art. 68 prevede che l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo.

L'art. 63 d.lgs. n. 165/2001 ripete la formulazione dell'art. 68 del d.lgs n. 29 del 1993, come sostituito prima dall'art. 33 del d.lgs n. 546 del 1993 e poi dall'art. 29 del d.lgs n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 18 del d.lgs n. 387 del 1998. Quanto al regime transitorio l'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 prevede che sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 63 cit., relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

Anche l'art. 45, comma 17, d.lgs. n. 80 del 1980 prevedeva analogo disposizione quanto alla data spartiacque del 30 giugno 1998. E, nello stabilire che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restavano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, specificava che le stesse avrebbero dovuto proporsi, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

**6. Il criterio della materia *versus* quello del *petitum* sostanziale.** In termini ampi e generali si afferma (al primo comma dell'art. 63 d.lgs. n. 165/2001) la giurisdizione del giudice ordinario su tutte le controversie concernenti il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, ossia il rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato, con la sola eccezione (al quarto comma) delle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Il criterio di riparto è non già il *petitum* formale della domanda, ma la materia alla quale tale *petitum* è riferibile. Se l'oggetto della controversia concerne il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, allora la giurisdizione è del giudice ordinario, salva l'eccezione del quarto comma dell'art. 63 di cui si dirà *infra* e salvo quanto può desumersi in termini di giurisdizione dal riferimento contenuto agli atti organizzativi generali posti in

comparazione con gli ordinari atti di gestione del rapporto di impiego (artt. 2, comma 1, e 5, comma 2).

Ricorrente, sì da essere diventata tralaticia, è l'affermazione che il criterio fondamentale del riparto di giurisdizione è quello del *petitum* sostanziale, nozione contrapposta a quella di *petitum* formale: non si deve guardare a ciò che formalmente chiede il ricorrente, che in ipotesi potrebbe domandare l'annullamento di un atto della pubblica amministrazione che ritenga lesivo dei diritti che gli derivano dal rapporto di impiego (*petitum* formale), ma rileva quale sia la tutela richiesta in relazione alla situazione soggettiva versata in giudizio (*petitum* sostanziale). In generale anche in altra area e fin da epoca risalente la giurisprudenza (cfr., *ex plurimis* Cass., sez. un., 18 giugno 1962, n. 1530) ha affermato che nelle materie non attribuite alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi la distinzione tra le controversie devolute alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria e quelle spettanti alla cognizione dei giudici amministrativi va fatta indipendentemente dalla formulazione conclusiva della domanda (*petitum* formale), tenendo, invece, conto della reale natura della controversia, ossia dell'oggetto del giudizio individuato in riferimento sia alla *causa petendi*, sia al *petitum* (*petitum* sostanziale). Cfr. più recentemente Cass., sez. un., 11 ottobre 2011, n. 20902, che ha ribadito che ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti (*petitum* formale), quanto il *petitum* sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio.

Quindi il *petitum* sostanziale è l'oggetto della pretesa azionata rapportata alla situazione soggettiva posta a fondamento di questa pretesa.

In realtà però l'art. 63, primo comma, non fa riferimento all'oggetto della domanda, ossia al *petitum* né formale né sostanziale, ma alla materia. Sia i criteri di delega *ex* l. n. 421/1992 e l. n. 57/1997, sia le relative norme sulla giurisdizione contenute nei vari decreti legislativi succedutesi nel tempo hanno sempre fatto riferimento alla "materia" costituita dalle controversie di pubblico impiego. La "materia" è il canone di riferimento *ex* art. 103, primo comma, Cost. della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'art. 29 t.u. n. 1054 del 1929, che contemplava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie di pubblico impiego, prevedeva anch'esso il criterio della materia facendo riferimento ai "ricorsi relativi al rapporto di impiego prodotti dagli impiegati dello Stato, degli enti o istituti pubblici sottoposti a tutela o anche solo a vigilanza dell'amministrazione centrale dello Stato". L'art. 63, primo comma, cit. non fa altro – come regola generale e salvo le eccezioni – che trasferire al giudice ordinario ciò che con il criterio della "materia" era stato devoluto al giudice amministrativo. Ed infatti tale disposizione ripete un canone che si iscrive al concetto della materia – *id est*: "le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni" – secondo una formulazione testuale sovrapponibile a quella del cit. art. 29 cit..

Ciò non significa che il giudice ordinario ha una giurisdizione esclusiva sulle controversie di lavoro pubblico (ora) contrattualizzato, simmetrica a quella che era la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie di pubblico impiego. La giurisdizione del giudice ordinario è la "giurisdizione" *tout court*, quella dell'art. 102, primo comma, Cost., senza aggettivazione perché tendenzialmente generale. E' quella del giudice amministrativo che può essere definita "esclusiva" quando "in particolari materie" *ex* art. 103, primo comma, Cost. è estesa ai diritti soggettivi.

Però neppure può dirsi che nell'art. 63, primo comma, cit., con il previsto trasferimento della giurisdizione esclusiva in materia di impiego pubblico alla giurisdizione del giudice ordinario (salvo eccezioni) ci sia soltanto il venir meno di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con conseguente riespansione della giurisdizione generale del giudice di legittimità; ma c'è appunto, anche testualmente, la "devoluzione" di tale controversie al giudice ordinario. Ossia nella norma sul trasferimento o devoluzione della giurisdizione non può leggersi la pura e semplice riespansione della giurisdizione generale del giudice ordinario; ciò che in astratto avrebbe potuto anche essere e se ciò fosse stato si sarebbe riespanso anche il canone generale di riparto della giurisdizione desumibile dal primo comma dell'art. 103 Cost., consistente nella situazione soggettiva – di diritto soggettivo o di interesse legittimo – la cui tutela giurisdizionale è invocata da chi agisce in giudizio.

In realtà la devoluzione *ex art. 63*, primo comma, nella misura in cui si integra con le disposizioni precedenti degli artt. 2, comma 1, e 5, comma 2, cit. comprende anche una regola sulla sorte di quelle situazioni soggettive che nel precedente regime della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo erano qualificabili come di interesse legittimo. In questo senso si può parlare di un criterio per materia rettificato dall'identificazione della situazione soggettiva azionata (nei termini di cui si viene ora a dire).

**7. Una fattispecie paradigmatica: Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21677.** Per evidenziare la portata del criterio della materia *ex art. 63*, primo comma, cit. si può considerare, come paradigmatica, la fattispecie oggetto di una (ancora recente) pronuncia sul riparto di giurisdizione: Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21677. I ricorrenti, medici del Servizio Sanitario Nazionale, chiedevano l'annullamento di atti generali riguardanti una comunità locale quale fruitrice del servizio sanitario nonché incidenti sulla posizione dello stesso personale dipendente a tale servizio addetto, quali appunto i medici ricorrenti; servizio regolato dalla Regione, che aveva provveduto alla riorganizzazione della rete ospedaliera regionale. Essi ricorrenti chiedevano altresì l'annullamento del provvedimento di soppressione del presidio sanitario cui erano addetti, nonché di singoli provvedimenti di trasferimento ad altro presidio ospedaliero. Il giudice amministrativo aveva declinato la propria giurisdizione sull'intera controversia perché i medici avevano agito a tutela della loro pretesa di non essere trasferiti ad altra struttura sanitaria e solo incidentalmente avevano rivolto le proprie censure contro gli atti presupposti di riorganizzazione del servizio. La S.C., decidendo il ricorso (*ex art. 362 c.p.c.*) che poneva la questione di giurisdizione, ha richiamato il canone del *petitum* sostanziale ribadendo – come in molte altre pronunce – che "ai fini del riparto tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *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 dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione". Nello specifico la S.C. ha ritenuto che era impugnato il provvedimento della ASL datrice di lavoro di disattivazione del presidio ospedaliero e di assegnazione dei medici ricorrenti ad altra struttura ospedaliera; ed era altresì impugnato, ma quale atto presupposto, il decreto del Presidente della Regione avente ad oggetto la riorganizzazione della rete ospedaliera. Ciò posto, si è ritenuto che "il *petitum* sostanziale proposto al giudice, a

prescindere dal contenuto della delibera impugnata, ha ad oggetto non la legittimità della disattivazione del nosocomio, ma le conseguenze del provvedimento paventate dai ricorrenti, e cioè il loro trasferimento ad altra sede”. E quindi “correttamente il giudice [amministrativo] ha individuato il *petitum* sostanziale nella richiesta di tutela della propria posizione soggettiva avanzata dai dipendenti dell'Azienda sanitaria, per la lesione derivatane dalla chiusura della struttura sanitaria cui gli stessi erano addetti”. Conseguentemente la S.C. ha confermato nella specie la giurisdizione del giudice ordinario sull'intera controversia così posta.

Al di là delle peculiarità del caso, ciò che può porsi in rilievo è che in tali fattispecie, piuttosto frequenti, vi è un triplice livello in cui comunque si colloca un *petitum* formale di annullamento di un atto della pubblica amministrazione: quello del provvedimento di trasferimento del medico ad altro presidio ospedaliero; quello del provvedimento di disattivazione di un'unità operativa della datrice di lavoro ASL cui il medico era in precedenza addetto; quello del provvedimento della Regione di generale riorganizzazione del servizio cui apparteneva quello erogato dalla datrice di lavoro.

Il criterio della materia delle controversie di lavoro pubblico contrattualizzato, identificativo della devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario *ex art.* 63, primo comma, cit. va integrato perimetrando quanto è stato complessivamente trasferito a tale giudice anche in ragione del tipo di atto dell'amministrazione pubblica datrice di lavoro incidente, direttamente o indirettamente, sul rapporto di impiego. La fattispecie paradigmatica appena richiamata consente di generalizzare l'articolazione differenziata del livello in cui si declina una pretesa di annullamento di atti della pubblica amministrazione: (a) atti che riguardano direttamente il rapporto di impiego pubblico contrattualizzato (il trasferimento, l'assegnazione di mansioni, il riconoscimento o disconoscimento di un trattamento retributivo, l'irrogazione di una sanzione disciplinare); (b) atti che in un contesto privatistico dell'imprenditore datore di lavoro riguarderebbero il potere direttivo di quest'ultimo di organizzare l'attività produttiva e che nel diverso contesto di una pubblica amministrazione riguardano la gestione di un servizio pubblico o l'esercizio di una funzione pubblica; (c) atti organizzativi di alta amministrazione che pure riguardano la gestione di un servizio pubblico o l'esercizio di una funzione pubblica, ma ad un livello più elevato, che è quello della c.d. macrorrganizzazione.

Ove non ci fosse stata la devoluzione al giudice ordinario delle controversie in materia di lavoro pubblico contrattualizzato con le specificazioni dell'art. 63, primo comma, e degli artt. 2, comma 1, e 5, comma 2, cit., ma solo la soppressione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, avrebbe operato unicamente il generale criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo derivante dall'identificazione della situazione soggettiva posta a fondamento del *petitum*, se di diritto soggettivo o di interesse legittimo. Nel caso invece della devoluzione al giudice ordinario delle controversie della materia “controversie di lavoro pubblico contrattualizzato” rileva anche il perimetro dell'area trasferita alla giurisdizione ordinaria identificata a mezzo del tipologia di atti cui è riconducibile l'attività dell'amministrazione pubblica; ciò che “rettifica”, per così dire, il mero canone della materia quale criterio di riparto della giurisdizione, introducendo in vero un fattore di complicazione nel sindacato sulla giurisdizione in ragione della distinzione, rilevante al fine del riparto di giurisdizione, tra atti di gestione del rapporto ed atti organizzativi di alta amministrazione o di macrorrganizzazione, di cui si viene ora a dire.

**8. Atti di gestione del rapporto versus atti organizzativi generali.** L'art. 63, primo comma, cit., che prevede il criterio della materia, perché devolve al giudice ordinario la giurisdizione su "tutte le controversie relative 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", va letta unitamente ai precedenti artt. 2 e 5 rispettivamente sulle fonti di regolazione del rapporto e sul potere organizzativo. Con riferimento a quest'ultimo l'art. 5, comma 2, prevede che la pubblica amministrazione datrice di lavoro, nell'adottare le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, agisce, con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro nel porre in essere atti di gestione del rapporto di impiego. Si tratta comunque di un'attività funzionale perché occorre sempre assicurare "la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa" (art. 5, comma 1); ma è conformata *ex lege* come attività che, rispetto ai dipendenti pubblici, si qualifica in termini di gestione *iure privatorum* del rapporto di impiego. Con riferimento invece alle fonti del rapporto l'art. 2, comma 1, prevede gli atti organizzativi recanti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; o che individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; o che determinano le dotazioni organiche complessive. Con una terminologia unificante si parla di atti organizzativi di alta amministrazione o di macroorganizzazione. Quindi, in simmetria l'art. 5, comma 2, identifica gli atti ordinari di gestione del rapporto, mentre l'art. 2, comma 1, cataloga gli atti di macroorganizzazione o di alta amministrazione.

Gli atti di gestione del rapporto si affiancano, in una cornice più ampia, agli atti organizzativi che possono definirsi di alta amministrazione (o di macro-organizzazione) che si ispirano a criteri pubblicistici e che realizzano il buon andamento della pubblica amministrazione declinato nei criteri elencati dal medesimo art. 2, comma 1.

Quindi c'è un doppio registro: atti ordinari di gestione del rapporto di impiego e atti organizzativi di carattere generale di alta amministrazione o di macro-organizzazione. I primi, essendo adottati nell'esercizio non già di poteri pubblicistici, ma dell'ordinario potere direttivo del datore di lavoro privato, non generano situazioni di interesse legittimo. In quest'ambito quelle che altrimenti sarebbero (ed erano in passato) situazioni di interesse legittimo, non assumono tale qualificazione ma, laddove sussistano, si iscrivono nella categoria più generale del diritto soggettivo, anche in ipotesi in quel generale obbligo strumentale che discende dagli artt. 1175 e 1375 c.c., l'obbligo di correttezza e buona fede. Come il dipendente privato può dolersi dell'agire illegittimo del datore di lavoro lamentando la violazione di un suo diritto soggettivo, analogamente il dipendente pubblico può dedurre in giudizio l'agire illegittimo della pubblica amministrazione datrice di lavoro senza che perciò egli faccia valere alcuna situazione di interesse legittimo, trattandosi sempre e comunque di diritti soggettivi.

Però il fatto che la pubblica amministrazione agisca con i poteri del privato datore di lavoro non esclude che le sue determinazioni si qualificano come atti amministrativi perché si tratta pur sempre di attività funzionalizzata al buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. L'art. 5, comma 1, richiede comunque la "rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa". Ma, in quest'area particolare di azione amministrativa, che è la gestione del rapporto di impiego, a fronte di atti amministrativi che contengono le determinazioni della pubblica amministrazione non ci sono, nei pubblici dipendenti investiti da tale attività, interessi legittimi bensì diritti soggettivi come nell'ipotesi del datore di lavoro privato. Si ha ciò che potrebbe apparire un paradosso: in questa particolare "materia" (controversie di lavoro pubblico

contrattualizzato) definita anche attraverso il tipo di atti posti in essere dalla pubblica amministrazione (atti di gestione del rapporto di impiego) quelli che erano interessi legittimi “degradano” in diritti soggettivi.

Volendo operare un parallelismo tra pubblica amministrazione datrice di lavoro e imprenditore priva, si ha che quest'ultimo ha un'area di attività libera che è espressione della sua autonomia nell'esercizio dell'impresa e che non vede nei lavoratori dipendenti alcuna situazione tutelata, salvo eventuali vincoli derivanti dalle relazioni sindacali con la stipulazione di accordi collettivi. Ma, in disparte ogni comportamento e atto che in ipotesi possa qualificarsi come in violazione di prerogative sindacali o di accordi collettivi, il privato datore di lavoro può organizzare al meglio l'attività produttiva in piena libertà.

Parallelamente l'attività della pubblica amministrazione datrice di lavoro non è invece altrettanto libera perché deve in ogni caso essere ispirata al buon andamento *ex art. 97 Cost.* ed in particolare, quando consiste in atti organizzativi di alta amministrazione, deve essere ispirata ai criteri di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001 che la conformano come attività amministrativa funzionalizzata. Trattandosi quindi di attività non riconducibile a quella di mera gestione del rapporto di impiego con i poteri del privato datore di lavoro, possono sussistere, secondo i principi generali che regolano l'azione amministrativa, situazioni di interesse legittimo nel pubblico dipendente.

Emerge allora la distinzione rilevante al fine del riparto di giurisdizione, distinzione che declina in simmetria gli atti di gestione del rapporto, a fronte dei quali ci possono essere situazioni di diritto soggettivo, e gli atti generali organizzativi di alta amministrazione o di macroorganizzazione, a fronte dei quali possono esserci interessi legittimi.

Questi ultimi a loro volta possono costituire presupposti di atti di gestione del rapporto ed in tale evenienza la giurisdizione per materia del giudice ordinario sulle controversie "concernenti" il rapporto di impiego contrattualizzato e che ha ad oggetto gli atti di gestione del rapporto si estende anche agli atti organizzativi di alta amministrazione o di macro-organizzazione eventualmente presupposti, la cui legittimità egli può sindacare con cognizione limitata alla loro eventuale disapplicazione nella singola controversia per poi esercitare la cognizione piena sull'atto di gestione.

Ciò afferma appunto l'art. 63 cit. quando fa riferimento agli "atti amministrativi presupposti" che non limitano la giurisdizione del giudice ordinario e, al contrario, quando sono rilevanti al fine della decisione, possono essere da quest'ultimo disapplicati. Ma l'atto amministrativo presupposto – che è quello funzionalizzato *ex art. 2, comma 1*, ed emanato nell'esercizio del potere organizzativo pubblicistico *ex art. 5, comma 1*, e non già "con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro" *ex art. 5, comma 2* – può anche essere autonomamente impugnato innanzi al giudice amministrativo. Però in tal caso l'impugnazione e la conseguente pendenza del giudizio amministrativo non sono – né possono essere – causa di sospensione dell'eventuale giudizio innanzi al giudice ordinario in cui l'atto amministrativo impugnato costituisca atto presupposto di un atto (ordinario) di gestione del rapporto di impiego, come espressamente stabilisce l'art. 63.

Quindi con il passaggio della giurisdizione dal giudice amministrativo al giudice ordinario non si ha una generalizzata mutazione in diritto soggettivo di tutte le situazioni protette in passato come di interesse legittimo. Ciò si verifica limitatamente all'area, pur molto ampia, di quella attività della pubblica amministrazione che si

connota per essere posta in essere "con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro". Al di là di quest'area rimane invece un'attività che per il privato datore di lavoro sarebbe libera espressione di autonomia nell'organizzazione dell'impresa, ma che per una pubblica amministrazione è comunque finalizzata al buon andamento di cui all'art. 97 cost. e segnatamente a quei criteri pubblicistici elencati dall'art. 2, comma 1.

Questa distinzione però non è netta né è immediatamente riconoscibile come emerge in particolare se si considera l'ipotesi paradigmatica della determinazione datoriale che abbia ad oggetto i modi di conferimento degli uffici. Per il privato datore di lavoro c'è la libertà dell'esercizio dell'impresa salvo vincoli assunti in sede relazioni sindacali con la contrattazione collettiva anche solo aziendale. Invece per il datore di lavoro pubblico, in disparte gli stessi eventuali limiti discendenti dalla contrattazione collettiva, c'è la funzionalizzazione di questa attività allorché si tratti di uffici di "maggiore rilevanza", come prescrive l'art. 2, comma 1. Ove invece si tratti di uffici di "minore rilevanza" si ricade negli atti di gestione del rapporto e la pubblica amministrazione, pur rimanendo la sua un'attività funzionalizzata sempre al buon andamento *ex art. 97*, agisce però con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro e quindi non trova limite in situazioni di interesse legittimo dei dipendenti bensì in situazioni di diritto soggettivo, quando in concreto identificabili.

Questa dicotomia – atti organizzativi *ex art. 2*, comma 1, *versus* atti di gestione del rapporto *ex art. 5*, comma 2 – integra il criterio per materia del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle controversie concernenti il rapporto di impiego pubblico contrattualizzato la cui cognizione, come regola generale, è devoluta alla giurisdizione giudice ordinario.

**9. L'impugnazione degli atti organizzativi di alta amministrazione o di macrorrganizzazione.** Il giudice ordinario ha giurisdizione, con cognizione piena, su tutti gli atti di gestione del rapporto ed ha cognizione limitata alla disapplicazione su tutti gli atti organizzativi di alta amministrazione in quanto atti presupposti di quelli (ordinari) di gestione del rapporto. Ma nell'uno e nell'altro caso si tratta di una cognizione destinata a stabilizzarsi nella cosa giudicata che investe anche l'atto amministrativo presupposto, in ipotesi disapplicato dal giudice in quanto ritenuto illegittimo. Il giudice amministrativo ha giurisdizione sugli atti organizzativi di alta amministrazione (o di macrorrganizzazione), ma l'eventuale giudizio innanzi al medesimo instaurato non può mai comportare – prescrive testualmente ed inequivocabilmente l'art. 63, primo comma – la sospensione del giudizio innanzi al giudice ordinario in cui l'atto organizzativo si presenti come presupposto di un ordinario atto di gestione del rapporto. Questa regola di preclusione della sospensione assegna una sorta di priorità ed autonomia al giudizio innanzi al giudice ordinario, ma nello stesso tempo predica (o comunque non esclude) la possibilità che un giudizio innanzi al giudice amministrativo ci sia ove il dipendente si limiti a contrastare l'atto organizzativo impugnandolo senza farlo valere come atto presupposto di un atto di gestione del rapporto.

Sottesa alla regola di preclusione della sospensione, c'è anche un'esigenza di unitarietà del giudizio che si esprime con la regola di attrazione della controversia al giudice che ha giurisdizione sull'atto di gestione del rapporto, ossia al giudice ordinario. Talché il dipendente non può instaurare in parallelo due giudizi: uno innanzi al giudice ordinario con richiesta di disapplicazione dell'atto di gestione del rapporto e l'altro innanzi al giudice amministrativo con richiesta di annullamento dello stesso atto

allegando come interesse ad agire proprio (e solo) la valenza dell'atto, oggetto dell'impugnazione, quale atto presupposto la cui legittimità viene contestata innanzi al giudice ordinario. In tale evenienza il giudice amministrativo non ha giurisdizione perché la legittimità dell'atto di gestione del rapporto, laddove contestato dal pubblico dipendente, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario che potrà sindacarne la legittimità seppur a mezzo della sua disapplicazione.

In altre parole l'azione della pubblica amministrazione con i poteri del datore di lavoro esclude che, a fronte di essa, ci siano in capo al pubblico dipendente situazioni di interesse legittimo. C'è la tutela del pubblico dipendente in riferimento all'obbligo che ha la pubblica amministrazione di agire legittimamente e con correttezza e buona fede. Si tratta di obbligazioni strumentali che, nel contesto privatistico del rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, radicano situazioni di diritto soggettivo e non già di interesse legittimo. La distinzione e la distanza tra le due situazioni soggettive si sono peraltro assottigliate una volta che si è riconosciuto che anche la violazione dell'interesse legittimo è fonte di danno risarcibile seppur con il diverso e più restrittivo regime del terzo comma dell'art. 30 c.p.a. (che prevede che la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato), la cui legittimità è peraltro all'esame della Corte costituzionale.

Ciò significa anche che l'art. 103, primo comma, Cost. è rispettato nella misura in cui l'interesse legittimo, assumendo la forma del diritto soggettivo al rispetto di un obbligo strumentale, assicura la piena tutela garantita dall'art. 24, primo comma, Cost. sia per i diritti soggettivi che per gli interessi legittimi (valutazione questa che però richiederebbe un maggiore approfondimento, che qui non può svolgersi, in relazione ad un inciso contenuto nella sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale – e più non ripetuto - secondo cui tale parametro riserva al giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi).

**10. La giurisdizione in caso di concorsi per l'assunzione e di concorsi interni.** L'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001 prevede, come eccezione alla regola generale del primo comma, che restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. La giurisdizione del giudice ordinario, pur ampia e generale perché collegata alla circostanza che la controversia sia relativa ad un rapporto con le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, soffre un'eccezione nel caso di procedure concorsuali per l'assunzione.

La *ratio* dell'esclusione appare risiedere nella circostanza che, se non c'è ancora un rapporto di impiego con la pubblica amministrazione, manca lo stesso presupposto che la norma (art. 63, primo comma) pone a fondamento della devoluzione dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie di pubblico impiego alla giurisdizione del giudice ordinario.

Di ciò però si sarebbe potuto legittimamente dubitare perché la delega contenuta nell'art. 11, comma 4, lett. g), della legge n. 59 del 1997 faceva riferimento ampio a "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni". E tale può ritenersi essere quella che concerne la costituzione del rapporto di impiego quale che ne sia la modalità, concorsuale o no. Del resto in materia di competenza non si dubita che una controversia sull'assunzione e quindi sulla costituzione del rapporto di lavoro sia una controversia di lavoro ai sensi dell'art. 409

c.p.c.; disposizione questa che – con una formulazione del tutto analoga a quella dell'art. 63, primo comma – parimenti radica la competenza del giudice del lavoro in ragione della circostanza, in particolare, che la controversia sia relativa ad un rapporto di lavoro subordinato.

Né la giurisdizione del giudice ordinario avrebbe comportato un deficit di tutela quanto alle situazioni di interesse legittimo alla regolarità delle procedure concorsuali, non più deducibili come tali innanzi al giudice ordinario, atteso che la giurisprudenza sui concorsi di diritto privato aveva già comunque elaborato da tempo i presupposti di situazioni tutelabili in termini di diritto soggettivo e segnatamente di diritto al rispetto degli obblighi strumentali di correttezza e buona fede, non dissimili dall'interesse legittimo. Del resto si è appena finito di rilevare sopra (nei paragrafi che precedono) che a fronte degli atti di gestione del rapporto con i poteri del privato datore di lavoro il pubblico dipendente versa in una situazione di diritto soggettivo a che la pubblica amministrazione datrice di lavoro agisca legittimamente e secondo correttezza e buona fede.

Non di meno l'eccezione alla giurisdizione del giudice ordinario è stata testualmente prevista nel citato quarto comma dell'art. 63. Né d'altra parte potrebbe fondatamente porsi un dubbio di costituzionalità sotto il profilo della violazione della delega perché – come già ricordato – l'art. 11 cit. richiamava anche i criteri direttivi della prima delega di cui al cit. art. 2 l. n. 421/1991 che tra le sette materie escluse dal passaggio al giudice ordinario della giurisdizione sulle controversie in materia di lavoro pubblico contrattualizzato contemplava proprio i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro.

**11. Il primo intervento delle sezioni unite: sent. n. 128 del 2001.** Il primo orientamento della giurisprudenza di legittimità si è fondato essenzialmente sul dato testuale del quarto comma dell'art. 63 cit.: solo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni erano escluse dal trasferimento della giurisdizione al giudice ordinario, non anche quelle interne per l'attribuzione di una qualifica superiore.

L'iniziale arresto della giurisprudenza è una pronuncia delle Sezioni Unite pressoché coeva del d.lgs. n. 165/2001: la sentenza n. 128 del 22 marzo 2001. Afferma inequivocabilmente la S.C. che “ai sensi del primo comma dell'art. 68, sono attribuite alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all'estinzione (compresa ogni fase intermedia, relativa ad ogni eventuale vicenda modificativa)” sicché “appare chiaro, anzitutto, che ogni vicenda modificativa del rapporto di lavoro [...] non possa ritenersi sussumibile nella disciplina prevista dall'art. 68, quarto comma, che fa riferimento alle procedure concorsuali "per l'assunzione". Rimanevano invece fuori dalla giurisdizione del giudice ordinario solo le controversie concernenti l'assunzione ossia la costituzione del rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, mentre quelle concernenti i concorsi interni non ricadevano in questa fattispecie eccettuata.

Nella specie si trattava di un concorso interno bandito da un Comune per il passaggio alla qualifica superiore, concorso riservato a dipendenti in possesso della qualifica immediatamente precedente. La controversia era stata instaurata innanzi al giudice ordinario da un dipendente comunale che era stato escluso dalla partecipazione al concorso. Era il Comune ad eccepire il difetto di giurisdizione del giudice ordinario assumendo che per "assunzione" dovesse intendersi qualsiasi nuovo inquadramento che

comportasse la stipulazione di un contratto di lavoro individuale e che avvenisse previo espletamento di una procedura selettiva, sia essa rivolta a candidati interni, che a candidati esterni.

La S.C. ha rigettato questa prospettazione difensiva affermando il principio appena riportato: il passaggio di qualifica non è "assunzione" e quindi opera la regola della giurisdizione del giudice ordinario e non già l'eccezione della giurisdizione del giudice amministrativo. Ogni vicenda modificativa del rapporto di lavoro – quale quella consistente in una procedura finalizzata alla progressione in carriera – non può ritenersi sussumibile nella disciplina prevista dall'art. 68, quarto comma, che fa riferimento alle procedure concorsuali "per l'assunzione".

La pronuncia non manca di tener conto in particolare dell'ordinanza n. 2 del 2001 della Corte costituzionale, di qualche mese prima, ma solo per affermare che tale ordinanza "non rileva in alcun modo" perché riguardante la diversa fattispecie di bando di concorso per esterni all'ente, con riserva di posti per gli interni.

**12. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 2 del 2001.** Nello stile asciutto delle ordinanze (n. 2 del 2001) la Corte costituzionale dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 68 d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dal d.lgs. n. 80 del 1998, sollevata, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dal tribunale amministrativo regionale della Sicilia, sezione staccata di Catania, in un giudizio in cui il rimettente era chiamato a decidere sulla impugnativa di un provvedimento di esclusione da un concorso bandito dal comune di Catania, proposta da una concorrente avente diritto alla speciale "riserva" prevista per il personale interno con qualifica immediatamente inferiore. Secondo il Tar rimettente siffatta controversia non poteva rientrare tra quelle "in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni" per le quali l'art. 68, comma 4, d.lgs. n. 29 del 1993 prevedeva la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto, rispetto alla concorrente interna in quota di "riserva", il concorso doveva configurarsi come una procedura non di assunzione, ma di progressione in carriera e, dunque, costituiva una vicenda modificativa del rapporto di lavoro, in quanto tale attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario. Però, essendo prevista un'unica graduatoria per i concorrenti in quota di "riserva" e per quelli esterni, l'esito dell'impugnativa avrebbe inevitabilmente inciso anche sulla posizione di questi ultimi, per i quali la procedura concorsuale era invece sicuramente diretta all'assunzione, con attribuzione delle relative controversie al giudice amministrativo. Quindi il Tar rimettente riteneva di dover declinare la giurisdizione, con riferimento alla domanda proposta dalla ricorrente ed ai suoi riflessi nei confronti dei controinteressati "riservatari", e di dover invece decidere nel merito con riferimento ai soli controinteressati "esterni"; ciò che radicava il vizio di illegittimità costituzionale denunciato con l'ordinanza di rimessione.

Invece secondo la Corte costituzionale, che dichiara manifestamente infondata la questione, l'intera controversia doveva ritenersi attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 68, comma 4, d.lgs. n. 29 del 1993, pur trattandosi di controversia riguardante la legittimità di un concorso interno per il passaggio alla qualifica superiore. In sostanza la questione di costituzionalità era fondata su un erroneo presupposto interpretativo.

Invece di lì a poco le Sezioni Unite dello stesso anno, con la cit. sent. n. 128/2001, si sarebbero orientate diversamente non dando particolare peso a tale

ordinanza della Corte costituzionale, con la quale però sussisteva un sostanziale contrasto.

Successivamente la giurisprudenza ha mutato orientamento valorizzando proprio l'affermazione secca contenuta nella cit. ordinanza della Corte costituzionale.

**13. Il secondo intervento delle Sezioni unite: sent. n. 15403 del 2003.** In una nota pronuncia del 2003 (n. 15403 del 15 ottobre 2003) le Sezioni Unite hanno operato un netto *revirement* affermando che il quarto comma dell'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001, nel riservare alla giurisdizione del giudice amministrativo «le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle p.a.», fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore, posto che tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso, al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni; ne consegue che le controversie riguardanti la legittimità delle graduatorie relative a tali procedure selettive sono anch'esse devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Si è ritenuto quindi che fosse devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia concernente la procedura selettiva per l'accesso dei dipendenti di una p.a. ad una fascia o ad un'area superiore a quella d'inquadramento.

La S.C. ha innanzi tutto richiamato un principio ricorrente nella giurisprudenza costituzionale che fissa la regola del concorso pubblico per l'assunzione nel pubblico impiego. Il concorso costituisce, di norma, la regola generale per l'accesso ad ogni tipo di pubblico impiego, anche a quello inerente ad una fascia funzionale superiore, essendo lo stesso "il mezzo maggiormente idoneo ed imparziale per garantire la scelta dei soggetti più capaci ed idonei ad assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione".

Ciò vale anche dopo la privatizzazione del rapporto di impiego, essendo stato in particolare precisato che il passaggio ad una fascia funzionale superiore costituisce l'accesso ad un nuovo posto di lavoro e che la selezione, alla stregua di qualsiasi altro strumento di reclutamento, deve rimanere soggetta alla regola del pubblico concorso.

Ha osservato la S.C. che il giudice delle leggi – dopo avere ribadito che "il passaggio ad una fascia funzionale superiore, nel quadro di un sistema come quello oggi in vigore che non prevede carriere o le prevede entro ristretti limiti", deve essere attuato mediante una forma di reclutamento che permette "un selettivo accertamento delle attitudini" e, quindi, mediante pubblico concorso – ha rilevato che quest'ultimo non può essere riservato esclusivamente ai dipendenti interni. Il nuovo assetto creato dal legislatore è preordinato a realizzare "il valore dell'efficienza, grazie a strumenti gestionali che consentono di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua più flessibile utilizzazione".

In particolare è stata richiamata la cit. ordinanza n. 2 del 2001 della Corte costituzionale in cui la Corte, nel fornire la sua interpretazione della norma di legge, ha affermato che la procedura selettiva diretta all'accesso ad una qualifica superiore, riservata sia al personale interno all'amministrazione, sia a candidati esterni, integra "una vera e propria procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando". Sicché si è ritenuto che il quarto comma dell'art. 68 d.lgs. n. 29/1993, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo "le controversie in materia di

procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore. Il termine "assunzione" è in tal caso correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale.

Questo *revirement* della giurisprudenza di legittimità è stato confermato da Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3948, che così ha schematizzato: *a)* sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative a concorsi per soli esterni, quindi concorsi per l'assunzione; *b)* identica giurisdizione va affermata su controversie relative a concorsi misti (restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, perché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni, secondo il criterio di riparto originario); *c)* altresì sussiste la giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura all'esterno; *d)* infine sussiste la residuale giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad altra, ma nell'ambito della medesima area.

Anche Cass., sez. un., 26 maggio 2004, n. 10183, ha ribadito che una procedura concorsuale di accesso alla dirigenza pubblica integra la fattispecie eccettuata del passaggio da un'area ad un'altra con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Invece va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario ove non sia identificabile alcuna disciplina contrattuale collettiva che preveda la divisione del personale in aree.

A fronte di questo nuovo quadro giurisprudenziale la Corte costituzionale (ord. n. 279 del 2004), proprio richiamando l'iniziale pronuncia di questo *revirement* giurisprudenziale (Cass., sez. un., n. 15403 del 2003, cit.), ha preso atto del sopravvenuto mutamento del c.d. diritto vivente, a seguito del quale spettano al giudice amministrativo "tutte le controversie aventi ad oggetto qualsiasi procedura concorsuale, esterna o interna". In realtà non era esattamente così perché la S.C. non aveva riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo su tutte le controversie di lavoro aventi ad oggetto un concorso pubblico sia per l'accesso al pubblico impiego sia per il passaggio ad una qualifica superiore, ma aveva operato la distinzione sopra riportata.

#### **14. Le ulteriori puntualizzazioni delle Sezioni Unite: sent. n. 9164 del 2006.**

Mentre la cit. ord. n. 2 del 2001 della Corte costituzionale ha avuto l'effetto di indurre un *revirement* di giurisprudenza sul riparto di giurisdizione, la successiva ord. n. 279 del 2004, cit., non ha esercitato analoga influenza. Anzi la S.C., con la sentenza n. 9164 del 2006, ha confermato il proprio orientamento in chiave restrittiva della giurisdizione del giudice amministrativo ed ha precisato la nozione di "area" per distinguere tra concorsi interni le cui controversie sono devolute, o no, al giudice amministrativo.

Si è osservato in tale pronuncia che, nel disciplinare mansioni e qualifiche del dipendente nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato, l'art. 52 d.lgs. n. 165 del 2001 considera la progressione verso la "qualifica superiore" che può essere acquisita

mediante procedure concorsuali o selettive; il riferimento è solo alla nozioni di "qualifica" e di "mansioni" e non già di "area". La nozione di "area" – osserva la Corte – costituisce innanzi tutto una ripartizione verticale delle qualifiche stesse (area dei servizi generali, area amministrativo-contabile, area tecnico-scientifica, area socio-sanitaria). Inoltre "area" è quella dei "dirigenti" che costituiscono, appunto, un'"area" contrattuale autonoma (ex art. 40, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001). Parimenti è stata demandata alla contrattazione collettiva del comparto Ministeri l'istituzione di un'apposita "area" separata della vicedirigenza nella quale è ricompreso il personale laureato appartenente alle posizioni C2 e C3 che abbia una certa anzianità nella qualifica (art. 17 *bis*, comma 1, d.lgs. n. 165/2001).

Rileva quindi la S.C. che al di là di queste ipotesi di fonte legale il modulo qualificatorio dell'"area", come insieme associato a plurime qualifiche, anche di diverso livello, ma connotate da elementi di omogeneità, può essere utilizzato dai contratti ed accordi collettivi richiamati dallo stesso art. 63 cit..

Si è avuto in sostanza – osserva la S.C. – un allargamento della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato. Ossia l'ipotesi delle controversie in "materia di procedure concorsuali per l'assunzione", testualmente prevista dal quarto comma dell'art. 63 cit., è stata estesa anche alle controversie in materia di concorsi interni per la progressione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni da una qualifica ad altra superiore appartenente ad una diversa "area" (o "fascia").

Ove una tale suddivisione in "aree" delle qualifiche in cui è ripartito il personale delle pubbliche amministrazioni sia identificabile, perché prevista dalla legge (per i dirigenti – articolati anche in "fasce" – nonché – con la mediazione della contrattazione collettiva di comparto – per i vice-dirigenti) o perché introdotta anche per altre qualifiche da contratti o accordi collettivi nazionali di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 40, la procedura selettiva di tipo concorsuale (concorsi ed. "interni") per l'attribuzione a dipendenti di Amministrazioni pubbliche della qualifica superiore che comporti il passaggio da un'area ad un'altra ha una connotazione peculiare e diversa, assimilabile alle "procedure concorsuali per l'assunzione", e vale a radicare – ed ampliare – la fattispecie eccettuata rimessa alla giurisdizione del giudice amministrativo di cui al cit. art. 63, comma 4.

Cambia però la prospettiva: mentre nella sentenza n. 3948/2004 "residuale" era, con riferimento ai concorsi pubblici, la giurisdizione del giudice ordinario, con la sentenza n.9164 del 2006 è la giurisdizione del giudice amministrativo ad essere "residuale" come eccezionale ipotesi di deroga alla regola generale della giurisdizione del giudice ordinario. Questo diverso accento posto sul binomio regola/eccezione orienta anche e soprattutto nei casi dubbi di concorsi interni per la progressione verso qualifiche superiori.

Fuori da questa ipotesi – ossia laddove il concorso interno riguardi la progressione verso una qualifica superiore appartenente all'ambito della stessa "area" ovvero verso una qualifica superiore *tout court*, per il fatto che la contrattazione collettiva nazionale non abbia utilizzato affatto il modulo organizzativo dell'"area" per accorpare qualifiche ritenute omogenee – non opera la fattispecie eccettuata dall'art. 63 cit., comma 4, e conseguentemente si riespande la regola del primo comma della medesima disposizione che predica in generale la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie aventi ad oggetto il lavoro pubblico privatizzato.

**15. L'assestamento della giurisprudenza successiva.** La giurisprudenza successiva ha confermato questo orientamento, ma non sono mancati elementi di ambiguità laddove alla nozione di "area" si è affiancata quella di "categoria superiore" o quella di "novazione" del rapporto di impiego. Ponendo l'accento sulla nozione (generica) di categoria superiore, in luogo di quella più specifica di area, si espande la giurisdizione amministrativa fino a predicarla in sostanza per tutte le ipotesi di concorsi interni. All'opposto il requisito della novazione del rapporto per effetto dell'attribuzione della qualifica superiore restringe sensibilmente la giurisdizione del giudice amministrativo con conseguente riespansione della giurisdizione del giudice ordinario.

Ancora più recentemente Cass., sez. un., 20 dicembre 2016, n. 26270, ha affermato che l'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, si interpreta, alla stregua dei principi enucleati, ex art. 97 Cost., dal giudice delle leggi, nel senso che per "procedure concorsuali di assunzione", ascritte al diritto pubblico ed all'attività autoritativa dell'amministrazione, si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione "ex novo" dei rapporti di lavoro (come le procedure aperte a candidati esterni, ancorché vi partecipino soggetti già dipendenti pubblici), ma anche i procedimenti concorsuali interni, destinati, cioè, a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, con novazione oggettiva dei rapporti di lavoro. Le progressioni, invece, all'interno di ciascuna area professionale o categoria, sia con acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive, sia con il conferimento di qualifiche (livello funzionale connotato da un complesso di mansioni e di responsabilità) superiori (art. 52, comma 1 del d.lgs. n. 165 del 2001), sono affidate a procedure poste in essere dall'amministrazione con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2 dello stesso d.lgs.).

**16. Procedure selettive non concorsuali.** Rientrano nella eccezione del quarto comma dell'art. 63 cit. tutte le procedure concorsuali connotate dall'espletamento di prove e da una valutazione comparativa dei diversi aspiranti (Cass., sez. un., 8 maggio 2007, n. 10374), nonché i concorsi per soli titoli (Cass., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4517). Non concretano, invece, procedure concorsuali le assunzioni in esito a procedimenti di diverso tipo; quali le procedure di mera verifica di idoneità dei soggetti da assumere, in quanto titolari di riserva o iscritti in apposita lista laddove manca la comparazione finalizzata alla compilazione di una graduatoria, che rappresenta la connotazione tipica del concorso per l'accesso all'impiego (Cass., sez. un., 6 giugno 2005, n. 11722). Si è altresì affermato che non è procedura concorsuale neppure l'inserimento in apposita graduatoria (in particolare, graduatorie permanenti del personale scolastico, docente e amministrativo) di tutti coloro che siano in possesso di determinati requisiti normativamente predeterminati, graduatoria preordinata al conferimento di posti lavoro che si renderanno disponibili (Cass., sez. un., 22 luglio 2003, n. 11404). Parimenti non rientra nella fattispecie del quarto comma dell'art. 63 la selezione del dirigente per l'assegnazione di incarico, anche laddove la scelta sia fatta nell'ambito di una lista di soggetti idonei in quanto dotati dei requisiti necessari. Vi è sì una scelta comparativa, ma di natura non concorsuale, in quanto non caratterizzata dallo svolgimento di prove o selezioni sulla base delle prescrizioni del bando e dalla compilazione di una graduatoria finale che individui i vincitori (Cass., sez. un., 18 marzo 2004, n. 5536). Altresì si è ritenuto che manchi una procedura concorsuale nel procedimento preordinato al conferimento dell'incarico di dirigente medico di secondo livello delle strutture sanitarie pubbliche, poiché, pur concretando una "selezione"

aperta al pubblico (in quanto i candidati possono essere sia dipendenti di altre istituzioni sanitarie pubbliche, sia dipendenti di strutture private), non presenta gli elementi essenziali di una procedura concorsuale (una commissione procede ad una valutazione di idoneità e, tra gli idonei, il direttore generale sceglie il soggetto cui conferire l'incarico): Cass., sez. un., 27 gennaio 2004, n. 1478.

**17. Utilizzazione delle graduatorie temporanee e permanenti.** Innanzi tutto vi sono le graduatorie approvate in conclusione di procedure concorsuali di cui è possibile l'utilizzazione in caso di rinunce o per copertura di posti eventuali in pianta organica resisi disponibili successivamente alla indizione del concorso nei limiti di tempo previsti dal bando.

L'utilizzo delle graduatorie di precedenti concorsi o formate autonomamente si è avuto soprattutto nel settore della scuola che ha visto le c.d. graduatorie permanenti degli insegnanti. Si tratta di un elenco periodicamente aggiornato, in assenza di ogni margine di discrezionalità in ordine alla valutazione dei titoli. Da ultimo le graduatorie per l'accesso, in generale, nei ruoli della scuola, che erano periodicamente aggiornate, sono state trasformate in graduatorie ad esaurimento. La trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento è finalizzata alla stabilizzazione del personale docente. Il contenzioso verte, solitamente, sulla conformità alle norme dei provvedimenti che hanno determinato la collocazione di un insegnante nella graduatoria provinciale del personale docente.

In tutte queste ipotesi si è fuori dalla fattispecie del quarto comma dell'art. 63 cit. e quindi, in caso di controversia promossa per l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria con precedenza rispetto ad altro docente, la giurisdizione spetta al giudice ordinario (Cass., sez. un., 28 luglio 2009, n. 17466).

Non di meno rimane uno spazio per la giurisdizione del giudice amministrativo. In particolare Cass., sez. un., 13 giugno 2011, n. 12895, ha affermato che è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione della domanda con la quale l'interessato, dichiarato idoneo in un precedente concorso, contesta la scelta dell'amministrazione, a seguito della determinazione della consistenza delle dotazioni organiche di personale, di indire un nuovo concorso per interni, già dipendenti dell'amministrazione stessa, invece di utilizzare la graduatoria del precedente concorso per assumere nuovi dipendenti, dovendosi ritenere che la circostanza che il precedente bando contempli la perdurante efficacia della graduatoria approvata in esito al concorso comporti, rispetto alle valutazioni discrezionali dell'ente sulle determinazioni della pianta organica e sulle modalità per la copertura dei posti, l'insorgere in capo al candidato idoneo di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. Parimenti Cass, sez. un., 16 dicembre 2013, n. 27991, ha precisato che, sussistendo la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di impugnazione di atti organizzativi a contenuto generale (e atti di macromanagement in genere), a maggior ragione sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ove l'oggetto del giudizio sia l'impugnazione di un atto regolamentare di normazione subprimaria che disciplini la formazione delle graduatorie.

**18. Le procedure di stabilizzazione.** Fuori dalla fattispecie delle procedure concorsuali per l'assunzione sono i processi di stabilizzazione tendenzialmente volti ad eliminare il precariato, che spesso implicano l'esercizio di una discrezionalità amministrativa. Ha affermato in proposito la S.C. (Cass., sez. un., 26 gennaio 2011, n.

1778), nel ritenere la giurisdizione del giudice amministrativo, che i processi di stabilizzazione sono effettuati nei limiti delle disponibilità finanziarie e nel rispetto delle disposizioni in tema di dotazioni organiche e di programmazione triennale del fabbisogno e sono suscettibili di derogare alle normali procedure di reclutamento limitatamente al carattere – riservato e non aperto – dell’assunzione.

Invece si è ritenuto che la mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni *ex art. 30 d.lgs. 165/2001*, costituisce una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro e non un procedimento concorsuale sicché la giurisdizione sulla controversia ad essa relativa (nella specie, instaurata dal dipendente al quale era stato preferito altro candidato al posto da coprire tramite mobilità interna) spetta al giudice ordinario (Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19251).

**19. Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali (cenni).** La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la testuale devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali (art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001) sia riferita all’atto di conferimento o di revoca dell’incarico, come anche al contratto stipulato per la determinazione dell’oggetto e dei corrispettivi. Ciò è stato affermato sia con riferimento all’originario testo dell’art. 19 d.lgs. n. 165/2001 sulla dirigenza pubblica, sia alla stessa disposizione come riformulata ad opera della l. n. 145/2001. Ricorrente è l’affermazione che sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all’estinzione, compresa ogni fase intermedia, relativa a qualsiasi vicenda modificativa, anche se finalizzata alla progressione in carriera (cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 2954). Però in una situazione tutt’affatto particolare Cass., sez. un., 18 ottobre 2012, n. 17843, ha ritenuto che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento degli atti con i quali un comune decide di esternalizzare il procedimento di selezione concorsuale per la nomina del dirigente del corpo di polizia locale, affidando ad un consulente esterno l’intera sequenza degli atti di indicazione del bando e di scelta della commissione esaminatrice sino alla nomina del vincitore, nonché delle determinazioni dirigenziali del comune che ne recepiscono i risultati, atteso che lo strumento prescelto per individuare ed assumere tali dirigenti resta quello del concorso (pur se le fasi progettuali, organizzative e gestionali sono «delegate» a terzi), sicché l’amministrazione – quand’anche i suoi atti siano eterointegrati da determinazioni altrui – permane nella sua pienezza della potestà decisionale, rispetto alla quale i candidati hanno mere posizioni di interesse legittimo, con riguardo alle operazioni concorsuali, come alla stessa scelta a monte di esternalizzare la procedura.

**20. La proroga della giurisdizione amministrativa.** Il regime transitorio della devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario delle controversie in materia di lavoro pubblico contrattualizzato, secondo il criterio regola/eccezione di cui si è detto finora, ha previsto una residuale ed ultima operatività della giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore ad una determina data che fa da spartiacque temporale tra i due regimi, quello nuovo della generale giurisdizione del giudice ordinario e quello previgente della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La proroga di quest’ultima giurisdizione è nell’art. 45, comma 17, d.lgs. n. 80/1998 che prevede che la devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie relative a

questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Invece le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e debbono essere proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000. La disposizione è poi stata trasfusa nell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001, che reca una formulazione pressoché identica, prevedendo che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000".

La questione interpretativa di tali disposizioni è stata più volte esaminata dalla giurisprudenza di legittimità che inizialmente ha elaborato il principio del ed. frazionamento della giurisdizione, poi superato dalla giurisprudenza più recente.

Le disposizioni citate sono in sintonia con il criterio generale introdotto dal d.l. 6 maggio 1994, n. 269, convertito nella L. 4 luglio 1994, n. 432, che all'art. 1 ha previsto, in generale appunto, che nel caso di trasformazione di enti pubblici in enti pubblici economici o in società di diritto privato, continuano ad essere attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le "controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro svoltosi anteriormente alla trasformazione".

Questo scrimine temporale comportava inevitabilmente che la domanda del dipendente privatizzato, ove investisse un periodo del rapporto a cavallo della data suddetta, potesse concernere sia una questione riferibile al periodo precedente la privatizzazione, sia una questione, analoga o identica, riferibile al periodo successivo alla privatizzazione, le quali appartenevano rispettivamente alla giurisdizione del giudice amministrativo ed a quella del giudice ordinario; talché il dipendente doveva introdurre due controversie – una innanzi al giudice amministrativo e l'altra innanzi al giudice ordinario – anche se c'era connessione o addirittura identità tra le due questioni. Era questo il criterio del frazionamento della giurisdizione.

Rispetto però a questo criterio generale del cit. art. 1 d.l. n. 269 del 1994 vi era – nell'art. 45, comma 17, d.lgs. n. 80/1998 e nell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 – un duplice scostamento: da una parte lo scrimine temporale non era la privatizzazione del rapporto, bensì una data convenzionale (30 giugno 1998); d'altra parte al criterio di riparto della giurisdizione accedeva, limitatamente alle controversie ancora da proporre innanzi al giudice amministrativo, un termine di decadenza che si è affermato essere di carattere sostanziale (15 settembre 2000).

Tale disciplina transitoria è stata ritenuta dalla Corte costituzionale (ord. nn. 213 e 382 del 2005 e n. 197 del 2006) compatibile con il diritto alla tutela giurisdizionale.

La giurisprudenza di legittimità ha subito adottato una interpretazione restrittiva del criterio del frazionamento. In particolare Cass., sez. un., 20 novembre 1999, n. 808, con riferimento ad una controversia avente per oggetto una pretesa fondata su una situazione di fatto che traeva origine da due diverse delibere adottate dall'amministrazione datrice di lavoro – (la prima) in data anteriore al 30 giugno 1998 e (la seconda) in epoca posteriore a tale data – in tema di limite di età per il collocamento a riposo del dipendente, ha precisato che, nell'interpretazione dell'art. 45, comma 17, cit. "l'accento va posto sul dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze posti a base della pretesa avanzata, in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia", sicché, essendosi la fattispecie

perfezionata con la seconda delibera, è stata dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario per l'intera controversia.

Analogamente Cass., sez. un., 24 febbraio 2000 n. 41, con riferimento ad una controversia nella quale era stato allegato un comportamento illegittimo permanente dell'amministrazione datrice di lavoro, ha ritenuto che per la determinazione della giurisdizione si dovesse fare riferimento "al momento di realizzazione del fatto dannoso e più precisamente al momento di cessazione della permanenza" ed è stata quindi dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario sull'intera fattispecie.

Ma pur con questa interpretazione restrittiva rimaneva un ambito di operatività del criterio del frazionamento della giurisdizione. In particolare Cass., sez. un., 23 novembre 2000, n. 1204, ha affermato in generale che, nel caso in cui il lavoratore attore, sul presupposto di un determinato inquadramento, riferisca le proprie pretese retributive e contributive ad un periodo in parte anteriore ed in parte successivo al 30 giugno 1998, la competenza giurisdizionale non può che essere distribuita fra giudice amministrativo in sede esclusiva e giudice ordinario in relazione ai due periodi (conf. Cass., sez. un., 21 dicembre 2000, n. 1323, che ha dichiarato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le pretese del dipendente relative al periodo lavorativo fino al 30 giugno 1998 e la giurisdizione ordinaria per il periodo successivo). Di "inevitabile frazionamento" della giurisdizione ha parlato ancora Cass., sez. un., 7 marzo 2001, n. 89.

In breve, fin dalle prime pronunce di legittimità il criterio del frazionamento della giurisdizione nel regime transitorio ha trovato un forte ridimensionamento in alcune puntualizzazioni che facevano riferimento alla nozione di illecito permanente o che ponevano in rilievo l'atto o il comportamento della pubblica amministrazione datrice di lavoro che facevano nascere l'interesse del dipendente ad insorgere promuovendo una lite.

Però in epoca più recente si è avuto un *revirement* fatto da Cass., sez. un., 1 marzo 2012, n. 3183, e da Cass., sez. un., 23 novembre 2012, n. 20726.

La prima pronuncia introduce il criterio della "fattispecie sostanzialmente unitaria dal punto di vista giuridico e fattuale" creando una soluzione di continuità con la giurisprudenza precedente; criterio mirato ad escludere il frazionamento della giurisdizione. In quel caso la connotazione "sostanzialmente unitaria dal punto di vista giuridico e fattuale" risiedeva nel fatto che la controversia instaurata da vari dipendenti di un Comune aveva ad oggetto il (preteso) diritto al vestiario di lavoro, che era stato inizialmente contemplato dal regolamento del personale del Comune, ma che non era più stato previsto nella successiva contrattazione collettiva, talchè la "questione" posta dai pubblici dipendenti con ricorso al giudice riguardava sì, nella specie, un periodo prima ed uno dopo il 30 giugno 1998, ma era unitaria. La fondatezza, o no, della pretesa azionata dipendeva in radice dalla soluzione dello stesso problema interpretativo: se la norma regolamentare doveva ritenersi, o no, superata dalla successiva normativa collettiva; questione questa che era effettivamente unitaria e che si poneva senza distinzioni prima e dopo il 30 giugno 1998.

La seconda pronuncia ha affermato in generale che nel regime transitorio del passaggio dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione del giudice ordinario il disposto dell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui sono attribuite al giudice ordinario le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998, mentre le controversie

relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, esprime, come regola, la generale giurisdizione del giudice ordinario in ordine ad ogni questione sia che riguardi il periodo del rapporto di impiego successivo al 30 giugno 1998, sia che investa in parte anche un periodo precedente a tale data ove risulti essere unitaria la fattispecie devoluta alla cognizione del giudice; e reca, come eccezione, la previsione della residuale giurisdizione del giudice amministrativo in ordine ad ogni questione che riguardi solo ed unicamente un periodo del rapporto fino alla data suddetta.

Questo nuovo orientamento ha avuto anche l'effetto di ridimensionare l'ambito di operatività della decadenza, ritenuta di natura sostanziale, del diritto nelle controversie riguardanti la stessa questione relativa ad un periodo prima e dopo il 30 giugno 1998 per non essere stata azionata dal dipendente pubblico, innanzi al giudice amministrativo entro il 15 settembre 2000, la pretesa relativa al segmento fino alla data suddetta.

La questione è in realtà ancora aperta atteso che Cass., sez. un., 8 aprile 2016, n. 6891 ha ritenuto non manifestamente infondata, in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, cit., nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restino attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000; questione tuttora pendente.

Connessa a questa questione di legittimità costituzionale è quella in precedenza sollevata dal Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 2 del 2015) che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 106 c.p.a., in relazione agli artt. 117 co.1, 111 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo; questione questa venuta all'esame della Corte.

In ragione di queste due questioni di legittimità costituzionale, non ancora decise, può conclusivamente dirsi che il regime transitorio della proroga della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia delle controversie di lavoro pubblico contrattualizzato non ha ancora trovato un assetto definitivo.

*Giovanni Amoroso*

*Roma, 17 marzo 2017*