

## **Le controversie di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione: aspetti problematici con riferimento al riparto di giurisdizione <sup>(1)</sup>**

<sup>(1)</sup> Relazione svolta al corso di formazione per giudici ordinari ed amministrativi sul tema “Dialogo tra giurisdizioni”, organizzato a Roma dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall’Ufficio studi della G.A. il 13-15 novembre 2023

La fonte normativa sul riparto di giurisdizione in materia di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è contenuta all’art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, rubricato “Controversie relative ai rapporti di lavoro”, che:

- ai commi 1 e 3, assegna al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro:

a) “tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l’assunzione al lavoro, 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”;

b) “le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell’art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall’ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva”;

- al comma 4, assegna al “giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all’art. 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi”.

I rapporti di lavoro di diritto pubblico di cui all’art. 3, che rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti, riguardano: “i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall’art. 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691 [Banca d’Italia], e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281 [Consob], e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287 [Antitrust]”, il “personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario previsto dal regolamento di cui al d.P.R. 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva”, il “rapporto di lavoro dei professori e dei ricercatori universitari [che] resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria”.

L’art 63 stabilisce, infine, due regole per le ipotesi di sovrapposizione tra le due giurisdizioni quanto al sindacato del giudice ordinario sugli “atti amministrativi presupposti ... rilevanti ai fini della decisione”:

a) la loro concomitante impugnazione davanti al giudice amministrativo “non è causa di sospensione del processo [ordinario]”;

b) il giudice ordinario, se munito di giurisdizione, “li disapplica, se illegittimi”.

\*\*\*\*\*

Numerose sono le problematiche che le dette norme, pur apparentemente esaustive, pongono in tema di giurisdizione.

La prima riguarda le interferenze con la giurisdizione della **Corte dei conti**, tralasciata dall’art. 63.

La Suprema Corte se ne è occupata decidendo sull’azione di recupero, esercitata dalla P.A. datrice di lavoro, sulle somme percepite dal dipendente nello svolgimento di incarico non autorizzato, ai sensi dell’art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001.

La questione si è maggiormente posta, dopo che è stato introdotto il comma *7-bis*, a mente del quale “l’omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebitamente percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti”.

Le Sezioni unite si sono espresse sull’azione di recupero proposta sia in via diretta (Cass., sez. un., 08/02/2023, n. 3872), sia con domanda riconvenzionale nel giudizio d’impugnazione del licenziamento disciplinare del dipendente (Cass., sez. un., 19/01/2018, n. 1415), affermando in entrambi i casi la giurisdizione del giudice ordinario, vuoi per la natura sanzionatoria dell’obbligo di versamento, che prescinde dalla sussistenza di specifici profili di danno richiesti per la giurisdizione del giudice contabile, vuoi per la natura sostanziale nel *petitum*, riguardante una condotta tipicamente datoriale nell’ambito di un rapporto di lavoro contrattualizzato.

In tema di risarcimento dei danni subiti da società a partecipazione pubblica, è stata affermata (Cass., sez. un., 05/12/2019, n. 31755):

- la giurisdizione ordinaria, per gli illeciti comuni commessi da amministratori o dipendenti, non essendo configurabile, avuto riguardo all’autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l’agente e l’ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato a quest’ultimo;
- la giurisdizione della Corte dei conti, per le condotte illecite di amministratori o sindaci, tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell’ente pubblico o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio;
- la giurisdizione della Corte dei conti, per le condotte illecite dei rappresentanti dell’ente partecipante o comunque dei titolari del potere di decidere per esso, i quali abbiano colpevolmente trascurato di esercitare i diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione.

Infine, in materia previdenziale è stato devoluto al giudice ordinario l’accertamento della causa di servizio ai fini della condanna al riconoscimento dell’equo indennizzo, in quanto il beneficio richiesto non attiene ad un rapporto previdenziale autonomo dal rapporto di pubblico impiego, come tale rientrante nella giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in materia pensionistica, ma trova titolo immediato e diretto in tale rapporto (Cass., sez. un., 22/08/2019, n. 21605).

\*\*\*\*\*

Un altro gruppo di questioni controverse concerne **l'identificazione del regime**, pubblico o privato, connotante il rapporto dedotto in giudizio.

Un primo profilo di dubbio ha riguardato l'eventuale natura innovativa – rispetto al combinato disposto degli artt. 3 e 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 – dell'art. 133, comma 1, lett. i), c.p.a., secondo cui “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge ... le controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico”.

Tale natura è stata esclusa da varie decisioni delle Sezioni unite – relative, ad esempio, ai dipendenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Cass., sez. un., 19/06/2018, n. 16156) e dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (Cass., sez. un., n. 28/02/2020, n. 5591) – e ciò sul rilievo che la norma processuale ha valore meramente ricognitivo, sottraendo alla giurisdizione esclusiva del G.A. i soli rapporti di impiego privato e non i rapporti di lavoro presso le autorità indipendenti, il cui elevato tasso di tecnicità ed autonomia rispetto al potere esecutivo si riflette anche sul momento conformativo degli stessi.

Ulteriori questioni si sono poste per le controversie afferenti:

- il reclutamento del personale di società *in house*, che soggiacciono alla giurisdizione del giudice ordinario e non amministrativo, in quanto, alla scelta del modello privatistico per il perseguimento delle finalità di tali società, consegue l'esclusione dell'obbligo di adottare il regime del pubblico concorso per il reclutamento dei dipendenti (Cass., sez. un., 03/07/2023, n. 18749);

- il rapporto di servizio dei funzionari onorari, la cui non assimilabilità al rapporto di pubblico impiego determina l'applicabilità del criterio generale, fondato sulla situazione giuridica soggettiva sottostante, spettando alla giurisdizione amministrativa di legittimità le ipotesi di contestazione di atti amministrativi discrezionali, rispetto ai quali è configurabile una posizione di interesse legittimo – ad esempio, la domanda volta a contestare la congruità del compenso, di natura indennitaria e non retributiva, riconosciuto dall'amministrazione in mancanza di specifiche previsioni di legge – ed alla giurisdizione ordinaria le ipotesi di contestazione di atti a carattere vincolato, essendo la situazione fatta valere qualificabile come diritto soggettivo (Cass., sez. un., 17/12/2020, n. 28978);

- il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori universitari incardinati nelle aziende sanitarie ed ospedaliere, che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario quando la parte datoriale si identifica nell'azienda e l'attività svolta s'inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione di essa, mentre la qualifica universitaria funge da mero presupposto per l'instaurazione del rapporto (Cass., sez. un., 07/05/2020, n. 8633; Cons. Stato, sez. VII, 27/01/2022, n. 579).

\*\*\*\*\*

Divergenze interpretative si sono formate sul **regime intertemporale** dettato dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, che mantiene alla devoluzione al giudice amministrativo le controversie che, purché introdotte entro il termine decadenziale del 15 settembre 2000, abbiano ad oggetto questioni attinenti ad un periodo di rapporto di lavoro pubblico anteriore alla data del 30 giugno 1998.

In argomento, le Sezioni unite hanno affermato due importanti principi:

- la giurisdizione va stabilita sulla base del momento di emanazione dell'atto lesivo, senza che rilevi che il periodo lavorativo interessato sia anteriore al 30 giugno 1998, come avviene, ad esempio, in

caso di annullamento in autotutela di un atto amministrativo antecedente alla stessa data (Cass., sez. un., 26/02/2021, n. 5421);

- la fattispecie unitaria dipanatasi in un periodo antecedente e successivo al 30 giugno 1998 è interamente devoluta al giudice ordinario, poiché la giurisdizione residuale del giudice amministrativo attiene solo ed unicamente a questioni che investono momenti del rapporto precedenti alla suddetta data (Cass., sez. un., 23/11/2021, n. 36208).

Quanto al termine decadenziale del 15 settembre 2000, è stato affermato dal Consiglio di Stato che esso integra un diniego di accesso alla giustizia, in contrasto con l'art. 6 CEDU, nel caso in cui il ricorrente sia incorso in errore – scusabile e, quindi suscettibile di rimessione – in ragione dei dubbi interpretativi che la natura di tale termine ha inizialmente sollevato (Cons. Stato, sez. VII, 05/09/2022, n. 7734).

\*\*\*\*\*

Un punto cruciale afferisce le ipotesi in cui il giudice ordinario può disapplicare il **provvedimento amministrativo presupposto** che venga in rilievo in una controversia presso di lui instaurata e, in particolare, quello di macro-organizzazione attraverso cui l'amministrazione definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ed i modi di conferimento della titolarità degli stessi, di regola impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, quale atto di esercizio del pubblico potere.

Anche in tale ambito, il criterio applicato dalle Sezioni unite fa leva sulla posizione giuridica soggettiva del dipendente.

Se costui vanta un diritto soggettivo, allora la presenza di un provvedimento amministrativo presupposto è inidonea a sradicare la giurisdizione in capo al giudice ordinario, il quale deve quindi disapplicarlo, ove illegittimo. Pur restando esperibile il parallelo sindacato di legittimità del giudice amministrativo, quest'ultima controversia non sospende il giudizio civile.

Viceversa, se il dipendente versa in una posizione di interesse, l'illegittimità del provvedimento presupposto dev'essere necessariamente oggetto di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo.

Pertanto, il lavoratore che impugni l'atto avente ad oggetto un incarico dirigenziale, a cagione di un vizio d'illegittimità incidente sul provvedimento presupposto (col quale, ad esempio, si disciplinano le modalità del conferimento dell'incarico, ovvero si sopprime un ufficio), deve agire dinanzi:

- al G.A., se chiede la rimozione dell'atto di conferimento dell'incarico a beneficio di un terzo (Cass., sez. un., 21/12/2018, n. 33212);

- al G.O., se chiede la rimozione dell'atto di revoca del proprio incarico dopo la stipula del contratto, in quanto la posizione sottostante di diritto innesca il potere di disapplicazione (Cass., sez. un., 17/12/2018, n. 32625).

D'identico tenore è la giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui rientra nella giurisdizione amministrativa solo la diretta cognizione degli atti amministrativi presupposti rispetto a quelli di gestione dei rapporti di lavoro, nei confronti dei quali sono configurabili situazioni di interesse legittimo, derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto; al contrario, la giurisdizione è ordinaria, quando il giudizio investe direttamente atti di gestione del rapporto, in

relazione ai quali sono configurabili situazioni già sorte di diritto soggettivo (Cons. Stato, sez. V, 14/04/2022, n. 2834 e 02/11/2017, n. 5069).

\*\*\*\*\*

Il criterio di riparto non muta con riferimento al più specifico tema del sindacato sui provvedimenti di **formazione ed aggiornamento delle graduatorie** ed in particolare, di quelle per il personale supplente, docente e non docente, del comparto scolastico, le quali non implicano valutazioni discrezionali e non sono perciò qualificabili come procedure concorsuali, consistendo in procedure finalizzate all'inserimento di coloro che sono in possesso di specifici titoli in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili (Cass., sez. un., 19/04/2023, n. 10538; Cons. Stato, sez. VII, 21/03/2022, n. 2046).

Sussiste quindi la giurisdizione amministrativa, allorché la domanda è volta all'annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, con il quale si pone la disciplina della graduatoria – che costituisce esercizio della potestà autoritativa di individuazione dei criteri – e, solo come effetto della rimozione di tale atto, all'accertamento del diritto all'inserimento nella stessa; sussiste invece la giurisdizione ordinaria, se la domanda è volta all'accertamento del diritto all'inserimento nella graduatoria scaturente direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, o comunque se la controversia involge un atto di mera gestione della graduatoria, riguardante in via diretta la posizione soggettiva dell'interessato ed il suo diritto al collocamento nella giusta posizione (Cass., sez. un., 04/04/2023, n. 9330 e 30/03/2021, n. 8774; Cons. Stato, sez. VII, 17/04/2023, n. 3851; sez. VI, 07/09/2021, n. 6230 e 24/04/2019, n. 2633).

Rientrano, ovviamente, nella giurisdizione amministrativa di legittimità le controversie nelle quali è chiesto l'inserimento in una graduatoria scolastica, quale effetto dell'annullamento di un atto generale di macro-organizzazione non riguardante la disciplina della graduatoria, quale, ad esempio:

- la definizione della dotazione organica complessiva (Cons. Stato, sez. VI, 22/01/2019, n. 566);
- la decisione di svolgere in forma telematica una procedura di mobilità di docenti e, nello specifico, la regola tecnica in base alla quale vengono gestiti i trasferimenti (Cons. Stato, sez. VI, 08/09/2021, n. 6236).

Spetta, infine, al giudice ordinario la controversia instaurata da un dipendente in regime privatizzato contro l'atto di sospensione dal servizio per inottemperanza all'obbligo vaccinale anti Covid-19, introdotto dall'art. 4-ter del d.l. n. 44 del 2021, conv. dalla legge n. 76 del 2021, poiché l'attività di verifica svolta dal datore di lavoro, in quanto vincolata nel presupposto, nel contenuto e nella modalità di esplicazione, non è ascrivibile all'ambito pubblicistico, ma all'attività di gestione del rapporto di lavoro (Cass., sez. un., 05/04/2023, n. 9403)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Come nella decisione n. 28978 del 2020, precedentemente richiamata, in questo arresto, la Suprema Corte utilizza, ai fini del riparto di giurisdizione, la contrapposizione tra atto discrezionale ed atto vincolato, da cui far discendere che solo il primo costituisce esercizio del potere pubblico, configurando posizioni di interesse legittimo, mentre il secondo assume un valore sostanzialmente dichiarativo del contenuto della legge, configurando posizioni di diritto soggettivo. Tale costruzione interpretativa è fortemente contrastata dal Consiglio di Stato, il quale ha ripetutamente sostenuto che, al fine di radicare la giurisdizione amministrativa, è sufficiente che il potere esista, che venga conferito ad un'amministrazione pubblica e che quest'ultima, sia pur attraverso un'attività vincolata, sia chiamata ad esercitarlo per la cura concreta di interessi pubblici (Cons. Stato, ad. plen., 24/04/2007, n. 8 e sez. III, 13 ottobre 2022, n. 8434).

\*\*\*\*\*

Un argomento di confine tra le due giurisdizioni è costituito dalle **procedure selettive** del personale.

La norma fa discendere il criterio di riparto dalla natura, concorsuale o meno, della procedura.

Vengono, quindi, attribuiti alla giurisdizione del giudice ordinario gli atti della selezione volta alla:

- nomina dei direttori dei musei archeologici nazionali, la cui procedura d'interpello, anche se aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità articolata di fasi, è strutturata nella mera valutazione di *curricula*, in colloqui (e non in esami orali), nella formazione di una terna di nominativi (e non di una graduatoria) e nella conclusiva nomina fiduciaria (Cass., sez. un., 18/01/2019, n. 1413);

- nomina dei direttori di struttura sanitaria complessa delle aziende sanitarie ed ospedaliere, in quanto l'assegnazione di punteggi e la formazione di una terna di nomi da parte della commissione, con conseguente restrizione a tale terna del potere di scelta riconosciuto al direttore generale ed obbligo di puntuale motivazione nell'ipotesi in cui si decida di nominare il candidato che non abbia conseguito il maggior punteggio, non fa venire meno la natura privatistica ed il carattere fiduciario di tale nomina, all'esito di una procedura idoneativa e non concorsuale (Cons. Stato, sez. III, 28/05/2021, n. 4107 e 21 giugno 2017, n. 3025);

- nomina dei dirigenti a contratto di enti locali, in quanto concerne una procedura che difetta in radice dei requisiti del concorso ed è connotata dal carattere fiduciario della scelta da parte del Sindaco, operata nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei sulla base dei requisiti di professionalità (Cass., sez. un., 04/09/2018, n. 21600; Cons. Stato, sez. V, 24/05/2021, n. 3993);

- nomina degli specialisti ambulatoriali del comparto sanitario, che avviene previa valutazione da parte di una commissione tecnica aziendale non integrante una procedura concorsuale, in quanto volta soltanto alla verifica tecnica della sussistenza di un determinato requisito di idoneità in capo all'aspirante ed espressa in termini assoluti e non comparativi (Cass., sez. un., 20/04/2021, n. 10360);

- stabilizzazione del personale a tempo determinato, che consiste unicamente nella verifica di requisiti predeterminati dalla legge in capo a soggetti già assunti, senza l'esercizio di alcun pubblico potere (Cass., sez. un., 21/12/2021, n. 40953; Cons. Stato, sez. V, 18/03/2022, n. 1972).

Un particolare distinguo va comunque operato tra le selezioni interne per la progressione in carriera del personale, laddove sono devolute al giudice amministrativo le procedure concorsuali strumentali all'assunzione od alla progressione del personale in servizio in un'area o fascia superiore a quella di appartenenza, mentre appartengono alla cognizione del giudice ordinario le progressioni meramente economiche e quelle che comportano il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese nella stessa area, categoria o fascia di inquadramento (Cass., sez. un., 18/05/2021, n. 13491; Cons. Stato, sez. VII, 15/02/2022, n. 1110 e sez. III, 03/02/2020, n. 855).

---

Su quest'ultima linea, sembra altresì collocata la Corte costituzionale, che definisce "un postulato privo di qualsiasi fondamento" la tesi che "di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi, e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi" (C. cost. 16/04/1998, n. 127).

In dottrina, dove spicca il celebre brocardo del Mortara secondo cui "se c'è il potere, non c'è il diritto", vi è divisione tra chi sostiene che l'atto vincolato conserva connotati autoritativi (Casetta, Scoca), chi lo nega (Orsi Battaglini, Proto Pisani) e chi distingue caso per caso (Follieri).

Esaurita la procedura concorsuale, retta dal diritto pubblico, si riespande la giurisdizione ordinaria, correlata, da un lato, al diritto soggettivo del vincitore ad essere assunto e, dall'altro, all'obbligo dell'amministrazione di prestare il proprio consenso (Cons. Stato, sez. V, 01/02/2021, n. 908).

Non di meno, in caso di successiva adozione di atti lesivi da parte della P.A., occorre tenere distinta la posizione – di diritto soggettivo, tutelata dinanzi al G.O. – del candidato che contesti le modalità di attuazione dello scorrimento, dalla posizione – di interesse legittimo, tutelata dinanzi al G.A. – del candidato che contesti la decisione di indire un nuovo concorso, anziché scorrere la graduatoria ancora efficace (Cass., sez. un., 19/07/2022, n. 22566; Cons. Stato, sez. II, 27/01/2021, n. 824 e sez. III, 12/10/2020, n. 6041).

Sono infine devolute al giudice ordinario le controversie in tema di mobilità volontaria per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, trattandosi di una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, di una cessione del contratto, senza che venga in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura concorsuale (Cass., sez. un., 17/12/2018, n. 32624; Cons. Stato, sez. V, 14/04/2022, n. 2834).

Una precisazione va tuttavia operata in relazione alle liti sul transito dal ruolo militare a quello civile della stessa amministrazione – ad esempio per sopravvenuta inidoneità allo svolgimento di determinate mansioni – le quali appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto, finché il passaggio non è formalizzato, il richiedente permane nel ruolo militare e dunque in regime di diritto pubblico (Cass., sez. un., 30/06/2022, n. 20852).

Nicola Durante  
Pres. Sez. T.A.R.