

FEDERICO DINELLI

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università Telematica Pegaso
federico.dinelli@unipegaso.it

TUTELA DEL DIRITTO AL LAVORO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

PROTECTION OF THE RIGHT TO WORK AND ADMINISTRATIVE JUDGE

SINTESI

Il contributo, dopo una premessa sul rilievo costituzionale del diritto al lavoro, esamina le modalità con le quali il giudice amministrativo tutela (o non tutela) questo diritto fondamentale. Vengono presi in considerazione tre aspetti: l'accesso al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione; la materia disciplinare; le prestazioni sociali e previdenziali che originano dal rapporto di lavoro. Dopo un'analisi giurisprudenziale, vengono tratte alcune conclusioni sul grado di tutela, invero insoddisfacente, che il giudice amministrativo, come d'altra parte il giudice ordinario, offre al diritto al lavoro.

ABSTRACT

The paper, after a premise on the constitutional importance of the right to work, examines the ways in which the administrative judge protects (or does not protect) this fundamental right. Three aspects are taken into consideration: access to work employed by the public administration; disciplinary matters; social and security benefits that originate from the employment relationship. Finally, some conclusions will be drawn on the degree of protection, admittedly unsatisfactory, that the administrative judge, like the ordinary judge, offers to the right to work.

PAROLE CHIAVE: diritto al lavoro – tutela – sindacato – discrezionalità – effettività

KEYWORDS: right to work – protection – judicial review – discretion – effectiveness

INDICE: 1. lo statuto costituzionale del diritto al lavoro. – 2. La tutela del diritto al lavoro nell'ambito dei concorsi pubblici. – 3. La tutela del diritto al lavoro al cospetto del potere disciplinare della pubblica amministrazione. – 4. Le prestazioni previdenziali connesse allo *status* di lavoratore pubblico: il caso dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata per causa di servizio – 5. Considerazioni finali

1. Lo statuto costituzionale del diritto al lavoro

L'affermazione del diritto al lavoro si rinviene, come noto, in numerose norme costituzionali:

«L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» (art. 1)¹;

«La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto» (art. 4, comma 1);

«La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. // Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori» (art. 35, commi 1 e 2);

«Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. // La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. // Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi» (art. 36);

«La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. // La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato. // La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione» (art. 37).

Vi sono, poi: l'art. 38, comma 2, che fonda il sistema della previdenza sociale; l'art. 40, che riconosce e tutela il diritto di sciopero; l'art. 46, che ricono-

¹ È stato rilevato che questo riferimento al lavoro come elemento fondativo della Repubblica rappresenta un *unicum* italiano fra le costituzioni dei Paesi democratici: cfr. R. NANIA, *Riflessioni sulla costituzione economica in Italia: il lavoro come fondamento, come diritto, come dovere*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, a cura di E. Ghera e A. Pace, Napoli, Jovene, 2009, 62. V. anche, per una appassionata disamina sul significato della formula utilizzata dall'art. 1 Cost., il contributo di T. GROPPI, «*fondata sul lavoro*». *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2012, che, rifacendosi dichiaratamente al pensiero di Costantino Mortati, individua nella formula dell'art. 1 il «perno dell'intero assetto costituzionale», nonché «il contributo più originale che l'Italia ha dato al costituzionalismo contemporaneo».

sce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende; l'art. 51, u.c., che sancisce il diritto alla conservazione del posto di lavoro per chi è chiamato a svolgere funzioni elettive².

Non meno rilevante è l'attenzione che anche l'ordinamento sovranazionale presta al diritto al lavoro: l'art. 15 della Carta di Nizza prevede infatti che «1. Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. // 2. Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro».

Nessun altro diritto, come il diritto al lavoro, viene menzionato con paragonabile frequenza dalla Carta costituzionale. La sua centralità, nel sistema costituzionale, è di tutta evidenza, al punto che Costantino Mortati ebbe a dire, nel 1969, che la Costituzione considera il lavoro «non come fine a sé stesso, né mero strumento per il conseguimento di mezzi di sussistenza, bensì come tramite necessario per l'affermazione della personalità»³.

I costituzionalisti si sono a lungo interrogati, anche sulla scorta della giurisprudenza della Consulta, sul carattere meramente programmatico, ovvero precettivo, dell'art. 4⁴.

2 Un'analogia, anzi ancor più estesa, elencazione è contenuta in M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2010, 645 ss., che, nell'osservare come «il lemma "lavoro" e i lemmi derivati ricorrono in ben 23 commi della Costituzione repubblicana», senza peraltro considerare «le disposizioni nelle quali il lemma non è utilizzato, ma il riferimento al lavoro è palese (v., ad es., l'art. 117, comma 3 [...])», giunge finalmente a formulare la seguente domanda retorica: «Non è forse vero, dunque, che, al di là della formale proclamazione dell'art. 1, è l'intera Costituzione che, nell'oggettività delle sue previsioni, coerentemente fonda la Repubblica sul lavoro?».

3 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1969, 147 ss.

4 Ci si limita a riportare, in questa sede, quanto affermato da G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2009, 39, a proposito del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost: «È pacifico che non si tratta del diritto soggettivo ad ottenere un lavoro [...] La Repubblica cioè non è essa obbligata a dare lavoro a chiunque lo richieda; meno che mai sono obbligati a dare lavoro altri soggetti; la Repubblica ha l'obbligo di promuovere le condizioni, cioè di adottare misure (che la Costituzione ovviamente non indica) in grado di determinare una situazione tale per cui si creino possibilità di lavoro, nel massimo numero possibile (e cioè fino al massimo della piena occupazione, per cui tutti coloro che lo cercano trovano lavoro)». Tra i corollari di questa premessa, secondo Rescigno, vi è che se, nonostante tutti gli sforzi, non c'è pieno impiego (vi sono persone che cercano lavoro e lo chiedono non avendolo ottenuto), la Repubblica ha l'obbligo di dare ai richiedenti un equivalente in danaro, che però il testo costituzionale non

Probabilmente sono vere entrambe le affermazioni, perché la soluzione dipende da come si intende il diritto al lavoro. Se il diritto al lavoro si intende come libertà di lavoro, e quindi come libertà nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa, allora la norma ha un'indubbia valenza prescrittiva, nella misura in cui impedisce ai pubblici poteri, così come a chiunque altro, di coartare questa libertà, ovvero di ostacolarla⁵; se invece si intende il lavoro, in chiave più sociale, come pretesa allo svolgimento di una prestazione lavorativa, allora è chiaro che la dimensione programmatica assume una rilevanza preponderante. Il suo significato è infatti quello di imporre alle autorità pubbliche di intervenire con politiche consentanee allo scopo di assicurare la realizzazione concreta del diritto al lavoro, dotandolo (quanto più possibile) di effettività⁶.

configura come risarcimento nel senso civilistico, ma come una indennità da stabilire con legge, commisurata alle esigenze di vita, anch'esse ovviamente da quantificare (art. 38, co. 2). La conclusione cui giunge l'autore alla fine della sua analisi è che «il diritto al lavoro di cui parla l'art. 4, co. 1, e l'indennizzo per la disoccupazione involontaria sono demandati alla volontà politica delle maggioranze, e quindi in realtà ai rapporti di forza tra le componenti sociali». M. LUCIANI, *op. cit.*, 642, nota 57, dopo aver dato atto che «Il diritto al lavoro non si risolve in una situazione soggettiva immediatamente azionabile in giudizio», afferma però di non condividere la «pur articolata operazione di svalutazione di questa e di tutte le altre previsioni costituzionali sul lavoro condotta, in particolare, da G. U. Rescigno», osservando, fra l'altro, che «anche Rescigno [...] riconosce che giuridicità non equivale ad azionabilità in giudizio e a cogenza sanzionata, ma da questo non desume la conseguenza (della piena significatività e normatività delle previsioni costituzionali sul lavoro) che dovrebbe essere necessaria».

5 È questa la dimensione c.d. “negativa” del diritto al lavoro, che viene quindi in considerazione come diritto di libertà. Ma resta inteso che, come è stato giustamente rilevato, «la protezione di un diritto di libertà negativa, non permette di cogliere i significati — ben più centrali — del denso disposto costituzionale»: così P. LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela: brevi appunti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2010, 96.

6 Lo stesso LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 96 osserva che «se nell'art. 4, primo comma, Cost. deve essere letto, innanzitutto, uno stretto collegamento con il precedente art. 3, secondo comma, Cost. con riguardo alla condizione di sottoprotezione del lavoro subordinato, allora la norma in discorso contiene un diritto sociale, in quanto implica uno specifico intervento dello Stato per renderne effettivo l'esercizio». In realtà, non sembra neppure necessario stabilire un collegamento fra l'art. 3, comma 2, Cost. e l'art. 4 per argomentare in ordine al carattere spiccatamente sociale del diritto al lavoro. Tanto più se si considera che, come sostenuto in dottrina, il riferimento ai *lavoratori* contenuto nell'art. 3, comma 2, deve essere più correttamente interpretato come sinonimo di *cittadini*. Cfr., in questo senso, G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 38, secondo cui «basta leggere l'intera e complessa frase [dell'art. 3, comma 2, Cost.] per capire che, se vi sono ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (e qui il testo dice proprio «cittadini»), e se la rimozione di tali ostacoli di fatto è necessaria per il pieno sviluppo della persona umana (e quindi di nuovo la frase parla di tutti i cittadini in quanto persone), la effettiva partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese di nuovo deve riguardare tutti i cittadini e non solo i lavoratori», tanto meno i soli lavoratori su-

Non sarebbe nemmeno corretto affermare che il diritto al lavoro, nel senso di pretesa allo svolgimento di una prestazione lavorativa, non sia dotato di diretta giustiziabilità. Ed infatti la norma è stata costantemente interpretata dalla Corte costituzionale nel senso della incostituzionalità di una normativa che non offrisse alcuna tutela contro il licenziamento⁷. L'art. 4, quindi, può essere invocato per tutelare – se non l'acquisizione *ex novo* di una posizione lavorativa – quanto meno la sua conservazione⁸.

L'art. 4 della Costituzione, secondo l'opinione della dottrina costituzionalistica, intende il lavoro in senso ampio, ricomprendendovi sia il lavoro subordi-

bordinati. Di opinione contraria è M. LUCIANI, *op. cit.*, 634, che, muovendo dal presupposto per cui i costituenti hanno scelto di «fondare la Repubblica su un elemento profondamente egualitario e addirittura universalistico, su un dato insuperabilmente umano», ravvisa un profondo legame fra il diritto al lavoro e «il profilo dell'eguaglianza sostanziale di cui al secondo comma (perché è solo con l'emancipazione dei lavoratori che il progetto di società “nuova” disegnato dalla Costituzione può essere realizzato)», ed afferma perciò che «Non ha commesso, dunque, alcun errore la Costituzione nell'aver parlato di lavoratori, anziché di cittadini».

⁷ Si legge da ultimo nella sentenza n. 125 del 2022 che «Questa Corte è costante nell'affermare che il diritto del lavoratore di non essere ingiustamente licenziato si fonda sui principi enunciati dagli artt. 4 e 35 Cost. e sulla speciale tutela riconosciuta al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, in quanto fondamento dell'ordinamento repubblicano (art. 1 Cost.). L'attuazione di tali principi è demandata alle valutazioni discrezionali del legislatore (fra le molte, sentenze n. 59 del 2021, n. 150 del 2020 e n. 194 del 2018), chiamato ad apprestare un equilibrato sistema di tutele. Questa Corte ha tuttavia ribadito che il legislatore, pur nell'ampio margine di apprezzamento di cui dispone, è vincolato al rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza (sentenza n. 59 del 2021). La diversità dei rimedi previsti dalla legge deve sempre essere sorretta da una giustificazione plausibile e deve assicurare l'adeguatezza delle tutele riservate al lavoratore illegittimamente espulso, nelle quali la reintegrazione non costituisce “l'unico possibile paradigma attuativo” dei principi costituzionali (sentenza n. 59 del 2021; così anche sentenza n. 46 del 2000, punto 5 del Considerato in diritto). Nell'attuazione dei principi sanciti dagli artt. 4 e 35 Cost., essenziale è il compito del giudice, chiamato a ponderare la particolarità di ogni vicenda e a individuare di volta in volta la tutela più efficace, sulla base delle indispensabili indicazioni fornite dalla legge». Per una efficace ricognizione della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela contro il licenziamento v. G. ARMIONE, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2022, 411 ss., il quale suddivide la giurisprudenza della Consulta in argomento in tre grandi fasi: la fase della spinta gentile, la fase dell'agnosticismo e la fase della ragionevolezza e dell'effettività.

⁸ È noto che il diritto del lavoro, inteso come branca del diritto, è stato spesso accusato di essere «orientato verso “la protezione del lavoratore in quanto titolare di una posizione lavorativa”, cioè verso una “iper-tutela degli occupati”, alla quale si è contrapposta una “sotto-tutela dei disoccupati” [...] creando così una netta linea di demarcazione tra gli “insider, i privilegiati arroccati nella cittadella del lavoro regolare iper-protetto, e gli outsider: i disoccupati, i precari, gli irregolari, che dalla cittadella sono permanentemente esclusi”» (così M. SPINI, *Lavoro, diritto al lavoro, diritto del lavoro*, in *Dir. relaz. ind.*, 2, 2006, 387 ss., che cita a sua volta il lavoro monografico di P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, Mondadori, 1996).

nato, sia il lavoro autonomo, sia ogni attività o funzione che «concorra al progresso materiale o spirituale della società»⁹.

È però evidente che non sarebbe possibile trattare in questa sede del diritto al lavoro in un'accezione così estesa, perché implicherebbe dover affrontare anche il tema della tutela avverso tutti i provvedimenti che, a vario titolo, incidono sulla libertà d'iniziativa economica, andando a coprire, nella sostanza, tutto il diritto amministrativo dell'economia (autorizzazioni, concessioni, attività di regolazione, ecc.).

Occorre dunque, necessariamente, restringere il campo di indagine, soffermando l'attenzione soltanto sulle situazioni nelle quali il cittadino si rivolge al giudice amministrativo come prestatore di lavoro in favore della pubblica amministrazione. In altri termini, ci si concentrerà sul "lavoratore pubblico", o, per meglio dire, sul *funzionario*¹⁰ o aspirante tale, per comprendere in che modo

9 Cfr., per tutti, M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 338 ss.

10 Il termine evoca la partecipazione alla funzione amministrativa e vale quindi a distinguere efficacemente il lavoratore privato dal lavoratore alle dipendenze della pubblica amministrazione. V., in tal senso, F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, Donzelli, 2021, 87. La stessa Costituzione, d'altra parte, utilizza in primo luogo, nell'art. 28, il termine "funzionari" per riferirsi a coloro i quali prestano la loro attività lavorativa al servizio dell'amministrazione pubblica, anche se poi parla di «dipendenti dello Stato e degli enti pubblici», nello stesso art. 28, e di «pubblici impiegati», nell'art. 98. V. anche A. PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 350, la quale ravvisa nel «passaggio dal lavoratore al funzionario» l'ultima fase di evoluzione della disciplina del pubblico impiego, definita dall'autrice, per l'appunto, come la fase della funzionalizzazione, che si concentra nell'ultimo decennio. È la fase della riscoperta delle norme costituzionali che finalizzano l'attività del lavoratore alle dipendenze della pubblica amministrazione, avendo riguardo non solo ai risultati conseguiti, ma anche al rispetto dei principi di legalità e imparzialità.

Sul rapporto fra i principi dell'art. 97, comma 2, Cost. e i diritti e i doveri dei lavoratori al servizio dell'amministrazione, anche nella prospettiva della individuazione della causa del contratto di lavoro pubblico, si sono affermate, specie presso la dottrina giuslavoristica, tesi diverse. Le tesi pubblicistiche e neo-pubblicistiche tendono, pur con varietà di accenti e di argomentazioni, a svalutare la rilevanza del contratto individuale di lavoro quale fonte regolativa del rapporto, assumendo che la disciplina di quest'ultimo derivi essenzialmente dalla legge. Le tesi privatistiche, invece, riconoscono la centralità del contratto individuale di lavoro, la cui causa rimane pur sempre quella dello scambio, senza sostanziali alterazioni derivanti dalla peculiare natura del datore di lavoro pubblico. Sul tema, si veda l'ampia ricostruzione di L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2, 2019, 1 ss., il quale osserva condivisibilmente che «Nel privato l'interesse standard dell'imprenditore (pur con crescenti eccezioni previste dalla legge: cooperative, terzo settore, ecc.) sarà quello di realizzare profitto e tale interesse si ripercuote indubbiamente anche sulla dimensione organizzativa. Nel pubblico ci sono invece le finalità imposte dalla Costituzione e

il giudice amministrativo offra tutela al fascio dei diritti e degli interessi che si collegano direttamente a tale *status*.

Si prenderanno in considerazione, in particolare, ovviamente senza pretesa alcuna di esaustività, i seguenti tre aspetti: 1) quello dell'accesso al lavoro; 2) quello disciplinare; 3) quello delle prestazioni previdenziali/assistenziali che si riconnettono alla posizione lavorativa.

2. La tutela del diritto al lavoro nei concorsi pubblici

La peculiarità più importante del lavoro pubblico rispetto al lavoro privato attiene alla sua fase genetica, retta dal principio del pubblico concorso. I funzionari devono essere selezionati su base meritocratica, potendosi derogare a tale principio soltanto nei casi previsti dalla legge, nel rispetto dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale¹¹.

dalla legge – e dalla catena organizzativa di ciascuna amministrazione – che il soggetto datoriale deve perseguire attra-verso la funzione organizzativa del contratto. Qui rientra anche un interesse pubblico, inteso non come interesse generale e finalistico, ma come interesse alla realizzazione delle specifiche azioni amministrative verso cui è orientata l'organizzazione in cui è inserita la prestazione del lavoratore “pubblico”».

11 Sebbene l'art. 97, comma 4, Cost. si limiti a prevedere che «Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge», senza dunque qualificare i predetti casi come “eccezionali”, né limitare in altro modo la discrezionalità del legislatore, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha sempre fornito un'interpretazione restrittiva della norma, affermando che «il pubblico concorso costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le amministrazioni pubbliche, quale strumento per assicurare efficienza, buon andamento e imparzialità e che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe a tale regola, con la previsione di un diverso meccanismo di selezione per il reclutamento del personale del pubblico impiego, deve essere delimitata in modo rigoroso alla sola ipotesi in cui esse siano strettamente funzionali al buon andamento dell'amministrazione e sempre che ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle (ex plurimis, sentenze n. 40 del 2018 e n. 110 del 2017)» (così, tra le più recenti, Corte cost., sentenza 27 febbraio 2020, n. 36). Riflettono sul tema M. ALLENA, M. TRIMARCHI, *La Costituzione «dimenticata». Il principio del concorso pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2021, 379 ss., i quali si soffermano, anche alla luce di alcuni dati statistici, sulle ragioni per cui il principio del pubblico concorso è stato frequentemente eluso, non senza osservare, peraltro, che «i concorsi, in ragione della loro disciplina, non sono sempre in condizione di realizzare i valori e gli obiettivi sottesi alla previsione costituzionale e, in particolare, l'affermazione del merito all'interno della pubblica amministrazione e l'acquisizione delle competenze necessarie per garantirne il buon andamento». In effetti, potrebbe forse affermarsi con riferimento al pubblico concorso, parafrasando un celebre aforisma attribuito a Winston Churchill, che il concorso pubblico è il peggior sistema di reclutamento dei funzionari amministrativi, ad eccezione di tutti gli altri.

La tutela in materia di concorsi pubblici, notoriamente riservata al giudice amministrativo¹², si caratterizza ancora oggi per un sostanziale *deficit* di effettività.

Il che, ad avviso di chi scrive, è da mettere in connessione con la circostanza per cui la procedura concorsuale è dominata dalla discrezionalità.

Vi è ampia discrezionalità sia nella fase della predeterminazione dei criteri di valutazione, sia nella fase della valutazione dei titoli e delle prove concorsuali.

Sono ricorrenti, presso la giurisprudenza, affermazioni come quella secondo cui «le commissioni esaminatrici dispongono di ampia discrezionalità nella valutazione dei titoli e già nella stessa catalogazione e graduazione dei titoli valutabili; ne consegue che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è ammesso nelle sole ipotesi di manifesta irragionevolezza, illogicità od abnormità dei criteri (ovvero di loro non intellegibilità e trasparenza) e delle valutazioni, nonché per travisamento di fatto od errore procedurale commesso nella formulazione di queste»¹³.

E ancora: «le valutazioni espresse dalle Commissioni giudicatrici in merito alle prove di concorso, seppure qualificabili quali analisi di fatti (correzione dell'elaborato del candidato con attribuzione di punteggio o giudizio) e non come ponderazione di interessi, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei candidati, con la conseguenza che le stesse valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui

12 Sulle problematiche del riparto di giurisdizione in materia, che diventano a loro volta causa di ineffettività della tutela, si rinvia a S. DEL GATTO, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego. Sull'incerta (e variabile) nozione di "procedure concorsuali"*, in S. Del Gatto, F. Dinelli, G. Fares, G. Mari e M. Sinisi, *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2013, 33 ss.

13 Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2021, n. 2893, che richiama a sua volta Cons. Stato, Sez. V, 26 agosto 2020, n. 5208.

sussistono elementi idonei ad evidenziarne uno sviamento logico od un errore di fatto, o ancora una contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile»¹⁴.

In quest'ottica, si afferma «l'estrema limitatezza del sindacato del giudice amministrativo», che può annullare le valutazioni delle commissioni soltanto per eccesso di potere nelle ipotesi-limite di vizi riscontrabili dall'esterno e con immediatezza dalla sola lettura degli atti, tanto da considerare come sostanzialmente irrilevanti anche autorevoli pareri *pro-veritate* prodotti al fine di confutare il giudizio della commissione¹⁵.

Se ne ricava che, nella materia dei concorsi pubblici, la discrezionalità tecnica – al contrario di quanto si sostiene comunemente, sia in sede dottrina che in sede giurisprudenziale, circa il suo essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale intrinseco, ancorché debole – si atteggia, nei fatti, alla stessa stregua della discrezionalità amministrativa¹⁶. Anzi, appare ancor meno sindacabile, perché il tecnicismo delle valutazioni espresse dalle commissioni rende più difficile il giudizio di ragionevolezza. Senza una conoscenza, seppur minima, della

14 In questi termini, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VII, 28 dicembre 2022, n. 11464, che cita a sua volta svariati precedenti.

15 Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7216, dove si legge che spetta in via esclusiva alla commissione «la competenza a valutare gli elaborati degli esaminandi e, a meno che non ricorra l'ipotesi residuale del macroscopico errore logico, non è consentito al giudice della legittimità sovrapporre alle determinazioni da essa adottate il parere reso da un soggetto terzo, quale che sia la sua qualifica professionale ed il livello di conoscenze e di esperienze acquisite nella materia in discussione». Cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2018, n. 6103 e Sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2110.

16 Secondo D. GRANARA, *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 3, 2023, 596, «dottrina e giurisprudenza, superata la tradizionale distinzione tra sindacato forte (quello generale di legittimità, pieno) e debole (controllo di ragionevolezza estrinseco), [starebbero] convergendo verso una diversa declinazione di sindacato pieno, assistito dai mezzi istruttori previsti dal codice del processo, quale la consulenza tecnica, e governato dal criterio di “maggiore attendibilità” della scelta della Pubblica Amministrazione, la quale, in quest'ambito, è tesa appunto a individuare il criterio tecnico maggiormente attendibile (e quindi ragionevole), secondo le acquisizioni della comunità scientifica». Per una condivisibile rilettura, aggiornata ai più recenti sviluppi giurisprudenziali, della problematica della discrezionalità tecnica, v. A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 335 ss., nonché A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021, 3 ss.

scienza applicata nelle prove concorsuali, è arduo riconoscere perfino le valutazioni affette da profili di manifesta irragionevolezza¹⁷.

La giurisprudenza afferma ancora, di frequente, che la fase della predeterminazione dei criteri di valutazione, oltre a costituire espressione di ampia discrezionalità, non richiede neppure «la specificazione di sub criteri e sub punteggi né la indicazione di una stringente griglia di valutazione»¹⁸, e che «una volta accertata la tempestiva predeterminazione e la adeguatezza dei criteri oggetto di applicazione nella valutazione contestata, non residua altro spazio per le cen-

17 Osserva condivisibilmente A. POZZI, *Il contenzioso lavoristico delle carriere non privatizzate innanzi al giudice amministrativo: principio di specialità, discrezionalità tecnica, risarcimento del danno, pregiudizialità amministrativa, colpa dell'amministrazione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 6, 2007, p. 1031 ss., par. 15, nel commentare una sentenza relativa ad un concorso universitario, che «fin quando le commissioni giudicatrici operano con tale maldestra imperizia, tutto è facile per il giudice, il quale non ha bisogno di ricorrere a complesse argomentazioni sulla portata e gli effetti delle valutazioni tecnico-discrezionali, bastando il ricorso agli sperimentati istituti del sindacato estrinseco sui sintomi c.d. esterni dell'eccesso di potere. Più difficile è il suo sindacato quando si tratti di giudizi delle commissioni implicanti un effettivo apprezzamento soggettivo, fondato non su regole e norme tecniche certe ed in equivoche, ma su dati del sapere umano opinabili o non consolidati». Ancora di recente, il Consiglio di Stato ha affermato che «Il giudice di primo grado ha affermato di non poter entrare nel merito della valutazione della commissione, il cui giudizio costituisce espressione di attività altamente discrezionale [...]. // Si tratta di una impostazione sui limiti del controllo giurisdizionale che non può essere condivisa in quanto tendente a integrare un sindacato meramente estrinseco [...]; al contrario, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che in base all'art. 1 cod. proc. amm. deve costituire la chiave interpretativa di tutte le disposizioni processuali, impone di adottare una tecnica di sindacato di tipo intrinseco, in cui il giudice amministrativo non si avvale solo delle massime di esperienza o rileva vizi macroscopici, ma di regole e conoscenze tecniche, appartenenti alla medesima scienza specialistica ed ai modelli applicati dall'amministrazione, eventualmente anche attraverso l'ausilio di un consulente» (così Sez. VII, 16 ottobre 2023, n. 9006). Muove dalle stesse premesse anche la sentenza, sempre relativa a concorsi universitari, della medesima Sez. VII, 7 agosto 2023, n. 7586, che tuttavia finisce per tradirle, laddove riconosce, nell'ordine: che non è prevista, né imposta, l'analitica previsione di punteggi da assegnare e separatamente indicare in relazione ai sub-criteri con un'apposita griglia; che attribuendo un punteggio numerico ai quattro criteri prescelti (pubblicazioni scientifiche; curriculum; attività didattica; attività assistenziale), la commissione ha reso evidente con sufficiente chiarezza i parametri di riferimento e l'iter motivazionale seguito nella valutazione concorsuale; che la valutazione dei titoli dei candidati, effettuata non titolo per titolo, ma complessivamente in relazione ai titoli ascrivibili ad una determinata categoria, non pone problemi di legittimità, poiché, attraverso i punteggi assegnati ai titoli dei candidati ascrivibili ad una medesima categoria, è possibile ricostruire l'iter logico - motivazionale seguito dalla commissione esaminatrice nella valutazione dei curricula dei candidati; che il rilievo critico dedotto dall'appellante appare inidoneo a comprovare un giudizio nel complesso abnorme o manifestamente illogico o irrazionale della commissione. Parole, queste ultime, che evocano chiaramente il più tradizionale sindacato sulla discrezionalità.

18 Cons. Stato, Sez. III, 18 novembre 2020, n. 7169.

sure svolte sul punto, né occorre [...] un voto in relazione ad ogni singolo criterio o sottocriterio»¹⁹.

È a tutti noto, poi, il granitico orientamento giurisprudenziale sulla sufficienza del voto numerico, laddove i criteri di valutazione siano stati adeguatamente predeterminati.

Ebbene, considerando unitariamente:

- la sostanziale insindacabilità dell'attività di predeterminazione dei criteri di valutazione;

- la sostanziale insindacabilità dell'attività di valutazione, che non può essere messa in discussione neppure con pareri *pro veritate* di autorevoli esponenti della materia specialistica oggetto della prova;

- l'idoneità del voto numerico ad integrare la motivazione del giudizio;

- la non obbligatorietà di attribuire sotto-punteggi per i singoli criteri;

non ci si può non domandare come possa un candidato tutelarsi efficacemente rispetto all'aver ricevuto (o, meglio, al ritenere di aver ricevuto) una valutazione erronea nell'ambito di una procedura concorsuale.

In effetti, la scarsa attitudine del giudice amministrativo ad esercitare un sindacato penetrante sugli atti delle procedure concorsuali, anche avvalendosi dei mezzi di prova appositamente previsti dal codice del processo amministrativo, determina un sostanziale vuoto di tutela, che consegna nelle mani dell'amministrazione datrice di lavoro una libertà d'azione prossima all'arbitrio. Una volta che siano state rispettate le (invero elementari) "formalità" tipiche di ogni procedura concorsuale (predeterminazione dei criteri e attribuzione di punteggi), il giudizio risulta intangibile, come se l'amministrazione fosse depo-

¹⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2021, n. 3955. La giurisprudenza ha peraltro chiarito che quando «la stessa commissione si è auto-vincolata prevedendo una griglia articolata di criteri di valutazione con un punteggio massimo assegnabile e con eventuali sottopunteggi, la stessa deve poi esplicitare le ragioni dell'assegnazione di quel determinato voto e indicare, ove previsti, i singoli voti assegnati per ciascuna sub-voce». E si è aggiunto che «se la commissione si limita ad indicare, accanto alla 'grande voce' un voto complessivo numerico il candidato non riesce a comprendere i motivi per i quali si è pervenuto a quel risultato» (così Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2219, ripreso da Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3199).

sitaria, in via esclusiva, delle regole che governano il sapere specialistico applicato nel valutare la prova²⁰.

Non è dunque azzardato affermare che il diritto al lavoro, nella sua declinazione di aspirazione ad essere assunto da parte della pubblica amministrazione in ragione dei propri meriti, riceva da parte del giudice amministrativo una tutela più apparente che reale. Il che si traduce, in ultima analisi, in un pregiudizio per il principio del buon andamento, nella misura in cui lo strumento del pubblico concorso finisce per offrire minori garanzie di riuscire effettivamente a selezionare i più capaci e meritevoli.

Non va taciuto, peraltro, che il principio del concorso pubblico ha rappresentato, nell'ambito del settore pubblico, il principale ostacolo all'affermazione del diritto alla stabilizzazione dei lavoratori precari. La conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, come conseguenza-sanzione di un abuso dello strumento del contratto a termine, è espressamente esclusa dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, e anche la giurisprudenza della Corte costituzionale ha avuto modo di affermare più volte che il principio dell'accesso per concorso ai pubblici impieghi giustifica che la sanzione per l'abuso del precariato, imposta dalla direttiva n. 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, sia rappresentata dal risarcimento del danno, anziché dalla stabilizzazione²¹. Ciò non esclude, tuttavia, che il legislatore possa prevedere

20 Emblematico è il caso dei questionari a risposta multipla, rispetto ai quali la giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato, anche di recente, che «sindacare la correttezza delle risposte significa sconfinare nel merito amministrativo, ambito precluso al giudice amministrativo, il quale non può sostituirsi ad una valutazione rientrante nelle competenze valutative specifiche degli organi dell'amministrazione a ciò preposti, e titolari della discrezionalità di decidere quale sia la risposta esatta ad un quiz formulato; ciò secondo la propria visione culturale, scientifica e professionale che ben può essere espressa in determinazioni legittime nei limiti, complessivi, dell'attendibilità obiettiva, nonché, quanto al parametro-limite logico "inferiore" di tale sfera di discrezionalità, della sua non manifesta infondatezza/travisamento rispetto ai presupposti fattuali assunti o della sua non evidente illogicità» (così Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2296, nonché Tar Lazio, Roma, Sez. IV-Ter, 13 settembre 2023, n. 13760).

21 Il riferimento è alla nota sentenza della Consulta 15 giugno 2016, n. 187, adottata dopo il primo rinvio effettuato dal Giudice delle leggi alla Corte di Giustizia dall'Unione Europea, da cui è scaturita la ancor più nota sentenza 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-

apposite misure volte a favorire il superamento del precariato, purché siano anch'esse rispettose del principio del pubblico concorso²². La tematica è vastissima e sarebbe impossibile darne esaurientemente conto in questa sede. È nondimeno interessante notare come, nel rapporto fra diritto al lavoro e principio del concorso pubblico – malgrado il carattere non assoluto di tale principio (l'art. 97, comma 4, si conclude con la clausola «salvo i casi stabiliti dalla legge») –, il secondo abbia sempre prevalso nelle interpretazioni del giudice nazionale²³, anche quando a farne le spese erano lavoratori mantenuti per anni in una

61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*.

22 Per una sintetica, ma efficace, ricostruzione dell'annosa vicenda del precariato nel settore pubblico v. G. FONTANA, *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, 2, 2018, 19 ss., il quale osserva come il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sulla legge delega da cui sarebbe scaturito l'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017, abbia «ravvisato nella finalità di prevenire il precariato perseguita dalla legge delega un'eccezionale esigenza di interesse pubblico, “anche in ragione della dimensione che ha assunto il precariato nella pubblica amministrazione”, così da “giustificare” la “deroga al principio costituzionale del concorso pubblico, purché il personale da stabilizzare sia stato all'epoca assunto, seppure a tempo determinato, mediante una procedura concorsuale”».

23 Nella sentenza 27 dicembre 2018, n. 248, la Corte costituzionale ha affermato che «se da una parte, non può che confermarsi l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato – secondo la pacifica giurisprudenza euronitaria e nazionale –, dall'altra sussiste una misura sanzionatoria adeguata, costituita dal risarcimento del danno nei termini precisati dalla Corte di cassazione». Per un condivisibile commento di questa pronuncia v., tra gli altri, F. ASTONE, *Lavoro pubblico a tempo determinato, divieto di conversione e risarcimento del danno: una querelle infinita, che celebra il cattivo funzionamento della Pubblica Amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1, 2019, 462 ss. Nella di poco precedente sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea aveva in realtà affermato il principio per cui, anche nel settore pubblico (si trattava delle fondazioni lirico-sinfoniche), l'abuso di una successione di contratti a tempo determinato merita di essere sanzionato con la stabilizzazione. Ciò anche in ragione della circostanza per cui «poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori, poiché questi ultimi, dopo la conversione del loro contratto di lavoro in caso di violazione delle norme relative alla conclusione di contratti a tempo determinato, possono diventare lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro». Questa innovativa applicazione orizzontale – cioè tra lavoratori precari di diversi settori (pubblico e privato) – del principio di non discriminazione di cui all'art. 4 dell'accordo quadro non è stata tuttavia confermata nelle successive pronunce in materia. Anzi, la Corte, nella sentenza della Sez. VI, 15 dicembre 2022, nelle cause riunite C-40/20 e C-173/20, è tornata ad affermare, a definizione del noto contenzioso che ha riguardato i ricercatori universitari “di tipo A”, che «per costante giurisprudenza, poiché il principio di non discriminazione è stato attuato e concretizzato dall'accordo quadro solo per quanto riguarda le differenze di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in situazioni comparabili, le eventuali differenze di tratta-

condizione di precarietà difficilmente conciliabile con il concetto di dignità della persona.

3. La tutela del diritto al lavoro al cospetto del potere disciplinare della pubblica amministrazione

Si passa ora ad esaminare il secondo aspetto, relativo al potere disciplinare dell'amministrazione datrice di lavoro. Come si atteggia, in questo caso, la tutela del lavoratore dinanzi al giudice amministrativo?

La maggior parte della casistica giurisprudenziale riguarda, per ovvie ragioni, l'ambito militare e delle forze di polizia. Non solo perché si tratta delle più numerose fra le categorie di lavoratori in regime di pubblico impiego non contrattualizzato, ma anche perché il codice di condotta dei militari è particolarmente rigoroso, e quindi sono più frequenti le ipotesi di illecito disciplinare.

Anche in questo caso, la giurisprudenza afferma che la valutazione della gravità della condotta addebitata costituisce espressione di ampia discrezionalità amministrativa, in via generale non sindacabile in sede di legittimità, salvo che nelle ipotesi di eccesso di potere nelle sue varie forme sintomatiche, quali la manifesta illogicità, la manifesta irragionevolezza, l'evidente sproporzionalità o il travisamento dei fatti²⁴.

mento tra determinate categorie di personale a tempo determinato non rientrano nell'ambito del principio di non discriminazione sancito da detto accordo quadro (sentenza del 13 gennaio 2022, MIUR e Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, C-282/19, EU:C:2022:3, punto 72 e giurisprudenza ivi citata)», con la conseguenza per cui «il fatto che taluni lavoratori a tempo determinato, come i ricercatori universitari, non possano beneficiare della stabilizzazione del loro impiego, mentre i ricercatori degli enti pubblici di ricerca che hanno stipulato un contratto a tempo determinato possano beneficiarne, costituisce una differenza di trattamento tra due categorie di lavoratori a tempo determinato». Questa sentenza è stata commentata da A. TROJSI, *La Corte di giustizia UE si pronuncia a favore della comparabilità tra ricercatori di ruolo e ricercatori a tempo determinato delle università*, in *DRI*, 1, 2023, 560 ss., ma si veda anche, per una più estesa disamina sulla disciplina dei docenti universitari, R. SANTUCCI, *La professionalità dei docenti universitari: le potenzialità oscurate*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3, 2023, 525 ss.

24 Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 25 gennaio 2023, n. 873; Id., 17 giugno 2022, n. 4999. A. POZZI, *Il contenzioso lavoristico*, cit., par. 8, ha osservato in relazione alla disciplina militare che «È in applicazione del principio di specialità che gli istituti processuali classici del giudizio amministrativo, come l'eccesso di potere, vengono giustamente applicati con più restrittivi criteri di rigidità e severità. Ciò è avvenuto in tutti i casi di militari, per lo più dei Carabinieri o della GdF, nei confronti dei quali si è accertata – di solito a seguito di incidenti stradali – l'assunzione di alcool o stupefacenti e conseguentemente disposta la perdita del grado per rimozione. In questi casi, il generale principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, ed il

Dall'analisi della giurisprudenza, tuttavia, si ricava l'impressione che alle enunciazioni di principio non corrisponda un atteggiamento realmente conseguente da parte dello stesso giudice amministrativo. Questo perché il giudizio di proporzionalità lambisce, per sua stessa natura, il merito amministrativo, e quindi accade non di rado, soprattutto quando la sanzione disciplinare sia quella espulsiva, che il giudice amministrativo la annulli per eccesso di potere, ritenendola sproporzionata. È accaduto anche di recente rispetto ad un appartenente alla Guardia di Finanza, che era stato sorpreso nell'atto di consumare una sostanza stupefacente del tipo *cannabis*. Il Consiglio di Stato ha affermato, con sentenza adottata in forma semplificata²⁵, che, trattandosi della più grave delle sanzioni di stato previste dall'ordinamento militare, «la perdita del grado per rimozione non può, in particolare, che conseguire a una valutazione in termini di particolare gravità del comportamento disciplinarmente rilevante», la quale «presuppone, a sua volta, un'istruttoria completa e una ponderata valutazione di tutte le circostanze del caso concreto per riscontrarvi effettivamente i massimi livelli di disvalore del comportamento del militare e la sua incompatibilità con la permanenza nel Corpo».

In queste ipotesi, poiché il bene della vita che forma oggetto del giudizio è la conservazione del posto di lavoro, la giurisprudenza presta maggiore attenzione al contenuto della decisione assunta dall'amministrazione. Il diritto al lavoro, legandosi ad una posizione specifica che fa già parte del patrimonio giuridico dell'interessato, e venendo dunque in considerazione nella sua dimensione oppositiva (*rectius*: di interesse legittimo oppositivo), fa avvertire il suo "peso" nel rapporto dialettico con il potere, più di quanto non riesca a fare, come si è visto nel paragrafo precedente, nella sua dimensione "pretensiva".

suo corollario in campo disciplinare rappresentato dal c.d. gradualismo sanzionatorio non sono stati ritenuti idonei a consentire al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità disciplinare, che possono essere sindacate esclusivamente ab externo, qualora trasmodino nell'abnormità.

²⁵ Cons. Stato, Sez. II, 21 settembre 2023, n. 8453.

Più delicati sono invece i casi in cui l'amministrazione non adotta provvedimenti propriamente disciplinari, ma che comunque incidono in senso latamente afflittivo nella sfera giuridica del dipendente: è il caso, ad esempio, della sospensione precauzionale dal servizio, collegata ad un procedimento disciplinare e/o penale attuale o futuro, che però potrebbe anche concludersi con una archiviazione o con una assoluzione; ed è il caso, ancora, del trasferimento per incompatibilità ambientale.

In questi casi, difettando un giudizio di riprovevolezza della condotta del militare, non solo non operano le garanzie tipiche del procedimento disciplinare a livello procedimentale, ma la giurisprudenza sembra adottare un atteggiamento di maggiore deferenza verso l'amministrazione. Quando non si tratti di "punire" direttamente un comportamento del lavoratore, ma di tutelare il prestigio e il buon funzionamento dell'amministrazione, l'interesse del dipendente viene percepito come inevitabilmente recessivo, talvolta fino al punto di degradare ad interesse di mero fatto²⁶.

Così, con riferimento alla sospensione precauzionale dal servizio, l'orientamento della giurisprudenza è univoco nel senso di escludere la necessità di una motivazione che vada oltre l'esternazione del pregiudizio che subirebbe l'amministrazione dalla permanenza in servizio del dipendente, trattandosi di esercitare un potere ampiamente discrezionale che, ove fondato sul presupposto della gravità e della rilevanza delle circostanze emerse nel corso delle indagini penali, intercetta valutazioni di merito riservate all'amministrazione ed insindacabili da parte del giudice amministrativo²⁷.

²⁶ Cfr., *infra*, nota n. 28.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 8 ottobre 2020, n. 5974, che contiene un'ampia ricognizione dei principi elaborati dalla giurisprudenza in relazione all'istituto della sospensione precauzionale dal servizio, a partire dalla constatazione per cui «Quanto ai presupposti per l'adozione della misura di che trattasi, il carattere "precauzionale", ovvero "cautelare", nella stessa rinvenibile, esclude la ravvisabilità di una valenza disciplinare o sanzionatoria, in quanto prescinde da qualsiasi accertamento in ordine alla responsabilità dell'inquisito e non implica, quindi, alcuna valutazione, neppure approssimativa e provvisoria, circa la colpevolezza dell'interessato, non arreca pregiudizio all'integrale reintegrazione del dipendente nelle funzioni e negli assegni non percepiti».

Con riferimento al trasferimento per incompatibilità ambientale, si afferma, analogamente, che l'amministrazione gode di un'ampia discrezionalità in ordine alla valutazione delle ragioni di opportunità che giustificano tale tipologia di trasferimenti, i quali non necessitano nemmeno di una particolare motivazione, dal momento che l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è prevalente sugli altri eventuali interessi del dipendente²⁸.

Questa impostazione, sia pure in parte giustificata dalla delicatezza dei compiti assegnati alle amministrazioni alle quali trova principale applicazione, amplifica, tuttavia, il rischio dello sviamento. Questo perché si dà la possibilità all'amministrazione datrice di lavoro di sanzionare surrettiziamente il dipendente con un provvedimento che, di fatto, lo danneggia ed è da lui percepito alla stessa stregua di una punizione, pur non essendo considerato tale dal punto di vista "oggettivo". La lesione che ne deriva per il diritto al lavoro, però, è analoga: poco importa che la sospensione dal servizio sia precauzionale o che sia sanzionatoria, se la conseguenza che ne discende per il lavoratore è che egli smette comunque di lavorare e di percepire la corrispondente retribuzione.

Sarebbe dunque auspicabile che la giurisprudenza acquisisse maggiore consapevolezza di questo dato, adottando anche rispetto a provvedimenti non disciplinari, ma comunque fortemente invasivi della sfera giuridica del dipendente, un approccio più incline alla valorizzazione del rapporto tra il fine perseguito e la misura del potere esercitato (che è appunto il senso del principio di

28 Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 24 luglio 2023, n. 7197, che prosegue osservando che il trasferimento per incompatibilità ambientale, essendo riconducibile alla categoria degli ordini, non presuppone né una valutazione comparativa da parte dell'amministrazione circa le esigenze organizzative dei propri uffici, né l'esplicitazione dei criteri con cui sono stati determinati i limiti geografici della incompatibilità ai fini della selezione della sede più opportuna e comunque le modalità di individuazione della nuova dislocazione del proprio dipendente. La scelta dell'amministrazione non può essere neppure condizionata dalle situazioni personali e familiari del dipendente, che sono recessive dinanzi all'interesse pubblico alla tutela del buon funzionamento degli uffici e del prestigio dell'amministrazione. E ancora che «l'interesse del dipendente a prestare servizio in una determinata sede assume, di norma, una rilevanza di mero fatto e non necessita né di particolare motivazione, né di comunicazione di avvio del procedimento e della partecipazione al procedimento dell'interessato».

proporzionalità), senza riconoscere all'amministrazione eccessivi margini di insindacabilità delle proprie valutazioni²⁹.

4. Le prestazioni previdenziali connesse allo status di lavoratore pubblico: il caso dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata per riconoscimento della causa di servizio

Veniamo, da ultimo, al tema delle prestazioni sociali connesse allo *status* di lavoratore.

È interessante esaminare, in particolare, la problematica relativa al riconoscimento della c.d. causa di servizio in presenza di patologie che il dipendente assuma come eziologicamente connesse alle mansioni espletate.

Le conseguenze che si riconnettono alla sussistenza della causa di servizio sono due: l'erogazione dell'equo indennizzo e la pensione privilegiata.

²⁹ Nella recente sentenza Cons. Stato, Sez. II, 3 novembre 2023, n. 9546, si legge che «Non ci sono poi elementi per ritenere che l'Amministrazione abbia sviato dal proprio potere tipico, irrogando una sanzione disciplinare surrettizia, non avendo in alcun modo la stessa fatto riferimento a condotte già commesse o accertate, ma anzi avendo dato espresso conto, nel provvedimento di sospensione, di "ipotesi accusatorie" che, "qualora dovessero trovare conferma in sede dibattimentale potrebbero comportare la pena accessoria della rimozione", quindi senza alcuna valutazione in termini di colpevolezza o di presunzione della stessa». Sennonché, nel provvedimento di sospensione cautelare era testualmente scritto: «la condotta ascritta al Sovrintendente risulta connotata da estrema gravità»; «con tali esecrabili condotte ha arrecato grave nocumento all'immagine ed al prestigio del Corpo dinanzi agli Organi Giudiziari»; «spiccata pericolosità sociale del militare»; «la permanenza del V.B. [...] nel Corpo, determinerebbe elevatissime criticità sotto il profilo dell'impiego non possedendo, lo stesso, sufficienti requisiti di carattere morale per svolgere qualsiasi incarico». Si tratta di affermazioni che, evidentemente, poco o nulla concedono al dubbio sulla colpevolezza del militare, ma che comunque non hanno impedito all'amministrazione di differire il procedimento disciplinare alla conclusione del procedimento penale, sospendendolo nelle more dal servizio, per la durata massima di cinque anni, a titolo precauzionale. La giurisprudenza amministrativa sembra rifiutare anche l'idea che la sospensione precauzionale dal servizio debba fondarsi su una prognosi in concreto di quello che potrebbe essere l'esito del giudizio penale. Si afferma infatti che «Non rileva neppure l'eventuale pena in concreto, che avrebbe potuto essere irrogata alla conclusione del processo penale, in quanto ai fini dell'adozione della misura della sospensione precauzionale è sufficiente che da una eventuale condanna possa derivare in astratto la perdita del grado, essendo stato richiesto il rinvio a giudizio per reati che possono astrattamente comportare l'applicazione della pena accessoria della interdizione temporanea dai pubblici uffici senza alcuna valutazione della pena irrogata o irrogabile in concreto (Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2017 n. 559; IV, 6 novembre 2017, n. 5115); né, quindi, può rilevare la possibilità del beneficio della sospensione condizionale (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 26 aprile 2023, n. 4182)»: così la medesima sentenza n. 9546 del 2023.

Sulla domanda di riconoscimento della causa di servizio si pronuncia, dapprima, la commissione medica ospedaliera, che deve accertare la sussistenza delle patologie lamentate, e poi il comitato di verifica per le cause di servizio, al quale compete l'accertamento del nesso di causalità tra la patologia riscontrata e le mansioni svolte dal dipendente.

Dal punto di vista delle tecniche di tutela, la fattispecie è interessante perché, rientrando nella giurisdizione del giudice amministrativo la domanda di equo indennizzo, e nella giurisdizione del giudice contabile la domanda di riconoscimento della pensione privilegiata³⁰, è agevole confrontare il *modus operandi* dei due giudici. Anche perché le due provvidenze dipendono esattamente dal medesimo presupposto, vale a dire la sussistenza della causa di servizio in relazione ad una o a più patologie sviluppate dal lavoratore.

La giurisprudenza amministrativa è assolutamente pacifica e costante nel ritenere che il giudizio espresso dal comitato di verifica per le cause di servizio costituisca espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile in sede giurisdizionale solo per assenza di motivazione, travisamento dei fatti, illogicità manifesta e violazione delle regole procedurali³¹. La valutazione conclusiva sul nesso eziologico tra l'attività lavorativa svolta e l'infermità sofferta dal pubblico dipendente, basata su cognizioni di scienza medico-specialistica e medico-legale, «non è sindacabile nel merito in sede giurisdizionale, a meno che non emergano vizi del procedimento o vizi di manifesta irragionevolezza della motivazione per l'inattendibilità metodologica delle conclusioni, ovvero per il travisamento

30 A. POZZI, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali e effettività di tutela*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4, 2007, par. 3.1, critica «il mantenimento della giurisdizione esclusiva (tale da sempre qualificata in giurisprudenza) in materia tributaria e pensionistica alla Corte dei Conti, tenuto, tra l'altro, conto che la giurisdizione sulle pensioni non è costituzionalizzata, che mentre si è omogeneizzato il regime processuale per tutti i dipendenti, pubblici e privati per quanto riguarda il rapporto di lavoro e le indennità di fine rapporto «comunque denominate» (art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165), si è mantenuta una distinzione tra le due grandi categorie per quanto concerne il consequenziale rapporto pensionistico; che avere mantenuto una speciale giurisdizione pensionistica per tutto il personale pubblico, privatizzato e non, significa avere contraddetto alle finalità di semplificazione, concentrazione e maggior tutela perseguite dalla riforma».

31 Cons. Stato, sez. II, 22 luglio 2022 n. 6456; Id., 21 aprile 2021, n. 3222; Id., 18 giugno 2021, n. 4702.

dei fatti o, ancora, per la mancata considerazione di circostanze di fatto tali da poter incidere sulla valutazione finale, senza che in ogni caso tale sindacato possa estendersi al merito delle valutazioni medico-legali dell'amministrazione»³². In questo contesto, il giudice amministrativo può compiere soltanto «una valutazione esterna di congruità e sufficienza del giudizio di non dipendenza, vale a dire sulla mera esistenza di un collegamento logico tra gli elementi accertati e le conclusioni che da essi si ritiene di trarre, mentre l'accertamento del nesso di causalità tra la patologia insorta ed i fatti di servizio, che sostanzia il giudizio sulla dipendenza o meno dal servizio, costituisce tipicamente esercizio di attività di merito tecnico riservato all'organo medico»³³.

Corollario di questa impostazione è che i pareri medico-legali di parte volti a dimostrare la sussistenza del nesso eziologico vengono normalmente liquidati come irrilevanti, nella misura in cui si risolvono nel contrapporre la diversa tesi del ricorrente a quella – per definizione prevalente – dell'amministrazione.

Anche nei rari casi in cui il giudice amministrativo accoglie i ricorsi, non si pronuncia sulla spettanza del bene della vita, ma nel senso di rimetterne all'amministrazione la (ri)valutazione alla luce dell'effetto conformativo della sentenza, secondo lo schema classico del processo demolitorio avente ad oggetto interessi legittimi pretensivi fronteggianti un'attività latamente discrezionale.

Per contro, la Corte dei conti, quando è chiamata a pronunciarsi sulle istanze, rigettate in sede amministrativa, di pensione privilegiata, adotta un approccio completamente diverso. Non muove dall'apriorismo che la valutazione del comitato di verifica delle cause di servizio sia “superiore” alle valutazioni medico-legali allegate dal ricorrente. Si avvale frequentemente dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio e si conforma all'esito di questa, anche quan-

32 Cons. Stato, Sez. II, 5 gennaio 2023, n. 196.

33 *Ibidem*. V. anche Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1454; Id., 8 giugno 2009, n. 3500; Id. 9 marzo 2017, n. 1435 e 27 giugno 2017, n. 5357; Sez. II, 28 maggio 2021, n. 4136.

do è di segno opposto rispetto dalla valutazione espressa dall'amministrazione³⁴.

Emblematico è il caso della sentenza n. 88 del 2022 della Sezione giurisdizionale Abruzzo della Corte dei conti, che ha accolto il ricorso di un ex dipendente pubblico finalizzato ad ottenere la pensione privilegiata, dopo che il Tar Lazio, Sez. I Stralcio, nella sentenza n. 3871 del 2021, aveva respinto il ricorso proposto dallo stesso soggetto per ottenere la concessione dell'equo indennizzo, per la medesima patologia sviluppata in conseguenza della medesima causa di servizio.

La consulenza di parte del ricorrente era stata liquidata dal Tar con le seguenti testuali parole: «Né in senso contrario può dirsi determinante il contenuto dell'elaborato peritale depositato in giudizio che non proviene da una struttura pubblica ma esprime considerazioni medico-legali di un perito di parte che non sono idonee ad inficiare le argomentazioni del comitato», e l'istanza di espletamento della c.t.u. non era stata neppure presa in considerazione.

La Corte dei conti, per contro, ha accolto la richiesta di espletamento della c.t.u. e, all'esito di quest'ultima, ha riformato il giudizio del comitato di verifica.

Se ne ricava che, mentre il sindacato esercitato dal giudice contabile si caratterizza per un accesso pieno al fatto, mediante l'ausilio di una consulenza tecnica d'ufficio assistita dalle garanzie della terzietà e della imparzialità, viceversa il sindacato esercitato dal giudice amministrativo è meramente "estrinseco", come se fosse espressione del merito amministrativo, anziché della discrezionalità tecnica, l'accertamento relativo alla sussistenza del nesso eziologico tra l'insorgere di una determinata patologia e le mansioni svolte dal lavoratore durante il servizio.

34 Cfr., *ex multis*, Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Siciliana, 9 novembre 2020, n. 607; Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Umbria, 16 giugno 2015, n. 66/M/15; Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Campania, 3 maggio 2022, n. 635; Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Sardegna, 6 marzo 2015, n. 38; Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Friuli-Venezia Giulia, 7 aprile 2022, n. 18.

5. Considerazioni finali

Se lo scopo di questa analisi era verificare quale fosse la tecnica di tutela del diritto al lavoro applicata dal giudice amministrativo, la conclusione che se ne trae è che si tratta della tecnica di tutela tipica del processo amministrativo tradizionale, avente ad oggetto interessi legittimi. Anzi, verrebbe da dire che alcuni dei più significativi progressi che la giustizia amministrativa ha conosciuto sul piano della effettività della tutela, essenzialmente in termini di accesso pieno al fatto, di sindacabilità della discrezionalità tecnica e di giudizio sul rapporto, abbiano riguardato in modo molto limitato l'ambito delle controversie *latu sensu* "lavoristiche".

La primaria rilevanza costituzionale del diritto al lavoro, specialmente nella sua dimensione pretensiva, non riesce a vincere le resistenze di un'impostazione anacronistica che assimila ancora la discrezionalità tecnica a quella amministrativa e che mostra ritrosia ad accedere direttamente al fatto, utilizzando i mezzi istruttori a disposizione (c.t.u. e verifica)³⁵. E questo produce sostanziale ineffettività della tutela giurisdizionale del diritto al lavoro.

Quanto sin qui osservato, sia chiaro, non riguarda soltanto la tutela del diritto al lavoro da parte del giudice amministrativo, perché analoghe considerazioni possono ben svolgersi anche rispetto alle controversie di lavoro pubblico appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario, almeno per quanto concerne gli incarichi dirigenziali e i concorsi interni³⁶. È opinione comune, al riguardo, che la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico e la devoluzione delle

³⁵ Si condivide quanto osservato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, 428, e cioè che «Del tutto paradossalmente — mentre con riguardo alle valutazioni di commissioni mediche o di concorso il giudice esclude la possibilità di entrare nella logica "interna" dei saperi specialistici che sottintendono la decisione — con riguardo a procedimenti assai complessi, fortemente partecipati e guidati da amministrazioni altamente specializzate sul piano tecnico, il giudice amministrativo è giunto ad affermare l'esigenza di effettuare un controllo "con gli occhi dell'esperto", ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'autorità, al fine di "falsificare" la scelta del modello scientifico adottato dall'autorità e verificare la stessa "correttezza del modello economico"». L'Autore effettua una interessante ricognizione in chiave critica degli ambiti di "deferenza" del sindacato sulla discrezionalità amministrativa tra merito, politica e tecnica, ricomprendendovi anche l'ambito dei concorsi e, più in generale, delle procedure comparative, nei quali «Frequente è il riferimento ad un "merito" riservato alla p.a.».

relative controversie alla giurisdizione ordinaria abbiano determinato una complessiva riduzione della tutela delle situazioni soggettive di natura “pretensiva” dei lavoratori, essenzialmente in ragione della difficile adattabilità alle dinamiche tipiche dell’organizzazione amministrativa delle logiche che riguardano, invece, la sfera del lavoro privato.

Così, in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, il sindacato del giudice ordinario, da un lato, non differisce strutturalmente da quello di legittimità del giudice amministrativo; dall’altro, poiché è sprovvisto del bagaglio “culturale” formatosi intorno al vizio dell’eccesso di potere, risulta ancora meno idoneo a raggiungere il “cuore” della decisione datoriale, specialmente quando essa si trincerò dietro lo schermo della fiduciarità³⁷.

Va poi considerato che la violazione delle regole di correttezza e buona fede – che già di per sé «rappresentano strumenti alquanto rozzi per indagare la discrezionalità amministrativa»³⁸ – viene sovente ricondotta dal giudice del la-

36 Diversamente, in materia disciplinare, la devoluzione al giudice ordinario delle controversie lavoristiche dei dipendenti pubblici privatizzati ha determinato un rovesciamento dell’approccio seguito dal giudice amministrativo, fondato, come si è visto, sul riconoscimento di un ampio margine di valutazione all’amministrazione datrice di lavoro in ordine all’individuazione, alla qualificazione e all’apprezzamento della gravità delle condotte rilevanti: cfr., in questo senso, la condivisibile analisi di B. CIMINO, *Il giudice del lavoro che «rema contro»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, par. 2, secondo cui «il giudice [ordinario] non incontra alcun limite nel sovrapporre e sostituire la propria valutazione a quella dell’amministrazione, adottando decisioni di annullamento delle sanzioni irrogate. Si è già visto in precedenza, poi, come i giudici ordinari abbiano adottato un approccio spesso formalistico in ordine al rilievo delle disposizioni su termini e competenze del procedimento disciplinare, che si è spesso risolto in provvedimenti di favore per dipendenti anche gravemente colpevoli».

37 Sulle implicazioni della logica “fiduciaria” nella scelta dei dirigenti si sofferma, con pertinenti considerazioni, A.L. TARASCO, *Giurisdizione e merito(crazia)nell’accesso alla dirigenza statale*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, 402 ss., il quale sottopone a critica la “debolezza” del sindacato che il giudice ordinario è solito esercitare sugli incarichi dirigenziali conferiti dalla pubblica amministrazione, nonché la decisione della Corte di cassazione di attribuire alla giurisdizione del g.o. anche le procedure comparative per la nomina dei direttori museali, disciplinata dall’art. 14, comma 2-bis, del d.l. n. 83 del 2014. In argomento, v. anche, fra gli altri, M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2019, 489 ss.

38 B. CIMINO, *op. cit.*, par. 3. Di contrario avviso A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell’amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, 234, la quale si sofferma ampiamente sull’uso che il giudice ordinario fa del principio della buona fede in sede di sindacato sull’esercizio dei poteri datoriali dell’amministrazione, osservando come tale principio possa fungere da veicolo per l’ingresso nel giudizio ordinario di alcuni principi tipici del pubblico potere (imparzialità e buon andamento). L’Autrice conclude peraltro nel senso che «L’impiego dei principi pubblicistici come riferimenti utili a ricostruire il comportamen-

voro, nella logica che contrappone le regole di validità alle regole di condotta, a queste seconde, con la conseguenza per cui viene ritenuto «incompatibile coi principi generali del diritto privato che l'atto negoziale di attribuzione ad un dipendente di un incarico dirigenziale possa risultare “invalidato” o “caducato”, ossia nullo o annullabile, sol perché, in un ambito comunque discrezionale ancorché regolato, il datore sia incorso in violazione dei canoni di correttezza e buona fede nei confronti di un concorrente, per di più per violazione di un obbligo motivazionale non espressamente prescritto dalla legge»³⁹.

Più in generale, la giurisprudenza della Corte di Cassazione evoca costantemente, tutte le volte in cui l'amministrazione datrice di lavoro sia chiamata a compiere valutazioni discrezionali, la figura dell'interesse legittimo di diritto privato, specificando che sarebbe pur sempre «riconducibile, quanto alla tutela giudiziaria, nella più ampia categoria dei “diritti” di cui all'art. 2907 cod. civ.»⁴⁰.

In definitiva, e al di là delle “etichette”, si può tranquillamente affermare che il diritto fondamentale al lavoro venga tutelato, sia dinanzi al giudice amministrativo che dinanzi al giudice ordinario, secondo le modalità tipiche dell'inte-

to che ragionevolmente ci si può attendere da parte dell'amministrazione datore di lavoro fa sì che imparzialità e buon andamento, quando sono impiegati dal giudice ordinario per il tramite della buona fede, non esprimano più il “dover essere” del potere, come siamo abituati a constatare nel diritto pubblico, ma traccino le linee del suo particolare “modo di essere”, in quanto potere privato esercitato da una pubblica amministrazione. La differenza è che per il giudice ordinario siffatti principi non guidano l'utilizzazione del potere, ma lo delimitano, indicando un confine oltre il quale non può spingersi, dal momento che rappresenta la frontiera del diritto altrui».

39 Trib. ord. Roma, Sez. III Lav., 15 ottobre 2020. Questa pronuncia è interessante perché, nel rifarsi agli approdi della giurisprudenza di legittimità, osserva che «Se, come si ritiene, tali principi restano validi, non appare ammissibile aggirarli, come talvolta ha in realtà fatto anche la S.C., argomentando dall'istituto del risarcimento in forma specifica per affermare che il giudice possa/debba ordinare la ripetizione del procedimento di selezione». Sul punto, si registrano comunque delle incertezze. Si consideri, infatti, quanto è dato leggere, ad esempio, in Cass. civ., Sez. lavoro, ord., 11 ottobre 2017, n. 23870: «la Corte territoriale, correttamente ha ritenuto di non poter attribuire l'incarico al ricorrente, ma erroneamente ha escluso che, qualora oggetto della domanda introduttiva del giudizio, fosse la pretesa all'accertamento della mancanza di una valutazione comparativa tra gli aspiranti ostesa mediante la motivazione, non conseguisse l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere alla valutazione in questione; 2.3. che la ritenuta illegittimità dell'atto adottato implica l'esercizio di una nuova valutazione, pur sempre rimessa al datore di lavoro, al quale non può sostituirsi il giudice, salvo che non si tratti, e non è il caso di specie, di attività vincolata e non discrezionale».

40 Così, ad esempio, Cass. civ., Sez. lavoro, 22 febbraio 2017, n. 4621.

resse legittimo che fronteggia un'attività discrezionale. Il che appare del tutto fisiologico, beninteso, perché l'amministrazione datrice di lavoro esercita comunque un "potere". È invece patologica la riluttanza che sia il giudice amministrativo che il giudice ordinario mostrano nel sindacare in modo pieno ed effettivo l'esercizio della discrezionalità datoriale, pur avendo a disposizione tutti gli strumenti per farlo⁴¹.

In questo senso, non è esagerato affermare che, nella prassi, sebbene non siano mancate pronunce della Corte costituzionale che, nell'ottica del bilanciamento, lo abbiano posto sullo stesso piano del diritto alla salute⁴², il diritto al lavoro venga percepito come un diritto fondamentale "minore"⁴³. Occorrerebbe

41 Si condivide quanto osservato, in linea generale, da L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *Persona e PA*, 2, 2018, 260 s., e cioè che il problema della piena giurisdizione è un problema innanzitutto culturale, anche legato ad una concezione del potere che non si è ancora compiutamente affermata nel senso della sua funzionalizzazione «al godimento pieno ed uguale di quei diritti e libertà che lo pongono e che, stabilmente, si trattengono nella sovranità». D'altra parte, osserva l'Autore, poiché il diritto europeo sembra affermare la separazione dei poteri come regola cedevole rispetto a quella della pienezza della tutela, «il sindacato del giudice si deve estendere fin dove sia necessario perché il bene della vita sia assicurato alla persona». Ciò, peraltro, nella consapevolezza che, come osservato da B. GILIBERTI, *Λέγειν nel processo amministrativo tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, in *Persona e PA*, 1, 2017, 291, «il sindacato sostitutivo può essere pieno in quanto giuridico ma non va inteso quale forma di sostituzione dei gradimenti del giudice a quelli dell'amministrazione». A cura dello stesso Autore v. anche *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto, 2019.

42 Il riferimento non può che essere alla nota sentenza "Ilva", cioè la n. 85 del 2013, nella quale si legge che «La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. // Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. // Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona». Sulle implicazioni di questa pronuncia sulla nota teoria dei diritti indegradabili si rinvia a F. DINELLI, *Il riparto di giurisdizione e la teoria dei diritti indegradabili*, in S. Del Gatto, F. Dinelli, G. Fares, G. Mari e M. Sinisi, *Problematiche del riparto di giurisdizione*, cit., p. 63 ss.

43 Si utilizza questo termine nella consapevolezza che anche il diritto soggettivo, come ogni altra situazione giuridica soggettiva, vive di relazioni con altre situazioni giuridiche soggettive,

indagare le ragioni di questa “percezione”, ma, trattandosi di indagine più sociologica che giuridica, trascenderebbe sia le finalità di questo intervento, sia le competenze del suo autore.

anche attive, e che pertanto l'effettivo grado di tutela dello stesso dipende dalle interferenze che si generano. Non necessariamente, pertanto, diritto soggettivo significa, secondo un'impostazione ormai superata, incondizionatezza della tutela offerta dall'ordinamento. Sul punto, non può che rinviarsi alle considerazioni di G. ROSSI sul carattere relazionale delle situazioni soggettive, sviluppate in *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2020, 454 ss.