

PAOLO SPAZIANI

*IL RAPPORTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE  
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:  
FONTI; GIURISDIZIONE; POTERI DEL GIUDICE DEL LAVORO \**

*1. Le leggi di riferimento.*

La legge fondamentale che disciplina il pubblico impiego nel nostro ordinamento è il D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, pubblicato sul Supplemento Ordinario n. 112/L alla Gazzetta Ufficiale del 9 maggio 2001 n. 106, e intitolato “Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione”.

Questo decreto legislativo costituisce la “riscrittura” del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (con le modifiche apportate dai decreti legislativi nn. 396 del 1997, 59 del 1998, 80 del 1998, 387 del 1998) e segna il punto di arrivo di una laboriosa e sofferta riforma del pubblico impiego, la quale, prendendo le distanze dalla tradizionale concezione “pubblicistica” del rapporto, quale espressione di attività organizzativa della pubblica amministrazione, aveva come obiettivo quello della equiparazione, o forse meglio della “tendenziale” equiparazione, dello stesso con il rapporto di lavoro privato<sup>1</sup>.

---

\* Relazione tenuta il 6 febbraio 2008 in occasione di un evento formativo promosso dall’Ordine degli Avvocati di Urbino nell’ambito del programma per la formazione professionale continua.

<sup>1</sup> Sulla originaria concezione del pubblico impiego come «espressione della potestà organizzatoria dell’autorità amministrativa» v. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, p. 283 s., il quale evidenzia come questa concezione fosse alla base del carattere pubblicistico del rapporto di lavoro, le cui vicende dovevano tutte essere formalizzate in atti amministrativi, a partire dal c.d. atto di nomina.

Questa concezione – può aggiungersi – era alla base, da un lato, sul piano sostanziale, della incontestata inapplicabilità delle norme contenute nel codice civile e nelle leggi sul lavoro privato (in luogo delle quali trovava invece applicazione una serie di norme speciali, originariamente raccolte nel “Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato”, approvato con D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3) e, dall’altro lato, sul piano processuale, della devoluzione delle controversie tra dipendente e amministrazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, resa necessaria dalla estrema difficoltà di distinguere le posizioni di interesse legittimo da quelle di diritto sog-

Il D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 costituisce, si può dire, il nuovo “testo unico” del pubblico impiego, la fonte normativa più importante, quella contenente le regole fondamentali da cui l’interprete deve partire per la ricostruzione del sistema<sup>2</sup>.

Non ostante ciò, la legge in esame non si è dimostrata capace di durare a lungo<sup>3</sup> ed è stata oggetto di profonde modifiche già a poco più di un anno dalla sua entrata in vigore. Con la L. 15 luglio 2002 n. 145, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 172 del 24 luglio 2002, sono state infatti emanate le “Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l’interazione tra pubblico e privato”, le quali hanno inci-

---

gettivo, con l’eccezione dei cc.dd. “diritti patrimoniali consequenziali”, generalmente identificati con le pretese di carattere risarcitorio conseguenti alla dichiarazione di illegittimità di un atto amministrativo.

Per un commento sistematico del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 v. AA.VV., *La riforma dell’organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, a cura di ALFREDO CORPACI, MARIO RUSCIANO e LORENZO ZOPPOLI, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, p. 1047 s..

In generale, sulla riforma del pubblico impiego dal D. Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 al D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 v., tra gli altri, nell’ambito di una letteratura ormai vastissima, D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”*, in *Lav. pubbl amm.*, 1998, p. 35 s.; CLARICH-IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1999; VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2000; CARINCI-D’ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000; DELL’OLIO-SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000; SORDI-AMENDOLA, *Il processo del lavoro privato e pubblico*, Rimini, 2004; APICELLA-CURCURUTO-SORDI-TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005.

Gli obiettivi generali della riforma consistono, appunto, nella (tendenziale) “privatizzazione” del pubblico impiego, realizzata, da un lato, sul piano sostanziale, attraverso la previsione dell’applicabilità, al rapporto di lavoro pubblico, delle norme contenute nel codice civile e nelle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell’impresa, e, dall’altro lato, sul piano processuale, attraverso la (tendenziale) devoluzione delle controversie alla giurisdizione del giudice ordinario.

<sup>2</sup> Per la considerazione secondo cui la legge in esame «continua ad avere, nel bene e nel male, la portata ed il significato del testo che l’ha preceduto: un testo normativo fondamentale, la vera nuova tavola dei principi e delle regole per i rapporti di lavoro pubblico riformati nel 1993, dal quale occorre pur sempre partire per ricostruire la legislazione in materia», v. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2003, il quale tuttavia aggiunge che la legge stessa non è esaustiva e che «spesso l’interprete, alla ricerca della norma risolutiva del problema specifico, deve ancora fare una gran fatica».

<sup>3</sup> Nel senso che il testo legislativo «per forma e contenuto sembrava destinato ad essere un testo a durare» v. CARINCI, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 959.

so profondamente sul D.Lgs. n. 165 del 2001, modificandone le regole originarie, specialmente nel Capo III del Titolo II, dedicato alla “dirigenza”<sup>4</sup>.

Inoltre, a testimonianza del travaglio del legislatore nella materia, ulteriori modifiche al D.Lgs. n. 165 del 2001 sono state apportate dall’art. 14 L. 29 luglio 2003 n. 229 (modifiche all’art. 28 e all’art. 40), dall’art. 1 *ter* D.L. 28 maggio 2004 n. 136, convertito, con modificazioni, nella L. 27 luglio 2004 n. 186 (modifiche all’art. 23, all’art. 24 e all’art. 28), dalla L. 30 dicembre 2004 n. 311 (modifiche all’art. 61 e inserimento dell’art. 63 *bis*), dal D.L. n. 7 del 2005 (modifiche all’art. 23 *bis*, all’art. 30, all’art. 34, all’art. 34 *bis*, all’art. 53 e all’art. 70) e dal D.L. 30 giugno 2005 n. 115, convertito, con modificazioni, nella L. 17 agosto 2005 n. 168 (modifiche all’art. 17 *bis*, all’art. 19, all’art. 23 e all’art. 60).

Particolarmente incisive sono poi le modifiche apportate, da ultimo, con la L. 28 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria per il 2008), la quale non solo ha inserito il comma 5 *ter* all’art. 35 (art. 3, comma 87), ma soprattutto ha integralmente riscritto l’art. 36, sull’utilizzo di contratti di lavoro flessibile, capovolgendo la regola precedente sull’utilizzabilità di tali forme contrattuali di assunzione da parte delle pubbliche amministrazioni e ponendo l’obbligo di avvalersi necessariamente del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, salve le esigenze stagionali e quelle relative a periodi non superiori a tre mesi (art. 3, comma 79)<sup>5</sup>.

Deve quindi prendersi atto che la riforma del pubblico impiego, lungi dall’essere stata completata, è ancora in piena fase di attuazione e che l’interprete si trova ad operare, non già nell’ambito di un sistema normativo consolidato, ma nell’ambito di una serie di norme in continua evoluzione.

Cionondimeno, non si può rinunciare a cercare dei punti fermi, specialmente con riguardo all’individuazione delle fonti disciplinatrici del

---

<sup>4</sup> Per un commento sistematico della L. 15 luglio 2002 n. 145 v. AA.VV., *La “controriforma” del rapporto di lavoro nella dirigenza pubblica*, a cura di Carlo Colapietro, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 2002, p. 639 s.

<sup>5</sup> All’alluvione legislativa si aggiunge la non esigua normativa regolamentare di attuazione: cfr. il DPR 23 aprile 2004 n. 108, in GU 29 aprile 2004 n. 100 (“Regolamento recante disciplina per l’istituzione, l’organizzazione e il funzionamento del ruolo dei dirigenti presso le amministrazioni dello Stato”); il DPR 24 settembre 2004 n. 272, in GU 13 novembre 2004 n. 267 (“Regolamento di disciplina in materia di accesso alla qualifica di dirigente, ai sensi dell’articolo 28, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165”); DPCM 29 settembre 2004 n. 295, in GU 14 dicembre 2004 n. 292 (“Regolamento recante modalità di riconoscimento dei titoli post-universitari considerati utili ai fini dell’accesso al corso-concorso selettivo di formazione dirigenziale, ai sensi dell’art. 28, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165”).

rapporto di lavoro, con riguardo ai problemi di giurisdizione, e con riguardo alla questione dei poteri del giudice del lavoro sugli atti della pubblica amministrazione.

2. *Le fonti normative che regolano il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001).*

Il rapporto di lavoro pubblico è regolato dalle disposizioni di cui agli artt. 2082 s. c.c. sul “lavoro nell’impresa” nonché dalle altre leggi sui rapporti di lavoro subordinato privato, salve le diverse disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165/2001. Contratti o accordi collettivi successivi possono derogare a disposizioni di legge la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche o a categorie di essi (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001).

Questa disposizione permette di individuare sia le norme regolatrici del rapporto sia il criterio di raccordo tra le stesse.

Le fonti normative che regolano il rapporto di pubblico impiego sono tre:

1) le norme contenute nel codice civile e nelle leggi sul lavoro subordinato privato. Contrariamente al passato si applicano tutte le norme relative al lavoro privato (es.: l’art. 2087 c.c. sulla responsabilità del datore di lavoro per la violazione delle disposizioni poste a tutela dell’integrità fisica del lavoratore; gli artt. 2104 e 2105 c.c. sui doveri di diligenza e fedeltà del prestatore di lavoro; l’art. 28 L. n. 300 del 1970 sulla repressione della condotta antisindacale ecc.);

2) le disposizioni specifiche contenute nel D.Lgs. n. 165 del 2001;

3) le norme dei contratti e accordi collettivi stipulati secondo gli artt. 40 s. D.Lgs. n. 165 del 2001.

Il criterio di raccordo tra le fonti è il criterio della *specialità*.

a) In caso di antinomia, le norme del D.Lgs. n. 165 del 2001 prevalgono sulle norme del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell’impresa, in quanto il decreto è *lex specialis*.

Esempio: in materia di mansioni, la norma generale è l’art. 2113 c.c.. Questa norma dovrebbe trovare operatività, per quanto detto, anche nel pubblico impiego. Peraltro, in questa specifica materia, il D.Lgs. n. 165/2001 propone una norma speciale, l’art. 52. Deve dunque applicarsi quest’ultima, in quanto norma speciale, in luogo dell’art. 2113 c.c., norma generale.

Altro esempio: in materia di procedimento per l’applicazione di una sanzione disciplinare la norma generale è quella contenuta nell’art.7 L. n. 300 del 1970. Il D.Lgs. n. 165/2001 propone però anche qui una disci-

plina speciale leggermente diversa, contenuta negli artt. 55 e 56, che deve essere concretamente applicata.

b) Sempre in caso di antinomia, i contratti o accordi collettivi prevalgono sulle norme di legge destinate a disciplinare i dipendenti delle amministrazioni pubbliche o categorie di essi, in quanto le norme collettive sono *più* speciali delle norme legislative, alle quali possono dunque derogare.

La suesposta ricostruzione del sistema delle fonti potrebbe destare perplessità, in ragione dell'inserimento, tra le stesse, dei contratti ed accordi collettivi, e cioè di atti che costituiscono espressione di autonomia negoziale e non di potestà normativa, le cui norme potrebbero persino ritenersi prevalenti sulle contrastanti norme di legge.

Conviene pertanto approfondire l'analisi con riferimento a tale aspetto.

Come è noto, con riguardo al rapporto di lavoro privato, la mancata attuazione dell'art. 39 Cost., nella parte in cui prevede sindacati registrati con personalità giuridica e con possibilità di stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*, esclude che i contratti collettivi postcorporativi o di diritto comune (a differenza di quelli corporativi: art. 1 disp. prel. c.c.), possano essere considerati di fonti del diritto oggettivo ed induce, invece, a qualificare gli stessi come meri atti di autonomia privata<sup>6</sup>.

Questa ricostruzione non è automaticamente trasferibile nell'ambito del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Occorre infatti prendere atto che il D.Lgs. n. 165/2001 costruisce, per i contratti ed accordi collettivi deputati alla disciplina del rapporto di lavoro pubblico, un sistema particolare, del tutto diverso e persino incompatibile con il sistema dei contratti collettivi di diritto comune.

In primo luogo, lo stesso decreto legislativo include i contratti e accordi collettivi stipulati secondo le norme di cui agli artt. 40 s. nel sistema delle fonti (art. 2, comma 2).

In secondo luogo, il procedimento di contrattazione collettiva culmina, per lo meno limitatamente ai contratti ed accordi collettivi nazionali, con la loro pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana, con conseguente operatività del principio *iura novit curia* (art. 47, comma 8).

In terzo luogo, infine, è contemplata la possibilità di ricorrere per cassazione per violazione o falsa applicazione delle norme in essi contenute (art. 63, comma 5).

Sulla base di questo sistema, appare quanto meno sostenibile l'opinio-

---

<sup>6</sup> sul punto v., per tutti, PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 1997, p. 73 s.

ne volta ad attribuire ai contratti collettivi deputati alla disciplina del lavoro pubblico la natura di vere e proprie fonti del diritto oggettivo.

Questa opinione, sebbene non sia stata affermata *apertis verbis*, sembra aver trovato ingresso sia nella giurisprudenza della Corte Costituzionale sia nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La Corte Costituzionale, chiamata a decidere sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 64, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 (sull'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi), sollevata sul presupposto dell'ingiustificata disparità della disciplina processuale applicabile al lavoratore privato rispetto al pubblico dipendente, cui, per effetto di questa norma sarebbe riservato un trattamento peggiore, ha senz'altro dichiarato infondata la questione medesima, sottolineando che "le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego ... rendono evidente l'impossibilità di ritenere *a priori* irrazionali le peculiarità della disciplina del processo in cui quel contratto collettivo – ben diverso da quelli c.d. di diritto privato – deve essere applicato"<sup>7</sup>.

La Corte di Cassazione, in due sentenze significativamente vicine, mentre ha ribadito il tradizionale orientamento secondo cui il controllo di legittimità, in relazione ai contratti collettivi di diritto privato, deve intendersi limitato alla verifica dell'eventuale vizio di insufficiente o contraddittoria motivazione della sentenza impugnata<sup>8</sup>, ha invece affermato che essa, nell'esercizio della funzione nomofilattica, ben può procedere alla diretta interpretazione dei contratti collettivi deputati alla disciplina dei rapporti di lavoro pubblico<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte Cost. 5 giugno 2003 n. 199, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2232: è infondata, stanti le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego (il corsivo è nostro) e stante il difetto di censura in ordine alla irragionevolezza delle differenziazioni della disciplina, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 64, 2° comma, d.leg. 30 marzo 2001 n.165, per l'ingiustificata disparità della disciplina processuale applicabile ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni rispetto a quella applicabile ai lavoratori privati, in riferimento all'art. 3 Cost.

<sup>8</sup> Cass. 16 giugno 2003 n. 9639, *Guida al lavoro*, 2003, n. 34, p. 45: il controllo di legittimità della Corte di Cassazione, che ha la funzione di assicurare l'uniforme interpretazione della legge e non anche quella dei contratti collettivi di diritto privato, è limitato alla verifica dell'eventuale vizio di insufficiente o contraddittoria motivazione della sentenza impugnata.

<sup>9</sup> Cass. 23 maggio 2003 n. 8210, in *Guida al lavoro*, 2003, n. 31, p. 17: in merito ai contratti collettivi di lavoro di pubblico impiego, l'art. 68, comma 5, del D.Lgs. n. 29/1993 – così come sostituito dapprima dall'art. 33 D.Lgs. n. 546/1993 e successivamente dall'art. 29 del D.Lgs. n. 80/1998 e ancora modificato dall'art. 18 del D.Lgs. n. 387/1998 (ora art. 63 D.Lgs. n. 165/2001) – stabilisce che sulle controversie di lavoro

L'inserimento dei contratti collettivi nazionali di lavoro pubblico nel sistema delle fonti del diritto non assume rilevanza meramente teorica e classificatoria, ma determina conseguenze concrete che incidono in maniera determinante in sede applicativa.

Si pensi in primo luogo ai canoni da utilizzare ai fini dell'interpretazione delle norme contrattuali. Se si accede alla tesi secondo cui i contratti in esame sono fonti del diritto, l'interprete non deve applicare le norme interpretative di cui agli artt. 1362 s. c.c., pacificamente utilizzabili nell'interpretazione delle clausole dei contratti collettivi di diritto privato, ma deve applicare l'art. 12 disp. prel. c.c..

Si pensi ancora al criterio da utilizzare ai fini della soluzione degli eventuali contrasti tra norma collettiva e norma di legge. La tradizionale qualificazione del contratto collettivo come atto negoziale induce necessariamente a fare riferimento alle classiche categorie dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) e della nullità (art. 1418 c.c.). Precisamente, nell'ipotesi in cui la clausola collettiva sia in contrasto con una norma di legge derogabile, la clausola deve reputarsi prevalente, in quanto le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto anche in deroga a norme dispositive, mentre, nell'ipotesi in cui la clausola collettiva sia in contrasto con una norma di legge cogente, la clausola deve reputarsi nulla per contrarietà a norma imperativa, dalla quale viene automaticamente sostituita (art. 1419 c.c.).

Queste categorie non possono essere applicate in funzione della soluzione delle antinomie eventualmente sussistenti tra contratto collettivo deputato alla disciplina del lavoro pubblico e legge, una volta che il primo sia stato qualificato come fonte del diritto oggettivo. Coerentemente con tale qualificazione, l'antinomia tra norma contrattuale e norma legislativa deve infatti essere risolta facendo ricorso ai tradizionali criteri di raccordo tra le fonti, elaborati dalla teoria generale del diritto, ed identificati nel criterio "cronologico", nel criterio della "specialità", nel criterio "gerarchico" e nel criterio "della competenza"<sup>10</sup>. Quanto alla scelta del criterio da utilizzare, la mancanza di una norma sulle fonti (analoga a

---

concernenti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'art. 40 del medesimo decreto. Pertanto la Cassazione può procedere alla diretta interpretazione dei contratti collettivi di lavoro nel pubblico impiego (nella specie trattasi dell'art. 26 e art. 27 del CCNL Comparto Ministeri del 16 maggio 1995).

<sup>10</sup> In materia v., per tutti, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *l'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, Padova, 1984, p. 178 s..

quella contenuta nell'art.1 disp. prel. c.c., riferita alle norme corporative) che stabilisca la sussistenza di un rapporto di gerarchia tra le norme contrattuali e le norme di legge, impone di escludere il ricorso al criterio gerarchico, mentre la lettera dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, D.Lgs. n. 165/2001, che espressamente utilizza la categoria dogmatica della "deroga"<sup>11</sup>, impone, ad avviso di chi scrive, di fare ricorso al criterio della specialità, ritenendo le norme contrattuali, in quanto riferite a particolari comparti dell'amministrazione o a particolari categorie di pubblici dipendenti, speciali (e dunque prevalenti) rispetto a quelle di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> In teoria generale del diritto il fenomeno della "deroga", da non confondere con il fenomeno dell' "abrogazione", si determina allorché una "norma intervenga a fare eccezione a una norma-principio, così sottraendo alla generale disciplina da questa dettata particolari ipotesi, per assoggettarle, invece, a una disciplina diversa": in tal senso v. CRISAFULLI; *op. cit.*, p. 193-194, il quale qualifica la deroga anche come "limitazione di una più larga fattispecie normativa".

<sup>12</sup> Un importante esempio di contrasto tra norme di legge e norme contrattuali si è registrato, negli ultimi tempi, con riguardo al personale ATA (Ausiliario Tecnico Amministrativo) degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, già dipendente degli enti locali, e transitato, a far tempo dal 1° gennaio 2000, alle dipendenze dello Stato, ai sensi dell'art. 8 L. n. 124/1999.

L'art. 8, comma 2, L. *cit.*, prevedeva che a tale personale, una volta trasferito nei ruoli statali, fosse riconosciuta, ai fini giuridici ed economici, l'anzianità di servizio maturata presso l'ente locale di provenienza.

il D.M. 23 luglio 1999 n. 184, emesso in esecuzione dell'art. 8, comma 4, della citata legge (che disciplinava i tempi e le modalità del trasferimento) stabilì che i criteri di inquadramento avrebbero dovuto essere definiti con successivo decreto, previa contrattazione collettiva, da svolgersi tra l'ARAN e le organizzazioni sindacali rappresentative dei comparti scuola ed enti locali.

L'accordo tra l'ARAN e le organizzazioni sindacali fu siglato il 20 luglio 2000 e prevede l'inquadramento del personale nella progressione economica per posizioni stipendiali delle corrispondenti qualifiche funzionali del contratto scuola (tabella E CCNL Scuola del 26 maggio 1999), con attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, con corresponsione dell'eventuale differenza a titolo di assegno *ad personam*, differenza considerata utile, previa temporizzazione, ai fini del conseguimento della successiva posizione stipendiale. Tale criterio determinò come conseguenza il riconoscimento soltanto di una limitata parte dell'anzianità di servizio precedentemente maturata.

In conseguenza del contrasto tra la clausola contrattuale e la norma di legge, si scatenò un contenzioso di enormi proporzioni che investì tutti i tribunali d'Italia, in quanto i lavoratori ritennero che fosse stato violato il loro diritto soggettivo all'attribuzione della totale anzianità precedentemente maturata e ne chiesero il giudiziale riconoscimento.

3. *La disciplina transitoria della giurisdizione (art. 69, comma 7, D.Lgs. n. 165 del 2001)*

Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Quelle attinenti al periodo precedente restano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000 (art. 69, comma 7, D.Lgs. n. 165 del 2001).

Il fondamento della norma risiede evidentemente nell'esigenza di mi-

---

Dopo che sulla questione si era pronunciata la Corte di Cassazione con diverse sentenze favorevoli ai lavoratori (cfr. Cass. 17 febbraio 2005 n. 3224; Cass. 14 aprile 2005 n. 7747; Cass. 20 maggio 2005 n. 10649; Cass. 27 settembre 2005 n. 18829), è intervenuto con un colpo di spazzola il legislatore, il quale, evidentemente per ragioni di cassa, con una norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 218, L. 23 dicembre 2005 n. 266 (legge finanziaria per il 2006) ha stabilito che "il comma 2 dell'articolo 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 costituito dallo stipendio, dalla retribuzione individuale di anzianità nonché da eventuali indennità, ove spettanti, previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto degli enti locali, vigenti alla data dell'inquadramento. L'eventuale differenza tra l'importo della posizione stipendiale di inquadramento e il trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, come sopra indicato, viene corrisposta *ad personam* e considerata utile, previa temporizzazione, ai fini del conseguimento della successiva posizione stipendiale. È fatta salva l'esecuzione dei giudicati formati alla data di entrata in vigore della presente legge".

Sebbene la norma interpretativa (ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 234 del 2007) abbia ricondotto ad unità la previsione contrattuale e quella legislativa, stabilendo che a quest'ultima, in via di interpretazione, deve attribuirsi lo stesso significato della prima, la vicenda del personale ATA rappresenta comunque un'importante esempio di come la qualificazione della fonte contrattuale di pubblico impiego quale fonte del diritto o quale atto negoziale, assuma rilevanza determinante ai fini della soluzione concreta dei problemi applicativi. Invero, nell'ambito di tale vicenda, i giudici che hanno attribuito alla fonte collettiva la natura di atto di autonomia privata, ne hanno coerentemente dichiarato la nullità per contrarietà a norma imperativa di legge, così dichiarando la sussistenza del diritto soggettivo dei lavoratori al riconoscimento dell'anzianità di servizio precedentemente maturata; viceversa, i giudici che hanno attribuito alla fonte contrattuale la natura di fonte del diritto, l'hanno talora ritenuta prevalente sulla norma di legge, negando la sussistenza del predetto diritto soggettivo.

tigare l'impatto sul giudice del lavoro della devoluzione della generale giurisdizione in materia di pubblico impiego.

La norma tuttavia, come spesso accade, non brilla per chiarezza, dovendosi chiarire se essa, parlando di "questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore o successivo al 30 giugno 1998", abbia voluto semplicemente indicare la fase del rapporto anteriore o successiva a tale data, oppure abbia voluto fare riferimento al momento in cui si è perfezionata la fattispecie costitutiva del diritto azionato.

La prima opzione interpretativa non sembra preferibile, in quanto in taluni casi renderebbe necessario il doppio ricorso al giudice amministrativo e al giudice ordinario, con conseguente dispersione della tutela processuale tra giurisdizioni diverse e con pericolo di contrasto tra giudicati.

Maggiormente aderente allo scopo della norma (e anche al suo significato letterale) è invece la seconda opzione interpretativa. La questione è infatti attinente al periodo del rapporto di lavoro anteriore o successivo al 30 giugno 1998, secondo che i fatti costitutivi del diritto di cui si chiede la tutela si siano verificati prima o dopo quella data. Nel primo caso, essendo la controversia già proponibile alla data del 30 giugno 1998, il ricorso andrà proposto al giudice amministrativo (beninteso, nel rispetto del termine di decadenza previsto dalla norma). Nel secondo caso dovrà invece essere adito il giudice ordinario.

Questa interpretazione è prevalsa nella Corte di Cassazione, la quale, tenendo conto della necessità di individuare il momento in cui si è perfezionata la fattispecie costitutiva del diritto, ha distinto tre diverse fattispecie.

*A) atto (provvedimentale o negoziale) della p.a.*

Nell'ipotesi in cui la lesione del diritto del lavoratore è prodotta da un atto (provvedimentale o negoziale) della pubblica amministrazione datrice di lavoro, si deve fare riferimento al momento della sua emanazione, che segna il momento a partire dal quale la controversia è proponibile e dunque il momento in cui sorge la "questione" (es. licenziamento comminato prima del 30 giugno 1998: è competente il giudice amministrativo; licenziamento comminato dopo il 30 giugno 1998: è competente il giudice ordinario)<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 7 marzo 2001 n. 89; Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001 n. 7856; Cass., Sez. Un., 10 giugno 2003 n. 9221; Cass., Sez. Un., 2 aprile 2008 n. 8471.

*B) comportamento illecito permanente della p.a.*

Nell'ipotesi in cui la pretesa del dipendente tragga origine da un comportamento illecito permanente della pubblica amministrazione datrice di lavoro, si deve fare riferimento al momento di cessazione della permanenza (es. demansionamento iniziato prima e concluso dopo il 30 giugno 1998: è competente il giudice ordinario)<sup>14</sup>.

*C) obbligazione retributiva o contributiva della p.a.*

Anche nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia azionato in giudizio una pretesa retributiva o contributiva deve aversi riguardo al dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze in relazione ai quali sia insorta la controversia, con la conseguenza che, se le pretese retributive o contributive siano riferite a un periodo in parte anteriore in parte successivo alla data del 30 giugno 1998, la competenza va ripartita tra il giudice amministrativo in sede esclusiva e il giudice ordinario, in relazione rispettivamente alle due distinte fasi temporali<sup>15</sup>.

Per concludere sulla disciplina transitoria della giurisdizione va infine evidenziato che il termine del 15 settembre 2000, previsto dall'art. 69, comma 7, D.Lgs. n. 165/2001, ha la natura di termine di decadenza sostanziale dal diritto, il cui inutile decorso comporta la definitiva perdita della tutela giurisdizionale, per modo che non è consentito proporre la relativa domanda al giudice ordinario<sup>16</sup>.

*4. Il sistema del nuovo riparto di giurisdizione (art. 63 comma 1, 1° periodo; comma 3; comma 4 D.Lgs. n. 165 del 2001)*

Sono devolute al giudice ordinario le controversie in materia di rapporto di lavoro pubblico, 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. Sono inoltre devolute al giudice ordi-

---

<sup>14</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2000 n. 41; Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2002 n. 14835; Cass., Sez. Un., Ord. 27 gennaio 2005 n. 1622; Cass., Sez. Un., 6 luglio 2006 n. 15340.

<sup>15</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., Ord. 6 febbraio 2003 n. 1809; Cass., Sez. Un., Ord. 11 dicembre 2003-18 febbraio 2004 n. 3228; Cass., Sez. Un., Ord. 27 gennaio 2005 n. 1622; Cass., Sez. Un., Ord. 10 febbraio 2006 n. 2883; Cass., Sez. Un., Ord. 2 marzo 2006 n. 4591.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. 22 settembre 2004 n. 18988.

nario le controversie relative a comportamenti antisindacali della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori, e le controversie relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'art. 40 D.Lgs. n. 165/2001. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi (art. 63 comma 1, 1° periodo; comma 3; comma 4 D.Lgs. n. 165 del 2001).

La norma risultante dal combinato disposto dell'art. 63, commi 1, 3 e 4, D.Lgs. n. 165/2001 attribuisce quasi interamente al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie in materia di pubblico impiego, prevedendo tuttavia una residua giurisdizione del giudice amministrativo che deve essere individuata.

A) Una prima area di residua giurisdizione del giudice amministrativo riguarda le controversie del personale in regime di diritto pubblico. La privatizzazione non ha infatti riguardato i rapporti dei magistrati, degli avvocati e procuratori dello Stato, del personale diplomatico, del personale militare e di polizia, e dei professori e ricercatori universitari, che rimangono in regime di diritto pubblico e sottoposti alle fonti pubblicistiche (art. 3 D.Lgs. n. 165/2001). Trattandosi di rapporti ancora disciplinati da norme pubblicistiche, è stata coerentemente prevista, con riguardo alle relative controversie, la giurisdizione del giudice amministrativo, che è, anzi, esclusiva e comprende anche i diritti patrimoniali connessi.

B) Una seconda area di residua giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo riguarda le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

1) La legge parla espressamente in primo luogo di *procedure*. La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste dunque con riguardo alle controversie che dovessero sorgere dal bando di concorso alla approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei, mentre a partire dalla fase immediatamente successiva alla approvazione delle graduatoria (atto di nomina, stipulazione del contratto di lavoro, svolgimento ed estinzione del rapporto) la giurisdizione si trasferisce al giudice ordinario<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 3 febbraio 2004 n. 1989, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 11, p. 81: va riconosciuta la giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo in tutti i casi in cui la controversia investe le singole procedure concorsuali o tenda ad inficiare la graduatoria disconoscendone la legittimità e chiedendone la modifica, mentre va riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario allorché si agisca sul presupposto della definiti-

2) La legge parla espressamente in secondo luogo di procedure *concorsuali*. Sono dunque escluse dalla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di assunzione non concorsuali.

Il problema si è posto con riguardo alle procedure di cui all'art. 35, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 165/2001. Questa norma prevede che l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e i profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo.

Secondo una prima opinione, le procedure di assunzione in esame non avrebbero il carattere della "concorsualità", con conseguente necessità di devolvere le controversie che dovessero sorgere relativamente ad esse al giudice ordinario<sup>18</sup>.

Secondo altra opinione, invece, anche queste procedure sarebbero "concorsuali", per modo che dovrebbe affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo<sup>19</sup>.

In proposito, senza voler dare una soluzione definitiva del problema, può comunque segnalarsi che la dottrina ha ritenuto che l'art.68, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001, nel fare riferimento alle procedure *concorsuali*, abbia inteso riferirsi a "qualunque modalità procedimentalizzata di selezione per l'accesso al lavoro, e non soltanto a quelle connotate dal «concorso» (in senso tecnico inteso come valutazione comparativa svolta secondo i peculiari caratteri dell'oggettività e dell'imparzialità)"<sup>20</sup>.

Il requisito della "concorsualità" sarebbe dunque presente anche in queste procedure, integrando le stesse comunque una sequenza procedi-

---

vità della graduatoria permanente e allorquando, quindi, senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso e il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina alla qualifica superiore cui si aspira, specificamente contestando l'utilizzazione che viene fatta della graduatoria permanente alla stregua di circostanze successive all'esaurimento del concorso (e ad esso estranee), denunciate come ostative alla nomina alla qualifica superiore di altri aspiranti nei cui confronti si rivendica una posizione preferenziale.

<sup>18</sup> In tal senso TAR Calabria 26 ottobre 1999 n. 1150, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 270; Trib. Messina 28 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 263; TAR Sicilia, Catania, 2 giugno 2000 n. 1123, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, p. 932.

<sup>19</sup> TAR Abruzzo, Pescara, 26 febbraio 2000 n. 132.

<sup>20</sup> Così PANARIELLO, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, p. 1455, il quale aggiunge che "laddove c'è una attività procedimentalizzata di tipo discrezionale, al limite di tipo tecnico, prodromica all'instaurazione del rapporto di lavoro, può parlarsi di potere, rispetto a cui la situazione dell'aspirante dipendente è soltanto di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo".

mentale volta a selezionare gli aspiranti verificandone comparativamente l'attitudine allo svolgimento di certe mansioni<sup>21</sup>.

3) La legge parla, infine, di procedure concorsuali *per l'assunzione*. Perché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo, la procedura, in altre parole, deve essere strumentale all'assunzione del dipendente. Sono dunque escluse le procedure concorsuali che non tendono all'assunzione, e cioè alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, ma alla mera modifica di quello esistente.

Il problema si è posto con riguardo ai concorsi interni, in relazione ai quali si è registrato un vero e proprio travaglio, verosimilmente non ancora conclusosi, nella giurisprudenza di legittimità.

In un primo momento la Corte di Cassazione ha affermato che la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nell'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione (*ab externo* e *ex novo*) del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, e non riguarda invece i concorsi interni, finalizzati non già ad assumere, ma a promuovere il personale già assunto, i quali non attengono alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, ma alla mera modifica di quello preesistente. Le controversie attinenti a tali concorsi sarebbero dunque devolute al giudice ordinario<sup>22</sup>.

Questo orientamento si è scontrato tuttavia con quello ripetutamente fatto proprio dalla Corte Costituzionale, la quale ha invece più volte dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme di legge statale o regionale che prevedevano, non già un concorso pubblico con riserva di posti, ma un concorso interno riservato in via esclusiva o in percentuale particolarmente elevata dei posti messi a concorso ai dipendenti dell'amministrazione, affermando che anche il passaggio dei dipendenti ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed integra pertanto una nuova assunzione, come tale soggetta alla regola del pubblico concorso enunciata nell'art. 97, 3° comma, Cost., la quale può dirsi pienamente rispettata solo quando le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Per un esempio di recepimento giurisprudenziale della riferita opinione dottrinale ci si permette di rinviare a Trib. Urbino, Ord. 21 marzo 2003, *ined.*

<sup>22</sup> Tra le altre, Cass., Sez. Un., 10 dicembre 2001 n. 15602; Cass., Sez. Un., Ord. 27 febbraio 2002 n. 2954; Cass., Sez. Un., Ord. 26 giugno 2002 n. 9334.

<sup>23</sup> Tra le altre, Corte Cost. 9-16 maggio 2002 n. 193, Corte Cost. 9-16 maggio 2002 n. 194; Corte Cost. 10-23 luglio 2002 n. 373.

Al fine di adeguarsi all'orientamento della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione ha dunque mutato giurisprudenza ed ha affermato che va ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo non solo con riferimento alle controversie concernenti procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche con riferimento alle controversie relative alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già in servizio ad una fascia o area superiore<sup>24</sup>.

Più recentemente, tuttavia, la Corte di Cassazione ha ulteriormente modificato la sua posizione, giungendo ad un orientamento che può dirsi intermedio tra i due sostenuti in precedenza.

Secondo questo orientamento intermedio, potrebbe parlarsi di nuova assunzione e di costituzione di un nuovo rapporto di lavoro solo nei concorsi interni *extraarea*, ai quali si partecipa per accedere da un'area inferiore ad un'area superiore (es.: concorso dei dipendenti dei Ministeri per transitare dall'area A all'area B o dall'area B all'Area C del relativo CCNL). Le controversie relative a tali concorsi sarebbero dunque devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001. Al contrario, non potrebbe parlarsi di nuova assunzione nei concorsi interni *intraarea*, ai quali si partecipa per accedere da una posizione economica inferiore ad un posizione economica superiore, posta all'interno della medesima area (es.: concorso dei dipendenti inquadrati nell'area C, posizione economica C1, per transitare nella posizione economica C2). Le controversie relative a tali concorsi sarebbero devolute al giudice ordinario, non essendovi tutti i presupposti richiesti dall'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001 per la loro devoluzione al giudice amministrativo<sup>25</sup>.

5. *I poteri del giudice del lavoro sugli atti della pubblica amministrazione dattive di lavoro (art. 63, comma 1, 2° periodo, e comma 2, D.Lgs. n. 165/2001).*

Se nella cognizione del merito della controversia portata alla sua attenzione, il giudice del lavoro si imbatte in *atti amministrativi presupposti*, li disapplica, se illegittimi, ove siano rilevanti ai fini della decisione. L'eventuale impugnazione dinanzi al giudice amministrativo non è causa di sospensione del processo (art. 63, comma 1, 2° periodo, D.Lgs. n. 165/2001).

---

<sup>24</sup> Cass., Sez. Un., 3 luglio - 15 ottobre 2003 n. 15403, in *Guida al diritto*, 2003, n. 44, p. 37.

<sup>25</sup> Cass., sez. Un., 8 maggio 2006 n. 10419.

Il giudice adotta, nei confronti della pubblica amministrazione, tutti i provvedimenti di accertamento costitutivi e di condanna richiesti dalla natura dei *diritti* tutelati (art. 63, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001).

Come è noto, secondo la regola generale desumibile dagli artt. 4 e 5 legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E, il giudice ordinario non ha il potere di revocare o modificare atti amministrativi, ma solo quello di disapplicarli *incidenter tantum*.

La riforma del pubblico impiego ha diffusamente generato tra gli operatori del diritto l'impressione che questa regola fosse stata derogata proprio nella materia del rapporto di lavoro.

Si è infatti pensato che, affermata la giurisdizione del giudice ordinario, avrebbe dovuto ritenersi ad esso attribuito anche il potere di annullamento degli atti amministrativi.

Al mutamento del giudice non si è accompagnato, in altre parole, il mutamento delle categorie concettuali di riferimento, sicché, specie nei primi anni immediatamente successivi alla riforma, si è assistito – e chi scrive ne ha avuto personale esperienza nello svolgimento delle funzioni di giudice del lavoro – alla formulazione di ricorsi redatti con i medesimi schemi concettuali utilizzati dinanzi al giudice amministrativo, chiedendosi al giudice del lavoro l'annullamento di uno o più atti, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge.

Questa tendenza, benché del tutto comprensibile in ragione della precedente devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha tuttavia tratto origine da un errore sulla portata della riforma, in quanto non si è riflettuto sulla circostanza che essa ha determinato non solo, sul piano processuale, il mutamento di giurisdizione, ma anche, come si è visto, sul piano sostanziale, la privatizzazione del rapporto, che deve tendenzialmente essere trattato alla stessa stregua del rapporto di lavoro privato.

In buona sostanza, a parte quanto si sta per dire in ordine agli atti amministrativi presupposti, non si pone il problema del controllo del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi (né si può parlare di norme particolari per il rapporto di lavoro in deroga alle norme generali poste dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo), per la semplice ragione che i provvedimenti amministrativi non ci sono. Gli atti sui quali il giudice svolge il suo sindacato sono atti privi di connotati provvedimenti, del tutto analoghi a quelli posti in essere dall'imprenditore privato.

In tal senso deve essere letta ed interpretata la norma risultante dai commi 1, 2° periodo, e 2 dell'art. 63 D.Lgs. n. 165/2001.

In base a questa norma occorre distinguere tra atti *intermedi* o *pre-*

*supposti* (i quali, inserendosi nel procedimento di formazione della volontà dell'ente, costituiscono il presupposto dell'atto direttamente lesivo del lavoratore) e atti *finali* (direttamente incidenti sulla posizione lavorativa).

Per quanto concerne i primi (si pensi, per es., ad un provvedimento di variazione della pianta organica che determini un trasferimento di un dipendente, oppure ad un atto di organizzazione che comporti un mutamento di mansioni), non vi è dubbio che essi presentino caratteri autoritativo-discrezionali, e siano pertanto idonei a degradare la posizione soggettiva del privato prestatore di lavoro da diritto soggettivo ad interesse legittimo.

Tali atti, infatti, ove ritenuti illegittimi – per incompetenza relativa, violazione di legge od eccesso di potere – potranno essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo (anche se la validità dell'atto presupposto non darà mai luogo ad una questione pregiudiziale amministrativa da decidere con efficacia di giudicato, in quanto la predetta impugnativa non sarà causa di sospensione del processo dinanzi al giudice del lavoro) e potranno essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice del lavoro se rilevanti ai fini della decisione della controversia (senza che possa profilarsi un pericolo di contrasto tra giudicato civile e giudicato amministrativo, in quanto la disapplicazione del giudice del lavoro, avendo carattere meramente incidentale, non potrà avere una simile efficacia in ordine alla validità dell'atto).

Con riguardo invece agli atti *finali* che incidano direttamente sulla sfera giuridica del dipendente (ad es. l'atto che ne preveda il trasferimento o il mutamento di mansioni) deve escludersi ogni connotazione autoritativa o discrezionale, in quanto, come dice la norma in esame, il giudice del lavoro può adottare nei confronti dell'ente “tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati”.

Da tale fondamentale premessa derivano diverse conseguenze:

a) *conseguenza di carattere soggettivo*;

in primo luogo, la pubblica amministrazione, nel momento in cui emana atti (finali) che incidono direttamente sul rapporto di lavoro non opera come “pubblica autorità”, ma come parte contrattuale di un rapporto fondato su base paritetica, che agisce con i poteri del privato datore di lavoro (art. 4 D.Lgs. n. 165/2001);

b) *conseguenza di carattere oggettivo*;

in secondo luogo, i predetti atti non sono qualificabili come provvedimenti amministrativi, ma come atti giuridici unilaterali talora negoziali talaltra non negoziali (atti di gestione) che si inseriscono nella dinamica del rapporto contrattuale;

*c) conseguenza in ordine alla situazione giuridica soggettiva del privato prestatore di lavoro;*

in terzo luogo, allorché dall'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione-datrice di lavoro il privato-prestatore lamenti una indebita lesione della sua sfera giuridica, la posizione soggettiva lesa non potrà mai essere qualificata come mero interesse legittimo, ma sempre come diritto soggettivo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2907 c.c.<sup>26</sup>;

*d) conseguenza in ordine all'oggetto della giurisdizione;*

in quarto luogo, infine, la giurisdizione del giudice del lavoro non incontra il limite di cui all'art. 4 L. 20 marzo 1865 n. 2248 *All. E*, in quanto non si tratta di una giurisdizione sull'atto (eventualmente culminante in una pronuncia caducatoria di un provvedimento amministrativo), ma di una giurisdizione sul rapporto, volta alla tutela dei diritti attraverso pronunce di accertamento, costitutive o di condanna<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cfr, sul punto, Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2000 n. 41/SU, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1483: è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 D.leg. 80/98 nella parte in cui, attribuendo al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluderebbe la tutela degli interessi legittimi nascenti dal rapporto di pubblico impiego, in quanto, alla luce della normativa in materia, in capo al lavoratore sono configurabili soltanto posizioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, in riferimento all'art. 103, 1° comma, Cost..

<sup>27</sup> Le considerazioni espresse nel testo trovano conferma in una importante sentenza della Corte Costituzionale, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 D.Lgs. n. 387/1998 (modificativo dell'art. 68, comma 1, D.lgs. n. 29/1993, ora art. 63 D.Lgs. n. 165/2001), sollevata in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost.. Cfr. Corte Cost. 5-23 luglio 2001 n. 275, in *Guida al diritto*, 2001, n. 33, p. 63: (in motivazione) «il legislatore delegante e quello delegato hanno voluto modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti dell'amministrazione pubblica (compresi i dirigenti) secondo «il regime di diritto privato del rapporto di lavoro» ... il legislatore ha voluto che, sia pure tenendo conto della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali, le posizioni soggettive degli anzidetti dipendenti delle pubbliche amministrazioni, compresi i dirigenti di qualsiasi livello, fossero riportate, quanto alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 c.c. ... tale tutela è piena, in quanto il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, è abilitato ad adottare «nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati», con capacità di produrre anche effetti costitutivi o estintivi del rapporto di lavoro ... né l'esistenza di un atto amministrativo presupposto, nelle controversie relative ai rapporti di impiego dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, può costituire limitazione alla competenza del giudice ordinario, quale giudice del lavoro, potendo questi conoscerlo in via incidentale ai fini della disapplicazione.