

# Effettività della tutela nelle controversie in materia di lavoro pubblico: un confronto tra giudice amministrativo e giudice ordinario

Beatrice Baldini

*Con l'obiettivo di inserirsi nel dibattito dottrinale seguito alla privatizzazione del pubblico impiego in merito al livello di tutela garantito dal giudice ordinario, in questo elaborato vengono analizzate alcune controversie insorte tra dipendente e amministrazione datrice di lavoro; dal confronto tra le sentenze assunte nei due rami di giurisdizione, si scorgerà il divario fra regime pubblicistico e privatistico e si proverà a mostrare quale fra i due modelli sia l'alternativa più valida per garantire una tutela piena ed effettiva alla posizione giuridica lesa.*

## 1. Premessa

È affermazione piuttosto comune che la privatizzazione del pubblico impiego abbia comportato un regresso nella tutela dei dipendenti pubblici. Le ragioni dell'asserito *deficit* sono state addebitate al mutamento della disciplina sostanziale degli atti che<sup>1</sup>, spezzando la linea di continuità tra legge e potere<sup>2</sup>, ha imposto di rinunciare al garantismo del diritto amministrativo<sup>3</sup>, e al passaggio delle controversie alla giurisdizione ordinaria<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> L. BERTONAZZI, *Noticizie sull'ambito applicativo della problematica nozione di giudicato implicito nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2018, p. 1428; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2014, p. 285. Nello stesso senso G. MELIADÒ, *L'effettività della tutela giurisdizionale nel pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2010, p. 68.

<sup>2</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 264-266.

<sup>3</sup> Per tutti, v. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, p. 480.

<sup>4</sup> Si vedano in proposito S. MENCHINI, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi nel pubblico impiego*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2002, p. 438; V. PARISO, *Privatizzazione del pubblico impiego e questioni di giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 43; M. GELONESI, *I problemi di giurisdizione conseguenti alle innovazioni introdotte dalla recente riforma del pubblico impiego*, in *Giur. Mer.*, 1, 2000, p. 258 che lamenta la perdita «del formidabile strumento di esecuzione delle sentenze che era il giudizio di ottemperanza». U. COREA, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi nel pubblico impiego privatizzato*, in *Giust. civ.*, 2000, nota a Cass., civ. sez. un.,

Secondo parte della dottrina, infatti, le tecniche di tutela sviluppate dal giudice amministrativo si sarebbero rivelate più efficaci rispetto a quelle del giudice ordinario in ambito lavoristico<sup>5</sup>, poiché più idonee a sindacare l'esercizio di un potere (anche privato) come quello datoriale<sup>6</sup>.

Le due ragioni dell'asserito *deficit* sono invero strettamente connesse: il giudice amministrativo – tramite il sindacato sull'eccesso di potere – è il soggetto storicamente chiamato a completare il quadro di garanzie offerte ai privati nei confronti dell'autorità pubblica<sup>7</sup>. A ciascun regime di atti corrisponde, cioè, un diverso giudice, con una diversa storia, diversi poteri e diverse metodologie<sup>8</sup>.

In questo lavoro si intende verificare, con riferimento ad alcuni specifici casi e senza pretesa di esaustività, la fondatezza della suddetta diffusa affermazione. Lo si farà mettendo a paragone le pronunce del giudice ordinario sulle controversie insorte nell'impiego privatizzato e le pronunce adottate dal giudice amministrativo per le categorie di personale non contrattualizzate: il confronto giurisprudenziale mostrerà come le posizioni dei due diversi giudici possano tradursi in tutele di carattere differente in fattispecie analoghe. Si intende così contribuire al dibattito sugli effetti della privatizzazione, con argomenti di segno diverso rispetto

24.02.2000, n. 41, p. 2955 ss.; B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 413 ss.; P. MICELI, *La giurisdizione del giudice ordinario alla luce della riforma sul pubblico impiego: breve riflessione sui suoi poteri d'intervento sugli atti amministrativi*, in *Giur. mer.*, 2, 2001, p. 615.

<sup>5</sup> Diversamente si v. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 219 ss.

<sup>6</sup> G. SIGISMONDI, *Le analogie tra sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Trento, CEDAM, 2013, pp. 308-309.

<sup>7</sup> A. PIOGGIA *Giudice e funzione amministrativa*, cit., pp. 18-29 delinea le origini storiche del giudice della funzione e le conseguenze che attualmente determina. Si v. anche C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2019 p. 64 ss.

<sup>8</sup> Per la storia della giustizia amministrativa si rimanda a L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, II ed., Torino, Giappichelli, 2022, *passim*; un confronto tra logica del giudice ordinario e logica del giudice speciale è compiuto in A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., *passim*.

a quelli di coloro che presentano la privatizzazione in termini di riduzione di tutela per il lavoratore.

Un simile confronto stimola inoltre una riflessione sul carattere soggettivistico della funzione giurisdizionale, così come consacrato dalla Costituzione<sup>9</sup>. E ciò può essere oggi utile perché, oltre a perdurare una certa nostalgia per il giudice speciale<sup>10</sup>, vi è un'importante novità che ci separa dagli interventi di privatizzazione, ossia, l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo che ha posto tra i suoi capisaldi proprio l'effettività e la pienezza della tutela (art. 1)<sup>11</sup>.

L'analisi della prassi applicativa ci consentirà di comprendere se, da un lato, il giudice ordinario sappia adoperare gli ampi poteri conferitigli dal legislatore (art. 63 d.lgs. n. 165/2001) senza peccare di timidezza e, dall'altro, se il peso della tradizione imbrigli o meno il giudice speciale, svuotando la portata innovativa del codice.

Partendo, dunque, dall'azione di accertamento sino ad arrivare alla sentenza costitutiva, verranno toccate varie questioni, tra le quali la contrapposizione tra autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa, la modalità di ricostruzione delle posizioni giuridiche nella logica del giudice speciale e del giudice ordinario, la completezza dell'istruttoria e la portata cognitiva delle sentenze.

Sul piano metodologico, sono stati selezionati alcuni casi di controversie che vedono coinvolta la p.a. datrice di lavoro e che, analoghi dal punto di vista della norma violata e della domanda di tutela richiesta, sono risolti diversamente nei due rami di giurisdizione. In particolare, essi riguardano la scorretta qualificazione della fattispecie contrattuale (par. 3); la condotta mobbizzante del datore di lavoro (par. 4); il diniego illegittimo dell'equo indennizzo nelle ipotesi di infermità per causa di servizio (parr. 5 e 6); l'assegnazione temporanea di una sede, prevista

<sup>9</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*; C. CUDIA, *Eccesso di potere*, cit., p. 80.

<sup>10</sup> C.E. GALLO, *Attualità del giudice amministrativo*, in *giustiziacinsieme.it*, 2021; diversamente A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2000, p. 259 ss.

<sup>11</sup> In tal senso: I. PAGNI, *Processo amministrativo sull'atto e processo civile a confronto. Considerazioni di un processualcivilista*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2020, p. 1486; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2013, p. 634.

dal Testo unico sulla maternità e paternità<sup>12</sup> (parr. 7 e 8); il diniego di conferimento di un incarico dirigenziale (par. 9); la mancata assunzione di chi abbia vinto un concorso pubblico o si sia collocato in posizione utile all'interno della graduatoria (par. 10).

## 2. *Il pubblico impiego all'insegna di un rapporto diritti-obblighi*

La qualificazione privatistica del pubblico impiego è espressa chiaramente dall'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, che qualifica gli atti dell'amministrazione per la gestione del rapporto di lavoro e per la c.d. micro-organizzazione alla stregua di atti di un qualsiasi datore di lavoro privato. Si ragiona, dunque, in termini di potere-autonomia, piuttosto che di potere-discrezionalità. Si tratta di una contrapposizione risalente, ma da sempre ritagliata intorno a un fenomeno comune che si materializza nella modificazione unilaterale, con carattere di innovatività, dell'altrui sfera giuridica<sup>13</sup>.

L'autonomia privata e la discrezionalità si incontrano anche per un'altra ragione: la legge limita, giustifica e indirizza il potere costruendo un reticolo di regole<sup>14</sup> che principalmente dovrebbero rappresentare una garanzia per la controparte del rapporto<sup>15</sup>.

Tuttavia, l'orientamento della discrezionalità all'interesse pubblico «ha finito per condizionare l'intero modo di applicare quelle regole che pure erano state costruite per guidare e limitare il potere<sup>16</sup>».

Qui s'innesta la questione del vincolo di scopo, che tra l'altro emerge con tutta evidenza proprio in materia di pubblico impiego all'epoca della

<sup>12</sup> Art. 42-bis d.lgs. n. 151/2001.

<sup>13</sup> Questo è, del resto, il nucleo comune della autonomia e della discrezionalità come rilevano A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., p. 94 ss. e A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1988, p. 39 ss.

<sup>14</sup> L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubb.* 3, 2016, p. 71 ss. Nello stesso senso si v. G. POLI, *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 364 ss.

<sup>15</sup> G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. Pubb.*, 2, 2003, p. 486 rileva che a differenza di quanto avviene nell'ambito pubblicistico «i limiti ai poteri del datore di lavoro sarebbero sempre e comunque posti nell'interesse di altri soggetti (nel caso specifico, i lavoratori subordinati)».

<sup>16</sup> Così C. CUDIA, *Eccesso di potere*, cit., p. 68 ss.

notissima sentenza Fagiolari del 1939<sup>17</sup>. Tale pronuncia, nel tentativo di garantire una sentenza di accertamento dei diritti dei pubblici dipendenti, all'epoca rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale, sancì la distinzione tra atti autoritativi e atti paritetici, relegando, però, l'operatività di questi ultimi alle mere questioni patrimoniali in senso stretto<sup>18</sup>. In tutti gli altri casi, si rilevava un collegamento immediato fra decisione del datore di lavoro e scopo perseguito<sup>19</sup>, in grado di giustificare l'affievolimento dei diritti in interessi legittimi.

Orbene, si potrebbe dire che il citato articolo del d.lgs. n. 165/2001, per il campo di sua applicazione, abbia ribaltato l'assetto previgente rendendo paritetici tutti gli atti dell'amministrazione datrice di lavoro<sup>20</sup>. Infatti, per gli aspetti inerenti al rapporto lavorativo, l'impiegato della p.a. 'privatizzato' non conosce figure soggettive dimidiate. Il riferimento all'autonomia negoziale consente, dunque, di calare gli interessi delle parti in un rapporto equi-ordinato di fronte alla legge<sup>21</sup>.

Peraltro, la giurisprudenza ordinaria si è ormai prevalentemente orientata nel senso di ritenere che già a partire dalla rituale approvazione della graduatoria il vincitore del concorso sia titolare di un diritto all'assunzione e, di riflesso, sull'amministrazione incomba l'obbligo di stipulare

<sup>17</sup> Cons. Stato sez. V, 1.12.1939, n. 795. Sulla distinzione fra atti paritetici e autoritativi si v. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, pp. 55-59.

<sup>18</sup> L. FERRARA, *Lezioni*, cit., pp. 116-118 spiega che fino agli anni '70 «l'atto (...) era paritetico e non autoritativo soltanto a fronte dei diritti patrimoniali dell'impiegato». Senonché, anche dopo quegli anni, in sede di individuazione dei casi in cui il pubblico dipendente sia effettivamente titolare di un diritto soggettivo, venne applicato il criterio dello scopo. Così, p.es., «le ferie risultarono un diritto e l'inquadramento dell'impiegato un interesse legittimo».

<sup>19</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., pp. 56-58; A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 230.

<sup>20</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit. p. 214: «la privatizzazione ha modificato la natura sia dell'atto costitutivo del rapporto di lavoro, che è un contratto, sia degli atti di gestione del medesimo, i quali si configurano come atti di diritto privato», di conseguenza è venuta meno «la disparità di status giuridico esistente tra p.a. e dipendente».

<sup>21</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., p. 209 spiega che la posizione equi-ordinata di amministrazione e lavoratore è la conseguenza della contrattualizzazione del rapporto di lavoro, della soggezione alla medesima disciplina che regola l'impiego privato, dell'inesistenza di prerogative speciali o privilegi; si v. altresì G. POLI, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento*, cit., p. 576.

il contratto ai sensi dell'art. 1218 c.c.<sup>22</sup>. Ciò è coerente con l'impianto normativo oggi contenuto nel d.lgs. n. 165/2001 il quale, in modo più esplicito rispetto al primo intervento di privatizzazione<sup>23</sup>, all'art. 35 prevede che il reclutamento nelle amministrazioni pubbliche avvenga con un contratto individuale di lavoro, rimuovendo così ogni possibile dubbio sulla natura negoziale del relativo atto di assunzione. In modo conforme, è da intendersi abrogato, in virtù di quanto disposto dall'art. 70, comma 13 del più volte richiamato decreto, l'art. 17 del d.P.R. n. 487/1994, nella parte in cui menziona i provvedimenti di nomina in prova.

Al contrario, le categorie di personale elencate dall'art. 3 del Testo unico sono sottratte alla contrattualizzazione e continuano, per questo, a essere disciplinate dai rispettivi ordinamenti in un regime di diritto pubblico. La disciplina di tali categorie, senza dubbio frastagliata, è caratterizzata da un minimo comune denominatore, ossia il d.P.R. n. 3/1957. Una normativa evidentemente ormai datata, ma che gli studiosi hanno cercato di interpretare tenendo conto «dell'evoluzione sistematica avvenuta in materia di lavoro pubblico»: così, per esempio, la previsione dell'art. 9, secondo cui i vincitori del concorso conseguono la nomina in prova con decreto del Ministro, è letta nel senso che la relativa delibera sia oggi rimessa all'organo dirigenziale<sup>24</sup>.

Superato l'anacronistico riferimento alla competenza ministeriale, resta il fatto che il relativo provvedimento non possa assumere natura negoziale, in quanto espressione del potere di supremazia speciale della p.a. A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa si indirizza nel senso di ritenere che «la posizione del candidato dichiarato idoneo nei concorsi a posti di pubblico impiego, anche quando vi siano posti disponibili ulteriori rispetto a quelli messi a concorso, non genera un diritto soggettivo perfetto alla nomina (che, del resto, non sorge neppure con

<sup>22</sup> Trib. Agrigento sez. lav., 23.03.2021, n. 350.

<sup>23</sup> D.lgs. n. 29/1993 all'art. 36. Riguardo alle incertezze a cui aveva dato adito il primo intervento legislativo, che non esaminava il problema della natura contrattuale della norma v. A. GARRILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. nelle p.a.*, 1, 2003, p. 4.

<sup>24</sup> V. TENORE, *Atti gestionali del personale pubblico non privatizzato: applicabilità (in parte) del d.lgs. n. 165/2001 e conseguente passaggio di competenze dal Ministro alla dirigenza*, in *Lav. dir. eur.*, 1, 2021, p. 4.

la vincita), potendosi semmai configurare come posizione di interesse legittimo, concernente la corretta esplicazione del procedimento di assunzione<sup>25</sup>. L'atto formale di nomina<sup>26</sup>, che ha un'autonoma portata lesiva<sup>27</sup>, è espressione di un «*dovere* dell'amministrazione» – invece che di un obbligo – «di applicare le norme emanate in modo vincolato<sup>28</sup>». È un atto, inoltre, strettamente correlato al successivo inquadramento del lavoratore nell'apparato amministrativo, anch'esso realizzato in via autoritativa, atteso che, l'inserimento nella suddetta struttura comporta la primaria necessità di disciplinare l'assetto organizzativo e funzionale dell'ente<sup>29</sup>.

### **3. *L'accertamento della subordinazione tra autoritatività e paritarietà***

La modalità con cui prende avvio l'attività lavorativa presso un ente pubblico incide sulla tutela assicurabile al lavoratore che lamenti la difformità tra denominazione giuridica del contratto ed effettiva sostanza obbligatoria dello stesso<sup>30</sup>. Ciò tipicamente avviene quando un soggetto abbia lavorato presso una pubblica amministrazione sulla base di reiterati contratti di collaborazione coordinata e continuativa (pertanto formalmente inquadrati nell'ambito del lavoro autonomo a norma dell'art. 2222 c.c.) eseguendo prestazioni in realtà caratterizzate dall'assidua eterodirezione e, quindi, potenzialmente riconducibili nell'alveo del rapporto subordina-

<sup>25</sup> Così il TAR Lazio sez. II, 10.03.2004, n. 2298; Cons. Stato sez. IV, 26.01.1998, n. 72; TAR Toscana sez. I, 20.02.2014, n. 346; Cons. Stato sez. VI, 21.10.2011, n. 5672.

<sup>26</sup> TAR Lazio sez. I, 01.09.2021, n. 9484 rileva che il pubblico impiego 'non privatizzato' ha ad oggetto rapporti di lavoro «che ancora oggi sono disciplinati da norme di legge e che si costituiscono mediante provvedimenti amministrativi unilaterali, espressivi di potestà pubblicistiche, a mezzo dei quali un soggetto, individuato con apposita procedura selettiva, è formalmente nominato e incardinato nell'apparato della p.a.».

<sup>27</sup> TAR Campania sez. VIII, 30.09.2019, n. 4659 l'atto di nomina ha una portata lesiva autonoma proprio come l'atto d'approvazione della graduatoria, poiché entrambi sono «espressione di un nuovo, autonomo ed indipendente potere di provvedere rispetto a quello esercitato in precedenza, con conseguente onere per l'interessato di impugnarli nei termini di decadenza».

<sup>28</sup> TAR Lazio sez. I, 24.09.2019, n. 11273.

<sup>29</sup> Cons. Stato sez. II, 22.03.2021, n. 2456; TAR Lazio sez. III, 07.02.2007, n. 935; Cons. Stato sez. V, 11.01.2002, n. 126.

<sup>30</sup> R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 374-382 esamina la giurisprudenza con riguardo alla richiesta del lavoratore di accertare il «carattere sostanzialmente subordinato» del rapporto.

to (art. 2094 c.c.)<sup>31</sup>. In tali ipotesi, la sentenza, per essere massimamente soddisfattiva, deve essere idonea a sciogliere il dipendente dallo stato di incertezza in cui verte e, pertanto, deve avere per oggetto l'accertamento della subordinazione. Del resto, posto che nel pubblico impiego non può aver luogo la conversione giudiziale del contratto illegittimo in ragione del principio costituzionale di accesso alle p.a. tramite concorso (art. 97 Cost.)<sup>32</sup>, quantomeno vi è la garanzia che all'accertamento segua la corresponsione delle differenze retributive spettanti per le mansioni svolte sulla base di un contratto invalido<sup>33</sup>(art. 2126 c.c.), nonché il risarcimento del danno eventualmente subito dal dipendente<sup>34</sup>.

Tutto ciò avviene senza alcun ostacolo nel processo ordinario in cui l'azione di accertamento è proponibile entro gli ordinari termini di prescrizione del diritto. A titolo esemplificativo si può richiamare la decisione assunta dal Tribunale di Salerno a fronte della deduzione, compiuta da alcuni impiegati presso le segreterie delle istituzioni scolastiche di competenza degli enti locali, di incompatibilità tra il *nomen iuris* utilizzato dalle parti nel contratto e la sua effettiva consistenza obbligatoria; ebbene, il giudice, prescindendo dall'impugnazione di qualsivoglia atto datoriale, si è soffermato in via prioritaria a verificare l'esatta qualificazione «(del)

<sup>31</sup> R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 396 per la nozione di collaborazione coordinata e continuativa e p. 371 sulla definizione di subordinazione e p. 396 sulla definizione di collaborazione coordinata e continuativa.

<sup>32</sup> La previsione legislativa di una concorsualità per le assunzioni impedisce la conversione del rapporto Cass., civ. sez. lav., 28.02.2017, n. 5229. Si v. anche R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 374: «la traduzione positiva di questo principio è nell'art. 36 c. 5 del d.lgs. n.165/2001.»

<sup>33</sup> Tale rimedio spetta nel caso di contratto di co.co.co stipulato in violazione dell'art. 7 c. 6 del d.lgs. n. 165/2001, peraltro congiuntamente alla condanna di risarcimento del danno ex art. 36 c. 5; si v. anche in A. GARILLI, *I co.co.co nella pubblica amministrazione scompariranno davvero?*, in *Lav. nella p.a.*, 3-4, 2015, cit. p. 412 ss. Per un caso avente tale oggetto v. Trib. Roma sez. lav., 14.01.2020, n. 8160. Nel 2017, inoltre, il legislatore ha introdotto un c.5-bis all'art. 7 per sancire il divieto di stipulare i contratti di collaborazione etero-organizzata. Si v. anche R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 386.

<sup>34</sup> La domanda di accertamento della subordinazione può essere presentata anche in ragione della reiterazione abusiva di contratti a termine; in questi casi il dipendente ha diritto al risarcimento del danno con esonero dall'onere probatorio nella misura e nei limiti di cui all'art.32 c. 5 legge 183/2010 (c.d. danno presunto) si v. Cass., civ. sez. lav., 20.09.2021, n. 25406. Potrebbe altresì essere chiesta la regolarizzazione sul piano assistenziale e previdenziale.



l'attività lavorativa prestata dai ricorrenti» concentrandosi sulla ricognizione degli indici sintomatici della subordinazione<sup>35</sup>.

Spostandosi sul fronte del processo amministrativo, occorre chiedersi se l'adozione del c.p.a. sia servita per estendere l'azione di accertamento anche agli interessi legittimi<sup>36</sup>.

Ebbene, l'azione di accertamento è pacificamente ammessa, per consolidata giurisprudenza e maggioritaria dottrina<sup>37</sup>, solo quando si faccia questione di diritti soggettivi (cioè nei casi di attività vincolata espressione di interessi paritari tra le parti). Sennonché, si è accennato, le deliberazioni volte ad assumere il dipendente non privatizzato, ma anche a definire le sue mansioni, sono ricostruite alla stregua di provvedimenti autoritativi poiché primariamente finalizzate a «disciplinare *l'assetto organizzativo e funzionale*» dell'ente. La funzionalizzazione di questi atti alla realizzazione di uno scopo che trascende gli interessi dei singoli impiegati giustifica la forza conferita al potere pubblicistico di degradare i diritti in interessi legittimi e, in modo totalmente speculare, giustifica il rilievo secondario delle pretese più strettamente inerenti l'aspetto lavorativo<sup>38</sup> la cui salvaguardia imporrebbe una sentenza dichiarativa.

Nel silenzio del codice sull'azione di accertamento, l'ammissibilità della stessa dovrebbe discendere automaticamente dal principio di atipicità della tutela. Tuttavia, il divieto di «conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento» (art. 34 c.2) impedisce di compiere un accertamento autonomo

<sup>35</sup> Trib. Salerno sez. lav., 10.06.2020, n. 718; Trib. Roma sez. lav., 14.01.2020, n. 8160.

<sup>36</sup> L'attenzione si appunta sugli interessi legittimi, poiché per i diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è pacifica l'assimilazione dei mezzi di tutela a quelli previsti per il processo ordinario (con riguardo alle azioni, alle misure cautelari e ai mezzi probatori). Si v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2020, p. 205 e 187.

<sup>37</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 208; B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2002, p. 593 ss. sull'esigenza di parità di tutela in ambito di giurisdizione esclusiva tra le due posizioni soggettive.

<sup>38</sup> A. CORPACI, *La giurisdizione dopo la seconda fase della riforma: novità e prima applicazione*, in *Lav. nelle p.a.*, 5, 1999, p. 1062 esamina gli effetti del passaggio da una tutela fondata sulle esigenze della retta organizzazione amministrativa, a una in cui prevalgono le regole del rapporto di lavoro.

delle situazioni soggettive chiamate a confrontarsi con i provvedimenti (necessariamente da impugnare)<sup>39</sup>.

Così, il dipendente non privatizzato non può chiedere l'accertamento della subordinazione<sup>40</sup>, neppure quando sia di per sé idoneo a soddisfare la pretesa<sup>41</sup>; egli dovrà sempre impugnare gli atti definitivi della sua posizione giuridica ed economica entro il termine di decadenza di sessanta giorni per provarne l'illegittimità; e anche qualora adempiesse tempestivamente il suo onere, possono mancare gli strumenti necessari a far emergere gli indici rivelatori della subordinazione. In particolare, spesso, è determinante la testimonianza dei colleghi illustrativa della modalità di svolgimento dell'attività posta in essere<sup>42</sup>; anche perché, trattandosi di un accertamento fondato su concetti dal contorno sfumato (si pensi alla nozione di potere direttivo<sup>43</sup>) estremamente necessaria è un'istruttoria completa. Nel processo amministrativo<sup>44</sup>, però, la garanzia

<sup>39</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 208; E. URBANI, *I limiti all'azione di mero accertamento nel processo amministrativo*, nota a TAR Toscana sez. II, 08.05.2015, n.760, in *IlnuovoDirittoAmministrativo.it*; in giurisprudenza, l'accertamento degli interessi legittimi avviene seguendo vari criteri: la mancanza di provvedimenti impugnabili, l'insussistenza di margini all'esercizio della discrezionalità quando non devono essere compiuti adempimenti istruttori oppure se serve a ottenere utilità definitivamente negate dal provvedimento amministrativo ormai inoppugnabile (Cons. Stato sez. V, 27.03.2013, n. 1799; Cons. Stato sez. V, 01.12.2020, n. 7624; Cons. Stato sez. V, 23.06.2014, n. 3149).

<sup>40</sup> TAR Lazio sez. I, 19.04.2021, n. 4569; Cons. Stato sez. II, 17.11.2020, n. 7129; TAR Campania sez. I, 12.03.2013, n. 640; Cons. Stato sez. IV, 23.02.2012, n. 975; TAR Molise sez. I, 17.09.2013, n. 531 per essere tutelato, il dipendente deve impugnare gli atti con cui è stato inserito nell'organizzazione della p.a. dal momento che essi contribuiscono a disciplinare il rapporto di lavoro.

<sup>41</sup> Così sono escluse anche la condanna ex art. 2126 c.c. e al risarcimento del danno (Cons. Stato sez. II, 22.03.2021, n. 2456); si v. anche A. CARBONE, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 3, 2011, p. 1111 avvalorata l'azione di accertamento rispetto alla richiesta la di inquadramento in una qualifica superiore a quella posseduta.

<sup>42</sup> Trib. Roma sez. lav., 14.01.2020, n. 8160; Trib. Teramo sez. lav., 06.06.2017, n. 743 in cui il giudice sottolinea il rilievo delle dichiarazioni rese dai testimoni per far emergere «la permanente messa a disposizione dell'amministrazione stessa delle energie lavorative di cui essa si avvaleva (...) senza riservare al collaboratore alcun margine di reale autonomia».

<sup>43</sup> R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*. cit., pp. 377 e 397 per le difficoltà a ricostruire tali vicende storiche (perché spesso risalenti nel tempo, per la «tendenza del potere direttivo classicamente inteso (come potere gerarchico) a sfumare nei modelli organizzativi con tratti postfordisti», per la labilità del confine fra mero coordinamento e attività direttiva). Tale ultima difficoltà si riscontra in Cons. Stato sez. IV, 29.05.2018, n.3190.

<sup>44</sup> TAR Abruzzo, 8.08.2016, n. 477 ha dovuto respingere nel merito la domanda di annullamento per la mancanza di atti da cui emergesse l'assoggettamento al potere direttivo, di con-

della testimonianza orale a presidio degli interessi legittimi non sussiste e, per di più, la sola forma di testimonianza ammessa – cioè quella scritta – è raramente disposta dal giudice<sup>45</sup>.

Pertanto, a prescindere dalla maggior o minor idoneità degli atti e della documentazione assunta a ricostruire un quadro d'insieme del rapporto lavorativo, si palesa una disparità di trattamento fra dipendenti pubblici privatizzati e non privatizzati, disparità conseguente interamente alla natura paritaria ovvero autoritativa degli atti adottati dalla pubblica amministrazione.

#### **4. Il risarcimento del danno causato dalla condotta di mobbing del datore di lavoro**

Una seconda possibile disparità tra categorie di dipendenti pubblici, alla luce della disciplina e della prassi processuale, si riscontra con riferimento alla tutela risarcitoria. Ci si può domandare, infatti, se il carattere necessario dell'azione di annullamento influisca, oltre che sull'accertamento degli interessi legittimi, anche sul loro risarcimento. Occorre, in particolare, valutare se la c.d. pregiudizialità amministrativa<sup>46</sup>, superata come noto dal codice del processo amministrativo, influisca sulla tutela dei dipendenti pubblici alla luce dell'art. 30 c., comma 3 c.p.a., che «esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare», non solo usando l'ordinaria diligenza, ma altresì «attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti<sup>47</sup>».

A tal fine, si è scelto di considerare l'ipotesi di danno subito dal dipendente a causa delle condotte di *mobbing* poste in essere dal datore di lavoro pubblico, non solo perché il fenomeno del *mobbing* ha con-

trollo e gerarchico dell'amministrazione resistente.

<sup>45</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 274 ritiene che l'ammissibilità della testimonianza orale nella giurisdizione esclusiva sui diritti sia una conseguenza automatica del principio di eguaglianza; tale principio postulerebbe l'estensione di tale mezzo di prova anche agli interessi legittimi. Sul remoto impiego della testimonianza per l'accertamento «delle effettive modalità e condizioni di lavoro del dipendente» si v. G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio*, p. 272.

<sup>46</sup> Per i rapporti tra tutela impugnatoria e tutela risarcitoria si rinvia A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 213.

<sup>47</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 214 osserva che la soluzione espressa nel codice potrebbe contrastare con gli indirizzi maturati rispetto all'art. 1127 c.c., sul concorso del creditore nel danno, che non configurerebbe mai a carico del creditore un onore di proporre azioni giudiziali.

sciuto una crescente attenzione negli ultimi anni, ma soprattutto perché i comportamenti vessatori tendono a esprimersi tramite provvedimenti di esercizio dello *jus variandi* che intaccano l'interesse legittimo del dipendente non contrattualizzato.

In generale, il *mobbing* è stato definito a livello giurisprudenziale, in assenza di un'apposita disposizione legislativa, come «una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, complessa, continuata e protratta nel tempo, tenuta nei confronti di un lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si manifesta con comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti o incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, espressivi di un disegno in realtà finalizzato alla persecuzione o alla vessazione del lavoratore<sup>48</sup>». Sul lato attivo, pertanto, la condotta deve materializzarsi nell'adozione di plurimi e reiterati atti o comportamenti. A ciò si aggiunga che, ai fini risarcitori, è necessario fornire la prova non solo del danno all'integrità subito e del nesso causale tra il comportamento del datore di lavoro e lo stato di prostrazione del lavoratore, ma anche dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio<sup>49</sup>. La giurisprudenza<sup>50</sup>, tanto ordinaria che amministrativa, è, dunque, rigorosa nel ricostruire gli elementi costitutivi della fattispecie e lo fa per evitare una decisione fondata unicamente sulla percezione soggettiva che il lavoratore abbia del fatto.

Ciò premesso, per scorgere le particolarità del processo amministrativo, si consideri una controversia rimessa al TAR Lazio<sup>51</sup> avente per oggetto l'asserita lesione subita da una dipendente a causa di una serie di con-

<sup>48</sup> Per tutte: Cass., civ. sez. lav., 11.08.2015 n. 16690.

<sup>49</sup> Cass., civ. sez. lav., 17.02.2009, n. 3785; Cass., civ. sez. III, 8.7.2010, n. 16148; TAR Lazio sez. I, 21.07.2021, n. 8721.

<sup>50</sup> M. SARTORI, *Mobbing: presupposti di configurabilità, oneri di allegazione e prova del danno*, nota a Cass., civ. sez. lav., 11.08.2015, n.16690, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015.

<sup>51</sup> TAR Lazio sez. II, 14.01.2014, n. 444 la ricorrente chiedeva il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti a causa del demansionamento e delle condotte di *mobbing* dell'amministrazione. Il giudice, dopo aver rilevato che le pretese risarcitorie trovano fondamento sull'illiceità delle suddette condotte e sull'illegittimità dei provvedimenti, affermava che «la tardività dell'azione di annullamento, non preclude una valutazione dell'illegittimità degli atti ai limitati fini risarcitori»; tuttavia, disconosce il risarcimento del danno in virtù della tardività dell'impugnazione, la quale, peraltro, avrebbe dovuto riguardare non solo le schede di valutazione della ricorrente, ma anche i susseguenti atti organizzativi. Cfr. TAR Sicilia sez. III, 03.04.2018, n. 687; TAR Liguria sez. II, 11.12.2012, n. 1629; TAR Lombardia sez. III, 30.05.2011, n. 1374. Oppure si

dotte discriminatorie e dequalificanti, tenute dall'ISVAP, e concretizzatesi nell'adozione di molteplici atti di trasferimento e di assegnazione di mansioni inadeguate. La parte ricorrente chiedeva di qualificare la condotta, «considerata nel suo complesso», come *mobbing* e conseguentemente di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno. Una volta accettata, dall'amministrazione convenuta, l'inammissibilità del ricorso per «l'imprescindibile pregiudizialità» dell'annullamento, il giudice ha posto l'attenzione sull'art. 30, comma 3, rilevando come esso sia espressione del temperamento tra l'istanza di autonomia dell'azione di risarcimento e la fede per la pregiudizialità. Così, la tardiva proposizione dell'azione di annullamento dei provvedimenti lesivi non è considerabile come «fatto preclusivo dell'istanza risarcitoria», ma vale quale inerzia che, «nell'ambito di una valutazione complessiva del comportamento delle parti in causa, può autorizzare il giudice ad escludere il risarcimento». Di conseguenza, il giudice ha ritenuto che l'omesso o intempestivo ricorso avverso gli atti illegittimi «non può non riverberarsi sul riconoscimento dell'esistenza e dell'ammontare del danno».

Oppure si prenda una sentenza adottata nel 2019 dal Consiglio di Stato, nella quale è stato affermato che le regole del processo amministrativo «richiedono, se non l'impugnazione, quantomeno la *chiara individuazione dei provvedimenti lesivi*. Si voglia o meno intravedere, in questa espressione, un'apertura verso l'autonomia dell'azione di risarcimento, il massimo giudice amministrativo ha comunque asserito l'impossibilità di prescindere dal giudizio di liceità dei singoli atti, «quantomeno ai sensi dell'art. 30, comma 3<sup>52</sup>».

Peraltro, i pubblici impiegati non privatizzati, a seguito della sentenza della Corte cost., sent. 204/2004, ove lamentino il danno per il *mobbing* del datore di lavoro, possono essere rimessi anche alla giurisdizione ordinaria. Ciò avviene quando l'azione risarcitoria proposta si qualifichi come extra-contrattuale e, dunque, la condotta danneggiante non consista in un comportamento connesso all'esercizio di tipici poteri datoriali (autoritativi). Va da sé che la giurisdizione esclusiva sussista in caso di

v. M. GENTILE, *Mobbing nel campo del pubblico impiego*, nota a Cons. Stato sez. VI, 04.11.2014, n. 5419 in *lexItalia.it* sentenza in cui il giudice applica ancora la tesi della pregiudizialità.

<sup>52</sup> Cons. Stato sez. IV, 07.02.2019, n. 910.

responsabilità contrattuale della p.a. come avviene a seguito della violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.<sup>53</sup>, che impone all'imprenditore di adottare le misure necessarie per l'integrità fisica e morale dei lavoratori. A prescindere dalle incertezze connesse al riparto a cui può dar luogo siffatta distinzione, richiamare l'art. 2087 c.c., espressione di uno degli obblighi per eccellenza in ambito giuslavoristico, e la connessione tra atti e potere, determina due risvolti pratici diametralmente opposti. In particolare, taluni giudici, gradualmente, hanno colto la *ratio* della fattispecie di *mobbing* e, traendo spunto dalle pronunce rese nel pubblico impiego privatizzato, hanno iniziato a tutelare il diritto soggettivo all'integrità psico-fisica del lavoratore in luogo degli interessi legittimi che si confrontano con i singoli atti datoriali<sup>54</sup>. In altre sentenze, invece, si enfatizza l'accostamento fra la modalità di espressione delle prestazioni per le quali è responsabile contrattualmente la p.a. e il potere pubblico<sup>55</sup> e si conferma la sequenza che salda quel potere all'interesse legittimo e alla giurisdizione amministrativa. Tuttavia, a meno di non voler sminuire eccessivamente la portata applicativa della fattispecie in esame, sarebbe necessario stemperare la rigidità che la denota sul piano astratto, privilegiando un approccio "sintetico"<sup>56</sup>; invero, è solo sommando i singoli atti o comportamenti in cui la condotta si materializza, prescindendo dalla loro liceità, che può manifestarsi l'intento persecutorio. Nel processo amministrativo, dove ancora in alcune pronunce riecheggia una sorta di pregiudizialità "camuffata", tale approccio si renderebbe ancor più neces-

<sup>53</sup> In giurisprudenza per tutte: Trib. Milano sez. I, 03.07.2019 e Cons. Stato sez. III, 09.10.2018, n. 5789; in dottrina si v. F. OLIVELLI, *La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di lavoro e previdenza*, in *Lav. nelle p.a.*, 3-4, 2011, p. 467 ss.

<sup>54</sup> Così TAR Lazio sez. II, 03.11.2020, n. 11343; sul graduale avvicinamento alla tutela offerta dal giudice ordinario si richiama A. PIOGGIA, *Tutela dal mobbing nel pubblico impiego non privatizzato: prove dell'evoluzione del sindacato sul pubblico potere*, in *Giur. it.*, 2, 2012, p. 369 ss.

<sup>55</sup> Si rimanda per tutte a TAR Sicilia sez. III, 03.04.2018, n.687.

<sup>56</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, pp. 470 e 471 illustra le differenze tra modello analitico e sintetico: il primo scompone il fenomeno organizzativo in «una serie di unità elementari ciascuna definita in termini di atto amministrativo, dotato di una specifica regolamentazione quanto all'oggetto, al procedimento e al fine, e come tale sindacabile tanto in sede di controllo che di giurisdizione». Il secondo, invece, dà rilevanza all'attività considerata nel suo insieme e, quindi, i singoli atti defunzionalizzati non sono suscettibili di impugnazione. Si v. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione*, cit., pp. 271-274 sui risvolti provocati dalla rigidità del modello analitico.

sario perché non servirebbe solo a far emergere l'elemento soggettivo, ma anche a sgravare il lavoratore dall'onere di impugnazione dell'atto datoriale con cui si sia esplicitata parte della condotta mobbizzante.

In conclusione, rimanendo fermi al tradizionale controllo di legalità, l'esito ultimo a cui si giunge implica, da un lato, che il *quantum* di flessibilità presupposta per l'accertamento del *mobbing* soccomba<sup>57</sup> e, dall'altro, – nelle rare ipotesi in cui esso è configurabile – che la prova del risarcimento sia estremamente ardua.

### *5. L'equo indennizzo per infermità da causa di servizio: diritto o interesse legittimo?*

La centralità dell'azione di annullamento, in parte già emersa, è ancor meglio esemplificata dalle controversie originate dal diniego dell'equo indennizzo richiesto nelle ipotesi di infermità per causa di servizio. È un istituto introdotto dal d.P.R. n. 3/1957 e consistente in un emolumento dalla «natura giuridica retributiva» che l'amministrazione deve corrispondere al dipendente «per la perdita dell'integrità fisica subita» (art. 68). Quest'ultima condizione è accertata da una Commissione medica competente, mentre la decisione della sussistenza del nesso di causalità tra infermità e mansione svolta è rimessa al parere positivo di un Comitato tecnico<sup>58</sup>. Infine, l'amministrazione, vincolata dal parere sull'*an* della spettanza, determina il *quantum* dell'indennizzo attenendosi ai criteri definiti dalle tabelle annesse alla l. 313/1968 e al d.P.R. n. 83/1981.

Epperò, se questo è il quadro delineato dal legislatore, da un lato, il giudice ordinario<sup>59</sup> accerta il diritto alla spettanza dell'indennizzo e condanna

<sup>57</sup> A. PIOGGIA, *Tutela dal mobbing nell'impiego pubblico*, cit., p. 369 ss. osserva che il giudice speciale, verificando la conformità della prestazione lavorativa alla funzione pubblica, compie un sindacato molto stringente delle singole decisioni datoriali. Tuttavia, gli atti e i comportamenti di cui si compone la vessazione, se singolarmente presi, non appaiono necessariamente indicativi di una patologia del rapporto lavorativo, mentre, se analizzati nel loro complesso, consentono «di ricostruire un sotteso intento persecutorio o vessatorio nei confronti del lavoratore».

<sup>58</sup> Sulla base di quanto previsto dal d.P.R. n. 461/2001 (artt.6, 10 e 11); sull'evoluzione normativa in materia, si v. A. VISCOMI, *La causa di servizio oggi: spunti per una riflessione*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, p. 241 ss.

<sup>59</sup> Con il d.l. n. 201/2011 le controversie rimesse alla giurisdizione ordinaria sono solo quelle sorte per le domande presentate all'amministrazione prima dell'entrata in vigore del citato decreto oppure quelle in cui sia coinvolto il personale appartenente al comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico.

alla sua corresponsione<sup>60</sup>; dall'altro, il giudice amministrativo respinge la domanda di accertamento e al più annulla il provvedimento di diniego se illegittimo. La posizione del dipendente in regime pubblicistico è ricostruita, per «*jus receptum*», come interesse legittimo<sup>61</sup>, in quanto all'amministrazione è riconosciuto un potere discrezionale-autoritativo in ragione «*della particolare natura indennitaria dell'emolumento*<sup>62</sup>».

Dunque, occorre capire, in primo luogo, il motivo per cui dalla stessa disciplina sostanziale derivino risvolti di tale diversa portata (la titolarità di posizioni giuridiche distinte) e, poi, quale fra le due forme di tutela (dichiarativa o demolitoria) sia idonea alla piena soddisfazione della parte lesa.

A tal riguardo, si può partire da una sentenza pronunciata dal TAR Lombardia nel 2010<sup>63</sup> che, nel tentativo di discostarsi dal prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa citato, ne ha messo in luce le debolezze e le contraddizioni.

Anzitutto, ha rilevato che la natura indennitaria è comune a tutti i ristori economici con funzione previdenziale e assistenziale e mai è stata dubitata la consistenza di diritto soggettivo della pretesa. Inoltre, ha escluso che l'amministrazione svolga un'attività vincolata nell'interesse pubblico, dal momento che le norme poste dal legislatore disciplinano il rapporto in termini relazionali, paritari. Allo stesso modo ha escluso la presenza di un poterediscrezionale autoritativo, poiché detto carattere non può essere desunto dall'assegnazione «ad un organo tecnico della pubblica amministrazione della verifica di un fatto che richiede una valutazione dall'esito non univoco»; invero, «l'amministrazione non è tenuta ad emanare un atto il cui contenuto e i cui effetti sono dalla legge considerati costitutivi del diritto». Il giudice, infine, ha sottolineato che la tesi contraria «introdurrebbe nel sistema delle tutele, una vistosa irragionevolezza (...) con il rischio di far dipendere la consistenza della posizione soggettiva

<sup>60</sup> Corte app. Catania, sez. lav., 05.11.2020, n. 739; Corte app. Bari sez. lav., 20.12.2019, n. 2174.

<sup>61</sup> TAR Puglia sez. III, 08.02.2021, n.208; sull'inammissibilità della domanda di accertamento si v. TAR Piemonte sez. I, 25.03.2019, n. 334; TAR Campania sez. VI, 07.11.2018, n. 6476; TAR Basilicata sez. I, 24.04.2015, n. 247.

<sup>62</sup> Cons. Stato sez. III, 07.03.2012, n. 1296.

<sup>63</sup> TAR Lombardia sez. III, 21.05.2010, n. 1595.



*referita ai medesimi interessi non dal quadro di diritto sostanziale, ma dalla mera circostanza processuale della devoluzione della relativa controversia a un ordine giurisdizionale piuttosto che un altro».*

Il TAR, pertanto, per garantire un trattamento uniforme a tutti i lavoratori pubblici, ha cercato di superare il divario presente tra giurisdizioni nell'interpretazione della medesima fattispecie astratta e si è conformato alla giurisprudenza ordinaria. Quest'ultima ritiene che la norma delinea un'attività vincolata, meramente ricognitiva dei presupposti già fissati dalla legge, nonostante che «il loro accertamento richieda un giudizio di carattere tecnico»<sup>64</sup>.

#### **6. (Segue): la consulenza tecnica per l'accertamento dei fatti costitutivi dell'indennizzo**

In coerenza a questa ricostruzione, la Suprema Corte e la giurisprudenza ordinaria di merito<sup>65</sup> hanno individuato i fatti costitutivi della pretesa sostanziale nella riconducibilità dell'infermità lamentata all'attività lavorativa svolta. Di conseguenza, la domanda di accertamento della spettanza è accolta se il dipendente, dopo aver allegato in maniera completa e specifica le modalità di svolgimento della mansione, riesca a provare la concatenazione eziologica fra fatti e confuti il parere negativo del Comitato tecnico su cui si è fondato il diniego. Inoltre, fermo restando l'onere di allegazione incombente sull'impiegato, il giudice del lavoro dispone spesso la consulenza tecnica d'ufficio al fine di rendere più celere il raggiungimento della verità materiale (art. 421 c.p.c.)<sup>66</sup>; il parere del consulente può sostituire la valutazione compiuta dalla p.a. in quanto ritenuta meramente accertativa di un fatto storico<sup>67</sup>.

Invece, la giurisprudenza amministrativa, dopo il singolare e isolato arresto del 2010, si è mantenuta fedele all'indirizzo maggioritario, continuando

<sup>64</sup> Si tratta di una considerazione che, ponendo l'accento sulla disciplina sostanziale, stempera la portata dei criteri tradizionalmente usati per distinguere gli interessi legittimi dai diritti soggettivi (per un'analisi approfondita dei criteri si rinvia a M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 143-147).

<sup>65</sup> Trib. Vibo Valentia sez. lav., 27.11.2019, n.623; Cass., civ. sez. lav., 17.07.2009, n. 16778.

<sup>66</sup> Trib. Bari sez. lav., 23.03.2016, n. 1544; cfr. Corte app. Bari sez. lav., 20.12.2019, n. 2174; Corte app. Catania sez. lav., 05.11.2020, n. 739.

<sup>67</sup> Nello stesso senso il TAR lombardo nella richiamata sentenza del 2010.

do a inquadrare la fattispecie in un rapporto di interesse legittimo-potere. Il carattere di necessarietà dell'azione di annullamento<sup>68</sup> – condizionante soprattutto la risarcibilità del danno subito per la mansione svolta<sup>69</sup> – è avvalorato dalle conseguenze della concezione dell'attività dell'ente come discrezionale<sup>70</sup>. Il rigetto della domanda accertativa deriva dalla necessità di mantenere intatto lo spazio di manovra 'riservato' all'amministrazione nella scelta sull'*an* dell'indennizzo. Solo se il procedimento si concluda positivamente per il lavoratore, allora si configura un diritto soggettivo alla corretta liquidazione dell'emolumento, che dunque può essere oggetto di un controllo dichiarativo in sede giudiziaria<sup>71</sup>.

È evidente che la parte dichiarativa dell'annullamento non riguarda il rapporto giuridico nella sua interezza, come definito dalla norma, bensì la modalità di esercizio del potere nella vicenda culminata nell'adozione dell'atto. Il dipendente non contrattualizzato, anziché dover dimostrare i fatti costitutivi dell'equo indennizzo, ha l'onere di impugnare l'atto e provarne i vizi, normalmente ricondotti all'eccesso di potere.

Dal momento che il diniego è la riproduzione del parere vincolante assunto dal Comitato, salve le ipotesi in cui l'amministrazione vi si discosti immotivatamente, il sindacato compiuto dal giudice si concentra sull'attendibilità della decisione tecnica. Tuttavia, tale attendibilità non dipende dal risultato dell'accertamento del nesso di causalità fra mansione e infermità<sup>72</sup> e, quindi, dalla correttezza della valutazione in sé,

<sup>68</sup> L'azione di accertamento dell'equo indennizzo è ritenuta elusiva del termine per impugnare gli atti (TAR Marche sez. I, 06.11.2020, n. 642). Essa è accolta, invece, se siano esauriti i margini di scelta rimessi al merito dell'amministrazione in caso di inottemperanza alla sentenza di annullamento pronunciata in sede di cognizione (TAR Friuli Venezia Giulia sez. I, 10.07.2021, n. 212).

<sup>69</sup> A tal proposito la giurisprudenza amministrativa subordina il risarcimento del danno talvolta al "semplice" assolvimento dell'onere di impugnazione (per tutte: Cons. Stato sez. II, 12.05.2021, n.3770), talaltra alla caducazione del provvedimento (Cons. Stato sez. IV, 28.06.2021, n. 4909).

<sup>70</sup> La ricostruzione giurisprudenziale è fedele all'impianto codicistico che mantiene una «componente di tipicità (...) quando siano in discussione interessi legittimi», così A. TRAVI, *Il sistema delle azioni delimitato dal Codice del processo amministrativo*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio*, pp. 17-18.

<sup>71</sup> Da ultimo Cons. Stato sez. II, 07.01.2022, n. 116; TAR Piemonte sez. I, 25.03.2019, n. 334.

<sup>72</sup> Ciò è coerente con l'affermazione, propria di una parte della dottrina, secondo cui le valutazioni tecniche, anche opinabili, non sono estranee alla dimensione dell'accertamento del fatto e attengono alla sfera della legittimità. P.es. A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessione a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in

ma sussiste semplicemente se la motivazione non sia manifestamente irragionevole, incongrua, insufficiente o illogica e se non vi sia un palese travisamento dei fatti<sup>73</sup>. Peraltro, la prova del carattere manifesto deve essere fornita in un contesto in cui l'atteggiamento del giudice amministrativo è di estrema prudenza, in quanto, per non invadere gli spazi riservati all'amministrazione, comprime al massimo l'utilizzabilità della consulenza tecnica. Al carattere di «indispensabilità» fissato dal codice (art. 63, comma 4)<sup>74</sup> si aggiunge il divieto, in pratica creato dal giudice<sup>75</sup>, di surrogare la valutazione del consulente a quella compiuta dall'amministrazione; ne deriva che, nelle rare ipotesi in cui la consulenza viene utilizzata, essa rimane «meramente strumentale al più completo esame del procedimento conoscitivo<sup>76</sup>» della valutazione già effettuata.

L'esito è un'istruttoria ancora una volta non completa, difficilmente idonea a formare il libero convincimento del giudice, il quale, per sindacare la ragionevolezza di una scelta, rischia di affidarsi unicamente alle spie-

*Dir. proc. amm.*, 2, 2021, p. 342 rileva che «la tecnica, anche quando apra a più soluzioni, attiene al momento conoscitivo e, di per sé sola, non può fondare alcuna sfera di potere riservato».

<sup>73</sup> Si v. TAR Lazio sez. II, 06.07.2021, n. 7976 che ritiene superabile il parere «sede istruttoria solo ove la stessa fornisca un qualche specifico elemento per ritenere palesemente illogico o palesemente errato il giudizio del Comitato». TAR Puglia sez. III, 08.02.2021, n. 208, cfr. Cons. Stato sez. IV, 12.11.2019, n. 7761; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizi*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2012, p. 1416 analizza la tipologia di sindacato compiuto dal giudice amministrativo rispetto alle richieste di accertamento dell'equo indennizzo e rileva che – secondo un consolidato orientamento – i giudizi medico legali sono caratterizzati da discrezionalità tecnica e quindi vengono sindacati solo per manifesta irragionevolezza, incongruità, carenza o insufficienza della motivazione. Si v. altresì C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, p. 221 che evidenzia come la verifica della correttezza della valutazione tecnica raramente si traduce in un sindacato di piena cognizione dei fatti oggetto di indagine.

<sup>74</sup> M. CARRA', *Satisfattività della sentenza amministrativa e pienezza della tutela tra innovazione e tradizione*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio*, cit., p. 201 osserva che «il (discutibile, ma concordemente riconosciuto) favore per la verificazione si insinua soprattutto nelle pieghe della inspiegabile previsione che il giudice possa, alternativamente, disporre una consulenza tecnica solo se indispensabile (artt.63, comma 4 e 19, comma 1). A tal proposito, si v. anche A. TRAVI, *Lezioni*, cit., pp. 272-273.

<sup>75</sup> Così TAR Trentino Alto Adige sez. I, 13.04.2021, n.51; cfr. Cons. Stato. sez. II, 18.02.2020, n.1244.

<sup>76</sup> M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 7, p. 3533 ss.

gazioni esposte dalla parte che ha compiuto quella scelta<sup>77</sup>. Il tutto in contrasto con il diritto a un giudice imparziale<sup>78</sup>.

### *7. L'istanza di trasferimento temporaneo e le pretese azionabili in sede giudiziaria*

Un ulteriore profilo di disparità di trattamento tra impiegati privatizzati e impiegati in regime pubblicistico riguarda l'applicazione dell'art. 42-bis del d.lgs. n. 151/2001, norma a presidio del diritto al ricongiungimento e all'unità familiare.

La disposizione riconosce al genitore con figli minori fino a tre anni di età la possibilità di chiedere di essere assegnato a una sede di servizio ubicata nella provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa. L'insussistenza di un posto vacante, disponibile e di corrispondente posizione retributiva, nonché il dissenso delle amministrazioni di provenienza e di destinazione sono, invece, fatti impeditivi all'accoglimento della domanda. Peraltro, proprio per le esigenze di salvaguardia del minore, nel 2015<sup>79</sup>, il legislatore ha compresso lo spazio di espressione del dissenso a «casi o esigenze eccezionali» (art. 45-bis)<sup>80</sup> che devono essere specificamente e dettagliatamente motivati. Nell'interpretare la disposizione con riguardo alla sua *ratio*, la giurisprudenza ha stilato un elenco di ipotesi esemplificative degli estremi dell'eccezionalità, giustificativi del dissenso ed espressione del contemperamento fra interessi contrapposti<sup>81</sup>. Esse coincidono con le situazioni di comprovata indispensabilità e/o insostituibilità del dipendente per l'irrimediabile pregiudizio che il trasferimento potrebbe arrecare all'amministrazione<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> M. CARRA', *Satisfattività*, cit., p. 204 afferma che «la giurisprudenza, in definitiva, non sembra volersi liberare da un approccio dal fatto mediato dalla rappresentazione che ne fornisce l'amministrazione».

<sup>78</sup> Si vedano in proposito G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio*, cit., p. 275.

<sup>79</sup> È una modifica introdotta con l'art. 14 l. n. 124/2015.

<sup>80</sup> Trib. Siracusa sez. I, 10.08.2019.

<sup>81</sup> Cons. Stato sez. VI, 07.02.2020, n. 961.

<sup>82</sup> TAR Trentino Alto Adige, 19.12.2018, n. 358; Cons. Stato sez. III, 01.04.2016, n.1317; TAR Lombardia sez. III, 04.05.2018, n. 1208.

Orbene, ciò ha sicuramente favorito una qualche convergenza, tra giudici speciali e ordinari, sull'incisività che il sindacato sull'eventuale diniego, può avere; infatti, controllando il contenuto della motivazione, il giudice verifica se sussistono le esigenze poste a fondamento dell'atto<sup>83</sup>. Tuttavia, mentre nel processo amministrativo il difetto e l'insufficienza della motivazione sono vizi riconducibili all'eccesso di potere<sup>84</sup>, in presenza dei quali il provvedimento viene annullato, nell'area privatistica, l'omessa esplicitazione delle ragioni del diniego, ovvero l'infondatezza delle stesse, conducono ad accertare il diritto al trasferimento, nonché a condannare – anche in via d'urgenza – all'assegnazione di una sede più vicina<sup>85</sup>. Del resto, per la logica incentrata sull'accertamento delle pretese reciproche che si confrontano nel rapporto, la posizione del dipendente è lesa dal dissenso irragionevole o scorretto, ma il suo semplice annullamento non basta a risolvere la crisi di cooperazione fra le parti. A tal fine, occorre semmai dare quanto sarebbe spettato al ricorrente ove il diritto sostanziale fosse stato rispettato dall'amministrazione, cioè assicurare quel bene che l'amministrazione avrebbe riconosciuto ove avesse legittimamente assentito all'originaria istanza<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Si v. Trib. Palermo sez. lav., 04.11.2021, n. 4127 in cui assume rilievo centrale la motivazione delle eccezionali ragioni di carattere organizzativo che inducono al diniego, in quanto «la completezza e puntualità della motivazione costituisce il mezzo di tutela che la legge ha messo a disposizione del lavoratore, in guisa che tale motivazione deve consentire a quest'ultimo, e in caso di contrasto al giudice, di verificare l'effettività e l'eccezionalità delle ragioni adottate dal proprio datore di lavoro, per ritenere prevalenti le esigenze di servizio rispetto a quelle di tutela dell'unità familiare».

<sup>84</sup> G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato della discrezionalità*, in S. TORRICELLI (a cura di), cit. p. 112.

<sup>85</sup> Si v. Trib. Vibo Valentia sez. lav., 03.12.2018; Trib. Monza sez. lav., 27.06.2018, n. 375; Trib. Lanciano sez. lav., 08.05.2017, n. 118; Trib. Milano sez. lav., 16.04.2014, in quest'ultima si rileva che «l'esercizio della facoltà pubblicistica trova limite nel carattere non arbitrario e strumentale delle proprie decisioni», sostanziandosi, nel caso di specie, (...) nell'onere di motivazione del diniego di assegnazione temporanea di guisa che, attraverso il *riscontro della congruenza e della consistenza delle ragioni adottate* (evidentemente riferite agli interessi generali di cui è portatrice la pubblica amministrazione) risulti controllabile da parte del lavoratore e, successivamente, *sindacabile in sede giurisdizionale, la correttezza del suo operato*.

<sup>86</sup> Trib. Brescia sez. lav., 20.07.2017, n. 724, dopo aver specificato che il dipendente è titolare di un diritto soggettivo non degradabile a interesse legittimo, assegna temporaneamente la sede negata senza alcuna motivazione dalla p.a.; cfr. Trib. Palermo sez. lav., 04.11.2021, n. 4127.

Il dipendente non privatizzato, al contrario, rimane titolare di un interesse pretensivo, «destinato a recedere» a fronte del «superiore interesse alla razionale organizzazione dei servizi amministrativi<sup>87</sup>» e che, in quanto non suscettibile di accertamento, non può essere tutelato neppure con la sentenza di condanna. La peculiarità delle conseguenze che sono tratte, in termini di pretese azionabili, dalla qualificazione della posizione giuridica come interesse legittimo, può essere compresa richiamando una recente pronuncia del Tar Lombardia; in essa, il giudice ha disconosciuto la possibilità di accertare il diritto alla sede, ma ha annullato il provvedimento di diniego poiché, ove «la domanda fosse stata correttamente valutata sulla base della normativa in vigore al tempo della sua presentazione, avrebbe dovuto essere accolta dall'amministrazione»<sup>88</sup>.

#### **8. (Segue): l'assegnazione del bene a scoppio 'ritardato' e la multifor- ma prassi giurisprudenziale**

In tale contesto, ci si può chiedere cosa accade al dipendente in regime pubblicistico qualora il giudice speciale annulli il provvedimento viziato e l'amministrazione, nel riesaminare la stessa questione, neghi per una seconda volta di disporre il trasferimento. Si immagini, inoltre, che la decisione sia stata assunta in via cautelare, come, peraltro, spesso avviene in ipotesi di pretese non patrimoniali suscettibili di subire un irrimediabile pregiudizio in assenza di una tutela urgente. Ebbene, in un simile caso, il ricorrente potrebbe decidere di impugnare l'atto e farne valere l'illegittimità tramite la proposizione di motivi aggiunti oppure potrebbe rivolgersi al giudice dell'ottemperanza per una declaratoria di inefficacia dell'atto assunto eludendo la misura cautelare (art. 114, comma 4 lett. c) c.p.a.).

Soffermandosi sulla prima delle ipotesi, si può cogliere un profilo non riscontrabile nel processo ordinario, ossia l'utilizzo del criterio del *one shot* temperato; criterio che «postula l'esaurimento del potere a scoppio

<sup>87</sup> TAR Lazio sez. I, 13.07.2020, n. 7966; TAR Lazio sez. I, 05.01.2021, n. 129; Cons. Stato sez. IV, 23.05.2016, n.2113; Cons. Stato sez. III, 8.04.2014, n. 167; Cons. Stato sez. IV, 18.05.2017, n. 2352.

<sup>88</sup> TAR Lombardia sez. IV, 24.07.2020, n.1440.

per così dire ritardato<sup>89</sup>) imponendo all'amministrazione di considerare l'affare nella sua interezza. Nonostante sia volto a evitare il rischio di ricorrere più volte di fronte al giudice di cognizione quando la p.a. rinnovi un atto caducato sulla base di fatti diversi rispetto a quelli posti a fondamento del primo atto, ma esistenti al tempo del primo processo<sup>90</sup>, il c.d. *one shot* temperato apre a soluzioni non solo fuorvianti, ma anche difformi; infatti, non tutti i giudici ne fanno eguale applicazione.

Per dimostrarlo basti considerare due sentenze, entrambe occasionate dal diniego disposto in via di riesame e dalla contestuale richiesta di condannare l'amministrazione ad assegnare la sede: una è la già richiamata pronuncia del TAR Lombardia, mentre l'altra è stata emessa dal TAR Piemonte<sup>91</sup>.

Il TAR Lombardia ha annullato il secondo provvedimento di diniego illegittimo, ma ha rigettato sia la domanda di accertamento, in quanto pacifica la natura di interesse legittimo della posizione del dipendente, che quella di condanna, per i margini di attività istruttoria e discrezionale rimessi in capo alla p.a. con riferimento «all'individuazione della specifica sede». Il TAR Piemonte, al contrario, ha condannato l'amministrazione ad assegnare la sede in modo da impedirle di compiere un'ulteriore valutazione su una questione già affrontata e già oggetto di decisione (cautelare) del giudice.

Ricorrere all'esaurimento del potere consente sicuramente di trovare una «soluzione pragmatica<sup>92</sup>» al desiderio di ricevere un bene (che il giudice speciale ritiene essere) rimesso alla scelta discrezionale, ma è una soluzione non coerente con il carattere di strumentalità del processo al diritto sostanziale.

<sup>89</sup> L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2013, p. 622.

<sup>90</sup> S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio*, cit., p. 234.

<sup>91</sup> TAR Piemonte sez. I, 01.08.2019, n. 890.

<sup>92</sup> L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 622.

Invero, in linea teorica, il potere di scegliere se attribuire o meno una certa utilità si consuma nel momento stesso in cui viene esercitato<sup>93</sup>. L'autorità giudiziaria, diversamente, non può riconoscere tale utilità né con gli effetti conformativi di una sentenza di annullamento, né con un'eventuale sentenza di condanna e, tantomeno, con un'ordinanza cautelare. Al più, nel caso in cui sia già intervenuta una pronuncia sul rapporto intercorrente tra le parti, tale utilità potrà essere legittimamente conseguita dal dipendente allorché l'amministrazione attivi un nuovo potere e decida di riconoscerla sulla base di fatti inesistenti al tempo del primo giudizio<sup>94</sup>. Nel caso in esame, però, la decisione sull'*an* al bene finale non è libera<sup>95</sup>. Il giudice ordinario ha dimostrato di pervenire a una sentenza di condanna alla sede anche nel primo giudizio di cognizione (piena o sommaria che sia). Secondo la sua interpretazione, il dissenso, ove non sorretto da almeno una delle cause servite alla giurisprudenza per riempire il contenuto della motivazione, non ha ragion d'essere, ma non tanto perché infrange la legalità oggettiva, quanto piuttosto perché lede la posizione giuridica del lavoratore. Lo stringente onere motivazionale è, cioè, concepito come un limite alla facoltà di assentire o meno al trasferimento<sup>96</sup> e il superamento di tale limite rileva perché provoca la violazione del dritto altrui. Un diritto alla sede che il dipendente avrebbe

<sup>93</sup> Rinviano ad A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., p. 210 si segnala che il potere, se inteso in termini privatistici, consente di non dover ricorrere al concetto del *one shot*, anche perché «si considera esaurito nel momento in cui viene esercitato». Si v. anche A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit. pp. 168-170 il quale spiega che «una volta esercitato, il diritto potestativo sostanziale si estingue per consumazione».

<sup>94</sup> Se l'oggetto del processo è il rapporto intercorrente tra le parti, il potere esercitato dopo la sentenza non può mettere in discussione quanto essa ha già accertato, che ha forza di giudicato sia con riguardo ai fatti dedotti che deducibili del rapporto; si v. A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 75 sull'esempio dell'accoglimento o rigetto dell'impugnazione di un licenziamento.

<sup>95</sup> A una sentenza di condanna perviene anche quella parte della giurisprudenza ordinaria che considera la norma come attributiva di un potere sul *quid* del provvedimento. Essa avrà ad oggetto l'obbligo di provvedere all'assegnazione temporanea di una sede vacante disponibile, che sia ricompresa entro i confini regionali o provinciali richiesti dall'avente diritto, rimettendo all'amministrazione l'individuazione della precipua sede (Trib. Termini Imerese sez. lav., 14.02.2018; si rinvia anche a M. FALSONE, *L'assegnazione temporanea del dipendente pubblico ex art. 42-bis del d.lgs. n. 151 del 2001: diritto soggettivo, interesse legittimo (di diritto privato) o mera aspettativa?*, nota a Trib. Busto Arsizio 12.11.2014, n. 449, in *Riv. ita. dir. lav.*, 2, 2015, p. 447 ss. che riporta i diversi orientamenti giurisprudenziali, formati per la poca chiarezza della disposizione).

<sup>96</sup> In tal senso Trib. Torino sez. V, 04.06.2018 n. 799.



fin da subito potuto ottenere, se solo l'amministrazione avesse esaminato correttamente la sua domanda<sup>97</sup>.

### **9. La sentenza di condanna al *făcere a tutela della chance al conferimento di un incarico***

Diversa dall'ipotesi ora richiamata è quella di un dipendente 'privatizzato' che lamenti di essere stato leso dal diniego al conferimento di un incarico dirigenziale dal momento che la normativa riconosce alla p.a. una vasta autonomia sull'*an* dell'assegnazione<sup>98</sup>. È da escludere che il pubblico impiegato sia titolare del diritto all'incarico e che possa pretenderne il riconoscimento in via giudiziaria.

Questo non significa, però, che il datore di lavoro non incontri limiti e che, in parallelo, il dipendente rimanga privo di una tutela o riceva una tutela meramente risarcitoria. Nel compiere la scelta tra candidati, infatti, il titolare del potere deve agire secondo buona fede e correttezza<sup>99</sup>, clausole che, attecchendosi alla stregua di fonti di obblighi di comportamento<sup>100</sup>, impongono di assumere «una decisione non discriminatoria», nonché di «giustificare i criteri e le motivazioni che hanno portato alla scelta di non conferire l'incarico<sup>101</sup>». Il giudice, senza spingersi a sindacare il merito della decisione del datore di lavoro, controlla se la sua condotta si sia esplicitata conformemente ai suddetti *standards* e, quindi, se l'autonomia di cui lo stesso dispone sia stata esercitata in modo lecito. Ove così non

<sup>97</sup> Così Trib. Monza sez. lav., 16.03.2021, n. 164; Cfr. Trib. Palermo sez. lav., 04.06.2020, n. 1452; Trib. Teramo sez. lav., 10.07.2018, n. 552; Trib. Brescia sez. lav., 20.07.2017, n. 724.

<sup>98</sup> Sull'ampia potestà rimessa all'amministrazione si richiama Trib. Castrovillari sez. lav., 11.12.2019, n.2050 e Trib. Trani, 22.09.2011. Si v. anche P. SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, in *Lav. nelle p.a.*, 5, 2005, *passim*.

<sup>99</sup> Con riguardo al sindacato fondato sul ricorso alle clausole generali si rinvia a G. SIGISMONDI, *Le analogie tra sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati*, cit. p. 324 oppure a C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 138 ss.

<sup>100</sup> G. POLI, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento. Il test della pianificazione urbanistica (parte seconda)*, in *Dir. pubb.*, 3, 2020, p. 795.

<sup>101</sup> Questa prospettiva è pressoché costante nella giurisprudenza della Cassazione (Cass., civ. sez. lav. 14.04.2015; Cass., civ. sez. lav., 04.08.2020, n. 16666; Cass., civ. sez. VI, 11.11.2021, n. 33529) che si occupa di procedure concorsuali o selettive.

fosse, pur non potendo dichiarare l'invalidità dell'atto<sup>102</sup>, l'autorità giudiziaria ordina all'amministrazione di rideterminarsi sul punto, pronunciandosi con una condanna al *facere*; questo non può che avere ad oggetto la ripetizione – nella riedizione del potere – delle procedure valutative, rispettando le regole violate la prima volta<sup>103</sup>. Il che dimostra quanto, nel processo ordinario, il contenuto della sentenza sia assolutamente atipico poiché ritagliato, di volta in volta, a partire dalla fattispecie astratta<sup>104</sup>. Il giudice del lavoro garantisce una tutela che non passa dall'invalidazione dell'atto, bensì dalla semplice declaratoria di illiceità della condotta tenuta dalla p.a. In questo modo dà prova della presenza di rimedi alternativi rispetto alla pronuncia caducatoria del processo amministrativo, rimedi peraltro utilizzabili anche in presenza di un potere in senso stretto<sup>105</sup>. Ciò è possibile solo perché il metodo usato per ritagliare il contenuto della sentenza di condanna è correlato all'impianto definito dalla norma sostanziale; questo essenziale passaggio implica l'individuazione dei fatti costitutivi sia dedotti che deducibili della situazione soggettiva e consente al giudice di pervenire sempre a una sentenza di condanna, abbia essa per oggetto l'obbligo di soddisfare l'interesse materiale, come avviene nel caso dell'assegnazione temporanea della sede, oppure un

<sup>102</sup> G. VETTORI, *Contratti e rimedi*, Padova, Cedam, 2017, p. 439 in merito ai rimedi in caso di violazione di regole di comportamento da parte di un contraente; si v. anche G. POLI, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento*, cit., p. 795.

<sup>103</sup> Trib. Roma sez. III, 12.02.2020, n. 1406; Trib. Arezzo, 12.02.2020, n.65; Trib. Chieti sez. lav., 01.10.2020, n.225; Cass., civ. sez. lav., 09.01.2019, n. 268; Trib. Castrovillari sez. lav., 11.12.2019, n. 2050; Trib. Trani sez. lav., 22.09.2011.

<sup>104</sup> Invero, vari sono gli obblighi che possono incombere sulla p.a.; si pensi a quelli operanti in tema di eccedenze di personale e di mobilità collettiva tra amministrazioni pubbliche (art. 33 d.lgs. n. 165/2001); se l'amministrazione dispone il collocamento in disponibilità violando i criteri di scelta previsti dalla legge e da questa sua condotta consegue la risoluzione del rapporto alla scadenza del periodo di sospensione, il dipendente ha diritto anche al ripristino della funzionalità del rapporto, che diviene l'oggetto della condanna al *facere* (Cass., civ. sez. lav., 28.07.2017 n. 18835; cfr. Cass., civ. sez. lav., 26.11.2008 n. 28274; Cass., civ. sez. lav., 24.05.2006 n. 12241).

<sup>105</sup> L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 654 sulla possibilità di concepire una condanna all'adempimento degli obblighi determinati o determinabili «che gravano sull'esercizio del potere discrezionale dalle norme che regolano il potere (...)». Si v. anche G. POLI, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e comportamento*, cit., p. 805. Il diritto vivente non è dello stesso avviso (p. es. il TAR Veneto sez. I, 22.08.2018, n. 868 in tema di pubblico impiego non contrattualizzato, ha escluso l'esperibilità di azioni di condanna della p.a. a un "*facere*" specifico, poiché si trattava di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione).

generico *fàcere*; è in quest'ultimo senso che si orienta la giurisprudenza ordinaria allorché il datore di lavoro abbia disconosciuto illegittimamente l'incarico dirigenziale. L'incarico, infatti, consiste nell'utilità finale ottenibile in forza della scelta, riservata al datore di lavoro, da compiersi nel rispetto di obblighi, puntuali o generali, fissati dal legislatore. La situazione soggettiva dell'impiegato privatizzato è dunque un diritto alla *chance* all'incarico, ed è tutelata non appena l'amministrazione travalichi i limiti previsti per il corretto svolgersi del procedimento di valutazione dei concorrenti. In sostanza, si configura un inadempimento contrattuale ogniqualvolta, per l'oltrepassarsi dei confini posti all'autonomia datoriale, venga lesa la certezza, che è tanto più avvertita quanto più la possibilità di ricevere o meno un determinato bene sia rimessa alla libera determinazione della controparte<sup>106</sup>. Pertanto, la sentenza di condanna, «rispettosa del divieto di ingerirsi sui poteri non ancora esercitati<sup>(107)</sup>» deve mettere il ricorrente nella condizione di sapere se – legittimamente – riceverà o meno l'utilità materiale voluta.

Queste argomentazioni si estendono analogamente al tema del conferimento di posizioni organizzative a favore del personale non dirigenziale di un ente pubblico<sup>108</sup>; Infatti, il prestatore – titolare di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative – può esercitare l'azione di esatto adempimento (ex art. 1453 c.c.) per ottenere la ripetizione della valutazione espletata in violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.<sup>109</sup>, ma non può domandare al giudice di esprimere una diversa e più favorevole valutazione<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., pp. 59-60 rileva che anche nei casi di attività discrezionale della p.a. è possibile individuare un bene garantito, ciò richiede però «la scissione dell'interesse legittimo dal potere amministrativo».

<sup>107</sup> Spiegano L. FERRARA, G. MANNUCCI, *Giudicato*, in *Diritto online*, 2015 che, ciò posto, la condanna ha una portata cognitiva più ampia rispetto a quella di annullamento dal momento che fa stato sul rapporto giuridico nella sua interezza.

<sup>108</sup> Per consolidata giurisprudenza le «posizioni organizzative» sono una funzione *ad tempus* di alta responsabilità la cui definizione – nell'ambito della classificazione del personale di ciascun comparto – è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva (Cass., civ. sez. un., 14.04.2010, n. 8836, Cass., civ. sez. lav., 30.03.2015, n. 6367).

<sup>109</sup> V. Cass., civ. sez. lav., 23.10.2019 n. 27159; Cass., civ. sez. lav., 27.01.2017, n. 2141.

<sup>110</sup> V. Trib. Roma, 10.12.2019, n. 10978; Cass., civ., 18.10.2019, n. 26615; Corte app. Catanzaro sez. I, 04.05.2021, n.494; Trib. Terni sez. lav., 03.12.2020, n. 399.

Oppure, si pensi alla condanna ad assegnare mansioni con un profilo professionale diverso da quello rivestito dal ricorrente disposta dal Tribunale di Roma a favore di un insegnante che, per taluni problemi fisici, era impossibilitato a svolgere le mansioni di inquadramento in quanto comportanti movimentazioni di carichi. Tale decisione non si è spinta a individuare la specifica area tecnica in cui collocare il dipendente, poiché, ancora una volta, tra la sua posizione e l'ottenimento dell'utilità finale si frapponeva il potere del datore di lavoro<sup>111</sup>.

Le pronunce brevemente richiamate denotano come il giudice ordinario, configurando le regole quali limiti esterni al potere-autonomia<sup>112</sup>, sappia ricostruire le sfere giuridiche che si confrontano nel rapporto senza invadere l'area riservata all'amministrazione e, quindi, statuisce sul rapporto giuridico in assoluta simmetria a quanto previsto dalla fattispecie astratta<sup>113</sup>.

#### *10. Accertamento del diritto all'assunzione e costituzione del rapporto di lavoro*

Un'ultima significativa differenza si riscontra rispetto alla tutela offerta nella fase di accesso al pubblico impiego a chi abbia vinto un concorso, o comunque si sia collocato in posizione utile all'interno della graduatoria. A tal riguardo, l'art. 63, comma 2 d.lgs. n. 165/2001 statuisce che le sentenze con le quali il giudice ordinario «riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro» e, chiudendo il quadro dei

<sup>111</sup> Così Trib. Roma, sez. lav., 02.05.2019, n. 4146.

<sup>112</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione*, cit., p. 212 rileva che «dall'art. 41 non discendono (...) soltanto principi, ma da esso è possibile trarre indicazioni in ordine al modo in cui questi debbono essere impiegati in giudizio: unicamente come limiti "esterni" al potere, che valgono a circoscrivere, ma non a guidarne l'esercizio».

<sup>113</sup> Si consideri Trib. Roma sez. lav., 02.05.2019, n. 4146 in cui il ricorrente chiedeva di accertare il diritto all'assegnazione delle mansioni di supporto amministrativo nell'area tecnica, nonché di condannare il comune convenuto ad assegnare le mansioni stesse. Il giudice, dopo aver accertato che le mansioni svolte non erano compatibili con le condizioni fisiche del ricorrente, condannava la p.a. a conferire delle mansioni non comportanti la movimentazione di carichi. Al contempo, però, negava di poter assegnare la precipua mansione richiesta, dal momento che, rispetto a essa, il dipendente vanta un mero interesse di fatto.

poteri esercitabili dall'autorità giudiziaria, assicura l'ammissibilità delle tre categorie di azione all'insegna del principio di atipicità. Ed è una disposizione in piena linea con i principi generali operanti in ambito privatistico<sup>114</sup>, in cui il giudice può sostituire la propria pronuncia alla dichiarazione non resa dalla parte inadempiente così da produrre gli effetti del contratto non concluso (ex art. 2932 c.c.)<sup>115</sup>.

In virtù del regime contrattualistico, peraltro, la giurisprudenza, sia di merito e che di legittimità, ha definito il bando e l'approvazione della graduatoria come atti dalla natura duplice, cioè al contempo privata e pubblica, con la specificazione che il bando non vale come un mero invito a offrire<sup>116</sup>, bensì come un'offerta al pubblico, purché sia completo di tutti gli elementi del futuro contratto di lavoro. Già con la pubblicazione del primo fra i due atti, quindi, l'amministrazione può impegnarsi «non solo al rispetto della norma con la quale ha delimitato la propria discrezionalità<sup>117</sup>», ma anche ad adempiere, in buona fede e correttezza, l'obbligo di concludere il contratto con chi si collochi in posizione utile. Quanto all'approvazione della graduatoria, essa segna il superamento del procedimento pubblicistico e rappresenta l'atto negoziale di individuazione del contraente titolare del diritto all'assunzione<sup>118</sup>, diritto tutelabile dal giudice ordinario con una sentenza costitutiva anche qualora l'amministrazione annulli la graduatoria in via di autotutela<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> Così, A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie in materia dei lavoratori dipendenti nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2000, p. 259 ss.

<sup>115</sup> V. Trib. Cassino sez. III, 04.03.2021, n. 206; Trib. Velletri, 07.07.2016, n. 1057; Trib. Milano, 14.01.2005; Cass., civ. sez. lav., 03.06.2011 con riguardo all'omessa assunzione di un lavoratore non vedente a cui favore è stata emessa sentenza ex art. 2932 c.c. stante la predeterminazione di mansioni, di qualifica e di trattamento economico.

<sup>116</sup> Diversamente Cons. Stato sez. V, 03.05.2021, n. 3458 ha escluso che con il bando di gara e la successiva aggiudicazione (fintanto che non sia efficace e salvo l'esercizio del potere di autotutela) sorga in capo all'aggiudicatario un diritto soggettivo a stipulare il contratto e negato l'ammissibilità dell'azione ex art. 2932 c.c. a sua tutela.

<sup>117</sup> V. Cass., civ. sez. un., 13.12.2017, n. 29916; Trib. Agrigento sez. lav., 23.03.2021, n. 350; Cass., civ. sez. lav., 01.10.2014, n. 20735.

<sup>118</sup> V. Trib. Agrigento sez. lav., 23.03.2021 n.350.

<sup>119</sup> Così Cass., civ. sez. un., 16.11.2017 n. 27197; Corte app. Palermo sez. lav., 24.04.2020 n. 292. Diff. Cass., civ. sez. un., 04.11.2009, n. 23327; Cass., civ. sez. un., 16.04.2007 n. 8951.

Queste considerazioni non valgono per i dipendenti non privatizzati per i quali, al più, oltre all'annullamento dell'atto di nomina illegittimo, può trovare spazio l'azione di adempimento (ai sensi dell'art.3 4, comma 1 lett. c) e art.1 17, comma 2 c.p.a.)<sup>120</sup>. Qualora il giudice speciale accerti la sussistenza di tutte le condizioni obbligatorie per la p.a., inerenti all'esecuzione del rapporto di lavoro, può ordinare l'adozione degli atti amministrativi a ciò necessari, eventualmente nominando un commissario *ad acta*<sup>121</sup>. Il che comunque, da un lato, può avvenire unicamente in via contestuale all'annullamento dei provvedimenti illegittimi, dall'altro, implica che sia l'amministrazione l'ultimo soggetto a intervenire<sup>122</sup>.

### 11. Conclusioni

Il confronto giurisprudenziale fornisce i dati necessari per prendere posizione sull'iniziale domanda, circa il livello di tutela garantito in sede giurisdizionale ai dipendenti pubblici privatizzati. In particolare, la diminuzione di tutela lamentata da alcuni osservatori con il passaggio delle controversie al giudice ordinario non sembra essersi realizzato. Ripercorrendo l'analisi svolta, sembra anzi potersi affermare il contrario. La scelta del regime privatistico per il lavoro pubblico ha determinato il venir meno del segno di superiorità di una parte sull'altra<sup>123</sup> e, con esso, la figura tanto tormentata dell'interesse legittimo; del resto, una delle principali cause delle disparità di trattamento tra impiegati privatizzati e non, sin dal momento di accesso alle dipendenze della p.a., deriva proprio dalla natura delle posizioni giuridiche soggettive, a sua volta intrinsecamente connessa alla differenza tra atti paritetici e autoritativi.

<sup>120</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 217.

<sup>121</sup> V. TAR Lazio sez. I, 01.09.2021, n. 9484; TAR. Lazio sez. I, 07.01.2021, n. 222.

<sup>122</sup> L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 87-88 osserva che «non è facile capire perché, una volta che il giudizio sia diventato la sede in cui si esercita, legittimamente, il potere, alla natura cognitoria della decisione giurisdizionale non si abbini anche una funzione esecutiva, in modo che sia la stessa decisione a tenere direttamente luogo dell'atto dell'amministrazione».

<sup>123</sup> C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 3, 1997, p. 905.

Tale distinguo si riflette in modo costante sulla tutela offerta al dipendente non contrattualizzato. Si è visto che egli, diversamente da quanto avviene in regime privatistico, non può ottenere l'accertamento della subordinazione senza aver preventivamente impugnato gli atti di nomina e di inquadramento. Ciò, peraltro, implica che l'accertamento – se compiuto – passi dal controllo dell'operato dell'amministrazione e quindi si concentri a verificare se siano soddisfatti o meno i bisogni strutturali e funzionali dell'ente. Così, le primarie finalità organizzative a cui sono diretti i citati atti vengono salvaguardate nell'immediato, lasciando però soccombere, almeno in parte, l'esigenza di certezza lamentata dal lavoratore.

Similmente avviene con riguardo alla tutela risarcitoria per il danno da condotte mobbizzanti, che viene addirittura esclusa dal giudice speciale se il dipendente non impugni i singoli atti, di solito molteplici, espressioni del comportamento vessatorio; questa impostazione, coerente con una logica "attocentrica" del giudice speciale, aggrava la posizione del lavoratore in regime pubblico e, inoltre, rischia di sminuire la portata della fattispecie di *mobbing*. Infatti, specie per controllare se sia integrato o meno l'elemento soggettivo, sarebbe necessaria una visione non frazionata del comportamento tenuto dal datore di lavoro.

Si è poi mostrato come le medesime norme possano dar vita, nelle due giurisdizioni, a esiti interpretativi divergenti. È emerso, per esempio, che la disciplina dell'equo indennizzo per causa di servizio viene ricostruita dal giudice ordinario come meramente ricognitiva dei presupposti fissati dalla legge; all'opposto, il giudice speciale ritiene che il beneficio indennitario sia subordinato alla potestà dell'amministrazione. Oppure si pensi alla domanda di trasferimento *ex art. 42-bis* d.lgs. n. 151/2001: se il personale in regime contrattualizzato vanta un diritto alla sede ogniquale non vi siano motivi validi a fondamento del diniego, la stessa pretesa costituisce un interesse legittimo quando il ricorrente è un impiegato pubblico non privatizzato.

Ne derivano delle importanti conseguenze sul piano della portata cognitiva delle sentenze; infatti, il giudice speciale, non potendo accertare la titolarità dell'equo indennizzo, emette una sentenza il cui contenuto dichiarativo è circoscritto alla ricognizione dei vizi dell'atto per palese irragionevolezza, illogicità o difetto di motivazione. Al contrario, il giudice

ordinario, non escludendo l'ammissibilità della suddetta domanda, effettua il controllo sulla sussistenza dei presupposti della pretesa sostanziale, cioè il nesso di casualità tra menomazione e attività svolta, usufruendo peraltro – senza la prudenza che connota il giudice amministrativo – della consulenza tecnica d'ufficio.

Parimenti, mentre il giudice del lavoro accerta la titolarità del diritto di cui all'art. 42-*bis* e condanna ad assegnare temporaneamente la sede, il giudice amministrativo si ferma ad annullare il diniego lesivo dell'interesse legittimo, nonché a ordinare l'adozione di un nuovo atto privo dei vizi dichiarati. Pertanto, può capitare che l'amministrazione neghi la sede in forza di un secondo atto recante vizi diversi da quelli già accertati; in siffatta ipotesi, dovendo tornare in sede di cognizione, si è mostrato come gli stessi giudici speciali possano pervenire a sentenze tra loro difformi.

Se dunque è indubbio che l'intervento di codificazione abbia ampliato il novero di azioni proponibili, d'altro canto è evidente che l'azione di annullamento rappresenti l'asse portante del processo amministrativo quando siano in gioco interessi legittimi. Ciò per scelta dello stesso legislatore, ma soprattutto per la tradizionale necessità di controllare, in modo analitico, la realizzazione dello scopo a cui ogni atto, espressione del pubblico potere, viene vincolato.

Per quanto concerne la tutela di chi abbia maturato il diritto all'assunzione, nell'area privatizzata si perviene all'incisiva sentenza modellata sull'art. 2932 c.c., mentre il dipendente in regime pubblicistico, in quanto titolare di un interesse legittimo alla nomina, può al più ottenere un provvedimento in ottemperanza a una pronuncia *ex art.* 34 comma 1, lett. c), dal momento che vi è comunque necessità di un provvedimento dell'amministrazione.

Di particolare rilievo sono, infine, le sentenze adottate dal giudice ordinario quando l'amministrazione abbia scorrettamente svolto le procedure valutative previste per il conferimento di incarichi dirigenziali o di posizioni organizzative. Invero, nonostante tra la posizione del dipendente e le predette utilità finali, si interponga un'ampia facoltà di scelta del datore di lavoro, il giudice non si arresta a offrire una tutela di carattere risarcitorio, ma mostra che la condanna a un *fàcere* ben può convivere con il potere datoriale; ancora una volta, nel ritagliare il contenuto che



la sentenza deve avere, è centrale il diritto del singolo lavoratore e, dunque, nell'approccio del giudice ordinario, è di primaria importanza comprendere quando tale diritto possa dirsi leso. Il parametro di riferimento diviene esclusivamente la norma che definisce gli spazi di azione reciproca tra le parti del rapporto e, senza alcuna pretesa di inseguire l'utilità finale, poiché subordinata alla scelta dell'amministrazione, il giudice ordinario comprende di dover tutelare, niente di più e niente di meno, della *chance* all'assegnazione dell'incarico. A tal fine, la condanna a ripetere la procedura, nel rispetto delle regole poste a delimitazione del potere, si presta come la più confacente alla piena soddisfazione del dipendente, poiché così non si vede costretto a dover ricorrere più volte al giudice cognizione, come potrebbe invece avvenire a seguito del mero annullamento dell'atto illegittimo.