

Aspetti problematici del riparto di giurisdizione tra giudice del lavoro e giudice amministrativo

di D. Iaria - 2 Dicembre 2024

Il presente intervento mira a delineare i confini della giurisdizione del giudice ordinario a seguito della privatizzazione e contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei pubblici impiegati, evidenziando taluni degli ambiti in cui sussistono tuttora dubbi interpretativi, pur essendo ormai trascorsi oltre venticinque anni da tale riforma.

Prima di soffermarsi sulle fattispecie che presentano profili di incertezza sembra opportuno richiamare alcuni aspetti che possiamo considerare oramai assodati.

Anzitutto il passaggio della giurisdizione sulle controversie inerenti al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti dal giudice amministrativo al giudice ordinario costituisce la proiezione sul piano processuale della scomparsa sul piano sostanziale di posizioni di potere pubblico e, quindi, di interessi legittimi nella gestione del rapporto lavoro predetto.

Pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario trova la sua ovvia giustificazione nel fatto che di fronte ad esso si discute di diritti soggettivi e non di interessi legittimi; si tratta, quindi, di una giurisdizione basata sul criterio ordinamentale generale di riparto giurisdizionale fondato sulla distinzione tra situazioni giuridiche soggettive e quindi non di una giurisdizione per materia e cioè esclusiva.

Questa è oramai la posizione interpretativa prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza; tuttavia, ogni tanto emergono anche delle posizioni minoritarie alimentate anche da una certa imprecisione ravvisabile anche in qualche sentenza della Corte di Cassazione.

Correlativamente anche la giurisdizione sulle controversie in tema di accesso concorsuale all'impiego mantenuta in capo al giudice amministrativo dall'art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 non è una giurisdizione esclusiva ma rientra nella giurisdizione generale di legittimità sui procedimenti e sui provvedimenti amministrativi.

Perciò nei casi in cui il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione si costituisca all'esito di un procedimento concorsuale, il discrimine tra le due giurisdizioni è dato dalla approvazione della graduatoria che definisce la procedura pubblicistica.

Fissate queste basilari coordinate interpretative, gli ambiti in cui sono ravvisabili delle criticità sul piano del riparto giurisdizionale attengono soprattutto alle progressioni verticali selettive intra ed extra fascia, alla gestione delle graduatorie, alla mobilità selettiva, agli atti programmatori di scelta del metodo di provvista del personale e più in generale agli atti macro organizzativi specie laddove si pongano in rapporto di presupposizione rispetto ad atti privatistici micro organizzativi o di gestione del rapporto di lavoro.

Limitando il mio intervento giustappunto al sindacato degli atti macro organizzativi presupposti è inevitabile confrontarsi con il non chiarissimo disposto dell'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/01 che, come noto, prevede che «Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al la-

voro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo».

Per una corretta esegesi e poi applicazione di questa disposizione processuale occorre avere ben chiara la portata dell'istituto della disapplicazione che trova ancora la sua fonte negli articoli 4 e 5 della l. 25 giugno 1865, n. 2359, Allegato E sulla abolizione del sistema del contenzioso amministrativo.

L'art. 4 dispone che «Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso». Il successivo art. 5 correlativamente prescrive che «In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

Non prevedendo detta legge del 1865 la istituzione di un giudice amministrativo preposto al controllo e al sindacato degli atti amministrativi, la portata della disapplicazione da parte del giudice ordinario avrebbe potuto avere una notevole estensione.

Tuttavia è parimenti noto che, a seguito della istituzione nel 1889 della quarta sezione del Consiglio di Stato con funzioni giurisdizionali, la cognizione con poteri di annullamento degli atti amministrativi è stata devoluta a questo nuovo giudice speciale e con tale attribuzione si è rapidamente affermato il principio di imperatività del provvedimento amministrativo e di correlativa degradazione ad interesse legittimo di ogni eventuale diritto toccato dal provvedimento stesso; insomma come, con felice sintesi, diceva Mortara, dove c'è potere non ci può essere diritto.

Ed allora da oltre un secolo per far valere la illegittimità di un provvedimento amministrativo non vi è che la strada della sua impugnazione diretta di fronte al Giudice Amministrativo (o mediante ricorso straordinario al Capo dello Stato).

Ne consegue che, sostanzialmente da fine '800, la disapplicazione si è, per così dire, sgonfiata essendosi affermato che il giudice ordinario può conoscere solo incidentalmente dell'atto amministrativo nell'ambito di una controversia tra privati (e poi anche con una pubblica amministrazione) esclusivamente nel caso in cui questo non costituisca l'oggetto principale della domanda ma laddove comunque l'accertamento della sua legittimità rilevi in quel giudizio per fondare la pretesa dell'una o dell'altra parte.

Pertanto, ai sensi dell'art. 5 della legge del 1865, sono radicalmente escluse la cognizione e la disapplicazione dirette dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario.

In costanza di questi limiti della disapplicazione giudiziale, più volte ribaditi dalla giurisprudenza, il legislatore nel 1998 ha previsto un potere di disapplicazione da parte del giudice del lavoro avente ad oggetto gli atti amministrativi presupposti rispetto agli atti gestionali.

Ed allora assume rilievo chiedersi: di che disapplicazione si tratta?

Prima di provare a dare una risposta a questo quesito può essere utile soffermarsi a elencare le principali tipologie di controversie nelle quali possono assumere rilievo ai fini del decidere la controversia lavoristica gli atti amministrativi presupposti.

Le fattispecie sicuramente più rilevanti attengono alle modifiche organizzative, alla determinazione delle piante o dotazioni organiche e alla correlativa eventuale soppressione o modificazione di posti e di incarichi, alla pesatura delle posizioni dirigenziali, alla costituzione dei fondi necessari per la erogazione del trattamento retributivo variabile.

Normalmente l'oggetto della controversia portata avanti al giudice del lavoro attiene quindi, ad esempio, ad un licenziamento o a all'assegnazione di un incarico di diverso livello o ad una mobilità che derivano però dalla modificazione del disegno macro-organizzativo dell'Ente oppure concernono il diritto al percepimento di un certo trattamento economico che può essere condizionato in qualche misura dalle modalità di costituzione e di ripartizione di un determinato fondo.

In tutti questi casi è chiaro che il reale oggetto della controversia è l'atto organizzativo presupposto perché l'atto di gestione successivamente adottato risulta meramente consequenziale ad esso.

Ma se è così, ben si comprende che il giudice del lavoro non potrebbe conoscere detto atto organizzativo presupposto ai fini dell'eventuale sua disapplicazione, perché non si tratterebbe di una cognizione meramente incidentale di un atto non costituente l'oggetto principale della controversia; al contrario si tratterebbe proprio della cognizione dell'atto centrale della controversia che, come tale, il lavoratore dovrebbe dunque ritualmente e tempestivamente impugnare di fronte al giudice amministrativo, salvo poi esperire successivamente un'azione lavoristica di fronte al giudice ordinario per far valere il diritto compresso o soppresso dall'atto gestionale consequenziale al provvedimento amministrativo presupposto in ipotesi annullato dal giudice amministrativo.

Questa ricostruzione, che discende pianamente dal considerare la disapplicazione prevista dall'art. 63 d.lgs. n. 165/01 come un caso della più generale disapplicazione della legge del 1865, non può risultare soddisfacente sul piano della effettività della tutela considerato che potrebbe costringere il lavoratore a sostenere cinque gradi di giudizio (prima TAR e Consiglio di Stato e poi Tribunale, Corte d'Appello e Cassazione) e cioè ad ottenere la risposta definitiva della Giustizia non prima di quindici anni calcolando, per il vero anche ottimisticamente, tre anni per ogni grado di giudizio, il tutto senza parlare degli oneri economici correlativi che probabilmente lo disincentiverebbero dall'avviare la lite.

Siccome il legislatore con il d.lgs. n. 80/98 ha introdotto la disapplicazione da parte del giudice del lavoro proprio in risposta alle critiche che la dottrina aveva avanzato sul testo dell'art. 68 del d.lgs. n. 29/93 che, non prevedendola, sicuramente obbligava il lavoratore pubblico al defaticante percorso giurisdizionale su indicato, è ragionevole ipotizzare che det-

ta disapplicazione prevista nel 1998 servisse e serva a concentrare di fronte al giudice del lavoro l'intera controversia comprensiva quindi della cognizione, ancorché incidentale, sulla legittimità degli atti amministrativi presupposti e che il richiamo alla disapplicazione sia stato fatto per non introdurre un vero e proprio potere di annullamento degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario che sarebbe potuto essere avvertito come sistematicamente eversivo e rivoluzionario.

Ma ciò non toglie che, se si vuole dare un senso a tale disapplicazione lavoristica e cioè evitare che la norma rimanga priva di una sua concreta possibilità applicativa, sembra inevitabile attribuire ad essa una portata diversa da quella prevista dalla disapplicazione generale di cui al citato articolo 5 della legge del 1865.

Sul punto la posizione della dottrina e della giurisprudenza prevalenti è decisamente contraddittoria.

Difatti la giurisprudenza ha fin da subito osservato e poi più volte ribadito che «la formulazione della norma in questi termini mostra che si è in presenza di un semplice richiamo, con specifico riferimento alle controversie di lavoro e finalità prevalentemente chiarificatrici, dell'istituto processuale disciplinato in via generale dall'art. 5 l. 2248/1865, All. E.

È evidente, infatti, il riferimento a quei casi in cui la decisione sul rapporto giuridico dedotto in causa non è possibile senza conoscere, in via indiretta, ossia meramente incidentale, di un provvedimento amministrativo che costituisce il presupposto di una determinata conformazione del rapporto stesso, provvedimento che il giudice ordinario non può annullare, ma solo considerare *tamquam non esset*, ove ne riscontri la non conformità a legge, ai soli fini della decisione della controversia e con effetti limitati al processo ».

«È incontestabile che allo stesso dipendente che domanda tutela dei diritti soggettivi mediante disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto che sia rilevante per la decisione, è attribuita anche la facoltà di impugnare lo stesso atto in sede di giurisdizione amministrativa per ottenerne l'annullamento. L'istituto della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, infatti, comporta inevitabilmente l'ammissibilità di una doppia tutela, ancorché, sul piano strettamente tecnico, a ciascuna di essa corrisponde una situazione protetta nettamente differenziata» (Cass., 5 marzo 2003, n. 3252).

Ma così statuendo la Corte di Cassazione in realtà per un verso riconduce questa specifica disapplicazione a quella generale dell'art. 5, che non può dispiegarsi sull'atto amministrativo lesivo ma subito dopo contraddittoriamente asserisce che il Giudice del lavoro possa incidentalmente conoscere di tale atto disapplicandolo.

Ovviamente se si ritenesse che l'atto organizzativo che sopprime un posto da cui discende in modo pressoché consequenziale e vincolato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo non sia l'oggetto diretto della controversia e che detto atto organizzativo sia un mero antecedente estraneo alla fattispecie del licenziamento, allora, per così dire, tutto tornerebbe.

Ma è chiaro che una tale operazione ricostruttiva della fattispecie appare alquanto formalistica perché è il legislatore stesso che qualifica l'atto amministrativo come presupposto di quello privatistico creando un nesso di strettissima interdipendenza tra i due (il giustificato motivo oggettivo del licenziamento risiede invero nell'atto amministrativo organizzativo che sopprime il posto) che inevitabilmente rende il secondo annullabile soprattutto nel caso in cui il primo sia illegittimo.

Se quindi ci si pone in una prospettiva realistica, quello che rileva ai fini della tutela del lavoratore nella suddetta tipologia di contenziosi lavoristici è essenzialmente la verifica della legittimità dell'atto amministrativo organizzativo presupposto.

Ma se la realtà e la sostanza sono queste e se la disapplicazione di cui all'art. 5 della legge del 1865 non consente al giudice ordinario la cognizione incidentale dell'atto amministrativo oggetto principale della controversia, delle due l'una: o si conclude che l'atto amministrativo di macro-organizzazione non possa mai essere disapplicato dal giudice ordinario ma possa essere soltanto impugnato tempestivamente dinanzi al giudice amministrativo onde ottenerne l'annullamento

oppure, per ammettere una tale cognizione incidentale da parte del giudice del lavoro, non resta che prendere atto che il legislatore del 1998 abbia introdotto, in una logica di perseguimento dell'effettività della tutela del lavoratore, una disapplicazione "diversa".

D'altronde se il legislatore del 1998 con l'art. 63 avesse inteso riferirsi alla disapplicazione dell'art. 5 della legge del 1865 non avrebbe avuto bisogno di farlo perché l'articolo 5 ovviamente trovava e trova applicazione in qualsivoglia giudizio di fronte al giudice ordinario e quindi anche di fronte al giudice del lavoro; insomma, si sarebbe trattato e si tratterebbe di una disposizione processuale assolutamente superflua.

Ne consegue che la disapplicazione dell'articolo 63 del d.lgs. n.165/01 è diversa da quella generale ottocentesca dell'articolo 5 perché ha ad oggetto un provvedimento amministrativo che può costituire l'oggetto principale della controversia; significa dunque che siamo in presenza di una disapplicazione *sui generis* che possiamo chiamare diretta la quale produce effetti non troppo differenti da quelli caducatori tipici dell'annullamento da parte del giudice amministrativo.

Questa ricostruzione consente anche di evitare la configurazione di un doppio binario giurisdizionale a disposizione del lavoratore pubblico e cioè della facoltà per lui di richiedere anche contemporaneamente sia l'annullamento al giudice amministrativo che la disapplicazione al giudice del lavoro del medesimo atto amministrativo perché quest'ultima sarebbe per lui assolutamente soddisfattiva e di evitare quindi il rischio di possibili contrasti tra i pronunciamenti delle due autorità giurisdizionali.

La possibilità per il lavoratore di instaurare un parallelo, anche se non comunicante, giudizio amministrativo al lato del processo del lavoro, può determinare infatti decisioni contraddittorie, dato che l'atto successivamente annullato con effetti di giudicato dal giudice amministrativo potrebbe essere stato dal giudice del lavoro giudicato incidentalmente legittimo e quindi concretamente da applicarsi, e viceversa; è vero che formalmente non si avrebbe un contrasto di giudicati (perché l'accertamento del giudice ordinario avverrebbe in via incidentale) ma nella sostanza, eccome se si configurerebbe.

Questa lettura dell'articolo 63 del d.lgs. n. 165/01 risulta compatibile con l'ivi prevista non sospensione del processo laddove sia pendente contro l'atto da disapplicare un giudizio di fronte al giudice amministrativo.

Tale eventualità deriva non dall'esistenza del cosiddetto doppio binario e cioè dalla facoltà per il lavoratore pubblico di impiantare due cause aventi ad oggetto sostanzialmente gli stessi atti di fronte ai due giudici ma dalla possibilità che della legittimità dell'atto organizzativo si discuta di fronte al giudice amministrativo nell'ambito di un contenzioso instaurato non da parte del lavoratore ma instaurato, ad esempio, da parte di soggetti pubblici o privati interessati alla rimozione dell'assetto organizzativo determinato da quel provvedimento (ad esempio, dalla soppressione di un plesso scolastico in una determinata località possono sì derivare conseguenze sul piano lavoristico di cui potrebbe conoscere il giudice ordinario ma possono derivare conseguenze assai pregiudizievoli anche per una certa collettività servita fino a quel momento da quella scuola).

Ebbene questa ricostruzione volta a concentrare in modo effettivo la tutela di fronte al solo giudice del lavoro ha finora faticato ad affermarsi con chiarezza, sia per la non linearità dei pronunciamenti della Cassazione, sia per la tendenza di molti giudici amministrativi a cercare di conservare qualche spazio di cognizione su una materia, quella del pubblico impiego, che ritengono essere stata loro arbitrariamente "scippata" ancorché sia stata, secondo loro, amministrata giudizialmente in modo ottimale fino al 1998; il che, sia chiaro, non è assolutamente vero perché il giudice amministrativo è stato (e continua ad esserlo nei settori non privatizzati) un pessimo giudice delle controversie lavoristiche per la semplice ragione che attribuisce quasi sempre prevalenza alla malintesa esigenza di tutela dell'interesse pubblico e quindi delle ragioni dell'ente pubblico datore di lavoro specie nei contenziosi aventi contenuto patrimoniale.

Pertanto, si assiste talvolta in giurisprudenza all'affermazione dell'esistenza del doppio binario sovente con un'implicita affermazione della regola di riparto giurisdizionale del *petitum* formale che ovviamente contraddice la regola generale viceversa esplicitamente più volte proclamata del *petitum* sostanziale.

D'altronde se il lavoratore può scegliere il giudice a seconda di come imposta la domanda, anche se in fin dei conti continua a chiedere fondamentalmente la stessa cosa e cioè la declaratoria di illegittimità dell'atto organizzativo presupposto, è evidente che il criterio di riparto che concretamente assume rilievo è quello meramente formale e non quello sostanziale.

È anche vero che la tesi della c.d. doppia tutela o del doppio binario (Cass. n. 2352/2003, cit.) è stata in molte occasioni sconfessata dalla stessa Corte (Cass., 28 maggio 2013, n. 13178; Cass., 27 dicembre 2011, n. 28806) ma le soluzioni proposte non risultano chiare e consolidate.

Sembrano infatti contrapporsi almeno due orientamenti.

Il primo orientamento è rivolto a concentrare la cognizione degli atti presupposti attraverso il meccanismo dell'accertamento incidentale e della disapplicazione presso l'A.G.O. (Cass., 3 febbraio 2020, n. 2361; Cass., 17 dicembre 2018, n. 32625; Cass., 17 giugno 2013, n. 15117; Cass., 27 dicembre 2011, n. 28806; Cass., 1° dicembre 2009, n. 25254).

Al riguardo, pur apprezzandosi tali pronunciamenti della Suprema Corte in senso espansivo del potere di disapplicazione, va evidenziato tuttavia che alla disapplicazione diretta essa arriva di frequente attraverso una qualificazione vaga, forse volutamente, dell'atto presupposto che quindi potrebbe essere anche inteso non come atto organizzativo ma come atto espressivo di potere privatistico.

Ad esempio nelle controversie attinenti alla costituzione e ripartizione dei fondi per il trattamento retributivo variabile se ne è esclusa talvolta la rilevanza macro organizzativa pubblicitica affermandosi che, quanto meno quelli delle aziende sanitarie locali sarebbero atti privatizzati perché dette aziende *“operano secondo principi di natura imprenditoriale”* (Cass., 28 giugno 2019, n.17568); con il che resta il dubbio sulla sorte degli analoghi atti ove adottati da un diverso ente pubblico nell'esercizio di poteri indiscutibilmente pubblicitici (per la giurisdizione del giudice ordinario e per la correlativa facoltà di disapplicazione Cass., 8 febbraio 2024, n. 3605; 5 dicembre 2023, n. 33975; contra Cass., 17 novembre 2017, n. 27285 che ha invece ritenuto che gli atti di determinazione del fondo siano autoritativi e perciò da impugnarsi innanzi al giudice amministrativo).

Il secondo orientamento, viceversa, sembra rivolto ad attribuire la cognizione di detti atti al giudice amministrativo ogni qual volta essi costituiscano l'oggetto principale e diretto della controversia ancorché questa concerna degli atti gestionali consequenziali (Cass., 10 novembre 2010, n. 22799; Cass., 25 settembre 2009, n. 20642; Cass., 4 aprile 2007, n. 8363, Cass., 13 luglio 2006, n.15904; Cons. Stato, 6 dicembre 2012, n. 6261; Cons. Stato, 7 settembre 2012, n. 4578, con riferimento a fattispecie nelle quali viene asserita la immediata lesività dell'atto presupposto).

In particolare, in tali decisioni viene osservato che la rilevanza diretta dell'atto presupposto si ha ogni qual volta la rimozione di esso sia necessaria per ottenere poi la tutela di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo di diritto privato (Cass., 9 febbraio 2009, n. 3052; Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5184).

La Corte di Cassazione ha manifestato anche una posizione leggermente diversa in base alla quale,

per un verso, va ammessa esclusivamente l'azione del lavoratore di fronte al giudice ordinario

ogni qual volta la tutela del diritto fatto valere passi per la cognizione incidentale dell'atto presupposto ma la sua tutela sia garantita dalla disapplicazione di quest'ultimo; per altro verso,

va riconosciuta la legittimazione ad impugnare tali atti innanzi al giudice amministrativo ai soggetti terzi rispetto al rapporto di lavoro (nella specie una associazione sindacale). Per ulteriore verso ancora, la Corte ha mitigato la prima statuizione riconoscendosi in capo ai lavoratori una posizione di interesse legittimo azionabile di fronte al giudice amministrativo, ogni qual volta l'utilità materiale perseguita possa essere raggiunta non con la semplice rimozione degli effetti dell'atto presupposto tipica della disapplicazione ma solo con il riesercizio in senso favorevole del potere

amministrativo conseguente l'annullamento dell'atto da parte del giudice amministrativo

(Cass., 7 luglio 2014, n.15427; Cass., 8 novembre 2005, n. 21592; v. anche Cass., 5 giugno 2006, n. 13169).

Quest'ultimo orientamento giurisprudenziale sembra in qualche misura ricollegabile alla posizione espressa da alcuni autori secondo i quali il divieto di pregiudizialità e della stessa disapplicazione degli atti amministrativi sarebbero dei falsi problemi perché gli atti amministrativi, essendo espressivi della capacità di diritto pubblico, rimarrebbero normalmente estranei al rapporto di lavoro, sicché per il lavoratore in quanto tale le scelte organizzative datoriali “presupposte” non sarebbero di regola sindacabili attenendo alla incoercibile libertà di intrapresa economica, costituzionalmente garantita art. 41 Cost., al datore di lavoro; pertanto la lesione del diritto del lavoratore non potrebbe mai derivare da un atto amministrativo presupposto del quale, quindi, il lavoratore

non potrebbe richiedere la disapplicazione al giudice del lavoro, né l'annullamento al giudice amministrativo, in quanto la non inerenza al rapporto di lavoro di tali atti pubblicistici, farebbe

sì che l'interesse del dipendente non possa essere differenziato rispetto a quello facente capo al
chiunque.

Altri autori, peraltro, pur negando per le ragioni suesposte l'impugnabilità degli atti amministrativi presupposti innanzi al giudice amministrativo da parte del lavoratore, sembrano ammetterne la disapplicabilità da parte del giudice ordinario.

La posizione contraria e cioè favorevole all'impugnabilità degli atti organizzativi presupposti davanti al giudice amministrativo è in sede scientifica argomentata sulla peculiarità della posizione del datore di lavoro pubblico, i cui poteri organizzativi pubblicistici risultano funzionalizzati e come tali orientati al perseguimento dell'interesse pubblico *ex art. 97 Cost.* e dunque sindacabili, alla stregua di ogni altro potere discrezionale, dal giudice amministrativo, su istanza di coloro che si dimostrino portatori di una situazione di interesse differenziato e qualificato; tra questi devono essere compresi quei lavoratori che dallo scorretto esercizio del potere possano ricavare un pregiudizio ad un bene della vita meritevole di tutela quale è una certa posizione di lavoro.

Infine merita rammentare che taluni degli autori che propugnano il sistema a doppia tutela tuttavia

esprimono dubbi sulla configurabilità di un interesse “attuale” del lavoratore all'impugnativa dell'atto presupposto in quanto non immediatamente ed autonomamente lesivo e sulla impossibilità di una sua impugnativa successiva, temporalmente collocabile al momento dell'adozione

dell'atto consequenziale di gestione del rapporto, non essendo i due atti impugnabili contestualmente, visto che del secondo può conoscere il solo giudice ordinario.

Non meno soddisfacenti risultano quelle pronunce del giudice di legittimità (Cass, 3 luglio 2023, n. 18720) nelle quali la giurisdizione del giudice amministrativo o del giudice ordinario sull'atto presupposto sembra essere fatta dipendere dal carattere discrezionale o vincolato del provvedimento amministrativo rilevante, dimenticando che, se è vero che di fronte al potere discrezionale sussistono posizioni di interesse legittimo, non è vero che di fronte al po-

tere vincolato sussistano sempre diritti soggettivi tant'è che il giudice amministrativo si occupa con grandissima frequenza della impugnazione di atti amministrativi vincolati.

D'altronde se la mancanza di discrezionalità costituisse l'elemento dirimente per negare l'esistenza del potere amministrativo si dovrebbe ipotizzare un futuro prossimo di trasloco di gran parte delle controversie amministrative al giudice ordinario quale conseguenza della inevitabile estensione quantitativa dei provvedimenti algoritmici o comunque basati su qualche intelligenza o demenza artificiale.

Come già si è detto non meno univoche appaiono le soluzioni offerte dalla giurisprudenza e dalla dottrina con specifico riferimento al potere di disapplicazione affermandosi talvolta che la disapplicazione sia consentita laddove risulti sufficiente per dare piena tutela al lavoratore e viceversa che debba essere negata laddove la declaratoria incidentale di illegittimità del provvedimento macro-organizzativo imponga il riesercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

Si tratta all'evidenza di una soluzione comprensibile sul piano teorico ma quanto mai inappagante sul piano pratico sia perché non è mai chiaro il confine tra le due tipologie di fattispecie sia perché esse sono, per così dire, molto spesso prospettate in giudizio in via graduata dal lavoratore nel senso che egli magari in via principale chiede l'affermazione piena di un suo certo diritto sostanziale ed in subordine chiede che sia riconosciuto quanto meno il suo diritto strumentale a che l'amministrazione pubblica si ridetermini nel rispetto della legalità.

In definitiva sarebbe auspicabile che la giurisprudenza di legittimità si indirizzasse in modo deciso e univoco nel senso di ammettere che il giudice del lavoro e solo lui possa sempre conoscere degli atti organizzativi presupposti mediante la loro diretta peculiare disapplicazione introdotta dall'art. 63 d.lgs. n. 165/01 e ciò indipendentemente dalla tipologia di effetti che dalla disapplicazione stessa possono derivare sui diritti fatti valere, nel senso che la disapplicazione può consentire la tutela piena e immediata del diritto sostanziale come pure può consentire il riconoscimento del diritto ad un nuovo riesercizio del potere.

Pertanto, esemplificativamente, laddove un dirigente richieda l'accertamento del suo diritto alla scorretta erogazione del trattamento economico variabile lamentando la illegittimità degli atti presupposti per erronea costituzione del fondo, per erronea ripartizione dello stesso, per erronea pesatura della propria posizione o per violazione delle norme procedurali previste dal CCNL, in ogni caso la disapplicazione di tali atti da parte del giudice del lavoro può determinare un effetto utile consentendo in tesi il riconoscimento del diritto a contenuto patrimoniale oppure in ipotesi il diritto alla rinnovazione delle procedure determinative dei fondi o della pesatura.

Analogamente in caso di licenziamento o di revoca di un incarico quale conseguenza diretta del presupposto atto di soppressione del posto, la disapplicazione di tale atto, ancorché ipoteticamente correlato ad una più ampia manovra organizzativa, può consentire il riconoscimento del diritto del dirigente ad ottenere la adeguata tutela ripristinatoria o per equivalente.

Si tratta di una soluzione che, in quanto ispirata al basilare principio di effettività della tutela, risulta preferibile rispetto ad ogni altra che pur possa farsi apprezzare sul piano delle geometrie giuridiche teoriche.



Domenico Iaria, avvocato in Firenze