

Davanti a questa eventualità, l'art. 11, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 75/2017 (nuovo art. 40, co. 3-ter, d.lgs. n. 165/2001) prevede che, nel rispetto dei **principi di correttezza e buona fede fra le parti**, l'amministrazione interessata possa provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione, avendo cura nel frattempo di proseguire le trattative "al fine di pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo".

Nel testo precedente dell'art. 40, d.lgs. n. 165/2001 il presupposto dell'esercizio del potere di surroga unilaterale della contrattazione integrativa corrispondeva al "*fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica*", mentre la disposizione attuale richiede il previo accertamento di un "*pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa*". Il decreto delegato specifica inoltre che l'esercizio del potere surrogatorio deve avvenire "*nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede tra le parti*"; principi dei quali è immediata conseguenza il dovere dell'amministrazione, subito specificato, di proseguire le trattative in vista di una sollecita conclusione dell'accordo. Viene poi prevista la possibilità dei contratti collettivi nazionali di individuare una norma per cui, decorso infruttuosamente un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata, l'amministrazione interessata può "in ogni caso" provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo.

Questi elementi consentono di valutare il modo in cui la riforma Madia ha contribuito alla definizione del sistema delle fonti e, dunque, al grado di privatizzazione del regime del lavoro pubblico. Così come accadde con la riforma del 2009, il senso è quello di lasciare sulla carta il sistema "duale" di fonti, la legge e la contrattazione nazionale, ciascuna con la propria competenza, per tendere sostanzialmente a un sistema triadico (legge, contrattazione nazionale, contrattazione decentrata "cedevole"), i cui equilibri si spostano naturalmente a vantaggio dell'amministrazione.

5. Gli atti di organizzazione e gli atti di gestione

L'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001 precisa, al co. 2, che, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, co. 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

È questo un effetto della c.d. “**seconda fase della privatizzazione**”, che ha spostato la tradizionale linea di confine tra regime pubblicistico e privatistico, in precedenza corrispondente alla distinzione tra atti di organizzazione e atti di gestione, includendo sul versante privatistico parte dell'attività organizzativa.

Si crea in questo modo una distinzione tra i c.d. “**atti di macro-organizzazione**”, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, assoggettati a principi e regole pubblicistiche e **atti di micro-organizzazione**, con cui si dispone l'organizzazione dei singoli uffici, regolati dalla disciplina privatistica.

Gli atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati sono espressione della capacità di diritto privato e, correlativamente, i poteri di gestione del personale rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, a uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati.

Tuttavia, la distinzione tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione non è sempre agevole e altrettanto non chiara può apparire la linea di confine tra le scelte di fondo sull'organizzazione amministrativa e gli atti aventi effetti diretti sui rapporti di lavoro.

Nessun problema interpretativo sorge invece per tutti gli atti di gestione del rapporto, posti in essere con atti privatistici e in relazione ai quali la giurisdizione spetta al g.o.

Dal momento dell'assunzione fino a quello della risoluzione del rapporto ogni questione attinente alla singola posizione del pubblico dipendente rientra nel concetto di gestione del rapporto, compresi – ad esempio – tutti i profili attinenti ai procedimenti disciplinari; la responsabilità disciplinare del pubblico dipendente “contrattualizzato” trova oggi la sua fonte, oltre che nelle disposizioni di legge, nelle specifiche previsioni della contrattazione collettiva, che impongono – anche contrattualmente appunto – al dipendente di tenere una condotta consona con le funzioni esercitate e prevedono modalità del procedimento e entità delle sanzioni disciplinari.

6. Le principali deroghe rispetto alla disciplina del rapporto di lavoro privato

Le principali differenze che permangono tra la disciplina del lavoro “privatizzato” alle dipendenze della P.A. e il lavoro privato *tout court*

9. Privatizzazione del rapporto di pubblico impiego e riparto di giurisdizione

Sul piano del riparto della giurisdizione, la privatizzazione del pubblico impiego ha determinato il passaggio dalla giurisdizione esclusiva del g.a. alla giurisdizione ordinaria

Il processo di privatizzazione del pubblico impiego ha determinato un mutamento anche nella qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive del dipendente che, di fonte ad atti che la P.A. adotta con poteri privatistici, non sono più interessi legittimi, ma diritti soggettivi o, forse meglio, interessi legittimi di diritto privato.

Per quanto riguarda l'ambito della nuova giurisdizione ordinaria, l'attuale art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 devolve alla giurisdizione del g.o. tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, a eccezione dei settori non privatizzati, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, la responsabilità dirigenziale, i comportamenti antisindacali, la contrattazione collettiva, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti.

Tra le controversie riservate alla giurisdizione ordinaria, sono, quindi, espressamente menzionate quelle relative al conferimento e alla revoca degli incarichi dirigenziali; al riguardo la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario si giustifica con la natura privatistica dell'atto e con la qualificazione in termini di diritto soggettivo delle posizioni giuridiche tutelabili davanti all'A.G.O. L'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario non integra un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, cui, infatti, è stato attribuito non il potere di annullamento ma solo quello di disapplicare nel processo ordinario gli atti amministrativi "presupposti".

9.1. *Le controversie che restano attribuite alla giurisdizione amministrativa*

La devoluzione delle controversie al giudice ordinario ha sole due eccezioni, in cui permane la giurisdizione del giudice amministrativo:

- a) **le controversie in materia di procedure concorsuali** per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni;
- b) **in sede di giurisdizione esclusiva**, le controversie, comprese

quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi, relative ai rapporti di lavoro del personale, che resta in regime di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3 dello stesso d.lgs. n. 165/2001 (c.d. "personale non contrattualizzato"); i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, i dipendenti di alcune autorità amministrative indipendenti e degli enti pubblici che svolgono attività nell'ambito di determinate materie (funzione creditizia e valutaria; tutela del risparmio, borsa, mercato dei valori mobiliari; tutela della concorrenza del mercato), il personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario e il personale volontario di leva, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria, i professori e i ricercatori universitari.

Si tratta di una giurisdizione piena, estesa, a differenza di quanto prevedeva la precedente giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego, anche a tutti i diritti patrimoniali consequenziali e, quindi, al risarcimento del danno.

Negli altri casi le controversie appartengono alla giurisdizione ordinaria, sempre che si tratti di rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; per quanto concerne altre tipologie di rapporto (di lavoro autonomo, incarico professionale, servizio onorario), resta fermo il tradizionale criterio di riparto, fondato sulla natura della posizione soggettiva. Per il **servizio onorario**, ad esempio, deve ritenersi sussistente la giurisdizione amministrativa per l'impugnazione degli atti di nomina e revoca dei vertici di enti pubblici (presidenti, consiglieri di amministrazione, commissari straordinari), dovendosi escludere l'instaurazione di un rapporto di pubblico impiego e avendo l'atto di conferimento natura di provvedimento amministrativo con conseguente qualificazione della posizione giuridica in termini di interesse legittimo.

9.2. La disapplicazione da parte del g.o. degli atti amministrativi presupposti

Per le controversie devolute alla giurisdizione ordinaria, quando vengono in **rilievo atti amministrativi presupposti**, il giudice ordinario, se illegittimi, può disapplicarli, senza che l'impugnazione degli stessi davanti al giudice amministrativo sia causa di sospensione del processo.

Per atti amministrativi presupposti devono intendersi essenzialmente gli **atti di macro-organizzazione**, in quanto gli atti di micro-organizzazione rientrano oggi nel versante privatistico e non sono quindi qualificabili come amministrativi, costituendo espressione del potere del datore di lavoro privato.

La circostanza che l'art. 63 preveda espressamente **sia il potere del g.o. sia di disapplicare l'atto amministrativo presupposto**, sia l'eventualità che lo stesso provvedimento **possa essere impugnato dinanzi al g.a.** ha sollevato il dubbio che la norma in esame abbia reintrodotta una eccezionale forma di **c.d. "doppia tutela"**, in cui, cioè, di fronte a un atto di macro-organizzazione, la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo dipende, non più dalla natura della situazione giuridica soggettiva (*causa petendi*), bensì dal *petitum* formale della domanda proposta dal dipendente, che quindi potrebbe rivolgersi contestualmente sia al g.o., chiedendo la disapplicazione dell'atto di macro-organizzazione, sia al g.a., chiedendone l'annullamento.

In realtà, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha chiarito che la norma in questione non introduce alcune forme di doppia tutela e che, pertanto, dinanzi all'atto amministrativo di macro-organizzativo, la giurisdizione da adire, da parte del lavoratore, è sempre e solo una.

A seconda del ruolo che l'atto presupposto assume nell'economica della fattispecie, il giudice competente sarà o il g.a. oppure il g.o., ma è escluso che si possa chiedere all'uno l'annullamento e all'altro la disapplicazione. In particolare, **se l'atto amministrativo presupposto rappresenta la vera fonte della lesione**, che incide direttamente sulla sfera soggettiva del dipendente, e rispetto ad esso l'atto di gestione ha un ruolo per così dire marginale, allora la lesione deriva dall'esercizio di un potere autoritativo, con conseguente qualificazione della relativa pretesa in termini di interesse legittimo e giurisdizione amministrativa. Ciò deve ritenersi che accada tutte le volte in cui l'utilità materiale cui si aspira può essere conseguita non con la mera rimozione degli effetti che l'atto produce sul rapporto giuridico (che è il solo ambito riconoscibile al potere di disapplicazione del giudice ordinario), ma con l'esercizio in senso favorevole del potere amministrativo, risultato ottenibile soltanto all'esito del controllo del giudice amministrativo. In altri termini, di fronte alla titolarità di poteri pubblici, gli interessi di tipo pretensivo non consentono che la controversia sia ricondotta all'area del rapporto e del diritto soggettivo, non offrendo il giudizio ordinario spazi di tutela. (Cass. 13 ottobre 2005, n. 21592).

Invece la giurisdizione appartiene al giudice ordinario quando il giudizio investe direttamente atti di gestione del rapporto, in relazione ai quali i suddetti provvedimenti di autoregolamentazione costituiscono solamente atti presupposti (Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2001, n. 16218; Id., 16 ottobre 2003, n. 15490).

Così, ad esempio, se un dipendente si lamenta di essere stato trasferito (atto di gestione) perché l'ufficio in cui lavorava è stato soppresso in sede di riorganizzazione dell'ente (atto presupposto di macro-organizzazione), la tutela cui egli aspira (essere reintegrato nell'ufficio soppresso), presuppone necessariamente l'annullamento dell'atto di macro-organizzazione che ha "cancellato" l'ufficio, rivelandosi, per contro, insufficiente la mera disapplicazione di tale atto, che di per sé non consentirebbe al g.o. di ordinare la reintegrazione in un ufficio che non esiste più.

Viceversa se un dirigente si lamenta che il suo incarico è stato revocato in applicazione di criteri (fissati da un atto di macro-organizzazione sul conferimento degli incarichi dirigenziali) che egli assume illegittimo, per la sua tutela sarà sufficiente la disapplicazione da parte del g.o. dell'atto presupposto illegittimo.

9.3. Il riparto di giurisdizione per le controversie relative ai concorsi

È stato già evidenziato come una delle ipotesi di permanenza della giurisdizione del giudice amministrativo sia rappresentata dalle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 63, co. 4, del d.lgs. n. 165/2001).

Si tratta di una giurisdizione di legittimità, e non esclusiva, e ciò in quanto si è in presenza di procedure concorsuali, regolate dal diritto amministrativo e i cui partecipanti sono titolari di meri interessi legittimi al corretto svolgimento della selezione.

Al riguardo si era posto il problema interpretativo dell'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo anche ai c.d. "**concorsi interni**", riservati ai dipendenti della P.A.

La giurisprudenza della Cassazione originariamente si era orientata nel senso di ritenere riservate al g.a. le sole controversie relative alle procedure concorsuali per "l'assunzione", vale a dire per la costituzione di nuovi rapporti di lavoro, ma non anche quelle attinenti a concorsi (c.d. "interni") per l'accesso alla qualifica superiore.

A seguito della formazione di una giurisprudenza costituzionale, tendente a ritenere applicabile anche alle progressioni dei lavoratori