

## L'art. 29, D.Lgs. n. 80 del 1998: questioni interpretative

*Sergio Nitrato Izzo\**

Ringrazio il Consiglio dell'Ordine per avermi offerto la possibilità di trattare alcune delle tante problematiche aperte dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 80 del 1988 che hanno suscitato non poche perplessità e dubbi interpretativi.

Mi riferisco in particolare agli aspetti processuali della devoluzione al Giudice Ordinario di buona parte delle controversie in materia di rapporto di lavoro con pubbliche amministrazioni, richiamate nello specifico dall'art. 29 del citato D.Lgs. n. 80.

Detta norma, sostituendo integralmente il disposto dell'art. 68 del D.Lgs. n. 29 del 1998 (recante norme di razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2, L. 23 ottobre 1992, n. 421) costituisce attuazione dei principi della L. delega n. 59 del 1997 (art. 11, comma 4) che alle lett. *a* e *g* stabilisce, che il governo, in sede di adozione dei decreti legislativi, si deve attenere tra l'altro ai principi, tassativamente fissati, di integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa; estensione del regime di diritto privato del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali ed equiparati delle amministrazioni pubbliche, mantenendo ferme le altre esclusioni, di cui all'art. 2, comma 4 e 5, del D.Lgs. n. 29 del 1993; devoluzione entro il 30 giugno 1998, al giudice ordinario, tenuto conto di quanto innanzi previsto, di

---

\* Avvocato.

tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione, prevedendo: misure organizzative e processuali anche di carattere generale oltre a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso; procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato; infine la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia urbanistica, e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti.

Su queste premesse, il nuovo testo dell'art. 68 del D.Lgs. n. 80 ha statuito che sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario:

a) tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni esplicitate all'art. 1, comma 2, del medesimo D.Lgs. n. 29 del 1993, costituite precisamente da: «tutte le amministrazioni dello stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, i Comuni, le Comunità Montane, e loro corsorzi e assicurazioni, le istituzioni autonome case popolari, le Camere di Commercio, industria, artigianato, agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali, e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del SSN».

L'attribuzione della giurisdizione in ordine a tali controversie comprende sia le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, sia le controversie relative all'indennità di fine rapporto «comunque determinate e corrisposte, ancorché, vengano in questione atti amministrativi presupposti»;

b) le controversie relative ai comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 28 St. lav.;

c) le controversie proposte dalle organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva, previste dall'art. 45 del medesimo D.Lgs. n. 29 del 1993.

Tutto questo per quanto attiene la giurisdizione del giudice ordinario. Restano o sono invece attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo:

a) le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2, comma

4 e 5, del medesimo D.Lgs. n. 29 del 1993 e precisamente quelle attinenti a magistrati ordinari, amministrativi e contabili; avvocati dello stato; personale militare e della polizia di Stato; personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia; professori e ricercatori universitari ed inoltre a talune altre categorie di pubblici dipendenti. L'attribuzione della giurisdizione comprende le controversie attinenti ai diritti patrimoniali connessi ai rapporti predetti;

b) le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Va dunque innanzitutto segnalato che la nuova norma dell'art. 29 del D.Lgs. n. 80 appare ispirata ad una diversa concezione del riparto di giurisdizione ed è redatta con una diversa tecnica normativa. Ed invero, il testo precedente dell'art. 68, D.Lgs. n. 29 del 1993 escludeva dalla devoluzione al giudice ordinario le controversie di pubblico impiego attinenti ad istituti aventi rilevanza organizzativa (le responsabilità, gli organi e gli uffici, i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro, ecc.) richiamando le materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell'art. 2, comma 1, lett. c della L. n. 421 del 1992.

Effettuava inoltre una poco opportuna enumerazione esemplificativa delle controversie che erano «in ogni caso» devolute al giudice ordinario.

Il testo attuale, derivante da una riformulazione consentita dalla delega contenuta nella lett. g, innanzi richiamata, dell'art. 11, comma 4 della L. Bassanini, contiene invece una clausola generale di devoluzione al giudice ordinario delle controversie del pubblico impiego «privatizzato» e/o contrattualizzato, incluse quelle aventi ad oggetto la selezione e l'accesso al lavoro e le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, e non fa più riferimento al tipo di posizione giuridica tutelata, cioè se si tratti di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo.

Ecco dunque il primo grande interrogativo sollecitato dalla riforma, atteso il superamento sostanziale del disposto dell'art. 113 Cost. che, come noto, afferma, al primo comma, che «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa».

Inoltre l'art. 103 Cost. dispone, al comma 1, che «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi».

timi e in particolari materie indicate dalle legge, anche dei diritti soggettivi».

Ora, ciò premesso, ed a prescindere dal dibattito dottrinario e giurisprudenziale che l'interrogativo pone, si può comunque sostenere che la giurisdizione ordinaria sui rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni è giurisdizione su diritti soggettivi, giurisdizione volta alla tutela di diritti soggettivi.

Ne consegue che, nei rapporti del tipo ora esaminato, il legislatore nega una posizione di supremazia della pubblica amministrazione, nega in radice che essa sia titolare di una qualsivoglia potestà connessa alla gestione di tali rapporti.

In secondo luogo, e contrariamente a quanto appena affermato, i rapporti di lavoro del personale appartenente alle categorie espressamente indicate dalla legge, presentano una dualità di posizioni, e quindi di diritti soggettivi, per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali del rapporto di lavoro, e di interessi legittimi, per ciò che riguarda lo status giuridico del dipendente, e più in generale, la organizzazione del lavoro. È chiaro pertanto che in questi casi si potrà continuare a parlare di supremazia della pubblica amministrazione, e quindi di potestà organizzatoria della P.A.

In terzo luogo, le controversie in materia di procedura concorsuale per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni configurano una ipotesi di tutela giurisdizionale rivolta a posizioni di interesse legittimo, per le quali quindi il legislatore ha voluto conservare la sussistenza di una potestà della P.A., di una sua supremazia a fronte di posizioni di interesse legittimo degli aspiranti a partecipare o dei partecipanti alla procedura concorsuale.

Alla luce di quanto detto, si può pertanto tracciare una prima conclusione indotta dal legislatore, anche a dispetto della richiamata tendenza unificante ed oggettivante imposta dagli artt. 1 e 2 del D.Lgs. n. 29 del 1993 e dalla L. delega n. 59 del 1997, e cioè che dall'esame della riforma appena illustrata si ricava l'esistenza di un duplice tipo di rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, ossia quello che tende ad accorpare tale rapporto con quello di diritto privato, non essendo più determinante una destinazione fondata solo sulla differenza soggettiva del datore di lavoro, ed è soggetto alla giurisdizione del G.O., ed un secondo tipo di rapporto, per il quale è preferibile continuare a parlare di pubblico impiego, nel quale non vi è confronto «orizzontale» tra datore di lavoro e dipendente ed è affidato alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si precisa poi opportunamente che la devoluzione al G.O. avviene «ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti», giacché questi ultimi, se sono rilevanti ai fini della decisione, vanno disapplicati e che comunque «l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa e sospensione del processo».

È stata giustamente rilevata la pleonasticità della disposizione, nel senso che la sussistenza del potere di disapplicazione di atti presupposti avrebbe potuto essere positivamente riscontrata, anche in difetto della duplice espressa previsione della legge delega e del decreto delegato. È infatti noto che l'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo (L. 20 marzo 1965, n. 2248, all. E) prevede che «le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alla legge». Quindi già in base a detta disposizione, avrebbe potuto essere riconosciuto tale potere al giudice ordinario.

I problemi sorgono con riferimento al secondo comma dell'art. 68 D.Lgs. cit. laddove si stabilisce che «il giudice adotta, nei confronti della pubblica amministrazione, tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi o di condanna richiamati dalla natura dei diritti tutelati».

Una autorevole dottrina (Forlenza, Terracciano, Volpe) ha ritenuto sul punto che, facendo applicazione specifica del principio generale, può affermarsi che il giudice ordinario, potendo adottare provvedimenti costitutivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni, potrà adottare anche provvedimenti di annullamento (che, come è noto, sono provvedimenti costitutivi) degli atti direttamente lesivi del diritto per il quale innanzi ad esso si invoca la tutela.

A tal fine, sarà opportuno richiamare il comma terzo dell'art. 113 Cost., che consente di attribuire anche al giudice ordinario il potere di annullamento degli atti della pubblica amministrazione. Ciò, per le materie non trasferite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che appartengono alla cognizione del giudice ordinario, ed in particolare proprio per la materia del pubblico impiego, eviterà al pubblico dipendente che voglia vedere pienamente soddisfatta la propria pretesa di fronte ad un atto illegittimo, di dover ricorrere – dopo aver ottenuto il riconoscimento del suo diritto avanti il G.O. – al giudice amministrativo per ottenerne l'annullamento.

Un cenno infine alla decorrenza delle nuove norme in tema di giurisdizione del giudice ordinario.

Il comma 17 dell'art. 45 del D.Lgs. n. 80 dispone che le controversie

in tema di rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 68 del D.Lgs. n. 29 del 1993, sono attribuite al giudice ordinario, in quanto relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998; le controversie invece relative al periodo di lavoro anteriore, «restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e devono essere proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

Per la determinazione della giurisdizione, la legge pone l'accento sulle «questioni» e sulla loro inerenza a due diversi periodi dei rapporti di lavoro, prima e dopo il 30 giugno 1998, e non già al momento di proposizione della domanda, come previsto dall'art. 5 c.p.c.

Si tratta di una norma transitoria veramente singolare, destinata probabilmente a determinare gravi problemi organizzativi e clamorosi contrasti tra la giurisprudenza di due giudici diversi per formazione, mentalità e regole processuali, chiamati ad applicare la medesima normativa sostanziale.

Va chiarito comunque che il legislatore, al fine probabilmente di evitare un uso strumentale del tempo di presentazione della domanda in sede giudiziaria, ha inteso fare riferimento al momento in cui sorge il diritto in contestazione (prima o dopo il 30 giugno 1998) e non al momento della presentazione della domanda, al fine di individuare il giudice (ordinario o amministrativo) dotato di giurisdizione.

Sono evidenti le preoccupazioni che hanno portato ad una tale situazione: occorre tuttavia osservare che in tal modo potrà sorgere la necessità (soprattutto con riferimento ai diritti che maturano di mese in mese, e tali sono la gran parte dei diritti patrimoniali nell'ambito del rapporto di pubblico impiego) di proporre due distinte domande, una al giudice amministrativo per i diritti maturati prima del 30 giugno 1998 e una al giudice ordinario, per i diritti maturati successivamente.