

LEZIONE DELL'11 OTTOBRE 2022

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

**CORSO INTENSIVO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO PER
REFERENDARIO TAR 2022-2023**

GIAPPICHELLI EDITORE

**Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato**

LEZIONE DELL'11 OTTOBRE 2022
di Vincenzo Lopilato

Diritto amministrativo

AREE TEMATICHE

**DIRIGENZA PUBBLICA – EFFICACIA –
SERVIZI PUBBLICI**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 1
perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Argomento 1

TRACCIA

Dirigenza pubblica e differenziazione tra politica e amministrazione, con particolare riferimento alle forme di tutela del dirigente.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 8, parr. 15-28, pagg. 482-504.

B. Giurisprudenza

1. Riparto di giurisdizione: giudice amministrativo in materia di incarichi dirigenziali: Corte Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 616.

Massima:

Nella materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, rientrano nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento (o di revoca) di un incarico dirigenziale, previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione operata dal ricorrente investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, assunto come non conforme a legge, che si sia estrinsecato nell'adozione dei cosiddetti atti di macro organizzazione.

Si riporta di seguito la parte motivazionale:

Omissis.

16. Con l'unico motivo di ricorso il ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1, violazione del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 7 e del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63.

17. Imputa alla sentenza impugnata di non avere considerato che senza la riorganizzazione dei servizi il Comune non avrebbe potuto modificare l'incarico di esso dirigente e di avere errato nell'affermare che la Delib. Giunta Comunale n. 199 del 2014, costituiva un atto amministrativo presupposto non incidente in maniera diretta nella sfera giuridica di esso ricorrente.

18. Asserisce che l'atto concretamente lesivo degli interessi di esso ricorrente era costituito proprio dalla Delib. n. 199 del 2014 e deduce che in realtà per attuare lo spostamento di esso ricorrente dal 3 settore al 1 settore, il Comune aveva dovuto creare ex novo il 1 Settore (non avendo intenzione, evidentemente, di preporre esso ricorrente, architetto, al Settore Economico Finanziario o della Polizia Locale) e che, attraverso il suo trasferimento, il 3 settore era stato liberato e reso disponibile per l'attribuzione a un dirigente gradito all'amministrazione e reclutato ad hoc con contratto di diritto privato.

19. Invoca le decisioni di queste Sezioni Unite 6040/2019, 29080/2018, 26596/2018.

20. In via preliminare deve essere rigettata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per nullità della notifica effettuata a mezzo PEC, formulata dal controricorrente sul rilievo che l'atto allegato al messaggio PEC è stato realizzato mediante scansione.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 2 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

21. *Il controricorrente invoca l'art. 19 bis comma 1 Prov. Min. Giustizia 16.4.2014 per sostenere che l'atto allegato al messaggio non dovrebbe essere stampato e poi trasformato, come nella specie, in un file pdf immagine mediante scansione.*

22. *Questa Corte ha già ritenuto irrilevante la circostanza che il documento informatico allegato ad un messaggio PEC sia costituito dalla scansione dell'immagine di un altro documento, invece che "digitale nativo" (Cass. 15.10.2020 n. 532, Cass. 21 maggio 2019 n. 13592, Cass. 12.7.2018 n. 18324), sul rilievo che si tratta di circostanza insufficiente ad impedire il raggiungimento dello scopo, che per il ricorso per cassazione è quello di portare a conoscenza dell'intimato l'impugnazione contro di lui rivolta (Cass. Sez. Un. 18 aprile 2016 n. 7665; Cass. 19 ottobre 2018 n. 26489, Cass. 12 luglio 2018 n. 18042, Cass. 16 febbraio 2018 n. 3805).*

23. *Ebbene, nel caso in esame poichè il Comune ha notificato il controricorso è evidente che la notifica ha prodotto lo scopo di portare a conoscenza dell'intimato l'oggetto dell'impugnazione. Esame del ricorso.*

24. *Deve precisarsi che le critiche formulate nell'unico motivo del ricorso e le prospettazioni difensive che le sorreggono investono unicamente la statuizione della sentenza impugnata che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle domande proposte con il ricorso introduttivo, concernenti, come già evidenziato (cfr. pp. nn 3, 4 e 18 di questa sentenza), l'impugnazione della Delib. Giunta Comunale 13 novembre 2014, n. 199 (riorganizzazione dei servizi amministrativi e rideterminazione della pianta organica) e dei Decreto Sindacale 28 novembre 2014, n. 24 e Decreto Sindacale 28 novembre 2014, n. 25 (rispettivamente revoca dell'incarico dirigenziale del 3 Settore e attribuzione dell'incarico dirigenziale del settore 28) e ha concluso chiedendo la cassazione in parte qua della sentenza impugnata dichiarando la giurisdizione del Giudice Amministrativo sulla controversia.*

25. *Sono, pertanto, inammissibili (Cass. Sez. Un. 26 ottobre 2017 n. 25454, Cass. Sez. Un. 15 maggio 2006 n. 11097; Cass. 20 novembre 2020 n. 24639, Cass. 17 gennaio 2020 n. 978, Cass. 26 giugno 2018 n. 16852, Cass. 25 febbraio 2015 n. 3780, Cass. 26670/2014) le prospettazioni difensive formulate nella memoria difensiva con le quali il ricorrente sostiene che anche gli atti impugnati con il secondo e con il terzo ricorso per motivi aggiunti devono essere conosciuti dal giudice amministrativo.*

26. *Tanto precisato in ordine al thema decidendum, deve ribadirsi il principio, reiteratamente affermato da queste Sezioni Unite, secondo cui la giurisdizione si determina sulla base del petitum sostanziale, che va identificato non tanto in funzione della pronuncia che in concreto si chiede al giudice, quanto, piuttosto, della causa petendi, cioè "della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati" (tra le molte, Cass. Sez. Un. 20 novembre 2020 n. 26500, Cass. Sez. Un. 28 febbraio 2019 n. 6040, Cass. Sez. Un. 21 dicembre 2018 n. 33212, Cass. Sez. Un. 13 novembre 2018 n. 29081, Cass. Sez. Un. 8 giugno 2016 n. 11711, Cass. Sez. Un. 23 settembre 2013 n. 21677, Cass. Sez. Un. 25 giugno 2010 n. 15323).*

27. *Il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1, ha attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie aventi ad oggetto i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, dello stesso decreto, ivi comprese quelle relative al conferimento ed alla revoca degli incarichi dirigenziali, e ha contestualmente disposto che il giudice ordinario possa, qualora vengano in questione "atti amministrativi presupposti", procedere alla disapplicazione degli stessi, se illegittimi.*

28. *Il medesimo art. 63 al comma 4 ha, invece, attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo "le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni".*

29. *Nel contesto normativo sopra richiamato si è consolidato l'orientamento giurisprudenziale di queste Sezioni Unite secondo cui in tema di lavoro pubblico la giurisdizione del giudice ordinario costituisce ormai la regola e quella del giudice amministrativo l'eccezione (tra le altre, Cass. Sez. Un. 21.12.2018 n. 33212, Cass. Sez. Un. 13 novembre 2018, n. 29081).*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

30. *Altrettanto consolidato nella materia dell'impiego pubblico privatizzato, è il principio per il quale se, in base al criterio del petitum sostanziale, si accerta che la controversia attiene alla lesione di un diritto soggettivo derivante da un atto o da un comportamento posto in essere dalla P.A. con i poteri del privato datore di lavoro, la giurisdizione compete al giudice ordinario, senza che rilevi che la pretesa giudiziale sia stata prospettata come richiesta di annullamento di un atto amministrativo (Cass. Sez. Un. 28 giugno 2006 n. 14846, Cass. Sez. Un. 23 settembre 2013 n. 21677).*

31. *Il principio è stato affermato sul rilievo che al giudice ordinario è attribuito il potere di disapplicare gli eventuali atti amministrativi presupposti illegittimi incidenti direttamente o indirettamente sulle situazioni giuridiche soggettive di cui si tratta (Cass. Sez. Un. 20 giugno 2017, n. 15276, Cass. Sez. Un. 16 febbraio 2009 n. 3677).*

32. *Ad un tempo, queste Sezioni Unite hanno affermato che il potere di disapplicazione postula, pur sempre, che sia dedotto in causa un diritto soggettivo su cui incida un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo.*

33. *Al riguardo, è stato osservato (Cass. Sez. Un. 27 febbraio 2017 n. 4881; Cass. Sez. Lav. 6 marzo 2009 n. 5588, sez. Lav. 15 gennaio 2018 n. 742 e n. 743, queste pronunciate con riguardo a fattispecie in cui si era consolidato il giudicato interno sulla questione processuale relativa alla devoluzione della controversia alla giurisdizione ordinaria) che nei casi in cui viene in rilievo una posizione di interesse legittimo non può operare il potere di disapplicazione previsto dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1, conformemente all'istituto generale di cui all'art. 5 della L. n. 2248 del 186a11 E, perchè un'interpretazione che, estendendo il potere di disapplicazione del giudice ordinario e gli affidasse, nel contempo, la giurisdizione pur in assenza di diritti soggettivi già sorti, colliderebbe con l'art. 103 Cost., comma 1 e con la stessa formulazione del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1.*

34. *Norma quest'ultima che, pur attribuendo al giudice ordinario la cognizione delle controversie "relative ai rapporti di lavoro", nondimeno stabilisce che "l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella causa non è causa di sospensione del processo. Per tal via, la disposizione sottolinea in maniera chiara ed inequivoca la diversità tra il giudizio concernente l'impugnazione di atti "autoritativi" e quello sul rapporto e sui diritti soggettivi.*

35. *L'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Cass. Sez. Un. 20 novembre 2020 n. 26500, Cass. Sez. Un. 4 marzo 2020 n. 6076, Cass. Sez. lav. 26 giugno 2019 n. 17140, Cass. Sez. Un. 28 febbraio 2019 n. 6040, Cass. Sez. Un. 21 dicembre 2018 n. 33212, Cass. Sez. Un. 13 novembre 2018 n. 29081 e n. 29080, Cass. Sez. Un. 27 febbraio 2017 n. 4881, Cass. Sez. Un. 31 maggio 2016 n. 11387, Cass. Sez. Un. 8 giugno 2016 nn. 11711, n. 11712, n. 11713, Cass. Sez. Un. 16 aprile 2010 n. 9132, Cass. Sez. Un. 8 novembre 2005 n. 21592; Cass. sez. Lav. 26 giugno 2019 n. 17140) che, sottolineando la differenziazione tra gli atti cd. di "macro organizzazione" o "alta amministrazione", di cui all'art. 2, comma 1 D.Lgs. cit., e gli atti di organizzazione "esecutiva" assunti con la capacità e poteri del privato datore di lavoro attribuisce alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie che hanno ad oggetto questi ultimi e alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti gli atti di macroorganizzazione è condiviso dal Collegio.*

36. *Esso, infatti, è saldamente ancorato all'ordinamento della Pubblica Amministrazione datrice di lavoro, che nell'emanazione degli atti di macroorganizzazione esercita un potere autoritativo che si compendia nella definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici e dei modi di conferimento della titolarità degli stessi (che non riguardano la gestione del rapporto di impiego del singolo dipendente), e poggia, ad un tempo, sul dato testuale delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165 del 2001.*

37. *Il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2, dispone, infatti, che 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 datore di lavoro privato, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, che sono, invece, mantenuti nel regime di diritto pubblico in quanto riguardano il merito delle scelte organizzative generali e di amministrazione "alta".*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 4 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

38. *Sulla scorta dei principi innanzi richiamati queste Sezioni Unite, nella materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, hanno affermato reiteratamente che rientrano nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento (o di revoca) di un incarico dirigenziale, previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione operata dal ricorrente investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, assunto come non conforme a legge, che si sia estrinsecato nell'adozione dei cd. atti di "macro organizzazione" (Cass. Sez. Un. 4 marzo 2020 n. 6076, Cass. Sez. Un. 28 febbraio 2019 n. 6040, Cass. Sez. Un. 27 febbraio 2017 n. 4881, Cass. Sez. Un. 8 giugno 2016 n. 11711, Cass. Sez. Un. 3 novembre 2011 n. 22733, Cass. Sez. Un. Cass. Sez. Un. 9 febbraio 2009 n. 3052).*

39. *Facendo applicazione dei principi sopra richiamati, condivisi dal Collegio, e ribadito che il principio della concentrazione delle tutele non consente di sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo l'impugnazione degli atti di "macro organizzazione" (Cass. Sez. Un. 28 febbraio 2019 n. 6040), il ricorso deve essere accolto limitatamente alla controversia concernente l'impugnazione della Delib. Giunta Municipale del Comune 13 novembre 2014, n. 199, con affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo.*

40. *Si tratta di vertenza nella quale il T., dipendente pubblico, dirigente di ruolo del Comune di Giovinazzo, al fine di ottenere l'annullamento delle determinazioni organizzative di carattere generale, la rimozione dei loro effetti e il riesercizio in senso favorevole del potere amministrativo conseguente all'annullamento della predetta Delib., prospetta il pregiudizio alla propria posizione professionale derivante dalla dedotta illegittimità dell'atto di "macro organizzazione" correlato all'esercizio di poteri autoritativi volti alla definizione delle linee fondamentali della struttura organizzativa, alla dotazione organica ed alla ridefinizione dell'assetto delle diverse articolazioni dirigenziali.*

41. *In altri termini, la contestazione in giudizio della legittimità degli atti di macroorganizzazione adottati dal Comune, che sono espressione del potere pubblicistico previsto dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1, implica la deduzione di una posizione di interesse legittimo, nella quale il rapporto di lavoro e la sua gestione (la revoca dell'originario incarico dirigenziale e l'attribuzione di un nuovo e diverso incarico dirigenziale) non costituiscono l'effettivo oggetto del giudizio ma, in un certo senso, lo sfondo rilevante ai fini di qualificare la posizione soggettiva del ricorrente, perchè gli effetti pregiudizievoli discendono direttamente dall'atto presupposto.*

42. *Il ricorso, invece, va rigettato nella parte concernente i predetti provvedimenti di revoca dell'incarico dirigenziale già affidato (3 settore) e di attribuzione del nuovo incarico (1 settore), che rientrano per dettato normativo (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1) tra le materie appartenenti al giudice ordinario.*

43. *L'esito parzialmente favorevole a ciascuna delle parti giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio.*

P.Q.M.

La Corte;

Dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla controversia avente ad oggetto la Delib. G.M. 13 novembre 2014, n. 199.

Cassa la sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla suddetta controversia.

Rimette le parti davanti al TAR Puglia.

Dichiara compensate le spese del presente giudizio.

Omissis.

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione