



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)
ANGELICA RICCARDI

Lavoro pubblico riformato e posizioni soggettive

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Angelica Riccardi

LAVORO PUBBLICO RIFORMATO E POSIZIONI SOGGETTIVE*

ABSTRACT	
Il saggio analizza i mutamenti che hanno investito il rapporto tra amministrazione pubblica e lavoratore nel sistema post-riforma. La nuova conformazione delle posizioni di questi soggetti, che sono ricondotte alla dinamica diritto soggettivo/obbligo tipica dei rapporti tra privati, viene approfondita con riferimento a vari profili: assimilazione dell'interesse organizzativo dell'ente a quello dei datori di lavoro privati, fondamento delle prerogative datoriali nel contratto, applicazione della legislazione di diritto civile, tutela processuale.	The paper analyzes the changes that have affected the relationship between Public administrations and workers in the post-reform framework. The new configuration of their subjective positions, which can be ascribed to the subjective right/obligation scheme, typical of Private law relations, is analyzed with reference to various aspects such as the assimilation of Public Administrations' organizational interests to those of private employers, the foundation of the Public Administration's prerogatives as an employer in the work contract, and the implementation of civil and procedural law.
Settore pubblico - Costituzione - Riforme	Public sector - Italian constitution - Reforms

SOMMARIO: 1. La defunzionalizzazione dell'organizzazione del lavoro. – 2. Conseguenze sulle posizioni delle parti. – 2.1. La posizione della pubblica amministrazione. – 2.2. La posizione del lavoratore.

1. - La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni¹ ha determinato un radicale sovvertimento dell'assetto previgente di marca pubblicistica² nell'area dell'organizzazione del lavoro: l'interesse di cui è latore l'ente pubblico viene considerato, con la previsione dello svolgimento sul piano del diritto privato

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

¹ Sul processo di riforma del lavoro pubblico si rinvia ai contributi raccolti in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004.

² Sul tradizionale sistema di regolazione di diritto pubblico del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni vedi almeno M.S. GIANNINI, *Impiego pubblico. a) Profili storici e teorici*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, pp. 293 ss.; M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978.

dell'attività relativa, quale interesse non differente da quello di un comune datore di lavoro³.

Si prende atto così del carattere strumentale – o “privato”, per usare una nota qualificazione⁴ – della relativa attività.

Già anteriormente alla scelta legislativa di contrattualizzare il lavoro pubblico, peraltro, si rilevava come l'amministrazione non fosse diversa da ogni altra organizzazione a fini produttivi: «utilizza lavoro altrui per fini propri e ai quali il lavoratore è, come tale, estraneo», inferendone la necessità di una regolazione comune fondata sulla struttura del contratto di lavoro⁵.

Queste osservazioni trovano una piena conferma e un positivo fondamento nell'assetto delineato dal D.Lgs. n. 165/2001, che riconosce agli enti pubblici l'ordinario potere di gestione comune a tutti i soggetti titolari di un'organizzazione volta alla produzione di beni o servizi⁶.

* * *

La riconduzione al diritto privato della regolamentazione dell'attività in questione predica la perdita di una rilevanza giuridica “particolare” assegnata dall'ordinamento all'interesse dell'amministrazione⁷.

Si tratta del fenomeno correntemente individuato in dottrina, sebbene con gradazioni differenti quanto all'intensità ed estensione dello stesso, con il termine

³ L'interesse in questione è pertanto ascrivibile alla categoria degli interessi meramente organizzativi: M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, III ed., II, pp. 13 ss.

Su questo interesse come interesse “proprio” dell'amministrazione, F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 107, 108.

V. A. CERRI, *Atto giuridico II) Diritto pubblico*, in *EG Treccani*, IV, Roma, 1994, p. 5, sull'ente pubblico come «datore di lavoro che non esercita poteri in astratto speciali, ma quelli comuni ad ogni soggetto che intenda promuovere e mantenere un'organizzazione vasta e complessa»; e, nello stesso senso, C. ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Dir. lav. rel. ind.* 3-4 (1993), p. 641; L. PAOLUCCI, *Criteri di organizzazione del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 431.

⁴ Proposta da M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, p. 13.

⁵ M.G. GAROFALO, *Verso l'unificazione del mondo del lavoro?*, in *Riforma del rapporto di pubblico impiego*, Milano, Franco Angeli, 1990, p. 17.

Ulteriori considerazioni in M.S. GIANNINI, *Per la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego*, in *Scritti in onore di Mario Nigro*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 161 ss.

⁶ Espressamente nel senso spiegato Cass., sez. lav., 8 gennaio 2008, n. 148, in *Lav. pubb. amm.* 1 (2008), 126: «a seguito della privatizzazione dei rapporti di lavoro alle loro dipendenze la funzione organizzativa di dette Aziende ha perso le caratteristiche della potestà pubblica, per divenire – a tutti gli effetti – esercizio di potere privato».

⁷ La connotazione pubblicistica di un interesse postula (*rectius* si risolve in) l'assoggettamento a un sistema di regole diverse da quelle comuni, ovvero sia le regole di diritto amministrativo (G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 137; E. CASETTA, *Diritto amministrativo*, in *DDPub*, V, Torino, 1990, p. 192), pertanto, in caso di attività sottoposta a un regime di diritto privato, viene meno la stessa possibilità di parlare al riguardo di un interesse pubblico a cui questa attività sarebbe funzionalizzata (più in generale su questi profili M. C. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2002, ed. II, p. 36).

“defunzionalizzazione”, che esprime sinteticamente il “disancoraggio” dell’azione organizzativa dell’ente dal perseguimento di interessi pubblici⁸.

L’espressa previsione di cui all’art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001 dell’azione dell’amministrazione con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato⁹ scardina la classica strutturazione della gestione del lavoro in funzione del perseguimento degli interessi al buon andamento e all’imparzialità stabiliti dall’art. 97 della Costituzione¹⁰.

Il rapporto tra contratto di lavoro e organizzazione si pone così in termini analoghi a quelli del settore privato, nel quale il potere direttivo datoriale rappresenta l’unico punto di mediazione giuridicamente rilevante tra risultato dell’organizzazione produttiva e comportamento dovuto¹¹.

Nel nuovo contesto, l’interesse generale rileva come interesse esterno alla disciplina del rapporto di lavoro, che non può pertanto essere funzionalizzata. L’interesse “istituzionale” dell’amministrazione costituisce, semplicemente, «un obiettivo che – per quel che riguarda i suoi collegamenti con lo svolgimento del rapporto di lavoro – verrà perseguito dai responsabili dell’organizzazione attraverso l’esercizio dei poteri di direzione e di controllo»¹².

⁸ In tema A. RICCARDI, *L’organizzazione del lavoro nell’amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele. Volume I - Profili sostanziali*, Bari, Cacucci, 2011, pp. 63 ss.

⁹ Si riprende in tal modo il risalente insegnamento di M. S. GIANNINI, *Impiego pubblico*, cit., p. 303, che rilevava, ben prima della contrattualizzazione della materia, che la potestà dell’amministrazione di organizzare la propria attività non potesse essere considerata quale esercizio di una potestà pubblica. Si legge infatti, in relazione al momento costitutivo del rapporto di pubblico impiego, che l’atto di nomina «non presenta proprio nulla del provvedimento amministrativo, né sotto l’aspetto della struttura, né sotto quello della funzione: non è esercizio di una potestà pubblica, perché qualunque soggetto giuridico ha la potestà di organizzare le proprie attività e di costituirsi un’organizzazione in senso oggettivo; neppure è esercizio di un momento autoritativo del pubblico potere, finalizzato alla cura di un interesse pubblico», ma è sostanzialmente diretto, al pari di quanto avviene per un comune datore di lavoro, a curare «l’interesse proprio ad avere un servizio personale, in ordine al quale ha, più precisamente, un interesse strumentale».

Contra, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

¹⁰ Sull’inapplicabilità all’attività di diritto privato degli enti pubblici dei principi di buon andamento e imparzialità, posti esclusivamente per la loro azione quali autorità, M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 996; S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *DDPub*, I, Torino, Utet, 1987, pp. 531 ss.

Per approfondimenti di questa tematica nel sistema del lavoro pubblico post-riforma sia consentito il rinvio ad A. RICCARDI, *L’articolo 97, primo comma, della Costituzione. Tre letture*, in «*Annali del Dipartimento Jonico*» (2013), pp. 621 ss.

¹¹ In tema cfr M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1982.

¹² Con la conseguenza che l’autonomia delle parti nella regolamentazione di questo rapporto è non vincolata (F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, cit., pp. 107, 108).

2. - Tale negazione di una speciale rilevanza delle finalità perseguite dall'ente nell'attività di organizzazione del lavoro determina la parificazione delle posizioni processuali dell'ente e dei suoi dipendenti.

L'assimilazione dell'amministrazione agli altri soggetti dell'ordinamento in questa attività sul piano sostanziale¹³ ne implica infatti l'assimilazione anche su quello giustiziale.

La presa d'atto dell'alterità degli interessi dell'amministrazione-datore di lavoro e dei lavoratori e l'equiordinazione di questi interessi sanciti dalla riforma¹⁴ si riflette nella conformazione delle relative posizioni giuridiche quali diritti soggettivi (e, corrispondentemente, obblighi).

Il riconoscimento alle parti del rapporto di lavoro pubblico della titolarità reciprocamente di diritti e di obblighi¹⁵ segna lo scenario in cui il giudizio si muove, al di fuori di ogni prepostulazione di prevalenza (dell'interesse) di una parte sull'altra.

2.1. - Da questi diritti e obblighi – posti tanto dalla legislazione (di diritto privato) quanto dai contratti (individuali e collettivi) – è, in primo luogo, definita la posizione datoriale della pubblica amministrazione.

Le prerogative di cui l'ente è attributario nella conformazione delle prestazioni lavorative dei propri dipendenti trovano nelle regole comuni il loro fondamento e il loro limite, e trovano protezione sul piano giudiziale in conseguenza.

La posizione dell'amministrazione quale parte, e non quale autorità¹⁶, nel rapporto con il lavoratore ha come conseguenza che in sede di giudizio possono trovare spazio esclusivamente pretese e posizioni che siano riconducibili alla dinamica diritto-obbligo.

Con il venir meno dell'interesse pubblico viene infatti meno la discrezionalità e la sostanziale “indeterminatezza” proprie dell'attività che costituisce espressione di un potere pubblicistico: «la logica del rapporto comporta la necessità di traduzione del principio, anche quando relativo alle modalità di decisione e non necessariamente

¹³ Dalla riqualificazione «in termini privatistici, e quindi neutri rispetto all'interesse pubblico» della posizione dell'ente rispetto alle vicende dei rapporti di lavoro consegue l'assimilazione delle situazioni soggettive nelle quali queste restano fissate (M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”*, in F. CARINCI M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2000, II ed., p. L).

¹⁴ Su questa normativa come superamento di «un sistema giuridico che si rifiuta di rappresentare il conflitto interno all'amministrazione pubblica come organizzazione lasciando nell'informalità la negoziazione tra gli interessi in conflitto» v. M. G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo: qualche osservazione di metodo*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Napoli, Jovene, 2011, p. 437 ss.

¹⁵ A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.* (2000), pp. 300 ss.

¹⁶ In tema M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la “seconda privatizzazione” del pubblico impiego*, in *Foro it. I* (1999), c. 629.

al suo contenuto-finalità, in pretesa garantita dell'altra parte. Se quest'ultima non è configurabile in termini di protezione ad essa assicurata dall'ordinamento specificamente o anche attraverso principi, a nulla vale il richiamo a un presunto status immanente del potere»¹⁷. Al di fuori di questi limiti, in altri termini, non si hanno posizioni sostanziali giuridicamente tutelabili¹⁸.

La stessa attribuzione all'ente-datore di lavoro di poteri discrezionali nella conformazione della prestazione è comunque radicata nel modello delineato nell'art. 2094 del codice civile, si muove cioè nella logica contrattuale e al di fuori delle dinamiche di supremazia speciale connaturate al potere pubblicistico¹⁹.

I poteri del privato datore di lavoro che il D.Lgs. n. 165/2001 riconosce all'amministrazione nella sua attività gestoria²⁰ si concretano così nelle posizioni giuridiche di diritto comune (diritti soggettivi e obblighi), che trovano tutela secondo i percorsi previsti per la generalità dei soggetti dell'ordinamento.

Tale mutamento di paradigma nell'attività di gestione dei rapporti lavorativi ha nel riconoscimento dell'alterità (e del conflitto) delle posizioni dell'amministrazione e dei suoi dipendenti uno dei suoi punti nodali: le posizioni di questi ultimi, che hanno la consistenza di diritto soggettivo, rappresentano limiti esterni agli atti di gestione dell'ente²¹.

2.2. - La strutturazione quale diritto soggettivo della posizione del lavoratore costituisce, specularmente, portato essenziale del mutato quadro ordinamentale.

¹⁷ Così A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 205.

¹⁸ Correttamente U. COREA, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi nel pubblico impiego privatizzato*, in *Giust. civ.* (2000), p. 2959: «Se è vero che il rapporto di lavoro è ricondotto alla disciplina comune [...] e che la pubblica amministrazione nell'ambito di tale rapporto agisce con i poteri del privato datore di lavoro e quindi con poteri negoziali e non con atti amministrativi [...] le posizioni giuridiche soggettive facenti capo alle parti contrattuali non possono che essere qualificate come diritti soggettivi (ai quali corrisponderanno altrettante posizioni di obbligo) a meno che non costituiscano degli interessi di mero fatto, irrilevanti giuridicamente».

¹⁹ Sulla qualificazione in senso privatistico dei poteri discrezionali esercitati dall'amministrazione nell'attività di regolazione dei rapporti dei propri dipendenti vedi Cassazione civile, sez. un., 22 marzo 2001, n. 128, in *Giust. civ. I* (2001), p. 1975; Cassazione civile, sez. un., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Foro it. I* (2002), c. 2968; Cassazione civile, sez. un., 7 novembre 2000, n. 1154, in *Giust. civ. mass.* (2000), p. 2218.

Come puntualizza E.A. APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 631, la «presenza di elementi di discrezionalità inerenti a poteri esercitabili dalle pubbliche amministrazioni nella gestione dei rapporti di lavoro, analoghi a quelli previsti nell'ambito del settore privato», non può comunque valere a determinarne una ripubblicizzazione o a inferirne conseguenze sul piano della giurisdizione.

²⁰ Sulla qualificazione dell'atto gestorio dell'ente pubblico quale «atto di diritto privato e non [...] provvedimento amministrativo (cioè un atto adottato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di potestà pubblicistiche)» v., per la giurisprudenza di merito, Tribunale Roma, 2 luglio 1999, in *Giust. civ. I* (1999), p. 3166.

²¹ E. A. APICELLA, *Le determinazioni della pubblica amministrazione-datore di lavoro ed il sindacato giurisdizionale*, in *FA* 7-8 (2004), pp. 2072 ss.

È in questa situazione soggettiva che hanno la più evidente sintesi i molteplici piani nei quali la riforma del pubblico impiego trova declinazione.

La nuova rappresentazione dell'interesse ascritto all'amministrazione nell'organizzazione dei rapporti di lavoro rappresenta il primo di questo piani.

Il riconoscimento di questo interesse quale interesse non dissimile da quello degli altri datori di lavoro disancora la protezione della posizione del dipendente dai precedenti percorsi di funzionalizzazione e inglobamento rispetto a finalità pubbliche. L'interesse giuridico fatto valere dal lavoratore nel processo acquista in tal modo la sua "naturale" connotazione: è un interesse proprio di questo soggetto, non strumentale a quello dell'amministrazione.

L'equiordinazione dell'ente e dell'impiegato è un altro dei livelli su cui emerge la nuova conformazione della situazione giuridica di quest'ultimo quale diritto.

La posizione dell'amministrazione come "parte" nell'esercizio dei poteri datoriali implica che il dipendente sia titolare di diritti soggettivi, uniche posizioni soggettive conosciute nei rapporti interprivati.

Lo svolgimento degli atti di organizzazione del lavoro secondo i percorsi dell'autonomia di diritto privato – alla stregua dell'espressa prescrizione dell'art. 5, co. 2, del decreto, per cui le amministrazioni «operano con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro» – ha infatti come conseguenza che le situazioni giuridiche soggettive facenti capo alle parti contrattuali «non possono che essere qualificate come diritti soggettivi (ai quali corrisponderanno altrettante posizioni di obbligo)»²².

La natura di diritto soggettivo²³ delle posizioni del dipendente nel sistema legislativo post-riforma risulta così quale necessaria conseguenza del mutamento delle tecniche regolative.

In questa prospettiva è, per altro verso, costruito l'impianto normativo che è predisposto dall'ordinamento per la regolamentazione del rapporto tra amministrazione e impiegato.

La legislazione in materia di lavoro subordinato privato che il D.Lgs. n. 165/2001 richiama per la disciplina dei rapporti alle dipendenze di enti pubblici²⁴ rappresenta

²² U. COREA, *La tutela dei diritti soggettivi*, cit., p. 2953 ss., che osserva ancora che la natura privata degli atti gestionali «impedisce che gli stessi, diversamente che in passato, possano incidere sulle posizioni giuridiche soggettive del lavoratore modificandole, degradando i diritti soggettivi, pienamente protetti sul piano negoziale, ad interessi legittimi».

²³ La speculazione su questa categoria concettuale è di tale complessità da non poter essere nemmeno sintetizzata in questa sede, vedi in tema almeno U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, Giuffrè, 1943; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947 (voci *Diritti assoluti; Doveri, obblighi; Potere, potestà*); R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto: linee di una vicenda concettuale*, in *JUS* (1960), p. 149.

²⁴ Ovverosia le «disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e [le] leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa» (art. 2, co. 2).

infatti un sistema di limiti esterni, che ha nella dialettica diritto/obbligo il suo presupposto essenziale²⁵.

Nella medesima logica si muove altresì il mutamento delle fonti di disciplina: la devoluzione della sfera del lavoro a tecniche regolative di diritto privato – e segnatamente al contratto – impedisce la costruzione delle correlate posizioni sul piano giustiziale in termini che non siano quelli spiegati²⁶.

Il contratto di lavoro determina infatti la strutturazione delle relazioni regolate quali diritti e obblighi reciproci, in una prospettiva di (almeno sul piano giuridico formale) parità tra le parti.

La stessa posizione di subordinazione del lavoratore rispetto ai poteri di conformazione della sua prestazione lavorativa attribuiti al datore di lavoro, come si è visto *supra*, è comunque scaturente da un vincolo contrattuale e riconducibile a una tipologia di rapporto di diritto comune. Il modello della soggezione speciale legato all'impianto tradizionale del pubblico impiego, fondato su una prepostulata primazia dell'ente in quanto latore di interessi superiori, è del tutto superato.

In conseguenza, al lavoratore potranno essere riconosciute posizioni soggettive passive solo in correlazione a pretese della parte datoriale garantite dall'ordinamento, venendo meno la sua "soggezione speciale" a un generico e discrezionale pubblico potere²⁷ che possa fondare altre e diverse prerogative dell'amministrazione²⁸.

Il contratto segna così il *range* in cui non solo nascono, ma anche si esauriscono le pretese delle parti.

Le posizioni di interesse del lavoratore, infatti, «o sono direttamente protette sul piano del programma negoziale ovvero costituiscono posizioni meramente fattuali e

²⁵ Espressamente in questo senso Pretura Venezia, 21 aprile 1999, in *Lav. giur.* (1999), p. 837: «La privatizzazione del pubblico impiego comporta che l'attività di gestione del datore di lavoro pubblico dev'essere qualificata come attività privatistica in senso proprio, e quindi non funzionalizzata. Con le sole eccezioni degli atti organizzativi generali riservati a fonti pubblicistiche dall'art. 2, co. 1, D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, gli atti di gestione del rapporto di lavoro non determinano il sorgere di interessi legittimi e incontrano il solo limite (esterno) dei diritti soggettivi del dipendente».

²⁶ D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, Cedam, 2002, p. 12; A. VALLEBONA, *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.* (2000), p. 214; G. IANNIRUBERTO, *Il processo del lavoro rinnovato*, Padova, Cedam, 1999, p. 252.

Nel senso della permanenza dell'interesse legittimo come pretesa al corretto adempimento del contratto, invece, F. ACERBONI, *Gradi e forme di tutela del pubblico impiegato a fronte dei poteri privati del datore di lavoro pubblico*, in *Giust. civ.* II (1999), p. 478.

²⁷ A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., p. 205.

²⁸ Sulla riconducibilità «quanto alla tutela giudiziaria, all'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 c.c.» della situazione del lavoratore lesa dall'esercizio di poteri discrezionali della pubblica amministrazione anche E.A. APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* cit., p. 612, benché attraverso la mediazione della categoria dell'interesse legittimo di diritto privato. Rileva questo Autore come «manca *in radice*, nelle sfere assoggettate al diritto comune, l'esercizio di potestà pubblica e, dunque, sovraordinazione di una parte rispetto all'altra. Una volta fondato il rapporto su base paritetica, ad esso rimane estranea ogni connotazione autoritativamente discrezionale».

quindi prive di protezione giuridica»²⁹, ed esclusivamente in questi limiti possono tradursi in pretese portate in giudizio³⁰.

In termini di diritto/obbligo sono, da ultimo, strutturati i modi di valutazione del «giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro», il nuovo giudice davanti al quale sono portate le controversie di questi lavoratori *ex art. 63* del decreto.

L'attribuzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie in esame stabilita dalla norma richiamata, inoltre, «predica l'integrale applicabilità al dipendente della tutela che spetta al lavoratore del settore privato»³¹ e, conseguentemente, l'imputazione a questo soggetto di posizioni che non possono che essere di diritto soggettivo.

La devoluzione all'autonomia di diritto comune e alle tecniche di regolamentazione privatistiche, per altro verso, ha come immediato corollario la sparizione dell'interesse legittimo dall'«orizzonte» del rapporto di lavoro³²: mancano in questo ambito le stesse condizioni di esistenza (*scil.* connotazione pubblicistica dell'interesse dell'amministrazione, azione secondo i percorsi del pubblico potere³³) per una posizione del lavoratore di tal fatta.

Non sono quindi condivisibili le tesi che, sulla base di una perdurante rilevanza dell'interesse pubblico nell'attività di gestione del personale, sostengono la conservazione di posizioni giuridiche dell'impiegato tutelabili in connessione con questo interesse, affermando che la «natura di quella posizione per effetto della sua «trasmigrazione» nel diritto privato può perdere la sua connotazione originaria, può cambiare struttura, ma non sembra potersi perdere nel nulla»³⁴.

²⁹ Così F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, cit., pp. 113, 114.

³⁰ Significativa nel senso spiegato la pronuncia di Consiglio di Stato, sez. V, 12 novembre 2003, n. 7223, in *FA CDS* (2003), p. 3376: «A seguito dell'entrata in vigore del d.lg. 3 febbraio 1993 n. 29, che ha realizzato la completa privatizzazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, non si può più porre la questione della legittimità (o non) degli atti e provvedimenti adottati in materia contrattualizzata, dovendosi, di contro, accertare se, in base alla normativa pattizia, sussista il diritto rivendicato dagli interessati».

³¹ D. BORGHESI, *La giurisdizione*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1150.

Sull'inquadramento del nuovo sistema di tutela nell'ordinamento costituzionale, con particolare riguardo ai principi di cui agli articoli 103 e 113, si rinvia a F.P. PANARIELLO, L. GIUGLIANO, V. AMIRANTE, *Art. 68. Commento*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, Cedam, 1999, pp. 1445, 1446.

³² U. COREA, *La tutela dei diritti soggettivi*, cit., p. 2953.

³³ Espressamente sulla non possibilità dell'amministrazione «di degradare i diritti soggettivi così attribuiti ai singoli individui» in ambiti regolati da «norme di relazione» v., tra le ultime, T.A.R. Ancona Marche, sez. I, 13 marzo 2008, n. 187, in *FA TAR* 3 (2008), p. 724; T.A.R. Milano Lombardia, sez. IV, 1 giugno 2010, in *FA TAR* 6 (2010), p. 1955.

³⁴ Così F. ACERBONI, *Gradi e forme di tutela del pubblico impiegato*, cit., pp. 473 ss: «l'attività di gestione anche se esercitata con atti di natura privata rimane un'attività funzionalizzata ai fini istituzionali dell'ente e la necessaria funzionalizzazione degli atti privati di gestione del datore di

La “scelta” del legislatore di assimilare l’amministrazione pubblica ai comuni datori di lavoro (scelta indiscutibilmente operata su molteplici piani, dalla previsione dell’azione secondo i poteri e le capacità di questi nell’art. 5, co. 2, alla prescrizione dell’assoggettamento alle «leggi sui rapporti di lavoro subordinato» e della regolazione attraverso contratti nell’art. 2, comma 2 e 3) non può essere vanificata reintroducendo surrettiziamente elementi di differenziazione tipici del precedente (e superato) ordine di diritto amministrativo.

Le posizioni del lavoratore nel sistema delineato dalla riforma (ri)acquistano la loro pienezza di posizioni di diritto soggettivo, e «non possono in alcun caso essere degradat[e] a interessi legittimi da atti di gestione»³⁵. Come autorevolmente ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, «la natura privata degli atti e dei procedimenti non consente di configurare in astratto interessi legittimi, situazioni giuridiche soggettive concepibili soltanto in correlazione con l’attività autoritativa dell’amministrazione»³⁶.

Alcune conseguenze del mutamento degli schemi di regolazione e di tutela – quali il venir meno di posizioni di interesse legittimo, la non sindacabilità degli atti di gestione secondo categorie pubblicistiche (in particolare l’eccesso di potere) – sono state lette da gran parte della dottrina come un deciso arretramento nella garanzia e nella protezione dei lavoratori, arretramento che partirebbe dal “*deficit* di garantismo” sul piano del diritto sostanziale causato dall’«attenuazione del vincolo di funzionalità» dell’attività dell’amministrazione e proseguirebbe poi su quello processuale in ragione della «minore incidenza dei parametri di valutazione che si sono progressivamente affinati attraverso una elaborazione secolare che è gran merito del giudice amministrativo»³⁷.

lavoro pubblico ai fini propri dell’ente pur comportando una accentuazione del carattere interdisciplinare dei problemi connessi con la qualificazione giuridica della posizione fatta valere, non consente di escludere l’esistenza stessa di questa posizione giuridica».

³⁵ Per tutti su questi profili M. D’ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati*, cit., pp. 629 ss.

In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, sez. I, 15 settembre 2010, n. 1040, in *FA CDS*, 9 (2010), p. 2008: «A seguito della privatizzazione, la pubblica amministrazione non esercita più, nel rapporto di pubblico impiego, poteri di supremazia speciale, ma opera con la capacità del datore di lavoro privato e nell’ambito di un rapporto contrattuale paritario, onde non configurandosi in capo ai dipendenti situazioni di interesse legittimo di diritto pubblico, la posizione degli stessi non è degradabile per effetto di atti unilaterali del datore di lavoro».

³⁶ In questa pronuncia la Corte riprende considerazioni che aveva già avuto modo di esprimere in relazione a pregresse esperienze di privatizzazioni (nella specie, quella relativa all’Ente ferrovie Stato: Corte costituzionale, 16 luglio 1987, n. 268, in *RasAS*, I (1987), p. 258: «I rapporti di lavoro subordinato tra l’ente ferrovie Stato ed i suoi dipendenti sono disciplinati su base paritetica; in relazione a detti rapporti non residua spazio per un intervento della giurisdizione degli interessi legittimi»).

³⁷ I passi riportati sono di A. ROMANO, *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale controriforma*, in *Lav. pubb. amm.* 2 (2003), p. 265.

La protezione persa (o supposta tale) a seguito della riforma può tuttavia essere recuperata – ove le posizioni in discorso siano ritenute meritevoli di salvaguardia – mediante un percorso diverso, che dovrà muoversi attraverso la fissazione di limiti *ab externo* all'azione dell'amministrazione da cui consegue l'attribuzione ai dipendenti di veri e propri diritti soggettivi. La nuova attività privatistica degli enti in materia di rapporti di lavoro potrà infatti essere vincolata attraverso procedimentalizzazioni analoghe a quelle che sono stabilite per i datori di lavoro del settore privato.

Come è stato autorevolmente osservato³⁸, la privatizzazione di un'attività non impedisce al legislatore la revisione di norme di diritto privato per renderle più adatte alla tutela di determinati interessi. La protezione delle posizioni del lavoratore può inoltre essere recuperata anche attraverso esplicite previsioni in tal senso nel programma negoziale.

Il riformato assetto dei poteri organizzativi dell'amministrazione richiede in conclusione, per mantenere la tutela di determinati interessi, lo spostamento delle limitazioni dal pregresso piano delle norme di azione a quello delle norme di relazione, con una serie quindi di modifiche consequenziali dell'intero sistema³⁹.

Vecchi limiti possono pertanto essere mantenuti con nuove norme che si muovano all'interno delle differenti logiche dell'attività svolta dall'ente nell'area del lavoro.

³⁸ MARZUOLI C., *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.* (1995), p. 417.

V. inoltre A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa* cit., pp. 252 ss., sulle nuove tecniche (in primo luogo quella dell'individuazione di diritto dei destinatari al rispetto delle regole) per mantenere tutele in precedenza collegate all'impiego di poteri di tipo pubblicistico.

³⁹ In tema A. RICCARDI, *Privatizzazione, tecniche regolative e giustiziabilità. Per una nuova dogmatica dell'attività organizzativa dell'amministrazione*, in *Lav. pubb. amm.* 1 (2007), pp. 105 ss.