

FLAVIA SINI

IL DIRITTO ALL'ASSUNZIONE
NEL LAVORO ALLE DIPENDENZE
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

1. Premessa

Alla fine degli anni novanta si è completato il passaggio dall'ambito pubblicistico a quello privatistico della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ⁽¹⁾.

Iniziato con il d. lgs. 29 del 1993, questo percorso può dirsi

(1) Il percorso di avvicinamento delle due discipline è iniziato ormai da decenni ma si può affermare che l'impulso maggiore è stato dato dalla norma dell'art. 2, co. 1, della legge n. 421 del 1992, con la quale si delega il Governo all'emanazione di uno o più decreti legislativi, diretti al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego, al miglioramento dell'efficienza e della produttività, nonché alla sua riorganizzazione. Nella lett. a) di tale norma si prevede la riconduzione dei rapporti di pubblico impiego sotto la disciplina del diritto civile, mentre alla lettera c) della stessa si prevede l'affidamento delle controversie di lavoro in materia di pubblici dipendenti, con alcune esclusioni, alla giurisdizione del giudice ordinario.

Per una panoramica completa sull'evoluzione dell'avvicinamento delle discipline del lavoro pubblico e di quello privato si veda SCOCA F.G., *Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Diritto Amministrativo*, I, a cura di MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., Bologna, 2001, pag. 781 e ss.

solo adesso compiuto, dopo un faticoso cammino ⁽²⁾ che ha visto più volte l'adeguamento dell'impianto legislativo originario in quest'ultimo decennio; adeguamento dato dalla sollecitazione ricevuta forse maggiormente dalla dottrina che chiedeva, sin dall'epoca della prima privatizzazione, una maggiore nettezza del passaggio dal versante pubblico a quello privato. In un primo tempo, infatti, è stata emanata una legislazione troppo ancorata a moduli pubblicistici di gestione del rapporto, perciò la disciplina che ne scaturiva non poteva certo dirsi né marcatamente pubblicistica né marcatamente privatistica.

Ora si può affermare che la privatizzazione del rapporto è definitiva e che ai modelli provvedimentali che caratterizzavano la disciplina precedente si sono sostituiti quelli consensuali propri del diritto civile.

Nel precedente sistema il lavoratore pubblico era visto attraverso il filtro dei rapporti di supremazia speciale in capo alla pubblica amministrazione, in maniera da poter conciliare il fatto che nella stessa persona si sommassero la posizione del prestatore d'opera con quella dell'esercente pubbliche potestà. Tutto questo è spiegato con l'attribuzione dell'ufficio, mezzo attraverso il quale si unisce funzione pubblica e titolare della stessa ⁽³⁾ In definitiva il lavoratore veniva in risalto più come parte della funzione di autoorganizzazione amministrativa che come prestatore d'opera, si aveva allora l'emersione del rapporto di servizio che a sua volta confluiva in quello d'ufficio. Conseguenza di questa concezione era che tutte le

(2) Dopo la legge delega n. 421 del 1992 il Governo ha emanato il d.lgs. n. 29 del 1993 poi modificato con i dd.lgs. nn. 244-470-546 del 1993. Vi è stata in seguito una seconda delegazione con legge n. 59 del 1997 sulla base della quale sono stati emanati i dd.lgs. nn. 80 e 387 del 1998.

(3) MARONGIU G., *L'ufficio come professione*, in *La democrazia come problema*, Diritto amministrazione ed economia, II, Bologna, 1994, pag. 76 e ss.

vicende che caratterizzavano il lavoro pubblico erano regolate da provvedimenti amministrativi (4).

Le ragioni del passaggio dal modello pubblicistico a quello privatistico si possono però far risalire in gran parte alle incongruenze della precedente disciplina, che aveva operato un appiattimento forzato del rapporto di pubblico impiego all'interno dello statuto pubblicistico della pubblica amministrazione. La costruzione del rapporto nell'ambito pubblicistico era considerata problema-

(4) L'irrigidimento in tal senso della posizione del lavoratore pubblico viene fatta risalire al coniugarsi di istanze di tutela dei pubblici dipendenti e alla contemporanea nascita del problema dell'imparzialità della pubblica amministrazione sul finire del secolo XIX. «(...) il principio di imparzialità, a partire da questo momento, sembra esigere che il datore di lavoro pubblico operi osservando o meglio eseguendo una fitta trama di disposizioni legislative: ciò che rende la posizione di esso rispetto alla legge non equiparabile in alcun modo a quella di "autonomia" che era riconosciuta, allora, al datore di lavoro privato, con assai maggior rigore di quanto non avvenga oggi. Il nesso imparzialità-legalità diviene, in tal modo, sul piano dell'impiego pubblico, un fattore di rigidità. (...) A partire dagli anni '80, invece, cambia l'orientamento: l'imparzialità non si raggiunge più trasformando il funzionario amministrativo da mero esecutore degli ordini del ministro in soggetto responsabile in proprio dell'esercizio di funzioni ad esso direttamente intestate; si raggiunge al contrario trasformando lo stesso ministro e l'apparato che da lui dipende in macchina esecutiva dei comandi del Parlamento, anche e soprattutto in ordine alle decisioni che incidono sul rapporto di servizio dei dipendenti. Anziché allentare il vincolo gerarchico tra elemento politico ed elemento burocratico all'interno dell'amministrazione, si preferisce puntare ad una più rigida subordinazione dell'amministrazione nel suo complesso alla volontà dell'organo politico in cui sono presenti anche rappresentanti dell'opposizione».

BATTINI S., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, pag. 71 e ss.

Di grande importanza per l'argomento trattato è lo scritto di MARONGIU G., *L'ufficio come professione*, op. cit., pag. 72, nel quale l'Autore focalizza il punto di svolta rispetto alla complessità del tema nell'analisi ed esegesi dell'ordine positivo condotta da Zanobini, il quale, tramite il richiamo all'ordine positivo, tenta di risolvere le diatribe intorno alla qualificazione – unilaterale o contrattuale – del lavoro pubblico. L'A. ribadisce però che non si può porre nel nulla la sostanza teorica e dogmatica del lavoro pubblico. "Una sostanza che è stata resa icasticamente con il richiamo autorevole alla necessità di spiegare la compresenza, in certe persone fisiche, di due modi di essere: se da una parte infatti l'impiegato è un prestatore d'opere, titolare di un rapporto di lavoro subordinato, dall'altra egli stesso, tramite l'ufficio, è titolare di una potestà pubblica, organo di quello stesso ente dal quale dipende".

tica sino dagli albori delle tendenze alla totale pubblicizzazione. Da allora, sino alla riforma del lavoro pubblico, infatti, parti sempre più crescenti della dottrina si sono sforzate di mettere in luce che non vi era incompatibilità con il particolare statuto della pubblica amministrazione – che implica la funzionalizzazione della sua attività – per il fatto che la stessa potesse adottare, nell'organizzazione della forza lavoro, una disciplina non pubblicistica. Ancora con sempre maggior lucidità si è tentato di evidenziare che anche quando la pubblica amministrazione, per la gestione del proprio personale, avesse adottato la disciplina privatistica ciò non avrebbe comportato che l'attività della stessa mutasse natura. Semplicemente era evidente che una cosa era il momento d'organizzazione del lavoro, altra era quella d'attività di diretta cura dell'interesse pubblico che certo deve rimanere sottoposta allo statuto pubblicistico. In sostanza, la dottrina ha tentato per lungo tempo di spezzare l'equazione per la quale la pubblica amministrazione si trova sempre in condizione di operare attraverso l'autorità, anche quando l'adozione del modello autoritativo non è determinata da ragioni di diretta cura dell'interesse pubblico.

Le ragioni della dottrina trovavano un valido sostegno nella realtà dei fatti: se si osserva la prestazione lavorativa del pubblico impiegato e quella di un semplice lavoratore subordinato si nota che le due prestazioni in niente differiscono dal punto di vista strutturale. Infatti, a fronte dell'obbligo della prestazione lavorativa si ha la controprestazione retributiva in capo al datore di lavoro sia in ambito di lavoro pubblicistico che in quello privatistico. Quindi secondo questa essenziale prospettazione si ha che, nel lavoro pubblico come in quello privato, vi sono due parti che si confrontano e che arrivano alla composizione dei propri interessi attraverso un accordo con il quale costituiscono obblighi e diritti reciproci. Vedendo, allora, le cose dal punto di vista della pubblica amministrazione ne consegue che certo l'amministrazione ha diritto di ricevere la prestazione la-

vorativa da parte del dipendente e corrispondentemente assume su di sé l'obbligo di eseguire la controprestazione del pagamento di un salario ⁽⁵⁾.

Tanto era evidente tutto questo che quando si è passati, all'inizio del secolo XX, alla totale pubblicizzazione del rapporto si è dovuto, di lì a poco, sottoporre lo stesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, giurisdizione ritenuta più idonea nel caso in cui non sia possibile distinguere agevolmente le posizioni giuridiche soggettive di diritto da quelle di interesse legittimo. E' da ricordare che è proprio nel campo del pubblico impiego che la giurisprudenza amministrativa ha enucleato la distinzione, nell'ambito degli atti amministrativi, tra atti autoritativi e atti non autoritativi o paritetici, espressione di obblighi di natura contrattuale e perciò, impugnabili nell'ordinario termine prescrizione anziché in quello decadenziale.

(5) Di estrema importanza il contributo dato da GIANNINI M.S., del quale si riporta un passo estremamente significativo. "In realtà se non ci fosse la qualificazione operata dalla norma, essi non sarebbero affatto provvedimenti, ma negozi privati; essi non hanno nulla dell'intrinseca sostanza del provvedimento: non esprimono il momento dell'autorità incidendo in momenti di libertà (interessi privati in situazioni di soggezione), non compongono interessi pubblici e privati, non esprimono una potestà amministrativa in quanto con essi l'amministrazione cura propri interessi organizzativi e non interessi della collettività. Essi sono il risultato di procedimenti nei quali la volontà del lavoratore interviene in atti che hanno ruoli determinanti (domanda di partecipazione al concorso, domanda di trasferimento, dimissioni volontarie): tuttavia questi sono procedimenti amministrativi, perché così li qualifica la norma, correlativamente all'essere qualificato provvedimento l'atto costitutivo. (...). Tuttavia le qualificazioni giuridiche possono arrivare sino ad un certo punto, e non possono eliminare contenuti socio-economici nella realtà sottostante al rapporto. Il rapporto di lavoro pubblico è quindi definibile come rapporto nascente da provvedimento, però questo ha effetti bilaterali, e da esso nascono obbligazioni per ciascuna delle parti".

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pag. 364 e ss.

In giurisprudenza si vedano tra molte Cass. civ., SS.UU., 9 luglio 1997, n. 6228, Giust. Civ. Mass., 1997, pag. 1171; Cass. Civ., SS.UU., 25 novembre 1996, n. 10431, Giust. Civ. Mass., 1996, pag. 1578; Consiglio di Stato, V, 10 ottobre 1991, n. 1214, Consiglio di Stato, 1991, I, pag. 1485.

Una volta messa in luce l'identità strutturale dei due tipi di rapporto ne conseguiva anche che si riconsiderasse l'elemento volontaristico che caratterizzava il rapporto. E' chiaro infatti che se il rapporto è caratterizzato da prestazioni reciproche queste non possono che nascere attraverso lo strumento dell'accordo, strumento che presuppone l'esercizio di volontà delle parti dell'accordo stesso. La dottrina ha quindi tentato di riconsiderare le posizioni che escludevano totalmente la presenza di un accordo tra pubblica amministrazione e dipendenti pubblici nella vicenda assunzione, posizioni che invece sono state mosse dalla preoccupazione di far risaltare la pubblica amministrazione come autorità, e che quindi si sono trovate a dover ricostruire il rapporto in termini di soggezione del pubblico dipendente alla volontà della pubblica amministrazione. In questa prospettiva l'instaurazione del rapporto veniva ricostruita come domanda di ammissione del pubblico dipendente a svolgere il lavoro, e con la successiva decisione della pubblica amministrazione di ammettere il dipendente a svolgere la prestazione lavorativa ⁽⁶⁾. In tutta questa vicenda non c'è spazio per la manifestazione di volontà del pubblico dipendente. Non solo, ogni accenno alle categorie civilistiche e specificamente a quelle contrattuali viene rigettato in maniera che le ragioni pubbliche siano le sole ad emergere.

Tale posizione per quanto barocca e forzata ha però resistito sino ai nostri giorni ⁽⁷⁾, nonostante la migliore dottrina si fosse or-

(6) «Nel c.d. atto amministrativo su sottomissione (O. MAYER) la volontarietà dell'adesione individuale non ha funzione costitutiva. Già così si delinea la tipica modalità con la quale questa dogmatica del rapporto di pubblico impiego risolve il problema, che si voleva in sé antitetico, del concorso fra autorità (dello Stato) e volontà (dell'individuo)».

MARONGIU G., *L'ufficio come professione*, op. cit., pag. 93.

(7) «Poiché la manifestazione di volontà diretta a nominare l'impiegato si traduce in un vero e proprio provvedimento amministrativo e poiché l'impiegato, accettando la nomina, si sottopone a tutte le norme legislative e regolamentari che disciplinano il rapporto, la costituzione del rapporto, a differenza di quanto avviene nell'impiego privato,

mai discostata dalla stessa e propendesse al contrario per la riconsiderazione delle posizioni che mettevano in evidenza l'elemento volontaristico e quindi, di conseguenza, l'accordo⁽⁸⁾.

La ragione ideologica per la quale tutta l'attività della pubblica amministrazione deve ricostruirsi in termini di potere, anche quella di organizzazione della forza lavoro, viene però meno quando si avvia un processo di riforma che rivede l'operato della pubblica amministrazione. Revisione che è frutto della riconsiderazione della posizione della pubblica amministrazione rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento – introdotta nell'ordinamento giuridico e nei vivaci dibattiti dottrinali in proposito dall'integrazione dell'ordinamento comunitario con gli ordinamenti nazionali – per la quale l'amministrazione è un soggetto che si trova in condizioni di parità

non forma oggetto della stipula di un contratto, essendo decisiva per farlo in essere la volontà unilaterale dell'amministrazione (teoria unilateralistica) espressa nell'atto di nomina, ancorché l'efficacia di tale atto dipenda dall'accettazione dell'impiegato implicita nell'inizio della prestazione».

VIRGA P., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1989, pag. 145.

(8) «E' noto che l'atto di nomina è stato qualificato come un provvedimento di carattere autoritativo con cui la pubblica amministrazione unilateralmente instaura il rapporto di pubblico impiego, anche se in dottrina si è negata la natura di provvedimento amministrativo ritenendosi più corretto configurare l'atto di nomina come atto di organizzazione a contenuto provvedimentale. Più di recente si è tentato da parte della dottrina di ricercare un contenuto contrattuale nell'atto di nomina, ritornando peraltro alla vecchia dottrina in tal senso di inizio secolo, e qualificando la nomina come proposta contrattuale irrevocabile *ex lege*, che rivestirebbe carattere di definitività, e quindi di irrevocabilità, per cui nell'ambito del procedimento formativo contrattuale si richiede solo l'accettazione del privato al fine di determinare quella fusione di volontà in un'unica volontà contrattuale, che instaura il rapporto di pubblico impiego».

MARONE R., *Costituzione del rapporto*, in *Il rapporto di pubblico impiego nella legislazione e nella giurisprudenza*, Commentario sistematico diretto da BALLETTI B., Napoli, 1988, pag. 62 e ss.

La giurisprudenza ha sempre accettato la teoria unilateralistica della costituzione del rapporto anche se non espressa attraverso un atto formale di nomina, così mutando un proprio precedente orientamento consolidato che invece riteneva essenziale l'atto di nomina come atto formalmente espresso; vedasi in proposito Consiglio di Stato, IV, 8 maggio 1986 n.326, Consiglio di Stato, 1986, I, pag. 618, e Consiglio di Stato, V, 5 settembre 1987 n. 548, *ivi*, 1987, pag. 1255.

– o più precisamente di equilibrio – con gli altri soggetti e quindi non vi è necessità che venga sottoposto ad un particolare statuto, o meglio non è scontato che si possa usare indifferentemente nell'attività della pubblica amministrazione il modulo pubblicistico o quello privatistico ⁽⁹⁾. Ora la pubblica amministrazione può agire sempre più spesso attraverso l'adozione di modelli consensuali che le permettono addirittura di addivenire alla conclusione di accordi, per proporre un'esemplificazione, che possono sostituire i provvedimenti o che possono stabilire i contenuti degli stessi. Si assiste quindi oggi alla possibilità che il potere della pubblica amministrazione sia sottoposto ad una negoziazione che tenga conto degli interessi di coloro che dall'esercizio del potere sono coinvolti. A questo punto, con tali innovazioni non solo di disciplina quanto piuttosto della visione della stessa pubblica amministrazione, non si capisce come potessero residuare perplessità o contrarietà rispetto all'adozione di modelli consensuali nell'organizzazione di un'attività – quella della gestione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – che risulta in tutto e per tutto, dal punto di vista strutturale, assimilabile ad una corrispondente attività completamente sottoposta al regime consensuale per eccellenza che è quello contrattuale.

Il fatto però che adesso l'attività della pubblica amministrazione sia stata sottoposta, per ciò che riguarda la disciplina del lavoro pubblico, alla disciplina propria dell'ambito privatistico non può portare a ritenere che tutto possa essere letto nell'ottica privatistica. Pare piuttosto di poter affermare che attualmente tale disciplina tenga conto dell'intreccio pubblico/privato che ancora permane e che differenzia la stessa da quella che regola il lavoro privato

(9) Cfr. PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, pag. 238 ss.

tout-court. ⁽¹⁰⁾ Peraltro, una totale privatizzazione non è forse possibile in considerazione del fatto che, nonostante tutto, la pubblica amministrazione si trova ad esercitare un'attività funzionalizzata, ciò che fa sì che le discipline si trovino ad essere differenziate non tanto dal punto di vista strutturale, quanto appunto da quello funzionale. Infatti, se è vero che nell'aspetto della regolamentazione di dettaglio adesso la pubblica amministrazione si trova ad operare secondo la capacità del privato datore di lavoro, è anche vero che invece in quello di macroorganizzazione la stessa opera secondo moduli pubblicistici.

L'intreccio pubblico/privato è però foriero di non pochi problemi che sono sorti con la nuova disciplina e che, per ragioni di sintesi verranno solo brevemente accennati.

Il primo problema che si pone è quello di determinare che tipo di giurisdizione abbia il giudice ordinario in ordine alle controversie sottoposte al suo esame. Com'è noto, infatti, il criterio di riparto

(10) L'intreccio tra funzione pubblica e rapporto singolo di lavoro «è avvertito, ma mai adeguatamente risolto, (...). Si tenta infatti di precisare l'ambito della giurisdizione ordinaria mediante l'espressa devoluzione di materie dai confini incerti». Quindi «il nodo concettuale in qualche misura resta, probabilmente perché resta difficile, in un sistema come il nostro, in cui la pubblica amministrazione è un soggetto a normativa differenziata, configurare, oltre certi limiti, in termini "neutri" o "di diritto comune" l'attività organizzativa dell'amministrazione: gli stessi giuslavoristi (IARIA) riconoscono, in linea di principio, che vi è differenza tra imprenditore privato e pubblico, attesa la funzionalizzazione dei poteri organizzativi pubblicistici».

PATRONI GRIFFI F., *Lavoro pubblico e giurisdizione*, L.P.A., 1999, pag. 209 e ss.

«Nel nuovo assetto organizzativo dell'Amministrazione sembra siano quindi configurabili tre categorie di dipendenti: quella del personale che esplicando funzioni di particolare importanza resta soggetto alla vigente disciplina pubblicistica; quella del personale privatizzato, che esercita pubbliche funzioni, al quale il regime privatistico va applicato oltre che con le limitazioni stabilite dall'art.2, primo comma, lett. c) della legge 23 ottobre 1992 n. 421 con le ulteriori limitazioni rese necessarie dall'incompatibilità del detto regime con le funzioni esercitate; infine quella dei dipendenti che non esercitano pubbliche funzioni, la cui disciplina privatistica subisce le sole limitazioni stabilite dall'art. 2, primo comma, lett. c) della legge 23 ottobre 1992, n. 421».

DANIELE L., *Problematiche della privatizzazione del pubblico impiego*, Consiglio di Stato, 1998, pag-110 e ss.

utilizzato per la ripartizione delle controversie in capo al giudice ordinario e in capo a quello amministrativo è quello della individuazione della posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio. Il problema è quindi quello di vedere se il criterio di riparto sia rimasto immutato, oppure se si sia realizzata una sorta di giurisdizione esclusiva ⁽¹¹⁾ del giudice ordinario. Ammesso che la giurisdizione

(11) Già alcuni Autori prima del completamento della riforma si auguravano che la soluzione del legislatore si muovesse in questa direzione: «(...) non è affatto chiaro, sulla base della norma contenuta nella legge di delega n. 59 del 1997, se l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario debba essere considerata come una giurisdizione unica ed esclusiva o se invece tale attribuzione rappresenti la mera riaffermazione del criterio generale di riparto delle giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nel senso che il primo è competente ad occuparsi dei diritti soggettivi ed il secondo ad occuparsi degli interessi legittimi. In proposito sembra preferibile, anche per dare un senso di razionalità alla riforma "Bassanini", optare per la prima soluzione. Aderire alla seconda significherebbe tornare al sistema di tutela delle controversie in tema di lavoro pubblico esistente prima del 1923 prima, cioè, della introduzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo».

SCOCA F.G., *Il contenzioso sui procedimenti e sui contenuti contrattuali*, in *Il nuovo assetto del lavoro pubblico*, a cura di DE MARTIN G.C., Milano, 1999, pag. 355 e ss..

FOLLIERI E., *Riforma del lavoro pubblico e problemi di giurisdizione*, Dir. Proc. Amm., 1997, pag. 485, afferma che in genere il legislatore quando si è discostato dall'ordinario criterio di riparto della giurisdizione basato sulla posizione giuridica soggettiva, ha adottato la soluzione di attribuire le controversie ad uno o all'altro giudice in via esclusiva, implicitamente rilevando quindi che in questo caso così non è.

Per la giurisprudenza si veda la sentenza T.A.R. Friuli Venezia Giulia del 10 maggio 1999, n. 601, in T.A.R., 1999, I, pag. 2529, che nell'affermare che sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie in ordine all'assunzione al lavoro e al conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, fermo restando però che la norma di devoluzione deve essere intesa nel senso che al giudice dei diritti si devolvono le sole controversie che riguardano le posizioni giuridiche soggettive che sono di tale natura, afferma di conseguenza di ritenere esistente l'ordinario riparto di giurisdizione; Si veda contra la sentenza T.A.R. Abruzzo-I'Aquila del 31 luglio 2001, n. 517, in Giust. It, nella quale si evidenzia che l'art. 68 del decreto legislativo 29/93, nel demandare alla cognizione del giudice ordinario tutte le controversie in ordine al rapporto di pubblico impiego, comprese quelle relative all'assunzione al lavoro, nonché quelle relative al conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, fa ritenere che il legislatore si sia voluto discostare dall'ordinario criterio di riparto basato sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, per attestarsi invece su un criterio che ha riguardo alla materia. Questo in quanto apparirebbe difficile distinguere tra posizioni differenziate dal punto di vista della posizione giuridica vantata.

esclusiva in capo al giudice dei diritti sia configurabile in relazione alla nostra carta costituzionale, per aversi tale tipo di giurisdizione manca la possibilità, allo stato normativo, per l'annullamento degli atti amministrativi.

Se si aderisce a questa posizione ne discende poi la risoluzione all'altro quesito che è quello di quale siano le posizioni giuridiche soggettive vantate di fronte allo stesso giudice. Conseguenza della posizione adottata in precedenza è quella per cui se la giurisdizione civile non è esclusiva è chiaro che le posizioni giuridiche vantate di fronte al giudice ordinario saranno quelle di diritto soggettivo, a meno di non voler accettare la categoria degli interessi legittimi di diritto privato.

Dato che la giurisdizione tra i due giudici si ha in base alle differenti posizioni giuridiche vantate, alle quali corrispondono differenti categorie di atti – ossia alla giurisdizione civile sono devolute le controversie che riguardano gli atti di gestione, mentre alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in ordine agli atti di macroorganizzazione, lasciati in regime pubblicistico che quindi sono atti amministrativi – si pone la non facile distinzione dei primi dai secondi.

Una volta, poi, individuati gli atti amministrativi, si ha il problema della possibile duplicità delle forme di tutela che si possono avere rispetto agli stessi. Se tali atti non risultano essere presupposti di nessun atto – nel qual caso per dettato normativo sono sindacabili dal giudice ordinario – non si può escludere in radice che il dipendente delle pubbliche amministrazioni possa essere leso da qualcuno di questi. Allora il lavoratore dovrà adire il giudice amministrativo in quanto portatore di un interesse differenziato e qualificato all'impugnativa dell'atto amministrativo generale ⁽¹²⁾.

(12) Vari Autori pensano che il pubblico dipendente possa adire il giudice amministrativo per l'impugnazione degli atti che sono rimasti in regime pubblicistico, tra questi

Se si tratta invece di atti amministrativi presupposti è da capire se il potere di disapplicazione del giudice ordinario sia rimasto immutato rispetto a come lo si è conosciuto sinora. Tale istituto è concepito dalle legge n. 2248 del 1865, artt.4 e 5, in modo da attribuire al giudice ordinario il potere di disapplicare l'atto amministrativo solo se questo non costituisca oggetto principale della controversia, eppure l'atto sia rilevante in quanto riverbera la sua illegittimità sulla posizione di diritto fatta valere. Sotto il profilo effettuale la declaratoria di illegittimità del giudice civile non comporta la caducazione dell'atto in sé e per sé, comporta invece che l'atto in questione non possa produrre i suoi effetti rispetto alla fattispecie dedotta in giudizio. Ora, non pare di poter dire che il potere del giudice sia stato esteso in ordine all'istituto in questione, poichè il giudice ordinario continua a conoscere degli atti amministrativi solo in quanto presupposti – quindi la conoscenza rimane accidentale e non oggetto principale del giudizio. Inoltre se si guardano le cose dal punto di vista degli effetti si ha che l'atto continua a rimanere valido in generale, perdendo solo la capacità di produrre effetti rispetto alla controversia dedotta in giudizio.

Sempre rispetto all'atto amministrativo presupposto inoltre si deve notare la reale possibilità che si abbiano più pronunce giurisdizionali con eventuali contrasti di giudicati, in quanto come atto presupposto questo è sindacabile in sede civile, ma come atto amministrativo rimane sindacabile dal giudice amministrativo. Inoltre l'at-

IARIA che sottolinea come l'impugnabilità degli atti amministrativi debba essere concessa al lavoratore pubblico perché la pubblica amministrazione non è libera nello svolgimento della propria attività lavorativa, in quanto i suoi poteri organizzativi sono funzionalizzati. Questo si riflette quindi secondo l'Autore sul rapporto di lavoro che non può non essere condizionato dalle modalità di esercizio delle potestà organizzative.

Cfr. Iaria D., *La giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo sulle controversie di lavoro pubblico*, D.& L., 2000, pag. 617.

Per la giurisprudenza si veda T.A.R. Umbria, 8 marzo 1999, n. 193, in T.A.R., 1999, I, pag. 1970 e Trib. Parma, ord. 4 dicembre 1998, in Giust. Civ., 1999, I, pag. 135.

to conseguente all'atto amministrativo presupposto giudicando in sede civile che sorte ha una volta che quest'ultimo dovesse essere annullato in sede di legittimità? Si pone qui la non facile problematica di quale sia il regime di invalidità degli atti di diritto civile che trovano i loro presupposti in atti amministrativi.

E per finire si discute intorno alla possibilità che si possa eseguire la sentenza del giudice ordinario secondo il rimedio dell'ottemperanza. Condivisibile appare in proposito la posizione di chi sostiene che il soggetto deve essere lasciato libero di valutare la convenienza in ordine alla forma esecutiva e che quindi sostiene la concorrenza dei due rimedi esecutivi ⁽¹³⁾.

2 Il diritto all'assunzione dopo le nuove leggi di riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Uno dei momenti nei quali maggiormente si avverte l'intrec-

(13) Iaria D., *L'ambito oggettivo della giurisdizione del del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, L.P.A., 1999, pag. 301.

Al riguardo si scontrano tesi attestate su opposte posizioni. Le tesi a favore dell'esperibilità del rimedio in ottemperanza si basano normalmente sulla considerazione che il rimedio in questione ha dato buoni risultati, mentre maggiori difficoltà si incontrano se ci si sposta sul terreno dell'esecuzione civile; sono quindi tesi che propugnano il mantenimento del livello di tutela sino ad ora goduto. Se si passa dal piano pratico a quello teorico, poi, si sostiene che certo non vi sono ragioni ostative per applicare il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice civile, dato che l'ottemperanza è stata apprestata al fine di fornire esecuzione alle sentenze del giudice civile.

Le tesi contrarie si basano essenzialmente sul rilievo che se si ammettesse l'esperibilità del giudizio in questione, si avrebbe il risultato di far rientrare dalla finestra ciò che il legislatore ha fatto uscire dalla porta, ossia la cognizione del giudice amministrativo, che non si potrebbe certo vedere come mero esecutore della sentenza del giudice civile, dato che con l'ottemperanza si ha in genere una forte ingerenza del giudice amministrativo chiamato ad eseguire la sentenza.

Si vedano per le varie posizioni: VERDE G., *Il nuovo (e futuro) processo nelle controversie del pubblico impiego*, Dir. Proc. Amm., 1993, pag. 275; Sassani B., *La tutela giurisdizionale*, Q.D.L.R.I., 1995, pag. 298 e ss.; ROSELLI F., *Giurisdizione ordinaria e riforma del lavoro pubblico: prime questioni applicative*, L.P.A., 2000, pag. 1031.

cio pubblico/privato è quello che riguarda l'instaurazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Posto che la pubblica amministrazione è tenuta ad espletare procedure concorsuali pubbliche, e che non si dubita circa la natura di tali procedure, ecco che nel nuovo assetto del lavoro pubblico vi è una sorta di zona grigia che è quella che si situa tra la conclusione della gara concorsuale e il contratto. Qui non è chiaro quale sia la posizione giuridica delle parti, ed in particolare la posizione giuridica soggettiva del vincitore di concorso. Mentre infatti dal momento della apertura della fase concorsuale alla approvazione della graduatoria il rapporto si svolge all'interno della coppia concettuale potestà/interesse legittimo, e mentre dalla stipula del contratto ⁽¹⁴⁾ il rapporto si dipana tendenzialmente tra diritti ed obblighi, nel segmento che sta tra l'approvazione della graduatoria e la stipula del contratto individuale di lavoro tutto diventa più incerto, anche se proprio in questo momento sta l'interesse maggiore del privato, per lo più vincitore di concorso: il venire in essere del rapporto. Tanto

(14) «La negozialità, già affermata sul piano dei rapporti collettivi (l.n. 93/1983) (sebbene parzialmente, in quanto ridotta a svolgere una semplice funzione preparatoria della fonte unilaterale, il regolamento destinato a recepire l'accordo, il D.P.R.) viene ora riconosciuta anche sul piano del rapporto individuale. In netto contrasto con la ricostruzione tradizionale del pubblico impiego decisamente prevalente, il contratto è ora riconosciuto matrice del rapporto di lavoro, sia quando abbia ad oggetto prestazioni che implicano lo svolgimento di una pubblica funzione (come sicuramente nel caso della dirigenza). Il consenso espresso dal lavoratore ha carattere negoziale e quindi – incontrandosi con la volontà di assunzione manifestata dalla pubblica amministrazione nella sua veste di datore di lavoro- produce un effetto costitutivo del rapporto e delle relative posizioni incrociate di debito e di credito, non rilevando più – come era ritenuto, in buona sostanza, dalla predetta dottrina- nella sola e semplice funzione di escludere il carattere coattivo del rapporto. La “legge del rapporto” diventa ora il contratto, ovviamente integrato, nei suoi contenuti, dalle disposizioni della legge e dei contratti collettivi. Il capovolgimento sul piano teorico è completo».

LISO F., *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di CARINCI F., D'ANTONA M., Milano, 2000, pag. 210 e ss.

per essere subito chiari una cosa è dire che il soggetto vanta un diritto all'assunzione altro è tentare di stemperare la posizione giuridica soggettiva in qualcosa di più sfumato.

Prima di cominciare l'analisi delle nuove norme è necessario accennare brevemente alla situazione precedente la riforma per capire così che cosa c'è di mutato nel nuovo panorama.

Dopo l'approvazione della graduatoria, atto finale della fase conclusiva del procedimento concorsuale, il vincitore di concorso aveva una posizione di interesse legittimo, ciò che significava che il soggetto non poteva vantare un diritto all'assunzione. Questo in quanto si riteneva dovessero essere conservati all'amministrazione pubblica poteri di non procedere all'assunzione in servizio degli stessi vincitori: l'amministrazione allora poteva non procedere alla nomina ogniqualvolta ritenesse che, per ragioni di interesse pubblico il posto non dovesse essere più ricoperto. La giurisprudenza è stata rigorosamente attestata su queste posizioni, anche se in dottrina da più parti si sostenevano tesi contrarie che configuravano la posizione del vincitore di concorso come posizione di diritto soggettivo alla nomina. E' chiaro che, vista la perdurante negazione della risarcibilità degli interessi legittimi sino al 1999, al vincitore di concorso rimanevano ben poche possibilità di tutela, e la sua posizione può essere descritta in termini di assoluta soggezione rispetto all'amministrazione pubblica, anche se la giurisprudenza ha avuto il merito di richiedere una motivazione molto circostanziata in termini di interesse pubblico che giustificasse il diniego della nomina. Si evince da quanto detto che, dopo l'approvazione della graduatoria, era necessaria una manifestazione di volontà dell'amministrazione per l'immissione nel posto di lavoro, manifestazione di volontà che dava luogo all'emanazione di un ulteriore atto amministrativo: la nomina.

Dopo la riforma operata dal d. lgs. n. 29 del 1993 e successive modificazioni ⁽¹⁵⁾, in seguito all'approvazione della graduatoria, in via generale, non si ha più l'emanazione dell'atto di nomina ma la stipula del contratto individuale di lavoro. Si recupera, quindi, l'elemento volontaristico che prima veniva forzato dentro canoni pubblicistici unilaterali, e si parla di diritto all'assunzione nella norma di cui all'art.68 del d. lgs. in questione dedicata alla giurisdizione: la norma pone in evidenza non solo che si tratta di diritto, ma anche che questo diritto può essere fatto valere attraverso la richiesta di emanazione di provvedimenti costitutivi da parte del giudice.

Il tenore letterale della norme palesa che, una volta che il privato abbia vinto il concorso, a seguito dell'approvazione della graduatoria, matura una posizione giuridica di diritto soggettivo all'assunzione. E' vero che il tenore letterale delle norme non è sempre in grado di chiarificare sulla posizione giuridica soggettiva vantata, basti pensare alle differenti teorie che vengono proposte in ordine alla pozione giuridica soggettiva riguardante il diritto di accesso, che viene considerato da alcuni come vero e proprio diritto e da altri come interesse legittimo ⁽¹⁶⁾. Ma in questo caso è anche vero che è proprio difficile abbandonare, dal punto di vista interpretativo il criterio generale del considerare la posizione giuridica del soggetto vincitore come posizione di diritto soggettivo. Questo perché la posizione così ricostruita si trova ad essere in perfetta armonia con il

(15) Il d. lgs. N. 29 del 1993 e successive modificazioni è stato trasfuso nel d. lgs n. 165 del 30 marzo 2001, in G.U. 9 maggio 2001, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche". Con il decreto in questione si vuole compiere un'operazione di riordino sia della normativa emanata in questi ultimi anni sia di quella precedente. Si continuerà ad utilizzare come riferimento normativo il d. lgs n. 29 del 1993 con l'avvertimento che le corrispondenti norme del d. lgs. del 2001 n. 165 non hanno innovato la disciplina per le norme prese in considerazione nel presente lavoro.

(16) Si veda la ricostruzione operata da MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, II, a cura di MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., op. cit., pag. 1348.

dettato costituzionale che fonda la nostra Repubblica sul lavoro, ponendo il diritto al lavoro e la sua realizzazione come uno dei compiti della Repubblica. Siccome l'amministrazione pubblica è chiamata a realizzare il dettato costituzionale, al pari delle altre funzioni – legislativa e giurisdizionale (che, per la verità, più che realizzare il dettato costituzionale lo applica), questo implica che se l'amministrazione è soggetto chiamato a realizzare il dettato costituzionale, l'interprete, tra più interpretazioni possibili delle norme che all'amministrazione si riferiscono, deve scegliere quella maggiormente conforme alla Costituzione. Infatti, da tale nuova concezione devono scaturire, “per tutti i poteri pubblici, criteri, parametri e regole di condotta che vanno a costituirsi come disciplina della funzione, di ciascuna delle funzione ordinamentali” (17).

La pubblica amministrazione ha quindi la funzione di attuazione delle norme costituzionali che riguardano il lavoro, e l'interprete ha il compito di interpretare le norme che all'amministrazione si riferiscono in tema di lavoro in maniera conforme al dettato costituzionale.

Ma la posizione giuridica soggettiva ricostruita in termini di diritto è da prendere in seria considerazione anche per il fatto che questa è in perfetta sintonia con la privatizzazione dei rapporti di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Infatti, con il passaggio della disciplina del lavoro pubblico dall'ambito pubblicistico all'ambito privatistico, si abbandona, come già affermato, la coppia concettuale potestà/interesse legittimo per approdare alla coppia diritti/obblighi. Ecco che dunque il considerare il diritto all'assunzione, di cui parla la norma dell'art.68, un vero e proprio diritto si innesta perfettamente all'interno del processo di rifor-

17 MARONGIU G., *Funzione amministrativa e ordinamento democratico*, in *Democrazia come problema*, op. cit., pag. 463.

Cfr. anche ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, Foro it., V, 1984, pag. 205 e ss.

ma anche per le suddette ragioni, e tale interpretazione soddisfa criteri interpretativi logico-sistematici.

Parte della dottrina è effettivamente attestata nel riconoscere il diritto come la posizione giuridica vantata dal vincitore di concorso pubblico con la precisazione però che la fonte del diritto sarebbe di matrice totalmente privatistica. Quindi, posto che è intervenuta la riforma in senso privatistico dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, tutte le vicende giuridiche inerenti il rapporto vanno lette in senso privatistico, e per fare applicazione di ciò, si teorizza sì il diritto all'assunzione a condizione che il bando di concorso sia ricostruito come atto avente duplice natura. Per la precisione il diritto scaturirebbe da un atto totalmente privatistico o da un atto pubblico avente sia valenza pubblicistica che valenza privatistica. L'atto pubblico in questione è il bando di concorso, che sarebbe l'atto con il quale la pubblica amministrazione manifesta all'esterno la volontà di addivenire alla successiva conclusione del contratto individuale di lavoro. In questa prospettiva il bando andrebbe inquadrato come offerta al pubblico, come promessa al pubblico o come preliminare unilaterale di contratto ⁽¹⁸⁾. L'inquadra-

18 ZAPPALÀ L., *Le trasformazioni del lavoro pubblico nel prisma delle politiche di reclutamento*. Il caso del «diritto all'assunzione», L.P.A., 2000, pag. 293 e ss..

“Precisato che è la sola procedura concorsuale ad essere rimasta soggetta alla giurisdizione del g.a., dovrà attribuirsi rilevanza alla determinazione organizzativa antecedente al bando di gara che costituisce il vero e proprio *input* dell'attività di reclutamento. Se, dunque, questa «volontà» di reclutare (nonché di contrattare) espressa *iure privatorum* è idonea a costituire – secondo la disciplina civilistica inerente la conclusione dei contratti – un vincolo (fonte di un obbligo a carico della P.A.) ad assumere alcuno dei futuri vincitori della selezione pubblica idoneo ad essere soddisfatto anche a mezzo di una pronuncia ex art. 2932, allora potrà dirsi sciolto il dubbio sulla sussistenza, in detta fattispecie, di un diritto all'assunzione. Va preliminarmente sottolineata la particolare funzione del bando di gara nell'attività di reclutamento svolta dalla P.A.: questo è, infatti, il primo atto che, nella sua funzione «tipica», apre la procedura ad evidenza pubblica, ma è anche, specularmente, il *mezzo* attraverso cui la P.A. manifesta all'esterno la sua volontà di «privatistica» di individuare i soggetti con cui procederà alla stipula dei futuri contratti di lavoro. Preso atto, dunque, che il bando di concorso rende nota – tramite un funzione che potremmo definire *traspositiva ab externo* – una precisa volontà negoziale, meno facile sarà la qualificazione

mento del bando del concorso e del procedimento concorsuale tutto, per quanto riguarda il diritto all'assunzione, è ricondotto all'ambito privatistico per la preoccupazione di assicurare l'equiparazione del datore di lavoro pubblico a quello privato, preoccupazione data dalla volontà di ricondurre ad un sistema organico le leggi di riforma del lavoro pubblico con quelle che disciplinano il lavoro privato. Ed in tal modo si assicura anche che il diritto all'assunzione, nell'uno come nell'altro caso, riceva la stessa tutela e negli stessi

di questa volontà negoziale dal punto di vista del diritto civile, viste le note difficoltà di "incasellare" i procedimenti volitivi attraverso cui suole esprimersi la P.A. in fattispecie individuate nella disciplina dei contratti contenuta nel codice civile. In particolare, assumendo una tale funzione traspositiva del bando di concorso, si pone l'alternativa se qualificare la volontà che questo esterna come un'offerta al pubblico ex art. 1336 cod. civ. di stipula di un contratto definitivo, ovvero di un preliminare "unilaterale", o, infine come promessa al pubblico ex art. 1989 cod. civ.».

“La qualificazione della stessa pretesa avanzata dal lavoratore in termini di diritto soggettivo deriva dal processo di privatizzazione-contrattualizzazione, mediante il quale il rapporto di lavoro è divenuto sostanzialmente paritario, caratterizzato da reciproche funzioni di diritto soggettivo in relazione alle quali il giudice, qualunque esso sia, deve necessariamente pronunciare con sentenza di accertamento e di condanna (TAR Lazio, sez. Latina 11/11/97, n. 1032, in Foro amm. 1998, pag 2532). (...) In giurisprudenza, infatti, si è qualificato il bando di concorso come una vera e propria promessa al pubblico, qualora il richiamo a precise norme contrattuali in esso contenute dimostri che la selezione è finalizzata non solo alla formazione di un graduatoria ma alla costituzione di un rapporto di lavoro. In tal caso, il candidato illegittimamente escluso in sede di assunzione può chiedere la costituzione del rapporto di lavoro ex 2932 c.c., con le eventuali conseguenze risarcitorie per il ritardo”.

DALL'ARA E., *Sul diritto all'assunzione di vincitori di un concorso indetto da una PA*, D. & L., 2000, pag. 722 e ss.

Per la giurisprudenza si veda Pretura di Milano 28 maggio 1998, in D & L, 1998, pag. 947.

“Il bando con cui un ente pubblico indica una selezione per l'assunzione di un determinato numero di lavoratori costituisce una promessa al pubblico quando il richiamo a precise norme contrattuali in esso contenuto (ad es. l'esplicito riferimento al Ccnl di settore, al livello di inquadramento, alle mansioni, al tipo di contratto) dimostri che la selezione era finalizzata non solo alla formazione di una graduatoria ma alla costituzione (in mancanza di condizioni oggettive ostative) del rapporto lavorativo di cui sono stati indicati i dati fondamentali. In tal caso il candidato illegittimamente escluso in sede di assunzione può chiedere la costituzione del rapporto di lavoro ex art. 2932 c.c. con le eventuali conseguenze risarcitorie per il ritardo”.

limiti. Pare però che tali tesi costituiscano un ampliamento della ricostruzione che viene fatta del bando e del procedimento concorsuale degli enti pubblici economici ⁽¹⁹⁾. Ampliamento peraltro affat-

(19) Si veda per la giurisprudenza da ultimo Cass. Civ., sez. lav., 25 novembre 1999, n. 13138, R.I.D.L., 2000, pag. 659.

«Il bando di concorso per l'assunzione di lavoratori non è riconducibile alla previsione di cui all'art. 1989 c.c., ma, essendo preordinato alla stipulazione di contratti di lavoro, che esigono il consenso delle controparti, costituisce, ove contenga gli elementi alla cui conclusione è diretto, un'offerta al pubblico, a norma dell'art. 1336 c.c.; tale offerta può essere di un contratto di lavoro definitivo, il quale si perfeziona con l'accettazione del lavoratore che risulti utilmente inserito nella graduatoria dei candidati idonei, oppure preliminare, il quale si perfeziona con la semplice accettazione del candidato che chiede di partecipare al concorso e ha per oggetto l'obbligo per entrambe le parti o per il suo offerente, nel caso di preliminare unilaterale, della stipulazione del contratto definitivo con chi risulti vincitore. Nel sistema del concorso pubblico per l'assunzione di personale da parte delle aziende municipalizzate per l'esercizio di trasposti autoferrotranviari (o enti pubblici), la discrezionalità di valutazione che contrassegna le relative valutazioni non è riferibile all'esercizio di una potestà pubblica di autoorganizzazione ma configura esercizio di attività privatistica dell'imprenditore ovvero prestazione procedimentale dovuta dall'imprenditore medesimo nell'ambito del rapporto obbligatorio attinente al concorso, sindacabile dal giudice ordinario sia sotto il profilo delle norme regolamentari e delle disposizioni collettive, sia sotto il profilo dell'osservanza del principio di correttezza e buona fede (...)».

Per una rassegna delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali in argomento si può vedere SIMONATO D., *Natura giuridica del bando di concorso e interruzione di procedura concorsuale*, R.I.D.L., 2000, pag. 663. L'A. dà conto dell'evoluzione della giurisprudenza mettendo in luce le posizioni assunte dalla stessa sin dall'emersione di questa problematica. Si evidenzia come da una iniziale posizione che oscillava tra una configurazione del bando di concorso come promessa al pubblico o come offerta al pubblico, si sia poi arrivati ad una posizione, che viene definita eclettica, in base alla quale la natura del bando dipende dalle previsioni in esso contenute. In seguito si assiste all'abbandono della configurazione del bando come promessa al pubblico, ed emerge allora che l'offerta al pubblico può essere considerata sia come contratto di lavoro sia come contratto preliminare con obbligazioni a carico di una o di entrambe le parti. Per quanto riguarda la dottrina si sottolineano le esigenze sottese alle due principali teorie: quella dell'offerta al pubblico e quella della promessa al pubblico. «E' evidente che alle due fondamentali posizioni assunte dalla dottrina soggiacciono due esigenze essenziali: per i propugnatori della tesi dell'offerta al pubblico, la necessità di ancorare saldamente i procedimenti di selezione del personale al contratto e al suo *iter* formativo (...); per i sostenitori dello schema della promessa al pubblico, l'esigenza, da un lato, di garantire l'irrevocabilità della scelta compiuta dal datore per l'autolimitazione dei propri poteri, dall'altra di superare le aporie giuridiche cui conduce la prima ricostruzione. Come è stato bene posto in evidenza, avallando la tesi dell'offerta al pubblico si è costretti a concludere che, essendo la condizione dotata di efficacia retroattiva (art. 1360 c.c.), l'assunzione dei vincitori avrebbe effetto dalla data di presentazione della domanda di partecipazione al concorso, (...)».

to peregrino, e che certo ha una sua ragione: quella di riconduzione in ambito totalmente privatistico la disciplina del lavoro pubblico. Il parallelismo tra enti pubblici economici e amministrazioni pubbliche, per quel che riguarda il diritto all'assunzione, in buona sostanza, muove dal presupposto che, dato che la disciplina del lavoro è stata privatizzata e dato che nell'ambito degli enti pubblici economici si sono già raggiunte conclusioni soddisfacenti, perché non estendere tali conclusioni al lavoro pubblico privatizzato?

E' chiaro che se si configura il bando in un'ottica civilistica, e si ritiene perciò che la fonte del diritto all'assunzione altro non sia che un atto di diritto civile, si ha come conseguenza che l'obbligo di assunzione, gravante in capo alla pubblica amministrazione verso il vincitore di concorso, in niente si differenzia dal corrispondente obbligo che può gravare su un datore di lavoro privato. Il diritto in capo al vincitore quindi, dovrà essere riconosciuto negli stessi termini ed ambiti in cui viene riconosciuto ad un partecipante ad un concorso privato. Se si guarda poi la cosa dal punto di vista debitorio, si ha che la volontà della pubblica amministrazione deve essere fatta salva negli stessi termini in cui è fatta salva la volontà del privato datore di lavoro. Da qui discende, come ovvia conseguenza, che la possibilità di emanare sentenze costitutive del rapporto di lavoro da parte del giudice civile incontra gli stretti limiti in cui è riconosciuta al giudice civile la possibilità di utilizzare la norma di cui all'art. 2932 c.c. L'applicazione della norma de qua è infatti riconosciuta solo se il giudice non vada ad infrangere, con il suo operato, in omaggio al dogma volontaristico, la volontà del soggetto che presta il consenso, quindi la norma del codice civile può essere applicata solo se l'obbligo di concludere un contratto è di natura legale o di natura contrattuale.

Pare proprio che, ora che il lavoro pubblico è stato privatizzato, vi sia una volontà di semplificazione della realtà antitetica ma corrispondente a quella che vi era quando la ricostruzione del

lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni era totalmente pubblicistica. Detto in altre parole, pare che oggi la visione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni un'altra volta non tenga conto della complessità di problemi che si affacciano su questo particolare versante. Mentre prima non si teneva conto dell'identità strutturale della prestazione lavorativa pubblica con quella privata, e si faceva rientrare la prima in modelli totalmente pubblicistici, adesso, al contrario, sembra che non si tenga conto della diversa funzionalizzazione dell'attività che si riscontra nelle amministrazioni pubbliche rispetto agli enti pubblici economici. E' proprio per questo che il paradigma tutto privatistico non si può ritenere del tutto convincente, ossia è per questo che non pare accettabile che la fonte del diritto soggettivo all'assunzione sia ricostruita come fonte privatistica. In realtà bisogna considerare che la norma di cui al 4 co. dell'art. 68 del d. lgs. 29/93 stabilisce che le procedure concorsuali ⁽²⁰⁾ sono lasciate alla giurisdizione del

(20) Dato che la procedura concorsuale è rimasta in ambito pubblicistico è chiaro che ad essa verranno applicati i principi della legge sul procedimento e tutte le garanzie in tema di accesso agli atti. In sede di tutela troveranno poi applicazione i principi generali in tema di impugnazione degli atti amministrativi.

Ci si può porre il quesito su che cosa rientri o meno nella fattispecie concorsuale, quesito che di solito trova risposta nella considerazione secondo la quale la procedura concorsuale non copre ciò che riguarda l'assunzione: nel precedente sistema infatti la fattispecie concorsuale si arrestava alla graduatoria ed in seguito per procedere all'assunzione era necessario l'atto di nomina, mentre ora, dopo l'approvazione della graduatoria si ha la stipula del contratto di assunzione. Inoltre ci si può anche chiedere che cosa debba intendersi per procedura concorsuale: la risposta può essere che sono procedure concorsuali tutte quelle fattispecie nella quali vi possa essere la presenza di più concorrenti per un medesimo posto. Secondo GAROFALO M.G., *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, LPA, 1999, pag. 514, la ratio della disposizione dell'art. 68 sarebbe quella di una maggiore congruità del processo amministrativo, con la possibilità di accesso al processo anche dei controinteressati e con quella di potere annullare l'atto con effetto erga omnes, a trattare questo tipo di giudizio. Ma sempre allo stesso proposito si deve rilevare che le nuove norme hanno acceso il dibattito su che cosa si intenda per procedura concorsuale anche sotto un altro profilo. Infatti non vi è affatto concordanza sul fatto che debbano rientrare nella procedura concorsuale anche i concorsi interni o la parte dei concorsi ordinari riservata al personale già in servizio; ed ancora se si applichi la nozione di concorso

giudice amministrativo. Questo, se si vuole trovare una corrispondenza di diritto sostanziale ad una norma che pare solo di tipo

anche al conferimento e revoca di incarichi dirigenziali. Secondo IARIA, l'ambito lasciato al giudice amministrativo è molto ristretto in quanto non vi rientrerebbero le assunzioni da liste di collocamento dato che queste comportano una prova d'idoneità e non una prova selettiva; inoltre, anche le procedure selettive che presuppongono la progressione in carriera dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, non concretando la fattispecie di accesso all'impiego, non rientrerebbero nell'ambito di giurisdizione riservato al giudice amministrativo, e sarebbero di conseguenza devolute alla cognizione del giudice ordinario. Sarebbero esclusi dalla cognizione del giudice dei diritti invece le controversie sui concorsi che prevedono una quota riservata agli interni, in quanto la presenza di soggetti esterni fa scattare la necessità del concorso pubblico, fattispecie difficile da scindere, date le esigenze di unitarietà della stessa, con la rilevanza degli esiti della fase riservata agli interni nell'assegnazione dei posti non riservati.

IARIA D., *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, op. cit., pag. 285.

Per la giurisprudenza si evidenzia l'ordinanza del T.A.R. Palermo, sez. I, del 3 novembre 2000, Giust.it. che traccia il confine inerente le due giurisdizioni. «Poiché ai sensi dell' art. 68, commi 1 e 4, del D. LGS. n. 29/1993, continuano a rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo le sole controversie relative agli atti amministrativi di organizzazione nonché – per quanto attiene alla tradizionale materia del pubblico impiego – le sole controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, deve ritenersi che rientri tuttora nella giurisdizione del giudice amministrativo una controversia concernente l'impugnazione di un regolamento aziendale per la disciplina delle modalità di svolgimento delle selezioni interne del personale dipendente, atteso che tale controversia si riferisce ad un atto di organizzazione. Viceversa deve ritenersi che ormai esuli dalla giurisdizione del giudice amministrativo la impugnazione di un concorso interno per il passaggio a categoria o qualifica superiore (...)».

In senso conforme anche Tribunale di Trapani, sez. lavoro de 2 gennaio 2001, pubblicata su Giust. It., il quale afferma che si deve far rientrare «nella giurisdizione dell'A.G.O. una controversia riguardante un provvedimento di esclusione di un pubblico dipendente dalla selezione interna per progressione verticale; invero come ha rilevato l'ARAN nel parere del 12 aprile 2000, “a seguito dell'entrata in vigore del CCNL del 31.3.1999 sul nuovo modello di classificazione del personale, si è indubbiamente realizzata la netta distinzione tra le procedure selettive o concorsuali pubbliche (...) e le procedure selettive interne (...)”. La distinzione non è solo terminologica ma ha valenza sostanziale in quanto:

a) le prime appartengono ancora all'area pubblicistica, richiedono l'adozione di provvedimenti amministrativi, scontano un contenzioso avanti al TAR e al Consiglio di Stato;

b) le seconde, derivando una fonte negoziale, ricadono interamente nell'area del diritto privato, sono ricomprese, più precisamente, nella vasta attività di gestione del rap-

processuale ma che in realtà non lo è, implica che anche per la parte privatizzata si ha la giurisdizione del giudice amministrativo, per

porto di lavoro che è affidato alla competenza dei dirigenti che la esercitano con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 2, del D.LGS. 29/93 e successive modificazioni ed integrazioni».

Si segnala inoltre l'ordinanza della Corte Cost. del 4 gennaio 2001, emessa a proposito del ricorso del TAR Catania sulla non manifesta infondatezza dell'illegittimità dell'art. 68, 4 co., del d. lgs. 29/93, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. per la non devoluzione totale delle controversie sull'intera materia del lavoro pubblico all'autorità giudiziaria ordinaria. In quest'occasione la Corte afferma che «l'erroneità del presupposto interpretativo da cui muove il remittente, secondo cui la procedura concorsuale di cui trattasi (*concorso esterno e concorso interno n.d.r.*), avrebbe differente natura, per i concorrenti in quota di riserva e per quelli esterni, trattandosi, viceversa per gli uni e per gli altri di una procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando; che pertanto l'intera controversia deve ritenersi attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 68, 4 comma del decreto legislativo n. 29 del 1993».

PROVENZANO A., *Note in margine a sentenza in materia di competenza dell'Autorità Giudiziaria a decidere sulle controversie per le progressioni verticali*, Giust. It.

Per ciò che riguarda il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, si segnala il vivace dibattito giurisprudenziale. Si riporta un passo della sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia, del 18 dicembre 1999, n. 1282, Giust. It, nella quale si assiste ad un capovolgimento delle posizione sino a quel momento adottata dai giudici. «Il collegio è perfettamente consapevole che, con la sentenza n. 601/99 questo T.A.R. ebbe ad affermare che siffatta controversia continuava rimanere nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, pur dopo l'entrata in vigore dell'art.18 del D. Lgs. 29.10.1998 n. 387 che ha modificato l'art. 68, comma 1, del D.lgs.3.2.1993 n.29 nel senso di "devolvere al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni... incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale...". In tale occasione questo T.A.R. ritenne che la norma soprariportata non andava comunque ad alterare il tradizionale riparto della giurisdizione in relazione alla posizione soggettiva tutelata e, pertanto, poiché il soggetto che ricorre avverso l'atto che conferisce ad altra persona l'incarico dirigenziale cui aspirava non può vantare alcun diritto a vederselo attribuire ma ha un mero interesse legittimo coincidente con la pretesa al ripristino della legalità violata, la giurisdizione sarebbe rimasta al giudice amministrativo. Detta conclusione veniva anche avvalorata dalla considerazione che, sotto il profilo dell'accesso, la posizione di colui che partecipa ad una procedura selettiva per il conferimento di un incarico dirigenziale come quello in esame veniva ritenuta analoga a quello di concorrente in un pubblico concorso, per cui si sarebbe dovuta applicare alla fattispecie il comma 4 del D. lgs. n. 29/93, che mantiene alla giurisdizione del giudice amministrativo (nel caso di giurisdizione generale di legittimità) le "controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni". Ciò premesso si ritiene che la sopra riportata interpretazione della normativa

quanto riguarda il reclutamento del personale attraverso lo strumento concorsuale, ciò che spezza anche concettualmente la completa privatizzazione della gestione del rapporto fin dal suo instaurarsi. E' chiaro che qui non si condivide la scelta operata da alcuni Autori secondo la quale si deve dare maggiore rilevanza al comma 1 dell'art. 68, da cui discende che il giudice ordinario ha la possibilità di valutare tutti gli aspetti della controversia. Si ritiene al contrario che la norma di cui al comma 4 dell'art. 68 non possa essere svuotata di significato: da questo discende che in una controversia riguardante il diritto all'assunzione, la parte della stessa che inerisce la legittimità degli atti concorsuali, deve essere decisa dal giudice amministrativo con efficacia di giudicato ⁽²¹⁾. Allora, ci si

sopracitata (...), vada sottoposta ad una rilettura critica che porta a concludere nel senso della carenza di giurisdizione di questo giudice. E' infatti indubbio che il testo del primo comma dell'art. 68 cit. induce a ritenere che il legislatore abbia inteso effettuare il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario non più in ragione del criterio tradizionale che fa riferimento alla posizione soggettiva tutelata, bensì con riferimento al diverso criterio della materia (...). Se quindi il legislatore ha inteso, ed il Collegio non vede come si potrebbe negarlo, devolvere al giudice ordinario tutta la materia del pubblico impiego a prescindere dalle posizioni soggettive al suo interno identificabili e con l'unica eccezione di quelle particolari categorie che restano al giudice amministrativo, anch'esse senza distinzione delle situazioni soggettive tutelate, è evidente che anche per le "controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali..." il criterio seguito per la identificazione della giurisdizione resta quello della materia e non si può svuotare di contenuto la previsione legislativa andando a distinguere nell'ambito del "conferimento degli incarichi dirigenziali" se sia possibile far valere situazioni di diritto o se sussistano solo situazioni di interesse legittimo».

Contra cfr, TAR Palermo, ordinanza del 23 novembre 2000, n. 1922, Giust.it.

In realtà pare di poter affermare che in un procedimento concorsuale unico che preveda la quota di riserva non si possa incorrere in errore ritenendo di poter scindere il procedimento che al contrario presenta una sua unitarietà, anche per gli evidenti riflessi che vi possono essere tra la fase dei riservisti e la fase degli ordinari.

(21) Secondo SASSANI il giudice ordinario è libero di valutare tutti gli aspetti della fattispecie anche se questi coincidono con atti della procedure concorsuale. L'A., dando preminente rilievo al 1 comma dell'art. 68, insiste sulla norma che precisa che l'impugnazione di fronte al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non costituisce causa di sospensione del processo. Cfr. SASSANI B., *Il pas-*

deve chiedere come mai il legislatore non abbia emanato una norma con la quale privatizzare anche la fase di reclutamento del personale, invece che solo norme che privatizzano la gestione del rapporto. Forse la risposta a questo quesito si può facilmente ricavare dalle argomentazioni della Corte Costituzionale, la quale sostiene che in un «ordinamento democratico che affida all'azione amministrativa – separata da quella politica – il perseguimento di finalità pubbliche, il concorso pubblico quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare la propria funzione in condizione di imparzialità (...)» (22).

C'è poi un evidente necessità di coordinamento tra la norma di cui all'art. 97 Cost., e quella di cui all'art. 51 Cost., che prevede che tutti i cittadini possano accedere alle pubbliche amministrazioni.

saggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in cassazione, in Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Il decreto legislativo n. 80 del 1998, a cura di PERONE G.C., e SASSANI B., Padova, 1999, pag.7.

Secondo IARIA la soluzione che permette al giudice del lavoro di conoscere anche della procedura concorsuale è la migliore, in quanto consente la concentrazione delle cause in capo ad un unico giudice, ma anche perché il divieto di pregiudizialità della norma dell'art. 68 sembra essere maggiormente rilevante della riserva a favore del giudice amministrativo, riserva che l'A. considera un omaggio alla posizione che ritiene in configurabili diritti soggettivi in ipotesi di procedure concorsuali. Cfr. IARIA D., *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, op. cit., pag. 286 e ss.

A favore della tesi sposata nel testo si veda invece GARILLI A., *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, L.P.A., 2000, pag. 730.

(22) Corte Cost., sent. N. 1 del 1999, in Giust. It. La Corte prosegue affermando che «le deroghe alla regola del concorso, da parte del legislatore, sono ammissibili soltanto nei limiti segnati dall'esigenza di garantire il buon andamento dell'amministrazione o di attuare altri principi di rilievo costituzionale, che possano assumere importanza per la peculiarità degli uffici di volta in volta considerati: ad esempio quando si tratti di uffici destinati in modo diretto alla collaborazione con gli organi politici o al supporto dei medesimi».

ni, ciò che fa ritenere che il concorso pubblico meglio tuteli ed esprima, ma soprattutto attui, la visione costituzionale della stessa pubblica amministrazione nell'ordinamento ⁽²³⁾.

3. Conclusioni.

Si può al contrario affermare che, pur essendo ormai privatizzati sia il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni sia quello alle dipendenze degli enti pubblici economici, il momento genetico della posizione giuridica soggettiva, la fonte del diritto è differente nell'uno e nell'altro caso. La differenza sta nella diversa rilevanza dell'ufficio in questi due tipi di enti. In sostanza, non può essere proposta una soluzione valida per enti che svolgono attività imprenditoriale altrettanto valida per enti che svolgono attività di cura dell'interesse pubblico. Si può obiettare che anche gli enti pubblici economici svolgono attività di cura dell'interesse pubblico, ma a quest'obiezione si risponde che in tali enti vi è, per il personale dipendente, solo il rapporto di servizio, in quanto l'attività dallo stesso svolta non implica una incardinazione in com-

(23) La stessa norma dell'art.36, al comma 3, che è quella che si occupa di della procedure di reclutamento nella pubbliche amministrazioni sembra avere ben presente i principi costituzionali che informano l'attività della pubblica amministrazione. «Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;

b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;

c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;

d) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni pubbliche, docenti ed estranei dalle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali».

plessi burocratici che svolgono attività funzionalizzata. In altre parole il dipendente delle amministrazioni pubbliche somma in sé non solo il dovere di esercitare la prestazione lavorativa, ma anche il potere dovere di esercitare la funzione amministrativa. Questo fa emergere il profilo del rapporto di ufficio, il quale a sua volta sottintende la funzione. Quindi è necessario non incorrere in un appiattimento della dimensione dell'ufficio su quella del rapporto di servizio, appiattimento che ancora una volta produrrebbe sicuramente facili inquadramenti del problema, e che però produrrebbe anche altrettanta miopia nella ricostruzione del fenomeno di cui si discute, così come quella che è stata messa in evidenza rispetto alla ricostruzione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in un'ottica solamente pubblica. Bisogna approfittare dell'occasione dell'introduzione della nuova normativa per riportare alla luce le complessità che il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche implica: questo è infatti un terreno nel quale si intrecciano le ragioni del pubblico e quelle del privato, intreccio che non bisogna risolvere schiacciando l'uno aspetto a favore dell'altro e viceversa.

Si deve allora avere il coraggio di mettere in luce la differenza dei due tipi di rapporto: differenza che si presenta non di tipo strutturale ma di tipo funzionale.

Ora non sembra che ricostruire la vicenda del bando e del procedimento concorsuale in un'ottica pubblicistica valga ad escludere il diritto, ed anzi si può affermare che mentre all'interno della fase concorsuale il privato vanta una posizione di interesse legittimo, una volta approvata la graduatoria, lo stesso matura una posizione di diritto soggettivo.

Sulla base di queste considerazioni allora, il diritto all'assunzione trova le sua fonte nel procedimento concorsuale e più specificamente nell'atto di approvazione della graduatoria. Quindi il corrispondente obbligo della pubblica amministrazione nasce nello stes-

so momento. Per capire quale sia l'ambito di tutela di questo diritto, e per capire che cosa abbia voluto significare il legislatore nella norma dell'art. 68, quando stabilisce che il diritto all'assunzione è tutelato dal giudice ordinario anche attraverso provvedimenti di costituzione del rapporto ⁽²⁴⁾, bisogna però ricostruire la natura dell'obbligo che grava in capo alla pubblica amministrazione. Meglio ancora, dati i ristretti ambiti di applicazione della norma di cui all'art. 2932 c.c., c'è da capire se l'obbligo della pubblica amministrazione può essere ricostruito in termini di obbligo legale a contrarre. Tale obbligo può essere ricavato dalla disciplina della norma dell'art. 36 del d. lgs. n. 29/1993 dedicata al reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni, la quale esordisce affermando che l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto in-

(24) «La disposizione del comma 2 dell'art.68 evita inoltre un problema pratico derivante, con riferimento alle pronunce costitutive, dall'interpretazione corrente dell'art.2908 c.c. che subordina alla "espressa previsione di legge" il potere dell'autorità giudiziaria di costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici (...). Ove fosse mancato l'esplicito richiamo dell'art. 68 comma 2, si può ragionevolmente presumere che più di un interprete avrebbe argomentato il divieto per il giudice ordinario di produrre effetti costitutivi nei confronti della p.a. proprio dalla mancanza di un espressa previsione di legge. (...). La norma contribuisce a descrivere l'attività del giudice ordinario che precede la pronuncia della sentenza, cioè il contenuto della sua cognizione. Occorre ancora una volta distinguere le ipotesi in cui l'accertamento sul rapporto non coinvolga atti organizzativi (i.e. il controllo riguarda esclusivamente atti di natura privatistica) da quelle in cui tali atti vengano in questione. Quando la questione sottoposta al giudice riguarda solo il rapporto di gestione svolto secondo le forme dell'attività contrattuale, la sua cognizione riguardante la verifica di "violazione di norme sostanziali o procedurali" va intesa come verifica della lesione della situazione giuridica soggettiva del lavoratore e della illiceità del comportamento della p.a. In questo senso la violazione di legge coincide con il fatto lesivo del diritto soggettivo. Quando invece vengono in questione atti amministrativi presupposti, l'"accertamento sulla violazione di norme sostanziali o procedurali" si estende alla verifica (non solo alla liceità della condotta ma anche) della legittimità dell'atto presupposto, la quale si rende nell'*iter* logico un antecedente necessario per l'accertamento sulla lesione del diritto soggettivo. In questo caso la cognizione del giudice comprende anche la disapplicazione dell'atto illegittimo secondo i parametri di controllo della legittimità dell'attività amministrativa».

TISCINI R., Art. 29, in *Amministrazione pubbliche, lavoro, processo*, a cura di DEL-OLIO M.- SASSANI B., Milano, 2000, pag. 338 e ss.

dividuale di lavoro, affermazione alla quale segue un elenco ⁽²⁵⁾ dei modi attraverso i quali si addiuvano alla stipula del contratto stesso. Anche se la norma non parla chiaramente di un obbligo dell'amministrazione a contrarre, è da ritenere che questo sia una diretta derivazione della sequenza descritta dalla norma per arrivare alla stipula del contratto individuale: attivazione procedura concorsuale-stipulazione contratto individuale di lavoro. Questa ricostruzione della norma è poi in armonia e in perfetta coordinazione con la già citata norma dell'art.68, allorquando si parla di diritto all'assunzione, e della possibilità per il giudice di riconoscere lo stesso anche con la costituzione giudiziale del rapporto. Ed anzi anche quest'ultima è da prendere in considerazione per ricavare l'obbligo legale a contrarre. Questa è suscettibile di diverse interpretazioni: o si considera solo ricognitiva di un qualcosa che già è presente, o si interpreta in senso innovativo, nel senso in cui il diritto all'assunzione è rafforzato quando il datore di lavoro è una pubblica amministrazione. Se si accetta questa tesi ricostruttiva, che peraltro pare maggiormente logica dato che nell'ordinamento c'è già la norma generale che dà la possibilità al giudice di emettere sentenze costitutive- per cui non c'è alcun bisogno di ricavare dall'atto pubblico bando quella volontà privatistica dalla quale far scaturire il diritto, dando per necessità una doppia valenza all'atto amministrativo ⁽²⁶⁾.

(25) L'art.36 del d. lgs. del 1993 n. 29 così recita: «L'assunzione nelle pubbliche amministrazioni avviene con contratto individuale di lavoro:

a) tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno;

b) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità».

(26) E' vero che rispetto alle vicende dei contratti ad evidenza pubblica, nel caso di atti come il bando di gara e come l'aggiudicazione vi sono controversie: spesso tali atti

Si può allora descrivere la fattispecie in questi termini: la pubblica amministrazione per reclutare i lavoratori dipendenti si avvale di modelli pubblicistici, che sono funzionali alla realizzazione del dettato costituzionale sul buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa, e quindi attiva la procedura concorsuale di reclutamento del personale; una volta messa in moto la procedura concorsuale, quando si arriva alla approvazione della graduatoria degli aspiranti ai posti da ricoprire, essendovi tutti gli elementi per concludere il contratto individuale di lavoro, scatta l'obbligo legale a contrarre.

Si deve però fare anche un'altra considerazione: in ogni caso – ossia anche nel caso in cui non si condivida l'ipotesi dell'obbligo legale a contrarre ricavabile dalla norma di cui all'art 36 del d.lgs. – pare di poter dire che come il diritto amministrativo, con l'adozione di modelli consensuali nell'azione amministrativa, subisce alcune contaminazioni da parte del diritto privato, così il diritto privato subisce e subirà contaminazioni da parte del diritto amministrativo. A questo proposito si può citare come esemplificazione la vicenda della tutela del lavoratore subordinato rispetto ai poteri del privato datore di lavoro. In tema di concorsi privati la giurisprudenza ha utilizzato al principio categorie pubblicistiche per fornire di tutela posizioni soggettive altrimenti prive della stessa, come ad esempio la figura di interesse legittimo di diritto privato e il concetto di discrezionali-

vengono ricondotti contemporaneamente sia sotto il profilo amministrativo che sotto quello privato. Con riguardo all'aggiudicazione tale atto viene riportato alla categoria degli atti amministrativi di fronte ai quali vi saranno posizioni di interesse legittimo; ma lo stesso atto viene contemporaneamente ricondotto alla vicenda del contratto. Anche se di atti di "doppia valenza" ormai si parla in misura sempre più diffusa, non si può però dire che i problemi sollevati dagli stessi siano scemati: si tratta pur sempre di un unico atto che viene assoggettato a due differenti regimi giuridici.

Cfr TRAVI A., *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, op. cit., pag. 176.

tà. In un secondo momento, pur discostandosi da tali categorie ⁽²⁷⁾, e pur utilizzando concetti totalmente privati, come quelli di correttezza e buona fede, la giurisprudenza arriva ad enucleare una figura di diritto soggettivo contrapposto ad un potere privato, molto lontano dalle figure di diritto soggettivo proposte dalla tradizione: si tratta infatti di una figura soggettiva che ha alla base un contenuto di garanzia (una posizione soggettiva che in sostanza è tendenzialmente omogenea a quella dell'interesse legittimo) ⁽²⁸⁾.

(27) «Ciononostante, l'iniziale impostazione pubblicistica in qualche modo si è fatta sentire ed ha continuato a produrre effetti anche da quando non si è più dedotta la necessità di un certo tipo di sindacato giudiziale dall'eccesso di potere, bensì dalle più volte ricordate clausole generali e dalla valorizzazione tecnica del rapporto». E questo ha lasciato traccia in ordine alle tecniche di tutela: «Prendendo le mosse dall'ambivalente applicazione dei due antitetici schemi costituiti dalla tecnica del rapporto, caratterizzata dall'attribuzione alle parti di posizioni attive e passive pariteticamente contrapposte, e dal riferimento al concetto di "potere privato", che al contrario presuppone l'esistenza di poteri non collocabili nell'ottica egualitaria del rapporto, la giurisprudenza ha fin dall'inizio dedotto l'ammissibilità sia delle misure risarcitorie che di quelle demolitorie. Benché abbia, poi, riferito la fattispecie del concorso alla sola tecnica del rapporto, in realtà ha abbandonato la medesima e ha calibrato la materia nell'ottica pubblicistica. Ha, infatti, precisato che le azioni e le misure demolitorie, di annullamento e dichiarative di nullità, «sono esperibili sia in riferimento a tecniche di attribuzione e regolamentazione di "poteri", sia in riferimento a tecniche paritetiche o 'rapportuali', anche se diverso nei due casi è il punto di incidenza'».

ZOLI C., *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strutture civilistiche: oscillazioni e assestamenti*, R.I.D.L., 1992, pagg. 27, 29 e ss..

(28) TRAVI A., *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, Foro it, 1997, pag. 172.

«In questo quadro anche il confronto tra le coppie di termini potere pubblico/potere privato e interesse legittimo/diritto soggettivo acquista elementi nuovi. In primo luogo viene definitivamente superata la proposta di ammettere una corrispondenza generale della posizione di interesse legittimo rispetto ad una situazione di potere: nel diritto dei privati c'è solo il diritto soggettivo; non vi è oggi né lo spazio né la necessità di altre figure soggettive. In secondo luogo si viene a riconoscere al diritto soggettivo una varietà di contenuti e di caratteri, tale da rendere più difficile un confronto netto con l'interesse legittimo, per lo meno secondo alcuni canoni tradizionali: se si considerano i diritti configurabili rispetto ai poteri privati, gli elementi di analogia rispetto agli interessi legittimi appaiono significativi, tanto che viene da chiedersi se la relazione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi non sia oggi, più che una relazione tra generi diversi una relazione da genere a specie. Questo aspetto rifluisce anche sul dibattito incentrato sugli interessi legit-

Da tale percorso argomentativo discende che il giudice ordinario, nel fornire tutela al vincitore di un concorso pubblico non possa più applicare la tutela specifica ex art. 2932 c.c. nei ristretti ambiti sino ad ora conosciuti. Nel momento in cui si presenti al giudice ordinario un vincitore di concorso che non metta in discussione la procedura concorsuale, perché utilmente piazzatosi in graduatoria, questi può emettere una sentenza che costituisca iussu iudicis il rapporto di lavoro, ed eventualmente emettere anche una sentenza di condanna di risarcimento danni per il tempo passato tra l'approvazione della graduatoria e l'immissione del lavoratore al lavoro (29).

timi, perché la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi non è più risolvibile nei termini di una contrapposizione alla pretesa di un risultato la cui spettanza al cittadino è riconosciuta dall'ordinamento e la pretesa che invece è attuata solo attraverso la mediazione dell'esercizio di un potere: per lo meno si deve dar conto del fatto che anche il diritto soggettivo può essere costruito intermini di garanzia (o, se vogliamo, di posizione "attiva") rispetto ad un potere, anziché come certezza di risultato».

Sulla stessa scia le considerazioni di DE GIORGI CEZZI G., *Perseo e Medusa: il giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, Dir. Proc. Amm., 1999, pag. 1057 e ss. «Si può notare che a questo punto è arrivato anche il giudice amministrativo nella sua opera di erosione del "merito" amministrativo, attraverso (e nonostante) lo strumento dell'eccesso di potere. (...) Anche il giudice amministrativo infatti ha tentato di piegare la specialità amministrativa elaborando un modello positivo di imparzialità (cioè oltre il significato solo negativo del divieto di favore o odia) che fa ricorso ai principi generali di correttezza, buona fede, diligenza, a conferma che il diritto amministrativo nella sua dimensione relazionale è diritto privato e perciò comprende le regole comuni che fondano l'agire degli uomini e delle loro istituzioni. L'avvicinamento delle forme di controllo spiega come tutte le volte in cui ci si imbatte in un potere le situazioni da tutelare risultano definite non da un'immediata contrapposizione al potere stesso, ma dall'estensione del controllo giudiziario e perciò dai margini di non riconducibilità sub iudice del potere, col conseguente rilievo della storicità e dunque relatività della distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi, in quanto in ultima analisi dipendente dalla lettura delle leggi da parte dei giudici».

(29) Interessante a questo proposito la sentenza del TAR Abruzzo, sez. Pescara, del 25 maggio 2001, n. 533, in Giust.it., nella quale i giudici si ritrovano a dover affrontare un caso in cui la mancata assunzione dipende da un'erronea valutazione dei titoli in sede concorsuale, tale per cui prima in graduatoria risultava essere una persona invece che un'altra. Il TAR, dopo aver annullato gli atti che proclamano il vincitore, ha ritenuto di dover concedere il risarcimento dei danni per mancata assunzione per la lesione di interessi legittimi.

Il giudice ha quindi a disposizione un mezzo di tutela che può trovare applicazione più ampia se vi sia, come parte inadempiente, una pubblica amministrazione, rispetto alle possibilità di applicazione se come parte inadempiente vi sia un privato datore di lavoro. In sostanza il giudice, in base ai poteri così come specificati dall'art. 68, deve assicurare una tutela che dia la garanzia al cittadino di ottenere, attraverso il nuovo modello processuale, i risultati che gli spettano e che l'amministrazione invece disconosce, con una coercibilità dell'obbligo e una fungibilità della prestazione rispetto alle quali il carattere pubblico del datore di lavoro non solo non pone problemi, ma anzi sono da riconoscersi in maniera più pregnante rispetto al soggetto privato: il carattere pubblico del soggetto non può costituire un limite ulteriore rispetto all'adempimento in forma specifica, dovendo anzi costituire un vantaggio per tale forma di tutela, non potendo valere per il soggetto pubblico limiti che sono una garanzia di salvaguardia della sfera degli interessi dei privati ⁽³⁰⁾.

timi. Il risarcimento è stato concesso in quanto l'erronea valutazione ha comportato il ritardo nell'assunzione e ha quindi comportato la perdita degli emolumenti che la persona avrebbe dovuto percepire a titolo di prestazione lavorativa, e che non possono essere corrisposti a titolo di retribuzione in quanto non vi è stata l'effettività della prestazione lavorativa.

(30) Travi A., *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, op. cit., pag. 178.

Si veda inoltre sulla stessa posizione SASSANI B., *La tutela giurisdizionale*, op.cit., pag. 302-e ss.

«A ben guardare la soluzione non soffrirebbe di quel che si suole considerare un limite intrinseco dell'esecuzione civile specifica, ma che invece va correttamente considerato limite proprio non della forma dell'esecuzione ma del suo svolgersi contro privati, vale adire del limite dell'infungibilità della prestazione. *Fungibilità e infungibilità* tengono tipicamente alle prestazioni *dovute dai privati*, avuto riguardo alla preminenza delle posizioni di libertà e di intangibilità della sfera personale, mentre il loro impiego non ha senso di fronte all'attività di un soggetto pubblico. In altre parole: la problematica della fungibilità non è intrinsecamente dipendente dalla forma processualistica dell'esecuzione, ma è specificamente legata alla natura del soggetto obbligato. Onde, se in un'esecuzione regolata dal libro III del codice di procedura e diretta da un pretore, resti coinvolto un soggetto pubblico (e aggiungiamo non imprenditore), il problema cessa di porsi. Nel caso (finora presentatosi all'esperienza) del datore di lavoro imprenditore, l'infungibilità della presta-

Quindi il giudice ordinario si trova a dover fare i conti con una nuova prospettiva del suo agire che impone di riconsiderare alcuni principi fermi del diritto privato, sulla base della sollecitazione data dal fatto che parte del rapporto di lavoro è una pubblica amministrazione, quindi un soggetto che, rispetto alla figura dell'imprenditore, ha la sua attività finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

E' da rilevare che tale differenza tra questi due tipi di datori di lavoro rileva anche sotto altro aspetto: quello delle conseguenze in ordine al pagamento del risarcimento del danno in caso di ritardo o mancata assunzione. Il datore di lavoro privato, infatti, può anche decidere di pagare il risarcimento del danno, mentre il dirigente,

zione dipende dall'assistenza di una fascia di diritti-prerogative (diritto d'impresa costituzionalmente garantito) il costo del cui sacrificio, in nome dell'effettività della tutela della controparte, sarebbe troppo alto. Dove invece il soggetto passivo non perde (per il fatto dell'applicazione al rapporto di lavoro della disciplina privatistica o 'paraprivatistica') la sua natura di esercente attività-funzione (...), la fungibilità della prestazione che è tenuto ad effettuare può considerarsi *in re ipsa*. Non è invero pensabile che la riforma comporti un'alterazione dei soggetti pubblici tale da non poter considerare questa quale "funzione". Invocare in contrario la cosiddetta "privatizzazione" del rapporto, ovviamente, non serve: la "privatizzazione" riguarda il rapporto di lavoro (la specificità della relazione tra i soggetti), ma il problema della fungibilità o infungibilità della prestazione non tocca il rapporto in sé bensì la collocazione obiettiva del soggetto obbligato nell'ordinamento. E d'altronde, che l'atto dei soggetti pubblici coinvolti sia e resti "funzione" lo dicono con chiarezza molte norme del decreto: l'art. 4, 1 comma, l'art. 45, 4 comma, l'art. 53, l'art. 60, 1 comma e gli artt. da 63 a 67, e, integralmente, il titolo V (rubricato "Controllo della spesa"). Così non dovrebbe essere motivo di scandalo sostenere che mentre l'esecuzione, per es., di una reintegrazione nel posto di lavoro di un imprenditore privato non è forzosamente eseguibile con la procedura degli artt 612 e ss. c.p.c., a causa dell'*incoercibilità* dell'obbligo e della *infungibilità* della prestazione, la reintegrazione del dipendente del ministero o della regione può invece farsi in tale forma. Ciò che in quest'ultimo caso permette di adottare la soluzione opposta è che, nonostante l'identità del diritto fatto valere, l'identità del creditore e, in sintesi, l'identità del rapporto in gioco, il soggetto passivo conserva una posizione essenzialmente diversa dal privato (o anche dal pubblico) imprenditore. Si può costringere una regione o un ministero a subire la reintegrazione del dipendente vittorioso in giudizio perché, qualunque sia la natura che si riconosce al rapporto che lega l'ente al dipendente, la prestazione idonea a soddisfare il diritto riconosciuto resta fungibile, laddove infungibile appare la prestazione che si iscrive nell'insieme delle facoltà garantite al soggetto che esercita l'impresa».

maneggiando danaro non in proprio – nel senso che il danaro proviene dalla collettività per soddisfare interessi che alla stessa pertengono – si trova esposto a responsabilità per danno erariale.

Rimane ora da esaminare se alla pubblica amministrazione rimangono poteri di autotutela che possano dare luogo ad annullamento o revoca degli atti amministrativi emanati. E' da ritenere che sino all'approvazione della graduatoria alla pubblica amministrazione rimanga il potere di riesame degli atti della procedura concorsuale – ed anzi questa è un'ulteriore ragione per configurare gli atti della procedura concorsuale solo con valenza pubblicistica –, mentre una volta approvata la graduatoria la pubblica amministrazione non può più riesaminare il suo operato non potendosi più ritenere che sussistano ragioni di interesse pubblico. Il motivo di questa affermazione è che se si concedesse il potere di riesame si produrrebbe una disparità di trattamento rispetto al personale già in servizio. Infatti, il vincitore di concorso che ha ormai maturato il diritto all'assunzione si trova in un momento in cui ancora non esercita il diritto che però è già entrato nella sua sfera giuridica, unica differenza questa rispetto al personale già in servizio, e che quindi non può essere pregiudicato nella sua posizione giuridica da motivi di interesse pubblico.

Per concludere si può affermare quindi che la volontà di riconduzione del diritto all'assunzione totalmente nell'alveo del diritto civile porta a ridimensionare lo stesso; mentre se si mette in risalto nella vicenda diritto all'assunzione anche il momento pubblicistico che la caratterizza, e se si considera che, rispetto al lavoro privato tout-court, nel lavoro pubblico rimangono inevitabili aspetti di specialità dati dal fatto che parte del rapporto è una pubblica amministrazione, il diritto all'assunzione emerge con una valenza e una portata differente e più ampia rispetto a quanto riscontrabile nel lavoro privato, in armonia con la differente posizione che l'ordinamento assegna ai due differenti datori di lavoro.