

Uso e abuso del potere organizzativo del datore di lavoro pubblico

di Stefano Gennai*

SOMMARIO: 1. Gli articoli 97 e 98 della Costituzione - 2. Atti organizzativi, determinazioni organizzative e misure per la gestione dei rapporti di lavoro - 3. Organizzazione e potere organizzativo: limiti di finalità, di coerenza e di compatibilità - 4. Principi di correttezza e buona fede quali limiti interni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro - 5. Eccesso di potere e abuso del potere organizzativo: figure sintomatiche e mezzi di reazione – 6. Conclusioni.

1. Gli articoli 97 e 98 della Costituzione.

Il D. Lgs. 165/2001 si apre (art.1) con una dichiarazione di “rispetto dell’articolo 97, comma 1, della Costituzione”, che vorrebbe i pubblici uffici organizzati “in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione”. L’art.98, comma 1, della Costituzione, dal canto suo, vorrebbe pubblici impiegati “al servizio esclusivo della nazione”, indi dell’Ente (non del politico di turno), chiamati sì ad attuare l’indirizzo e le direttive politiche dettate dagli organi competenti nelle forme previste dall’ordinamento, ma garantendo al contempo la correttezza dell’azione amministrativa.

Fino a quando il “partito unico delle mani libere nella pubblica amministrazione” non sarà riuscito a togliere di mezzo gli artt.97 e 98 Cost., con essi si dovrà fare i conti per l’interpretazione (costituzionalmente orientata) e per la conseguente (e coerente) applicazione delle norme, ivi comprese quelle contenute nel D. Lgs. 165/2001 e nel D. Lgs. 267/2000, testo unico delle leggi sull’ordinamento degli Enti Locali (1).

(1) Ai sensi dell’art.88 T.U. Enti Locali: “All’ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali, ivi compresi i dirigenti ed i segretari comunali e provinciali, si applicano le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni, e le altre disposizioni di legge in materia di organizzazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni nonché quelle contenute nel presente testo unico”.

L’art.111 T.U. Enti Locali, sotto la rubrica “Adeguamento della disciplina della dirigenza”, statuisce che “Gli enti locali, tenendo conto delle proprie peculiarità, nell’esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano lo statuto ed il regolamento ai principi del presente capo e del capo II del decreto legislativo del 3 febbraio 1993, n.29, e successive modificazioni ed integrazioni”.

Gli articoli 97 e 98 della Costituzione costituiscono punto di riferimento anche per valutare la correttezza (non solo degli **atti organizzativi**, ma anche) delle **determinazioni organizzative** (e delle **misure per la gestione dei rapporti di lavoro**) adottate dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. L’opinione contraria non può essere condivisa perché innanzitutto non tiene conto del fatto che è la stessa legge, come vedremo, a richiedere che le

determinazioni organizzative (e le misure per la gestione dei rapporti di lavoro) siano finalizzate ad attuare i principi di buona amministrazione e ad assicurare la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa. E poi perché è sufficiente sfogliare un qualsiasi repertorio di giurisprudenza per vedere come nell'ambito dei rapporti di lavoro privato gli istituti vengano riguardati anche alla luce di quanto prescrive l'art.41 della Costituzione, ai sensi del quale l'iniziativa economica privata è sì libera, ma "non può svolgersi (...) in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". Orbene, mentre per i rapporti di lavoro privati le linee guida sono indicate dall'art.41 Cost., per i rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione a dettare i principi informatori sono proprio gli artt. 97 e 98 della Costituzione, i quali, oltretutto, al concetto di libertà dei fini, propria dell'iniziativa economica privata, sostituiscono quello dei vincoli all'imparzialità, al buon andamento e al perseguimento dell'interesse pubblico.

2. Atti organizzativi, determinazioni organizzative e misure per la gestione dei rapporti di lavoro.

Nel settore pubblico contrattualizzato i rapporti di lavoro sono disciplinati dalle disposizioni del Capo I, Titolo II, del Libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel D. Lgs. 165/2001 (art.2, comma 2), tra le quali si possono in questa sede segnalare quelle dettate in materia di mansioni (v., rispettivamente, l'art.2103 c.c. e l'art.52 D. Lgs. 165/2001). La legge 20/5/1970, n°300, e successive modificazioni e integrazioni (c.d. statuto dei lavoratori) si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti (art.51, comma 2, D. Lgs. 165/2001).

I rapporti di lavoro sono regolati contrattualmente e le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi (artt.2, comma 3, e 45, comma 2, D. Lgs. 165/2001).

Disciplinati da norme di diritto pubblico rimangono gli aspetti relativi alla c.d. macro-organizzazione: le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante **atti organizzativi** secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive (art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001).

Ai sensi dell'art.89 D. Lgs. 267/2000, gli Enti Locali disciplinano, con propri regolamenti, in conformità allo statuto, l'ordinamento generale degli uffici e dei servizi, in base a criteri di autonomia, funzionalità ed economicità di gestione e secondo principi di professionalità e responsabilità. La potestà regolamentare degli Enti Locali si esercita, tenendo conto di quanto demandato alla contrattazione

si esercita, tenendo conto di quanto demandato alla contrattazione collettiva nazionale, nelle seguenti materie: a) responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento delle procedure amministrative; b) organi, uffici, modi di conferimento della titolarità dei medesimi; c) principi fondamentali di organizzazione degli uffici; d) procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; e) ruoli, dotazioni organiche e loro consistenza complessiva; f) garanzia della libertà di insegnamento ed autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; g) disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra impiego nelle pubbliche amministrazioni ed altre attività e casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici.

I profili di c.d. micro-organizzazione e la concreta gestione delle risorse umane, invece, risultano attratti dal diritto privato: le **determinazioni organizzative** e le **misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro**, sono assunte, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001, dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art.5, comma 2, D. Lgs. 165/2001). Così anche l'art.89, comma 6, T.U. Enti Locali: "Nell'ambito delle leggi, nonché dei regolamenti di cui al comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dai soggetti preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro". (2).

(2) Si deve qui ricordare che ai sensi dell'art.107 T.U. Enti Locali "Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo". Ancora: "Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno". Il comma 6 precisa che "I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'Ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione". In questo senso dispone in via generale anche l'art.4 del D. Lgs. 165/2001: "Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti" (comma 1); agli organi di governo spetta in particolare "la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale" (comma 1, lett. c). Spetta, invece, ai dirigenti l'adozione degli "atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati" (comma 2). "Le amministrazioni pubbliche i cui organi di vertice non siano direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica, adeguano i propri ordinamenti al principio della distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione dall'altro" (comma 4). Le attribuzioni dei dirigenti possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative (comma 3 e art.89, comma 4, D. Lgs. 267/2000). Per gli Enti con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, invece, "fatta salva l'ipotesi di cui all'articolo 97, comma 4, lettera d), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali, approvato con decreto legislativo 18/8/2000, n°267, anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono adottare disposizioni regolamentari organizzative, se necessario anche in deroga a quanto disposto dall'articolo 3, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 3/2/1993, n°29, e successive modificazioni, e all'articolo 107 del predetto testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. Il contenimento della spesa deve essere documentato ogni anno, con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio" (art.53, comma 23, legge 23/12/2000, n°388, come modificato dall'art.29, comma 4, legge 28/12/2001, n°448).

3. Organizzazione e potere organizzativo: limiti di finalità, di coerenza e di compatibilità.

L'art.1 del D. Lgs. 165/2001 si apre, come abbiamo visto, con la dichiarazione che "Le disposizioni del presente decreto disciplinano l'organizzazione degli uffici e i

rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (...) nel rispetto dell'articolo 97, comma primo, della Costituzione". Il "rispetto dell'articolo 97, comma 1, della Costituzione", ovviamente, non è sufficiente dichiararlo, ma va verificato con riferimento a ciascun istituto. Il richiamo al "rispetto" dell'art.97 Cost. impone in ogni caso di procedere con interpretazioni (del dettato normativo) che siano, come suol dirsi, "costituzionalmente orientate".

Le amministrazioni pubbliche, nell'adottare **atti organizzativi**, devono quindi (e innanzitutto) conformarsi ai principi di cui all'art.97 Cost. e devono ispirarsi ai seguenti criteri, dettati dall'art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001: a) funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità; b) ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali (determinazioni organizzative e misure per la gestione dei rapporti di lavoro da assumersi ai sensi dell'articolo 5, comma 2, dello stesso D. Lgs. 165/2001 dagli organi preposti alla gestione); c) collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici; d) garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini e attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso; e) armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza e con gli orari delle amministrazioni pubbliche dei Paesi dell'Unione europea.

Il comma 1-bis, introdotto dall'art.176, comma 2, D. Lgs. 196/2003, dal canto suo, prescrive: "I criteri di organizzazione di cui al presente articolo sono attuati nel rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati personali".

Allora è chiaro che gli **atti organizzativi** devono comunque fare i conti con l'art.97 Cost. e con i criteri sopra riportati.

Ai sensi dell'art.5, comma 1, D. Lgs. 165/2001, poi, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui sopra, "Le amministrazioni pubbliche assumono ogni **determinazione organizzativa** al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa", mentre compete agli organismi di controllo interno la verifica periodica sulla rispondenza delle determinazioni organizzative ai suddetti principi, "anche al fine di proporre l'adozione di eventuali interventi correttivi e di fornire elementi per l'adozione delle misure previste nei confronti dei responsabili della gestione" (art.5, comma 3). (3).

(3) Ai sensi dell'art.147, comma 1, T.U. Enti Locali, "Gli enti locali, nell'ambito della loro autonomia normativa ed organizzativa, individuano strumenti e metodologie adeguati a: a) garantire attraverso il controllo di regolarità amministrativa e contabile, la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa; b) verificare, attraverso il controllo di gestione, l'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati; c) valutare le prestazioni del personale con qualifica dirigenziale; d) valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, programmi ed altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti".

"Alla valutazione dei dirigenti degli Enti Locali – recita l'art.107, comma 7, dello stesso T.U. – si applicano i principi contenuti nell'articolo 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n.286, secondo le modalità previste dall'articolo 147 del presente testo unico". I commi 1 e 2 del D. Lgs. 286/1999 così dispongono: "1. Le pubbliche amministrazioni, sulla base anche dei risultati del controllo di gestione, valutano, in coerenza a quanto stabilito al riguardo dai contratti collettivi nazionali di lavoro, le prestazioni dei propri dirigenti, nonché i comportamenti relativi allo sviluppo delle risorse professionali, umane e organizzative ad essi assegnate (competenze organizzative). 2. La valutazione delle prestazioni e delle competenze organizzative dei dirigenti tiene particolarmente conto dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione. La valutazione ha periodicità annuale. Il procedimento per la valutazione è ispirato ai principi della diretta conoscenza dell'attività del valutato da parte dell'organo proponente o valutatore di prima istanza, della approvazione o verifica della valutazione da parte dell'organo competente o valutatore di seconda istanza, della partecipazione al procedimento del valutato".

Le **determinazioni organizzative**, quindi: 1) sono assunte nell'ambito delle **leggi** e degli **atti organizzativi**; 2) al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, D. Lgs. 165/2001 (e, per implicito, quelli di cui all'art.97 Cost.); 3) al fine di assicurare la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa.

Ai sensi dell'art.6 D. Lgs. 165/2001, l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche sono determinate in funzione delle finalità indicate all'articolo 1, comma 1, dello stesso decreto legislativo (accrescere l'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi dell'Unione europea, anche mediante il coordinato sviluppo di sistemi informativi pubblici; razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica; realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori e applicando condizioni uniformi rispetto a quello del lavoro privato), previa verifica degli effettivi fabbisogni e previa consultazione delle organizzazioni sindacali (art.6, comma 1, D. Lgs. 165/2001).

Ai sensi dell'art.7 D. Lgs. 165/2001, infine, le amministrazioni pubbliche: garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro; garantiscono la libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; individuano criteri certi di priorità nell'impiego flessibile del personale, purché compatibile con l'organizzazione degli uffici e del lavoro, a favore dei dipendenti in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare e dei dipendenti impegnati in attività di volontariato; curano la formazione e l'aggiornamento del personale, ivi compreso quello con qualifiche dirigenziali, garantendo altresì l'adeguamento dei programmi formativi, al fine di contribuire allo sviluppo della cultura di genere della pubblica amministrazione; non possono erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese. Mentre, come abbiamo già visto, le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi.

Sono limiti generali al potere organizzativo (e direttivo) del datore di lavoro, tra gli altri, il divieto di atti discriminatori (v. art.15 L.300/1970), il divieto di indagini sulle opinioni, il divieto di atti diretti ad impedire l'esercizio dei diritti dei lavoratori

all'interno dei luoghi di lavoro (a cominciare dall'art.1 L.300/1970 sulla libertà di opinione), gli obblighi di protezione della persona del lavoratore desumibili dall'art.2087 c.c. e dalla legislazione speciale.

Sono limiti specifici quelli espressamente previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva per i singoli istituti del rapporto di lavoro: le "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" per i trasferimenti (art.2103 c.c.), l'equivalenza delle mansioni (a tutela della professionalità del lavoratore) per l'esercizio dello *ius variandi* (artt.2103 c.c., 52 D. Lgs. 165/2001); la durata massima, giornaliera e settimanale, della prestazione lavorativa; il lavoro straordinario e notturno, etc..

4. Principi di correttezza e buona fede quali limiti interni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro.

Abbiamo visto che nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, D. Lgs. 165/2001, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici (**determinazioni organizzative**) e le **misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro** sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. Con finalità non libere – si è detto -, ma dirette ad assicurare l'attuazione dei principi di cui allo stesso articolo 2, comma 1 (e, per implicito, quelli di cui all'art.97 Cost.) e ad assicurare la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa.

Il potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro pubblico è quindi, in primo luogo, vincolato al rispetto (non solo dell'art.97 Cost., delle leggi sull'amministrazione e di quelle sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa; non solo degli atti organizzativi di cui all'art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001; non solo delle prescrizioni contenute nei contratti collettivi, ma anche) delle specifiche finalità sopra ricordate.

Sono limiti generali al potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro, si è detto, tra gli altri, il divieto di atti discriminatori, il divieto di indagini sulle opinioni, il divieto di atti diretti ad impedire l'esercizio dei diritti dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro, gli obblighi di protezione della persona del lavoratore desumibili dall'art.2087 c.c. e dalla legislazione speciale. Sono limiti specifici, si è ugualmente detto, quelli espressamente previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva per i singoli istituti del rapporto di lavoro.

Sono "limiti interni" quelli desumibili dai principi di correttezza e buona fede di cui agli artt.1175 e 1375 c.c.; clausole generali, queste, che si rivelano utili *"soprattutto in relazione a certe zone franche di esercizio del potere direttivo, tali perché carenti di una disciplina legale (o contrattuale) espressa. Buona fede e correttezza, allora, possono essere invocate come un limite interno all'esercizio dei poteri del datore di lavoro, ovvero come criteri atti a verificare che quei poteri non siano esercitati in*

maniera arbitraria o irrazionale, bensì in coerenza con la funzione per la quale essi sono riconosciuti dall'ordinamento" (5).

(5) Così M. Roccella – *Manuale di diritto del lavoro* – Torino 2005, Pag.274. V., altresì, sui diversi aspetti, C. Cass., Sez. Lav., 22/3/2005, n°6117; C. Cass., Sez. Lav., 9/3/2005, n°5140; C. Cass., Sez. Lav., 13/1/2005, n°488; C. Cass., Sez. Lav., 23/12/2004, n°23925; C. Cass., Sez. Lav., 4/3/2004, n°4462. V. anche C. Cass., S.U., 11/2/2003, n°2065.

E l'indagine sulla coerenza tra esercizio del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro pubblico e funzione per la quale tale potere è riconosciuto non può non tener conto del fatto che, nel nostro campo, ai limiti specifici propri di ciascun istituto (ad es. le "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" per il trasferimento) si accompagnano quelli che discendono dalla non libertà dei fini in concreto perseguibili, ovvero dalla necessità (legislativamente imposta) che determinazioni organizzative e misure per la gestione dei rapporti di lavoro siano in ogni caso dirette ad assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, D. Lgs. 165/2001 (e, per implicito, quelli di cui all'art.97 Cost.) e ad assicurare la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa.

5. Eccesso di potere e abuso del potere organizzativo: figure sintomatiche e mezzi di reazione.

Abbiamo visto che occorre innanzitutto distinguere tra atti organizzativi di cui all'art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001 (retti dal diritto pubblico) e determinazioni organizzative (e misure per la gestione dei rapporti di lavoro) di cui all'art.5 D. Lgs. 165/2001 (adottate dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro), gli uni (atti organizzativi) e le altre (determinazioni e misure) adottabili entro i limiti di finalità, coerenza e compatibilità sopra riassunti, che ne condizionano la legittimità.

Se il potere amministrativo di adottare atti organizzativi è conferito per il perseguimento dei principi di cui all'art.97 della Costituzione (espressamente richiamati dall'art.1 D. Lgs. 165/2001) e per l'attuazione dei criteri dettati dall'art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001, è da escludersi che gli stessi, anziché a fini di oggettiva riorganizzazione secondo necessità, possano essere utilizzati per la mera "gestione" dei dirigenti e dei dipendenti.

Per la "gestione" dei dirigenti e dei dipendenti, infatti, legge e contratti collettivi prevedono appositi istituti assistiti da garanzie procedurali. Per la "gestione" dei dirigenti, in particolare, possono essere attivati i meccanismi diretti all'affermazione della c.d. responsabilità dirigenziale di cui all'art.21 D. Lgs. 165/2001 e artt.107, comma 7, e 109 T.U. Enti Locali.

Non risponde alle finalità indicate dall'art.97 Cost. (né ai criteri dettati dall'art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001) creare le c.d. "riserve indiane" (Servizi o Uffici Studi *ad hoc* dove mandare il dirigente "scomodo" e, con l'occasione, anche qualche dipen-

dente) ovvero ricorrere al c.d. "azzoppamento", togliendo a un dirigente pezzi di Servizio per affidarli ad altro dirigente sulla base non di un disegno riorganizzativo fondato –come dovrebbe essere- su oggettive esigenze e su criteri di buona organizzazione (si nominano i dirigenti sulla base dell'assetto organizzativo, non il contrario), bensì in relazione alla maggior "fiducia" che sull'altro dirigente viene riposta dal politico di turno. Non possono utilizzarsi atti organizzativi per attuare pratiche di *mobbing* o *bossing* che sono illecite di per sé.

Il potere amministrativo di adottare **atti organizzativi** è conferito per le finalità di interesse pubblico sopra illustrate; utilizzarlo per "gestire" dirigenti e dipendenti integra gli estremi dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, che ricorre, appunto, quando l'amministrazione persegue un fine diverso da quello per il quale quel determinato potere le è stato conferito. *"Il vizio di eccesso di potere è il risvolto patologico della discrezionalità. Esso sussiste dunque quando la facoltà di scelta spettante all'amministrazione non è correttamente esercitata. (...) L'eccesso di potere nasce dalla violazione di quelle prescrizioni che presiedono allo svolgimento della funzione – alla quale va rapportata la discrezionalità - che non sono ravvisabili in via preventiva e astratta. Tali regole si sostanziano nel principio di logicità-congruità applicato al caso concreto e la loro violazione è evidenziata dal giudice amministrativo in occasione appunto del sindacato dell'eccesso di potere. Il giudizio di logicità-congruità va effettuato tenendo conto dell'interesse primario da perseguire, degli interessi secondari e della situazione di fatto".* (6).

(6) Così E. Casetta – *Manuale di diritto amministrativo* – Milano 2000, Pag.508; Idem: *Compendio di diritto amministrativo* – Milano 2003, Pag.301. V. art.21-octies, comma 1, legge 7/8/1990, n°241 (e s.m.i.).

Avverso **atti organizzativi** in tal modo illegittimi è possibile, ove direttamente lesivi di interessi legittimi, ricorrere al giudice amministrativo nel termine decadenziale di sessanta giorni. L'**atto organizzativo** illegittimo è altresì censurabile, ma solo ai fini della sua disapplicazione e per la ricostruzione del fatto o del rapporto come se l'atto organizzativo non esistesse dal tribunale ordinario in funzione di giudice del lavoro (previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione). (7).

(7) Ai sensi dell'articolo 63 D. Lgs. 165/2001, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni del settore pubblico contrattualizzato ("includo le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte", le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva). Il giudice ordinario, nelle controversie relative ai rapporti di lavoro, è competente "ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo".

Stabiliscono gli artt.4 e 5 legge 20/3/1865, n°2248 (Allegato E) che quando "la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso. In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi".

"Il sistema configurato dal legislatore può fare ancora insorgere situazioni di doppia tutela, essendo ben possibile che vi sia la contemporanea instaurazione di due giudizi, uno innanzi al Giudice amministrativo avverso l'atto di macro organizzazione, l'altro per la tutela del diritto vantato nell'ambito del rapporto di lavoro, giudizi che avranno vita e corso autonomo stante l'espressa esclusione della pregiudizialità amministrativa" (TAR Campania, Sez. V, 18/12/2003, n°15454. V. anche TAR Campania, Sez. V,

22/10/2003, n°13054). "Gli atti amministrativi presupposto di atti paritetici adottati dalle amministrazioni pubbliche nell'ambito del rapporto di lavoro sono sindacabili *incidenter tantum* dal giudice ordinario, ai fini della disapplicazione; essi, però, in quanto lesivi di interessi legittimi, rimangono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo ad istanza di qualsivoglia interessato, ivi compresi i pubblici dipendenti" (TAR Umbria, 8/3/1999, n°193).

"Il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo del giudice ordinario non resta escluso per effetto della inoppugnabilità del suddetto atto dinanzi al giudice amministrativo, atteso che l'istituto processuale dell'inoppugnabilità concerne la tutela degli interessi legittimi non dei diritti soggettivi" (C. Cass., Sez. Lav., 18/8/2004, n°16175).

Le **determinazioni organizzative**, sì come le **misure per la gestione dei rapporti di lavoro**, sono invece rette dal diritto privato, con i limiti (interni ed esterni) che, come già detto, vanno riguardati anche alla luce dell'art.97 Cost., il quale, tra l'altro, non distingue fra micro e macro organizzazione, prescrivendo in ogni caso che i pubblici uffici siano "organizzati in modo che siano garantiti il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

E' da escludersi innanzitutto che possano utilizzarsi **determinazioni organizzative** per disporre, ad es., trasferimenti dettati non da "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive", bensì da intento di ritorsione avverso un comportamento legittimo (e magari dovuto) del dipendente. Non possono utilizzarsi determinazioni organizzative per attuare pratiche di *mobbing* o *bossing*, illecite di per sé.

La "gestione" dei dipendenti, infatti, come detto, si fa con le leggi e le norme contrattuali a ciò espressamente destinate, e con le garanzie procedurali dalle stesse leggi e dagli stessi contratti stabilite. Non la si fa con le **determinazioni organizzative** di cui all'art.5 D. Lgs. 165/2001, perché queste devono essere adottate "al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa".

Lo "stai zitto o ti sposto" non è conforme ai principi di buona amministrazione ed una lettura di questo tipo delle norme sui trasferimenti (o, ad es., sulle mansioni) sarebbe costituzionalmente illegittima per contrasto con gli artt.2, 4, 21, 97 e 98 della Costituzione.

In secondo luogo, le **determinazioni organizzative** (e le **misure per la gestione dei rapporti di lavoro**) "sono assunte nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi". Esse, cioè, non solo devono assicurare l'attuazione dei principi di cui all'art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001 (e, per implicito, quelli di cui all'art.97 Cost.) e perseguire il fine di assicurare la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa, ma devono altresì essere conformi (alle leggi e) agli atti organizzativi.

Si può fare l'esempio di un caso registratosi in un Ente del centro Italia qualche anno fa: viene adottata una delibera (**atto di organizzazione**) con la quale si dichiara di voler costituire un Servizio Gestione Patrimoniale con lo scopo di "*accorpate in un'unica struttura competenze professionali diversificate che lavorino in maniera armonica e coordinata ad un piano di valorizzazione del patrimonio ispirato a principi di redditività dell'Ente, superando l'attuale organizzazione settoriale*"; Servizio che venne effettivamente costituito, ma l'"*accorpamento*" riguardò soltanto l'Ufficio Economico e due dipendenti, un amministrativo e un tecnico, quest'ultimo, peraltro, successivamente assegnato all'Ufficio Tecnico; Ufficio Tecnico che, al tempo stesso, con-

servava tutta la sua dotazione organica, compreso quella amministrativa, che anzi, in seguito, gli verrà ampliata con il potenziamento di un "ufficio concessioni" istituito nel suo ambito. A fronte di una (ineccepibile) scelta organizzativa operata dalla Giunta in regime pubblicistico a fini di riorganizzazione (e come tale manifestata all'esterno) la sua attuazione con l'atto di assegnazione del personale ha probabilmente violato i principi di organicità di cui alla stessa delibera di Giunta ("superare l'attuale organizzazione settoriale"), di adeguatezza e di professionalità, al punto che taluno a quel tempo ebbe a scrivere che in questo caso "il personale, nella migliore delle ipotesi, è stato trasferito secondo casualità".

Avverso le **determinazioni organizzative** (e le **misure per la gestione dei rapporti di lavoro**) è possibile ricorrere entro il termine di prescrizione al Tribunale ordinario in funzione di giudice del lavoro.

6. Conclusioni.

Il potere amministrativo di emanare **atti organizzativi** ex art.2, comma 1, D. Lgs. 165/2001 è dato a fini di effettiva "riorganizzazione" e per l'attuazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art.97 Cost., come specificati dall'ordinamento giuridico (art.1 legge 241/1990 e s.m., artt.1, comma 1 e 2, comma 1, 2[^] parte, D. Lgs. 165/2001, etc.).

Usare un **atto organizzativo** per premiare o punire dirigenti e dipendenti in luogo degli strumenti (e con le garanzie procedimentali) all'uopo previsti dalla legge e dai contratti collettivi integra gli estremi dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento; atto illegittimo, censurabile dal giudice amministrativo che venga adito per la tutela di interessi legittimi e censurabile ai soli fini della sua disapplicazione e ricostruzione del fatto o del rapporto come se l'atto organizzativo non esistesse, dal tribunale ordinario in funzione di giudice del lavoro, dovendo i tribunali applicare "gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi" (art.5 legge 20/3/1865, n°2248, All. E; art.63 D. Lgs. 165/2001: v. §5, nota 7).

Le **determinazioni organizzative** (e le **misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro**) sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art.5, comma 2, D. Lgs. 165/2001; art.89, comma 6, T.U. Enti Locali). Le stesse devono essere assunte "al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa" nel rispetto delle leggi e degli atti organizzativi. Esse sono altresì soggette ai limiti generali (ad es. divieto di atti discriminatori), a quelli specifici (dettati per ciascun istituto dalla legge e dai contratti) e a quelli derivanti dal rispetto dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 del codice civile.

Usare **determinazioni organizzative** per premiare o punire dipendenti (in luogo degli strumenti e delle garanzie procedurali all'uopo previsti dalla legge e dai contratti collettivi) costituisce cattivo esercizio del potere organizzativo datoriale, censurabile con ricorso al Tribunale ordinario in funzione di giudice del lavoro previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Stefano Gennai

* Esperto servizi amministrativi della Provincia di Siena.