TRIBUNALE DI TRANI, SEZ. LAVORO - ordinanza 22 settembre 2011 - Giudice dott.ssa R. Savelli; Ricorrente M. Pezzano (Avv.ti V. Martire e C. Perrone Capano), contro INAIL (Avv.ti M. De Pasquale e V. Caruso).

1. Pubblico impiego - Incarichi - Incarico di posizione organizzativa di vicario nel lavoro pubblico - Posizione di interesse legittimo di diritto privato - Sussiste - Diritto soggettivo potestativo all'incarico - Non sussiste

2. Pubblico impiego - Incarichi - Incarico di posizione organizzativa di vicario nel lavoro pubblico - Tutela cautelare - Concessione - Presupposti - Prova del danno irreparabile alla professionalità - Necessità - Sussiste.

1. La situazione giuridica riconosciuta in capo al dipendente che aspiri al conferimento di un determinato incarico non è di diritto soggettivo c.d. potestativo, ma di interesse legittimo di diritto privato. Per converso, la situazione facente capo al datore di lavoro è di "potere discrezionale" privato, essendo in facoltà dello stesso, pur nel rispetto dei limiti di legge, di accogliere o meno la richiesta di conferimento dell'incarico. Ne consegue che il giudice giammai può emettere sentenza con la quale accerta il diritto del ricorrente a vedersi conferire l'incarico cui aspira, essendo lo stesso attribuibile solo a seguito di valutazione discrezionale della P.A., ma, al più, ove accerti che il potere discrezionale sia stato esercitato travalicando i limiti previsti dalla legge, potrà dichiarare illegittimo il provvedimento di conferimento dell'incarico impugnato, così costringendo la P.A. ad operare una nuova valutazione, nel rispetto delle norme in precedenza violate.

2. Il mancato conferimento di un determinato incarico non appare di per sé idoneo a ledere la dignità professionale di coloro che aspiravano ad ottenerlo, dovendosi, ad ogni modo, fornire la prova in concreto del pregiudizio lamentato, sulla scorta di circostanze oggettive e specifiche e non di mere valutazioni soggettive del richiedente. Peraltro, in consimili fattispecie di interesse pretensivo, non sussiste alcun *periculum in mora* tutelabile in via cautelare d'urgenza.

Commento di

LORENZO IEVA
(Dottore di ricerca in diritto pubblico e dirigente della P.A.)

Conferimento di posizione organizzativa nel lavoro pubblico ed interesse legittimo del dipendente pubblico privatizzato

---

La decisione che si annota suscita particolare interesse per la pregevole ricostruzione dommatica effettuata dal giudicante con riguardo ad una fattispecie concernente una procedura di conferimento di posizione organizzativa, previo interpello, rivolto a tutti i dipendenti dell'ente pubblico, inquadrati nell'area corrispondente alla *ex* carriera direttiva, in servizio in una data regione ed in possesso di predeterminati requisiti minimi (stabiliti dal contratto collettivo integrativo di ente), e finalizzato a richiedere una manifestazione di interesse all'incarico.

In particolare, l'interpello, invero in una prospettiva di trasparenza della scelta, come da contratto integrativo, è stato esperito, onde poter procedere all'attribuzione dell'incarico di "Vicario" del dirigente di una struttura provinciale dell'ente, ai sensi degli artt. 16 e 17 C.C.N.L. del Comparto Enti Pubblici non Economici, quadriennio 2006/2009. [1] Nel caso di specie, va sottolineato come l'attribuzione delle funzioni vicarie del dirigente costituisca la più elevata posizione organizzativa riconoscibile nell'ambito dell'organizzazione dell'organo periferico della P. A. evocata in giudizio, comportando anche l'esercizio di compiti di sostituzione del dirigente, che vieppiù, per tale motivazione, esige una distintiva *idoneità tecnico-professionale*, correlata ad elevate competenze, teoriche e pratiche, ed a qualità umane e relazionali, anche esterne, per lo svolgimento proficuo delle relative mansioni di elevata caratura, che *a ratione* implicano il possesso di titoli qualificanti (come la laurea), laddove possibile, così come d'altro canto è pure previsto dalla normativa di settore per l'accesso alla dirigenza pubblica.

Difatti, viene privilegiato, dalla P. A. procedente, il titolo accademico unitamente ad altri criteri meritocratici, mentre viene ritenuto secondario quello attinente alla mera anzianità di servizio. Ciò peraltro in piena consonanza con quanto disposto dall'art. 17, co. 1, C.C.N.L. del comparto E.P.N.E., secondo il quale gli incarichi di posizione organizzativa sono attribuiti "*tenendo conto dei requisiti culturali, delle attitudini e delle capacità professionali dei dipendenti in relazione alle caratteristiche dei programmi da realizzare*".

Avverso la determinazione datoriale del dirigente insorge però uno dei dodici partecipanti alla procedura di interpello regionale, il quale, argomentando in virtù del possesso di una elevata anzianità di servizio, unitamente ad una asserita, ma indimostrata, prassi aziendale volta a privilegiare la candidatura di personale interno alla struttura amministrativa del cui incarico si tratta, ricorre ai sensi dell'art. 700 c.p.c., chiedendo al Tribunale del lavoro di dichiarare illegittima la procedura e che, altresì, gli venga assegnato, per di più in via cautelare e d'urgenza, l'incarico anelato, lamentando di aver ricevuto un danno professionale.

Replica l'ente resistente – con particolare perspicacia – che nessun vizio di procedura è stato commesso, che la valutazione è stata espressa in sintonia con i criteri meritocratici stabiliti dalla contrattazione collettiva, che è stato attribuito maggior peso ai requisiti culturali ed attitudinali, rispetto alla mera anzianità, che non esiste affatto una prassi aziendale o amministrativa volta a privilegiare il c.d. candidato interno, che nessun *periculum in mora* sussiste nella fattispecie concreta (neanche economico), atteso che trattasi di interesse pretensivo al conferimento di un ruolo superiore e non già di un interesse oppositivo volto a contrastare la revoca di un precedente incarico. Inoltre, viene evidenziato che il ricorso è stato promosso dopo ben cinque mesi dal conferimento dell'incarico contestato, la qual cosa urta non poco con la reclamata tutela urgente.

Tali essendo le posizioni in contraddittorio delle parti, nel merito della controversia insorta, il giudice adito subito ha cura di rimarcare la insussistenza di un preteso diritto soggettivo potestativo all'incarico, pure prospettato con insistenza erroneamente dal ricorrente.

Più specificamente – osserva *recte* il Tribunale – la situazione giuridica riconosciuta in capo al dipendente, che aspiri al conferimento di una determinata posizione organizzativa, non costituisce affatto un diritto soggettivo perfetto, bensì soltanto un interesse legittimo di diritto privato in un contesto di lavoro pubblico contrattualizzato. [2] In altre parole, i candidati all'incarico di P.O. versano in una situazione di interesse legittimo al corretto espletamento della procedura, cui si contrappone un potere discrezionale della P.A. *Ergo* – statuisce il giudice del lavoro – il dipendente titolare di una siffatta posizione giuridica soggettiva può soddisfare il proprio interesse materiale, solo per il tramite di un atto del datore di lavoro, alla cui legittimità egli però ha pure interesse. In via speculare, poi, la situazione facente capo al dirigente, nella peculiare qualità di datore di lavoro, è quella di "potere discrezionale" (ma non di arbitrio), anch'esso privato, essendo in facoltà dello

stesso, pur nel rispetto dei limiti di legge, di accogliere o meno la richiesta di conferimento dell'incarico.

La dottrina, [3] in verità, ha da tempo evinto, nel sistema del diritto privato, la esistenza di situazioni giuridiche soggettive subordinate all'esercizio di un potere, cui si riconnette una certa discrezionalità ed insindacabilità nel merito, alla stessa stregua di quanto avviene nel sistema del diritto amministrativo, in relazione all'esplicazione della potestà pubblica.

Orbene, anche nell'ambito del diritto privato ed ora nell'alveo del lavoro pubblico c.d. privatizzato o contrattualizzato, all'esercizio del potere discrezionale del dirigente, nella propria qualità di esercente le funzioni di datore di lavoro, si ricollegano situazioni giuridiche soggettive contrapposte del dipendente pubblico, rapportabili ad una sorta di interesse legittimo di diritto privato, che possono trovare soddisfazione però solo per il tramite del corretto esercizio della discrezionalità tecnico-organizzativa dirigenziale.

Neppure ha ritenuto il Tribunale del lavoro che il mancato conferimento di un determinato incarico costituisca, *ex se*, una lesione alla dignità professionale di coloro che aspirano ad ottenerlo, dovendosi invece, se del caso, fornire la prova specifica in concreto del pregiudizio lamentato, sulla scorta di serie ed oggettive circostanze e non di mere congetture o soggettive valutazioni del richiedente. Peraltro, ha obiettato il giudicante, il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. è stato depositato dopo ben circa cinque mesi dal fatto contestato, tanto lasciando presumere che i gravi ed urgenti pregiudizi incombenti sul preteso diritto, nelle more della tutela in via ordinaria, siano insussistenti anche sotto un profilo soggettivo.

Conseguentemente, in ipotesi di ricorso giurisdizionale, il G.O. non può emettere una sentenza con la quale accerta il diritto del ricorrente a vedersi conferire l'incarico cui aspira, essendo lo stesso attribuibile solo a seguito di una valutazione discrezionale della P.A., ma, a tutto concedere, ove si riscontri che il potere discrezionale sia stato *de jure et de facto* esercitato in violazione dei limiti previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, potrà dichiarare illegittimo il provvedimento (privatistico) di conferimento dell'incarico impugnato, così però costringendo l'Amministrazione soltanto ad operare una nuova valutazione, nel rispetto delle norme in precedenza violate.

In pratica, nel caso di specie – è da ribadirsi – viene in evidenza l'esplicazione di un'ampia potestà discrezionale inerente alle funzioni del dirigente ed al suo potere gerarchico, direttivo, organizzativo e conformativo nella qualità di esercente le funzioni di datore di lavoro (art. 5 D.Lgs n. 165 del 2001 succ. mod.; [4] artt. 2239, 2086, 2094, 2104 cod. civ.), volta ad individuare i dipendenti che dimostrino particolari caratteristiche, anche attitudinali e di propensione individuale, funzionali alla realizzazione dei programmi e degli obiettivi produttivi ed al sereno andamento gestionale interno all'unità organizzativa, tali da far riporre la massima fiducia del datore di lavoro pubblico nei riguardi di un certo dipendente circa il proficuo espletamento dell'incarico. [5]

Tutto ciò, invero, nell'ambito del sistema di regolazione privatistica, seppure speciale (dati gli interessi pubblici presenti), dei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, sottoposti all'applicazione delle disposizioni del codice civile in materia di lavoro subordinato nell'impresa, ai sensi dell'art. 2, co. 2 e 3, e dell'art. 51, co. 1, D.Lgs n. 165 del 2001 succ. mod.

In tema, peraltro, è da ricordare che, per costante dottrina e giurisprudenza, [6] gli atti del datore di lavoro sono scrutinabili dal G.O. sotto il profilo dell'osservanza della clausola generale della correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), ma mai sono sindacabili nel merito per motivi tecnici, organizzativi e produttivi, né appare ammissibile che il G.O. possa effettuare una rivalutazione tecnico-organizzativa di scelta della risorsa umana più adatta ad un certo ruolo, che è intrinsecamente ammantata da un elevato tasso di fiduciarietà, sostitutiva di quella effettuata dalla P.A. datore di lavoro.

In definitiva, il Tribunale di Trani ha ben rigettato il ricorso, sicuramente infondato quanto a *periculum in mora*, ed ha condannato il ricorrente soccombente alla refusione delle spese, non sussistendo invero alcuna grave ed eccezionale ragione, che ne giustificasse la compensazione, a corretta applicazione dei novellati artt. 91-92 c.p.c.

---

[1] Pubblicato in Gazz. Uff. 13 ottobre 2007 n. 239.

[2] Conforme è Cass., sez. un., 24 febbraio 2000 n. 41, in *Giorn. dir. amm.,* Ipsoa, Milano, n. 8, 2001, pag. 805 ss.

[3] *Amplius*, vedi L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Interesse legittimo: diritto privato,* in *Dig. disc. priv.,* sez. civ., vol. IX, Utet, Torino, 1993, pag. 527 ss, inoltre, cfr. F. ROSELLI, *Il lavoro subordinato: identificazione della fattispecie,* in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico,* Ipsoa, Milano, III ed., 2000, in part. p. 10, ove rammenta, a proposito del rapporto di subordinazione, che: "Il dovere d'obbedienza del lavoratore si dissolve così nella posizione di soggezione a poteri discrezionali, quello di direzione e quello disciplinare, ossia nella titolarità di interessi legittimi di diritto privato, la cui realizzazione davanti al giudice civile avviene attraverso modi di controllo sostanzialmente non diversi da quelli che caratterizzano il giudizio sull'atto amministrativo".

[4] D.Lgs n. 165 del 2001 succ. mod., art. 5 *(Potere dì organizzazione)*

1. 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.

2. Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'articolo 9. Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici.

3. Gli organismi di controllo interno verificano periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative ai principi indicati all'articolo 2, comma 1, 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.

3-*bis*. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle Autorità amministrative indipendenti.

[5] *Ex multis*, cfr. Cass. civ., sez. lavoro, 15 maggio 2008 n. 12315: "Il conferimento delle posizioni organizzative al personale non dirigente delle pubbliche amministrazioni inquadrato nelle aree e le relative procedure di selezione, secondo il sistema disegnato dal d.lgs 165 del 2001, esulano dall'ambito degli atti amministrativi autoritativi e sono assunti dall'Amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, a norma dell'art. 5, comma secondo, dell'indicato decreto", nonché C.d.S., sez. V, 15 febbraio 2010 n. 815: "Gli atti di individuazione e di conferimento di posizioni organizzative al personale non dirigente delle pubbliche amministrazioni inquadrato nelle aree, laddove trovano fondamento nella contrattazione collettiva che ha previsto e disciplinato l'istituto demandandone l'applicazione agli enti pubblici-datori di lavoro, esulano dall'ambito delle determinazioni amministrative autoritative e si iscrivono nella categoria degli atti

negoziali, adottati con la capacità e i poteri del datore di lavoro (D.Lgs. n. 165/2001, artt. 5, comma 2, e 63, commi 1 e 4)".

[6] Ad esempio, in fattispecie di sanzione disciplinare, cfr. Cass. civ., sez. lavoro, 16 agosto 2004 n. 15932: "La graduazione della sanzione in relazione alla gravità del fatto illecito disciplinare è espressione di discrezionalità, affidata dall'art. 2106 c.c. al datore di lavoro. A tal fine il giudice, adito dal prestatore di lavoro che lamenti l'eccessiva gravita della sanzione, non può sindacare nel merito i criteri di scelta adottati dal datore-imprenditore, ma deve limitarsi alla sufficienza della motivazione ed all'osservanza delle norme, di diritto e contrattuali"; inoltre, in fattispecie di procedura concorsuale, cfr. Cass. civ., sez. lavoro, 1° marzo 2000 n. 2280: "Non è consentito al giudice ingerirsi nella valutazione del contenuto del bando di concorso e dei criteri di scelta ivi individuati e dunque nel merito dei giudizi sui singoli candidati, relativamente all'assegnazione a mansioni superiori e all'inquadramento conseguente mediante concorsi interni, salvo il caso che l'esercizio discrezionale del datore di lavoro in tali ipotesi non sia rispettoso dei canoni legali generali di correttezza e buona fede, o sia manifestamente inadeguato o irragionevole, specialmente se esso si configuri come arbitrario".

Tribunale di Trani, sezione lavoro,

Ordinanza 22 settembre 2011.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del Tribunale di Trani, dr.ssa Roberta Savelli, in funzione di Giudice del Lavoro, a scioglimento della riserva di cui all'udienza del 15.9.11, nella controversia intercorrente tra PEZZANO Michele, rappresentato e difeso dagli avv. Vito Martire e Carmine Perrone Capano, e Inail, rappresentato e difeso dagli avv. Margherita De Pasquale e Vitantonio Caruso;

OSSERVA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato l'11.4.11, il ricorrente esponeva:

di lavorare alle dipendenze dell'Inail da circa 37 anni,

di prestare servizio presso la sede di Barletta;

di avere presentato domanda volta ad ottenere il conferimento dell'incarico di vicario del dirigente presso la sede INAIL di Barletta;

che, in data 26.11.2010, l'incarico in parola era stato assegnato a tale Corrado Giancaspro, in precedenza in servizio presso la sede di Bari;

che il provvedimento di conferimento dell'incarico in questione era stato emesso in violazione delle disposizioni contenute negli artt. 15, 16 e 17 Contratto Collettivo Integrativo dell'Ente;

che, inoltre, era stata disattesa una prassi aziendale consolidata, in base alla quale l'incarico di vicario del dirigente veniva attribuito a personale già in servizio presso la sede in cui era vacante la posizione da attribuire;

che il mancato conferimento dell'incarico in questione gli arrecava grave pregiudizio.

Tanto premesso, adiva il giudice del lavoro, chiedendogli di dichiarare la sussistenza del suo diritto alla nomina a vicario dirigente della sede Inail, previo annullamento e/o disapplicazione del provvedimento di conferimento di incarico adottato in data 26.11.10; il tutto con vittoria di spese.

Resisteva l'Inail.

La domanda avanzata in via cautelare è infondata per carenza del periculum in mora e, conseguentemente, va rigettata.

Come è noto, la possibilità di ottenere una pronuncia favorevole ex art. 700 c.p.c. è subordinata alla contemporanea sussistenza di due presupposti: il *fumus boni iuris*, ossia la verosimile fondatezza della pretesa fatta valere, e il *periculum in mora,* ovvero la sussistenza del fondato pericolo che, durante il tempo occorrente a far valere il diritto in via ordinaria, lo stesso sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Nella specie, secondo la prospettazione del ricorrente, il periculum in mora sarebbe integrato dal grave danno alla professionalità cagionato al ricorrente dal mancato conferimento dell'incarico di vicario, danno non risarcibile per equivalente.

Tale impostazione dà per postulato che il ricorrente attraverso la pronuncia del giudice adito, possa ottenere l'incarico in parola; cosa che, come si va ad esporre, deve essere esclusa.

Invero, la situazione giuridica riconosciuta in capo al dipendente che aspiri al conferimento di un determinato incarico non è di diritto soggettivo c.d. potestativo, ma di interesse legittimo di diritto privato (e non già di diritto pubblico, atteso che il rapporto di lavoro in questione ricade nell'area del lavoro pubblico contrattualizzato, con conseguente tutelabilità innanzi al giudice ordinario); in altre parole il titolare della situazione giuridica soggettiva non può soddisfare da sé il proprio interesse materiale, tramite l'esercizio del potere conferitogli dall'ordinamento, ma può realizzarlo solo per il tramite di un atto del proprio datore di lavoro, atto alla cui legittimità egli ha interesse proprio in quanto lo stesso può consentirgli la realizzazione del proprio interesse materiale.

Per converso, e specularmente, la situazione facente capo al datore di lavoro è non di "soggezione" ma di "potere discrezionale" (e non di arbitrio), anch'esso privato, essendo in facoltà dello stesso, pur nel rispetto dei limiti di legge, di accogliere o meno la richiesta di conferimento dell'incarico.

Ne consegue che il giudice giammai può emettere sentenza con la quale accerta il diritto del ricorrente a vedersi conferire l'incarico cui aspira, essendo lo stesso attribuibile solo a seguito di valutazione discrezionale della P.A. (cfr. Cass. 14 settembre 2005 n. 18198) ma, al più, ove accerti che il potere discrezionale sia stato esercitato travalicando i limiti previsti dalla legge, potrà dichiarare illegittimo il provvedimento di conferimento dell'incarico impugnato (così "costringendo" la P. A. ad operare una nuova valutazione, nel rispetto delle norme in precedenza violate).

E' dunque evidente che l'asserito irreparabile pregiudizio alla dignità professionale del ricorrente non può ritenersi certo, non potendosi avere certezza che all'annullamento della delibera asseritamente illegittima seguirà il conferimento dell'incarico in suo favore; già sotto tale profilo, dunque, il requisito del periculum in mora deve ritenersi insussistente.

A ciò si aggiunga che il mancato conferimento di un determinato incarico non appare di per sé idoneo a ledere la dignità professionale di coloro che aspiravano ad ottenerlo, dovendo essere fornita la prova in concreto del pregiudizio lamentato, sulla scorta di circostanze oggettive e specifiche e non di mere valutazioni soggettive del richiedente; prova che nella specie non è stata fornita.

Infine non può sottacersi che, a fronte dell'emissione del provvedimento impugnato in data 24.11.10, il ricorso ex art. 700 c.p.c. è stato depositato l'11.4.11, dunque dopo circa cinque mesi; tanto lascia ragionevolmente presumere che i gravi ed urgenti pregiudizi incombenti sul preteso diritto nelle more della tutela in via ordinaria siano insussistenti anche sotto un profilo soggettivo.

In conclusione, la domanda avanzata in via cautelare deve ritenersi carente del *periculum in mora*; il che ne impone il rigetto, a prescindere da qualsivoglia valutazione in ordine alla eventuale sussistenza del *fumus boni iuris*.

Le spese di lite, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza, non sussistendo gravi ed eccezionali ragioni che ne giustifichino la compensazione.

P.Q.M.

Visti gli artt. 669 *septies,* 669 *octies* e l'art. 700 c.p.c.;

rigetta la domanda avanzata in via cautelare;

condanna il ricorrente alla refusione delle spese di lite sostenute dal resistente, liquidate in € 900/00, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Trani, nella camera di consiglio del 15.9.2011.

Il Giudice del Lavoro

Dr.ssa Roberta Savelli

Depositato in cancelleria

Oggi, 22.9.2011

F.to Il cancelliere