

## Da “Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni” – mag/ago 2010.

### LA PROVA TESTIMONIALE NELLE CONTROVERSIE DI PUBBLICO IMPIEGO RISERVATE ALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE

AMMINISTRATIVO

DI FABIO PETRACCI

È entrato in vigore da poco il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 che introduce il riordino del processo amministrativo.

Come evidenziato dagli articoli 1 e 2 e dai rinvii di rango costituzionale, il legislatore delegato ha inteso enunciare ed attuare anche nel processo amministrativo, i principi di effettività e quelli del giusto processo riassunti nella parità delle parti, nel contraddittorio e nella ragionevole durata del processo.

Ci troviamo così di fronte all'asestamento legislativo di un processo di interventi giurisprudenziali e legislativi che vanno portando al tramonto quella che viene definita come l'antologica diversità tra diritti ed interessi <sup>(1)</sup> e che era destinata a riproporsi sul piano delle tutele.

Fondamentale in questa evoluzione è stato il ruolo della legge 205/2000 che ha stabilito il principio della risarcibilità degli interessi legittimi.

La Giurisprudenza, anche della Corte Costituzionale, invece è intervenuta ripetutamente in tema di giurisdizione esclusiva.

La Consulta, proprio in materia di pubblico impiego, rilevava l'incostituzionalità della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali laddove non richiamava le norme del Codice di Procedura Civile in tema di istruzione probatoria così come novellate negli articoli 421, comma 2-4, 422, 424, 425 dello stesso, dalla legge 11 agosto 1973 n. 533 <sup>(2)</sup>.

Importante su questa via anche il precedente intervento della Corte <sup>(3)</sup>, dichiarativo della incostituzionalità dell'articolo 21 ultimo comma, nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del Giudice Amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al Giudice di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdi-

(1) MELIANDÒ, *L'effettività della tutela giurisdizionale nel pubblico impiego*, in *RIDL*, 2010, 1, 65.

(2) Corte Costituzionale 23 aprile 1987, n. 146.

(3) Corte Costituzionale 28 giugno 1985, n. 190

**III** zione esclusiva, i provvedimenti urgenti che appaiono idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

Accade così che, proprio in forza dell'estensione della giurisdizione amministrativa all'ambito dei diritti soggettivi, nell'ambito della giurisdizione di merito i poteri processuali del giudice legittimato ormai a conoscere non solo dell'atto amministrativo, ma anche dei suoi effetti, divengono sostanzialmente sovrapponibili a quelli del giudice ordinario.

La giurisdizione esclusiva nell'ambito del pubblico impiego ha evidenziato e forse indotto queste esigenze <sup>(4)</sup>.

Dopo la contrattualizzazione di gran parte del pubblico impiego questa esigenza può dirsi ancora attuale in quanto, il d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, ha completato la devoluzione del pubblico impiego al Giudice ordinario con l'eccezione però della cognizione da parte del giudice amministrativo, delle controversie relative ai rapporti di lavoro <sup>(5)</sup> dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili, degli avvocati e procuratori dello Stato, del personale militare e delle forze di Polizia di Stato, del personale della carriera diplomatica, di quello carriera prefettizia, a partire da vice consigliere di prefettura, dei professori e ricercatori universitari, dei dipendenti di Banca d'Italia, della Consob e delle Autorità Garanti <sup>(6)</sup>.

Rilevanti sono state da sempre nell'ambito del pubblico impiego le questioni di tutela giuridica concernenti il risarcimento del danno.

La giurisdizione amministrativa è stata affermata in ragione dell'azione di responsabilità proposta sulla base del rapporto di lavoro in essere con l'amministrazione <sup>(7)</sup>, mentre nel caso in cui il danneggiato agisca al di fuori di tale rapporto in base all'articolo 2043 del Codice Civile, la giurisdizione attiene al giudice ordinario <sup>(8)</sup>.

Hanno così trovato ingresso nell'ambito della giurisdizione amministrativa cause concernenti il danno esistenziale, la dequalificazione ed il mobbing <sup>(9)</sup>.

Trattasi per lo più di controversie che involgono le vicende della

<sup>(4)</sup> MELIADÒ, *op. cit.*

<sup>(5)</sup> Cfr. Art. 63 d.lgs. 165/2001

<sup>(6)</sup> V. BUFFA, *Giustizia civile*, 2009, 12, 2691, nota a Corte di Cassazione, sez. un., 24.11.2008, n. 27863.

<sup>(7)</sup> Detta azione contrattuale.

<sup>(8)</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. n. 8438/2004.

<sup>(9)</sup> RISPOLI, *Mobbing forme di tutela giuridica e risarcibilità del danno*, *Diritto e Giustizia*, 2010.0.74; Ricò, *La dimensione oggettiva del danno esistenziale*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2010, 2, 317; TAR Marche 16.10.2009 n. 117, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it). TAR Lombardia, Milano, 11 agosto 2009 n. 4581, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

persona nell'ambito del posto di lavoro e che richiedono spesso indagini probatorie di grande respiro e che talora sfuggono ad una stretta concatenazione con l'azione amministrativa.

Il nuovo codice del processo amministrativo <sup>(10)</sup>, sembra prendere atto di queste esigenze maturate contestualmente nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Ciò è affermato non solo mediante i principi dell'effettività e del giusto processo, ma anche laddove, all'articolo 7, si dichiarano azionabili innanzi alla giurisdizione amministrativa, anche il mancato esercizio dei poteri amministrativi ed i comportamenti comunque riconducibili anche mediamente all'esercizio del potere amministrativo.

Appare chiaro sul punto che spesso controversie concernenti vessazioni sul lavoro o situazioni di dequalificazione non sempre trovano facile ed immediata riconducibilità ad un atto amministrativo, ma si radicano in comportamenti e condotte spesso di lunga durata, anche se in effetti il rapporto risulta riconducibile esclusivamente all'ambito amministrativo.

In tale ordine di idee, il nuovo processo amministrativo pare orientato anche in ordine ai mezzi di prova. Gli articoli da 63 a 69 ammettono la gran parte dei mezzi di prova tipici del processo civile, in un sistema che può definirsi come « *dispositivo attenuato* » con onere della prova a carico delle parti con una maggiore apertura rispetto al codice di procedura civile, vedasi in proposito l'articolo 64 <sup>(11)</sup>, dove pur con il limite dato dalle prove proposte dalle parti e dai fatti non contestati, è consentito al giudice, disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nelle disponibilità della pubblica amministrazione. Lo stesso deve dirsi dell'articolo 63, comma 2 che autorizza il giudice ad ordinare l'esibizione anche d'ufficio.

Trattasi di previsioni che stante i rigorosi e precisi oneri probatori che incombono anche sul dipendente pubblico non soggetto a contratto, per evocare la responsabilità della pubblica amministrazione ed invocare il relativo risarcimento, paiono quanto mai utili.

Problematica ed in contro tendenza invece, per chi si accinge a tutelare il dipendente in regime di diritto pubblico in cause di natura risarcitoria e connesse a diffuse condotte del datore di lavoro, appare la previsione che esclude la confessione giudiziale, ma in particolare suscita ancora qualche ulteriore dubbio la previsione che vuole la testimonianza sia resa esclusivamente in forma scritta.

<sup>(10)</sup> D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>(11)</sup> Disponibilità, onere e valutazione della prova.

**III**

La testimonianza scritta è una novità introdotta con la riforma del processo civile del 2009.

In tale ambito l'acquisizione della stessa è subordinata all'accordo delle parti ed alla valutazione, obbligatoria per il giudice, di valutare la natura della causa ed ogni altra circostanza <sup>(12)</sup>.

La legge di riforma del processo civile prevede poi la predisposizione di un modulo di testimonianza che ad oggi non esiste <sup>(13)</sup>. In tal modo la previsione della testimonianza scritta nonostante ad oggi non attuata nel processo civile, è introdotta perentoriamente nel nuovo processo amministrativo.

Di fronte a fattispecie complesse in settori come l'ambito delle forze armate e di polizia, dove chi nella pratica deve dimostrare condotta illegittima o vessatoria da parte di superiori, deve superare indicibili difficoltà principalmente probatorie, l'assenza di una testimonianza diretta innanzi al magistrato, può vanificare ogni tutela. Tornano così a presentarsi di fronte alle nuove disposizioni di legge, le ragioni che già portarono la Corte Costituzionale con la sentenza del 23 aprile 1987 n. 146 a ritenere illegittima in tema di controversie attinente a diritti soggettivi, la norma che non prevedeva l'assunzione di tutti i mezzi di prova del processo civile.

---

<sup>(12)</sup> Sul punto vedasi ASPELLO, *Le novità della riforma 2009 nel processo ordinario di cognizione*, in *GM*, 2009, 7-8, 1797 B.

<sup>(13)</sup> Vedasi anche BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione, nell'ultima emmesima riforma in materia di giustizia civile*, in *GC*, 2009, 6, 259.