

IL CONTENZIOSO NEL LAVORO PUBBLICO

S
T
R
U
M
E
N
T
I

1



STRUMENTI FORMEZ

Il Formez - Centro di Formazione Studi, ha da sempre avuto una particolare attenzione per le iniziative editoriali; fin dai suoi primissimi anni di attività si è impegnato nella produzione e nella divulgazione di collane e riviste volte a promuovere e potenziare le linee strategiche e le iniziative culturali e operative a sostegno dei modelli evolutivi elaborati dal Parlamento e dai Governi regionali per un più equilibrato sviluppo delle aree svantaggiate del Paese.

Intere generazioni di funzionari pubblici, soprattutto regionali e locali, si sono formati sui “Quaderni Regionali”, sui “Quaderni Formez”, sulle Riviste “Problemi di Gestione”, Problemi di Amministrazione Pubblica”, “Europa e Mezzogiorno” e sulle tante monografie tratte dagli originali e specifici materiali dei corsi di formazione, organizzati e gestiti dal Centro, con il proprio qualificato corpo docente, con eminenti studiosi, con professionisti, dirigenti e funzionari operanti ai massimi livelli di responsabilità nelle Amministrazioni pubbliche.

Questa stagione ricca di stimolanti sfide e di importanti successi è ormai alle nostre spalle; oggi un nuovo Formez si sta affermando in un diverso contesto istituzionale ed operativo. Il Decreto legislativo 285/99, ha individuato nell’Istituto l’Agenzia istituzionale che deve accompagnare i processi di trasformazione del sistema amministrativo italiano per ciò che concerne il vasto e strategico programma per la promozione e lo sviluppo delle risorse umane.

“Promuovere l’innovazione amministrativa, organizzativa e tecnologica della Pubblica Amministrazione e favorire il potenziamento del ruolo e delle competenze delle Regioni e degli enti locali” sull’intero territorio nazionale è la missione che il Formez intende svolgere nel nuovo millennio. Fondamentale è in questa fase, il potenziamento e il coordinamento delle attività editoriali del Centro che poggeranno su tre linee di produzione: Quaderni – momenti di riflessione teorica e culturale su temi di forte impatto innovativo per le P.A.; Strumenti – guide, manuali, modulistica e modellistica di supporto agli operatori per la semplificazione dei processi lavorativi; Ricerche e Studi – la conoscenza supportata dalla ricerca empirica per meglio finalizzare gli interventi di formazione, assistenza e consulenza. Il Formez ha inoltre realizzato un Portale in ambiente web per la comunicazione on line.

È con la consapevolezza di chi ha imparato a misurarsi con la mutevole e articolata realtà delle organizzazioni complesse che avviamo questa nuova esperienza editoriale, sicuri di offrire, come sempre, un originale ed utile contributo a quanti sono impegnati a vario titolo nel mondo della formazione.

Carlo Flamment
Presidente Formez

Formez



1

IL CONTENZIOSO NEL LAVORO PUBBLICO



Introduzione

La pubblicazione, realizzata dal Formez nell'ambito del Progetto CIPA, d'intesa con il Dipartimento della Funzione Pubblica, si propone l'obiettivo di affiancare le Amministrazioni regionali e locali nella costituzione degli Uffici per il contenzioso del lavoro, premessa per una corretta gestione delle controversie del rapporto di pubblico impiego.

In questa direzione è operativo da maggio 2000 il sito web www.cipa.net/contenzioso, accessibile dai siti del Dipartimento della Funzione Pubblica e del Formez. Il sito è strutturato come una rivista giuridica informatica attraverso la quale dirigenti e funzionari possono aggiornarsi sui più recenti e rilevanti orientamenti giurisprudenziali in materia di processo del lavoro nonché approfondire le problematiche relative all'applicazione degli istituti più innovativi e scambiarsi informazioni in ordine alle esperienze applicative degli Uffici del contenzioso.

Con il definitivo avvio dell'arbitrato nel contenzioso pubblico, il sito sarà arricchito nei prossimi mesi anche con gli orientamenti delle Camere arbitrali e con contributi scientifici sui relativi profili processuali.

Il volume si colloca coerentemente in questo contesto ponendosi, unitamente al sito, come ulteriore ausilio ai diversi operatori che, negli Uffici del contenzioso, negli Uffici avvocatura o in quelli del personale, stanno cercando di rendere più consapevole, competente ed efficace la presenza delle Amministrazioni nel processo del lavoro.

Nella pubblicazione sono disponibili approfondimenti sulle questioni più controverse del rapporto d'impiego privatizzato, con commenti agli orientamenti giurisprudenziali. Si pubblicheranno, periodicamente, monografie di aggiornamento sulla evoluzione dei singoli istituti.

Nella rubrica "documentazione" si offre il quadro, il più possibile esaustivo, in materia contrattuale, soprattutto per quanto attiene alle questioni interpretative.



Formez

Centro di Formazione Studi

Presidenza e Direzione Generale
via Salaria 229, 00199 Roma
tel. 06 84891

Sede di Roma
via Rubicone 11, 00198 Roma
tel. 06 84891

Sede di Napoli
Comprensorio Olivetti
via Campi Flegrei 34, 80072 Arco Felice, Napoli
tel. 081 5250111

Sede di Cagliari
via Roma 83, 09124 Cagliari
tel. 070 679561

www.formez.it

Il volume è stato curato da
Caterina Cordella, Donatella De Vincentiis,
Vincenzo Veneziano

Ha collaborato
Antonio Aurilio

Ulteriore documentazione può essere
reperita sul sito
<http://lavoropubblico.formez.it/contenzioso>

INDICE

SEZIONE I

Articoli e commenti

11

Le controversie di lavoro:
le opportunità dell'arbitrato
di Ubaldo Potì

13

Il licenziamento del dipendente pubblico
di Paolo Sordi

19

Le posizioni organizzative:
un caso di middle management
nel lavoro pubblico
di Luca Soda

31

SEZIONE II

Giurisprudenza

39

a) Quadri e pubblico impiego

41

Nota di Filippo Curcuruto

Tribunale Trieste ord. 13/27 luglio 2000

Tribunale Campobasso ord. 31 ottobre 2000

Tribunale Treviso ord. 10 novembre 2000

b) Equivalenza delle mansioni nel rapporto
di lavoro con la pubblica amministrazione

55

Nota di Filippo Bonanni

Tribunale Cassino 1 febbraio 2001

c) I segretari comunali e provinciali

67

Nota di Paolo Sordi

Tribunale S. Maria C.V. ord. 11 dicembre 2000

Tribunale Roma ord. 6 febbraio 2001

d) Trasferimento e scelta della sede di lavoro
del familiare del portatore di handicap

81

Nota di Gianpiero Profeta

Tribunale Catanzaro ord. 13 maggio 2000

Tribunale Catanzaro ord.30 giugno 2000

Corte d'Appello Venezia ord. 10 ottobre 2000

Tribunale Firenze 24 febbraio 2001





e) I concorsi interni	102
Nota di Massimo Salvatorelli	
Tribunale Genova ord. 10 febbraio 2001	
f) Il reclamo cautelare	108
Nota di Filippo Curcuruto	
Tribunale Roma ord. 12 maggio 1999	
Tribunale L'Aquila ord. 2 dicembre 1999	
Tribunale Caltanissetta ord. 29 marzo 2000	

SEZIONE III	
Rassegna	119
Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali	121
A cura di Angelo Trovato	

SEZIONE IV	
Documentazione	135
Contratto Collettivo Nazionale Quadro in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato ai sensi degli artt. 59 bis, 69 e 69 bis del D.lgs. n. 29/1993 nonché dell'art. 412 ter c.p.c.	137



SEZIONE I

ARTICOLI E COMMENTI

Le controversie di lavoro: le opportunità dell'arbitrato

Ubaldo Poti*



13

Probabilmente il segno più innovativo e tangibile della riforma del lavoro pubblico consiste nell'abbandono della giurisdizione amministrativa per le controversie riguardanti i rapporti di lavoro¹. Solo quando il passaggio alla giurisdizione del giudice ordinario è diventato effettivo, a distanza di circa 5 anni dall'avvio della riforma, anche gli scettici (cioè coloro che annettevano alla cosiddetta privatizzazione del rapporto di lavoro un valore più che altro formale) hanno dovuto fare i conti con una novità fino ad allora rimasta sulla carta: l'entrata in scena di un soggetto – il giudice ordinario – estraneo alle logiche pubblicistiche e portato ad applicare gli stessi e consolidati riferimenti logico-giuridici del lavoro nell'impresa.

Da questa novità ne è derivata un'altra, ugualmente importante: la trasformazione del tentativo di conciliazione da facoltativo a obbligatorio, estesa anche al lavoro privato con l'intento di bilanciare il sovraccarico della giustizia ponendo un efficace filtro prima di adire il giudice.

Basterebbe questo a confermare la radicalità delle modifiche intervenute, tuttavia un altro istituto, dal carattere questa volta non pregiudiziale ma chiaramente alternativo all'intervento del giudice ordinario, viene a innovare le regole del lavoro pubblico: l'arbitrato, strumento contrattuale di risoluzione delle controversie di lavoro².

Va ricordato che anche l'arbitrato, come il tentativo obbligatorio di conciliazione, si colloca pienamente nel solco della strategia della riduzione il più possibile drastica del carico della giustizia ordinaria e che la maturazione della volontà negoziale tradottasi nell'accordo quadro è dipesa anche dalla condivisione di questo disegno da parte anche del Sindacato³.

* Capo Dipartimento della Funzione Pubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri

¹ Il riferimento normativo è principalmente all'art. 68 del D.lgs. 29/1993, con le modifiche apportate dai D.lgs. n. 80 e 387 del 1998. Il discrimine al 30 giugno 1998 della giurisdizione è previsto in particolare dall'art. 45, comma 17, del D.lgs. n. 80.

² Il C.C.N.Q. in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato ai sensi degli artt. 59 *bis*, 69 e 69 *bis* del D.lgs. n. 29/1993 nonché dell'art. 412 *ter* c.p.c., è stato sottoscritto il 23 gennaio 2001.

³ Vedi ad es. il Protocollo sul lavoro pubblico del 12 marzo 1997, che tra l'altro prevede che: "...il Governo recherà adeguate e tempestive soluzioni ai problemi di sovraccarico del contenzioso, quali: forme di risoluzione delle controversie che precedano l'instaurazione del giudizio, di tipo conciliativo e arbitrale, anche nell'ambito dei contratti collettivi, ferma restando la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti dei lavoratori;...(A.4)". Lo stesso C.C.N.Q. esordisce richiamando le finalità di "decongestione e alleggerimento del circuito giudiziario".



L'attivazione di un sistema di origine contrattuale, alternativo all'intervento del giudice, è del tutto coerente con l'intento del legislatore di agire in profondità e con più strumenti, legislativi e negoziali, per assorbire l'ingresso di un contenzioso di così rilevante portata come quello riguardante le controversie potenzialmente attivabili da tre milioni e mezzo di dipendenti pubblici. È infatti anche in una logica promozionale verso istituti di fonte negoziale che vanno lette le novità in tema di giurisdizione introdotte nel '98, che certamente non ignoravano la questione dell'impatto di una riforma che andava a riconfigurare pesantemente il riparto della giurisdizione.

Per raggiungere questo scopo, oltre al riequilibrio effettuato con la vistosa operazione di devoluzione di nuove materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴, andava rimosso il tradizionale disfavore verso forme di composizione delle controversie alternative a quelle giurisdizionali.

Questa operazione è stata in parte compiuta rafforzando il momento conciliativo, ma richiedeva, sul versante delle forme di ricorso a soggetti in veste di arbitri, un delicato quanto difficile compromesso tra esigenze apparentemente contrapposte: da un lato dare una ragionevole solidità giuridica alla decisione arbitrale e dall'altro prevedere la possibilità di riesame (sia pure limitato) e di sancire l'esecutività del lodo attraverso un vero e proprio accertamento formale di validità.

Il raggiunto accordo collettivo è la conferma che il nuovo disegno normativo ha avuto attuazione anche sotto questo profilo (almeno con riguardo a quello che è ritenuto, semplicisticamente, il settore responsabile di un presunto aggravio di lavoro dei giudici) dando vita a un sistema che ha in sé tutti i crismi per essere realmente alternativo alla giustizia ordinaria e per ridurre drasticamente i tempi di definizione delle controversie grazie all'intervento dell'arbitro monocratico.

L'avvenuta conclusione dell'accordo fa ritenere che l'interesse generale a deflazionare realmente il carico della giustizia e l'economicità insita nella rapidità di procedura di composizione arbitrale abbiano avuto un peso decisivo nella convergenza delle volontà negoziali.

Le parti negoziali sembrano non aver dato un peso determinante alla disputa sulla ritualità o irritualità dell'arbitrato previsto dalla nuova normativa e quindi alla presunta incertezza sulla sua portata, anche ai fini dell'ambito di impugnabilità del lodo, tanto è vero che si è giunti in tempi accettabili a una disciplina attuativa che, seppure definita prudentemente come sperimentale (quindi suscettibile di revisione), è immediatamente operante.

In sostanza l'Accordo completa e porta a effetto un preciso disegno di riequilibrio giurisdizionale la cui portata talvolta viene trascurata se è vero che non di rado si imputa all'incremento delle controversie di lavoro pubblico il malfunzionamento delle strutture giudiziarie, alle quali sono state sottratte contestualmente altre importanti materie⁵.

Solo ora sembrano esservi tutte le condizioni per fare delle forme di composizione delle controversie di lavoro una vera alternativa al processo, e questo fin dalla fase

⁴ cfr. in particolare gli artt. 33-35 del D.lgs. n. 80/1998.

⁵ Vedi nota precedente



della conciliazione, non più facoltativa, anche se la fase attuativa va attentamente seguita, essendo diverse le incognite.

Si omette qui di mettere a fuoco le lacune di ordine funzionale che condizionano il funzionamento degli organismi chiamati a svolgere il tentativo obbligatorio di conciliazione, tanto nel lavoro privato che in quello pubblico, ma anche sotto questo profilo il C.C.N.Q. fornisce segnali di indubbio interesse che sarebbe errato sottovalutare. La fase decisionale va infatti preceduta dal tentativo di conciliazione che l'arbitro deve svolgere non ritualmente ma in base a una precisa procedura e in tempi rapidi. Questo compito dell'arbitro non solo può risolvere il sovraccarico che si è determinato in alcune Direzioni provinciali del lavoro e porta quindi a rivitalizzare la fase conciliativa (che nell'arbitrato si colloca in un contesto strettamente collegato alla fase decisionale ed è svolta dallo stesso soggetto) ma ridimensiona il carico di lavoro delle Direzioni provinciali del Ministero del Lavoro, che vedranno ridursi le richieste di istituire nuovi collegi di conciliazione essendo questa fase svolta, all'occorrenza, direttamente dall'arbitro in via sostitutiva del collegio.

Ciò non toglie che sussista per le strutture del Ministero una questione di maggior carico di lavoro, ma ciò dipende soprattutto dall'incremento vistoso dell'attività di conciliazione per le controversie di lavoro privato, anch'esso tenuto a svolgere obbligatoriamente il tentativo di conciliazione ma ancora privo, se non per alcuni settori, di soluzioni arbitrali in grado di effettuare anche la fase conciliativa.

Il coinvolgimento delle articolazioni periferiche del Ministero del Lavoro, anche se destinato a ridimensionarsi nella fase conciliativa delle controversie di lavoro pubblico, acquista rilievo a livello regionale sotto il profilo dell'assistenza al funzionamento delle camere arbitrali stabili e della tenuta delle liste degli arbitri, riconoscendo quindi in un'ottica di armonizzazione tra lavoro pubblico e privato, il ruolo delle strutture tradizionalmente competenti nella risoluzione delle controversie di lavoro.

L'avvenuta definizione del C.C.N.Q. probabilmente riflette anche la presenza di condizioni che trovano maggiore evidenza proprio nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, dove peraltro sussistono peculiari meccanismi di rafforzamento e di tutela dei contenuti dei contratti collettivi⁶. Di questi meccanismi non poteva naturalmente non tenere conto anche il C.C.N.Q. che opportunamente prevede la sospensione del procedimento quando si verta su questioni pregiudiziali⁷, eliminando (o almeno riducendo fortemente) in tal modo il rischio di incontrollabilità dei lodi o di "stravolgimento" di clausole contrattuali.

Questa specificità della disciplina del lavoro pubblico permette di valutare in una visuale più distaccata la disputa sulla natura dell'arbitrato così come esso è stato ridisegnato dal legislatore nel '98.

Le innovazioni introdotte, se da un lato sembrano scaturire da una commistione tra elementi propri ora dell'arbitrato rituale ora di quello irrituale, pongono una questione non tanto terminologica quanto di valutazione dell'entità delle novità introdotte

⁶ Vedi art. 68 bis del D.lgs. n. 297/1993.

⁷ Vedi in particolare l'art. 4, comma 9 del C.C.N.Q.



16

dal legislatore e quindi delle probabilità che ha la disciplina negoziale di risultare una concreta e valida alternativa alla giustizia ordinaria.

Il caposaldo del nuovo impianto normativo si rinviene nella definizione dell'arbitrato come irrituale, cosa che valorizza innanzitutto la volontà negoziale nella definizione delle regole procedurali ed esclude poi il particolare ambito di impugnazione previsto per l'arbitrato rituale dal codice di procedura civile (nullità ex art. 829 c.p.c. e violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi). Inoltre la particolare ridefinizione dell'arbitrato irrituale, rispetto alla vecchia normativa risalente al 1973⁸, permette di affermare come le fortune del nuovo istituto potranno essere diverse da quelle scarse avutesi finora.

Il primo punto fermo che non va trascurato, in questa prospettiva, è il ridotto margine di impugnabilità del lodo, dimostrato innanzitutto dall'abrogazione del richiamo⁹ alle procedure di impugnazione delle rinunce e transazioni¹⁰.

In secondo luogo, le controversie aventi ad oggetto il lodo non riguardano il merito della decisione ma la sua validità. Il giudice del lavoro opera un mero controllo di legittimità per cui questa fase non va confusa con un giudizio di appello in senso stretto. Ciò è anche confermato dalla semplice procedura richiesta per dare esecutività al lodo, consistente nel deposito in cancelleria e conseguente dichiarazione di esecutività del giudice previo riscontro della regolarità formale del lodo.

Sembrano esservi in definitiva le premesse per fare dell'arbitrato uno strumento in grado di intercettare una corposa serie di controversie, pervenendo (probabilmente già nella fase obbligatoria della conciliazione) a decisioni rapide ed esecutive.

Ciò non toglie che il decollo dell'arbitrato, proprio per l'alto tasso di novità insito nella disciplina contrattuale, richieda un forte impegno nell'attuazione. Il C.C.N.Q. sembra farsi carico delle difficoltà insite nella prima fase attuativa e della prudenza che ha ispirato ambedue le parti firmatarie. L'istituzione di una cabina di regia paritetica ha proprio lo scopo di seguire la prima fase e di proporre correttivi e misure dirette a superare eventuali difficoltà organizzative, data la delicatezza della funzione decisionale affidata a soggetti terzi.

La questione centrale è proprio quella della professionalità degli arbitri, a cui è demandato un compito nuovo e complesso. La presenza di una classe di arbitri che riscuotano la fiducia di ambedue le parti è essenziale per evitare che il ricorso all'arbitrato resti limitato a pochi casi. La diffusione dell'istituto sull'intero territorio richiede che il numero e la qualità degli arbitri siano alti.

A questo proposito spetta alla cabina di regia un compito molto delicato, quello di

⁸ i commi secondo e terzo dell'art. 5 della legge 533 del 1973, in tema di arbitrato irrituale, sono stati abrogati (v. art. 43, comma 7 del D.lgs. n. 80/1998). In materia di arbitrato irrituale vedi gli artt. 412 *ter* e *quater* del c.p.c., come modificati dal D.lgs. n. 387/1998.

⁹ Cfr. art. 43, comma 7, del D.lgs. n. 80/1988, che ha abrogato il secondo e terzo comma dell'art. 5 della legge 533 del 1973, in tema di impugnabilità dell'arbitrato irrituale. Il secondo comma dell'art. 5 cit. prevedeva appunto l'invalidità del lodo per violazione di disposizioni inderogabili; per scelta contrattuale tale invalidità continua a valere (art. 4 comma 12 C.C.N.Q.)

¹⁰ Il terzo comma dell'art. 5 cit. alla nota precedente prevedeva l'applicazione delle procedure previste dall'art. 2113, secondo e terzo comma, del c.c.



17

effettuare la selezione degli arbitri e di progettare e programmare corsi di formazione. Questo aspetto è quello che in questo momento è di maggiore attualità, poiché la progettazione è in fase avanzata ed è effettuata d'intesa con il Dipartimento della funzione pubblica che ha assunto anche l'impegno del finanziamento dei corsi. I primi corsi pilota partiranno entro pochi mesi ed è importante il loro attento monitoraggio perché mai come in questo caso la qualità della formazione è decisiva. L'obiettivo non deve essere tanto quello di formare un certo numero di arbitri che vadano semplicemente a infoltire gli elenchi formati da soggetti di cui si presume l'alta professionalità in quanto appartenenti a qualificate categorie¹¹; al contrario, l'obiettivo deve essere quello di irrobustire gli elenchi con soggetti di diversa estrazione in possesso di esperienza unita ad un'alta competenza.

Per raggiungere questo scopo non bastano dei corsi tradizionali più o meno lunghi ma occorre un'accurata selezione dei candidati e un'idea progettuale che consenta di mettere a disposizione, con le metodologie formative a distanza più avanzate, una gamma di conoscenze molto ampia e aggiornata sul contenzioso e sui contratti collettivi, da completare con seminari tematici a livello universitario essendo richiesta una preparazione integrata e multidisciplinare.

L'apporto del Formez, che gestisce un prodotto multimediale sul contenzioso¹², consentirà di ridurre al minimo la fase preparatoria del programma formativo, che potrà essere completato su base convenzionale presso alcune università già entro l'anno.

L'aver già messo a punto gran parte della progettazione dell'intervento denota l'attenzione dedicata a questa importante fase, su cui si gioca lo sviluppo dell'arbitrato, che ruota intorno all'elemento soggettivo, cioè alla professionalità dell'arbitro, chiamato a svolgere, da solo, un compito di grande responsabilità.

¹¹ cfr. lett. a), b) e d) dell'art. 5, comma 4 del C.C.N.Q., che si riferiscono rispettivamente a: docenti universitari di diritto del lavoro, liberi professionisti con esperienza quinquennale di contenzioso, ex magistrati con esperienza quinquennale di giudici del lavoro.

¹² Cfr. www.formez.it/cipa/contenzioso; www.funzionepubblica.it;



Il licenziamento del dipendente pubblico

Paolo Sordi*



19

1. La ricognizione delle fonti

Resterebbe deluso chi intraprendesse la lettura del D.lgs. n. 3 febbraio 1993, n. 29 alla ricerca della disciplina del licenziamento. Nessuno degli oltre 70 articoli di cui si compone quel testo legislativo contiene una generale regolamentazione del recesso. Le uniche norme che trattano espressamente della risoluzione del rapporto sono rappresentate dall'art. 21, comma 2 e dall'art. 35-bis, comma 4, che riguardano però fattispecie particolari (rispettivamente: recesso datoriale dal rapporto di lavoro del dirigente per grave responsabilità del dipendente e risoluzione del rapporto di lavoro con il personale in disponibilità).

L'attenzione del lettore deve allora necessariamente volgersi all'art. 2, comma 2 ed all'art. 55. Il primo articolo prevede che “i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche 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”; il secondo, dopo aver (inutilmente) ribadito la riportata disposizione (comma 1), statuisce che “la legge 20 maggio 1970, n. 300 si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti”.

Si tratta di norme che non hanno come specifico oggetto la fase estintiva del rapporto, riguardando il regime generale delle fonti e le condizioni di applicabilità dello Statuto dei lavoratori. Tuttavia, poiché le fonti richiamate dalla prima norma e la legge citata dalla seconda contengono anche la disciplina del recesso dal contratto di lavoro subordinato privato, inevitabilmente – mediante il richiamo operato dai due articoli in esame – quella disciplina diviene applicabile anche al rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Il nucleo essenziale di tale normativa è rappresentato, com'è noto, dagli artt. 2118 e 2119 c.c., dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e dalle leggi 15 luglio 1966, n. 604, 11 maggio 1990, n. 108, 23 luglio 1991, n. 223. A prima vista potrebbe sembrare, pertanto, che, relativamente alla materia della risoluzione del rapporto, l'operazione di riconduzione dell'impiego pubblico nell'ambito della disciplina comune del lavoro subordinato sia stata completa, dovendosi ritenere richiamate tutte le principali fonti della

* Magistrato della Corte di Appello de L'Aquila.

disciplina del recesso dal rapporto di lavoro subordinato privato. In realtà, l'esame delle singole ipotesi di risoluzione dimostrerà come esistano profondissime differenze tra il licenziamento del dipendente di un'impresa privata e quello di un dipendente di una pubblica amministrazione.

È possibile condurre una simile analisi seguendo la tradizionale distinzione tra licenziamento per giustificato motivo oggettivo, licenziamento disciplinare e licenziamento *ad nutum*.

2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Iniziando dal licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si osserva che l'art. 35 D.lgs. n. 29 dispone che, quando le pubbliche amministrazioni rilevino "eccedenze di personale" riguardanti almeno 10 dipendenti nell'arco di un anno, debbono innescare una procedura di informazione delle organizzazioni sindacali e, su richiesta di queste, di consultazione che ricalca l'analoga vicenda prevista dalla L. 223/91. All'esito della procedura, l'amministrazione colloca in disponibilità "il personale che non sia possibile impiegare diversamente nell'ambito della medesima amministrazione e che non possa essere ricollocato presso altre amministrazioni ovvero che non abbia preso servizio presso la diversa amministrazione che ... ne avrebbe consentito la ricollocazione" (comma 7).

Il collocamento in disponibilità produce la conseguenza della sospensione di tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro ed il lavoratore ha diritto a un'indennità pari all'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale (con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato) per la durata massima di 24 mesi. Durante questo tempo il personale interessato è iscritto in appositi elenchi formati e gestiti dal Dipartimento della funzione pubblica (per le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici nazionali) o dalle strutture regionali e provinciali di governo del mercato del lavoro di cui al D.lgs. n. 23 dicembre 1997, n. 469 (per le altre amministrazioni). Tali enti debbono promuovere iniziative di riqualificazione professionale e tentare la ricollocazione dei lavoratori presso le amministrazioni.

Decorsi inutilmente i 24 mesi "il rapporto si intende definitivamente risolto a tale data". La dottrina ha evidenziato che si tratta di una risoluzione automatica del rapporto e non già di un licenziamento, non essendo necessario alcun atto di recesso; neppure è dovuto il preavviso¹.

Così delineato sommariamente il procedimento e le conseguenze sui rapporti di lavoro dell'accertata eccedenza di personale, interessa qui evidenziare come il collocamento in disponibilità sia previsto dall'art. 35 non solo quale esito della procedura di

informazione e consultazione sindacale che deve essere seguita in ipotesi di eccedenze non inferiori alle 10 unità nell'arco dell'anno, ma anche in caso di eccedenze inferiori alle 10 unità (comma 2, ultima parte). Vale a dire che viene meno, nella disciplina dell'impiego pubblico privatizzato, quella che, nel settore privatistico, è la vera differenza tra licenziamento collettivo e licenziamento per giustificato motivo oggettivo ex art. 3 L. n. 604/66, ormai non più individuabile nella diversità delle ragioni che sono alla base dei due tipi di iniziative datoriali, ma nella dimensione – collettiva o individuale – del recesso dell'imprenditore. Nella disciplina del rapporto di pubblico impiego, invece, in ogni caso in cui si presenti la necessità di ridurre l'organico (anche di una sola unità) per ragioni connesse alla sfera di interessi dell'amministrazione datrice di lavoro, questa deve necessariamente procedere al collocamento in disponibilità (l'unica conseguenza della dimensione collettiva del provvedimento essendo costituita dal previo esperimento della procedura di confronto con il sindacato) e all'esito dell'inutile decorso del periodo di 24 mesi il rapporto si risolverà *ope legis*, senza necessità di alcun altro atto da parte dell'amministrazione.

Se ne deve dedurre, come definitiva conclusione, che nella normativa del rapporto di impiego pubblico non esiste la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistente in ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro: anche nel caso di soppressione di un solo posto di lavoro, l'amministrazione non può recedere dal rapporto, ma deve necessariamente procedere al collocamento in disponibilità del dipendente²; poi, se non sarà stato possibile reperire una nuova collocazione all'interessato nell'arco del successivo biennio, il rapporto non si risolverà a seguito di un recesso della parte pubblica (cioè di un atto unilaterale di questa), bensì automaticamente in forza della richiamata disposizione dell'ultima parte dell'art. 35-bis, comma 4.

Residuano solamente le ipotesi di recesso datoriale per circostanze riferibili alla persona del lavoratore, ma comunemente ricondotte nell'ambito della figura del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (sopravvenuta inidoneità fisica, perdita dei requisiti amministrativi necessari per lo svolgimento delle mansioni, detenzione).

Le considerazioni che precedono non paiono avere una mera rilevanza descrittiva perché la qualificazione delle tappe che scandiscono la vicenda delle eccedenze di personale in termini estranei al licenziamento comporta l'applicazione di un regime diverso da quello proprio del recesso datoriale. Così, sembra evidente l'interesse del lavoratore a impugnare l'atto con il quale egli venga collocato in disponibilità; peraltro, proprio perché non si tratta di un licenziamento, l'impugnazione sfugge al termine decadenza ex art. 6 legge n. 604/66. Né può pervenirsi a diversa conclusione facendo leva sul richiamo alla L. 223/91 – la quale, all'art. 5, comma 3, impone al lavoratore licenziato all'esito della procedura di impugnare il recesso della controparte entro 60 giorni

¹ Mainardi, *Passaggio diretto, eccedenze di personale e mobilità collettiva nelle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 462; Valentini, *Commento agli articoli 20 e 21*, in Dell'Olio-Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, 175; Soloperto, *Commento agli articoli 35 e 35-bis*, in Corpaci-Rusciano-Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1267.

² Dottrina unanime: Chieco, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 331; Valentini, *op. cit.* 160; M.T. Carinci, *L'estensione dello statuto dei lavoratori*, in Carinci-D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, 1508.



– operato dal comma 1 dell'art. 35 perché nel nostro caso manca proprio il recesso datoriale (del resto è significativo che l'art. 35 richiami espressamente i commi 1 e 2 dell'art. 5 L. n. 223 e non anche il comma 3).

Per analoghe ragioni il termine decadenziale non si applica neppure all'impugnazione della risoluzione del rapporto che si verifica alla scadenza del biennio di disponibilità.

L'esclusione della natura di licenziamenti per quanto concerne simili atti comporta altresì, in caso di invalidità dei provvedimenti datoriali, l'inapplicabilità delle misure contemplate dall'art. 18 L. 300/70³, tutto dovendosi risolvere sulla base dei comuni principi in tema di responsabilità contrattuale.

Invece l'impossibilità di ricondurre la fattispecie all'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo non fa venir meno uno degli obblighi fondamentali che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi nel settore del lavoro privato, gravano sul datore di lavoro, vale a dire il c.d. obbligo di *repechage*. Invero, a norma del comma 7 dell'art. 35 (applicabile, come si è detto, anche in caso di eccedenze inferiori alle 10 unità) il collocamento in disponibilità è consentito a condizione che non sia possibile impiegare diversamente il dipendente nell'ambito della medesima amministrazione e che lo stesso non possa essere ricollocato presso altre amministrazioni. Il riferimento addirittura a tutte le altre amministrazioni fa sì che l'obbligo dell'amministrazione sia particolarmente gravoso, presupponendo che essa si attivi anche presso le altre amministrazioni, e probabilmente sproporzionato rispetto agli interessi in gioco quando le eccedenze siano numericamente esigue (circostanza che certamente non incentiverà le pubbliche amministrazioni a ricorrere agli strumenti di gestione delle eccedenze in simili casi, nei quali non vi è neppure la "garanzia" costituita dal coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e delle strutture pubbliche di governo di simili fattispecie).

Sempre in tema di tutela esperibile dal lavoratore coinvolto in simili vicende, si deve segnalare che, nei casi in cui a monte del collocamento in disponibilità sia ravvisabile un provvedimento amministrativo (ad esempio una riduzione di organico: v. art. 2, comma 1, D.lgs. n. 29), il dipendente potrà far valere anche i vizi di quel provvedimento e chiederne la disapplicazione (art. 68, comma 1).

3. Il licenziamento disciplinare

Passando all'esame dei motivi del licenziamento riconducibili a comportamenti colpevoli del lavoratore, si ricorda che, in base a un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, il datore di lavoro che intenda procedere a un licenziamento motivato da inadempimenti del lavoratore (che integrino gli estremi della giusta causa ex art. 2119 c.c. o quelli del giustificato motivo soggettivo ex art. 3 L. n. 604/66), deve rispettare le disposizioni di cui ai primi tre commi dell'art. 7 L. 300/70 e cioè che è disciplinare non solo il licenziamento definito come tale dalla contrattazione collettiva, ma comunque

quello diretto a sanzionare mancanze del lavoratore.

Non sembra contestabile che la nozione "ontologica" del licenziamento disciplinare possa essere utilizzata anche nel settore pubblico; si deve subito precisare, tuttavia, che, a norma dell'art. 59, comma 2, D.lgs. n. 29/93, i commi dell'art. 7 L. n. 300/70 che si debbono necessariamente applicare sono, oltre al primo, il quinto e l'ottavo; ciò, tuttavia, non significa che il pubblico dipendente sia privato della garanzia della difesa perché la disciplina contenuta nei restanti commi dell'art. 7 è adeguatamente sostituita da quella dettata dai commi 4 e successivi del citato art. 59.

Tutte quelle garanzie si applicano pertanto anche al licenziamento disciplinare del dipendente di una pubblica amministrazione. In questa prospettiva, pertanto, non si apprezzano sostanziali differenze tra il regime vigente nel settore privato e quello vigente nel settore pubblico. La norma che invece potrebbe modificare tale conclusione è rappresentata dal comma 3 dell'art. 59, secondo la quale "salvo quanto previsto dagli articoli 20, comma 1, e 58, comma 1, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente a opera dei codici di comportamento di cui all'art. 58-bis, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi".

Si osserva subito che una simile disposizione pone una vera e propria riserva a favore della contrattazione collettiva in materia di individuazione delle ipotesi che possono costituire fonte di responsabilità disciplinare. Invero il tenore della disposizione, che utilizza il modo indicativo ("la tipologia ecc. è *definita* dai contratti collettivi"), vale a dire il modo del dovere, non sembra lasciare margini a interpretazioni diverse⁴.

Ora, una simile riserva non pone seri problemi di compatibilità con la tradizionale disciplina normativa in materia di sanzioni conservative. In effetti, già il primo comma dell'art. 7 L. 300/70 dispone che le norme disciplinari "devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi collettivi e contratti di lavoro ove esistano" e comunque si è sempre ritenuto che il potere disciplinare del datore di lavoro – considerato solo genericamente dall'art. 2106 c.c. – esige, per il suo concreto esercizio, la predisposizione di una normativa secondaria: se non si richiede un'analitica predeterminazione delle infrazioni, è comunque necessaria la predisposizione di un codice disciplinare, redatto in una forma tale da rendere chiare le ipotesi di infrazione sia pure mediante una descrizione schematica e non dettagliata delle azioni del singolo e che indichi, in corrispondenza, le previsioni sanzionatorie anche se in maniera ampia e suscettibile di adatta-

⁴ Una simile conseguenza del comma 3, modificato nel senso sopra riportato dal D.lgs. n. 80/98, è stata subito segnalata dalla dottrina: v. Levi, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in Perone-Sassani (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999, 167, secondo il quale "sembra si possa affermare che la materia disciplinare non sia più rimessa soltanto facoltativamente alla fonte negoziale, ma debba essere da questa obbligatoriamente regolamentata"; Esposito, *Commento agli articoli 59 e 59-bis*, in Corpaci-Rusciano-Zoppoli (a cura di), *op. cit.*, 1417, secondo il quale la norma "individua inequivocabilmente una competenza, necessaria ed esclusiva, della contrattazione collettiva"; Piccinini, *Commento agli articoli 27 e 28*, in Dell'Olio-Sassani (a cura di), *op. cit.*, 281, che parla di "chiara attribuzione di competenza alla fonte negoziale"; Miscione, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in Carinci-D'Antona (diretto da), *op. cit.*, 1677, secondo il quale "i contratti collettivi costituiscono la fonte diretta ed esclusiva del potere disciplinare, senza i quali il potere disciplinare non è esercitabile in assoluto".

³ In senso conforme: M.T. Carinci, *op. cit.*, 1511



mento secondo le effettive e concrete inadempienze. In definitiva la differenza tra il regime privato e quello pubblico consiste solamente nel fatto che, nel secondo, il datore di lavoro non può mai procedere alla predisposizione unilaterale del codice disciplinare.

Al contrario, in materia di sanzioni espulsive, è ormai consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il divieto di porre in essere comportamenti che integrano gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo di licenziamento non risiede nelle fonti collettive o nelle determinazioni del datore di lavoro, bensì direttamente nell'ordinamento giuridico (artt. 1 e 3 L. 604/66, 2118 e 2119 c.c.). Con la conseguenza che è sicuramente legittimo un licenziamento intimato per comportamenti non contemplati nel codice disciplinare, tutte le volte in cui esso sia di per sé qualificabile come giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

Ciò che occorre verificare è la tenuta di un simile principio di fronte a una norma quale quella contenuta nel terzo comma dell'art. 59. In effetti, se la "tipologia delle infrazioni" può essere definita solamente dai contratti collettivi e se, stante la natura disciplinare del licenziamento per inadempimenti del lavoratore, una simile prescrizione è certamente applicabile anche alle infrazioni che danno luogo alla più grave delle sanzioni, potrebbe sostenersi che il licenziamento possa essere irrogato solamente per le infrazioni specificamente contemplate nel codice disciplinare definito dalla contrattazione collettiva.

In dottrina si è sostenuto che le previsioni dell'art. 2119 c.c. e dell'art. 3 L. 604/66 manterrebbero comunque una loro operatività che sarebbe indispensabile in tutti i casi in cui manchi il contratto e che, relativamente alla giusta causa, conserverebbe una propria valenza ove si riconoscesse che il licenziamento disciplinare regolato dai contratti non può coprire interamente l'area della giusta causa cui si riferisce l'art. 2119; in particolare, l'art. 2119 legittimerebbe comunque il licenziamento anche quando questo derivi non già dall'inosservanza dei doveri del lavoratore imposti dal codice disciplinare, ma dalla violazione di alcuni doveri fondamentali che scaturiscono da norme primarie dell'ordinamento, in particolare quelle penali, le quali non necessiterebbero di essere ricomprese nel codice disciplinare⁵.

Altra dottrina ha esplicitamente sostenuto che quando è la stessa legge a valutare direttamente alcuni comportamenti come infrazioni, non vi sarebbe necessità di espresa previsione anche nel codice disciplinare e pertanto, poiché nelle norme che disciplinano i licenziamenti sono previste, sia pure in modo elastico, tanto le infrazioni (causa che non permette la prosecuzione anche provvisoria del rapporto o notevole inadempimento) quanto le sanzioni (licenziamento senza o con preavviso), resterebbe il primato della legge e, quindi, in questa materia, i contratti collettivi non sarebbero né autonomi né autosufficienti⁶. È proprio questo il nodo interpretativo da sciogliere: occorre cioè affermare che, nonostante la presenza di una norma specifica come quella rappresentata dall'art. 59, comma 3, anche nel settore del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni

ni pubbliche, gli artt. 2119 c.c. e 3 L. 604/66 mantengono la loro piena operatività quali dirette fonti del potere datoriale di procedere al licenziamento per motivi disciplinari.

La tesi è sicuramente sostenibile, ma può essere interessante segnalare come i contratti collettivi abbiano contemplato nel codice disciplinare infrazioni giustificative di recesso datoriale formulate in termini sostanzialmente riproduttivi delle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo (si veda C.C.N.L. comparto Ministeri, art. 25, dove il licenziamento con preavviso è previsto per "qualsiasi fatto grave che dimostri piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio", mentre quello senza preavviso è stabilito per la "commissione, in genere, di fatti o atti dolosi ... di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto"; analogamente – sia pure con diversità anche non secondarie di formulazioni – l'art. 25 C.C.N.L. Regioni-Autonomie locali", l'art. 28 C.C.N.L. Enti pubblici non economici, l'art. 30 C.C.N.L. Sanità, l'art. 33 comparto Università). Anche se a simili previsioni pattizie non si possono riconoscere effetti decisivi sull'adozione di una piuttosto che di altra opzione interpretativa in materia, è comunque da registrare il fatto che la contrattazione collettiva abbia avvertito la necessità di includere, nell'elenco delle infrazioni suscettibili di legittimare la sanzione espulsiva, anche i comportamenti già enunciati nelle citate norme di rango legislativo.

4. Il licenziamento *ad nutum*

4. Passando all'esame delle ipotesi più significative di recesso *ad nutum* e iniziando da quella del lavoratore in prova, nessun ostacolo si frappone all'applicazione della disciplina che regola la fattispecie nel settore privatistico. In effetti, attraverso il rinvio operato dall'art. 2, comma 2, D.lgs. n. 29/93, deve ritenersi applicabile anche al rapporto di pubblico impiego l'art. 10 L. n. 604/66 secondo il quale la normativa in tema di limiti al potere di recesso della parte datoriale opera, rispetto ai lavoratori assunti in prova, solamente dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva o comunque quando sono decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro. Al riguardo è solo il caso di segnalare come la contrattazione collettiva abbia introdotto un generale obbligo per la pubblica amministrazione recedente di motivare il licenziamento⁷.

Con altrettanta sicurezza si dovrebbe invece escludere la rilevanza per i dipendenti dello Stato del comma 2 dell'art. 4 L. 108/90 che dispone la libera licenziabilità del lavoratore ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici che non abbia optato per la prosecuzione del rapporto ai sensi dell'art. 6 D.L. 22 dicembre 1981, n. 791 o dell'art. 6 L. 29 dicembre 1990, n. 407 (combinato con l'art. 1, comma 2, D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503). In effetti mantiene piena vigenza l'ordinamento tradizionale del trattamento di quiescenza del personale statale il quale contiene la norma secondo cui gli impiegati sono collocati a riposo al compimento del 65° anno di età (art. 4 d.p.r. 29

⁵ Mainardi, *Sanzioni disciplinari*, in Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 1995, 507.

⁶ Miscione, *op. ult. cit.*, 1680 s.

⁷ In generale sulla disciplina di fonte pattizia si veda Nogler, *Periodo di prova – Tempo determinato – Tempo parziale*, in Carinci (diretto da), *op. ult. cit.*, 267.



dicembre 1973, n. 1092); tale disposizione non è stata abrogata espressamente, né sono ravvisabili motivi per i quali la sua vigenza debba ritenersi implicitamente venuta meno a seguito della privatizzazione. Essa appare incompatibile con la richiamata normativa del settore privato la quale si fonda sulla constatata titolarità, da parte dei lavoratori ultrasessantenni (anche se ormai, per i lavoratori di sesso maschile, si deve far riferimento al compimento del 65° anno di età, considerato l'innalzamento dell'età pensionabile disposto dall'art. 1 D.lgs. n. 503/92 in relazione alla allegata tabella A così come sostituita dalla tabella B allegata alla L. 23 dicembre 1994, n. 724), di una fonte di reddito (la pensione) sostitutiva della retribuzione, onde può giustificarsi, nei loro confronti, l'operatività del principio della libera recedibilità. E allora, stante l'indissolubile nesso tra quella disciplina e il sistema pensionistico di cui godono i lavoratori cui essa si riferisce, sembra inevitabile concludere che l'estraneità dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni a quel sistema escluda in radice la possibilità di ritenere a essi applicabile l'art. 4, comma 2, L. 108/90 e le altre disposizioni prima richiamate. Ne consegue che la parte datoriale non può risolvere *ad nutum* il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici sino a quando questi non compiano l'età (65 anni) in cui sono obbligatoriamente collocati in quiescenza.

Quanto alle previsioni dei contratti collettivi che hanno inserito tra le cause di cessazione del rapporto di lavoro il "compimento del limite di età previsto dalle norme applicabili nell'amministrazione", si deve segnalare che nessun dubbio sulla loro legittimità è ipotizzabile perché esse non introducono un'ipotesi di estinzione del rapporto di lavoro diversa da quella contemplata dalla legge la quale, come si è visto, nel settore dell'impiego pubblico, contrariamente a quanto avviene nel settore privato, contempla espressamente l'estinzione del rapporto a seguito del compimento dell'età pensionabile.

Un discorso maggiormente articolato merita l'ipotesi del licenziamento dei dirigenti che, secondo la disciplina privatistica, è anch'esso attratto nella sfera della libera recedibilità (art. 10 L. 604/66).

Ricordato che il D.lgs. n. 29 distingue tra incarichi di livello dirigenziale e rapporto di lavoro del dirigente e precisato che oggetto della presente relazione non sono le vicende degli incarichi, bensì quelle del rapporto di lavoro, occorre qui necessariamente fare i conti con le disposizioni dettate dal D.lgs. n. 29 in tema di responsabilità dirigenziale.

In particolare l'art. 21 riconnette conseguenze diverse a seconda della gravità della responsabilità del dirigente: a) in caso di valutazione negativa dei risultati della gestione o di mancato raggiungimento degli obiettivi è stabilita la revoca dall'incarico e la destinazione a incarico diverso (comma 1); b) in caso di grave inosservanza delle direttive impartite o di ripetuta valutazione negativa è prevista la possibilità di esclusione dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato per un periodo non inferiore a due anni (comma 2, prima parte); c) infine, nei casi di maggiore gravità, l'amministrazione può recedere dal rapporto "secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi" (comma 2, seconda parte). Il successivo comma 3 impone, poi, che i provvedimenti più gravi (quelli contemplati dal comma 2) possano essere adottati solamente "previo conforme parere di un comitato di garanti" composto da un magistrato della Corte dei conti, da un dirigente di prima fascia e da un

esperto nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Ora, il fatto che la facoltà di recesso sia prevista esclusivamente per i casi di maggiore gravità e non anche per quelli indicati sub lettere a) e b) – per i quali sono possibili solamente misure che incidano sull'affidamento degli incarichi, e quindi conservative del rapporto di lavoro – e la circostanza che la decisione datoriale di risolvere il rapporto è comunque condizionata dal conforme parere di un organismo a essa estraneo, non può che far fondatamente dubitare dell'esistenza, in capo all'amministrazione datrice di lavoro, di una generale facoltà di recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro con i propri dirigenti.

Invero, pur volendo tralasciare di considerare l'ipotesi di più lieve responsabilità (connessa esclusivamente a una valutazione negativa dei risultati che potrebbe anche non presupporre una vera e propria colpa del dirigente), è sicuro che la "sanzione" della esclusione dal conferimento di altri incarichi per un minimo di due anni è collegata a comportamenti che o attestano con sufficiente sicurezza una oggettiva inidoneità del dirigente ad assumere incarichi di pari livello (l'ipotesi della ripetuta valutazione negativa dei risultati ottenuti) ovvero sono senz'altro da qualificare come inadempimenti agli obblighi contrattuali (e questo è il caso della "grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente"). In sostanza il D.lgs. n. 29 non prevede che l'amministrazione possa procedere al licenziamento del dirigente neppure quando costui fallisca ripetutamente il raggiungimento degli obiettivi assegnatigli o, addirittura, violi "gravemente" le direttive impartitegli e inoltre condiziona l'esercizio della facoltà di recesso al parere di un soggetto terzo. In un simile contesto non si vede come possa postularsi l'esistenza in capo alla pubblica amministrazione di un generale potere di recedere *ad nutum* da tali rapporti di lavoro: se la parte datrice di lavoro non può licenziare quando il dirigente si è mostrato ripetutamente incapace, né quando ha violato direttive legittimamente impartitegli, a maggior ragione non potrà licenziarlo senza giustificazione alcuna. Diversamente opinando si avrebbe la bizzarra conclusione secondo la quale il dirigente che abbia bene operato potrebbe essere legittimamente licenziato mentre quello incorso in ripetute valutazioni negative o in inosservanze delle direttive rischierebbe solamente l'esclusione da nuovi conferimenti di incarichi per un periodo di tempo limitato e potrebbe essere licenziato solo nei casi di maggiore gravità.

La conclusione è, pertanto, che la disciplina di rango legislativo non ammette la recedibilità *ad nutum* dal rapporto di lavoro con i dirigenti pubblici⁸.

In giurisprudenza si registrano sentenze, peraltro pronunciate con riferimento all'originaria versione del D.lgs. n. 29, che hanno negato l'esistenza, in capo alla pubblica amministrazione, del potere di recedere liberamente dal rapporto con il dirigente. Così, già Corte Cost. 25 luglio 1996, n. 313⁹, pronunciando sulla legittimità dell'origina-

⁸ In tal senso, a quanto sembra, anche Zoppoli, *Commento all'art. 21*, in Corpaci-Rusciano-Zoppoli (a cura di), *op. cit.*, 1182 s., il quale aggiunge – in nota 38 – che tale conclusione vale anche per i dirigenti addetti a incarichi non di direzione perché sarebbe illogico applicare il recesso *ad nutum* a coloro che abbiano una posizione secondaria nell'organizzazione e non a chi invece svolge un ruolo di primo piano.

⁹ In *Foro it.*, 1997, 34.





ria versione della privatizzazione del rapporto dei dirigenti aveva escluso, peraltro in maniera tanto perentoria quanto apodittica, che “l’applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso ma semplicemente che la valutazione dell’idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e procedure di carattere oggettivo – assistite da un’ampia pubblicità e dalla garanzia del contraddittorio, a conclusione delle quali soltanto può essere esercitato il recesso”. Il TAR Veneto, 18/3/99, n. 380¹⁰, ha statuito, a sua volta, che “se sussistesse un tale tipo di recesso libero ed insindacabile, esso rappresenterebbe la virtuale negazione del principio di separazione delle funzioni tra dirigenti e organi politici e dell’autonomia gestionale garantita ai primi, atteso che con tale strumento, implicante la piena disponibilità della stabilità del rapporto, il dirigente pubblico risulterebbe asservito di fatto al potere politico”.

In questa prospettiva il rinvio alle disposizioni del codice civile, contenuto nella seconda parte del comma 2 dell’art. 21 (“l’amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile ecc.”), deve essere inteso non già nel senso che l’amministrazione possa esercitare la facoltà di recedere liberamente ex art. 2118, bensì che – nei casi di responsabilità dirigenziale di “maggiore gravità” – la pubblica amministrazione può procedere al licenziamento senza preavviso (art. 2119) ovvero con preavviso (art. 2118) a seconda che la condotta del dirigente sia o meno talmente grave da impedire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto.

Dalle argomentazioni finora svolte discende, quale ulteriore conseguenza, che – nonostante, come si è segnalato all’inizio, il comma 2 dell’art. 21 D.lgs. n. 29 faccia rinvio, per la disciplina della facoltà di recesso dell’amministrazione, anche alle disposizioni dei contratti collettivi – sarebbero invalide pattuizioni collettive che contemplassero la possibilità per l’amministrazione di recedere *ad nutum* proprio perché una simile possibilità è – implicitamente quanto chiaramente – negata alla parte datoriale dallo stesso art. 21.

5. Le conseguenze del licenziamento illegittimo

Si è segnalato (*supra*, n. 1) come, in forza dell’art. 55 D.lgs. n. 29, l’art. 18 L. n. 300/70 si applichi alle amministrazioni pubbliche a prescindere dal numero dei dipendenti. Quindi, in tutti i casi di inefficacia, nullità o annullabilità del licenziamento, le conseguenze saranno quelle contemplate dalla norma statutaria, senza possibilità di applicazione dell’art. 8 L. n. 604/66.

La pubblica amministrazione, così, ben potrà essere condannata alla reintegrazione nel posto di lavoro. Trattasi di un obbligo di fare, ma dalla riconduzione della gestione del rapporto di lavoro in una sfera completamente privatistica (art. 4, comma 2, D.lgs. n. 29) consegue che la sua attuazione non implica l’emanazione di provvedimenti ammi-

¹⁰ In *Foro amm.*, 2000, I, 547.

nistrativi e dunque non è neppure ipotizzabile una deroga all’art. 4, All. E, L. n. 2248 del 1865.

Essendo possibile la condanna alla reintegrazione, sarà conseguentemente possibile per il lavoratore che l’abbia ottenuta esercitare l’opzione per il pagamento delle 15 mensilità prevista dal quinto comma dell’art. 18.

Nessun problema particolare pone, poi, la condanna al risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento a quello dell’effettiva reintegrazione.

Questione diversa è quella dell’esecuzione della sentenza di reintegrazione che si colloca nel più ampio problema dell’esecuzione delle sentenze pronunciate dal giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro contro la pubblica amministrazione. Invero la dottrina appare divisa tra chi ritiene esperibile il giudizio di ottemperanza¹¹ e chi invece sostiene che la devoluzione delle controversie al giudice ordinario è incompatibile con un ritorno al giudice amministrativo in sede di ottemperanza, dove si tratta di interpretare e integrare il comando da attuare con frequente apertura di un nuovo giudizio sugli atti compiuti dal commissario *ad acta*¹². Nell’ambito di questa seconda posizione si tende, poi, a negare che possa darsi corso all’esecuzione forzata ex art. 612 c.p.c. della condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro¹³ perché, trattandosi appunto di atti privatistici – anche se posti in essere da una pubblica amministrazione – deve riconoscersene l’infungibilità e l’incoercibilità al pari di quanto avviene per il datore di lavoro privato.

¹¹ V. Iaria, *L’ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 1999, 303; Barchi, *La giurisdizione*, in Galantino (a cura di), *op. cit.*, 331; sia pure dubitativamente, Dell’Olio, *La tutela dei diritti del dipendente pubblico dinanzi al giudice ordinario*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, n. 1, 136.

¹² Vallebona, *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, n. 2, 221; Trisorio Liuzzi, *Controversie relative ai rapporti di lavoro pubblico*, in Carinci-D’Antona (diretto da), *op. cit.*, 1841; Sassani, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso del pubblico impiego*, in Perone-Sassani (a cura di), *op. cit.*, 13; Corpaci, *La tutela giurisdizionale dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 627, secondo il quale il giudizio di ottemperanza sarebbe esperibile solamente nei casi in cui l’esecuzione della sentenza del giudice ordinario incagli in un problema di atti amministrativi che ne siano di ostacolo mentre, fuori da una simile ipotesi, si potrebbe ricorrere solamente ai normali meccanismi processuali.

¹³ Trisorio Liuzzi *op. cit.*, 1842; Vallebona, *op. cit.*, 222; Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull’arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 721.





Le posizioni organizzative: un caso di middle management nel lavoro pubblico

Luca Soda*



31

Introdotte con la prima tornata contrattuale seguita alla privatizzazione del lavoro pubblico¹ le posizioni organizzative – le parti contraenti non hanno eccelso nella definizione terminologica dell’istituto – si concretano nel conferimento di incarichi, al personale inquadrato nelle aree, relativi allo svolgimento di compiti che comportano elevate capacità professionali e culturali corrispondenti alla direzione di unità organizzative complesse, all’espletamento di attività professionali, e all’attribuzione della relativa posizione funzionale. I contratti collettivi prevedono che, considerato il notevole tasso di professionalità richiesto per lo svolgimento di tali compiti, possano essere preposti a tali posizioni soltanto i dipendenti appartenenti all’area apicale dei comparti, ovvero l’area C per i comparti ministeri, enti pubblici, aziende, l’area D per il comparto regioni-enti locali. I contratti collettivi di comparto dettano discipline omogenee per le posizioni organizzative, fatta eccezione per il comparto enti locali. In questi comparti l’istituto ha un’articolazione più complessa e, per certi versi più evoluta come si cercherà di spiegare in seguito. Alle posizioni organizzative si è cercato infatti di conferire un ruolo di maggiore protagonismo nel sistema organizzativo-funzionale del settore, sottolineato dalla maggiore remuneratività dell’incarico che in questo comparto è cinque volte più elevata rispetto a quella degli altri.

Nell’identificazione delle invarianti dell’istituto, cioè le disposizioni comuni a tutti i comparti, emerge che l’incarico che forma oggetto di posizione organizzativa è possibile: *a)* esclusivamente per situazioni tipizzate, descritte direttamente dal contratto; *b)* con incarichi a termine; *c)* caratterizzate da specifica retribuzione variabile; *d)* sottoposte alla logica del risultato; *e)* soggette a valutazione; *f)* revocabili.

L’istituto si iscrive nel processo di “superamento”² del modello classico del pubblico impiego e, più in generale, nel processo di trasformazione del modello organizzativo della pubblica amministrazione. Attuato dopo decenni di mansionismo, di blocco dei percorsi fisiologici di sviluppo di carriera, di mortificazione economica delle profes-

* Funzionario presso il Dipartimento della Funzione Pubblica

¹ M. D’Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 1, 1998

² M. D’Antona, *Il rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni 1998-2001: verso l’Europa, a più velocità?*, in *Il lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, n. 3-4, maggio agosto 1998, pag. 779.



sionalità necessarie ai processi di innovazione, questo processo è stato caratterizzato dall'abbandono della classificazione del personale per livelli, istituito con la legge 11 luglio 1980 n. 312, e dal reinquadramento dello stesso in aree comprendenti al loro interno più profili professionali raggruppati su uno o più livelli economici all'interno dei quali è prevista la flessibilità d'impiego in mansioni diverse considerate equivalenti³. È proprio la *ratio* della flessibilità d'impiego che sottende all'istituzione delle posizioni organizzative, in qualche modo dettate dalla necessità di rispondere in modo adeguato alla differenziazione di attività che, pur non rientrando tra le funzioni dirigenziali, appaiono come strategiche o di rilevante importanza sul piano organizzativo-funzionale. L'istituto nasce insomma dalla consapevolezza che per alcune funzioni, come ad esempio le funzioni più innovative o in sintonia con il processo di trasformazione delle amministrazioni pubbliche, sempre più *knowledge based*, in cui, cioè, il requisito della risorsa conoscenza comincia ad avere un ruolo strategico, fosse necessario introdurre elementi di flessibilizzazione delle attività e di orientare al risultato le relative prestazioni.

L'istituzione delle posizioni organizzative deriva direttamente dall'articolo 45, comma 3, del decreto legislativo 29/93 modificato dai decreti legislativi n. 396/1997, n. 80/1998, n. 387/1998, che dispone che "per le figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità, svolgono compiti di direzione o che comportano iscrizione ad albi oppure tecnico scientifici e di ricerca, sono stabilite discipline distinte nell'ambito dei contratti collettivi di comparto". Tale norma, oltre a riconoscere la necessità di disciplinare in modo separato dall'ordinamento del personale delle aree i "professionisti dipendenti", ovvero le categorie di dipendenti pubblici che svolgono funzioni che richiedono iscrizione ad albi professionali e quelle professionalità, necessarie all'amministrazione, di rilevante contenuto professionale per lo svolgimento di funzioni specifiche (avvocati per gli uffici contenzioso, ingegneri, architetti, geometri per gli uffici tecnici ecc.), si riferisce anche alla necessità di distinguere dal sistema della classificazione del personale per aree quei funzionari che svolgono compiti di rilevante responsabilità ai quali siano imputabili una serie di attività, sia pure non autonome, ma di rilevante contenuto professionale.

Possiamo immaginare che la tipizzazione delle attività alle quali è imputabile il conferimento dell'incarico oggetto di posizione organizzativa risponda alla *ratio* di limitare un possibile uso distorto dell'istituto da parte della dirigenza, cioè di evitare il conferimento di incarichi generici, utilizzando la relativa retribuzione per motivi esclusivamente premiali e non connessi allo svolgimento effettivo di funzioni di particolare rilevanza.

I contratti prevedono il conferimento di incarichi di posizioni organizzative per:

- 1) direzione di unità organizzative, per esempio di un settore di ufficio con elevata autonomia organizzativo-funzionale nell'ambito del sistema di organizzazione;
- 2) attività con contenuti di alta professionalità correlate al possesso di titoli di studio universitari (nel comparto enti locali c'è, in aggiunta, un esplicito richiamo anche ad attività connesse all'iscrizione ad albi professionali);

³ Cfr. A. Zucaro, *L'attuazione della riforma del pubblico impiego*, Quaderni del Giornale di diritto amministrativo n. 2 -2000



- 3) attività di staff, studio, ricerca, ispettive, di vigilanza, di controllo.

Il conferimento di incarico di posizione organizzativa presuppone tuttavia, così dispongono i contratti collettivi dei singoli comparti, che le amministrazioni abbiano realizzato innovazioni strutturali dell'organizzazione, ovvero che abbiano: a) attuato i principi di razionalizzazione previsti dal D.lgs. n. 29/93, in particolare la separazione tra potere di indirizzo politico e attività di gestione (artt. 3, 14), assunto le determinazioni organizzative al fine di assicurare l'attuazione dei principi di funzionalità, efficienza, efficacia, economicità, flessibilità, interconnessione, imparzialità e trasparenza (artt. 4, 2), assicurato la parità di trattamento nella gestione delle risorse umane (art.7), attivato il controllo della spesa (art. 9); b) ridefinito le strutture organizzative e le dotazioni organiche; c) istituito e attivato i servizi di controllo interno.

La necessità di prevedere tali condizioni di attribuzione risponde all'esigenza di favorire la funzionalità effettiva dell'istituto e l'operabilità dello stesso, all'interno di un sistema organizzativo innovato radicalmente e posto in conformità con i principi generali di riorganizzazione e razionalizzazione delle attività e delle strutture delle amministrazioni.

Sul fatto che l'incarico che forma oggetto di posizione organizzativa sia funzionale alle strategie gestionali del *management* e, dunque, sottratto a qualsiasi forma di contrattazione non pare possano esserci dubbi: la definizione dei criteri di conferimento e sistemi di valutazione sono soltanto oggetto di consultazione sindacale, anche se si registra, in sede di contrattazione integrativa, la tendenza a rinegoziare tali aspetti a causa delle spinte pancontrattualiste del sindacato, con l'effetto di una riduzione dell'area del potere manageriale-gestionale della dirigenza⁴.

L'atto di conferimento, infatti, può essere classificato come una delle determinazioni per l'organizzazione degli uffici e delle misure inerenti la gestione del personale assunte dal dirigente "con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro" (art. 4, comma 2, del D.lgs. n. 29/93) ed è riferita alla capacità organizzativa conferita ai dirigenti nell'allocazione delle risorse e nella gestione dei rapporti di lavoro e al potere del dirigente di scegliere la strategia manageriale più idonea al raggiungimento degli obiettivi a esso assegnati. Di tale scelta, pertanto, il dirigente assume in pieno la responsabilità e ne risponde in sede di valutazione dei risultati. Le caratteristiche essenziali dell'atto di conferimento sono determinate dai contratti collettivi; esso è assunto con atto scritto e motivato tenuto conto dei requisiti culturali, delle attitudini e delle capacità professionali – da qui la ricordata vocazione dell'istituto a essere tendenzialmente applicabile ai *knowledge worker* – dei dipendenti in relazione alle caratteristiche dei programmi da realizzare. All'interno dei criteri e delle procedure per il conferimento degli incarichi, preventivamente determinati, la norma implicitamente prevede una sorta di giudizio di idoneità preventiva, rimesso alla esclusiva discrezionalità del dirigente, sulle capacità a svolgere l'incarico che forma oggetto di posizione organizzativa del dipendente da scegliere tra le risorse umane a sua disposizione.

⁴ V. Talamo, *Spazi aperti e profili di criticità dei nuovi assetti della contrattazione integrativa. Il problema delle posizioni organizzative*, appunti in corso di pubblicazione in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*



L'atto di conferimento deve sicuramente contenere: a) l'attribuzione di funzioni, b) il risultato da realizzare; c) la retribuzione prevista; d) i termini di esecuzione. Tuttavia è opportuno, anche in ragione della natura *performance oriented* dell'incarico, che in esso venga precisato anche: e) il conferimento di eventuali risorse; f) la definizione di un programma e le sue modalità di esecuzione, ciò al fine di rendere maggiormente verificabile l'attività *in itinere*.

È da sottolineare che, contrariamente a quanto previsto negli altri comparti, il contratto degli enti locali prevede sia la retribuzione di posizione sia quella di risultato, la quale può variare da un minimo del 10% a un massimo del 25% della retribuzione di posizione, a conferma della maggiore compiutezza dell'istituto in tale comparto (art. 10, comma 3, C.C.N.L. del comparto enti locali).

La posizione organizzativa cessa in via ordinaria per la scadenza del termine fissato nell'atto di conferimento ma può essere rinnovata. I contratti prevedono tuttavia casi di cessazione dell'incarico per vicende intervenute in corso di attività. Tali vicende sono:

- a) la revoca dell'incarico;
- b) intervenuti mutamenti organizzativi.

La revoca dell'incarico comporta la perdita della retribuzione e la restituzione del dipendente alle funzioni del profilo di appartenenza. Il contratto parla correttamente di *restituzione alle funzioni*, proprio a sottolineare che la posizione organizzativa non comporta un mutamento di profilo professionale che rimane invariato, ma determina soltanto un mutamento di funzioni, che cessano con l'incarico. L'atto di revoca, assunto dal dirigente con le stesse modalità dell'atto di conferimento, dunque con atto scritto e motivato, è adottato in caso di grave inadempienza in corso di attività con gli obblighi e le responsabilità derivanti dall'incarico. In tal senso possono comportare la revoca:

- a) l'inosservanza delle direttive contenute nell'atto di conferimento, intesa per esempio come scostamento dalle modalità esecutive previste nell'atto di conferimento o inapplicazione grave delle metodologie previste, tale da accertare la palese inadeguatezza dell'attività svolta al raggiungimento degli obiettivi
- b) l'accertamento di risultati negativi, compiuto negli *step* di valutazione – di regola annuale (art. 19, comma 5, C.C.N.L. comparto Ministeri, art. 9, comma 4, C.C.N.L. comparto regioni-enti locali) – accertati sulla base dei criteri e delle procedure predefinite.

La revoca per intervenuti mutamenti organizzativi si ha invece quando, a seguito di ristrutturazioni della struttura dell'ufficio intervenute in corso di attività, emerge un nuovo modello organizzativo con la ricollocazione di funzioni (accorpamenti, divisione di funzioni, spostamenti di competenza) che incidono sull'attività che forma oggetto di posizione organizzativa. In tal caso se la modifica organizzativo-istituzionale è tale da rendere inattuabile l'attività che forma oggetto di posizione organizzativa, questa può essere revocata, ferma restando la possibilità di rinegoziare l'incarico adattandolo, laddove ciò sia possibile, al nuovo contesto organizzativo.

È nel sistema di valutazione degli incarichi che emergono le più rilevanti differenze tra il comparto regioni-enti locali e gli altri comparti. Nel primo è previsto, infatti, un sistema di garanzie del dipendente incaricato di posizioni organizzative che ricor- da, con le dovute differenze, quello previsto per la valutazione dei dirigenti (art. 21 del



D.lgs n. 29 del 1993). Il contratto prevede che le amministrazioni, prima di procedere alla formalizzazione di una valutazione non positiva, acquisiscano in contraddittorio le valutazioni del dipendente interessato, anche assistito dalla organizzazione sindacale di appartenenza o da persona di sua fiducia (art. 9, comma 4, C.C.N.L. del comparto enti locali). Si tratta ovviamente di una norma più evoluta rispetto a quella degli altri comparti, sicuramente in considerazione del maggior peso che assumono gli incarichi di posizione organizzativa nel sistema di classificazione e organizzazione del personale degli enti locali.

Risulta evidente che l'istituzione delle posizioni organizzative appare un tentativo di introdurre, nel sistema di classificazione del personale pubblico non dirigenziale, maggiore flessibilità, ovvero un sistema di responsabilizzazione *performance oriented*. In linea di principio potrebbe anche rappresentare un modo per privilegiare le capacità e il merito, soprattutto di quei dipendenti di elevata capacità professionale; si pensi ai *knowledge worker*⁵, i quali sembrano i veri destinatari dell'istituto visto che le funzioni per le quali è possibile conferire le posizioni organizzative presuppongono un elevato grado di conoscenza (attività con contenuti di alta professionalità e specializzazione correlate al possesso di diplomi di laurea e/o di scuole universitarie, alla iscrizione ad albi professionali, attività di staff, studio e ricerca).

In tal senso l'istituto sembra guardare nella giusta direzione in quanto sembra in sintonia col processo di progressiva acquisizione della risorsa conoscenza come fattore strategico per il miglioramento e la qualità delle organizzazioni⁶ e per le innovazioni e le amministrazioni attiveranno nuove competenze basate sulle attività di studio, di ricerca, di informazione e comunicazione.

Inoltre esso consente di introdurre, nel sistema di organizzazione e gestione delle risorse umane, secondo i principi *dell'organizzazione guidata dalla missione*⁷, la cultura del lavoro per progetti e per obiettivi.

È anche un sistema offerto al dirigente per fidelizzare i suoi collaboratori agli obiettivi da raggiungere. Il nuovo sistema della responsabilità della dirigenza pubblica – simile a quella che gli inglesi chiamano *accountability*, e cioè rendere conto – per la quale si risponde dei risultati raggiunti nella gestione delle risorse relative all'incarico non è stata accompagnata dalla previsione di sistemi di incentivazione del personale delle aree. Allo stato, infatti, il management deve raggiungere i risultati avvalendosi di collaboratori che tuttavia sono del tutto indifferenti – relativamente alla carriera, alla retribuzione, allo status – rispetto al raggiungimento dello stesso. È ipotizzabile allora l'uso delle posizioni organizzative anche come strumento incentivante e fidelizzante

⁵ F. Butera, E. Donati, R. Cesaria, *I lavoratori della conoscenza, Quadri, middle management e alte professionalità tra professione e organizzazione*. Franco Angeli, Milano, 1997.

⁶ A tale conclusione il mondo dell'impresa è giunta già da tempo. Quinn (1992) condivide con Drucker e Toffler l'idea analoga per cui il potere economico e produttivo dell'impresa moderna risiederebbe nelle sue capacità intellettuali, cfr. a cura di U. Frigelli e K. Inumaru, *The knowledge creating company*, Guerini e associati, 1997, p. 32.

⁷ D. Osborne, T. Gaebler, *Dirigere e governare, Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Garzanti, 1995. Il testo dedica un capitolo ai vantaggi di un'amministrazione guidata dalla missione, cap. 4, pag. 157.

rispetto agli obiettivi strategici assegnati alla dirigenza.

Nell'istituto delle posizioni organizzative – se le funzioni a cui esse si riferiscono vengono interpretate come funzioni di stretto supporto alla dirigenza per funzioni strategiche rispetto al raggiungimento degli obiettivi a essa assegnati – possono, allora, ravvisarsi potenzialità ulteriori rispetto a quelle astrattamente previste con la loro istituzione, come per esempio la possibilità di trasformare l'incaricato di posizione organizzativa in una sorta di *middle manager* che nel sistema organizzativo-funzionale delle amministrazioni pubbliche potrebbe collocarsi in una posizione intermedia tra sistema delle aree e dirigenza. Una siffatta interpretazione consentirebbe di ridurre l'attrito tra un sistema flessibile e orientato ai risultati previsto per i dirigenti, con il sistema rigido e indifferente ai risultati previsto per il personale delle aree. La differente natura dei due sistemi, in mancanza di un'area di compensazione e raccordo, rischia infatti di “spezzare in due” l'amministrazione che dev'essere, invece, concepita come corpo unico al cui interno si articolano e si graduano funzioni differenti. Una parvenza di tale area di compensazione per metà rigida (dove l'unità di misura di tale rigidità può essere identificata nel lavoro per tempo) per metà flessibile (dove invece l'unità di misura di tale flessibilità può essere identificata nel lavoro per risultati) può essere riconosciuta nell'istituto delle posizioni organizzative, soprattutto nella versione prevista per il comparto enti locali, dove, per esempio, l'omnicomprensività della retribuzione, impedendo la remunerazione del lavoro straordinario, determina in concreto il superamento del lavoro “a tempo”, essendo ogni prestazione di lavoro fuori dall'orario ordinario assorbita nella retribuzione di posizione.

In realtà la questione se nell'istituto delle posizioni organizzative possa identificarsi un'anomala area quadri è stata più volte posta. Essa ha trovato notevole impulso a seguito delle recenti ordinanze dei tribunali di Treviso e di Campobasso che, chiamati a pronunciarsi con riferimento alle fattispecie dei contratti collettivi che disciplinano le posizioni organizzative e a decidere se tali norme siano sufficienti a costituire la categoria dei quadri nel lavoro pubblico, hanno rimesso all'ARAN ed alle OO.SS. firmatarie, ai sensi dell'art. 68 bis del D.lgs. n. 29/93 (accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi), la questione relativa alla configurabilità, nell'ambito del comparto enti locali e dei ministeri della categoria dei quadri. L'ordinanza in questione solleva dubbi circa la validità degli artt. n. 8 e 9 del C.C.N.L. del comparto enti locali e dell'articolo 13 del C.C.N.L. del comparto ministeri in quanto non ottemperanti alla L. n. 190 del 1985, che istituisce la categoria dei quadri nell'impresa privata, applicabile alle pubbliche amministrazioni in forza della privatizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione disposta dall'articolo 2, comma 2, del D.lgs. n. 29/93.

Sarà dunque il giudice ordinario a dire se nel lavoro pubblico dovrà essere o non essere riconosciuta l'area dei quadri⁸ e a dare impulso alla sua istituzione, che even-

⁸ Il ricorso al giudice ordinario per il riconoscimento della qualifica di quadro da parte dei funzionari appartenenti all'ex carriera direttiva sembra avere carattere generalizzato. Secondo l'Unionquadri sarebbero pendenti davanti alla magistratura del lavoro circa 1.500 cause aventi ad oggetto la medesima questione (cfr. *Italia Oggi* del 31 marzo 2001).

tualmente dovrà seguire la via maestra dello strumento contrattuale, ferma restando l'impraticabilità della via normativa alla soluzione del problema per contrasto con l'art. 2 del D.lgs. n. 29/93 e con i principi generali della riforma che hanno imputato la materia all'autonomia negoziale delle parti contrattuali⁹.

In ogni caso è difficile sostenere, dal punto di vista organizzativo-funzionale, che le posizioni organizzative possano rappresentare un modo per rispondere a questa eventuale mancanza. Esse, pur avendo alcune caratteristiche assimilabili alla vicedirigenza, restano dei *meri incarichi temporanei* e non corrispondono all'assunzione di una posizione consolidata all'interno del sistema organizzativo dell'amministrazione come si richiede per la categoria di quadro. Il conferimento di posizione organizzativa è transitorio, revocabile e non continuativo; non ha, inoltre, natura generalizzabile o, quanto meno, estensibile a una buona parte del personale appartenente alla carriera dei quadri direttivi, in quanto connessa a specifiche funzioni. La temporaneità dell'incarico e la non corrispondenza a una posizione consolidata all'interno del sistema organizzativo-funzionale dell'amministrazione, negano la stabilità dell'inquadramento che è invece presupposta per la categoria di quadro (“la categoria dei quadri è costituita dai prestatori di lavoro subordinato che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgono funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza”), art. 2, comma 1, L. n. 190/1985.

In ogni caso, a prescindere dall'istituzione o meno dell'area dei quadri, l'istituto delle posizioni organizzative merita di essere potenziato soprattutto in quei comparti (ministeri, aziende, enti pubblici) in cui non risulta compiutamente regolamentato. Alla luce di ciò è utile allora valutare se sia opportuno delineare una precisa strategia contrattuale di parte pubblica volta alla valorizzazione dei *knowledge worker* attraverso tale istituto da tradurre in specifici atti di indirizzo all'ARAN.

⁹ Tuttavia sono state presentate proposte in Parlamento: si veda per esempio l'emendamento all'Atto Camera 2561/bis mirante a costituire un separato C.C.N.L. per i funzionari direttivi confluito nel provvedimento collegato alla legge finanziaria per l'anno 2000 e non approvato.

SEZIONE II

GIURISPRUDENZA



a) Quadri e pubblico impiego

Nota di Filippo Curcuruto*



Con i provvedimenti che si annotano viene affrontato, per la prima volta a quanto consta, il problema dell'applicabilità anche al rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni della legge 13 maggio 1985 n. 190 che, modificando il primo comma dell'art. 2095 del codice civile, ha individuato accanto a quelle tradizionali dei dirigenti, impiegati ed operai, la nuova categoria dei quadri. Era prevedibile che una volta fissato il principio per cui i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I titolo II del libro V del codice civile, salve le diverse disposizioni contenute nel D.lgs. 29/93 (in tal senso, come noto, dispone appunto l'art. 2 del decreto appena citato) il problema della individuazione anche nel rapporto con le pubbliche amministrazioni di condizioni e presupposti per la attribuzione della qualifica di quadro non sarebbe tardato a venire all'ordine del giorno. Almeno in linea astratta è difficile dubitare infatti della presenza, anche fra i dipendenti della pubblica amministrazione, di prestatori di lavoro, quantomeno assimilabili a quelli che nel lavoro privato "pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgano funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa", secondo la definizione di quadro fissata ormai nel codice. Senonchè la stessa legge 190, dopo averne delineato i contorni, assegna in concreto la precisa determinazione dei requisiti di appartenenza alla categoria alla contrattazione collettiva di entrambe i livelli , nazionale o aziendale, e nel tentativo di rendere effettivo tale compito prevede (con disposizione di incerta portata, soprattutto quanto agli effetti della sua inosservanza: Carinci-De Luca Tamajo-Tosi-Treu, *Diritto del lavoro*, II, Torino, 1999, 213) che entro un anno dalla sua entrata in vigore le imprese contrattino la definizione di tali requisiti.

Pur facendo assegnamento sulle parti sociali (che tuttavia non sembrano aver pienamente corrisposto alle attese almeno sul piano quantitativo) la legge non rinuncia a dettare talune limitate regole, ritenute evidentemente qualificanti. Fra queste, l'obbligo di assicurare il "quadro" contro il rischio di responsabilità civile verso terzi per danni che egli possa avere prodotto nello svolgimento delle mansioni contrattuali, e la disciplina specifica del passaggio alla categoria di quadro per effetto del meccanismo dell'art. 2103 c.c. Il percorso che conduce alla posizione superiore può infatti esser reso più

* Magistrato di Cassazione, Direttore dell'Ufficio Contenzioso presso il Ministero di Grazia e Giustizia



impervio attraverso specifica pattuizione da parte dei contratti collettivi: i quali sono autorizzati a stabilire a tale effetto un periodo superiore ai tre mesi di esercizio delle mansioni superiori (con disposizione che, significativamente, riguarda anche l'acquisizione della qualifica dirigenziale, e che, in relazione appunto alla importanza del grado da conseguire viene ritenuta ragionevole, dato che l'esercizio protratto nel tempo di mansioni superiori costituisce dimostrazione dell'attitudine a passare definitivamente a tale superiore livello, onde un più lungo periodo di "osservazione": cfr. sul punto Pera, *Diritto del lavoro*, III, Padova, 2000, 410; in giurisprudenza, in tema di promozione automatica alla qualifica di quadro, Cass. 5 maggio 1999 n. 4516 in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1999, 739 con nota di N. De Marinis, *Pluralità di livelli d'inquadramento nella categoria di quadro e promozione automatica*, ha precisato che la eventuale deroga alla regola dei tre mesi, autorizzata dall'art 6 della legge 190, va interpretata nel senso che essa riguarda la sola ipotesi di passaggio, per esercizio delle relative mansioni, alla categoria dei quadri (o a quella dei dirigenti) da una categoria inferiore nell'ambito delle quattro categorie del personale dipendente previste dall'art. 2095 c.c., e non anche per l'acquisizione del diritto all'inquadramento in un livello superiore di quelli eventualmente previsti dalla contrattazione collettiva all'interno della stessa categoria, in considerazione della formulazione letterale della disposizione e, sul piano della *ratio legis*, del fatto che l'esigenza di particolari garanzie riguardo alle capacità professionali, che è prospettabile per il passaggio alla categoria superiore, non sussiste in maniera analoga per passaggi interni alla stessa: soluzione che sembra ineccepibile, innanzitutto perché la condizione di accesso aggravato è legittimata da una norma derogatoria, non estensibile oltre i casi e modi da essa considerati (art. 14 preleggi) ed inoltre perché, se è vero che il "quadro" è un lavoratore con particolare qualificazione, l'aver dimostrato di possedere questa qualificazione attraverso il più difficile percorso iniziale dovrebbe impedire ogni ulteriore dubbio sulle qualità professionali richieste in generale per quella categoria, sicché il discorso resterebbe circoscritto solo alle valutazioni specifiche dei vari livelli di professionalità interni alla categoria stessa, con pieno e doveroso ripristino quindi del criterio generale; (v. poi per un'ipotesi di promozione automatica in riferimento alle previsioni del contratto integrativo aziendale per i dipendenti esattoriali del Banco di Napoli, Cass. 24 marzo 1999, n. 2797). Infine, con norma di chiusura, è stabilito che ai "quadri" si applicano le norme riguardanti la categoria degli impiegati, con la possibilità di diverse disposizioni le quali però non dovrebbero potersi ricavare dal sistema, dovendo la deroga essere espressa.

Nell'ovvio rispetto del principio, sinora saldisimo (ma ora come noto derogato con riguardo al contratto collettivo di lavoro pubblico: v. art 68 comma 5 del d.lgs 29/93) nella sua giurisprudenza, secondo cui l'accertamento della natura delle mansioni concretamente svolte dal dipendente, ai fini dell'inquadramento del medesimo nella categoria di competenza, costituisce giudizio di fatto riservato al giudice di merito, sicché l'unica indagine residuale che può proporsi in sede di legittimità afferisce alla censura per violazione dei criteri legali di ermeneutica nell'interpretazione della disciplina collettiva in tema di qualifiche, ovvero per vizi di motivazione, questi ultimi nella duplice accezione della carenza od insufficienza, ovvero della contraddittorietà della stessa,



tali da non consentire la ricostruzione dell'iter logico seguito dal giudice per giungere alla decisione adottata, la Suprema Corte (sez. lavoro 20 novembre 1998 n. 11755) ha avuto tuttavia modo di occuparsi, benché indirettamente, della normativa contrattuale riguardante i dipendenti delle FF.SS., dove, conformemente ad un generale orientamento sindacale in materia (Carinci-De Luca Tamajo-Tosi-Treu, *op.cit.* 214) sono state individuate, come quadri, due posizioni apicali nelle quali far confluire parte dei lavoratori dei livelli più elevati. La Corte, in sostanza, ha convalidato l'analisi che il giudice di merito aveva fatto dei requisiti differenziali fra la settima categoria, non inserita nell'area dei quadri, e l'ottava e la nona che invece vi appartengono. In questa analisi era stato rilevato che gli elementi qualificanti per l'inquadramento nelle ultime due categorie vanno individuati soprattutto nell'autonomia di iniziativa e di decisione nei limiti delle direttive "generali" del proprio settore, con diretta responsabilità organizzativa e sui risultati da conseguire, nonché nell'attività particolarmente qualificata e nella preposizione ad impianti od unità organizzative a struttura complessa, mentre l'attività degli appartenenti alla settima categoria – pur condividendo con le altre i compiti di coordinamento e controllo – risulta contraddistinta da autonomia di iniziativa ma solo nei limiti delle direttive "particolari" del proprio settore e non comporta né presuppone le altre caratteristiche qualificanti le due categorie superiori.

Sia pure attraverso un percorso che, almeno formalmente, non porta direttamente alla regola contrattuale, la Suprema Corte ha quindi fornito già qualche indicazione su quali requisiti siano necessari perché si possa parlare di "quadro".

Di essi occorrerà tener conto quindi per formulare ipotesi sul possibile orientamento che i giudici di legittimità saranno chiamati con molta probabilità ad esprimere sulla base delle due ordinanze dei tribunali di Campobasso e di Treviso.

Anche nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione la stagione contrattuale conclusasi per la maggior parte dei comparti nel 1999, ha infatti messo in luce per così dire il problema, senza tuttavia offrire chiari criteri di soluzione. Basta infatti leggere uno dei tanti C.C.N.L. di comparto (ad es. quello dei Ministeri) per rendersi conto che la necessità di istituire una sorta di equivalente funzionale della categoria menzionata nell'ambito del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è stata certamente presente alle parti. Potrebbe sembrare che esse abbiano inteso provvedere in tal senso attraverso la definizione delle c.d. posizioni organizzative (sulle quali v. in questo fascicolo Soda, pag. 31). Ma il problema è appunto se in tal modo sia stato effettivamente soddisfatto l'impegno cui la legge del 1985 vincolava le parti. E qualche dubbio è lecito, visto che, a parte ogni altra considerazione, le posizioni organizzative non attribuiscono uno *status* lavorativo stabile e sono piuttosto modellate, benché alla lontana, sul calco degli incarichi dirigenziali, con la fondamentale connotazione di temporaneità e revocabilità.

Di qui, come era prevedibile, il ricorso al giudice del lavoro, evidentemente sentito come l'organo giudiziario da cui ottenere finalmente chiarezza.

Le risposte dei giudici riassunte nelle massime sopra riportate si differenziano profondamente sotto il profilo del metodo. I tribunali di Treviso e Campobasso, avendo



44

visto nelle norme contrattuali sulle posizioni organizzative la possibile via di soluzione, hanno constatato che in tal modo essi venivano posti dinanzi alla necessità di interpretare il contratto, per stabilire appunto se quelle norme fossero la specifica traduzione nella lingua del lavoro privatizzato (o contrattualizzato o anche, come si è pure detto, “depubblicizzato”) della categoria controversa. Non è dato sapere dalle ordinanze se di una tale soluzione i due tribunali dubitino: essi, infatti, adottando una lettura piuttosto rigorosa dell’art. 68-bis (sul quale v. De Angelis, *L’accertamento pregiudiziale ex art. 68-bis D.lgs. 29/93 tra theorie de l’acte clair e discrezionalità del giudice: a proposito di una recente vicenda giudiziaria*, in *Lav. nelle pubb. amm.* 1999, 1095 e sgg; in giurisprudenza Pret. Pistoia 2 maggio 1999, in *FI*, 1999, I, 233, alla quale fa riferimento la nota appena cit; per ampio esame dei problemi posti dalla tormentata disposizione e per persuasive soluzioni che distinguono quella che solo in apparenza è una soluzione unitaria, v. Tribunale di Roma, ord. 24 gennaio 2001) hanno ritenuto di trovarsi di fronte ad un problema di validità del contratto, senza avere alcun potere di sindacato sulla maggiore o minore difficoltà del problema interpretativo che si trovava “a monte” di esso: quello di accertare appunto se i contratti in questione contenessero o no norme regolatrici della categoria dei quadri, come sarebbe dovuto avvenire in base alla legge 190.

Il giudice triestino ha invece proceduto in altra direzione ritenendosi evidentemente vincolato dall’art. 68-bis in termini diversi. Quale giudice della “necessità” dell’interpretazione, egli si è infatti assegnato il compito di stabilire se appunto ed *in primis*, di interpretazione si trattasse. Quindi ha constatato che in realtà per accogliere la domanda del ricorrente (il quale rivendicava la qualifica di quadro) una volta accertato che il contratto nulla aveva previsto sul punto, sarebbe stato necessario non tanto interpretarlo quanto piuttosto scriverne le parti mancanti. Poste tali premesse le conclusioni era in qualche modo obbligata: altro è assegnare significato ad enunciati contrattuali per ricavarne la regola del rapporto, altro è dettare direttamente quest’ultima. Il procedimento interpretativo ex art. 68-bis vale solo nel primo caso. Nel secondo esso non solo rappresenterebbe una ingiustificata espropriazione dei poteri decisorii del giudice ma reinvestirebbe le parti sociali del compito che esse in prima battuta e nella sede propria non hanno assolto, attribuendo per giunta alla sua tardiva soluzione un effetto retroattivo (art. 53 del D.lgs. 29/93) già di per se discutibile e discusso.

Tribunale di Trieste - Sentenza 13-27 luglio 2000

Il rapporto di lavoro – quadri – attribuzione della qualifica di quadro ex L. 190 del 1985 – applicabilità anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle PP.AA. – esclusione.

Le questioni processuali – questioni pregiudiziali ex 68 bis 29/93 – mancata previsione nel C.C.N.L. Ministeri della categoria dei quadri – possibilità di integrazione del testo contrattuale con la procedura ex art. 68 bis D.lgs. n. 29/93 – esclusione.

I. La legge 190/85 che, nell’art. 3, impone entro un anno dalla sua entrata in vigore la definizione dell’attribuzione della qualifica di quadro secondo le previsioni e con le modalità di cui all’art. 2 comma 2 della legge stessa, ha come campo di applicazione i rapporti lavorativi che

fanno capo all’impresa e non si estende a quelli alle dipendenze delle PP.AA., che seppure privatizzati sono caratterizzati da una dimensione professionale ove, di fatto, il solo tipo di prestazione concretamente resa risulta essere quella impiegatizia. Peraltro pur a voler ritenere che, in astratto, la citata legge 190 possa operare anche riguardo ai suddetti rapporti, la mancata previsione a opera della contrattazione collettiva dei requisiti specifici per l’attribuzione della qualifica di quadro impedisce al giudice di esplicitare in proposito alcun intervento integrativo, destinato a risolversi, nell’assenza di chiari presupposti, in indebita ingerenza in materia riservata alla contrattazione sociale, tanto meno ammissibile con riferimento ad un tipo di contratto collettivo dotato di efficacia particolarmente forte, quale quello stipulato dall’ARAN.

II. l’art. 68 bis D.lgs. n. 29/93 attribuendo all’ARAN e alle OO.SS. il potere di interpretare autenticamente o di modificare la clausola controversa, indica con chiarezza che lo speciale procedimento ivi previsto ha come presupposto la presenza in un determinato C.C.N.L. di una norma suscettibile di più o meno difficoltose interpretazioni, e ne rende quindi inammissibile l’attivazione quando non si domandi la interpretazione o la eventuale modifica della clausola collettiva ma si invochi in realtà un vero e proprio intervento additivo su un testo contrattuale già completo, come nel caso in cui un siffatto procedimento sia sollecitato per chiedere che nel vigente C.C.N.L. del comparto Ministeri venga inserito il nuovo inquadramento professionale della categoria dei “quadri” introdotta dalla legge 190 del 1985. In tale ipotesi infatti l’eventuale nuova ste-sura a opera delle parti sociali di quanto da esse precedentemente statuito si risolverebbe necessariamente (non già in interpretazione o modifica del precedente contratto ma) nella conclusione di un contratto collettivo diverso.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE DI TRIESTE

Il giudice del lavoro definitivamente decidendo la causa di merito, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa con ricorso depositato in cancelleria il 4/1/2000 n. 50/00 RG da S. M. contro il Ministero dei Trasporti e della Navigazione, in persona del Ministro *pro tempore*.

Oggetto ricorso per accertamento giuridico della qualifica di quadro e dell’applicazione della legge 190/85.

Conclusioni per il ricorrente:

anche previa disapplicazione o dichiarazione di nullità, illegittimità della normativa amministrativa di legge o di contratto volto a regolamentare l’inquadramento nel livello ricoperto dal ricorrente in termini difforni dalla L. 190/85, con rimessione della questione all’ARAN;

accertarsi e dichiararsi l’applicabilità alle declaratorie professionali di cui all’area C, ivi compresa quella riferita al ricorrente, della normativa relativa ai quadri e comunque accertarsi e dichiararsi il diritto del ricorrente a vedersi determinare dalla convenuta i requisiti per il collocamento nell’area quadri;

accertarsi e dichiararsi il riconoscimento al ricorrente unitamente alla qualifica 2 area C l’aggiunta della dizione “quadro”;

accertarsi e dichiararsi il diritto del ricorrente nel caso di adibizione a mansioni di cui al punto 5 del C.C.N.L. di settore di assumere la qualifica di “quadro” con tutti gli effetti di legge.

In ogni caso, in forza della L. 190/85 accertarsi e dichiararsi il diritto del ricorrente a otte-



45

nere a carico dell'amministrazione la stipula a suo favore di apposita polizza di copertura per eventuali responsabilità da danni verso terzi.

Il tutto con vittoria di spese, di cui si chiede la distrazione dichiarandosene i procuratori anticipatari.

Conclusioni per il Ministero convenuto:

previa declaratoria occorrendo di difetto di giurisdizione, rigettarsi integralmente ogni domanda proposta da S. M. per tutti i motivi gradatamente esposti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 24.1.2000 S. M., come sopra rappresentato e difeso, conveniva in giudizio il Ministero dei Trasporti e della Navigazione avanzando le richieste in epigrafe meglio specificate.

Deduceva, in particolare, il ricorrente – dipendente della Motorizzazione civile, ufficio provinciale di Trieste – di essere inquadrato all'interno dell'area C del C.C.N.L. comparto Ministeri, e di svolgere le mansioni specificamente indicate ed illustrate sub pp.2 e 3 del ricorso introduttivo.

Oltre a ciò proseguiva ancora S. M. affermando che, una volta stabilita la corrispondenza fra le citate mansioni e la declaratoria contrattuale di cui all'area C, posizione economica C3 del pure menzionato C.C.N.L. Comparto Ministeri, dovesse inoltre maggiormente osservarsi come siffatta declaratoria pienamente coincidesse con il dettato normativo di cui alla L. 190/1985.

Fatta questa premessa, si doleva dunque il ricorrente del fatto che il proprio datore di lavoro non avesse dato seguito al disposto di siffatta legge, atteso che a dispetto dell'inquadramento riconosciutogli non gli è mai stata attribuita la qualifica di "quadro", e non è mai stata ugualmente a suo favore stipulata la polizza per l'assicurazione per danni a terzi prevista nella già ricordata L.190/1985.

Quanto sopra evidenziato in fatto, affrontava dunque il ricorrente la presente controversia sotto un profilo più strettamente giuridico, fin da subito sottolineando come il rapporto di lavoro delle Pubbliche Amministrazioni sia attualmente regolamentato dal D.lgs. n. 29/93 e come sulla base di siffatta disposizione legislativa si possa desumere che il rapporto in questione ha una disciplina strettamente privatistica.

Ciò premesso, e ritenuto che possa considerarsi dato pacifico quello in base al quale in ambito di contratto collettivo disciplinante un "normale" rapporto di lavoro subordinato possa aversi un'integrazione di quest'ultimo mediante intervento del Giudice, concludeva il S. M. formulando le richieste di cui in epigrafe (per una più completa illustrazione delle deduzioni di parte ricorrente si rinvia, per brevità di eloquio, al contenuto del ricorso presentato ex art. 414 c.p.c.).

Il Ministero dei Trasporti e della Navigazione, dal canto suo, una volta ritualmente costituitosi in giudizio, recisamente contestava la fondatezza delle pretese di controparte, in prima battuta sostenendo che la richiesta di "creazione giurisprudenziale" di una categoria contrattuale dimostrava come vi fosse, nella fattispecie in esame, un assoluto difetto di giurisdizione, nel senso che veniva - in buona sostanza - al giudice domandato un provvedimento che esorbitava dai suoi stessi poteri.

Lo stesso Ministero, inoltre, avanzava dubbi circa la sussistenza della propria legittimazione passiva, del pari sottolineando come l'odierno ricorrente fosse di fatto privo della correlativa legittimazione attiva, e come, in ogni caso, pur non prevedendo la contrattazione collettiva in esame la figura del quadro, fosse comunque all'interno della medesima rinvenibile l'area C, vale a dire l'area che ricomprende le diverse posizioni organizzative a propria volta dotate di maggio-

re professionalità e responsabilità (anche in questo caso, comunque, per una più completa valutazione delle ragioni di parte convenuta cfr. il contenuto della memoria di costituzione e difesa).

Si arrivava così alla prima udienza del presente procedimento, udienza nella quale il giudice, ritenuto che le questioni preliminari in diritto potessero definire il giudizio, invitava le parti alla discussione delle stesse ai sensi dell'art. 420 IV comma c.p.c., del pari autorizzando le parti medesime a depositare note difensive.

Lo stesso giudice, infine, preso atto non solo di quanto dalle parti illustrato nell'ambito delle appena ricordate note difensive autorizzate, ma financo di quanto dalle stesse parti esposto e rassegnato in corso di discussione orale, decideva la controversia nel senso di cui al seguente dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ritiene questo giudice che le domande avanzate dall'odierno ricorrente siano infondate in quanto inammissibili, in tal senso militando significativi elementi in fatto ed in diritto.

In realtà, al preciso fine di entrare fin da subito nel "cuore" della presente controversia, il primo – e invero assolutamente preliminare – punto che questo stesso giudice si è trovato ad affrontare riguardava non tanto la problematica afferente la sussistenza o meno delle legittimazioni attiva e/o passiva in capo alle parti in questo procedimento presenti, bensì la possibilità o meno di un intervento giurisdizionale su una contrattazione collettiva disciplinante un rapporto di lavoro già configurabile all'interno del pubblico impiego, e dunque, in buona sostanza la possibilità di una pronuncia che venisse di fatto a creare una figura professionale non prevista dalla appena citata contrattazione.

Detta problematica, tuttavia, pur essendo già di per se di non facile soluzione (è evidente, infatti, che la stessa viene inevitabilmente a toccare i complessi rapporti intercorrenti fra un provvedimento giurisdizionale e l'autonomia negoziale legislativamente riconosciuta ai privati ai sensi dell'art. 1322 c.c. – cfr. in proposito Cass. Sez. Unite Civili 8/10/1991, n. 10513, giusta la quale "l'affermazione della contrarietà ai precetti dell'art. 36 Cost. del trattamento economico-normativo dei lavoratori, concordato in sede collettiva, richiede estrema cautela perché ogni intervento del giudice sull'assetto dei contrapposti interessi realizzato in sede collettiva rischia di incidere sull'autonomia negoziale delle parti contraenti e di rompere gli equilibri economici cui la contrattazione collettiva è pervenuta" - veniva ad essere maggiormente "complicata" dal disposto di cui all'art. 2095, I comma c.c. ("i prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti, quadri, impiegati e operai") nonché, e in verità soprattutto, dal tenore letterale dell'art.3 della L. 190/1985 ("in sede di prima applicazione, entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, le imprese provvederanno a definire attraverso la contrattazione collettiva l'attribuzione della qualifica di quadro, così come previsto e con le modalità stabilite dall'art. 2, comma 2 della presente legge"), legge istitutiva della categoria dei c.d. quadri.

E invero, era del tutto ovvio che a seconda del valore (descrittivo ovvero precettivo) che si fosse attribuito a siffatta ultima disposizione legislativa si avrebbe avuto un differente "impatto" della stessa sulla già ricordata autonomia negoziale (nel primo caso, infatti, non vi sarebbe stata alcuna conseguenza giuridicamente apprezzabile in caso di mancato rispetto del prefissato termine annuale in ordine alla definizione della già menzionata qualifica di quadro, laddove nella seconda ipotesi detta "inerzia" sarebbe risultata sanzionata con la possibile individuazione *ope judicis* di siffatta categoria professionale).

Orbene, fatta questa premessa di carattere assolutamente pregiudiziale, deve essere notato come il ricorrente, al fine di meglio corroborare e sostenere la propria tesi, abbia dedotto la sussistenza, in suo capo, di un vero e proprio diritto soggettivo all'inquadramento nella categoria dei qua-

dri, del pari evidenziando (cfr. in proposito p.3 delle note autorizzate) come una diversa interpretazione della fattispecie (una interpretazione volta, cioè, a una lettura del citato art. 3 L. 190/1985 in senso meramente descrittivo) non avrebbe potuto che portare a una inammissibile totale dipendenza di una fonte normativa nei confronti di una volontà negoziale (“se per assurdo si ammettesse una soluzione di tal tipo e la contrattazione negasse l'applicazione della categoria di quadro come imposta dalla legge, l'effetto della legge sarebbe completamente vanificato”).

Detta tesi, sempre a parere del ricorrente, avrebbe pure trovato un significativo avallo giurisprudenziale in relazione ad ipotesi riguardanti il lavoro subordinato di tipo privatistico (cfr. soprattutto Cass. Sez. Lav. 27/2/1995, n. 2246, giusta la quale “il giudice può riconoscere l'inquadramento nella categoria dei quadri al lavoratore dipendente, che abbia effettivamente svolto le relative mansioni, sulla base delle indicazioni specifiche previste dalla legge istitutiva della predetta categoria - legge n.190 del 1985 - laddove la normativa collettiva non provveda a definire i requisiti per la sua acquisizione”) di modo che, a seguito della sopra ricordata equiparazione di disciplina normativa ai sensi del citato D.lgs. 29/1993, non vi sarebbe stata ragione alcuna per negare analoga tutela all'interno di un rapporto professionale quale quello in questa sede in esame - rapporto professionale ormai del tutto privatizzato e giunto alla prima disciplina di natura contrattuale -.

Ora pare a questo giudice che siffatta prospettazione - invero fondamentale ai fini della decisione della presente controversia - benché suggestiva e abilmente argomentata non possa essere condivisa e non possa pertanto trovare accoglimento.

In prima battuta è opinione di questo stesso giudice che occorra prendere le mosse dal dettato normativo del più volte ricordato art. 3 L.190/1985 e valutare se lo stesso sia o meno applicabile al caso di specie.

In effetti detta valutazione sembrerebbe avere un esito negativo, atteso che l'articolo in questione si riferisce espressamente alle “imprese”, e che l'odierno convenuto Ministero non pare rientrare in siffatta (sia pure ampia) categoria.

Né la considerazione appena svolta può risultare frutto di mero bizantinismo fine a se stesso.

Invero, e a trascurare il fatto che il disposto letterale di una norma non può mai essere agevolmente trascurato in assenza di valide e convincenti spiegazioni, giova al riguardo considerare che, come correttamente fatto notare dal difensore di parte convenuta in sede di discussione orale, la norma in oggetto, soprattutto ove letta in sintonia con il testo dell'art. 2095 c.c. così come a propria volta modificato dalla stessa legge 190/1985, trova come proprio destinatario d'elezione un rapporto lavorativo ove la distinzione ivi riportata ha un'effettiva ragion d'essere - e cioè un rapporto configurabile in presenza appunto di una “impresa” -, e non già una dimensione professionale ove, di fatto, il solo tipo di prestazione effettivamente prestata risulta essere quella impiegatizia.

Se ne ricava pertanto che la richiesta dell'odierno ricorrente non pare condivisibile alla luce della normativa di cui si discute in quanto non rientrante nello spettro di applicazione della stessa, e ciò a prescindere dalla natura precettiva ovvero descrittiva della medesima.

In ogni caso, e al fine di meglio articolare il presente discorso, ritiene il giudice di dover affrontare anche quest'ultima problematica.

In prima battuta è a questo riguardo agevole osservare come il disposto normativo di cui al più volte ricordato art. 3 L. 190/1985 si presenti caratterizzato da una formulazione assai ampia e generica, del tutto priva di qualunque precisa indicazione sia su chi effettivamente siano i soggetti abilitati a porre in essere la contrattazione collettiva propedeutica all'individuazione della categoria dei quadri e sia sull'eventuale sussistenza di un risvolto sanzionatorio in caso di inot-

temperanza al presunto obbligo concernente la appena ricordata individuazione.

Ora, già da queste prime considerazioni è del tutto evidente che non si può legittimamente pretendere la irrogazione di una sanzione laddove quest'ultima non sia legislativamente prevista (*ubi lex voluit* etc) e ciò soprattutto in una circostanza nella quale detta ipotetica sanzione potrebbe comportare una significativa compressione della autonomia negoziale delle parti sociali, in astratta violazione del disposto di cui all'art. 39 Cost. in tema di libertà sindacale.

Né d'altra parte può essere condiviso l'assunto di parte ricorrente secondo il quale alla luce della già ricordata sentenza della Suprema Corte 27/2/1995 n. 2246 non vi sarebbe alcun ostacolo ai fini di una integrazione giurisdizionale di una contrattazione collettiva che non avesse previamente individuato la categoria dei quadri.

E invero, se è innegabile che siffatta pronuncia (peraltro, come si avrà in seguito modo di ulteriormente chiarire, afferente tematica leggermente diversa rispetto a quella in questa sede trattata, la medesima concernendo l'ipotesi di una retrodatazione a far data dal 1°giugno 1985 della qualifica di quadro in favore di alcuni lavoratori dipendenti che detta qualifica avevano effettivamente raggiunto a seguito di stipulazione del C.C.N.L. 10/6/1987) milita in senso favorevole alla tesi portata avanti da parte del ricorrente, deve tuttavia notare come la stessa Corte di Cassazione abbia recentemente avuto modo di “correggere il tiro”, sostenendo che deve “escludersi un sindacato giudiziale relativamente alla ragionevolezza dei criteri secondo cui i contratti collettivi operino distinzioni tra i vari tipi di mansione ai fini dell'inquadramento contrattuale dei lavoratori e della loro progressione in carriera sulla base dello svolgimento di determinate mansioni, dato che è proprio la contrattazione collettiva a essere ritenuta lo strumento idoneo ad interpretare le esigenze dei vari settori produttivi ai fini in esame “ (Cass. Sezione Lavoro 4/12/1999, n. 13601).

D'altra parte, si permette questo giudice di sostenere che l'interpretazione del ricorrente posta in essere nei confronti della menzionata sentenza della Corte di Cassazione Lavoro n. 2246 27/2/1995 sia nelle proprie conclusioni errata, ma comunque (assai verosimilmente) frutto di un altrettanto poco chiaro passaggio della sentenza medesima (ci si riferisce al passaggio nel quale il Supremo Collegio, dopo avere analizzato alcuni aspetti della vicenda ivi in concreto sottoposta al suo esame, statuiva che “va dunque affermato che laddove la normativa collettiva non provveda con norme proprie a dare attuazione alla legge, il giudice possa attribuire la qualifica di quadro al lavoratore dipendente sulla base delle indicazioni specifiche poste dalla legge n. 190/1985”).

E invero atteso che, come già in precedenza ricordato, la fattispecie sottoposta alla valutazione della Corte riguardava in detto caso la possibilità o meno di far retroagire - proprio in virtù del disposto di cui all'art.3 L.190/85 - gli effetti di un inquadramento contrattuale a una data anteriore rispetto a quella pattiziamente concordata, è del tutto evidente che in quel momento e in quel preciso contesto la contrattazione collettiva aveva, sia pure in ritardo rispetto al termine annuale legislativamente previsto, effettuato una individuazione della categoria dei quadri, così fra l'altro assolvendo all'onere assegnatole dall'art. 2, comma 2 della stessa L. 190/1985 (“i requisiti di appartenenza alla categoria dei quadri sono stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale o aziendale in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura organizzata dell'impresa”).

Fatta questa premessa, è a sommosso avviso di questo giudice a questo punto inevitabile trovarsi di fronte a una alternativa.

Infatti, se si è, come nel caso della sentenza della Suprema Corte 2246/1995, in presenza di una contrattazione collettiva che, sia pure con ritardo, ha individuato i requisiti per la appartenenza alla categoria dei quadri, è certamente possibile prendere spunto da siffatta individuazione e così rendere operativo il disposto dell'art. 3 L. 190/1985 (disposto che in questo specifico



caso verrebbe ad avere natura certamente precettiva) facendo retroagire gli effetti di un tardivo inquadramento contrattuale.

Se, però, si è al contrario al cospetto (come nel caso che materialmente ci riguarda) di una contrattazione collettiva che semplicemente “non” prevede la figura del quadro, non è francamente chiaro sulla base di quali presupposti il giudice possa di fatto venendo così a sostituirsi alle parti sociali abilitate a siffatto tipo di attività negoziale - delinearla, non potendosi certo a tal fine trarre utile spunto dal disposto (invero assai generico e di natura chiaramente programmatica) dell’art. 2 comma I, L. 190/1985 (“la categoria dei quadri è costituita dai prestatori di lavoro subordinato che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgano funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell’attuazione degli obiettivi dell’impresa”).

Si avrebbe, infatti, in tale caso oltre che una indebita ingerenza in una materia per propria vocazione riservata alla contrattazione sociale, anche una inammissibile determinazione di criteri finalizzati a un inquadramento contrattuale di dubbia legittimità, nonché di – eccessivamente – incerta caratterizzazione.

In realtà, è opinione di questo giudice che allorché - si ripete, come nel caso di specie - la contrattazione collettiva abbia deliberatamente omissso di individuare la categoria dei quadri di cui si discute, la più e più volte ricordata norma di cui all’art. 3 L.190/1985 abbia valore esclusivamente descrittivo, e che, di conseguenza, la sovra ricordata contrattazione collettiva non possa essere *ab extrinseco* in alcun modo integrata da un intervento giurisdizionale che risulterebbe, di fatto, del tutto sprovvisto di adeguati elementi di riferimento.

In ogni caso, anche qualora si volesse assumere – per mera ipotesi di lavoro – che vi è una facoltà del giudice di intervenire su un contratto collettivo destinato a disciplinare un rapporto di lavoro subordinato di tipo strettamente privatistico, non pare corretta la equiparazione di quest’ultimo alla fattispecie che ci occupa da parte del ricorrente posta in essere.

E invero, deve in proposito notarsi come il contratto collettivo che disciplina il rapporto di lavoro presso le Pubbliche Amministrazioni sia per disposizione legislativa una fonte normativa con efficacia molto “forte”, destinata a essere vincolante per tutti gli appartenenti al comparto (cfr. in particolare l’art. 45, V comma D.lgs. 29/93 “le Pubbliche Amministrazioni adempiono agli obblighi assunti con i contratti nazionali o integrativi dalla data della sottoscrizione definitiva e ne assicurano l’osservanza nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti” nonché, più in generale l’art. 49 del medesimo D.lgs.), e dunque non suscettibile di essere “forzata” mediante un intervento giurisdizionale esterno.

Né, ancora, può essere accolta la richiesta di parte ricorrente di devoluzione della presente fattispecie all’ARAN ai sensi di quanto disposto dall’art. 68 *bis* D.lgs. 29/93.

A tale riguardo - e sorvolando su tutte le problematiche gravanti su questa nuova ipotesi di sospensione del processo problematiche che vanno dalla vincolatività per il giudice del responso fornito ai sensi dell’art. 68 *bis*, II comma, del medesimo D.lgs. 29/93 alla eventuale incostituzionalità di siffatta, eventuale, vincolatività per violazione dell’art. 101 Cost., – norma, quest’ultima che come noto stabilisce che il giudice è unicamente soggetto alla Legge – , devesi infatti notare come la appena ricordata speciale procedura di cui all’or ora menzionato art. 68 *bis* D.lgs. 29/93 - e cioè un accertamento pregiudiziale volto al chiarimento a proposito della interpretazione, dell’efficacia e della validità di una o più clausole controverse di un C.C.N.L. mediante formulazione di un vero e proprio quesito da sottoporre all’attenzione delle parti che detto C.C.N.L. hanno stipulato e sottoscritto - possa essere attivata, proprio in ragione della sua peculiarità, solo nei casi dalla legge espressamente previsti, e specificamente evidenziati nell’ambito del I comma della norma in questione.

D’altra parte, anche a voler estendere l’ambito dell’appena ricordato ambito di operatività della procedura in questione (ad esempio, secondo Pretura di Pistola 26/5/1999 il procedimento in esame può essere attivato anche nel caso in cui la norma richiesta di applicazione “sia sospettabile di radicale nullità”) il secondo comma dello stesso art. 68 *bis*, nel chiarire quali in concreto siano i poteri dell’ARAN delle OO.SS. in caso di trasmissione della comunicazione di cui al primo comma del medesimo articolo, indica chiaramente quello che è il presupposto per la attivazione di cui si discute, e cioè che si sia in presenza di una norma di un determinato C.C.N.L. suscettibile di più o meno difficoltose interpretazioni, ovvero ancora di una modifica dalle parti liberamente concordata.

Ora, atteso che nel caso di specie ciò che si chiede non è la interpretazione ovvero financo la modifica di una norma già esistente, bensì, mediante la creazione di un nuovo inquadramento professionale, un vero e proprio intervento additivo su un testo contrattuale già completo, non pare a questo giudice che il menzionato procedimento *ex art. 68 bis* D.lgs. 29/93 possa avere in quest’ambito alcuna cittadinanza, , non potendo le parti sociali a tal riguardo “consultate” procedere ad una nuova stesura di quanto pattiziamente già statuito senza di fatto porre in essere un differente contratto collettivo.

Ugualmente non condivisibile risulta, inoltre, la richiesta di parte ricorrente volta al riconoscimento in proprio favore di una polizza di assicurazione per danni verso terzi.

Invero, e a trascurare ogni altra questione circa la possibilità per il S.M. di avvalersi, ove necessità lo dovesse richiedere e in presenza di determinati presupposti legislativamente stabiliti, del ministero difensivo dell’Avvocatura dello Stato, giova al riguardo osservare che detta istanza risultava ai sensi dell’art. 5 L. 190/1985 strettamente connessa all’accoglimento della domanda principale – vale a dire alla domanda concernente il riconoscimento della qualifica di quadro – di modo che, a seguito della reiezione di quest’ultima, non poteva e non può che derivare il conseguente rigetto anche di tutto ciò che riguardava anche la stipulazione della polizza assicurativa di cui ora si discute.

Infine il giudice, avuto riguardo alla novità ad alla complessità della materia sottesa al ricorso nell’interesse di S.M. presentato, è dell’avviso che sussistano, nell’ambito del presente procedimento, più che adeguati motivi per procedere a una integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

PQM

Il giudice del Lavoro, ogni contraria deduzione disattesa, definitivamente decidendo la causa di merito:

- 1) respinge in quanto inammissibili le domande del ricorrente;
- 2) compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

Trieste 13-27/7/2000.

Tribunale di Campobasso - Ordinanza 31 ottobre 2000

Il rapporto di lavoro – quadri – mero conferimento di posizione organizzativa ex artt. 8 e 9 C.C.N.L. EE.LL. – configurabilità della qualifica di quadro – esclusione – attivazione della procedura ex art. 68 bis D.lgs. n. 29/93 – necessità.





*Le disposizioni di cui agli articoli 8 e 9 del vigente contratto collettivo nazionale per il personale degli Enti Locali pur prevedendo la istituzione di posizioni di lavoro implicanti lo svolgimento di funzioni di elevata responsabilità e particolare complessità e i criteri per l'attribuzione delle stesse non possono considerarsi quali regolative della categoria dei quadri, prevista dall'art. 2095 c.c.; ne consegue che la domanda di un dipendente di ente locale diretta a ottenere il riconoscimento della qualifica di quadro implica una decisione da assumere oltre o contro le testuali previsioni del richiamato contratto e comporta quindi la necessità di attivare il particolare meccanismo previsto dall'art. 68 bis del D.lgs. n. 29/93.**

(omissis)

Il giudice del lavoro

letti ed esaminati gli atti di causa, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 5/10/2000, osserva quanto segue:

- ritenuto che la questione di giurisdizione, sollevata dalla difesa di parte resistente sin dal primo scritto difensivo, non è suscettibile, allo stato degli atti, di chiudere il giudizio dinanzi a questo giudice, in quanto parte ricorrente fa valere il diritto alla categoria di quadro anche con riferimento a un periodo successivo al 1/7/1998, con conseguente devoluzione della relativa controversia all'A.G.O. almeno per quanto riguarda il detto arco di tempo successivo, comunque, alla cd. privatizzazione del pubblico impiego;
- ritenuto che la decisione della controversia presuppone, come già brevemente tratteggiato, che il giudice adito risolva la questione dell'attribuzione (o dell'attribuibilità), al lavoratore ricorrente della qualifica di quadro di cui all'art. 2095, comma 1 c.c.;
- ritenuto che la detta categoria non risulta a tutt'oggi prevista nell'area del pubblico impiego, regolato dalle norme di diritto privato, e segnatamente di quello regionale, non potendosi ritenere, ad opinione di questo giudice, che le disposizioni di cui agli articoli 8 e 9 del vigente contratto collettivo nazionale per il personale degli EE.LL. abbiano regolato la detta categoria dei prestatori di lavoro, limitandosi l'art. 8 del C.C.N.L. in atti a prevedere che gli Enti "istituiscono posizioni di lavoro che richiedono, con assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato: a) lo svolgimento di funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa; b) lo svolgimento di attività con contenuti di alta professionalità e specializzazione correlata ai diplomi di laurea e/o di scuole universitarie e/o alla iscrizione ad albi professionali; c) lo svolgimento di attività di staff e/o studio, ricerca, ispettive, di vigilanza e controllo caratterizzate da elevata autonomia ed esperienza" e l'art. 9 limitandosi a prevedere i metodi di attribuzione dei detti incarichi, predeterminandone la durata nell'arco massimo di cinque anni e stabilendo che essi siano attribuiti al personale della categoria D di cui all'allegato al C.C.N.L.;
- ritenuto che giusta quanto rilevato la decisione della controversia presuppone, quindi, la risoluzione di questione (suscettibile di assumere la caratterizzazione di serialità, come dimostrato dall'elevato numero di ricorsi pendenti dinanzi questo giudice avente oggetto identico a quello di cui si dibatte in questa sede e fissati per una vicina udienza) che si pone oltre e/o comunque contro la lettera del C.C.N.L. vigente;
- rilevato che non risulta, allo scrivente, che analoga questione sia già stata sollevata da altro giudice;

* Fonte: massima a cura della Redazione.



- ritenuto, quindi, di dover dare ingresso alla procedura di cui all'art. 68 bis del D.lgs. n. 29/93 come modificato dai D.lgs. nn. 80/98 e 387/98, indicando come rilevante la questione concernente l'attuale configurabilità, nell'ambito del pubblico impiego del comparto enti locali, della categoria dei quadri, di cui all'art. 2095 c.c., con conseguente trasmissione del ricorso introduttivo e della memoria di risposta all'ARAN e fissazione di ulteriore udienza in prosecuzione nel rispetto del termine di cui al citato art. 68 bis D.lgs. n. 29/93;

P.Q.M.

Visto l'art 68 bis D.lgs. n. 29/93 dispone trasmettersi all'ARAN, al fine della risoluzione della questione pregiudiziale di cui alla parte motiva della presente ordinanza, il ricorso di parte attorea e la memoria di risposta di parte convenuta;

fissa per il prosieguo della causa l'udienza del 22 marzo 2001;

manda alla cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti costituite ad all'ARAN, nonché per la trasmissione all'ARAN del ricorso e della memoria di risposta.

Campobasso, 30/10/2000

Tribunale di Treviso - Ordinanza 10 novembre 2000

Il rapporto di lavoro – quadri – configurabilità della categoria dei quadri ai sensi del C.C.N.L. Ministeri – compatibilità con L. 190 del 1985 – attivazione della procedura ex art. 68 bis D.lgs. n. 29/93 – necessità.

*Poiché deve escludersi che l'applicabilità della legge 13 maggio 1985 n. 190, ("Riconoscimento giuridico dei quadri intermedi") nel settore del pubblico impiego privatizzato trovi ostacolo nella speciale disciplina contrattuale prevista per le figure professionali in posizione di elevata responsabilità dall'art. 45 del D.lgs. n. 29/93 (ricavandosi semmai da tale disposizione l'obbligo per la contrattazione collettiva di dettare proprio per tali figure professionali una disciplina distinta da quella dei dirigenti e degli impiegati) rispetto alla decisione della domanda di riconoscimento della qualifica di quadro da parte di un dipendente di una pubblica amministrazione statale si configura quale questione pregiudiziale di validità del contratto, a norma dell'art. 68 bis del D.lgs. n. 29/93, la verifica della compatibilità fra la cit. legge 190 del 1985, che introducendo la categoria dei "quadri" nell'ambito dei prestatori di lavoro subordinato ha demandato alla contrattazione collettiva nazionale o aziendale di stabilire i relativi requisiti di appartenenza, e il contratto collettivo nazionale di lavoro 1998- 2001 Comparto Ministeri, che pur prevedendo l'istituzione di una separata area di professionisti dipendenti e l'attribuzione di posizione organizzative per lo svolgimento di funzioni di elevata responsabilità, omette di introdurre la categoria di quadri in relazione alle figure professionali cui è attribuito lo svolgimento di siffatte funzioni.**

(omissis)

* Fonte: massima a cura della Redazione.

Il giudice

a scioglimento della riserva formulata all'udienza del 27.10.2000

Osserva

L'art. 13 del C.C.N.L. 1998-2001 del Comparto Ministeri prevede 3 Aree di inquadramento del personale. L'Area C comprende i livelli più elevati e prevede l'istituzione di una separata area di "professionisti dipendenti" nonché l'istituzione di "posizioni organizzative" per lo svolgimento di funzioni di elevata responsabilità, descritte nei successivi artt. 18 e 19.

Detto articolo non prevede l'istituzione della figura dei "quadri" introdotta dalla L. 190/85, che ha modificato il fondamentale art. 2095 c.c. che individua le categorie dei prestatori di lavoro.

L'art. 2, co. 1, della L. n. 190/85 dispone: "La categoria dei quadri è costituita dai prestatori di lavoro subordinato che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgono funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza...". Con il 2° comma il legislatore demanda alla contrattazione collettiva di stabilire i requisiti di appartenenza alla categoria dei quadri.

Oggetto dei ricorsi è proprio la mancata introduzione della figura dei quadri nel C.C.N.L. 1998-2001 per il personale dei Ministeri.

Per la risoluzione della controversia appare, pertanto, necessario risolvere in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 68 bis del D.lgs. n. 29/93 la questione concernente la validità dell'art. 13 del C.C.N.L. sopra menzionato là dove, non ottemperando a quanto disposto dalla L. n. 190/85, non istituisca la categoria dei quadri in relazione alle figure professionali di rilevante responsabilità.

Si osserva, ancora, che non pare condivisibile la prospettazione difensiva del Ministero dei Trasporti quando sostiene la non applicabilità della L. n. 190/85 al settore del pubblico impiego in quanto l'istituzione di particolari categorie di prestatori di lavoro nel settore pubblico sarebbe disciplinata dall'art. 45, co. 3. del D.lgs. n. 29 e ha previsto l'istituzione di discipline distinte nell'ambito dei contratti collettivi di comparto per le figure professionali di maggiore responsabilità. Tale norma, infatti, non esclude affatto che venga istituita la qualifica di quadro, imponendo anzi alla contrattazione collettiva di prevedere una disciplina distinta da quella dei dirigenti e da quella degli impiegati proprio per le figure professionali che svolgano compiti di rilevante responsabilità. Appare, pertanto, necessario risolvere in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 8 bis del D.lgs. n. 29/93. la questione concernente la validità dell'art. 3 del C.C.N.L. Comparto Ministeri nei termini sopra prospettati. A tal fine si sospende il giudizio e si dispone a cura della cancelleria la comunicazione della presente ordinanza, del ricorso introduttivo e della memoria difensiva all'ARAN, fissando una nuova udienza di discussione per il 22.5.2001 alle ore 9.45.

Si comunichi alle parti l'ordinanza.

Treviso, 10/11/00.



**b) Equivalenza delle mansioni
nel rapporto di lavoro con
la Pubblica Amministrazione**

Nota di Filippo Bonanni*



55

La sentenza del Tribunale di Cassino del 1 febbraio 2001 affronta due importanti questioni riferite al tema delle “mansioni equivalenti”.

In primo luogo, esamina il regime normativo esistente per il lavoro privato (art. 2103 c.c.) rispetto a quello pubblico (art. 56 D.lgs. 29/93). Una volta, poi, sostenuta la sostanziale equiparazione dei due settori e la sussistenza, nel caso di specie, di un “declassamento” del lavoratore, ossia l’attribuzione nei suoi riguardi di mansioni inferiori per un apprezzabile lasso di tempo rispetto a quelle previste per la categoria di appartenenza del C.C.N.L. ovvero a quelle svolte in precedenza, si sofferma sulle problematiche relative al danno derivabile: biologico, morale e da dequalificazione in senso stretto o “danno alla professionalità”.

Il tema delle mansioni equivalenti nel pubblico impiego si colloca nella più ampia questione inerente degli effetti della privatizzazione operata dal legislatore in tale settore.

Va ricordato che l’art. 56 D.lgs. 29/93 esaurisce, nei suoi sei commi, la regolamentazione normativa attuale delle mansioni del dipendente pubblico, rinviando espressamente alla contrattazione collettiva la predisposizione di una “nuova disciplina degli ordinamenti professionali”, quale quadro di riferimento per la operatività stessa della disciplina legislativa delle mansioni (sulle delicate questioni di diritto transitorio relative al regime giuridico delle mansioni cfr. P. Campanella, *Mansioni e jus variandi nel lavoro pubblico*, in Lav. nelle Pubbl. Amm., 1999, pag 51 e segg.). Nel suo insieme, l’art.56 dà un’indicazione sul disegno riformatore complessivo, avuto riguardo alla classificazione delle mansioni ed al relativo inquadramento professionale dei lavoratori, finalmente demandata, anche nel lavoro pubblico, alle determinazioni dell’autonomia collettiva, in linea con quanto avviene nel lavoro privato.

Vi è stata una progressiva precisazione della disciplina speciale che ha portato ad un avvicinamento all’art. 2103 c.c., la cui applicabilità in quanto tale al rapporto di lavoro del dipendente pubblico non è tuttavia piena (in tal senso, M. Napoli, *Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche. Lineamenti interpretativi del D.lgs. 3.2.1993 n.29 e successive modificazioni*, in *Questioni di Diritto del lavoro*, Torino 1996, pag.86).

Vero è che molte delle disposizioni riguardanti i lavoratori del settore privato sono

* Cancelliere C2, Ufficio contenzioso, Ministero di Grazia e Giustizia



state fatte proprie dal legislatore della “privatizzazione” e si applicano dunque al lavoro pubblico secondo un preciso disegno di tutela della professionalità del lavoratore nel rispetto delle compatibilità organizzative e finanziarie della pubblica amministrazione. Resta comunque la mancata automaticità delle promozioni in ragione dello svolgimento di mansioni superiori per un periodo protrattosi per oltre tre mesi, così come l'irrelevanza dell'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza ai fini dell'inquadramento.

In ogni caso differenze di disciplina sussistono senza dubbio: basti pensare alla mancanza nell'art.56 di principi (sanzione di nullità di eventuali patti contrari quali ad esempio l'utilizzo del dipendente a mansioni inferiori) che invece costituiscono elemento caratterizzante dell'art. 2103 c.c., senza che possa farsi luogo, data la specialità della materia, al ricorso all'interpretazione analogica.

Tali differenze peraltro non sembrano porsi in contrasto con le direttrici adottate in merito alla compiuta contrattualizzazione del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: infatti gli assetti previsti dall'art. 2103 c.c. non ineriscono strutturalmente al regime privatistico del rapporto di lavoro, ma costituiscono solo una delle possibili scelte nei confronti di manifestazioni dell'autonomia privata che liberamente decidano di regolare la materia delle mansioni in modo anche divergente dal modello previsto dalla legge (sulle deroghe di cui all'art.4 co.11 L. 223/91 nonché sull'evoluzione giurisprudenziale per limitare le preclusioni al comma 2 art. 2103 c.c. cfr. M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in Il Codice Civile, Commentario diretto da P. Schlesinger, sub art. 2103. Milano 1997, pag. 204 e segg.). D'altro canto va tenuto presente che il comportamento della P.A. quale datore di lavoro deve necessariamente essere improntato al rispetto dei criteri di trasparenza ed imparzialità per cui il legislatore ha evidentemente ritenuto di compiere una scelta diversa che si giustifica in ragione delle diversità del contesto nel quale tali regole sono chiamate ad operare.

Le divergenze che permangono, quindi, portano a rendere validi eventuali specifici accordi tra P.A. e dipendente, aventi ad oggetto lo spostamento di questi a mansioni inferiori, in tutti quei casi in cui una tale soluzione corrisponda al comune interesse delle parti.

Queste premesse sono utili ad inquadrare l'indirizzo interpretativo seguito nella sentenza in esame, indirizzo che, in buona sostanza, appare invece discostarsi dalle linee sopra evidenziate. Infatti, viene ritenuto che, pur non riproducendo esattamente l'art.56 l'inciso “ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte”, invece presente nell'art. 2103 c.c., non vi sia ragione di escludere, per il pubblico impiego, la valutazione di equivalenza rispetto alle ultime mansioni svolte.

La differenza sostanziale, in termini di contenuto, tra l'art. 2103 c.c. e l'art. 56 del D.lgs. 29/93, considerata la diversa formulazione letterale sta in definitiva semplicemente nel fatto che il primo consente sempre il giudizio di equivalenza in concreto (cfr. sul punto Cass. Civ. 2428/99) rispetto alle ultime mansioni svolte dal dipendente privato, il secondo impedisce soltanto che tale valutazione sia fatta rispetto alle pregresse mansioni che non siano corrispondenti alla sua categoria di appartenenza, nell'ambito della classificazione professionale prevista nei contratti collettivi.



Contrariamente a tale interpretazione, sembra in dottrina prevalere la tesi secondo cui il demansionamento va valutato in base ad una interpretazione rigorosamente letterale dell'art. 56 e cioè in ragione del preciso riferimento normativo alla “classificazione professionale” prevista dai contratti collettivi, quale parametro di valutazione della richiesta “equivalenza”: in questo senso, tutte le mansioni che il sistema di classificazione individua come equivalenti, risultano suscettibili di costituire, fin dalle origini, elementi dell'obbligazione lavorativa, svincolando il giudizio di equivalenza dagli oscillanti percorsi interpretativi di una giurisprudenza che, nel settore privato, è invece chiamata ad integrare il generico dato normativo, pur nella difficoltà per il giudice di conoscere e valutare il merito delle singole scelte organizzative (cfr. ordinanza Pretore Napoli del 24.3.1999 in *Giustizia Civile* 1999, I, pag. 3504 in cui viene esclusa ogni garanzia al pubblico dipendente riguardo al diritto a svolgere mansioni che siano economicamente e professionalmente equivalenti alle ultime effettivamente svolte; In dottrina, cfr. P. Alleva, *Lo jus variandi*, in *Il Lavoro alle dipendenze della Amministrazioni Pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci I ed. II pag. 1535).

Il rischio peraltro è quello che vi sia una genericità di classificazioni nei contratti collettivi tali da ampliare lo spettro delle diverse prestazioni esigibili al punto da portare ad una sostanziale elusione del limite di equivalenza delle mansioni, cui il dipendente può essere unilateralmente adibito, vanificando così la tutela della professionalità (riguardo a tale tutela cfr. M. Dell'Olio, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. Dell'Olio- G. Branca, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980).

In effetti lo stesso Tribunale di Cassino ha basato, in ultima analisi, la propria pronuncia tenendo appunto presenti le “declaratorie del sistema classificatorio delineato nell'allegato 1 del (Contratto del) Comparto Sanità, nella categoria D” dalle quali non poteva in alcun modo prescindere, dandovi “lettura” in riferimento alle mansioni svolte fin dalla assunzione.

La decisione che ci occupa è peraltro conforme al consolidato orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte in materia di lavoro privato, che non ritiene sufficiente – al fine di valutare l'equivalenza delle mansioni – l'indagine condotta semplicemente con riguardo al livello di inquadramento, ma condiziona la legittimità dell'esercizio dello *jus variandi* ad una verifica sia sul piano oggettivo e cioè sotto il profilo della inclusione nella stessa area professionale delle mansioni iniziali e di quelle di destinazione, sia sul piano soggettivo, in relazione al quale è necessario che le due mansioni siano professionalmente affini, nel senso che le nuove si armonizzino con le capacità professionali già acquisite dal lavoratore durante il rapporto, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi (Cass. Sez. lav. 11457/2000 in *Dir. Prat. Lav.* 2001, 10, pag. 692; Cass. 8704/97 in *Dir. Prat. Lav.* 1998, 5, pag. 319; Cass. 6124/1997 in *Dir. Prat. Lav.* 1997, 43, 3166; Cass. 5162/1997 in *Dir. Prat. Lav.* 1997, 36, 2647; Cass. 2896/1991 in *Dir. Prat. Lav.* 1991,25, 1624; Cass. 2881/1986 *ibid.* 1986, 2234; Cass. 1038/1985, *ibid.*, 1985,10,745; Cass. 2231/1984, in *Giust. Civ.* 1985, I,163).

Con la sentenza dell'1.2.2001, il giudice del Tribunale di Cassino ha nella fattispecie positivamente risolta la questione relativa alla deducibilità in giudizio del diritto del dipendente pubblico ad essere effettivamente adibito alle mansioni che gli spettano in virtù del rapporto obbligatorio che lo lega alla pubblica amministrazione. Tale



questione, come noto, è tradizionalmente affrontata con riferimento al divieto del c.d. demansionamento che si determini in corso di rapporto, in una logica lesiva della professionalità del dipendente: dottrina e giurisprudenza hanno reagito con l'unica certezza costituita da un crescente riconoscimento del fatto che l'illegittima assegnazione a mansioni inferiori, così come l'eventuale svuotamento del contenuto delle mansioni assegnate, provocano un danno risarcibile per lesione alla professionalità del lavoratore (si veda Cass. 3.6.1995, n.6265, in *Riv. It. Dir. Lav.* 1996, II, pag.363, con nota di A. Vallebona, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*; Cass. 13.8.1991, n.8835, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, pag.954 e segg. con nota di F. Focareta, *Sottrazione di mansioni e risarcimento del danno*; Cass. 26.1.1993, n.931, in *Riv. It. Dir. Lav.* 1994, II pag. 149 e segg.).

Nella nozione di danno alla professionalità rientra l'esistenza di un obbligo del datore di lavoro al rispetto della personalità morale del prestatore di lavoro subordinato, sicuramente enucleabile dal dettato di cui all'art.2087 c.c. con un relativo radicamento della responsabilità medesima (cfr. G.Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, nota a Pret. Milano 28.12.1990, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, pag.388 e L. Montuschi, *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, I, pag.3).

Come sostenuto dal giudice di Cassino nella sentenza succitata, nulla osta che tale nozione possa essere trasferita nel lavoro pubblico ove la relativa casistica può essere ulteriormente arricchita dall'eventualità, non riscontrabile nel lavoro privato, di un utilizzo del dipendente a mansioni inferiori rispetto a quelle corrispondenti alla qualifica di assunzione già in sede di prima assegnazione.

Questa situazione è configurabile per l'evidente ragione che residuano elementi di rigidità nell'accesso al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, soprattutto nella difficoltà di adeguamento della vecchia prassi alla nuova logica privatistica.

La sentenza del Tribunale di Cassino, nel riconoscere il demansionamento del lavoratore pubblico, ha dichiarato la illegittimità dello stesso, ordinando conseguentemente alla P.A. la reintegrazione nella precedente posizione professionale. Facendo ciò, ha riconosciuto una tutela reintegratoria, tutela che non dovrebbe incontrare i limiti della c.d. incoercibilità degli obblighi di fare infungibili tradizionalmente invocati nel rapporto di lavoro privato (al riguardo cfr. in tema di reintegrazione nel posto di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato Cass. 13.4.1985, n. 2458, in *Mass. Giur. Lav.* 1985, pag. 437; Cass. 11.1.1988, n.112, in *Riv. It. Dir. Lav.* 1988, II, pag.1071. In dottrina cfr. M. Napoli, *Licenziamenti*, in *Digesto*, IV ed., IX, sez. comm. Torino 1993). Infatti, il datore di lavoro pubblico, tramite il personale preposto alla funzione dirigenziale esercita sì i poteri privatistici di organizzazione e gestione del personale, ma nello svolgimento di un'attività funzionalizzata (cfr. B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, pag. 210. Cfr. pure contra R.Villata, *Prime considerazioni in tema di "privatizzazione" del pubblico impiego*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.* 1993, pag. 417 e segg.): in questo senso, considerato che l'adesione al dettato normativo – e, conseguentemente, al contenuto di un provvedimento giudiziario – è condizione legittimante dell'esercizio di una qualunque funzione pubblica, è indubbio che la P.A. non possa sottrarsi all'ordine ricevuto.

Comunque, ammesso pure che dovesse non esservi adempimento da parte del



datore di lavoro pubblico, vi è chi sostiene il ricorso al giudizio di ottemperanza di competenza della magistratura amministrativa a fronte di una più recente dottrina processualistica che ritiene invece percorribile, in piena aderenza allo spirito della riforma in atto, l'ipotesi del ricorso al procedimento esecutivo previsto dagli artt. 2931 e 2933 c.c. e regolato dagli artt. 612 segg c.p.c. (A Corpaci, *La tutela giurisdizionale dei pubblici dipendenti*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993; B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto ecc. cit.* pag. 213).

Tribunale di Cassino - Sentenza 1 febbraio 2001

Rapporto di lavoro – mansioni e qualifiche – valutazione di equivalenza ex art. 56 D.lgs.29/93 – riferimento a ultime mansioni non corrispondenti alla categoria di appartenenza del lavoratore – esclusione.

Il rapporto di lavoro – mansioni e qualifiche – adibizione a mansioni inferiori alle ultime svolte – danno alla professionalità – configurabilità – risarcimento -ammissibilità.

L'art.56 del D.lgs.29/93 impone di attribuire al pubblico dipendente le mansioni per cui è stato assunto, o quelle comunque considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista nei contratti collettivi, allineandosi nella sostanza a quanto già previsto, per il settore privato, dall'art. 2103 cc. Pur non riproducendo detto art. 56 l'inciso "ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte", invece presente nell'art.2103 cc, non vi è ragione di escludere per il pubblico impiego, la valutazione di equivalenza rispetto alle ultime mansioni svolte. La differenza sostanziale tra l'art. 2103 cc e l'art. 56 D.lgs. 29/93 sta nel fatto che il primo consente sempre il giudizio di equivalenza in concreto rispetto alle ultime mansioni svolte dal dipendente privato, mentre il secondo non pone il divieto in assoluto che il giudizio di equivalenza sia effettuato rispetto alle ultime mansioni svolte dal pubblico dipendente, impedendo soltanto che tale valutazione sia fatta rispetto alle pregresse mansioni che non siano corrispondenti alla categoria di appartenenza prevista nei contratti collettivi.

Il risarcimento del danno da demansionamento può distinguersi in tre tipi in astratto e cioè in: danno biologico, inteso quale lesione psico-fisica al bene salute del dipendente, da provare rigorosamente; danno morale, riducibile al trauma psichico, con risarcibilità ristretta però ai rarissimi casi in cui il demansionamento integri anche gli estremi di un reato; danno alla professionalità, di natura patrimoniale, consistente nella lesione del bagaglio professionale lavorativo e dell'immagine del dipendente nell'ambiente di lavoro, danno che non richiede prova nell'an, anche se deve essere poi rigorosamente stimato, in sede equitativa in relazione al quantum.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE DI CASSINO

ha pronunciato in primo grado la seguente

SENTENZA

(omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso contemporaneamente depositato ex artt. 414 e 700 c.p.c. il 24.2.00, T. G., premetteva:

- di essere stato inizialmente assunto, in data 14.12.92, dalla ex USL FR/10 di Cassino, con la qualifica d'impiegato di VII livello, (attuale categoria D secondo il C.C.N.L. Comparto Sanità 1998-2001) ed assegnato a svolgere il ruolo di Responsabile della Segreteria dell'allora Coordinatore Sanitario,
- di aver ottenuto la successiva assegnazione di diversi altri incarichi, tutti richiedenti elevata professionalità, che lo avevano portato a collaborare in via diretta con la dirigenza, a gestire il personale e ad occuparsi di pratiche di una certa complessità, oltre che ad operare con indubbia discrezionalità, sempre nell'ambito dei compiti e delle attribuzioni di sua pertinenza quale collaboratore amministrativo,
- di essersi iscritto al sindacato UGL nell'agosto 1998,
- di non essere stato formalmente assegnato ad alcun settore o ufficio, nel periodo dall'agosto 1998 al gennaio 1999, (eccettuato l'incarico di risistemazione dell'archivio, assegnatogli nel settembre 1998, e comportante lo svolgimento di un'attività puramente esecutiva), con grave nocumento per il suo bagaglio di esperienza e discredito per il suo prestigio professionale, leso anche dallo scherno di cui era fatto oggetto da parte dei colleghi di lavoro, che lo vedevano inattivo,
- di essere stato poi nominato, in data 19.1.99, Referente per il Poliambulatorio, CUP e Cassa Ticket per l'area elementare di Cassino ed in tale veste chiamato a svolgere compiti di assoluta inconsistenza contenutistica, che lo impegnavano al massimo per un'oretta al giorno e non richiedevano particolare professionalità, riducendosi al controllo, mediante semplice sommatoria aritmetica, (da riportare su un apposito modello riepilogativo insieme al numero delle fatture emesse) dell'importo totale dell'incasso giornaliero introitato dai tre operatori di sportello e già per ciascuno contabilizzato mediante computer,
- di aver ripetutamente chiesto per iscritto all'Azienda resistente, ma invano, di essere nuovamente adibito a mansioni confacenti al suo inquadramento,
- di aver cominciato a manifestare disturbi fisici per colite spastica in fase acuta, di origine nervosa, a causa del protrarsi di tale incresciosa situazione dall'agosto 1999,

e, tutto ciò premesso, chiedeva al giudice di accertare e dichiarare lo stato di forzata inattività cui egli era stato ridotto, la sua dequalificazione, nonché il suo diritto all'assegnazione di mansioni confacenti al livello di professionalità raggiunto quale collaboratore amministrativo, e per l'effetto condannare la resistente a risarcirgli il danno alla professionalità conseguentemente patito, nella misura di 60 milioni o in quella maggiore o minore ritenuta di giustizia, nonché il danno biologico cagionatogli, nella misura di 10 milioni o nella diversa misura valutata dal giudice, con vittoria delle spese di lite.

L'Azienda USL di Frosinone, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, si costituiva e contestava la circostanza che al T.G. fossero mai stati realmente attribuiti, prima del gennaio 1999, poteri ed autonomia decisionale dell'ampiezza da lui sostenuta, affermando d'altra parte che l'attuale incarico di Referente del CUP, Poliambulatorio e Cassa Ticket era pienamente confacente alla sua qualifica di assunzione ed al suo livello professionale d'inquadramento, in quanto il termine "referente" doveva intendersi nel senso di "responsabile". Chiedeva, perciò, il rigetto nel merito del ricorso ex art. 414 c.p.c. per infondatezza, evidenziando anche l'insussistenza, nel caso concreto, dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* ai fini del giudizio cautelare, con il beneficio delle spese di lite.

La domanda ex art. 700 c.p.c. veniva rigettata, con ordinanza del 3/4/00, per difetto del *periculum in mora* e le spese processuali del giudizio cautelare erano integralmente compensate.



In sede di giudizio ordinario, esperito invano il tentativo di conciliazione, interrogate liberamente le parti e formalmente il legale rappresentante della Azienda USL, la resistente, su specifica eccezione della controparte, veniva dichiarata decaduta dalla prova all'udienza del 19/9/00, non contenendo la memoria di costituzione né i nominativi dei testi di cui si chiedeva l'escusione, né la riserva di indicarli successivamente.

Previa breve istruttoria testimoniale, all'odierna udienza, i procuratori discutevano oralmente la causa ed all'esito il giudice la decideva, dando lettura in aula del dispositivo riportato in calce alla presente sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è meritevole di accoglimento nei seguenti termini. In punto di diritto, giova osservare che al caso in esame deve applicarsi l'art. 56 del D.lgs. 29/93, il quale, nell'ultima formulazione risultante dagli articoli 25 del D.lgs. 31.3.98 n.80 e 15 del D.lgs. 29/10/98 n.387, impone di attribuire al pubblico dipendente le mansioni per cui è stato assunto, o quelle comunque "considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista nei contratti collettivi", allineandosi nella sostanza a quanto già previsto, per il settore privato, dall'art. 2103 c.c., come novellato dall'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori, che è chiaro nel vietare, in generale, ogni modifica *in peius*.

Nonostante, infatti, l'art. 56 sopra citato non riproduca esattamente l'inciso "ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte", che è invece presente nell'art. 2103 c.c., a parere di questo giudicante non vi è ragione di escludere, per il pubblico impiego, la valutazione di equivalenza rispetto alle ultime mansioni svolte.

Diversamente opinando, infatti, si potrebbe venire a creare un'irragionevole disparità di trattamento tra dipendenti privati e dipendenti pubblici, irragionevole considerato il fatto che non vi sono particolari motivi per escludere la tutelabilità in sede giudiziale del livello professionale raggiunto anche da questi ultimi, e visto che, anzi, le recenti linee di evoluzione della riforma del pubblico impiego sembrano indurre a trarre una conclusione contraria. Lo stesso art. 56 esaminato, del resto, fa nel suo prosieguo, esplicito riferimento allo "sviluppo professionale".

Né, d'altra parte, ciò può apparire frutto di una forzatura ermeneutica, dato che, ponendo a raffronto i segmenti delle due norme in questione, si può notare come l'art. 2103 c.c. reciti: "Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto ... ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte", laddove l'art. 56 del D.lgs. 29/93 statuisce che: "Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista nei contratti collettivi".

Quali potrebbero essere, infatti, queste "mansioni considerate equivalenti ..." se non quelle diverse dalle "mansioni per le quali è stato assunto" e quindi anche le ultime mansioni svolte?

Si potrebbe, in effetti, obiettare che esse siano quelle considerate in astratto equivalenti a quelle di pertinenza della categoria contrattuale del lavoratore, pur se da lui mai svolte in concreto.

Tale tesi però non convince, in quanto il giudizio di equivalenza delle mansioni è sempre stato fatto in concreto e non in astratto dalla consolidata giurisprudenza di legittimità (cfr sul punto espressamente Cass. Civ. 2428/99).

D'altra parte, ove il legislatore avesse voluto veramente riferirsi ad un giudizio astratto, ben avrebbe potuto usare il termine "corrispondenti", che adopera nell'inciso successivo della stessa disposizione, anziché quello adottato di "equivalenti".

L'art 56 del D.lgs. 29/93 avrebbe potuto, cioè, semplicemente sancire "corrispondenti alla



sua categoria contrattuale”, come di seguito recita: “corrispondenti alla qualifica superiore”. Questo argomento letterale appare, quindi, decisivo nel supportare la conclusione che segue.

La differenza sostanziale, in termini di contenuto, tra l'art. 2103 c.c. e l'art. 56 del D.lgs. 29/93, considerata la loro diversa formulazione letterale, sta in definitiva semplicemente nel fatto che il primo consente sempre il giudizio di equivalenza in concreto rispetto alle ultime mansioni svolte dal dipendente privato.

L'art. 56, invece, non vieta in assoluto che il giudizio di equivalenza sia effettuato rispetto alle ultime mansioni svolte dal pubblico dipendente, ma impedisce soltanto che tale valutazione sia fatta rispetto alle pregresse mansioni che non siano corrispondenti alla sua categoria di appartenenza, nell'ambito della classificazione professionale prevista nei contratti collettivi.

Si vuole, in poche parole, evitare che il giudizio di equivalenza con le ultime mansioni effettivamente svolte possa condurre a riadibire il lavoratore pubblico, in caso di esito positivo del processo da lui intentato per demansionamento, a mansioni superiori il cui precedente svolgimento non sia stato comunque di rilevanza tale da fargli acquisire una qualifica superiore.

Tant'è che l'art. 56 prosegue affermando che il pubblico dipendente dev'essere invece, come ipotesi alternativa, adibito alle mansioni “corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive”.

La *ratio* della norma così individuata non appare quindi ostativa alla salvaguardia, anzi auspicabile, della maggior professionalità acquisita dal pubblico dipendente nell'ambito della medesima categoria contrattuale di appartenenza.

In applicazione degli enunciati principi normativi al caso in esame e, visto che è pacifico tra le parti (cfr. memoria di costituzione alla pag. 1) che il ricorrente sia stato inquadrato, a decorrere dall'entrata in vigore del nuovo C.C.N.L. Comparto Sanità 1998-2001, nella categoria D, già VII livello, occorre anzitutto verificare la corretta riconducibilità delle mansioni attribuitegli – dall'agosto del 1998 in poi – al richiamato inquadramento contrattuale, nonché, se del caso, valutare la loro equivalenza in concreto, in termini di professionalità, rispetto a quelle precedentemente svolte.

Per compiere tale verifica si deve partire dall'analisi delle astratte previsioni della contrattazione collettiva di settore.

Secondo le declaratorie del sistema classificatorio delineato nell'Allegato 1 del Comparto Sanità, nella categoria D sono inquadrabili coloro che hanno “conoscenze teoriche specialistiche e/o gestionali in relazione ai titoli di studio e professionali conseguiti, autonomia e responsabilità proprie, capacità organizzative, di coordinamento e gestionali caratterizzate da discrezionalità operativa” e dunque il collaboratore amministrativo che “svolge attività amministrative che comportano un'autonoma elaborazione di atti preliminari ed istruttori dei provvedimenti di competenza dell'unità operativa in cui è inserito ... collabora con il personale inserito nella posizione Ds e con i dirigenti nelle attività di studio e di programmazione”.

La categoria D si differenzia in questi aspetti dalla sottostante categoria C, in cui confluiscono gli appartenenti al VI livello funzionale (assistente amministrativo) aventi “conoscenze teoriche specialistiche di base, capacità tecniche elevate per l'espletamento delle attribuzioni, autonomia e responsabilità secondo metodologie definite e precisi ambiti di intervento operativo...con assunzione di responsabilità dei risultati conseguiti”.

Ponendo a raffronto con le enunciate declaratorie contrattuali le mansioni svolte dal T.G., deve constatarsi che, alla luce di quanto è emerso dall'istruttoria svolta, il ricorrente non è mai stato adibito di fatto, dall'agosto 1998 in poi, a mansioni riconducibili alla categoria D, a differenza di quanto era avvenuto nel periodo precedente, in cui aveva occupato la posizione di

Responsabile della Segreteria del Direttore del Distretto D, confacente al suo profilo di collaboratore amministrativo.

La teste escussa (G. M. V. dipendente che ha lavorato col T.G. nella segreteria del Direttore del distretto in epoca successiva al 1994), ha riferito che, quale Responsabile della Segreteria, “il ricorrente, col Dr. Z., si occupava di stendere gli atti deliberativi, di predisporre le circolari per l'attuazione delle previsioni legislative, dava consulenze al Direttore del distretto in materia legale, firmava i permessi brevi al personale, ferie comprese, su delega del Direttore. Si occupava di gestione del personale, anche esaminando le domande di congedo straordinario e provvedendo al controllo dei cartellini d'ingresso, oltre che segnalando eventuali casi di assenze ingiustificate”. Per il periodo dall'agosto 1998 sino al provvedimento n.71 DD del 19/1/99, invece, la teste ha affermato ho sempre visto il T.G. in giro inoperoso all'interno dell'ufficio, anche deriso dai colleghi. Ricordo che in occasione del trasferimento degli uffici ... il Direttore del distretto disse al T.G., anche in mia presenza, che non poteva farsi vedere in giro senza far niente e che, quindi, era opportuno che andasse a mettere a posto l'archivio”.

Con riferimento alle mansioni attribuite al lavoratore dal 19/1/99, – Referente per il Poliambulatorio, CUP e Cassa Ticket per l'area elementare di Cassino –, già la resistente nella memoria di costituzione, del resto, si limita ad affermare, in modo apodittico, che al Tomasso “sono affidati il coordinamento e la gestione, in relazione al proprio inquadramento professionale, del servizio nel suo complesso e nelle proprie componenti amministrative e tecnico-sanitarie”, senza peraltro dire quali fossero nella sostanza le competenze ed i compiti del ricorrente. Il legale rappresentante della resistente, al riguardo, in sede di interrogatorio formale, ha reso dichiarazioni che possono valere quale confessione giudiziale ai sensi dell'art. 228 c.p.c., nella parte in cui ha ammesso che le mansioni svolte dal gennaio 1999 dal T.G. si riducevano a segnalare al referente sanitario (Dr. V.) eventuali anomalie nel funzionamento dei computers, chiedendo le relative riparazioni, nonché all'approvvigionamento del materiale di consumo necessario all'ufficio CUP, sia distribuendo le risorse di magazzino (rulli, carta, cartucce, inchiostro), sia effettuando le relative richieste da far firmare al Dr. V., Dirigente”.

Lo stesso legale rappresentante, ulteriormente sollecitato a riferire in ordine alle mansioni concretamente svolte dal ricorrente, ha poi esplicitamente dichiarato anche che “il Dr. T., in qualità di referente amministrativo del CUP, collabora con il dirigente preposto, Dr. V., in tutte le attività amministrative nella qualifica propria, che non sono in grado di specificare, in quanto non ho sott'occhio il C.C.N.L.”.

Tali circostanze, valutate anche alla luce delle ammissioni contenute nella stessa memoria di costituzione della Azienda USL (con particolare riferimento al fatto che il T.G. non fosse stato munito ne di copia delle chiavi della cassaforte, ne della password necessaria per accedere ai computer che si trovavano nel CUP), consentono di ritenere smentita la tesi sostenuta dalla resistente, secondo cui l'incarico di “referente sarebbe stato attribuito al T.G. con l'intenzione di renderlo, in effetti, funzionario “responsabile di quel settore”. Anche perché, visto, che, secondo quanto affermato a pag. 6 delle note integrative al ricorso e peraltro non contestato dalla resistente, gli altri collaboratori amministrativi avevano, a differenza del T.G., ricevuto il formale incarico di “responsabile e non di mero referente, non si comprende secondo quale logica non sia avvenuto lo stesso per il ricorrente”.

Il fatto che T.G. fosse mero referente e non responsabile del CUP è stato del resto esplicitamente ammesso all'udienza del 19/9/00, dal Dr. C. L., capo del personale della Azienda USL di Frosinone, il quale ha dichiarato di aver appreso dal Direttore Generale che questi era disponibile a conferire al ricorrente, successivamente all'udienza, l'incarico di Responsabile del CUP e Poliambulatorio come richiesto in ricorso.



Rilevanti appaiono anche le circostanze risultanti dai seguenti documenti, non contestati dalla resistente: la nota del 20/5/99 a firma del Dr. T. N., da cui si evince che tutto il personale del CUP era gestito esclusivamente dalla Caposala D'A., che era preposta a ricevere le richieste di ferie, congedi, permessi e recuperi e ad apporre il proprio visto sulle stesse, nonché la nota dell'11/11/99, firmata dal Responsabile del Distretto D, dal cui allegato risulta che il T.G. non firmava i modelli per la gestione delle assenze e delle missioni del personale.

Ultima, ma non meno rilevante, in quanto attesta l'inesistente spazio decisionale lasciato al dipendente, la nota 490/dd del 25.3.00, con cui veniva addirittura contestato al T.G. di aver spostato di propria iniziativa dei pacchi di carta per il rifornimento delle stampanti del CUP, dal pianoterra al primo piano, facendosi aiutare da altri dipendenti, mentre avrebbe dovuto utilizzare per tale incombenza il personale addetto, attendendo comunque indicazioni in merito dal suo dirigente sovraordinato.

Dall'istruttoria complessivamente espletata è, dunque, emersa l'inconfutabile prova del demansionamento patito dal T.G., il quale, dopo essere stato lasciato per un periodo inattivo (con saltuaria adibizione a mansioni di basso profilo, quale la sistemazione manuale degli scatoloni nel nuovo archivio), è stato preposto a compiti inquadrabili nella categoria C ed in concreto risultati dequalificanti nonché comportanti una sicura lesione della sua dignità professionale.

Ne discende, in conclusione, che il declassamento del ricorrente, operato dalla Azienda USL di Frosinone nel periodo evidenziato in ricorso, è illegittimo e deve, per l'effetto, ordinarsi alla resistente di riadibire il T.G. a mansioni realmente riconducibili alla categoria D del C.C.N.L. Comparto Sanità, ossia alle mansioni di Responsabile della segreteria del Direttore del Distretto D o a mansioni equivalenti, comunque confacenti al suo inquadramento contrattuale.

Per quanto attiene al richiesto risarcimento del danno da demansionamento, a parere di questo giudicante, possono distinguersi tre tipi di danno in astratto derivabili da un declassamento, ossia dall'attribuzione di mansioni inferiori per un apprezzabile lasso di tempo:

- un danno biologico, inteso quale lesione fisio-psichica al bene salute del dipendente, danno che deve certo essere rigorosamente provato e non genericamente lamentato da chi lo chiede, in quanto esso risulta in *rerum natura* di verifica meramente eventuale, data la diversità della costituzione fisio-psichica di ciascun lavoratore;
- un danno morale, riducibile al trauma psichico, ossia all'insieme delle sofferenze e dei patimenti psicologici, che non trasmodino in una patologia psichica, la cui sussistenza, data la difficoltà probatorie, può ritenersi *in re ipsa*, ma la cui risarcibilità è ristretta ai rarissimi casi in cui il demansionamento integri anche gli estremi di un reato (come ribadito da Cass. Civ. n.1643/00);
- un danno da dequalificazione in senso stretto o “danno alla professionalità”, di natura patrimoniale, consistente nella lesione del bagaglio professionale lavorativo, nonché dell'immagine del dipendente nell'ambiente di lavoro, che non richiede prova nell'*an*, anche se deve essere poi rigorosamente stimato, in sede equitativa, in relazione al *quantum*.

Non si ritiene, infatti, di aderire a quel rigoroso e diffuso orientamento di legittimità secondo cui grava sul lavoratore demansionato l'onere di provare, ex art. 2697 c.c., l'effettivo danno subito, che si traduce inevitabilmente in una *probatio diabolica*.

La sussistenza di tale danno *in re ipsa*, come connaturato ad ogni demansionamento non breve, può farsi discendere dal fatto che quest'ultimo, oltre che atteggiarsi come violazione dell'obbligo contrattuale posto a carico del datore di lavoro dalla norma imperativa sopra citata, configura anche la ben più grave violazione del diritto al lavoro costituzionalmente sancito quale ineludibile aspetto di estrinsecazione della personalità umana e quale fondamento della democrazia italiana (articoli 1, 4 e 35 della Cost.), che ha come corollario il diritto del dipendente ad essere

valutato per le sue capacità professionali e la sua preparazione.

In tal senso si è infatti orientata di recente anche la Suprema Corte, che ha avuto modo di affermare, seppur con riferimento al settore privato, il seguente principio: “il demansionamento professionale di un lavoratore dà luogo ad una pluralità di pregiudizi, solo in parte incidenti sulla potenzialità economica del lavoratore ..., infatti, non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 c.c., ma costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro, con la conseguenza che il pregiudizio conseguente incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato, con indubbia dimensione patrimoniale che lo rende suscettibile di risarcimento e di valutazione anche equitativa”, pure nell'ipotesi in cui sia mancata la dimostrazione di un effettivo pregiudizio patrimoniale (così Cass. Civ. n.14443/00, e già prima Cass. Civ. 11727/99).

L'adibizione a mansioni inferiori, infatti, ove prolungata per almeno un anno, certamente genera una diminuzione del patrimonio professionale, che dovrà poi essere economicamente stimata, anche considerati gli effetti negativi riflessi sulla progressione in carriera del dipendente, sulla sua immagine professionale nell'ambiente di lavoro e tenuto conto della tipologia delle mansioni originarie e del livello di professionalità già acquisito.

Considerato, dunque, sussistente il c. d. “danno alla professionalità” lamentato dal ricorrente, in quanto il demansionamento subito dal T.G. ha certo comportato, per il lavoratore, l'impossibilità di continuare a svolgere il lavoro qualificato che gli era stato prima assegnato ed ha, con ogni probabilità, causato un depauperamento, oltre che un mancato incremento, del suo bagaglio di specifica professionalità, con effetti riflessi negativi sulla sua vita di relazione, si ritiene che lo stesso possa essere patrimonialmente valutato in via equitativa (art. 1226 c.c., nonché artt. 113 e 432 c.p.c.).

Non si considera, infatti, soddisfacente il criterio che fa riferimento ad una mensilità per ogni mese di durata del demansionamento, in quanto per il superamento di esso depongono ragioni di evidente tutela del datore di lavoro, che potrebbe altrimenti trovarsi esposto al rischio di dover pagare, a titolo di risarcimento del danno, una somma il cui incremento dipenderebbe da una unilaterale scelta del lavoratore demansionato circa i tempi di attivazione della tutela processuale (pur se ovviamente nei termini prescrizionali).

Viste le specifiche allegazioni della parte ricorrente in merito al *quantum* e l'entità della retribuzione lorda mensile del lavoratore (pari a L. 5.182.204 come da documentazione in atti), considerate le mansioni originariamente svolte dal T.G., la sua apprezzabile professionalità, quale anche risultante dai numerosi documenti a sua firma prodotti agli atti di causa e l'entità della dequalificazione e della sua durata, vagliate le circostanze del caso concreto anche con riferimento al periodo successivo all'agosto 1998 ed al contesto dell'ambiente lavorativo e valutato, infine, il comportamento aziendale anche processuale (concretatosi in successive proposte transattive messe a verbale in modo formale ma mai onorate nei fatti, nonostante l'accettazione del ricorrente), si ritiene congrua la liquidazione equitativa di L. 60.000.000, somma sulla quale spettano soltanto gli interessi legali, ai sensi dell'art. 22, comma 36 della L. 724/94, dalla data di pubblicazione della presente sentenza al saldo.

Deve invece essere respinto il capo attinente al richiesto risarcimento del danno biologico, poiché neppure minimamente documentato (gli unici tre certificati medici allegati, invece di riferirsi alla persona del ricorrente, riguardano T. I., presumibilmente sua parente).

Le spese processuali, come liquidate in dispositivo, seguono il generale principio della soccombenza.



P.Q.M.

definitivamente pronunciando,
ogni altra domanda ed eccezione disattesa :

1. Dichiara illegittima l'assegnazione di T.G. alle mansioni di mero referente per il Poliambulatorio, CUP, e Cassa Ticket per l'area di Cassino, in quanto concretamente risultate non confacenti al suo profilo professionale di collaboratore amministrativo (ex VII livello), inquadrato nella categoria D secondo il C.C.N.L. Comparto Sanità 1998-2001 e conseguentemente ordina all'Azienda USL di Frosinone, di riadibirlo alle mansioni di Responsabile della Segreteria del Direttore del Distretto D o a mansioni equivalenti, comunque confacenti al suo inquadramento contrattuale.

2. Rigetta la domanda relativa al risarcimento per danno biologico.

3. Condanna la società resistente a corrispondere al ricorrente la somma di L. 60.000.000 a titolo di risarcimento del danno alla professionalità patito per demansionamento, oltre interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza al saldo, nonché la somma di L.3.768.000, di cui L.1.320.000 per diritti e L.2.105.000 per onorari, per rifusione delle spese legali.

Cassino, 11.1.2001



c) I segretari comunali e provinciali

Nota di Paolo Sordi*



67

Sulla devoluzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie in materia di rapporti di lavoro dei segretari comunali e provinciali la giurisprudenza appare ormai consolidata. Oltre alle pronunce in rassegna, si vedano anche Trib. Udine, 28.8.00, in *Giust. Amm.*, 2000, 70; Pret. Firenze, 11.1.99, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 1999, 152.

Ineccepibile appare anche la soluzione offerta da Trib. Roma, 6.2.01, al problema della competenza territoriale, posto che l'art. 413, comma 5, c.p.c., a tal fine attribuisce esclusiva rilevanza al luogo ove di fatto il dipendente pubblico presta la propria attività lavorativa.

Quanto alla possibilità di ordinare all'Autorità amministrativa di reintegrare il segretario nelle sue funzioni, anche la citata Trib. Udine, 28.8.00 ha concluso in senso affermativo.

**Tribunale di Santa Maria Capua Vetere -
Ordinanza 11 dicembre 2000**

Il riparto di giurisdizione – criterio sostanziale – incarico di segretario comunale – revoca – controversia – giurisdizione del giudice ordinario – sussistenza.

Il rapporto di lavoro – segretari comunali e provinciali – revoca dell'incarico – illegittimità – ordine giudiziale di ripristino del rapporto di lavoro – sussistenza.

Spetta al giudice ordinario la cognizione sulle controversie relative alla revoca dall'incarico di segretario comunale.

Il giudice che accerti l'illegittimità della revoca dall'incarico di segretario comunale può ordinare al Comune di ripristinare il rapporto di dipendenza funzionale con il segretario.

TRIBUNALE DI S. MARIA C. V.

Il giudice dott. Fabrizio Amendola quale giudice del lavoro (artt. 409 e ss. c.p.c.)

* Magistrato della Corte di Appello de L'Aquila

Visti gli atti del procedimento cautelare n. 13366/2000 R.G. proposto da M.S. nei confronti del Comune di Casaluce, nonché dell'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali Sezione Regionale della Campania;

sciogliendo la riserva di cui al verbale di udienza del 21 novembre 2000;

uditi i procuratori delle parti; letti gli atti ed esaminata la documentazione prodotta;

CONSIDERATO IN FATTO

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato il 12 ottobre 2000, M.S., dopo aver premesso di rivestire la funzione di segretario comunale presso il Comune di Casaluce a far data dal 3.8.98, esponeva che il 30.9.2000 aveva ricevuto comunicazione del decreto sindacale di revoca dall'incarico in cui le si addebitava: a) di essersi arbitrariamente assentata dal servizio, senza la preventiva autorizzazione del Sindaco e senza il necessario nulla osta dell'Agenzia Segretari Campania, nei giorni 5,8,9,11,12,14,16,17,18,19 agosto 2000, b) di aver in precedenza autorizzato, per lo stesso periodo, le ferie estive di 4 capi settore senza prevederne la sostituzione; che tale provvedimento veniva reso all'esito di un procedimento, avviato il 10 agosto mentre era in vacanza, nel corso del quale erano state mosse un insieme di contestazioni, talune neanche riproposte nel decreto finale di revoca e tal altre contenute solo in esso e mai prima addebitate, tutte segnate dal comune carattere della pretestuosità e dell'infondatezza; che, in particolare, la S, con nota prot. n. 7137 del 26 luglio 2000, aveva regolarmente provveduto a comunicare il proprio periodo di congedo ordinario sia al Sindaco che all'Agenzia Regionale dei Segretari, piano ferie peraltro precedentemente concordato con il Sindaco; che, infine, l'addebito di aver autorizzato le ferie dei capi settore senza provvedere alla sostituzione non era mai stato oggetto di formale contestazione con violazione dei principi del contraddittorio.

Paventando pregiudizio imminente ed irreparabile, sia per la perdita di professionalità conseguente alla forzata inattività cui la S. veniva costretta nella "posizione di disponibilità", sia per la rilevante lesione dell'immagine esterna derivante dalla revoca inflitta, i procuratori dell'istante adivano con procedura d'urgenza il giudice del lavoro del Tribunale di S. Maria C. V. per sentir ordinare al Comune di Casaluce ed all'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali Sezione Regionale della Campania l'immediata reintegra della ricorrente nelle funzioni di Segretario Comunale di Casaluce.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, all'udienza cautelare del 7 novembre 2000 si costituiva la sola amministrazione comunale, mentre l'Agenzia Regionale preferiva restare contumace. L'Amministrazione convenuta eccepiva pregiudizialmente il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e, nel merito, chiedeva il rigetto del ricorso, contestando la ricorrenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Sentita personalmente la ricorrente, acquisita la documentazione prodotta, differita l'udienza per consentire il deposito di note illustrative, all'esito della discussione orale questo giudice riservava la decisione.

RITENUTO IN DIRITTO

Della giurisdizione.

Al fine di delibare la preliminare eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal comune resistente appare indispensabile tracciare sinteticamente le linee essenziali del nuovo ordinamento dei segretari comunali e provinciali, così come modificato dalla Legge n. 127 del 15.5.97 (art. 17 commi 68-86) e dal D.P.R. n. 465 del 4.12.97.

Per comodità espositiva faremo riferimento all'articolato in compendio nel Testo Unico degli Enti Locali del 18.8.2000 n. 267, con l'avvertenza che in esso naturalmente non si rinven-

gono le norme del D.P.R. n. 465/97 in considerazione della loro natura regolamentare.

"Il Comune e la Provincia hanno un Segretario titolare dipendente dell'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali" (art. 97/1), Agenzia che ha "personalità giuridica di diritto pubblico" (art. 102/1).

"Il Sindaco e il Presidente della Provincia nominano il Segretario, che dipende funzionalmente dal capo dell'amministrazione, scegliendolo tra gli iscritti all'albo ..." (art. 99/1), albo cui "si accede per concorso" e che è "articolato in sezioni regionali" (art. 98/1).

"... La nomina ha durata corrispondente a quella del mandato del Sindaco o del Presidente della Provincia che lo ha nominato" (art. 99/2); "il Segretario può essere revocato con provvedimento motivato del Sindaco o del Presidente della Provincia, previa deliberazione della Giunta, per violazione dei doveri d'ufficio" (art. 100/1).

"Il Segretario comunale e provinciale svolge compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti" (art. 97/2).

I primi commentatori della riforma hanno evidenziato che si è abbandonata la collocazione del Segretario nell'ambito dell'amministrazione statale, difficilmente giustificabile nel sistema delle autonomie locali, ma non l'originaria impostazione che conculcava la dissociazione tra rapporto organico e rapporto di servizio, atteso che il Segretario da un lato era considerato organo del Comune (o della Provincia) presso cui esercitava le proprie funzioni e dall'altro era un impiegato del Ministero degli Interni.

Anche oggi si ritiene che il Segretario instauri con l'Agenzia un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, previa nomina, un rapporto d'ufficio o organico con l'ente, da intendersi quest'ultimo come relazione di immedesimazione meramente interna, costituita, per dirla con la più autorevole dottrina della materia, da "tutto il complesso di regole che connettono la persona fisica all'esercizio delle funzioni pubbliche" e che non riguarda "il titolare dell'ufficio nella sua materialità di soggetto ... ma attiene ad una qualità giuridica che la norma attribuisce al titolare dell'ufficio di agire producendo effetti giuridici che non gli si imputano, esercitando potestà che come soggetto materiale non avrebbe".

La coesistenza in capo al medesimo soggetto della titolarità sia del rapporto di servizio o di impiego con l'Agenzia, sia del rapporto d'ufficio o organico con l'ente comunale o provinciale, ha indotto una certa giurisprudenza a ritenere che gli atti incidenti sulla relazione organica o d'ufficio appartengano alla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre le questioni afferenti il rapporto di lavoro competerebbero al giudice ordinario.

Tale opinione trova la sua radice in un duplice riferimento normativo.

Innanzitutto la legge delega n. 421 del 23.10.92, all'art. 2 comma 1 lett. c), – benché da coordinare con la norma di cui all'art. 11 comma 4 della legge 15.3.97 n. 59 che, secondo taluno, avrebbe abrogato per incompatibilità l'elenco delle sette materie sottratte dal trasferimento di giurisdizione – esclude dall'ambito delle materie da devolvere al giudice ordinario quella concernente "gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi".

Secondariamente l'art. 3 del D.lgs. n. 29 del 1993 pone "le nomine, le designazioni ed atti analoghi" tra le funzioni di indirizzo politico amministrativo riservate agli organi di governo – ed il Sindaco che conferisce o revoca l'incarico segretariale è organo di governo del comune per cui l'atto avrebbe natura provvedimentale, come tale non sussumibile tra "le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" che l'art. 4, 2° comma, del D.lgs. n. 29 del 1993, attribuisce agli "organi preposti alla gestione con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro".

La prevalente giurisprudenza ordinaria di merito afferma invece la propria potestà giurisdizionale in questo ambito sulla base del disposto dell'art. 68, comma 1, del D.lgs. n. 29/93, come





modificato dall'art. 29 del D.lgs. n. 80/98, che devolve "al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni" e che tra queste include le controversie concernenti "il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali", cui sarebbero omologabili nomina e revoca del Segretario comunale.

Questo giudice ritiene di poter aderire a codesta tesi per le argomentazioni che seguono.

Pare al decidente che l'affermato discrimine netto nello *status* del Segretario Comunale e Provinciale tra rapporto di impiego e rapporto organico si fonda non tanto su di una indicazione normativa – atteso che la disciplina positiva si limita ad affermare che il Segretario "dipende" sia dall' Agenzia (art. 97/1) sia dall'amministrazione che lo nomina (art. 99/1), qualificando tale ultima forma di soggezione come "funzionale" – quanto piuttosto sull'ossequio ad una tradizione che perpetua una relazione giuridica bifronte e che non sembra tenere nel debito conto l'effettività del contenuto della prestazione richiesta al Segretario.

Dire infatti che una cosa è il rapporto di lavoro con l' Agenzia, disciplinato dalle regole del diritto privato, ed altra è il rapporto d'ufficio con il comune, dominato dalle norme pubblicistiche, significa dimenticare che il Segretario presta le sue energie lavorative in favore del comune e che questo ente direttamente se ne avvale, che il Segretario è stabilmente inserito nell'organizzazione della struttura amministrativa, che il Segretario espleta i suoi compiti ed osserva i suoi doveri di collaborazione in dipendenza funzionale dal Sindaco.

Che, in definitiva, in ragione della genetica fratellanza siamese tra il momento organizzativo pubblicistico e quello gestionale privatistico, risulta impossibile stabilire una rigida linea di demarcazione tra i due ambiti, per cui ogni accadimento giuridicamente rilevante per un'area, contestualmente ed indissolubilmente spiega effetti e conseguenze nell'altra area.

Del resto il processo di frantumazione dello schema tradizionale del rapporto di lavoro subordinato anche nel settore privato ha superato il dogma della necessaria coincidenza tra chi è giuridicamente titolare di un contratto di lavoro e chi effettivamente utilizza e coordina la prestazione lavorativa; così la dissociazione tra titolarità formale e gestione concreta del rapporto, un tempo limitata a fenomeni patologici – interposizione fittizia di mano d'opera – conosce la sua tipizzazione con la fornitura di lavoro interinale.

In particolare non può negarsi che l'atto di nomina di un Segretario – e l'atto che ne è il suo contrario quale la revoca – non è solo una investitura, espressione di una potestà organizzativa di stampo pubblicistico, ma è anche un atto che riverbera immediatamente i suoi effetti sul rapporto di lavoro, stabilendone le coordinate essenziali e cioè il "dove", il "come" ed il "per chi" si lavora.

L'affermazione della giurisdizione amministrativa in fattispecie siffatte significherebbe dunque sottrarre inevitabilmente alla *potestas decidendi* del giudice del lavoro situazioni giuridiche soggettive di cui il Segretario è titolare in quanto lavoratore e non come preposto ad un ufficio pubblico.

Inspiegabilmente il Segretario, per il solo fatto di essere titolare di un rapporto organico, dovrebbe rivolgersi al giudice amministrativo per trovare tutela nei confronti di atti che incidono direttamente sul contenuto della sua attività lavorativa.

Ma quello in controversia non è certo l'unico caso in cui l'atto di nomina partecipa di una duplice natura, definendo, d'un canto, l'organizzazione dell'Ente in relazione alla scelta del titolare dell'ufficio e, dall'altro, assegnando a costui i compiti che è chiamato a svolgere.

Gli è che la dualità tra rapporto di servizio e rapporto organico, resa plasticamente nell'ordinamento dei segretari di comuni e province dalla circostanza che la controparte della relazione giuridica è nel primo rapporto l'Agenzia e nel secondo l'Ente, non è che una delle manifestazioni della difficoltà di segnare il confine tra cornice pubblicistica e gestione privatistica che perva-



de il travagliato cammino della disciplina che ha devoluto la materia del pubblico impiego alla cognizione del giudice comune.

Allorquando fu emanato il D.lgs. n. 29/93 la dottrina maggioritaria, sul presupposto della configurabilità dei poteri di gestione del datore di lavoro pubblico pur sempre nei termini pubblicistici del provvedimento amministrativo, salutò la riforma come "una colossale espropriazione dei mezzi giurisdizionali di tutela ... ai danni del pubblico impiegato", atteso che non si erano affidati al giudice ordinario poteri di annullamento e costitutivi capaci di incidere direttamente sul provvedimento amministrativo eventualmente lesivo del diritto soggettivo del dipendente.

Solo con la delega conferita al governo con la legge 15.3.97 n. 59 si è cercato di chiarire ogni equivoco ponendo due principi generali: da un lato si è previsto il completamento dell'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato, con la conseguente estensione al primo delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa (art. 11, comma 4, lett. A), L. n. 59/97); dall'altro si è disposta la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro pubblico "ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione" (art. 11, comma 4, lett. g, L. n. 59 cit.).

Con vigore il legislatore delegante ribadisce che la dimensione contrattuale del rapporto di lavoro postula che gli atti di gestione che su di esso incidono abbiano natura privatistica, come tali inidonei a degradare i diritti soggettivi del lavoratore.

Ed anche ove l'atto di esercizio del potere datoriale venga ad innestarsi su di un atto amministrativo presupposto, la giurisdizione del giudice ordinario non si arresta, potendosi questi limitare a disapplicare il provvedimento eventualmente ritenuto illegittimo.

Così strutturato, l'art. 68 nella nuova formulazione ha una naturale forza espansiva che attrae alla giurisdizione del giudice ordinario ogni aspetto afferente i rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni che non ne sia tassativamente eccettuato per deroga oggettiva (le procedure concorsuali per l'assunzione) o soggettiva (rapporti di lavoro di magistrati, militari, diplomatici, professori universitari, etc.).

La stessa inclusione espressa, tra le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di quelle concernenti "il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali" lascia comprendere che la giurisdizione del giudice ordinario non si ferma neanche innanzi ad atti promananti da un organo di governo, espressione di potestà di indirizzo politico-amministrativo (ad es. il Consiglio dei Ministri che, su proposta del Ministro competente, nomina il Segretario Generale dei Ministeri; il Presidente del Consiglio che, su proposta del Ministro competente, attribuisce gli incarichi degli uffici di livello dirigenziale generale; così come il Sindaco che conferisce l'incarico di Segretario del Comune).

La diretta incidenza di atti pubblicistici sul rapporto di lavoro dirigenziale sembra dunque porre il problema dell'estensione dei poteri del giudice ordinario a tutela della situazione giuridica legittimante e dell'eseguibilità delle sue pronunce ma non mette in discussione l'attribuzione della potestà giurisdizionale.

La forza di attrazione espressa dall'art. 68 citato colora un disegno di devoluzione della giurisdizione in cui la natura dell'atto potenzialmente lesivo costituisce un elemento neutro ai fini del riparto, in quanto per il nuovo assetto tra i due ordini giurisdizionali non soccorre più il criterio tradizionale della natura paritetica o autoritativa dell'atto bensì solo il contenuto sostanziale della fattispecie controversa e la sua inerenza ad una materia trasferita.

Parallelamente le Sezioni Unite della Cassazione – con la rivoluzionaria sentenza n. 500 del 22 luglio 1999 in tema di risarcibilità degli interessi legittimi – commentando proprio la "indubbia forza innovativa" della disciplina introdotta dal D.lgs. n. 80/98 scrivono a chiare lette-

re nel diritto vivente che “risulta in tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia”.

In ragione delle argomentazioni esposte, per quanto riguarda la revoca del Segretario comunale, non può negarsi la giurisdizione del giudice adito, sia che si voglia connotare l'atto nel suo contenuto autoritativo organizzatorio come provvedimento amministrativo presupposto suscettibile di disapplicazione (cioè naturalmente forzando la tradizionale concezione dell'istituto della disapplicazione secondo cui essa non opera allorché l'illegittimità dell'atto è l'oggetto principale della controversia e gli effetti della disapplicazione coincidono integralmente con quelli di un annullamento), sia che lo si voglia considerare nella sua dimensione di atto di gestione del rapporto di lavoro reso con i poteri del datore privato, sia che ci si spinga, per preservare l'essenza provvedimentale dell'atto e la nozione tradizionale di disapplicazione, a ritenere che l'art. 68, 2° comma cit. abbia esteso al giudice ordinario poteri caducatori dell'atto amministrativo equivalenti a quelli costitutivi normativamente ammessi, con conseguente affermazione di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario estesa a posizioni soggettive di interesse legittimo.

A tale conclusione ermeneutica, anche se per itinerari argomentativi diversi, appare conforme una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 100 del 24.2.99) che, seppure con stringatezza inusuale per la delicatezza dell'argomento, ha dichiarato la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria nella controversia avente ad oggetto la decadenza per gravi motivi di un direttore generale di una azienda sanitaria locale.

La Corte regolatrice ha osservato che il procedimento di decadenza dall'incarico attiene a specifiche inadempienze del direttore generale, si svolge su di un piano paritetico, non si risolve in un apprezzamento discrezionale – a differenza del caso della nomina o della mancata conferma del direttore generale –, comporta la lesione di diritti soggettivi e non di interessi legittimi.

Del *fumus boni iuris*.

La ricorrente invoca tutela cautelare per il suo diritto alla prosecuzione del rapporto di dipendenza funzionale quale Segretario del Comune di Casaluce che assume illegittimamente risolto dalla revoca del Sindaco.

Nei limiti della cognizione sommaria caratteristica del procedimento d'urgenza occorrerà esprimere sul procedimento e sull'atto riferibile alla Pubblica Amministrazione quello che accreditata dottrina gius-processualistica definisce “giudizio di conformità all'ordinamento” parimetrato alle disposizioni primarie e sub-primarie che condizionano l'esercizio del potere di revoca.

Come detto “il Segretario può essere revocato con provvedimento motivato del Sindaco o del Presidente della Provincia, previa deliberazione della Giunta, per violazione dei doveri d'ufficio” (art. 100/1 T.U. n. 267/2000).

Il successivo regolamento di attuazione della legge, approvato dal governo con il D.P.R. n. 465/1997, che ha completato in via transitoria la definizione dell'assetto ordinamentale sino alla prossima disciplina che sarà contenuta nel contratto collettivo di lavoro, aggiunge all'art. 15, comma 5°, che “il provvedimento motivato di revoca è adottato dal Sindaco o dal Presidente della Provincia su deliberazione della Giunta, previo contraddittorio con l'interessato. A tal fine, sono preventivamente contestate per iscritto le gravi violazioni ai doveri di ufficio, sono valutate le giustificazioni rese per iscritto, ed è sentito personalmente il Segretario, qualora lo richieda, in sede di seduta della Giunta comunale o provinciale.”

La delineata sequenza richiama ben noti principi coessenziali allo svolgimento di qualsiasi procedimento latamente disciplinare, primo tra tutti il principio della necessaria preventiva contestazione degli addebiti onde consentire all'incolpato, in un rituale contraddittorio, di giu-

stificarsi.

Tanto consente, nella fattispecie che ci occupa, di sgombrare immediatamente il campo da uno dei due addebiti che motivano la revoca – aver autorizzato le ferie estive di 4 capi settore senza prevederne la sostituzione – atteso che tale fatto non risulta mai espressamente e specificamente contestato al Segretario.

Dunque la palese violazione del diritto di difesa vizia di certo in questa parte il decreto sindacale.

A sostegno della revoca grava quindi sul Segretario esclusivamente il seguente addebito: essersi arbitrariamente assentata dal servizio, senza la preventiva autorizzazione del Sindaco e senza il necessario nulla osta dell'Agenzia Autonoma per la gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali, Sezione Regionale Segretari Campania, nei giorni 5, 8, 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19 agosto 2000.

Occorre dunque verificare se sussista l'addebito negli estremi oggettivi e soggettivi in cui è stato contestato e se esso rappresenti una “violazione dei doveri d'ufficio” idonea a giustificare la revoca dall'incarico di Segretario.

La parte ricorrente ha preliminarmente sostenuto che non vi è norma, decreto o regolamento che preveda che il periodo di congedo ordinario per ferie del Segretario comunale debba essere autorizzato dal Sindaco.

L'assunto appare singolare prima che giuridicamente infondato. La regolamentazione delle presenze in servizio del personale risulta una esigenza logicamente indefettibile di qualsiasi organizzazione di risorse umane, per cui neanche ai vertici di grado più elevato dell'organizzazione può essere consentito di stabilire in assoluta autonomia i giorni in cui lavorare.

Inoltre l'art. 2, 2° comma del D.lgs. n. 29/93, sancisce che “i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche 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 presente decreto”.

In ragione dell'espresso rinvio risulta sicuramente applicabile alla fattispecie l'art. 2109 c.c. secondo cui il periodo di ferie annuali è goduto dal lavoratore “nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro”.

La ricorrente ha poi affermato che il piano delle ferie era stato comunque preventivamente concordato con il Sindaco e che il 26 luglio aveva regolarmente provveduto a formalizzare la richiesta con atto comunicato al Sindaco e all'Agenzia Regionale.

L'amministrazione convenuta oppone che su tale richiesta non è mai intervenuta l'autorizzazione scritta del Sindaco.

Sin troppo agevole osservare che dal fatto che non vi sia un provvedimento scritto non si può inevitabilmente inferire che su tale programma di ferie non vi fosse l'accordo del capo dell'amministrazione, atteso che la concessione del congedo quale ordinario atto di gestione del rapporto di lavoro (cd. micro-organizzazione) non postula necessariamente una veste formale.

In ogni caso, anche a voler rimettere alla fase a cognizione piena ogni più approfondita indagine in ordine all'esistenza di un consenso del Sindaco, già gli esiti dell'istruttoria sommaria permettono di affermare che certo non vi è stato un espresso diniego dell'autorizzazione e che, anzi, il Sindaco ha tenuto una complessiva condotta tale da ingenerare un ragionevole affidamento nel Segretario in ordine all'esistenza di un accordo sul piano ferie predisposto.

Inequivocamente in tal senso depongono le seguenti circostanze:

– nel fascicolo personale della S., con riferimento al periodo precedente quello oggetto di contestazione, sono state rinvenute solo due richieste scritte di autorizzazione al godimento delle ferie con in calce l'approvazione sindacale (11 giorni nell'agosto 1998 e 2 giorni nell'aprile 2000)



e nulla per tutte le altre ferie, segno evidente che, probabilmente in considerazione dei rapporti fiduciari che legavano le persone, la fruizione del congedo non era necessariamente subordinata ad una richiesta e ad una autorizzazione formalizzati per iscritto;

– la domanda di ferie per i giorni del 21 e 22 aprile 2000 reca il protocollo del 21 aprile ed il Sindaco la autorizza egualmente, per cui si conferma l'allegazione attorea secondo cui non erano previsti termini antecedenti per presentare la richiesta ed il Sindaco soleva autorizzare anche quando la fruizione del congedo era già iniziata se non addirittura esaurita;

– la S. resta in ferie dal 5 all'8 luglio, dal 15 al 21 luglio e dal 27 al 31 luglio, così come da piano ferie contenuto nella domanda del 26 luglio, senza alcuna autorizzazione scritta e, sopra tutto, senza che nessuno nell'amministrazione, tanto meno il Sindaco, le chieda conto di ciò, neanche successivamente;

– in risposta alla domanda di ferie protocollata il 26 luglio il Sindaco non adotta alcun provvedimento; in particolare non comunica in alcun modo alla S il suo eventuale dissenso, come sarebbe stato ovvio e naturale se avesse ravvisato in quella richiesta una qualche incompatibilità con le esigenze di servizio previste per i giorni successivi al 7 agosto; lascia, invece, colpevolmente inevasa la richiesta, fra l'altro violando il precetto di cui al 3° comma dell'art. 2109 c.c. che gli impone di comunicare preventivamente al lavoratore il periodo stabilito per il godimento delle ferie.

Alla luce delle circostanze che precedono può ben dirsi che la S quando è partita per le vacanze legittimamente poteva non avere alcuna consapevolezza che la sua assenza potesse essere considerata "arbitraria".

Piuttosto il Sindaco, con il suo comportamento complessivo, ha dato motivo di ingenerare in qualsiasi persona di media diligenza che valuti oggettivamente quella condotta un ragionevole affidamento circa l'esistenza di un suo consenso al godimento delle ferie del Segretario comunale secondo il programma previsto nella nota del 26 luglio.

Pertanto, il fatto commesso dalla dipendente, ridefinito non solo nel suo reale contenuto obiettivo, ma sopra tutto nella sua portata soggettiva, specie con riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui è stato posto in essere, ai suoi modi, ai suoi effetti ed all'intensità dell'elemento psicologico dell'agente, in alcun modo può essere considerato "violazione dei doveri d'ufficio", tanto meno di gravità tale da esigere una sanzione non minore di quella massima, definitivamente espulsiva.

Quanto esposto, con salvezza di ogni potere del convenuto di fornire nel giudizio a cognizione integrale ogni altro elemento di prova e di valutazione in ordine all'addebito, induce allo stato ad una delibazione positiva in merito al *fumus* di sussistenza del diritto dell'istante alla prosecuzione del rapporto di Segretario con il Comune di Casaluze.

Sul *periculum in mora*

La lettura della vastissima giurisprudenza edita in materia rende conto dell'ampia utilizzazione dell'art. 700 c.p.c. nelle controversie di lavoro. Non può dirsi però che si siano consolidati orientamenti univoci in punto di valutazione della sussistenza del *periculum in mora*, che subisce sovente trattamenti differenziati a seconda degli uffici giudiziari e dei singoli giudici.

Taluno opina che la potenzialità preclusiva del sindacato sul pregiudizio imminente ed irreparabile venga a dequotarsi allorquando il giudicante si sia convinto dell'esistenza del diritto e, viceversa, venga esaltata ove mai vi sia incertezza sul *fumus* o questo richieda complessi e faticosi accertamenti.

Secondo numerose pronunce, anche risalenti, nelle controversie di lavoro in cui vengano colpiti diritti del lavoratore costituzionalmente protetti, il pregiudizio, sopra tutto in caso di licenziamento, sarebbe *in re ipsa*.

L'orientamento esprime una peculiare sensibilità e tangibile rispetto per le primarie esigenze dell'individuo che risultano coinvolte, sovente dolorosamente, nelle vicende all'attenzione dei giudici del lavoro. Sentimento vieppiù animato dall'apprezzabile intento di garantire quell'effettività di tutela troppo spesso frustrata dalla durata dei procedimenti, ormai insostenibile anche per il rito del lavoro. La più recente giurisprudenza, anche di legittimità, inoltre ammette il ricorso all'art. 700 c.p.c. anche a tutela dei crediti pecuniari di lavoro, anche se nella misura in cui i relativi proventi siano necessari ad assicurare il bene della "esistenza libera e dignitosa" pre-sidiato dall'art. 36 della Costituzione.

Ciò premesso, questo giudicante non può che ribadire il proprio indirizzo, condiviso anche dall'Ufficio, confermando, anche nella specie, la posizione espressa in precedenti decisioni.

Ogni licenziamento, ogni trasferimento, ogni assegnazione di mansioni inferiori, incide sulla libertà e sulla dignità dei lavoratori, nonché sulla vita delle loro famiglie, colpendo un aspetto fondamentale dei diritti degli individui. Eppure non ogni licenziamento, non ogni trasferimento, non ogni assegnazione di mansioni inferiori, legittima il ricorso alla procedura d'urgenza, altrimenti si dovrebbe ritenere che per queste tipologie di controversie il pregiudizio imminente ed irreparabile risulterebbe automaticamente in virtù della materia trattata, con la conseguente inevitabile ammissibilità della fase cautelare ed utilizzazione dell'art. 700 c.p.c. come forma alternativa di tutela giurisdizionale.

Appare più conforme al dettato normativo una valutazione caso per caso del *periculum* che, secondo la migliore dottrina, va ravvisato sia nei casi in cui il diritto vantato non si presta ad un risarcimento idoneo a realizzare integralmente il contenuto del diritto stesso, sia nei casi in cui la lesione del diritto vantato comporta la contemporanea lesione di beni e/o interessi funzionalmente connessi al diritto stesso, sia – infine – in quei casi in cui la lesione implica un'irreversibilità degli effetti pregiudizievoli causati.

Nella vicenda processuale sottoposta all'attenzione del giudicante i procuratori della ricorrente denunciano il pregiudizio al patrimonio professionale della ricorrente che risulterebbe dequalificata dal fatto di occupare, in seguito alla revoca, la "posizione di disponibilità" prevista dall'art. 101, comma 1, del Testo Unico.

Richiamano, con certa giurisprudenza, l'art. 2103 c.c. ed il diritto protetto all'equivalenza delle mansioni e denunciano che la messa in disponibilità realizzerebbe una illegittima modifica *in peius*.

La tesi non può essere condivisa. *Stricto iure* non può parlarsi di assegnazione a mansioni inferiori – ed a maggior ragione di demansionamento, che propriamente è lo svuotamento di compiti operativi – quando si espletano attività quali le consulenze, le supplenze e le reggenze, gli incarichi presso altre amministrazioni pubbliche (art. 101/2), che legislativamente sono previsti non solo per i segretari revocati ma anche, e fisiologicamente, per quelli non confermati o comunque privi di incarico.

In questi casi appare fuor di luogo parlare di dequalificazione a meno di ritenere che ogni collocamento in posizione di disponibilità determini automaticamente la violazione dell'art. 2103 c.c.

Diversamente ciò che, nella fattispecie concreta, appare insuscettibile di integrale riparazione per equivalente pecuniario è la lesione della sfera relativa alla reputazione professionale dell'istante.

Il provvedimento di revoca si traduce nell'accusa di aver commesso gravi violazioni dei doveri d'ufficio.

Per un canto ciò impedisce al Segretario revocato di coltivare realisticamente la speranza di essere nominato presso altro comune e, d'altro canto, colpisce gravemente l'apprezzamento



delle qualità professionali che la comunità può serbare nei confronti del destinatario della sanzione.

Il pregiudizio che subirebbe, per il tempo occorrente a stabilire in sede ordinaria la verità giudiziale, la dignità e il decoro della S, così gravati da un addebito di negligenza, dal punto di vista della stima e della considerazione che ella ha il diritto di godere al cospetto della sua persona, della sua famiglia e del mondo professionale, ammette tutela urgente.

Sul provvedimento cautelare

Alla stregua delle complessive osservazioni di cui innanzi, nella ricorrenza dei presupposti di legge, l'istanza cautelare deve essere accolta per quanto di ragione.

E' evidente che i provvedimenti urgenti in potestà di questo giudice, attesa la strumentalità degli stessi tendenti ad impedire il pregiudizio lamentato, sono quelli, e soltanto quelli, che, parametrati sul "più" rappresentato dal decisum ipotizzabile nel caso di accoglimento della prefigurata domanda di merito, senza esaurire gli effetti della futura pronuncia a cognizione piena, si limitino ad anticiparne quelli che consentano di ovviare nell'immediato alla situazione di *periculum*.

Non possiamo ignorare i complessi problemi esegetici posti dall'estensione dei poteri del giudice ordinario al cospetto di un atto di conferimento o di revoca di un incarico *latu sensu* dirigenziale, le difficoltà di utilizzare le nozioni tradizionali di atto amministrativo presupposto e di disapplicazione, i dubbi circa l'ammissibilità di pronunce che si sostanzino in un vero e proprio annullamento, le naturali ritrosie a concepire sentenze di condanna dell'amministrazione ad un *facere* infungibile.

Nell'attesa che la giurisprudenza consolidi un cammino che si preannuncia faticoso e controverso pare opportuno muovere dal principio chiovendiano che il processo civile deve consentire il conseguimento del bene della vita in relazione al quale si è prodotta la lesione del diritto.

L'art. 68, comma 2°, del D.lgs. n. 29 del 1993, nella nuova formulazione data dall'art. 29 D.lgs. n. 80/98, sembra voler tradurre questa aspirazione quando detta:

"Il giudice adotta nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati." Il giudice civile può dunque assumere nei confronti dell'amministrazione il provvedimento adeguato alla concreta tutela del diritto riconosciuto, cioè il provvedimento concretamente idoneo a soddisfare l'interesse sotteso all'esercizio dell'azione.

Il richiamo non suona fuor di luogo se si guarda alla storica reticenza dei giudici ordinari ad invadere la sfera della pubblica amministrazione.

Può quindi prefigurarsi un'azione di merito in cui, sul presupposto dell'illegittimo esercizio del potere di revoca, si chieda la condanna dell'amministrazione a ripristinare la situazione *qua ante*, e cioè a reintegrare l'istante nelle funzioni di Segretario Comunale.

Né sembra che i problemi di esecuzione coattiva di una siffatta pronuncia possano precluderne l'ammissibilità.

Innanzitutto la dottrina osserva che non si potrebbe parlare, per la P.A., di infungibilità della prestazione: fungibilità ed infungibilità attengono tipicamente alle prestazioni dovute dai privati, laddove l'imprenditore è considerato insurrogabile nell'esercizio di una libertà costituzionalmente garantita, mentre non avrebbero senso per soggetti pubblici che compiono attività funzionalizzata all'interesse pubblico.

La stessa giurisprudenza più recente, sopra tutto in tema di destinazione a mansioni inferiori, ammette ormai la condanna dell'azienda al corretto adempimento del contratto mediante l'assegnazione delle precedenti mansioni, non ravvisando nell'incoercibilità della prestazione alcun impedimento alla sentenza di condanna (Cass. Sezione Lavoro n. 4221 del 27 aprile 1999,

Pres. Sommella, Rel. Prestipino; n. 11479 del 12 ottobre 1999, Pres. Buccarelli, Rel. Miani Canevari).

Nei procedimenti cautelari, poi, l'ordine impartito dal giudice è in potenza assistito da sanzione penale (art. 388, II comma, cp; cfr. App. Milano, 27.10.92; Pret. Milano, 19.9.82; Pret. Milano, 19.5.82; Pret. Milano, 13.10.81; Trib. Terni, 5.12.80), ed è comunque lecito confidare nell'ottemperanza spontanea di chi è investito di una funzione pubblica ed è gravato di una responsabilità amministrativo-contabile per l'eventuale inadempimento.

Infine, una tale pronuncia non sarebbe certo *inutiliter data* nell'ipotesi di mancato adeguamento dell'amministrazione all'ordine del giudice, rappresentando il precostituito polo di riferimento di una condanna all'ulteriore risarcimento del danno per il persistente inadempimento.

Pertanto, dovendosi fare fronte al paventato pregiudizio irreversibile determinato dal protrarsi della situazione di lesione del patrimonio morale e professionale della lavoratrice, questo giudice, sulla premessa del *fumus* di invalidità della revoca, sospesa l'efficacia del decreto sindacale, può ordinare agli enti convenuti, nella sfera dei quali, stante la duplicità del rapporto di dipendenza di impiego e funzionale, sono necessariamente destinati a prodursi gli effetti della decisione, di ripristinare temporaneamente con la S. la concreta funzionalità dell'incarico di Segretario comunale di Casaluce.

All'esito del merito saranno liquidate le spese della presente fase del giudizio.

P.Q.M.

Il dott. Fabrizio Amendola, quale giudice del lavoro, letti gli artt. 700 e 669 *octies* c.p.c., in accoglimento della domanda cautelare proposta da M.S.

sospende

gli effetti del decreto del Sindaco del comune di Casaluce n. 26 del 26.9.2000 prot. n. 8648;

ordina

al Comune di Casaluce nonche all'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali – Sezione Regionale della Campania, in persona dei legali rapp. *p.t.*, a ciascuno per gli adempimenti di rispettiva competenza, di ripristinare il rapporto di dipendenza funzionale con la S. quale Segretario del Comune di Casaluce;

fissa

il termine di trenta giorni per l'instaurazione del giudizio di merito.

S. Maria Capua Vetere, 11 dicembre 2000

Tribunale di Roma - Ordinanza 6 febbraio 2001

Riparto di giurisdizione – criterio sostanziale – rapporto di lavoro dei Segretari Comunali e Provinciali – controversia – giurisdizione del giudice ordinario – sussistenza.

Questioni processuali – competenza territoriale – rapporto di lavoro dei Segretari Comunali e Provinciali – controversia – competenza del giudice nella cui circoscrizione in cui ha sede l'ufficio di lavoro – sussiste.

Spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa al rapporto di lavoro di un



Segretario Provinciale purché relativa a questione attinente al periodo successivo al 30 giugno 1998, a nulla rilevando il fatto che, nel momento dell'instaurazione della lite, il rapporto di lavoro sia risolto.

Competente per territorio a conoscere della controversia relativa ad un rapporto di lavoro di un Segretario Provinciale non è il Tribunale di Roma – nel cui circondario ha sede l'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali – bensì quello nella cui circoscrizione si trova l'ufficio presso il quale il Segretario lavora.

Il Giudice,

sciogliendo la riserva che precede, osserva:

con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato in data 12/12/2000, C.L., premesso di essere Segretario Generale di classe I/A presso l'Amministrazione Provinciale di Reggio Calabria, ha adito il Tribunale di Roma in funzione di giudice del lavoro, esponendo:

a) di avere chiesto al Presidente dell'Amministrazione Provinciale di Reggio Calabria, con istanza del 31/7/2000, di essere collocato a riposo con decorrenza 1/1/2001, e di avere presentato istanza di congedo straordinario per malattia di giorni 30;

b) di avere proposto ulteriori richieste di congedo straordinario per malattia sino all'8/10/2000, presentando infine, in data 3/10/2000, apposita nota di ritiro dell'istanza di collocamento a riposo con la richiesta di riconoscimento di indennità dipendente da causa di servizio;

c) che, inopinatamente, il 7/11/2000, gli era stata notificata la “determina” n. 17015 del 27/9/2000 con la quale il Direttore Generale dell'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali aveva stabilito il suo collocamento a riposo anticipato, per dimissioni volontarie dall'impiego, a decorrere dall'1/1/2001, successivamente alla quale egli aveva, proposto diffida per la revoca del provvedimento;

d) che tale “determina” era illegittima in quanto:

– la domanda al Presidente dell'Amministrazione Provinciale di Reggio Calabria doveva essere intesa come mera comunicazione d'intenti ed era inoltre revocabile finché non ne avesse preso atto il Consiglio di Amministrazione dell'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali, unico organo competente alla cancellazione dall'Albo;

– era stata violata la L. n. 241/90 che impone la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo al fine della partecipazione dell'interessato;

– la richiesta di collocamento a riposo non poteva ritenersi atto recettizio produttivo di effetti una volta venuto a conoscenza dell'Amministrazione, potendo essere sempre revocato.

Il ricorrente ha chiesto pertanto che, accertata la illegittimità della “determina” n. 17015/2000 e preso atto del ritiro della sua comunicazione d'intenti al Presidente dell'Amministrazione Provinciale, venga dichiarata la sussistenza del suo diritto alla conservazione del posto di Segretario Generale della Provincia di Reggio Calabria, nonché di essere sottoposto a visita medico-collegiale in tempi ragionevoli per il riconoscimento di infermità dipendente da causa di servizio, con condanna dell'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari nonché dell'Amministrazione Provinciale di Reggio Calabria alla rifusione delle spese di lite.

Costituendosi in giudizio, l'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali ha chiesto il rigetto del ricorso, deducendo che:

a) l'obbligo di comunicazione agli interessati dell'avvio del procedimento sussiste solo per quelli iniziati *ex officio* e non per quelli attivati su istanza di parte, come nella fattispecie, atteso che il C. aveva chiesto espressamente di essere collocato a riposo;

b) l'istanza di revoca del ricorrente, era pervenuta il 4/10/2000, ben otto giorni dopo che

era stato emesso il provvedimento di collocamento a riposo a firma del Direttore Generale dell'Agenzia, competente inoltre ad adottare tutti gli atti relativi alla gestione delle risorse umane, materiali e finanziarie dell'Agenzia non attribuiti al Consiglio di Amministrazione;

c) nella specie non sussisteva inoltre alcun *periculum* in quanto il pregiudizio del ricorrente era comunque di natura esclusivamente economica ed inoltre dal 1/1/2001 l'Amministrazione Provinciale si era dotata di un nuovo Segretario.

Si è costituita altresì l'Amministrazione Provinciale di Reggio Calabria eccependo pregiudizialmente il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, stante l'avvenuta risoluzione del rapporto del C per le intervenute dimissioni, nonché l'inammissibilità del richiesto provvedimento d'urgenza, non essendo state indicate le ragioni della tutela d'urgenza.

Nel merito, infine, l'Amministrazione ha chiesto il rigetto del ricorso deducendone l'infondatezza.

Fissata la comparizione delle parti, all'udienza del 19/1/2001 è stato sentito il ricorrente in interrogatorio libero e quindi, invitate le parti a discutere in ordine alla competenza territoriale del Tribunale di Roma, il giudice si è riservata la decisione, concedendo termine per note difensive.

All'esito dell'esame degli atti, è avviso del giudicante che, pregiudizialmente debba essere respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione.

L'art. 68 del D.lgs. n. 29/93 (così come sostituito dall'art. 29 del D.lgs. n. 80/98) stabilisce che “Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art.1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse 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, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti...”.

L'art. 45, comma 17, del D.lgs. n. 80/98 ha poi precisato che:

“Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 68 del D.lgs. n. 29/93, come modificato dal presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30/6/98. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e debbono essere proposte, a pena di decadenza, entro il 15/9/2000”.

Atteso, dunque, il chiaro tenore delle norme sopra citate, non pare possa condividersi la tesi dell'Amministrazione Provinciale di Reggio Calabria secondo la quale, poiché nella fattispecie il rapporto di lavoro del C. si è ormai risolto, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

La presente controversia, infatti, investe proprio il rapporto di lavoro del ricorrente, di cui si chiede la prosecuzione, effetto conseguente alla declaratoria di illegittimità dell'atto del collocamento a riposo.

Ugualmente infondata è anche la tesi, anch'essa sostenuta dall'Amministrazione Provinciale a sostegno del difetto di giurisdizione, circa l'inesistenza di un diritto soggettivo del ricorrente ad ottenere la revoca del provvedimento di accettazione delle dimissioni, posto che ciò che rileva, ai fini dell'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario di cui all'art. 68 del D.lgs. cit., è che si tratti di una controversia relativa a rapporti di lavoro con la Pubblica Amministrazione (relativa a questioni successive al 30-6-98), con le sole specifiche esclusioni, non ricorrenti nella fattispecie, di cui all'art. 68 IV comma del D.lgs. n. 29/93 (le controversie in





materia di procedure concorsuali per l'assunzione e quelle relative ai rapporti di lavoro di cui all'art.2 commi 4 e 5 del D.lgs. cit.).

Peraltro, deve invece essere rilevata l'incompetenza territoriale del giudice adito a decidere sulla controversia in esame.

Il ricorrente, secondo quanto dedotto nello stesso ricorso e confermato in interrogatorio libero, al momento del collocamento a riposo era Segretario Generale di classe I/A presso l'Amministrazione Provinciale di Reggio Calabria.

Ora, a norma dell'art. 413 comma 5 c.p.c. (introdotto dall'art. 40 del D.lgs. n. 80/88), pacificamente applicabile alla fattispecie, "Competente per territorio per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è il giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale il dipendente è addetto o era addetto al momento della cessazione del rapporto".

La parte ricorrente nel riaffermare la competenza del Tribunale di Roma ha sostenuto che, nella specie, il ricorrente ha un rapporto diretto di dipendenza con l'Agenzia Nazionale, con sede in Roma, e solo un rapporto funzionale con l'Ente locale presso il quale il Segretario presta servizio, e che, oltre tutto, l'atto contestato è stato emesso proprio dall'Agenzia Nazionale e non dalla Amministrazione Provinciale di Reggio Calabria.

Tale assunto non appare rilevante ai fini che qui interessano. Ed infatti, l'art. 413 c.p.c., come si evince dalla sua formulazione e dalla stessa *ratio* deflattiva che ha determinato il legislatore a modificare i criteri di competenza ordinari, prescinde dalla sede dell'Amministrazione titolare del rapporto di pubblico impiego e dal luogo di emissione dei provvedimenti impugnati, per attribuire esclusivo rilievo alla sede dell'ufficio presso la quale il lavoratore è o era "addetto", prestandovi l'attività lavorativa.

Ora, il Segretario Comunale, come è stato anche di recente posto in evidenza dal TAR del Veneto con sent. 10/3/99 n. 326, in seguito alla riforma introdotta dall'art. 17 L. 15/5/97 n. 127, anche se ha cessato di essere funzionario o dirigente dello Stato, posto al vertice degli apparati burocratici degli Enti locali, è comunque il più stretto collaboratore e consulente dei capi degli stessi, cui è attribuita una facoltà di scelta fiduciaria e discrezionale, salvo poi, in caso di mancata conferma dell'incarico, essere a disposizione dell'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo (che ha personalità giuridica di diritto pubblico, ex art. 76 L. 127/97) per l'attività dell'Agenzia o per l'attività di consulenza, nonché per incarichi presso altre Pubbliche Amministrazioni nella piena salvaguardia della sua posizione giuridica ed economica (v. art. 72 L.cit.).

Ne discende che, ove tale incarico ci sia stato, non assume alcuna importanza chi sia l'Ente datore di lavoro, dovendosi invece accertare quale sia l'Ente presso il quale il dipendente svolge le proprie funzioni e quindi l'ufficio al quale lo stesso è addetto, come richiesto dalla norma.

E' avviso pertanto del giudicante che, ex artt. 413 c.p.c. e 669 *ter* c.p.c., il giudizio in esame debba avere luogo non a Roma ma avanti il giudice designato del Tribunale di Reggio Calabria, in funzione di giudice del lavoro.

Sussistono infine giusti motivi, ravvisabili nella particolarità della controversia, per dichiarare compensate le spese di lite.

P.Q.M.

Dichiara l'incompetenza territoriale del Tribunale di Roma, essendo competente il Tribunale di Reggio Calabria. Compensa le spese di lite.

Roma, 5 febbraio 2001

d) Trasferimento e scelta della sede di lavoro del familiare del portatore di handicap

Nota di Gianpiero Profeta*



81

I. La legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate L. n.104 del 5 febbraio 1992, tra le disposizioni dettate a tutela di tali soggetti, all'art.33, comma 5¹, prevede che:

“Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assiste con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato² ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.”

Analogo diritto l'art. 33 riconosce alla persona handicappata in situazione di gravità ed agli affidatari di persona handicappata in situazione di gravità (commi 6 e 7).

Nonostante l'apparente chiara formulazione letterale la norma ha dato e dà luogo a non pochi problemi interpretativi che, sin dalla sua entrata in vigore, hanno interessato ogni grado della giurisprudenza, compresa quella della Corte Costituzionale che è stata più volte chiamata a vagliarne la costituzionalità³.

I dibattiti più intensi si sono sviluppati intorno ai concetti di “assistenza continuativa” e di “convivenza”⁴, nonché sul momento cronologico del rapporto di lavoro in cui la norma è operante per quanto concerne la scelta della sede, ossia se anche la necessità di assistenza sorta nel corso del rapporto di lavoro dia diritto ad avvalersi della tutela fornita dall'art. 33, comma 5.

A seguito della modifica introdotta all'art. 33 dalla legge n. 53/2000, è superfluo soffermarsi sul dibattito, anch' esso particolarmente intenso, circa la natura e le modalità della convivenza che la norma medesima richiedeva quale presupposto perché la tutela fosse operante.

* Avvocato lavorista

¹ Comma modificato dall'art. 19 legge 8 marzo 2000 n. 53

² L'art. 3, comma 1, L. 104/92 definisce persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio o di emarginazione. La norma al comma 3 prevede altresì che ove la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da richiedere un'assistenza permanente, continuativa e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità.

³ Corte Cost. 29 ottobre 1992, n. 406; Corte Cost. 29 luglio 1996, n. 325

⁴ Requisito non più necessario a seguito della modifica apportata dalla richiamata legge 53/2000.



II. Per gli altri aspetti interpretativi della norma è prevalente un orientamento che definiremo “prudente”, in linea con la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Lav., n.3027 del 29/3/99⁵, nell'affermare che l'art. 33, comma 5, L. 104/92, va interpretato nel senso di riconoscere il diritto al trasferimento a una sede più vicina al domicilio esclusivamente a quel lavoratore che già assista con continuità un familiare disabile e non anche al lavoratore che aspiri al trasferimento al fine di instaurare un rapporto di assistenza continuativo, o che voglia ripristinare un rapporto assistenziale interrotto per effetto dell'instaurarsi del rapporto lavorativo.

Questo orientamento, in relazione al momento del rapporto di lavoro in cui è possibile fare valere il diritto alla scelta della sede, infatti, supera la posizione “restrittiva” di chi aveva ritenuto che la norma dovesse essere interpretata riconoscendo il diritto predetto solo nella fase genetica del rapporto, ossia per la scelta della prima sede di lavoro⁶.

Condivide l'interpretazione restrittiva la sentenza della Corte di Appello di Venezia (cit. nota 6), ove si afferma che l'art.33, comma 5°, ha lo scopo di mantenere inalterata la continuità di rapporto tra il lavoratore e il parente o affine entro il terzo grado handicappato; tale scopo risulta evidente ove si considerino i requisiti richiesti dalla norma della convivenza e della continuità dell'assistenza (né in contrario assumerebbe rilievo la soppressione del requisito della convivenza a opera della legge 53/2000, rimanendo essenziale, per il sorgere del diritto, la continuità assistenziale), desumendosi altresì dalle espressioni terminologiche (“sceglie” riferito al lavoratore con riguardo alla sede di lavoro) e letterali (“con continuità”) usate dalla norma che il diritto a scegliere la sede sussiste solo al momento della costituzione del rapporto di lavoro quando, cioè, non si è ancora verificata la interruzione traumatica della continuità assistenziale.

III. La sentenza della Suprema Corte citata precisa, invece, che la tutela opera, oltre che nella fase genetica del rapporto di lavoro o nel caso in cui il dipendente si opponga a un provvedimento di trasferimento che lo allontani dal familiare assistito, in ogni caso in cui la richiesta di trasferimento si inserisca in una situazione stabilizzata di assistenza, non condividendo quanto affermato in alcune decisioni di merito per cui la norma troverebbe applicazione anche nelle ipotesi di insorgenza della necessità di assistenza successiva all'assegnazione della sede.

Il nodo centrale della discussione rimane, pertanto, la nozione di assistenza attuale e continuativa.

La Cassazione prende atto della delicatezza degli interessi tutelati dalla norma che tende al mantenimento della convivenza tra il genitore e il lavoratore familiare con rapporto di lavoro pubblico o privato e un suo parente o affine entro il terzo grado disabile, assistito con continuità, perseguendo “*un evidente interesse nazionale, stringente e infrazionabile, quale quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello unifor-*

⁵ In Riv. It. Dir. Lav. 2000, II, 114 con nota.

⁶ Pretura Roma 20.05.1999 L. / Min. Fin. In Gius. Civ. 2000, I, 269; Tribunale Firenze 25.09.1996, Ente Ferr. / Di M.; Corte d'Appello di Venezia, B. / Min. Fin., 29/9/2000 in www.cipa.net/contenzioso “Il contenzioso nel lavoro pubblico”.



me di realizzazione di diritti costituzionalmente fondamentali dei soggetti portatori di handicap”.

Pertanto individua la ratio della norma nell'esigenza di evitare l'interruzione di un rapporto di assistenza familiare in atto, pur precisando che (come riconosciuto da Corte Cost. cit. sub 2) non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare. Presupposto, quindi, per l'applicazione della norma è che sia in atto un rapporto di assistenza continuativo al momento della scelta della sede di lavoro all'atto dell'assunzione o nel caso in cui il datore di lavoro disponesse un trasferimento in corso di rapporto ovvero che sia ancora in atto al momento, successivo all'assunzione, in cui il lavoratore ne faccia richiesta.

Sono escluse, secondo l'opinione prevalente, dalla tutela della norma tutte quelle situazioni in cui l'assistenza non è in atto e il provvedimento di trasferimento viene richiesto, ai sensi della legge 104/92, per dare inizio a un rapporto di assistenza ovvero per ripristinarlo dopo averlo interrotto per raggiungere la sede di lavoro, anche se la necessità dovesse essere sorta solo a rapporto in corso.

La Corte Costituzionale ha escluso che sotto tale profilo la norma detti una disciplina in contrasto con l'art. 3 della Cost. in quanto, come osservato in precedenza, la disposizione è inserita in un complesso normativo nel quale l'assistenza prestata al disabile in ambito familiare non costituisce l'unico strumento di sostegno. Il principio espresso con riferimento alla eventuale disparità di trattamento nella ipotesi in cui il lavoratore non fosse convivente, ben si adatta anche all'ipotesi in cui la necessità di assistenza dovesse sorgere in un momento non coincidente con l'assunzione o con il trasferimento.

IV. Tra le decisioni che aderiscono a una interpretazione che definiremo “estensiva”⁷ si annovera l'ordinanza del Tribunale di Roma che afferma non aver rilievo il momento cronologico di insorgenza del diritto al trasferimento, rispetto alla costituzione del rapporto di lavoro e che, quindi, il diritto possa essere fatto valere non solo al momento della scelta della prima sede di lavoro, ma anche in un momento successivo, sempre che sia volto a mantenere un rapporto di assistenza in atto del familiare handicappato.

Questo orientamento è ispirato a principi di maggiore equità in quanto, a prescindere delle motivazioni della Corte Costituzionale richiamate, non può contestarsi, infatti, che oggettivamente può verificarsi che la necessità di prestare assistenza sorga in costanza di rapporto di lavoro e richieda per la sua attuazione un trasferimento di domicilio da parte del lavoratore che comporta anche un trasferimento della sede di lavoro (si pensi ad un incidente invalidante, ad una nascita ecc.).

Con la più recente produzione normativa il legislatore sembra voler indirizzare il sistema nel senso estensivo anzidetto.

La legge 53/2000, come già detto, ha eliminato il requisito della convivenza per

⁷ Tribunale di Roma (ord.) 12.06.99 G. / Ente poste; Tribunale di Catanzaro (ord. Giudice unico) M.S. / Min. G.G., 13/05/2000 in www.cipa.net/contenzioso “Il contenzioso nel lavoro pubblico”.

l'operatività della norma in commento, così di fatto affievolendo lo stesso concetto di assistenza continuativa, ora ricorrente anche quando i soggetti del rapporto assistenziale hanno domicilio diverso (la norma tace circa la distanza tra i domicili che ben possono non trovarsi nella stessa città).

Nel medesimo senso si inserisce la disposizione introdotta dalla legge 23/12/2000 n. 388 che all'art. 80, comma 2, ha modificato la legge 53/2000 prevedendo la possibilità di usufruire di un periodo di congedo straordinario retribuito per assistere persone con gravi handicap, alla lavoratrice madre o, in alternativa, al lavoratore padre, anche adottivi (dopo la scomparsa dei genitori ai fratelli o sorelle conviventi).

Questa norma, infatti, va a incrementare la rilevanza del ruolo riconosciuto alla famiglia nel complesso delle disposizioni dettate a tutela e per l'integrazione dei soggetti disabili. Nell'ambito della posizione c.d. "estensiva", a opinione di chi scrive, al fine di stabilire quando opera l'art. 33, comma 5, è necessario distinguere tra le due ipotesi contemplate dalla norma medesima, ossia tra il diritto di scegliere la sede più vicina e il diritto a non essere trasferiti in altra sede.

Nella prima ipotesi è arduo individuare un criterio che consenta di sgombrare il campo dal dubbio che il rapporto di assistenza sia sorto al fine di ottenere il provvedimento di trasferimento (questo crediamo sia il motivo che maggiormente frena la scelta della ipotesi "estensiva"), mentre nella seconda non sono preventivamente ipotizzabili da parte del lavoratore il se e il quando sarà destinatario di un provvedimento di trasferimento, per cui può considerarsi quasi nulla l'ipotesi che si adduca un rapporto assistenziale di comodo. In tal caso ritengo che debba essere estesa la tutela dell'art. 33, comma 5, tutte le volte in cui al provvedimento di trasferimento si opponga un rapporto assistenziale in corso, pur se sorto in epoca successiva al momento genetico del rapporto di lavoro.

Ritornando alla prima ipotesi formulata dall'art. 33, comma 5, l'adozione di una interpretazione estesa, che conferisca tutela anche al caso di necessità assistenziale sorta nel corso del rapporto, comporterà l'individuazione di criteri di prova rigorosi al punto di escludere ragionevolmente la strumentalizzazione della norma.

V. A questo punto è indispensabile, per ulteriormente definire l'ambito di applicazione della norma, esaminare in quali situazioni si è riconosciuto sussistere un rapporto continuativo di assistenza tra lavoratore e familiare disabile.

A tal fine non sovengono riferimenti normativi da impiegare nell'indagine e la ricerca andrà svolta caso per caso ricadendo l'onere probatorio a carico del lavoratore che invoca l'applicazione della norma.

Il Tribunale di Bari⁸, con una estesa ed elaborata disamina dell'argomento, ha affermato che l'assistenza al disabile non va intesa in senso tecnico, quale assistenza materiale, medica professionale, ma in senso morale, cioè psicologica e affettiva e che può intendersi attualmente prestata (indipendentemente dalla distanza tra la sede di lavoro e il domicilio del disabile, elemento di valutazione necessario ma non sufficien-

te al fine dell'accertamento stante la sua natura intrinsecamente relativa) quando risulti che il lavoratore si sia già adoperato sia pure con notevoli sforzi e sacrifici, per fornire assistenza al proprio familiare, in un significativo arco di tempo e per periodi parimenti significativi (nel caso all'esame del Tribunale il lavoratore usufruiva di tre giorni di permesso mensile retribuito riconosciutigli ai sensi della legge 104/92 per assistere il familiare e tra ferie, giorni festivi e congedi era stata fisicamente presente nel domicilio del disabile per circa il 56% del proprio tempo nell'arco di un anno e mezzo), e in termini quindi di abitudine, anche se in un comune domicilio lontano dal luogo ordinario della prestazione lavorativa.

L'impostazione richiamata è condivisa dall'ordinanza del Tribunale di Catanzaro (in nota 6) che ritiene compatibile l'assistenza con situazioni di pendolarismo purché risulti una continuità nella prestazione (il lavoratore aveva dato prova di usufruire di tre giorni al mese di permesso, come previsto dalla legge 104/92, nonché di ricorrere al proprio periodo di ferie per avere altri giorni da dedicare all'assistenza del padre. A prova di ciò il lavoratore aveva fornito producendo una copiosa documentazione attestante che aveva accompagnato il padre in occasione di visite specialistiche.)

L'intenzione del legislatore di orientarsi verso un concetto meno rigoroso di assistenza è confermato dalla eliminazione dei requisiti della "convivenza" per l'operatività della tutela. Non essendo più necessaria la convivenza è chiaro che anche l'assistenza debba essere considerata in un senso meno "materiale".

VI. Ultimo requisito richiesto per l'applicazione della tutela apprestata dall'art. 33, comma 5, è che il provvedimento di trasferimento richiesto, o al quale ci si oppone, sia possibile (o sia possibile evitarlo) per il datore di lavoro, cioè che l'operatività della norma non venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro.

Secondo la già citata sentenza del Tribunale di Bari l'inciso "ove possibile" contenuto nell'art. 33, comma 5, va inteso in senso rigorosamente oggettivo, senza possibilità di riconoscersi spazio alle determinazioni discrezionali del datore di lavoro.

L'anzidetto orientamento, che si condivide, parte dal presupposto che il legislatore, se avesse inteso lasciare alla determinazione discrezionale del datore di lavoro l'efficacia della norma in questione, non avrebbe parlato di un diritto del lavoratore ma, espressamente, di un interesse legittimo o, comunque, di una situazione soggettiva di mera aspettativa.

Un ulteriore elemento fa propendere per l'interpretazione suggerita e consiste nella circostanza che il legislatore rispetto alla "possibilità" del trasferimento non fa alcuna distinzione tra lavoratore pubblico o privato implicitamente confermando che si tratta di un diritto soggettivo che ha come unica limitazione alla sua realizzazione la disponibilità oggettiva del posto di lavoro.

⁸ Tribunale Bari, 25.10.1999, Min G.G. /C., in *Notiziario giur.lav.* 2000, ;

Tribunale di Catanzaro - Ordinanza 13 maggio 2000

Il giudice del lavoro

Sul ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto con atto depositato in data 10/2/2000 da M.S. rappresentato e difeso giusta procura a margine del ricorso, dall'Avv. B.C. nei confronti del Ministero di Grazia e Giustizia in persona del Dott. F.I., Direttore Generale dell'Organizzazione Giudiziaria e degli Affari Generali rappresentato in giudizio dal Dott. F.B. funzionario delegato;

letti gli atti ed esaminati i documenti di causa;
sciogliendo la riserva che precede

Osserva e rileva

M. S., dipendente del Ministero della Giustizia, in servizio dal 29/12/1994 presso il Tribunale di Catanzaro con la qualifica di addetto ai servizi ausiliari e di anticamera, premesso che il proprio padre, M. D. era portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, L. 104/92 che esso ricorrente aveva sempre assistito il genitore sia pure con sommi sacrifici, vista la distanza della sede di lavoro dal luogo di residenza del proprio nucleo familiare (del quale facevano parte anche i genitori di esso ricorrente, M.D. e T. C., oltre alla sorella uterina R. M.) che non vi erano altri familiari, in grado di prestare assistenza al proprio padre, dal momento che esso ricorrente era l'unico figlio di M. D. e che la madre, T. C., era, a sua volta portatrice di handicap ai sensi della L. 104/92 e la sorella uterina R. M., era invalida civile all'80%, che, con istanza in data 21/9/1999, aveva chiesto che il Ministero disponesse il suo trasferimento presso il Distretto di Corte di Appello di Bari in applicazione del disposto di cui all'art. 33 L. 104/92, che con nota del 17/10/1999 detta istanza era stata rigettata; che in data 26.1.1999 la domanda di trasferimento era stata riproposta ed era stata nuovamente respinta, con nota dell'11/1/2000, da parte dell'amministrazione della Giustizia; tutto ciò premesso, chiedeva con ricorso ex art. 700 c.p.c. che fosse disposto in via di urgenza il proprio trasferimento immediato presso un ufficio giudiziario sito in Bari.

Il Ministero della Giustizia, dal canto suo, ribadiva la correttezza del proprio operato, in quanto in linea con l'interpretazione prevalente dell'art. 33, comma 5, L. 104/92 e insisteva nel rigetto del ricorso. Tutto ciò premesso in fatto ritiene il giudicante che il ricorso debba essere accolto, sussistendo sia il requisito del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora*.

L'art. 33 della L. 104/92 è stato di recente oggetto di alcune modifiche normative, apportate con la L. 53/2000, recante "disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città".

In particolare, all'interno del capo V della legge ("modifiche alla legge 5.2.1992 n. 104"), l'art. 19 comma 1, lett. B, ha disposto che "... al comma 5, le parole: ", con lui convivente," sono soppresse".

Nel nuovo testo conseguente alla modifica, pertanto, la disposizione di cui all'art. 33, comma 5, L. 104/92 recita così:

"il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha, diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".

L'eliminazione dal testo normativo citato dell'elemento della convivenza in atto, importa notevoli conseguenze sul piano dell'interpretazione e della *ratio* della disposizione, conseguenze in grado di determinare effetti dirompenti a livello di applicazione pratica.

Ed infatti, anteriormente alla detta modifica normativa, l'art. 33, comma 5, L. 104/92, era

pressoché univocamente interpretato come volto a tutelare il mantenimento della convivenza in atto tra il lavoratore familiare ed il suo parente handicappato assistito con continuità.

La *ratio* della disposizione era cioè in linea con l'intera legge quadro sui portatori di handicap, quella di privilegiare l'istituto della famiglia e di salvaguardare l'assistenza familiare già in atto al fine di evitare rotture traumatiche e dannose per l'assistito della convivenza.

In tale senso si era espresso, infatti, il giudice delle leggi (Corte Cost. 29/7/1996, n. 325) nel rigettare l'eccezione di incostituzionalità sollevata dal giudice *a quo*, che lamentava una irrazionale disparità di trattamento fra il caso in cui il disabile riceveva già assistenza e quello in cui il bisogno di assistenza si fosse manifestato in un momento successivo e il lavoratore avesse voluto quindi essere trasferito al fine di cominciare a ripristinare una convivenza non in atto con il familiare handicappato.

Alla luce, pertanto, della interpretazione e della lettera del precedente testo dell'art. 33, comma 5 legge 104 del 1992 si riteneva che il diritto del genitore e del familiare lavoratore dell'handicappato non potesse farsi valere nei casi in cui la convivenza fosse stata interrotta o non fosse stata ancora intrapresa al momento dell'assegnazione della sede lavorativa ed il genitore o il familiare tendessero, successivamente, a ripristinarla o ad iniziarla attraverso il trasferimento in una sede più vicina al domicilio dell'handicappato (cfr., recentemente. Cass. Sez. lav. 29/3/99 n. 3027).

Al riguardo va ricordato tuttavia come la stessa Corte Costituzionale, pur rigettando la questione di illegittimità costituzionale della norma avesse riconosciuto che la questione meritava attenzione, tanto essendo importanti i valori costituzionali che concorrono alla protezione del portatore di handicap.

Il giudice delle leggi, quindi, confermava che la disposizione nella formulazione esistente, andava interpretata nel modo sopra indicato, senza con ciò "escludere che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa in futuro rivedere ed eventualmente ampliare l'art. 33, comma 5" (così in motivazione Corte Cost. 29/7/1996, n. 325 cit.).

Tale essendo il quadro che all'interprete si presentava prima della L. 53/2000 i presupposti indispensabili per accedere alla peculiare tutela di cui all'art. 33, comma 5, L. 104/92, erano ritenuti da un lato, la convivenza in atto (e, dunque, che non si trattasse di un'instaurazione *ex novo* della convivenza ovvero di ripristino di una convivenza di fatto non interrotta) e dall'altro, che il trasferimento fosse possibile per il datore di lavoro e cioè che il trasferimento medesimo non venisse a ledere in misura consistente le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro.

Ora, alla luce dell'intervenuta modifica del testo della legge l'interprete deve porsi il problema di individuare i nuovi presupposti condizionanti l'accesso alla disciplina di favore di cui all'art. 33, comma 5 e, dunque, l'ambito applicativo della disposizione medesima.

Ebbene, a tale riguardo, pare al giudicante che, eliminato il requisito della convivenza non possano esservi dubbi sul fatto che il beneficio della scelta, ove possibile, della sede di lavoro più vicina al domicilio dell'handicappato, non debba essere riservato ai soli casi di prima nomina ovvero, in ipotesi di già raggiunta destinazione, di opposizione a eventuali trasferimenti che dovessero allontanare dal congiunto, potendo il diritto essere esercitato anche in un momento successivo rispetto a quello di scelta iniziale della sede di lavoro.

L'intento del legislatore è stato dunque quello di estendere l'ambito applicativo della norma, accogliendo così le istanze di quanti già da tempo, avevano messo in rilievo come occorresse attribuire all'art. 33 L. 104/92 una portata più ampia al fine di non vanificare la tutela ai portatori di handicap.

Eliminato il requisito della convivenza in atto, non può pertanto avere più alcun rilievo –





secondo quanto, del resto, già sostenuto da qualche giudice di merito, pur nel vigore del precedente testo dell'art. 33, comma 5 (cfr., ad esempio, Trib. di Roma, ordinanza 12/6/1999, in motivazione) – la questione concernente l'individuazione del momento cronologico rispetto alla costituzione del rapporto di lavoro in capo al lavoratore del diritto ex art. 33 cit. E invero una volta posto che la *ratio* di tale diritto di scelta non deve più ritenersi quella di tutelare una situazione di convivenza in atto, bensì, logicamente, quella di tutelare una assistenza in atto sia pure con le difficoltà connesse alla lontananza – difficoltà che, appunto, la norma mira a superare –, una ulteriore limitazione della portata di tale diritto (nel senso della possibilità del suo esercizio solo al momento della scelta della prima sede di lavoro) stravolgerebbe completamente il significato della norma *de qua* la quale rimarrebbe priva di sostanziale contenuto.

Rimane poi, sempre ovviamente il requisito della possibilità, da intendere nel senso sopra specificato cioè nel senso che il trasferimento non venga a ledere in misura consistente (in ottemperanza al generale principio del bilanciamento degli interessi) le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, dal momento che tutto ciò – segnatamente per quanto attiene ai rapporti di pubblico impiego – potrebbe tradursi in un danno per la collettività.

Ciò posto, deve ritenersi che, in base ad un giudizio sommario proprio della presente fase cautelare, la situazione dedotta dal M. presenti i requisiti indispensabili per esercitare il diritto al trasferimento ex art. 33, comma 5, L. 104/92. E invero, quanto al requisito della assistenza in atto – assistenza che ovviamente, potendo ormai essere scompagnata dall'elemento della coabitazione, può pertanto anche essere compatibile con situazioni di pendolarismo purché risulti una continuità (seppur con lo iato temporale dovuto allo svolgimento dell'attività lavorativa) nella prestazione – il ricorrente ha dichiarato in udienza di assistere il padre ogni qual volta torni a casa a Modugno. Ha dichiarato altresì di usufruire dei permessi di cui alla L. 104/92 precisamente di tre giorni al mese proprio al fine di assistere il genitore e di ricorrere il più delle volte anche al proprio periodo di ferie, onde avere degli altri giorni a disposizione per tornare a casa e prestare assistenza al padre. Dette dichiarazioni, peraltro non contestate dal Ministero risultano comprovate anche dalla produzione di copiosa documentazione attestante che il M. ha accompagnato il padre in occasione di numerose visite specialistiche a Bari.

Quanto poi alla seconda condizione – quella della possibilità – ritiene il giudicante che, sempre in base a una valutazione sommaria delle risultanze processuali attualmente a disposizione, non sia emersa l'assoluta o comunque grave difficoltà per il Ministero della Giustizia di disporre l'avvicinamento del M. presso un ufficio giudiziario vicino al proprio domicilio. E infatti, dalle informazioni fornite dalla Direzione Generale dell'organizzazione giudiziaria degli affari generali, in data 7/4/2000, è emerso come, allo stato siano vacanti e disponibili ben dodici posti di addetto ai servizi ausiliari e di anticamera, qualifica rivestita dal ricorrente nell'ambito del distretto di Corte di Appello di Bari, tre dei quali esistenti a Bari.

Il Ministero poi si è limitato a eccepire genericamente l'esistenza di superiori esigenze organizzative, senza specificare quali siano, in concreto, le difficoltà che si frappongano al trasferimento del ricorrente.

Deve pertanto considerarsi possibile, allo stato degli atti – e sempre nell'ottica di un equo bilanciamento degli interessi – reperire un posto al M. in una sede il più vicina possibile a quella del domicilio del padre portatore di handicap e bisognoso di assistenza continua. Non deve, invece, valutarsi più, per tutto quanto sopra dedotto, la sussistenza dell'elemento della convivenza, elemento che – va detto per completezza di esposizione – nel caso in esame, non appare sussistente, a nulla rilevando la circostanza che M. D. risulti inserito nel nucleo familiare del ricorrente, dal momento che ciò che conta è l'effettività della convivenza, quale situazione di fatto che prescinde dalla coincidenza della residenza anagrafica, attestata dalla relativa certificazione.



Ciò posto quanto al *fumus* ritiene poi il giudicante che nella specie sussista anche il requisito del *periculum in mora*. E invero, il ricorrente ha dedotto e dimostrato di essere l'unico familiare di M.D. in grado di prestargli assistenza. La madre del ricorrente T.C. risulta infatti anch'essa portatrice di handicap (sia pure non in situazione di gravità) ai sensi dell'art. 3 L. 104/92 (cfr documentazione in atti) ed il ricorrente è l'unico figlio di M.D.. La sorella uterina del ricorrente, poi, R. M., risulta affetta da psicosi maniacale e, per tale patologia è stata giudicata dalla competente commissione sanitaria invalida civile all'80%. Né rilievo alcuno può attribuirsi alla circostanza sottolineata dal Ministero, che l'assistenza potrebbe essere prestata dalla moglie del ricorrente, S.A.

E infatti anche qualora possa reputarsi presumibile un concorso nell'assistenza da parte della moglie del ricorrente, non può, detto apporto, dirsi esaustivo stante l'importanza che il rapporto filiale, anche in ragione delle sue peculiarità affettive assume nella dinamica di assistenza familiare al disabile, soprattutto considerando il fatto che il ricorrente è l'unico parente stretto del portatore di handicap a potergli prestare assistenza e che, in effetti, è risultata comprovata la sua opera al riguardo. Il ricorso va, pertanto, accolto, rimettendo al merito la definizione delle spese e competenze del presente giudizio cautelare.

P.Q.M.

Il giudice del lavoro sul ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto da M. S., rappresentato e difeso dall'avv. B. C., nei confronti del Ministero della Giustizia, rappresentato in giudizio dal dott. F. B., funzionario delegato, così provvede:

1. in via cautelare e urgente ordina al Ministero della Giustizia l'assegnazione in via provvisoria del ricorrente M. S. a un ufficio giudiziario sito nella città di Bari;
2. rimette al merito la determinazione delle spese e competenze del giudizio cautelare;
3. assegna al ricorrente termine di legge per instaurare il giudizio di merito.

Catanzaro, 13 maggio 2000.

Tribunale di Catanzaro - Ordinanza 30 giugno 2000

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

Ordinanza

sul reclamo proposto dal Ministero della Giustizia avverso l'ordinanza emessa dal giudice del lavoro in data 13 maggio 2000, con la quale, in accoglimento del ricorso ex art. 700 c.p.c. avanzato da M. S., è stato ordinato al Ministero della Giustizia l'assegnazione in via provvisoria del M. ad un ufficio giudiziario sito nella città di Bari;

esaminati gli atti di causa;

sentito il relatore;

in esito alla trattazione camerale del 20/6/2000,

Osserva e rileva

Con il proposto reclamo il Ministero della Giustizia censura il provvedimento, adottato dal giudice del lavoro di Catanzaro in data 13 maggio 2000, con il quale, nella ritenuta ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 33 della legge n. 104/1992, come modificata dalla L. n. 53/2000, è stato disposto il trasferimento, in via cautelare e provvisoria, di M. S., dipendente del Ministero

della Giustizia e in servizio presso il tribunale di Catanzaro con la qualifica di addetto ai servizi ausiliari e di anticamera dallo stesso tribunale ad una sede giudiziaria sita nella città di Bari.

Deduce il Ministero reclamante che l'interpretazione fatta propria dal primo giudice non appare rispettosa della L. n. 104/92 che richiede, anche dopo la modifica introdotta con la L. n. 53/00, che ha fatto venir meno il requisito della "convivenza" del lavoratore con la persona handicappata, la presenza dell'altro requisito detta assistenza continua e in atto, nella specie mancante giacché, per un verso, l'insorgenza della malattia del proprio congiunto è successiva alla assunzione in servizio presso il Tribunale di Catanzaro e, per altro verso, la legge non può essere estesa a colui che aspiri al trasferimento proprio al fine di instaurare detto rapporto di assistenza continua. Contesta inoltre, la ricorrenza, ritenuta dal primo giudice, del *periculum in mora*, sotto il profilo mancata dimostrazione della irreparabilità del danno e della convivenza del coniuge del M. con la persona interessata. Chiedeva, conseguentemente, la revoca della ordinanza reclamata con il favore delle spese. Si costituiva M.S. che invocava il rigetto del reclamo e la condanna del Ministro al pagamento delle spese del giudizio cautelare.

Va subito rilevato, modificando l'ordine di trattazione delle questioni, che non appare affatto condivisibile la deduzione del Ministero reclamante circa la insussistenza del *periculum in mora*, in considerazione, sotto un primo profilo, della attribuzione della qualifica di persona portatore di handicap, ai sensi della L. 104/92, di M.D., padre di M.S., sotto altro profilo, della inidoneità delle persone con lo stesso conviventi di prestargli assistenza, e infine, della circostanza che l'accoglimento della richiesta di trasferimento presso la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio formulata ai sensi dell'art. 33 comma 5 L. 5 febbraio 1992 n. 104 dal genitore o dal familiare lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato con lui convivente non presuppone che questo debba essere l'unica persona in grado di prestare la suddetta assistenza (negandosi il prefato beneficio sulla considerazione che il rapporto possa essere instaurato da altri familiari) ma comporta l'acquisizione della situazione di privilegio in capo a un unico "soggetto lavoratore" (Cons. Stato comm. spec., 19 gennaio 1998, n. 394; Consiglio Stato sez. VI, 15 giugno 1998, n. 947).

Peraltro, il reclamo deve essere accolto sotto il diverso profilo della insussistenza del *fumus boni iuris*.

La questione assolutamente rilevante e in realtà fondamentale che si pone all'esame del collegio è quella relativa alla configurabilità di un diritto al trasferimento del lavoratore, in costanza di rapporto, ove l'insorgenza della situazione di handicap di una delle persone indicate all'art. 33 L. n. 102/94 sia antecedente o anche successiva alla instaurazione del rapporto di lavoro.

L'orientamento formatosi sul punto, salvo isolate eccezioni (vedi Pretura Milano, 10 luglio 1995, Roca e altro c. Ente poste it.), negava la sussistenza di un tale diritto sul presupposto che "la richiesta di trasferimento presso la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio formulata ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 6 L. 5 febbraio 1992 n. 104 dal genitore o dal familiare lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato con lui convivente ovvero dal portatore di handicap maggiorenne lavoratore non opera soltanto in sede di prima sistemazione ma anche successivamente in relazione ai trasferimenti a domanda" (Cons. Stato comm. spec., 19 gennaio 1998, n. 394), e inoltre che "il diritto al trasferimento in sede più idonea è riconosciuto dall'art. 33 comma 5, L. 5 febbraio 1992 n. 104, al lavoratore che già assista con continuità un familiare portatore di handicap, e non già al lavoratore che aspiri al trasferimento proprio al fine di poter instaurare un rapporto di assistenza continuativa" (Consiglio Stato sez. IV, 21 aprile 1997, n. 425; Pretura Milano, 22 aprile 1998; Consiglio Stato sez. IV, 21 aprile 1997, n. 425; Pretura Torino, 7 ottobre 1996; Pretura Torino, 22 ottobre 1996; TAR Lombardia sez. III, Milano, 8 ottobre 1996, n. 1473, Guido c. Min. poste e altro; TAR Lombardia sez. III, Milano, 27

agosto 1996, n. 1326 Cardillo c. Min. poste e altro; inoltre Corte Cost. 29 luglio 1996, n. 325; Corte Cass. Sez. Lavoro. 29 marzo 1999, n. 3027).

Un tale orientamento peraltro secondo il provvedimento censurato, non conserverebbe più alcuna valenza alla luce della soppressione, a opera dell'art. 19, comma 1, lett. b. della legge 8 marzo 2000 n. 53, dell'inciso, contenuto nell'art. 33 L. n. 104/92, "con lui convivente" che avrebbe reso possibile "il beneficio della scelta, ove possibile, della sede di lavoro più vicina al domicilio dell'handicappato" ... "non ai soli casi di dipendente di prima nomina ovvero, in ipotesi di già raggiunta destinazione, di opposizione a eventuali trasferimenti (d'ufficio) che dovessero allontanarlo dal congiunto, potendo il diritto essere esercitato anche in un momento successivo rispetto a quella iniziale della sede di lavoro". E ciò in quanto, "eliminato il requisito della convivenza in atto, non può avere più alcun rilievo la questione concernente l'individuazione del momento cronologico, rispetto alla costituzione del rapporto di lavoro di insorgenza in capo al lavoratore del diritto ex art. 33 cit"., "posto che la *ratio* di tale diritto di scelta non deve più ritenersi quella di tutelare una situazione di convivenza in atto, bensì, logicamente, quella di tutelare una assistenza in atto, sia pure con le difficoltà connesse alla lontananza" mentre "una ulteriore limitazione della portata di tale diritto (nel senso della possibilità del suo esercizio solo al momento della scelta della prima sede di lavoro) stravolgerebbe completamente il significato della norma *de qua*, la quale risulterebbe priva di sostanziale contenuto".

Orbene, nonostante il lodevole e apprezzabile sforzo interpretativo del primo giudice, reputa il collegio che l'interpretazione fatta propria dalla ordinanza censurata non sia sostenibile a lume della chiara e inequivoca formulazione, risultante dalla modifica introdotta con la L. n. 53/2000, dell'art. 33 L. 102/1994, che così dispone "il genitore o il familiare lavoratore con rapporto di lavoro pubblico o privato che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".

Il congiunto riferimento, contenuto nella richiamata disposizione, alla assistenza (continua), alla scelta della sede e al divieto di trasferimento senza consenso del lavoratore, porta a scindere la questione relativa alla (non più necessaria) convivenza da quella relativa alla possibilità di trasferimento in costanza del rapporto, per effetto della sopravvenuta insorgenza di una situazione di handicap di una delle persone indicate dall'art. 33 L. n. 102/94. La correlazione rinvenibile tra assistenza (continua) e scelta della sede di lavoro lascia intendere infatti che la situazione di handicap può essere considerata, nei limiti del possibile, soltanto al momento della assegnazione della prima sede, giacché soltanto in tale momento, attraverso la predisposizione delle sedi cui assegnare i soggetti vincitori di concorso o altrimenti assunti, è possibile riconoscere al soggetto il diritto di "scegliere" la sede più vicina al proprio domicilio, e ciò al fine di non fare venire meno e quindi preservare, secondo la *ratio* della legge, quella continuità di assistenza che, fino ad allora, aveva caratterizzato il rapporto tra il lavoratore ed il soggetto handicappato.

In modo analogo, il divieto di trasferimento senza consenso risponde alla esigenza, del tutto conforme allo spirito della legge, di non interrompere in alcun modo l'assistenza che, in modo continuativo e in costanza di rapporto di lavoro il lavoratore presta a proprio parente od affine entro il terzo grado handicappato.

Al di fuori delle suddette ipotesi, non può essere riconosciuta tutela al lavoratore che si trovi nella situazione familiare considerata dal più volte richiamato articolo 33, in quanto la legge, come innanzi evidenziato, conferisce rilevanza alla assistenza in favore di soggetti meritevoli di protezione solo allorché si tratta di evitare, per effetto della assunzione in servizio o di determinazione del datore di lavoro, modificazioni *in peius* della situazione di assistenza del portatore di handicap.





Le suesposte osservazioni portano a escludere, conseguentemente, il riconoscimento del diritto del lavoratore alla scelta della sede di lavoro tra quelle più vicine al proprio domicilio, allorché la situazione protetta venga a esistenza nel corso del rapporto di lavoro, ovvero, in ipotesi, in presenza di un “ripensamento” del lavoratore circa la scelta della sede operata in precedenza. Un tale diritto, invero, non può trovare fondamento nell’art. 33, diretto unicamente a mantenere inalterata, attraverso la possibilità di scelta – non a una qualsiasi sede ma “a quella più vicina al domicilio (del lavoratore) e il divieto di trasferimento senza consenso, l’assistenza prestata – prima della assunzione in servizio o durante il rapporto – dal lavoratore ad un soggetto handicappato. Lo stesso riferimento “alla sede di lavoro più vicina” al domicilio (del lavoratore) lascia chiaramente intendere come il legislatore si sia preoccupato di non fare mancare al soggetto bisognoso di assistenza, l’aiuto proveniente dal lavoratore che, per effetto della assunzione in servizio, fosse costretto a raggiungere sedi non compatibili con la protrazione della assistenza.

Il quadro normativo testé descritto non può ritenersi mutato per effetto della eliminazione, dal contesto dell’art. 33, dell’inciso “con lui convivente”, che costituiva, nella previgente formulazione del medesimo articolo, un requisito dotato di propria autonomia che si aggiungeva agli altri contemplati dalla norma. La modifica introdotta dalla L. 53/2000 rispondeva al duplice intento di ampliare, secondo l’auspicio formulato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 325/96, le ipotesi di protezione in favore di soggetti handicappati accordata dall’art. 33, e di eliminare, per il futuro, le incertezze giurisprudenziali sul concetto di “convivenza” che, pur nella identità delle situazioni fattuali, avevano portato, in alcuni casi al riconoscimento ed diritto ed in altri alla negazione del diritto stesso. (vedi: Pretura Pordenone, 17 febbraio 1997, Bertoia c. Inps “il requisito della “convivenza”, richiesto dall’art. 33 comma 3 della L. 104/92, va inteso come effettiva “vivenza” in comune la presenza di detta circostanza (vivenza in comune) – nel caso in cui l’istante e l’assistito vivano presso distinte (anche se, al limite contigue) abitazioni – va specificamente dimostrata dall’attore”; T.A.R. Calabria sez. Catanzaro, 3 giugno 1997, n. 325 Molinaro c. Min.P.I. e altro “Condizione essenziale per fruire della precedenza nei trasferimenti prevista dall’art. 33 L. 5 febbraio 1992 n. 104 in favore dei lavoratori che assistono parenti o affini portatori di handicap è la coabitazione cioè la convivenza abituale nella stessa casa del lavoratore o del familiare handicappato, non essendo sufficiente la residenza nella stessa città”; T.A.R. Lombardia sez. Milano, 27 agosto 1996, n. 1 Cardillo c. Min. poste e altro “... ..il detto beneficio è comunque subordinato ad uno stato di convivenza “in atto” del dipendente col congiunto portatore di “handicap”, tale da consentire da parte del primo una prestazione di assistenza continua ed effettiva di tipo materiale e pertanto ulteriore e diversa rispetto ad un semplice sostegno psicologico; ...”; T.A.R. Lazio sez. Latina, 10 maggio 1996, n. 473, Colarullo c. Min. p.i. e altro, “Condizione essenziale per fruire della precedenza, nei trasferimenti, prevista dall’art. 33 L. 5 febbraio 1992 n. 104 in favore dei lavoratori che assistono parenti o affini portatori di handicap, è la coabitazione, cioè la convivenza abituale nella stessa casa del lavoratore e del familiare handicappato, non essendo sufficiente la residenza nella stessa città”; Consiglio di Stato, Sezione Terza, 10 dicembre 1996, n. 1918).

Il risultato di più immediata rilevanza derivante dalla soppressione della “convivenza” è costituito dalla necessaria estensione delle ipotesi di riconoscimento del diritto del lavoratore alla scelta, al momento della prima assegnazione, della sede più vicina al proprio domicilio ovvero di “resistere” legittimamente a un trasferimento di ufficio, in quanto, venuta meno la convivenza, l’assistenza (connotata dal requisito della continuità) può esplicarsi in forme e termini diversi, senza vincoli derivanti dalla coabitazione o vicinanza dei soggetti interessati.

Non può sfuggire all’attenzione che l’estensiva interpretazione fatta propria dal primo giudice, che riconnette al venir meno del requisito della “convivenza”, l’effetto di riconoscere al



lavoratore il diritto al trasferimento pure in corso di rapporto e per una situazione patologica successiva all’instaurazione del rapporto trova un ostacolo insormontabile sia nella lettera della legge, che ricomprende nella previsione le ipotesi di scelta della sede e di divieto di trasferimento, come pure nell’argomento logico secondo il quale, ove il legislatore avesse avuto effettivamente l’intenzione di estendere la previsione della norma anche oltre la originaria e letterale formulazione, non avrebbe mancato di farne espressa menzione, senza limitarsi alla eliminazione di un requisito che, seppure di incerta valutazione, non rappresenta(va) certamente l’ostacolo maggiore alla applicazione della norma in costanza di rapporto di lavoro.

Le suesposte osservazioni determinano l’accoglimento del reclamo e la revoca della ordinanza censurata.

La complessità e la novità della questione giustificano ampiamente la integrale compensazione delle spese del procedimento cautelare.

P.Q.M.

Letto ed applicato l’art. 669 *terdecies* c.p.c.,
revoca l’ordinanza emessa dal giudice del Lavoro di Catanzaro in data 13 maggio 2000 su ricorso di M. S. nei confronti del Ministero della Giustizia;
dichiara interamente compensate le spese del procedimento cautelare,

Catanzaro, 30 giugno 2000.

Corte di Appello di Venezia - Sentenza 10 ottobre 2000

Rapporto di lavoro – trasferimento e mobilità – diritto al trasferimento ex L. 104 del 1992 – azionabilità solo al momento della costituzione del rapporto di lavoro – sussistenza.

Il rapporto di lavoro – atti di gestione – privatizzazione – criteri di preferenza nel trasferimento ai sensi della L. 104/92 – modificazione datoriale unilaterale della disciplina di tali criteri – inammissibilità.

L’art. 33 comma 5 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, tanto per il riferimento alla possibilità di scegliere una sede di lavoro più vicina al domicilio (il che presuppone implicitamente una diversa localizzazione della prima rispetto al secondo, e quindi una situazione tipica del momento dell’assunzione) quanto per la testuale previsione della assistenza e (prima delle modifiche apportatevi dall’art. 19 della legge 8 marzo 2000 n. 53) della convivenza, quanto infine per la sua ratio, da individuare nella esigenza di salvaguardia dei rapporti assistenziali in atto, attribuisce al dipendente il diritto alla scelta della sede di lavoro solo al momento della costituzione del rapporto, sempreché peraltro, come reso palese dal riferimento legislativo alla possibilità di una tale scelta, ciò non contrasti in misura consistente con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro. Né in contrario assume rilievo la soppressione del requisito della convivenza ad opera della richiamata legge n. 53/2000, permanendo comunque, quale presupposto per il sorgere del diritto, la continuità assistenziale, interrotta dall’allontanamento conseguente alla assunzione in sede di lavoro distante dal luogo in cui si trova il congiunto handicappato.

Nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, c.d. privatizzato, deve escludersi che la parte datoriale possa unilateralmente modificare, ancorché con atto di

carattere generale adottato in forma di circolare esplicativa, la disciplina dei diritti riconosciuti dalla legge 5 febbraio 1992 n. 104 e successive modifiche, ai dipendenti che intendano far valere la presenza di un congiunto handicappato quale criterio preferenziale per il trasferimento, e ciò anche se la modifica abbia carattere migliorativo, poiché ai vantaggi in tale modo acquisiti da una determinata categoria di dipendenti fanno riscontro simmetrici svantaggi per altri lavoratori che, per scelta unilaterale dell'amministrazione, sarebbero pretermessi ai primi nel trasferimento richiesto.

*L'assoggettamento del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni alle disposizioni che regolano il rapporto di lavoro privato, salvo alcune deroghe (art. 2 del D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 come modificato e integrato dall'art. 2 D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80) e la conseguente esclusione degli atti adottati dall'ente datore di lavoro nell'ambito di tali rapporti dal novero degli atti amministrativi in senso stretto, comportano che nei confronti di tali atti sia inapplicabile la disciplina dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo e non possa quindi esplicitare effetti il principio per cui la motivazione dell'atto carente o viziata in origine non può esser successivamente integrata, sostituita o modificata, trattandosi di un principio consequenziale al ruolo di elemento di validità svolto nell'atto amministrativo dalla motivazione.**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA - Sezione II Civile
 (omissis)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa in appello

(omissis)

Oggetto; Riforma della sentenza del 25/11/1999 n. 362/99 del Tribunale di Vicenza in punto: trasferimento dipendente pubblico ex art. 33 L. 104/92.

Causa trattata all'udienza del 29.09.2000

CONCLUSIONI:

Il procuratore degli appellanti ha così concluso:

- accogliere il presente appello e per l'effetto revocare e/o annullare e/o modificare la sentenza impugnata;
 - accertare e dichiarare il diritto della ricorrente al trasferimento ai sensi dell'art. 33 comma 5, della L. 104/92;
 - accertare e dichiarare, ove necessario, la legittimità del provvedimento Prot. N. 402/V/GD del 18/01/1999 posto in essere dal Ministero delle Finanze con il quale è stata respinta l'istanza di trasferimento presentata ai sensi dell'art. 33 L. 104/92 dalla ricorrente e conseguentemente lo disapplichi;
- ordinare il trasferimento della ricorrente presso l'ufficio delle II.DD. di Barcellona P.G.

* Fonte: massima a cura della Redazione

(ME) e/o ordinare al datore di lavoro di disporre il trasferimento presso l'ufficio delle II.DD. di Barcellona P.G. (ME) o in subordine presso l'ufficio del Ministero delle Finanze della Provincia di Messina prossimo a Barcellona p.g. (ME);

Ove necessario, ammettere prova testimoniale, con l'escussione dei testi che si indicano nelle persone di V.N., nata il 17/09/1949, e B.R., nata il 11/01/1965, sul capitolo di prova indicato al n. 4) lett. C) delle conclusioni del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e che di seguito si riporta;

“vero o no che la Sig.ra L.B. prima di essere assunta presso l'Ufficio del Registro di Vicenza conviveva con il Sig. M. M. e prestava allo stesso assistenza”;

nonché sull'ulteriore capitolo:

“vero che non vi sono altre persone, all'infuori della Sig.ra B.L.M., che possono prestare assistenza con continuità al Sig. M.”.

Con riserva di ulteriori mezzi istruttori opportuni e conducenti.

Con vittoria di spese e compensi anche del primo grado di giudizio.

Il procuratore degli appellati ha così concluso:

Dichiarare inammissibile e comunque rigettare l'appello avverso la sent. 362/99 Trib. Lav. Vicenza.

Con rifusione di spese ed onorari di lite.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al Tribunale di Vicenza in funzione di giudice del lavoro depositato il 10/6/1999 L.B. esponeva:

- di essere dipendente del Ministero delle Finanze dall'1/4/1996 e di prestare servizio presso l'Ufficio Unico delle Entrate di Vicenza I dal 15/12/1998;
- di essere convivente di affine di primo grado (il suocero), invalido al 100% con diritto di accompagnamento, e di essere l'unico familiare in grado di prestare con continuità l'assistenza necessaria all'invalido;
- di avere presentato istanza di trasferimento ai sensi dell'art. 33 della L. n. 104/92 presso l'Ufficio delle Imposte Dirette o l'Ufficio del Registro di Barcellona Pozzo di Gotto o, in caso di impossibilità, presso altri uffici della Provincia di Messina;
- che il Ministero delle Finanze aveva respinto l'istanza con la motivazione che la situazione del personale dell'ufficio ove la ricorrente prestava servizio non soddisfaceva la condizione relativa alla soglia massima di carenza d'organico prevista dalle circolari.

Ciò premesso, affermato il proprio diritto a ottenere il trasferimento richiesto la L.B. chiedeva che, accertata l'illegittimità del provvedimento dell'Amministrazione, fosse ordinato il suo trasferimento presso l'Ufficio delle Imposte Dirette di Barcellona Pozzo di Gotto o, in subordine, presso altro ufficio del Ministero delle Finanze della provincia di Messina prossimo a tale località.

Il Ministero delle Finanze si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto della domanda in quanto il requisito del rapporto di convivenza con il familiare affetto da handicap mancava sia al momento della costituzione del rapporto di lavoro (la L. B. aveva iniziato a lavorare per l'Amministrazione nell'aprile del 1996 e avrebbe iniziato la convivenza con il suocero, secondo la documentazione esibita solo dopo il matrimonio celebrato il 28/4/1997) e successivamente, in quanto la prestazione dell'attività lavorativa a Vicenza rendeva impossibile la dimora in via continuativa in Barcellona Pozzo di Gotto. Da ciò conseguiva anche che la L. B. non aveva mai prestato assistenza al padre del marito. Inoltre faceva rilevare che sia nel Veneto sia nell'Ufficio di appartenenza della ricorrente vi era una situazione di carenza d'organico che non consentiva la



distrazione di dipendenti per un'altra sede per la quale, peraltro, non era provato che vi fosse possibilità di impiego. Infine sottolineava che la L. B. non aveva provato la mancanza di altri familiari che potessero assistere l'handicappato.

Con sentenza del 25.11.1999, depositata il 30.12.1999, il Tribunale rigettava il ricorso e compensava le spese.

Il giudice, richiamato il tenore letterale dell'art 33 L. n. 104/92, rilevava che mancavano entrambi i presupposti del diritto al trasferimento in quanto la ricorrente non conviveva con il suocero e, quindi neppure lo assisteva con continuità. Avverso tale sentenza proponeva appello la L. B. per i seguenti motivi:

1. il giudice aveva aderito all'interpretazione della Cassazione secondo cui l'art. 33 citato non è applicabile nel caso in cui la convivenza sia stata interrotta al momento dell'assunzione per effetto dell'assegnazione della sede lavorativa, e il familiare tenda successivamente a ripristinarla attraverso il trasferimento in una sede vicina al domicilio dell'handicappato. L'interpretazione della Cassazione era errata in quanto rendeva inapplicabile la norma; infatti, se la convivenza e l'assistenza non si fossero mai interrotte non vi sarebbe motivo per il dipendente di chiedere il trasferimento ex art. 33 L. n. 104/92;

2. il giudice avrebbe dovuto valutare l'esistenza del diritto dell'appellante al trasferimento avendo riguardo solo alle circolari n. 4243 del 9/7/1998 e n. 4243/1 del 7/10/1998 che il Ministero delle Finanze si era dato e che costituivano "atto di autoregolamentazione di potere datoriale" che erano andate a integrare la norma contrattuale posta dall'art. 33. Con tali circolari il Ministero aveva posto una disciplina dei trasferimenti ex art. 33, migliorativa rispetto a quella determinata dall'interpretazione della Cassazione, che non trovava applicazione, quindi, nei confronti dei dipendenti di tale Ministero. Infatti con la circolare 4243 era stata recepita l'interpretazione estensiva che dell'art. 33 aveva dato il Consiglio di Stato secondo cui ritenere che la norma possa operare solo in presenza di una convivenza in atto tra il familiare dipendente e il portatore di handicap significa attribuire alla norma una portata eccessivamente limitata, non in sintonia con la *ratio* dell'intero costruito della legge";

3. il giudice aveva errato nel prendere in considerazione profili di legittimità diversi da quelli indicati nel provvedimento con il quale era stata rigettata la richiesta di trasferimento, pur se fatti valere dalla difesa del Ministero all'atto della costituzione in giudizio. Poiché il motivo della reiezione era stato indicato nel fatto che la situazione del personale dell'ufficio non soddisfaceva la condizione relativa alla soglia massima di carenza prevista dalle circolari, il giudice doveva solo accertare se la L. B. fosse in possesso dei requisiti richiesti dalle suddette circolari;

4. il giudice non aveva accolto le istanze istruttorie che avrebbero consentito all'appellante di provare l'esistenza del requisito della convivenza con il suocero.

Concludeva, quindi, chiedendo l'integrale riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento delle domande, anche in via istruttoria, proposte con il ricorso introduttivo. L'appellato si costituiva in giudizio eccependo l'inammissibilità dell'appello nella parte in cui introduceva una diversa prospettazione della *causa petendi* e fatti diversi, con nuovi mezzi di prova. Chiedeva comunque il rigetto dell'appello con vittoria di spese.

All'udienza di discussione i procuratori delle parti svolgevano le proprie difese e la Corte deliberava la sentenza in camera di consiglio, dando successivamente immediata lettura in udienza del dispositivo in atti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appellato ha eccepito l'inammissibilità dell'appello in quanto sarebbero stati introdotti in secondo grado una diversa prospettazione della *causa petendi*, fatti diversi e nuovi mezzi di

prova. In particolare, mentre la L.B. in primo grado aveva incentrato il ricorso sull'illegittimità delle circolari che, a suo dire, avevano introdotto un ulteriore limite al dettato dell'art. 33, in appello fondava l'illegittimità del provvedimento di diniego sul fatto che l'Amministrazione aveva violato quelle autolimitazioni che si era date con l'emanazione di quelle circolari.

L'eccezione non è fondata. L'appellante ha chiesto fin dal ricorso introduttivo del giudizio che la disposizione dell'art. 33 L. 104/92 fosse interpretata secondo i parametri indicati dalla circolare 4243 del 9/7/1997 che aveva riconosciuto il diritto al trasferimento in presenza dei seguenti tre presupposti: una situazione di convivenza con il familiare in situazione di handicap (secondo l'interpretazione estensiva di convivenza data dal Consiglio di Stato con il parere n. 1813 del 10.12.1996); la prestazione di assistenza continuativa a tale familiare e la disponibilità del posto di lavoro presso la sede richiesta. Alla critica indirizzata alla successiva circolare n. 4243/1 del 7.10.1998, che ha introdotto l'ulteriore presupposto di una percentuale minima di personale esistente presso la sede di appartenenza, ha comunque accompagnato il rilievo che anche tale presupposto, che pure era, a suo giudizio, illegittimo, esisteva producendo, a tale fine, documentazione (documenti nn. 12, 13, 14). Non può, quindi, affermarsi che con i motivi d'appello la L.B. abbia introdotto una *causa petendi* diversa da quella indicata in primo grado.

L'appello è comunque infondato nel merito. Con il primo motivo l'appellante si duole che il giudice di primo grado abbia fatto propria l'interpretazione della Cassazione che ritiene inapplicabile la disposizione dell'art. 33 quando la convivenza con l'handicappato si sia interrotta per effetto dell'assegnazione, al momento dell'assunzione, della sede lavorativa e il lavoratore tenda a ripristinarla attraverso il trasferimento a una sede vicina al domicilio del familiare handicappato. La doglianza è priva di fondamento.

L'art 33, comma 5, della L. 104/92 testualmente recita: "Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".

La disposizione è contenuta nella Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate e ha lo scopo di mantenere la continuità di rapporto tra il lavoratore e il parente o affine entro il terzo grado handicappato che sia da lui assistito, appunto, con continuità. Tale fine risulta evidente ove si considerino i requisiti richiesti per l'esercizio del diritto e precisamente la convivenza con l'handicappato e la continuità dell'assistenza. La norma, si è detto (Corte Cost. 29/7/1996 n. 325), è volta a salvaguardare l'assistenza dell'handicappato in atto, "al fine di evitare rotture traumatiche e dannose della convivenza".

La terminologia usata ("sceglie", riferito al lavoratore con riguardo alla sede di lavoro), il testo letterale della norma (che prevede come requisiti la convivenza e la continuità dell'assistenza), la sua *ratio* (individuata nella salvaguardia di rapporti assistenziali già in atto) giustificano l'opinione assolutamente prevalente nella giurisprudenza che il diritto a scegliere la sede sussiste solo al momento della costituzione del rapporto di lavoro, quando, cioè, non si è ancora prodotta quella rottura traumatica della convivenza e della continuità assistenziale che la norma vuole, appunto, evitare. Da ultimo, in modo estremamente netto la Suprema Corte ha statuito che "la chiara lettera del comma 5 dell'art. 33 – messo anche in relazione con i restanti commi dello stesso articolo – dimostra chiaramente che il diritto del genitore e del familiare lavoratore dell'handicappato non può farsi valere nei casi in cui la convivenza viene interrotta con l'assegnazione della sede lavorativa, e il genitore o il familiare tendono, successivamente, a ripristinarla attraverso il trasferimento in una sede vicina al domicilio dell'handicappato" (Cass. 6.4.1999 n. 3306).

Oltre alle considerazioni già svolte, l'applicabilità della disposizione al momento iniziale del rapporto di lavoro si evince dal fatto che la norma presuppone una diversità tra sede di lavo-



ro e domicilio del lavoratore ("il genitore o il familiare lavoratore...ha diritto a scegliere...la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio"). Ebbene tale diversità si ha normalmente all'inizio del rapporto, quando al lavoratore non è stata ancora attribuita la sede di lavoro. Una volta preso servizio presso la sede di lavoro si avrà, di solito, coincidenza tra tale sede e domicilio.

Su tale interpretazione, che riserva l'esercizio del diritto riconosciuto dall'art. 33, comma 5, alla scelta della sede iniziale di lavoro, non viene sostanzialmente a incidere la modifica intervenuta con l'art. 19, lett. h), della L. 53/2000 il quale ha soppresso le parole "con lui convivente", eliminando, quindi, la necessità del requisito della convivenza del lavoratore con l'handicappato. È rimasto, comunque, il requisito della continuità dell'assistenza, continuità assistenziale la cui salvaguardia costituisce, come si è detto, la *ratio* della norma. In sintesi il lavoratore assunto avrà facoltà, se possibile – e cioè se ciò non contrasti in misura consistente con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro – di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio solo se dimostrerà di assistere con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, anche se non con lui convivente.

Nel caso di specie non solo non si verte nell'ipotesi di scelta iniziale della sede, ma di richiesta di trasferimento ad un'altra sede in corso di rapporto (la L.B. è stata assunta l'1/4/1996 e da tale data fu assegnata all'Ufficio del Registro di Vicenza), ma risulta pure inesistente il requisito dell'assistenza continuativa dell'handicappato, attesa la distanza che intercorre tra l'attuale residenza dell'appellante (Vicenza) e quella del suocero (Barcellona Pozzo di Gotto). Il richiesto trasferimento, quindi, non tende a salvaguardare – come è nell'intenzione del legislatore – la continuità di un rapporto assistenziale, rapporto che nel caso in oggetto non esiste.

Con il secondo motivo d'appello la L.B. si duole che il giudice non abbia tenuto conto delle disposizioni a lei favorevoli contenute nelle circolari del Ministero delle Finanze n. 4243 del 9/7/1997 e 4243/1 del 7/10/1998. In particolare rileva che la circolare n. 4243 del 1997, relativamente ai concetti di convivenza ed assistenza che costituiscono requisiti per l'esercizio del diritto di trasferimento ex art. 33 L. 104/92, ha inteso recepire l'interpretazione estensiva data dal Consiglio di Stato con il parere n. 1813 del 10/12/1996 secondo cui "ritenere che la norma possa operare solo in presenza di una convivenza in atto tra il familiare dipendente e il portatore di handicap significa attribuire alla norma una portata eccessivamente limitata, non in sintonia con la *ratio* dell'intero costruito della legge".

Tale circolare dovrebbe trovare comunque applicazione in quanto il Ministero delle Finanze con essa avrebbe esercitato una sua facoltà di autoregolamentazione del potere datoriale, ponendo per i propri dipendenti una disciplina contrattuale dei trasferimenti ex art. 33 migliorativa rispetto a quella determinata dall'interpretazione letterale della norma fatta propria dalla Cassazione. In effetti la circolare invocata appare più favorevole al familiare dell'handicappato in quanto l'agevolazione prevista dall'art. 33, comma 5, si applicherebbe non solo nella fase iniziale al momento della scelta della prima sede di lavoro, ma anche per i successivi trasferimenti in corso di rapporto. Inoltre essa attribuisce al concetto di convivenza una portata più ampia con la conseguenza che i requisiti della convivenza e dell'assistenza continuativa possono ritenersi esistenti anche quando il portatore di handicap risieda in località diversa da quella in cui si trova la sede di lavoro dell'impiegato, purché, come recita testualmente la circolare, "tra il lavoratore e il soggetto portatore di handicap in condizioni di gravità siano rimasti stretti legami di assistenza morale e materiale in attesa di ripristinare la loro convivenza".

L'assunto dell'appellante non può essere condiviso.

Si osserva in primo luogo che deve escludersi che con proprio atto unilaterale l'Amministrazione possa mutare la disciplina dei trasferimenti, posta dalla legge. Proprio la natura "contrattuale", riconosciuta dalla stessa appellante, delle disposizioni agevolative contenute

nell'art. 33 impone che qualsiasi modifica sia adottata con metodo contrattuale e non possa essere effettuata con circolare da parte dell'Amministrazione. Né vale a mutare tale conclusione il fatto che la modifica sarebbe più favorevole a una categoria di lavoratori, e cioè quelli che intendono far valere la presenza di un familiare handicappato come criterio preferenziale per il trasferimento. Ciò perché il vantaggio attribuito a tale categoria di lavoratori comporta, necessariamente, uno svantaggio per gli altri lavoratori i quali sarebbero pretermessi a essi nel trasferimento richiesto, e ciò per una scelta unilaterale dell'Amministrazione. La modifica della portata della legge potrebbe essere disposta solo in sede di contrattazione collettiva, con la partecipazione delle rappresentanze di tutti i lavoratori.

Pertanto, la L.B. non avrebbe diritto a ottenere il trasferimento neppure se si volessero applicare i più favorevoli criteri della circolare. Non vi è alcuna prova che tra l'appellante e il suocero handicappato siano rimasti, nonostante la notevole distanza intercorrente tra l'attuale sede di lavoro e la residenza dell'handicappato, quegli "stretti legami di assistenza morale e materiale in attesa di ripristinare la loro convivenza" a cui fa riferimento espresso la circolare. Anzi, poiché il rapporto di affinità neppure esisteva quando la L.B. si è trasferita a Vicenza da Barcellona Pozzo di Gotto (la sede di lavoro di Vicenza è stata raggiunta l'1/4/1996, mentre il matrimonio è stato celebrato il 28/4/1997) si deve ritenere che tale rapporto di assistenza, quando anche di fatto esistente all'epoca del trasferimento a Vicenza, non abbia giuridica rilevanza ai fini in oggetto.

Con il terzo motivo d'appello la L.B. si duole che il giudice di primo grado abbia preso in considerazione profili di legittimità che, pur evidenziati dall'Amministrazione all'atto della costituzione in giudizio, erano diversi da quelli indicati nel provvedimento impugnato. Ricordato che la motivazione è un requisito di validità dell'atto amministrativo, nega che tale motivazione possa essere successivamente integrata, sostituita o modificata. Anche tale rilievo è privo di fondamento.

L'art. 2, D.lgs. 3/2/1993, n. 29, come modificato ed integrato dall'art 2, D.lgs. 31/3/1998, n. 80, ha assoggettato il rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, fatta eccezione per alcune deroghe, alle disposizioni che regolano il rapporto di lavoro privato. Ne consegue che gli atti adottati dagli organi dell'ente nei confronti dei loro dipendenti non rientrano più nel novero degli atti amministrativi in senso stretto. Relativamente a tali atti, pertanto, non trova applicazione la disciplina dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, e quindi non hanno rilevanza i vizi di carenza di motivazione o di eccesso di potere.

Va infine rigettato l'appello anche con riferimento alle istanze istruttorie non accolte in primo grado, attesa l'irrilevanza delle circostanze che si intendono provare.

Tenuto conto della particolarità della fattispecie si reputa che sussistano giusti motivi per la compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

Rigetta l'appello proposto da B. L. contro il Ministero delle Finanze avverso la sentenza n. 362 del 25.11-30.12.1999 del Tribunale di Vicenza, giudice del lavoro, che conferma; compensa interamente tra le parti le spese del grado.

Venezia 29 settembre 2000



Tribunale di Firenze - Sentenza 24 febbraio 2001

Il rapporto di lavoro – trasferimento e mobilità – richiesta di trasferimento ex. L. 104 del 1992 come modificata dalla L. 53/2000 – precedente prestazione di assistenza con carattere di continuità al familiare – necessità.

Il rapporto di lavoro – trasferimento e mobilità – richiesta di trasferimento ex. L. 104 del 1992 come modificata dalla L. 53 del 2000 – precedente prestazione di assistenza con carattere di continuità al familiare – necessità.

*L'art. 33 comma 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 ("Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate") pur dopo le modifiche apportatevi dall'art. 19 della legge 8 marzo 2000 n. 53 non attribuisce al dipendente il diritto alla scelta di una sede di lavoro più vicina al proprio domicilio per poter prestare assistenza al parente o all'affine portatore di handicap, se il bisogno assistenziale nasce in epoca successiva alla costituzione del rapporto di lavoro. Infatti, sebbene al fine del sorgere di tale diritto non sia più necessaria la convivenza con il congiunto è comunque richiesto che a questo venga prestata assistenza con continuità, requisito che identificandosi nella quotidiana dedizione alla cura della persona bisognosa comporta l'inapplicabilità del beneficio in favore di chi non possa fornire una assistenza così connotata, per essersi allontanato da diversi anni dal luogo di residenza del congiunto gravemente invalido.**

Il giudice ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Dando lettura del dispositivo nella causa iscritta al numero 2582/00 RG
(omissis)

FATTO E DIRITTO

N.P., in servizio presso l'Archivio Notarile di Firenze, con il ricorso di cui in epigrafe, ha convenuto in giudizio il Ministero della Giustizia e ha chiesto accertarsi in questa sede il suo diritto – art. 33, comma 5 L. n. 104/92 – a essere trasferito all'Archivio Notarile di Benevento o di altra località più prossima a Montemiletto (Av), città dove risiedono i genitori di esso ricorrente, bisognosi di assistenza.

Ritualmente costituitasi, l'Amministrazione convenuta concludeva per il rigetto della domanda sul rilievo che nella specie difettano i requisiti di legge.

La causa è stata decisa oggi con pubblica lettura del dispositivo.

La domanda non può trovare accoglimento.

Risulta pacifico che il sig. N.P., prima impiegato a Udine e poi a Firenze, da molti anni ha lasciato la provincia di Avellino.

Infatti, anche dopo la modifica introdotta dall'art. 19 L. 53/00, l'art. 33 co. 5 L. 104/92, stabilisce che il familiare della persona handicappata "ha diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio", a condizione che egli "assista con continuità il congiunto".

* Fonte: massima a cura della Redazione

In altre parole, la recente riforma ha escluso soltanto il requisito della convivenza (cioè della materiale coabitazione), ma ha lasciato inalterato il presupposto dell'assistenza continuativa.

Non è dubbio che quest'ultima nozione si identifica con la quotidiana dedizione alla cura della persona bisognosa.

Trova quindi conferma l'interpretazione largamente prevalente a livello di legittimità (vedi Cass. 3306 del 6/4/99 in foro It., 1999, I, 2250) secondo la quale il beneficio in parola può essere accordato soltanto a chi ha già in atto un'attività di assistenza continuativa nei confronti di un familiare handicappato. Qualora invece la situazione di bisogno insorga in epoca successiva alla costituzione del rapporto e il dipendente pubblico o privato, come nella specie, sia addetto da anni a una sede lavorativa distante alcune centinaia di chilometri dal luogo di residenza del congiunto gravemente invalido, non si configura l'ipotesi di cui all'art. 33, comma 5, cit..

Al riguardo, le censure di incostituzionalità sollevate dal ricorrente si appalesano manifestamente infondate, se si considerano le motivazioni già espresse da Corte Cost. 18-29 luglio 1996, n. 325.

La stessa Corte, infatti, ha notato che l'assistenza agli invalidi non può fondarsi esclusivamente sulla solidarietà familiare. Ciò appare tanto più pertinente alla vicenda in esame, in quanto la pur grave situazione segnalata dal ricorrente concerne in realtà un vastissimo numero di nuclei familiari, scaturendo dalla malattia invalidante di genitori anziani, i quali abbisognano conseguentemente della vicinanza dei figli. Come si vede, si tratta di un fenomeno sociale di larghissima estensione, che la stessa Corte non ha ritenuto di porre a carico della legge 104/92.

Ben più limitatamente, il citato art. 33, comma 5, anche dopo la riforma, ha inteso salvaguardare la continuità dell'assistenza familiare già in atto, per non precludere a chi si dedica a tale meritevole attività la possibilità di reperire un'occupazione compatibile.

A norma dell'art. 92 c.p.c., la natura della controversia, connessa anche a talune difformità giurisprudenziali, fa ravvisare giusti motivi per la integrale compensazione delle spese (limitata peraltro agli esborsi in quanto l'Amministrazione sta in giudizio ex art. 417 bis c.p.c.).

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sul ricorso depositato il 18/10/00, respinge la domanda avanzata da N.P.;

dichiara compensate per intero le spese processuali.

Così deciso in Firenze il 2/2/01





e) I concorsi interni

Nota di Massimo Salvatorelli*

Non constano precedenti giurisprudenziali in termini.

In materia di concorsi interni, riservati ai soli dipendenti dell'amministrazione che ha bandito la procedura concorsuale, la giurisprudenza assolutamente prevalente afferma la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art.68, co. 1, D.lgs. 29/93, sul presupposto che la procedura concerne, in realtà, un ulteriore svolgimento di un rapporto già instaurato tra le parti (Pret. Bari, 13.10.98, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1870; Pret. Roma, 26.11.98, *ibidem*, 1869; Trib. Agrigento, 28.7.99, in *Giust. civ.*, 2000, I, 268; Trib. Roma, 11.10.99, in *F.I.*, 2000, I, 282; Trib. Nocera Inferiore, 18.11.99, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2153; Trib. Venezia, 15.12.99, in *Giust. civ.*, 2000, I, 267).

In applicazione, invece, dell'art.68, co.4, del D.lgs.29/93, sull'assunto che la procedura riguarda l'accesso ad un nuovo posto di lavoro, e che per i vincitori del concorso è comunque necessaria la stipulazione di un nuovo contratto, ritengono sussistente la giurisdizione amministrativa anche in materia di concorsi interni Pret. Ancona, 27.7.98, in *Giust. civ.*, 1999, 1870; TAR Puglia, Lecce, sez.II, 10.8.99, n.675, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2155 e TAR Puglia, Lecce, sez.II, 6.11.99, n.750, in *F.I.*, 2000, III, 326. Nelle sentenze del TAR, a sostegno delle conclusioni raggiunte, si fa specifico riferimento, in motivazione, alle procedure di tipo misto, affermando, in *obiter dictum*, che l'affermazione della giurisdizione amministrativa per tutta la procedura (e quindi anche per i concorrenti già dipendenti dell'Amministrazione) è inevitabile, a scongiurare il potenziale conflitto di giudicati che potrebbe diversamente derivare, attesa la incontestabile sussistenza della giurisdizione del TAR sulle impugnazioni proposte dal concorrente estraneo all'Amministrazione.

Tribunale di Genova - Ordinanza 10 febbraio 2001)

Riparto di giurisdizione – criterio sostanziale – procedura concorsuale con riserva di posti ai dipendenti – numero di dipendenti legittimati a concorrere superiore a quello dei posti riservati – controversia – controversia in materia di procedura concorsuale per l'assunzione – giurisdizione del giudice ordinario – esclusione.

* Avvocato di Stato



*La domanda diretta a far valere il diritto alla riserva di posti prevista dal bando di concorso in favore dei concorrenti che si trovino già alle dipendenze dell'amministrazione, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo, ex art. 68 comma 4 del D.lgs. 29/93, in quanto controversia in materia di procedure concorsuali per l'assunzione, se nella condizione di riservatario si trovino più soggetti, poiché l'accoglimento di tale domanda presuppone la costituzione di un'autonomia graduatoria di tutti i riservatari, mentre nel caso di un unico riservatario essa configura una controversia sul diritto all'assunzione, devoluta al giudice ordinario ex comma 1 dell'art. 68 dello stesso D.lgs. **

IL GIUDICE

a scioglimento della riserva, visti gli atti ed esaminate le opposte deduzioni delle parti,

Osserva

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. le Sig. R. L. e M. S. hanno convenuto in giudizio il Ministero della Giustizia e le Sig. M. L. P. e M. G. M. per sentir ordinare al Ministero della Giustizia di attribuire loro il profilo professionale di collaboratore di cancelleria - settima qualifica funzionale - con inserimento lavorativo nell'ambito del distretto della Corte di Appello di Genova, e per sentir inoltre sospendere l'insediamento in tali profilo, qualifica e ambito delle sig. M. L. P. e M. G. M.

È pacifico tra le parti, e del resto documentalmente provato, che le due ricorrenti e le due convenute hanno partecipato al concorso bandito dall'allora Ministero di Grazia e Giustizia (ora Ministero della Giustizia) in data 24 maggio 1997 per l'accesso al profilo professionale di collaboratore di cancelleria, settima qualifica funzionale del personale dell'Amministrazione Giudiziaria.

Il concorso è stato bandito su base circoscrizionale e nel distretto di Genova sono stati messi a concorso 8 posti, di cui il 30% riservato al personale dipendente inquadrato da almeno 5 anni nella sesta qualifica funzionale ed in possesso di diploma di scuola superiore di 20 grado.

È pure pacifico, e comunque documentato in atti, che entrambe le ricorrenti possiedono tali requisiti, sono risultate idonee al concorso e si sono classificate rispettivamente al 200 e al 210 posto della graduatoria.

È infine pacifico tra le parti che l'amministrazione, assunti gli 8 vincitori del concorso (i primi 6 della graduatoria e poi due riservatari, ovvero la 130 e il 140 della graduatoria), ha deciso di attingere alla graduatoria per coprire ulteriori 12 posti vacanti ed lo ha fatto chiamando gli iscritti nella graduatoria dal n. 7 al n. 12 e dal n. 15 al n. 19 (essendo già stati assunti i n. 13 e 14 quali riservatari).

Sostengono le ricorrenti che il Ministero avrebbe dovuto invece continuare a rispettare la riserva del 30% e dunque riservare tre posti a dipendenti dell'Amministrazione e precisamente alla sig. S. B. (assunta comunque) ed alle due ricorrenti e ciò a scapito delle sig. M. L. P. e M. G. M., rispettivamente n. 18 e n. 19 della graduatoria.

Sostengono inoltre le ricorrenti che il *periculum in mora* consisterebbe, da un punto di vista soggettivo, nel pregiudizio irreversibile derivante dalla perdita, per la durata del processo ordinario di primo grado, del patrimonio culturale lavorativo collegato al passaggio di livello e dall'esclusione delle ricorrenti da eventuali concorsi interni per i livelli superiori, nonché, da un

* Fonte: massima a cura della Redazione



punto di vista oggettivo, nell'interesse pubblico a che non si consolidi una situazione *contra legem*.

Le parti convenute si sono costituite in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione e per mancanza del requisito del periculum in mora e contestando comunque anche la fondatezza della domanda.

Preliminarmente deve essere rilevato che la costituzione di in giudizio della sig. P. sana qualsiasi vizio della notifica nei suoi confronti.

Ritiene invece il giudice che l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario sia fondata, rientrando la controversia nella giurisdizione del T.A.R.

L'art. 68 D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, come novellato dall'art. 29 D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e poi nuovamente modificato dall'art. 18 D.lgs. n. 29 ottobre 1998 n. 387, prevede la devoluzione al giudice del lavoro di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. " ... incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro e le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti". Si tratta di un principio di portata generale, nel quale un'opinione dottrinale ha identificato addirittura un principio fondamentale dell'ordinamento.

Ai sensi del successivo comma 30 del citato art. 68 restano peraltro devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di "procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni".

La dottrina e la giurisprudenza allo stato decisamente prevalenti (Pret. Roma, ord. 26 novembre 1998; Trib. Venezia, ord. 15 dicembre 1999; Trib. Roma, ord. 12 ottobre 1999; Trib. Agrigento, ord. 28 luglio 1999; T.A.R. Sicilia, ord. 20 maggio 1999, n. 1098) hanno peraltro precisato che tale deroga riguarda le sole procedure concorsuali volte all'instaurazione del rapporto di lavoro, con conseguente esclusione delle procedure concorsuali c.d. interne.

Per queste ultime non è infatti prevista alcuna espressa deroga alla regola generale delle devoluzioni del contenzioso del pubblico impiego al giudice ordinario.

L'argomento testuale trova poi conferma in una considerazione di carattere sistematico.

A seguito della contrattualizzazione del rapporto di impiego con la P.A., disposta dall'art. 2 commi 20 e 30 D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (nel testo sostituito dall'art. 2 D.lgs. n. 546/93 e, da ultimo, dall'art. 2 D.lgs. n. 80/98), gli atti volti alla costituzione del rapporto di lavoro sono stati infatti trasformati da provvedimenti amministrativi di nomina (qualificati dalla prevalente dottrina e giurisprudenza quali provvedimenti di concessione di *status*), in contratti di tipo civilistico, conseguenti alla proposta contrattuale di assunzione al lavoro indirizzata dalla P.A. ai soggetti selezionati in base alla procedura concorsuali ed alla successiva accettazione da parte di questi ultimi.

Finché la procedura di selezione del personale non sia giunta al termine con l'approvazione della graduatoria la situazione giuridica soggettiva del candidato rimane quella dell'interesse legittimo e le relative controversie restano quindi attribuite al giudice amministrativo.

Dopo la costituzione del rapporto di lavoro il dipendente pubblico è invece titolare di un vero e proprio diritto soggettivo alla regolarità delle eventuali selezioni interne effettuate dalla P.A.

L'Amministrazione, infatti, così come il datore di lavoro privato, è tenuta ad adempiere correttamente alla promessa contenuta nel bando relativo al concorso interno ed è perciò vincolata al rispetto dei principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

Del resto, se la conservazione della giurisdizione amministrativa può avere una giustificazione per questioni che – riguardando appunto la fase di selezione degli aspiranti dipendenti pubblici – restano estranee al rapporto di pubblico impiego proprio perché, almeno fino all'approvazione della graduatoria, non esiste ancora un rapporto di lavoro e neppure può parlarsi di soggetti



aventi diritto all'instaurazione dello stesso), non si capirebbe davvero perché, a fronte della generale giurisdizione del giudice ordinario su tutte le vicende del rapporto di impiego ormai instaurato (assegnazione delle mansioni, pagamento della retribuzione, esercizio del potere direttivo e disciplinare, risoluzione del rapporto, indennità di buonuscita), dovrebbe restare esclusa la materia delle progressioni in carriera attuate mediante concorso interno, la quale non presenta alcuna diversità ontologica rispetto alle altre vicende del rapporto.

Ritiene peraltro il giudice che tali considerazioni non possano trovare applicazione nella presente fattispecie.

La procedura concorsuale per cui è causa non è infatti indirizzata ai soli dipendenti dell'Amministrazione, ma è invece un concorso c.d. "esterno", con una riserva di posti per gli "interni".

Si tratta dunque di una selezione destinata non ad una progressione in carriera dei dipendenti, bensì all'assunzione di nuovo personale.

La natura di tale selezione non è snaturata dalla presenza di una riserva di posti per i dipendenti del Ministero della Giustizia in possesso di determinati requisiti in quanto anche gli eventuali dipendenti del Ministero della Giustizia vincitori del concorso in forza della riserva dovranno stipulare con l'Amministrazione un nuovo contratto di lavoro, che comporterà una novazione del loro rapporto di lavoro.

Il bando di concorso prevede infatti all'art. 13 la stipulazione in ogni caso di un nuovo contratto di lavoro con i vincitori del concorso, cosicché la procedura di selezione non può che essere qualificata come una "procedura concorsuale per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni" ai sensi e per gli effetti dell'art. 68 comma 30 D.lgs. n. 29/93.

Né potrebbe dubitarsi del fatto che il dipendente vincitore della selezione che intenda rinunciare al nuovo "posto" cui avrebbe diritto (ad esempio perché comportante il trasferimento ad altra sede) non per questo si veda risolvere il proprio precedente rapporto di lavoro.

Del resto l'art. 2 del bando di concorso contiene - in applicazione della disciplina di legge - riserve di posti non soltanto per i dipendenti del Ministero della Giustizia, ma anche per i militari e per gli invalidi: nulla autorizza a differenziare la posizione dei riservatari dipendenti del Ministero della Giustizia da quella degli altri riservatari.

D'altro canto la posizione dei dipendenti della Giustizia che partecipano al concorso e che possono avvalersi della riserva non si differenzia neppure da quella degli altri candidati, che, pur essendo dipendenti del Ministero della Giustizia, per mancanza del titolo di studio o dell'anzianità richiesta non possano invece avvalersi della riserva.

Come rilevato dal Giudice monocratico del Lavoro del Tribunale di Genova nella causa Magnanti /INAIL "le doglianze in ordine a presunte irregolarità della procedura concorsuale sarebbero demandate rispettivamente alla cognizione del giudice amministrativo o di quello ordinario a seconda che fossero candidati di entrambi i gruppi si avrebbe, su una controversia *petendi*, la contemporanea pendenza di due procedimenti, basti pensare, per accennare solo ad alcuni, alla posizione dei candidati c.d. esterni. Nella controversia promossa dagli esterni avanti al giudice amministrativo rivestirebbero la posizione di controinteressati, sebbene legittimati a sollevare le medesime od analoghe doglianze avanti al giudice ordinario? E come si coordinerebbero i due procedimenti? In particolare una decisione di annullamento emanata dal giudice amministrativo sarebbe dotata di efficacia anche nei confronti dei candidati interni? E quali riflessi avrebbe nel procedimento avanti al giudice ordinario eventualmente instaurato da questi ultimi? Inoltre il bando di concorso si configurerebbe quale provvedimento amministrativo nei confronti dei candidati esterni e, contestualmente, quale manifestazione di privata autonomia negoziale nei confronti dei candidati interni; e come sarebbe ammissibile questa duplice natura con tutte le



diverse soluzioni di diritto sostanziale che comporta? E gli interrogativi potrebbero continuare. Non è verosimile che il legislatore dopo aver creato tale situazione, che è poco definire anomala, abbia completamente ignorato l'inestricabile ginepraio di questione che ne consegue".

E' stato rilevato in dottrina che le distorsioni che comporterebbe la concorrenza di due diverse giurisdizioni sulle procedure concorsuali pubbliche con posti riservati agli interni comporta l'inscindibilità delle possibili controversie attinenti alla procedura concorsuale: dall'unicità del bando discende l'impossibilità di frazionare la graduatoria finale. Non resta che affermare la giurisdizione del T.A.R. sulle controversie relative a selezioni procedure concorsuali c.d. esterne con posti riservati agli interni.

Ne consegue l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Nè può sostenersi che le ricorrenti intendano far valere un diritto all'assunzione derivante loro dalla riserva.

Tale situazione ricorrerebbe ove le due ricorrenti fossero le uniche due persone titolari dei requisiti per potersi avvalere della riserva.

Nella specie invece, a fronte di 3 posti che si pretendono riservati, nella graduatoria degli idonei risultano quattro dipendenti del Ministero della Giustizia titolari dei requisiti per potersi avvalere della riserva: S. B. (160); R. L. (200), M. S. (210) e T. De G. (240).

L'accoglimento della domanda delle ricorrenti non può dunque che implicare la costituzione di un'autonoma graduatoria dei riservatari. Ne consegue l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Del resto il ricorso sarebbe inammissibile anche ove - secondo l'orientamento che pare profilarsi come prevalente nelle prime pronunce successive alla c.d. contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego - la controversia dovesse ritenersi rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario. Non vi è dubbio, infatti, che difetti nella specie il necessario requisito del *periculum in mora*. Sostengono le ricorrenti, come si è già visto, che il *periculum in mora* consisterebbe, da un punto di vista soggettivo, nel pregiudizio irreversibile derivante dalla perdita, per la durata del processo ordinario di primo grado, del patrimonio culturale lavorativo collegato al passaggio di livello e dall'esclusione delle ricorrenti da eventuali concorsi interni per i livelli superiori, nonché, da un punto di vista oggettivo, nell'interesse pubblico a che non si consolidi una situazione *contra legem*. Palesemente irrilevante è quest'ultimo profilo, posto che l'unico pregiudizio rilevante ai fini dell'ammissibilità del procedimento *ex art.* 700 c.p.c. e il pregiudizio imminente ed irreparabile allo stesso diritto fatto valere in giudizio (e non dunque a diritti, e tanto meno ad interessi facenti capo ad altri soggetti). Deve poi essere esclusa la configurabilità del preteso pregiudizio al patrimonio culturale e lavorativo delle ricorrente da ricollegarsi al mancato svolgimento delle mansioni proprie della qualifica superiore.

La contiguità tra il profilo cui le ricorrenti sono attualmente inquadrate e il profilo cui ritengono di avere diritto e la presumibile breve durata del processo di merito (trattandosi di controversia che non richiede alcuna istruttoria) consente di escludere che nelle more del giudizio di primo grado possa verificarsi un pregiudizio irreparabile della professionalità delle ricorrenti (una delle quali è tra l'altro in congedo obbligatorio per maternità, essendo divenuta madre di un bimbo in data 19 gennaio 2001).

È appena il caso di aggiungere, poi, che l'eventuale pregiudizio di natura economica (comunque di portata assai modesta) è certamente risarcibile e pertanto compiutamente riparabile.

Il pregiudizio derivante alle ricorrenti dalla mancata partecipazione a futuri ed imprecisati concorsi è del tutto ipotetico e certamente non attuale.

Non sussiste neppure il preteso pregiudizio derivante dalla messa in interpello dei due posti vacanti, posto che tale circostanza pur non tardivamente dedotta, non applicandosi ai pro-



cedimenti cautelari le decadenza proprie del rito del lavoro) non potrebbe certamente escludere il diritto delle due ricorrenti all'assunzione, ove esso fosse effettivamente maturato.

Non può infine essere presa in esame in questa sede la questione dell'assegnazione delle sedi, questione che da un lato esula del tutto dall'oggetto del giudizio dall'altro non potrebbe comunque essere deliberata non potendosi allo stato prevedere quali sedi potrebbero essere assegnate alle ricorrenti a seguito di un eventuale esito positivo del giudizio di merito.

Il ricorso è dunque comunque inammissibile anche sotto il profilo del difetto del *periculum in mora*.

La novità, la complessità e l'opinabilità delle questioni decise consigliano peraltro l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite

P.Q.M.

Il Giudice dichiara l'inammissibilità del ricorso.
Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.
Si comunichi.

Genova, 10 febbraio 2001.

f) *Il reclamo cautelare*

Nota di Filippo Curcuruto*



108

Nello stabilire, con l'art. 417-bis, introdotto dall'art. 42 del D.lgs. 80/98, che, salva diversa valutazione dell'Avvocatura dello Stato, nelle controversie di lavoro con i propri dipendenti le amministrazioni, limitatamente al giudizio di primo grado, potessero stare in giudizio direttamente, il legislatore delegato aveva evidentemente ritenuto di muoversi all'interno del compito, affidatogli dall' art. 11 lett.g della legge - delega 59/97, di accompagnare la nuova giurisdizione del giudice ordinario in materia con un insieme di " misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso" (art. 11 lett. g della cit. legge 59/97), ritenute indispensabili per evitare il temuto fallimento della riforma che ormai stava per divenire concretamente operativa. E' infatti evidente che " per mantenere la struttura dell'Avvocatura agile ed efficiente occorre ... non investirla delle questioni di minore importanza o di quelle che ormai sono state risolte in modo univoco presso più sedi giudiziarie e quindi implicano meno rischi di comprometterne il risultato mediante la condotta processuale" (Sgarbi, *Jus postulandi, uffici per la gestione del contenzioso e notificazioni*, in F. Carinci e M. D'Antona, *Commentario*, Milano 2000, t. III, p.1981) D'altra parte erano noti agli addetti ai lavori i limiti e le difficoltà dell'Avvocatura nel fornire una adeguata assistenza legale in relazione alle dimensioni del contenzioso allora presenti e a quelle previste, ed era stato messo in rilievo, quale ulteriore elemento di possibili disfunzioni l'impossibilità per l'Avvocatura, a seguito della soppressione delle Preture disposta dal D.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51, di utilizzare per le controversie di lavoro l'art. 3 del R.D 30 ottobre 1933 n. 1611, il quale, previa intesa fra Avvocatura e amministrazione interessata, consent(iva) la rappresentanza di questa dinanzi alle Preture (e agli uffici di conciliazione) da parte di propri funzionari " per tali riconosciuti" (Picone, *La prestazione di lavoro per conto delle organizzazioni pubbliche*, pubblicazione di servizio del Ministero di Grazia e Giustizia – Direzione Generale dell'Organizzazione Giudiziaria e degli Affari Generali – Ufficio degli Affari legislativi, Roma, 1998, p. 151).

Il riferimento al primo grado di giudizio e la grande ampiezza di valutazione lascia-

* Magistrato della Corte di Cassazione, Direttore dell'Ufficio Contenzioso presso il Ministero di Grazia e Giustizia.

ta comunque all'Avvocatura competente (che, come noto, deve intervenire qualora si tratti di "questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici": formule, soprattutto la prima, equivalenti sostanzialmente a clausole in bianco, che starà alla prudenza e alla professionalità dell' ufficio deputato alla difesa erariale riempire, equilibratamente, di contenuto) avevano evidentemente convinto il legislatore di avere trovato una soluzione razionale ad un problema di risorse scarse, quale, giustamente, era ritenuta la specifica professionalità di un organo di grande prestigio e competenza, che appunto perché tale non poteva venir invocata per questioni minori. Le quali, è appena da rilevarlo, sono e restano tali con qualunque modalità vengano sottoposte alla valutazione del giudice, e, dunque, anche se a tal fine sia fatto ricorso al procedimento cautelare.

Questo, nelle linee essenziali, il quadro nel quale si inseriscono le decisioni in esame, chiamate ad esaminare un problema che, probabilmente il legislatore " storico" (figura " troppo frettolosamenterelegata nell'ambito del mito" in considerazione di una valutazione tutta impersonale del discorso legislativo: così molto efficacemente Russo, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, 90) aveva ritenuto non dovesse neppure porsi. Ma evidentemente in questa probabile valutazione era stata troppo ottimista. Vero è infatti che nel primo grado di giudizio l'Amministrazione a certe condizioni può " far da se", e vero è anche che appartengono con certezza al primo grado di giudizio i procedimenti cautelari *ante causam*. Ma nell' ambito di questi vi sono come noto due fasi, dirette la prima all'esame della domanda cautelare, la seconda ad una sorta di controllo sulla decisione assunta, qualunque contenuto essa abbia e quindi anche quando essa sia di rigetto della domanda cautelare. Questo oggi a seguito degli interventi della Corte Cost.che hanno ampliato la portata del reclamo, originariamente limitata al provvedimento con cui la cautela fosse stata concessa (v. Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 253, in *GI* 1994, I, 409, con nota di Consolo, *Reclamo cautelare e la "parità delle armi ritrovata"* che ha ammesso il reclamo contro il provvedimento negativo dichiarando incostituzionale, in *parte qua*, l'art. 669-terdecies c.p.c.).

La natura del reclamo cautelare è sempre stata oggetto di controverse ricostruzioni, oscillanti fra i due poli del vero e proprio appello cautelare (così ora Luiso, *Diritto Processuale civile*, IV, Milano 2000) e del procedimento di controllo interno al sistema cautelare stesso "attraverso nuovo esercizio degli stessi poteri cautelari esercitati dal primo giudice secondo regole cioè ispirate dalla stessa logica che governa ogni giudizio cautelare" (Arieta, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare* in *Rivista di dir. processuale* 1997, 412; v. anche Mandrioli, *cit.*).

Forse in tale situazione un legislatore storico "prudente", nel disegnare il nuovo assetto della difesa delle amministrazioni nei processi di lavoro con i dipendenti, non avrebbe dovuto tralasciare di dire qualcosa anche sul processo cautelare (vista anche l'importanza che esso ha in materia di lavoro). Non avendolo fatto tocca dunque ai vari protagonisti della vicenda (Amministrazioni, attraverso gli uffici del contenzioso, avvocatura dello Stato) assumere posizione. Ma si tratta come è facile comprendere di posizioni sempre incerte e rivedibili, non solo per la concomitante assenza di un sicuro ancoraggio testuale e la presenza, invece, di un variegato panorama dottrinale, ma, soprattutto per la impossibilità di ottenere sul punto quella unitarietà di orientamenti



109



giurisprudenziali che, in ultima analisi, anche se talvolta faticosamente è garantita dalle decisioni della Corte di Cassazione. In conformità di un suo preciso e costante orientamento è infatti da escludere che possano esser portate al suo esame questioni attinenti il reclamo cautelare (v. fra le molte Cass. 29 settembre 2000 n. 12918; 10 maggio 2000 n. 5935; 24 luglio 1999 n. 8044; 29 maggio 1999 n. 5255). Le conseguenze di questa incertezza sono, per le amministrazioni, assai negative. Come dimostrano i numerosi casi nei quali il Tribunale esamina nel merito il reclamo dell'Amministrazione o le tesi difensive da essa proposte, sembra prevalere in senso quantitativo la tesi che ammette la diretta proposizione di reclamo cautelare (o la diretta resistenza ad esso) da parte dell'Amministrazione. Ma, a quanto pare, solo allorché essa si sia già difesa direttamente nella fase monocratica: il che può già costituire un ostacolo alla efficiente gestione della controversia. Non è da escludere infatti che l'Avvocatura costituitasi in quella fase, abbia dei ripensamenti sulla originaria determinazione, rendendosi conto che le questioni non presentano particolari difficoltà. In tal caso essa dovrebbe egualmente seguire nella fase di reclamo un procedimento giudicato ormai di scarso rilievo, con evidente non ottimale allocazione delle proprie risorse. Ma – ed è il problema più serio – che questa tesi, benché prevalente non è unanimemente seguita dai Tribunali del lavoro, come le decisioni annotate (alle quali si ha notizia che altre conformi stiano per far seguito in altre sedi) dimostrano, e ciò vuol dire per le Amministrazioni (e per le Avvocature spesso richieste di un avviso consultivo sul punto) un continuo rischio di declaratoria di inammissibilità del reclamo o di “contumacia”, con sicura impossibilità nel primo caso di sanatoria tramite intervento dell'Avvocatura, dovendosi ritenere che con la proposizione del reclamo sia consumato il relativo potere. In tale incertezza, avviene anche che in talune sedi giudiziarie non si sia formata sul punto alcuna giurisprudenza, preferendo le Amministrazioni, in caso di reclamo, rivolgersi comunque all'Avvocatura. Ma con l'incremento del contenzioso (che comincia ad assumere andamento esponenziale) non pare si tratti di soluzione in grado di reggere a lungo.

Prendendo spunto dai provvedimenti riportati resta da vedere se non vi siano buone ragioni per considerare anche il reclamo cautelare nel giudizio di primo grado, una strada percorribile dalle Amministrazioni senza ministero di difensore tecnico.

Al riguardo va rilevato che, nella formulazione testuale, l'art. 417 *bis* c.p.c. comma 1, applicabile alle Amministrazioni statali alle condizioni previste nel secondo comma (ossia, in definitiva, a seguito di determinazione dell'Avvocatura dello Stato) fa esclusivo riferimento al grado del giudizio di cui trattasi, consentendo la difesa diretta, limitatamente al primo grado. E' evidente il parallelismo con il primo comma del precedente art. 417 c.p.c., dove la limitatissima possibilità di difesa personale della parte è appunto ristretta al “primo grado”. Estranei alla norma di previsione qui esaminata sono invece i profili attinenti alla natura del procedimento nel quale l'amministrazione è parte. Si ammette quindi senza alcun dubbio che tale norma le consenta di difendersi in procedimenti di natura cautelare, come quelli in argomento o di proporre opposizione a decreti ingiuntivi.

Ciò premesso, non dovrebbe dubitarsi che la possibilità di difesa diretta perman- ga anche nella fase di reclamo nel procedimento cautelare, se non altro quando l'ammi-



nistrazione si sia in precedenza difesa direttamente. Per escludere una tale possibilità dovrebbe sostenersi infatti che la fase del reclamo si colloca in un grado diverso e superiore rispetto alla precedente fase cautelare. Ma tale tesi non sarebbe condivisibile poiché contrasterebbe con i caratteri del reclamo, almeno come essi sono intesi dalla dottrina, se non unanime, prevalente, che infatti lo configura “più che come una vera e propria impugnazione come una sorta di prosecuzione del giudizio cautelare unitario; in funzione di una nuova pronuncia nell'esercizio degli stessi poteri da parte di un giudice che è diverso da quello che ha pronunciato il primo provvedimento solo perché opera in una composizione collegiale, per lo più nell'ambito dello stesso ufficio giudiziario” (Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1998, III, 332; nel senso che il provvedimento adottato in sede di decisione del reclamo è un atto che “sostituendosi all'atto reclamato assume identica natura e funzione, v. Cass. 11.12.1995 n. 12641).

Una tale conclusione, d'altra parte, non sarebbe contraddetta dalla natura impugnatoria del rimedio. La funzione di controllo del provvedimento di concessione o diniego della cautela, che il reclamo è chiamato ad assolvere, può esser compatibile con la sua collocazione nel giudizio di primo grado (quale procedimento di controllo interno allo stesso, secondo il modello del controllo del Collegio sulle ordinanze dell'istruttore in materia di prova ex art. 178 c.p.c. vecchio testo).

Se così è in materia di prova torna utile nella soluzione della questioni riferirsi alla costante giurisprudenza di legittimità secondo la quale la procura rilasciata per un determinato giudizio si estende a tutti gli aspetti o momenti con esso connessi (v. ad. es. Cass. 7.4.1994 n. 3289; Id. 6. 9. 1985 n. 4642). La sola differenza della situazione all'esame rispetto a quelle nelle quali vi sia conferimento di procura sta infatti in ciò che nel caso di specie alla procura si sostituisce la designazione del dipendente tramite il quale l'amministrazione sta in giudizio. Tuttavia tale differenza, dovuta alla recente modifica dell'art. 417 *bis* introdotta dall'art. 19 del D.lgs 29.10.1998 n. 387 se avvicina la situazione dell'amministrazione a quella della parte che sta in giudizio personalmente non è però tale da incidere sui poteri che da tale designazione derivano al dipendente. Si tratta infatti di poteri funzionali alla piena esplicazione del compito difensivo, che non derivano certo dalle modalità attraverso le quali quel compito deve ritenersi conferito.

Del resto va anche sottolineato come la tesi che nega all'Amministrazione la possibilità di resistere al reclamo o di proporlo senza il ministero dell'Avvocatura erariale, non sembra in grado di superare il vaglio dell'argomento che può trarsi dal confronto con la situazione in cui essa si trova rispetto alla proposizione del regolamento di competenza.

Poiché è certo che l'istanza di regolamento può esser validamente sottoscritta dal procuratore della parte nel giudizio di merito anche se non abilitato al patrocinio innanzi alla Corte di Cassazione (fra le molte: Cass. 19.1.1979 410; ID. 12.8.1982 n. 4571; 5.6.1984 n. 3404; 22.5.1990 n. 4626;) deve ammettersi che il regolamento possa esser proposto direttamente dal funzionario che sta in giudizio per l'amministrazione (in dottrina, v. in tal senso Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 3, 1998, p. 740). Ne risulta quindi che mentre dinnanzi al supremo organo di giustizia l'amministrazione potrebbe curare da se la propria difesa anche nelle questio-



ni spesso complesse che il regolamento può comportare, facendosi carico inoltre dei non lievi oneri procedurali del relativo giudizio, essa non sarebbe abilitata a fare altrettanto nella sede, processualmente meno ostica, del reclamo cautelare.

Né potrebbe dirsi che tale conseguenza è legata alla natura “impugnatoria” del reclamo, o alla maggiore gravità delle conseguenze che dal suo esperimento possono sorgere per l’amministrazione. Quanto al primo argomento, a parte quanto s’è detto innanzi, una natura analoga è da riconoscere, quantomeno secondo la giurisprudenza, anche al regolamento (nel senso che il regolamento è “ mezzo di impugnazione tipico per ottenere la statuizione definitiva sulla competenza” v. fra le molte Cass. 8.10.1996, n. 8810; 27.9.1996 n. 8522; 22.8.1996 n. 7751).

Quanto al secondo basti considerare che mentre il provvedimento emesso dal giudice del reclamo conserva integro il carattere di provvisorietà del provvedimento reclamato, la statuizione della Corte di legittimità in tema di competenza ha, come s’è detto carattere di assoluta stabilità, carattere che dunque, non è in grado di gettare luce sulla questione.

Si sono già messi in rilievo gli inconvenienti che sul piano pratico possono derivare alle Amministrazioni, dalla tesi che non le legittima alla fase di reclamo. Qui vanno ricordate ad es. le difficoltà che sorgono dai tempi stretti del reclamo, quando il processo si svolge dinanzi ad una sede diversa da quella dell’Avvocatura stessa. L’argomento sembra a prima vista di portata solo pratica, ma a ben vedere se si considera la correlata notevole compressione del diritto di difesa, una verifica della norma così interpretata, rispetto ai principi posti dall’art. 24 Cost. potrebbe rendersi necessaria.

Tribunale di Roma – Ordinanza 12 maggio 1999

Questioni processuali – provvedimenti di urgenza – reclamo avverso provvedimento ante causam – rappresentanza in giudizio della P.A. attraverso propri dipendenti – ammissibilità.

*L’art. 417 bis del cpc nel consentire all’amministrazione di stare in giudizio direttamente avvalendosi di propri dipendenti, limita tale facoltà in relazione al grado del giudizio, restringendola al primo grado, senza alcun riferimento al giudice dinanzi al quale il giudizio si svolge. Ne deriva che una amministrazione statale è abilitata, senza ministero dell’Avvocatura dello Stato al reclamo cautelare avverso provvedimento emesso ante causam dal pretore, ancorché il giudice del reclamo sia un giudice diverso, posto che anche il reclamo costituisce solo uno strumento di mero controllo dell’esercizio della tutela cautelare, che rimane pur sempre nell’ambito del grado di giudizio in cui essa è richiesta.**

Il Tribunale di Roma, Sezione lavoro,

(omissis)

pronunciando sul reclamo proposto da D.T. avverso l’ordinanza di diniego di provvedi

* Fonte: massima a cura della Redazione



mento cautelare emessa in data 1.3.1999 dal pretore di Roma;
esaminati gli atti, a scioglimento della riserva assunta il 30.4.1999,

Osserva:

il Pretore ha respinto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dalla D.T. avverso il provvedimento di decadenza dall’impiego adottato in data 30. 10.1998 dal Ministero per i Beni Culturali e ambientali.

A base della propria pronuncia, il pretore ha posto la rilevata mancanza del *periculum in mora* escludendo che nella fattispecie fosse ravvisabile alcun pregiudizio irreparabile. In particolare, ne ha escluso la sussistenza sotto il profilo economico, avendo la ricorrente dedotto fatti per lo più risalenti nel tempo (tali, quindi, da escludere l’attualità della situazione debitoria) ed ammesso di vivere sola, in quanto separata dal coniuge ed avendo due figli sposati, oltre a essere prossima a trasferirsi presso i propri genitori (così da far ritenere indimostrato il pericolo di un’irrimediabile compromissione delle primarie esigenze di vita della stessa nel tempo occorrente per un ordinario giudizio di cognizione).

La D.T. ha censurato il provvedimento del giudice di prima istanza richiamando, con riguardo al *fumus boni iuris*, le deduzioni sulla illegittimità formale e sostanziale dell’atto di decadenza esposta nel ricorso d’urgenza e nel relativo procedimento, nonché deducendo la genericità della motivazione circa la mancanza del pericolo nel ritardo, sul rilievo che questo dovesse ravvisarsi nella stessa notoria oggettiva impossibilità di ricollocarsi sul mercato del lavoro per una persona di ormai 50 anni, cui ha aggiunto l’omessa considerazione della privazione della retribuzione quale unica fonte di reddito, attesa la mancata corresponsione del t.f.r.

In esito al deposito della memoria del Ministero, mediante il patrocinio dei suoi dipendenti già costituiti nel giudizio pretorile ai sensi dell’art. 417 bis c.p.c. (introdotto dall’art. 47 D.lgs. 80/98), all’udienza di discussione, la difesa della reclamante ha eccepito l’inammissibilità della costituzione, sostenendo che la norma limita al solo primo grado la possibilità per la P.A. di avvalersi di detto patrocinio.

Ad avviso del Tribunale, l’eccezione deve essere disattesa in quanto la disposizione in questione non fa riferimento al giudice davanti al quale il processo si svolge, ma solo al grado in cui il giudizio ordinario si trova, per cui – attesa la natura propedeutica e strumentale (cfr., per tutte Cass. 4542/85) del giudizio cautelare nel suo complesso (comprensivo, quindi, anche della fase del reclamo) rispetto alla causa di merito, la limitazione dovrebbe operare solo quando l’istanza cautelare sia proposta per la prima volta nel giudizio che si trovi in grado di appello.

Un’indiretta conferma può ricavarsi dai principi desumibili dagli artt. 83 u.c. e 47 cpc in tema di procura, essendo stato affermato costantemente dalla Corte di Cassazione che la procura rilasciata per il primo grado si estende a tutti i momenti processuali con questo connessi – quali, appunto, il procedimento cautelare o il regolamento di competenza – senza che rilevi, com’è evidente in quest’ultimo caso, che la fase incidentale debba svolgersi davanti ad un giudice “gerarchicamente” (in senso improprio) superiore.

Non sembra doversi pervenire a diverse conclusioni, nel caso di procedimento *ante causam*, in quanto questo non ha natura sostanzialmente diversa da quello instaurato in corso di causa, onde sembra insostenibile affermare che solo nel primo caso il reclamo sarebbe assimilabile al giudizio di appello.

Da ultimo si osserva che, come si evince dal disposto dell’art. 669 *terdecies* c.p.c., normal-



mente la fase del reclamo si svolge davanti allo stesso giudice della prima fase, anche se con composizione diversa (collegiale, anziché monocratica); tale situazione, con l'entrata in funzione del giudice unico di primo grado, sarà a breve estesa anche al giudizio del lavoro, dovendosi escludere, in forza della modifica della citata disposizione operata dall'art. 108 D.lgs. 51/1998, che il reclamo avverso i provvedimenti cautelari emessi dal tribunale, come nuovo giudice di primo grado, debbano essere proposti dinanzi alla Corte di Appello.

Né può attribuirsi alcuna rilevanza all'affermata valenza impugnatoria del reclamo, in ragione della sua intrinseca natura di strumento di mero controllo dell'esercizio della tutela cautelare attuata nella fase di prima istanza.

Deve, altresì, essere disattesa l'eccezione (sollevata dalla difesa dell'Amministrazione nella discussione orale) di improcedibilità del reclamo per difetto di notifica dell'ordinanza pretorile all'Avvocatura dello stato, sull'assorbente rilievo che, affermata la ritualità della sua costituzione in sede di reclamo a mezzo dei dipendenti ex art. 417 *bis* c.p.c., è consequenziale l'affermazione della ritualità della notifica effettuata all'Amministrazione.

(omissis)

P.Q.M.

Il Tribunale, respinge il reclamo e compensa le spese

Roma, 12.5.1999

Tribunale de L'Aquila – Ordinanza 2 dicembre 1999

Questioni processuali – provvedimenti di urgenza – reclamo avverso provvedimento ante causam – rappresentanza in giudizio della P.A. attraverso propri dipendenti – esclusione.

*L'art. 417 bis del c.p.c. il quale, limitatamente al giudizio di primo grado, consente all'amministrazione di stare in giudizio direttamente avvalendosi di propri dipendenti ha natura di norma eccezionale perché deroga alla regola contenuta nell'art. 82 co. 3 c.p.c., sicché esso non può applicarsi al reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c., giudizio di seconda istanza, assimilabile a un appello, senza che in contrario possa farsi valere la natura pacificamente propedeutica e strumentale del giudizio cautelare, trattandosi di un profilo funzionale del procedimento del tutto neutro ai fini della distinzione, di carattere strutturale, di gradi diversi al suo interno.**

Il Tribunale de L'Aquila

Riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

(omissis)

* Fonte: massima a cura della Redazione



Visto il reclamo proposto il 22 novembre 1999 da P.F., dipendente del Ministero della Giustizia (omissis) presso la Corte d'appello de L'Aquila, avverso l'ordinanza 9 novembre 1999, depositata l'11 novembre 1999, con la quale la dott. E.B., in funzione di giudice del lavoro di questo Tribunale, ha così provveduto: "...respinge il ricorso, dichiarando il difetto di giurisdizione dell'A.G.O. adita..." sul ricorso con il quale il P.F., ex art. 700 c.p.c., aveva chiesto di "...sospendere l'efficacia del provvedimento, emesso il 22.7.99, che ha rigettato l'istanza di revoca del trasferimento, nonché del provvedimento, emesso il 23.7.99, di rigetto della richiesta di proroga di aspettativa, fino a che non sarà possibile ottenere un provvedimento definitivo nella causa di lavoro che verrà intentata...";

sentiti, nell'odierna udienza, i procuratori delle parti;

udito il giudice relatore,

Osserva

il Ministero della Giustizia, costituitosi mediante un funzionario di cancelleria, deve essere dichiarato contumace.

Infatti l'art. 417 *bis*, 1° co. c.p.c., così come modificato dall'art. 19 D.lgs. 29.10.98, n. 387, consente alle amministrazioni di stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti: "...nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle PP.AA. di cui al quinto comma dell'art. 413, limitatamente al giudizio di primo grado...".

Trattasi di norma eccezionale (la regola generale è quella contenuta nell'art. 82, 3° co. c.p.c.) che non può ritenersi applicabile al procedimento di reclamo avverso un provvedimento cautelare disciplinato dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., che è un giudizio di seconda istanza nel quale il giudice del reclamo emette un provvedimento che si sostituisce (confermandolo, modificandolo o revocandolo: cfr. art. 669 *terdecies*, 4° co. c.p.c.) al provvedimento impugnato, stabilendosi, tra la decisione del giudice di primo grado e quella del giudice del reclamo, nell'ambito del procedimento cautelare, relazioni non diverse da quelle che intercorrono tra le sentenze di primo grado e quelle di secondo grado di un procedimento contenzioso ordinario (cfr., per l'analogo caso del reclamo ex art. 23 L.F., pure deciso dallo stesso Tribunale, in diversa composizione, nell'ambito del medesimo procedimento, quello fallimentare, di cui costituisce un sub-procedimento, Cass. 26.2.1998, n. 2076).

Né alla qualificazione del reclamo contro provvedimenti cautelari come giudizio di secondo grado osta la natura pacificamente propedeutica e strumentale del giudizio cautelare (così come ha sostenuto il funzionario ministeriale, sulla scorta dell'ordinanza del Tribunale di Roma, sezione lavoro), poiché la funzione di un procedimento è un atto del tutto neutro ai fini della distinzione (strutturale) di gradi diversi al suo interno.

Pertanto deve ritenersi che il Ministero della Giustizia avrebbe dovuto costituirsi in questo grado di giudizio con il patrocinio dell'Avvocatura distrettuale dello stato e non mediante un proprio funzionario ed, essendo la sua costituzione in giudizio nulla per violazione degli artt. 1 r.d. 30.10.1933, n. 1611 e 82, 3° co. c.p.c., deve essere perciò dichiarato contumace.

(omissis)

P.Q.M.

Il tribunale de L'Aquila, definitivamente decidendo il reclamo in epigrafe descritto, visti gli

artt.700 e 669 *terdecies* c.p.c., così provvede:

dichiara la contumacia del Ministero della giustizia;

(omissis)

L'Aquila, 1° dicembre 1999.

Tribunale di Caltanissetta – Ordinanza 29 marzo 2000

Giurisdizione – Controversie di lavoro – Reclamo ex art.669 terdecies c.p.c. avverso ordinanza ex art. 700 c.p.c. – Rappresentanza processuale di amministrazione pubblica da parte del dipendente ex art. 417 bis c.p.c – Esclusione.

Nel procedimento di reclamo avverso l'ordinanza pronunciata ex art. 700 c.p.c. l'amministrazione pubblica non può stare in giudizio per mezzo di un proprio dipendente ai sensi dell'art.417-bis c.p.c. in quanto trattasi di grado successivo al primo.

Il giudice

Letti gli atti e sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 24.03.2000 sul reclamo proposto dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in persona del Ministro in carica avverso l'ordinanza del 23.02.2000 con cui il Giudice Unico del Tribunale di Caltanissetta, adito da Lo Grasso Calogero con ricorso ex art. 700 c.p.c., ha ordinato in via cautelare e d'urgenza la sospensione del disposto trasferimento del ricorrente;

rilevato che il Ministero reclamante è rappresentato e difeso nella presente fase di giudizio dal dott. Claudio Torrisi, Archivista di Stato capo ricercatore storico scientifico, direttore dell'Archivio di Stato di Caltanissetta e dipendente dello stesso Ministero;

visto l'art. 417 c.p.c., ai sensi del quale "nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui al quinto comma dell'art. 413, limitatamente al giudizio di primo grado le amministrazioni stesse possono stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti";

considerato che il giudizio sul reclamo, instaurato a norma dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., non può essere inteso come giudizio di primo grado, posto che:

a) il reclamo va rivolto necessariamente a giudice diverso rispetto a quello che si è pronunciato sull'istanza cautelare;

b) il giudice del reclamo presenta il necessario carattere della collegialità;

c) di tale collegio non può giammai far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento oggetto di reclamo;

ritenuto, quindi, che, sebbene il reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. non sia qualificabile come mezzo di impugnazione in senso tecnico, non essendo lo stesso rivolto avverso provvedimenti aventi attitudine al giudicato, tuttavia costituisce pur sempre un rimedio *lato sensu* impugnatorio, potendosi attraverso di esso ovviare a tutti gli *errores in procedendo e in iudicando* commessi dal giudice di prima istanza attraverso una nuova pronuncia che ha l'effetto di sostituirsi alla decisione del primo giudice;

considerato, altresì, che il citato art. 417 c.p.c., in quanto norma di carattere eccezionale

dettata in deroga ai principi generali sanciti dall'art. 82 c.p.c., non è suscettibile di applicazione analogica;

ritenuto, pertanto, che, non potendo il Ministero reclamante stare in giudizio, in questa sede, con il patrocinio di un proprio dipendente, il reclamo in esame va dichiarato inammissibile per difetto di *jus postulandi*.

P.Q.M.

dichiara inammissibile il reclamo avverso l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. resa dal Giudice Unico del Tribunale il 23.02.1999.

SEZIONE III

RASSEGNA



119

Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali

Rassegna ragionata della giurisprudenza
a cura di Angelo Trovato*



Nella presente rassegna viene esaminata la giurisprudenza già pubblicata nella rivista informatica *“Il contenzioso nel lavoro pubblico”* (<http://www.cipa.net/contenzioso>) di cui la presente edizione su supporto cartaceo rappresenta la naturale evoluzione.

Le sentenze che saranno prese, pertanto, in considerazione sono, in particolare, le seguenti:

Tribunale di Roma, ordinanza 28 novembre 2000 (giudice Di Sario);
Tribunale di Roma, ordinanza 6 febbraio 2001, cron. 3618/01 (giudice Buonassisi);
Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ordinanza 10 ottobre 2000 (giudice Amendola);
Tribunale di Milano 12 dicembre 1999 (giudice Ianniello);
Tribunale di Napoli, ordinanza 10 dicembre 1999 (giudice Papa);
Tribunale di Roma, ordinanza 2 giugno 2000 (giudice Di Sario);
Tribunale di Roma, ordinanza 28 aprile 2000 (giudice Cocchia);
Tribunale di Potenza, ordinanza 29 dicembre 1999;
Tribunale di Napoli, reclamo dell'11 ottobre 2000 (giudice Musella);
Tribunale di Firenze, ordinanza del 13 ottobre 1999;
Tribunale di Firenze, ordinanza del 20 luglio 1999;
Tribunale di Palermo, ordinanza dell'11 marzo 1999;
 Pretore di Firenze, ordinanza dell'11 gennaio 1999.

In tema di conferimento degli incarichi di funzioni dirigenziali la normativa di riferimento è dettata dall'articolo 19 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n.29 e successive modificazioni e integrazioni. Tale norma introduce il principio secondo il quale per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale e per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse, si tiene conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'articolo 2103 del codice civile. Tutti gli incarichi di direzione sono conferiti a tempo determinato; sono, altre-

* Viceprefetto, Direttore del Servizio Personale ed Uffici Enti Locali del Ministero dell'Interno, Direzione Generale dell'Amministrazione Civile.



sì, definiti contrattualmente, per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico, salvo i casi di revoca di cui al susseguente articolo 21, nonché il corrispondente trattamento economico. Gli incarichi di direzione degli uffici dirigenziali sono revocati nelle ipotesi di responsabilità dirigenziale per inosservanza delle direttive generali e per i risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione. I dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali svolgono, su richiesta degli organi di vertice delle amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento. Le modalità per l'utilizzo dei predetti dirigenti sono stabilite dal D.P.R. 26 febbraio 1999 n. 150.

Tale normazione è anche dettato di riferimento per le Amministrazioni Locali, in virtù del disposto dell'articolo 111 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che richiama quanto previsto dall'articolo 27 *bis* del D.lgs. n. 29/1993, stabilendo 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 (relativo alla dirigenza) del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni e integrazioni".

E' da rilevare come sia divenuto estremamente rilevante, in tema di conferimento degli incarichi dirigenziali, l'aver introdotto il principio della definizione contrattuale, per ciascun incarico dell'oggetto, degli obiettivi da raggiungere, della durata e del corrispondente trattamento economico. Ne deriva che, benché possa non risultare coerente con lo schema generale della subordinazione, la definizione "contrattuale" del contenuto di "ciascun incarico" dirigenziale comporta la sua "consensualità", e, conseguentemente, la necessità che ogni incarico nasca dal consenso di entrambe le parti del rapporto e dal comune riferimento all'obiettivo da perseguire¹.

Relativamente all'attribuzione al giudice ordinario della relativa competenza ad esaminare le eventuali controversie in tema di attribuzione di incarichi dirigenziali ha fatto chiarezza l'articolo 18 del D.lgs. n. 387/1998, prevedendo che sia attribuita al giudice del lavoro la competenza in tema di "assunzione al lavoro, di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali e di responsabilità dirigenziale".

In un tale ambito si pone l'*ordinanza del Tribunale di Napoli in data 10 dicembre 1999* (giudice Papa), pronunciata nel corso di un giudizio in cui il ricorrente chiedeva in via cautelare, al fine di evitare un grave pregiudizio, che fosse ordinato alla Regione il conferimento di uno specifico incarico dirigenziale. L'ordinanza si pronuncia, altresì, circa la competenza del giudice ordinario all'esame della fattispecie. In via preliminare la stessa ritiene di dover rigettare la richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione. Infatti, ai sensi dell'articolo 412 *bis*, ultimo comma viene ad essere escluso che i procedimenti cautelari debbano essere preceduti dal tentativo di conciliazione.

L'organo giudicante ritiene, anche, di dover affermare la sussistenza della giurisdizione in capo al giudice ordinario. A ciò non osta il dettato dell'articolo 68 *bis* del

¹ V. anche Zoppoli in *Le nuove leggi civili commentate*, anno XXII n. 5-6 settembre – dicembre 1999. La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche, alla voce art.19 – ed. CEDAM 1999.



D.lgs. n. 29/1993, che espressamente sottrae alla giurisdizione amministrativa soltanto le controversie in tema di procedure concorsuali di assunzione.

La *ratio* della norma risiede, dunque, nella necessità di conservare al giudice amministrativo la tutela di quelle posizioni di interesse legittimo che non possono rientrare nel concetto di contrattualizzazione del pubblico impiego.

Pertanto, qualora si dubiti della legittimità del procedimento di assunzione, il partecipante al concorso non può vantare alcuna posizione titolata inerente al rapporto di pubblico impiego e non vi è motivo, persistendo la norma dell'articolo 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, di affidare al giudice ordinario un sindacato sugli atti della pubblica amministrazione. Analoga esigenza, invece, non può rinvenirsi in relazione a tutte le forme *latu sensu* contrattuali poste in essere in costanza di rapporto.

Da queste premesse, viene ad essere esaminata la problematica connessa all'attribuzione di un incarico dirigenziale.

Ai sensi dell'articolo 4, comma 2 del d. lgs. n. 29/1993 nell'ambito dei rapporti contrattualizzati le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte con le capacità ed i poteri dei privati datori di lavoro. Ne deriva che, anche un atto di attribuzione di funzioni dirigenziali non può che essere valutato alla stregua dei poteri inerenti al rapporto di lavoro subordinato, e come tale disciplinato dal codice civile.

Il datore di lavoro è titolare di una serie di poteri all'interno dell'azienda come ad esempio il potere di organizzazione ed il potere disciplinare, e, nell'ambito del più ampio potere di organizzazione rientra il potere di promozione dei propri dipendenti.

In ambito privatistico, tale potere è del tutto arbitrario, ma può essere limitato da una serie di norme di varia natura (legislativa, regolamentare, contrattuale etc.) vincolanti o discrezionali.

Le prime stabiliscono le modalità precise con cui l'imprenditore deve esercitare il proprio potere, le altre lasciano un margine di discrezionalità amministrativa o tecnica. Ma in entrambi i casi la discrezionalità non può tradursi in un mero arbitrio e, conseguentemente deve essere suscettibile di controllo in sede giurisdizionale.

Tale controllo assume un carattere più stringente quando la legge o il contratto collettivo impongono la regola formale del concorso nell'ambito del quale il datore di lavoro è tenuto all'applicazione di criteri obiettivi di comparazione, e un carattere meno incisivo in presenza di c.d. "scelta pura". Ma anche in questo caso è richiesto il rispetto del dovere del datore di lavoro di comportarsi secondo correttezza e buona fede.

Nell'ambito della Pubblica Amministrazione deve farsi riferimento al contenuto dell'articolo 19 del D.lgs. n. 29/1993, che per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale o per il passaggio a funzioni diverse impone di tener conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati precedentemente conseguiti.

Tale norma, pertanto, impone una valutazione comparativa – e quindi concorsuale – degli elementi oggettivi e soggettivi che portano all'assegnazione dell'incarico, mentre nulla dispone circa le procedure da adottarsi per effettuare la comparazione. Ne deriva che la pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, è tenuta a adottare un formale provvedimento motivato, da cui si desumano i criteri soggettivi ed oggettivi posti a base della scelta effettuata.

Conseguentemente l'intervento del giudice ordinario può legittimamente spiegarsi allorché l'esercizio del potere di scelta appaia affetto da manifesta inadeguatezza o irragionevolezza.

La precitata *ordinanza del Tribunale di Napoli, in data 10 dicembre 1999* pone le basi all'esercizio, nei limiti sopraindicati, da parte del giudice ordinario, di un controllo di merito dell'attività amministrativa, nel momento in cui la stessa non è caratterizzata dall'esercizio della c.d. discrezionalità pura.²

In un tale ambito, si è mossa la più recente giurisprudenza, andando ad esaminare le problematiche connesse al c.d. *ius ad officium*, ed in particolare se un dirigente incardinato nel c.d. ruolo unico, così come disciplinato dal D.P.R. 26 febbraio 1999 n.150, possa o no pretendere l'assegnazione di specifiche posizioni funzionali/dirigenziali.

In merito, si registra in giurisprudenza, una netta contrapposizione tra chi ritiene non esistente un tale diritto, collegandolo sostanzialmente alla intervenuta differenziazione, posta sia dall'articolo 19 del D.lgs. n. 29/1993 che dall'articolo 6 del precitato D.P.R. n.150/1999, tra dirigenti ai quali è stata affidata la responsabilità diretta di una struttura dell'amministrazione, e dirigenti ai quali sono affidate funzioni ispettive, di consulenza, di studio o di ricerca, e chi, invece, interconnette strettamente l'acquisizione della qualifica dirigenziale allo svolgimento di compiti legati alla titolarità di uno specifico posto di funzione.

Deve, altresì, ricordarsi come per le pubbliche amministrazioni locali l'articolo 109 del D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, al comma 1 - dopo aver stabilito che gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del Sindaco o del Presidente della Provincia e sono revocati in caso di inosservanza delle direttive del Sindaco o del Presidente della Provincia, della Giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi previsti dai contratti collettivi

² In merito, è da ricordare come la Suprema Corte di Cassazione si sia già pronunciata circa i limiti attribuiti all'imprenditore, nell'esercizio dei precitati poteri datoriali, con l'interessante sentenza 15 marzo 1996 n. 2167 con la quale dopo aver premesso che la tutela civilistica del lavoratore di un'impresa operante in regime di diritto privato, il quale assuma di essere stato illegittimamente pretermesso in una promozione "per scelta", ossia compiuta dall'imprenditore secondo criteri di valutazione in tutto o in parte discrezionali, è stata oggetto di varie pronunce, sostanzialmente non divergenti, che, dopo aver rappresentato come la situazione dei singoli lavoratori quali parti di un rapporto contrattuale sinallagmatico che li vincola al datore di lavoro, è sovrapposta alla posizione di appartenenza alla comunità - impresa, rileva come il soggetto passivo, il lavoratore, sia considerato titolare di una posizione non già di mera e passiva soggezione, bensì di interesse legittimo alla caducazione degli atti dell'imprenditore incidenti sfavorevolmente sul suo stato, con violazione di legge oppure con arbitrarietà o iniquità manifesta. Ne deriva, confrontando anche le altre tesi poste dalla Suprema Corte, che: a) va distinto il diritto soggettivo alla promozione dall'interesse, meramente procedimentale al corretto svolgimento delle operazioni di scrutinio; b) il controllo del giudice opera sulla non irragionevolezza e coerenza logica dei criteri discrezionali adottati dall'imprenditore, ma non sul merito; c) va affermato il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, in caso di lesione del detto interesse.

di lavoro - abbia esplicitamente previsto che l'attribuzione degli incarichi può prescindere dalla precedente assegnazione di funzioni di direzione a seguito di concorsi.

Conseguentemente, negli Enti Locali, l'attribuzione di una funzione dirigenziale - parallelamente a quanto previsto per le amministrazioni statali dal citato articolo 19 del D.lgs. n. 29/1993 - non è più legata, tranne che per i profili attinenti al conseguimento della qualifica stessa, ad una procedura concorsuale.

Pertanto, il diritto all'incardinamento in una certa funzione pubblica nasce esclusivamente dalla capacità del soggetto in questione di raggiungere gli obiettivi assegnati, relativi al buon funzionamento della pubblica amministrazione, al raggiungimento di fini collettivi, caratterizzanti l'intero gruppo sociale e non solo una parte, in un certo periodo, maggioritaria.

La correlativa verifica nasce dall'introduzione nel sistema del controllo di gestione, che si attua mediante l'istituzione dei servizi di controllo interno o dei nuclei di valutazione, i quali assumono una rilevanza particolare nell'ambito della gestione quotidiana dei contratti collettivi di lavoro.

Nell'analizzare la giurisprudenza in merito, è da rilevare come *l'ordinanza del Tribunale di Roma 28 novembre 2000 (giudice Di Sario)* abbia preliminarmente ribadito, con una posizione sostanzialmente unanime nelle sentenze esaminate, la competenza del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, a conoscere le controversie in tema di attribuzione degli incarichi dirigenziali; competenza discendente testualmente dal disposto dell'articolo 68 del D.lgs. n. 29/1993, come novellato dal D.lgs. n. 387/1998.

L'ordinanza parte dal presupposto che le citate previsioni innovative in tema di dirigenza hanno segnato il passaggio definitivo da una visione della dirigenza come *status*, come momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici, ad una concezione di tipo funzionale: si è dirigenti se ed in quanto si svolgono certe funzioni, e non perché si è acquisita una determinata posizione.

La qualifica dirigenziale si ottiene attraverso una selezione concorsuale, che consente l'accesso al ruolo unico, ma questo è solo un presupposto per ottenere un ufficio dirigenziale.

Ne deriva che al riconoscimento della qualifica la normativa non fa seguire necessariamente l'esercizio della funzione dirigenziale, che attiene, invece, al conferimento

Tali principi civilistici, ovviamente, offrono spunti di riflessione circa l'applicabilità degli stessi alla pubblica amministrazione, specie sotto il profilo per cui il dirigente pretermesso all'attribuzione di un incarico, possa, così, avere diritto al risarcimento del danno arrecatogli, in relazione all'applicabilità alla pubblica amministrazione dell'articolo 2043 del codice civile, mentre si pongono dei dubbi circa la facoltà attribuita al giudice ordinario di imporre uno specifico comportamento alla pubblica amministrazione. Peraltro, anche il Consiglio di Stato, con giurisprudenza costante si era espresso (v. ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 14 luglio 1995, n.562) nel senso che l'atto di nomina di un dirigente generale dell'amministrazione dello Stato, per l'adozione del quale l'amministrazione usufruisce di poteri ampiamente discrezionali in ordine ai soggetti da nominare, senza vincoli derivanti da aspettative di carriera per funzionari, ma con il solo obiettivo della piena efficienza attraverso la più ampia possibilità di reperimento di soggetti capaci e meritevoli, ben può essere oggetto di impugnazione, in quanto non può escludersi che, in relazione a singole fattispecie, possano emergere posizioni di soggetti qualificati a richiedere la verifica di legittimità delle nomine stesse.

dell'incarico ai sensi del citato articolo 19.

Pertanto, la funzione dirigenziale è caratterizzata dalla contrattualità del rapporto e dalla temporaneità dell'incarico ed è distinta dal riconoscimento della qualifica dirigenziale, che ne è solo un presupposto. Infatti, i dirigenti ai quali non è affidato un incarico di direzione di un ufficio di livello dirigenziale, su richiesta delle amministrazioni che ne hanno interesse, svolgono, come sopra detto, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici: l'imputazione ai dirigenti delle funzioni di direzione nonché il connesso regime di responsabilità è conseguenza solo della loro effettiva preposizione agli uffici dirigenziali.

Ne consegue che la vigente disciplina legislativa non consente di riconoscere in capo ai dirigenti un diritto soggettivo alla titolarità degli uffici dirigenziali, atteso che il conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale è lasciato all'incoercibile potere organizzativo di ciascuna amministrazione, che nella discrezionalità riconosciutale deve tener conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati precedentemente conseguiti.

Pertanto, a conferma che non sussiste un diritto all'incarico, l'eventualità che ad un dirigente non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali è esplicitamente prevista dal comma 10 dell'articolo 19 del D.lgs. n. 29/1993.

Pertanto, il riconoscimento della qualifica di dirigente all'esito del superamento del concorso è situazione giuridica diversa dal conferimento dell'incarico, affidato alla scelta discrezionale dell'amministrazione, scelta che deve essere ispirata a criteri e finalità che non riguardano la procedura concorsuale di accesso alla qualifica, alla quale rimane, altresì, estraneo l'elemento fiduciario, che, invece, concorre nella scelta dell'affidamento dell'incarico.

Portatrice di un orientamento giurisprudenziale analogo è l'*ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (giudice Amendola)* in data 10 ottobre 2000.

L'ordinanza in esame riflette, preliminarmente sul nuovo ruolo e sulla disciplina giuridica della dirigenza statale a seguito della riforma portata dal D.lgs. n. 29/1993: l'accesso alla dirigenza avviene esclusivamente a seguito di concorso per esami, e tutti i vincitori confluiscono nel ruolo unico dei dirigenti delle amministrazioni dello stato, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Funzione Pubblica, ruolo in cui sono inseriti, senza graduazione di anzianità, ma in ordine alfabetico, con specifiche indicazioni circa la professionalità posseduta dagli stessi. Le singole amministrazioni, una volta definiti all'interno della propria dotazione organica i posti di funzione dirigenziale, possono scegliere tra tutti i dirigenti inseriti nel ruolo unico a chi offrire un incarico di funzione dirigenziale, tendo conto delle attitudini e delle capacità professionali di ciascuno. Conseguentemente il ruolo unico funge da serbatoio dal quale le singole amministrazioni possono attingere per approvvigionarsi di dirigenti, sulla base dei rispettivi *curricula* professionali. Individuato il prescelto, e con il suo consenso, la preposizione alla titolarità di un ufficio dirigenziale si realizza con un contratto scritto in cui sono definiti l'oggetto dell'incarico, gli obiettivi, il trattamento economico, la durata, in relazione alla temporaneità dell'incarico stesso. I dirigenti cui non sia stato affidato un incarico di direzione di una struttura, posti a disposizione

della Presidenza, svolgono, come già detto, compiti di ricerca, studio etc.

L'espletamento dell'uno o dell'altro compito dipende dalle scelte di ciascuna amministrazione, essendosi, in tal modo, ogni singolo dirigente, posto sul mercato del lavoro dirigenziale pubblico. Ne consegue che, nell'affidamento dell'una o dell'altra funzione dirigenziale la pubblica amministrazione non incontra il limite dell'equivalenza delle mansioni dettato dall'articolo 2103 del c.c., la cui applicabilità è espressamente esclusa (art. 19, comma 1, ultima parte) per sancire la piena fungibilità dei compiti e favorire l'intercambiabilità e la mobilità dei dirigenti.

Tali innovativi principi (contrattualizzazione del rapporto, temporaneità degli incarichi, fungibilità delle funzioni, responsabilità per i risultati) pongono il problema della contiguità fiduciaria – caratteristica della relazione tra proprietà e dirigenti nel privato – che risponde ad una esigenza ineludibile di ogni organizzazione di risorse umane e materiali, pubblica o privata che sia.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 313/1996, confermata nei contenuti di massima nella successiva sentenza n. 309/1997 ha precisato, peraltro, che la privatizzazione del rapporto non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico, posto che per questi – dirigente o no – non vi è una garanzia costituzionale di autonomia, come ad esempio la previsione di uno specifico stato giuridico che comporti l'inalienabilità delle funzioni.

Relativamente alla struttura del rapporto di lavoro dirigenziale deve rilevarsi come il sistema introdotto dal D.lgs. n. 29/1993, sancisce la sostanziale dicotomia tra contratto a tempo indeterminato e incarico a termine, il primo concepito come base del secondo. Infatti, l'accesso al ruolo dirigenziale vede tipicamente scissi i due profili della instaurazione del rapporto e del conferimento delle funzioni dirigenziali: la qualifica dirigenziale attribuisce semplicemente al dirigente la capacità di essere titolare di un ufficio dirigenziale, ma l'imputazione ai dirigenti delle funzioni di direzione è conseguenza della loro effettiva preposizione agli uffici dirigenziali. Ne deriva che la titolarità di determinati uffici non rappresenta più una carriera, ma una funzione assegnata a tempo, e, conseguentemente, l'assunzione della qualifica dirigenziale non determina l'automatico insorgere di un diritto all'incarico: pertanto, il dirigente non può vantare nessun diritto soggettivo perfetto al predetto conferimento.

Per quel che riguarda l'assegnazione di incarichi al personale già in servizio ovvero il conferimento di un incarico dirigenziale ad un vincitore di concorso di pregressa indizione, a seguito dell'emanazione del D.P.R. n. 150/1999, nel quale le predette posizioni giuridiche individuali vengono, di fatto, ad essere equiparate, deve comunque ritenersi espressione di una facoltà dell'amministrazione e non di un obbligo, infatti, ciascuno di loro vanta un diritto certo a godere dello *status* di dirigente, inserito nel ruolo unico, ma – come sopra detto – non ha alcun diritto soggettivo compiuto a vedersi attribuito un incarico di funzione dirigenziale, rispetto al quale vanta solo una legittima aspettativa a concorrere con ogni altro dirigente, in virtù delle proprie attitudini e capacità professionali.

Ne deriva che il ruolo unico è il luogo elettivamente predisposto per l'incontro, su base esclusivamente contrattuale, tra la domanda e l'offerta di lavoro dirigenziale, ed è fisiologico che in esso accada che dirigenti si trovino temporaneamente senza incarichi





oppure che svolgano nel tempo funzioni diverse, anche eterogenee, stante l'inapplicabilità dell'articolo 2103 c.c. in punto di depotenziamenti e dequalificazioni.

Pur tuttavia, negare che il dirigente abbia diritto al conferimento di un incarico di funzione dirigenziale per il solo fatto di essere vincitore di un concorso e di essere inserito nel ruolo unico non significa affermare che le singole amministrazioni siano libere da qualsiasi vincolo nell'esercizio del potere di scelta che attribuisce detti incarichi. La scelta è condizionata dai precetti imposti dalla legge, dalla contrattazione collettiva e dalle regole che la stessa amministrazione si è data nella procedura di conferimento.

Peraltro, l'eventuale violazione delle poche regole che presiedono al conferimento degli incarichi dirigenziali, difficilmente può consentire al giudice ordinario di sostituirsi nella scelta della pubblica amministrazione, e ciò non per ostacoli posti al giudice sulla possibilità di censurare il comportamento di una pubblica amministrazione – ostacoli peraltro inesistenti una volta fondato il rapporto di lavoro su una base contrattuale, e, quindi, paritetica, con la conseguente attribuzione al giudice ordinario del potere di emettere tutti i necessari provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna – ma poiché in questi casi il giudice incorre negli stessi esatti limiti che incontra nei confronti di qualsiasi datore di lavoro privato che eserciti poteri discrezionali.³

Pur tuttavia, comunque, la giurisprudenza ha costantemente agganciato i requisiti di discrezionalità delle scelte del datore di lavoro a regole comportamentali mutate dal diritto dei contratti, valorizzando le clausole generali della buona fede e della correttezza, verificando, comunque, che il datore di lavoro non ponga in essere comportamenti manifestamente inadeguati o irragionevoli. Ne deriva che l'unica possibilità di intervento in caso di accertato inadempimento dell'amministrazione si colloca nella tematica del risarcimento del danno derivante da perdita di "chance" (v. Cassazione Lavoro 8.2.2000 n.1386).

Da ciò deriva che, secondo la citata *ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua*

³ Relativamente ai poteri attribuiti al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella recente sentenza in data 24 febbraio 2000 n.41, ritenendo che al giudice del lavoro appartengano le controversie di lavoro quand'anche presuppongano la conoscenza incidentale di atti amministrativi di organizzazione. Tale devoluzione vale per le questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998, evitando, secondo la prevalente dottrina, comunque il frazionamento delle azioni a tutela del lavoratore dipendente in applicazione del principio della c.d. economia dei giudizi. L'applicazione di tale principio comporta che ove la pretesa del dipendente abbia origine da un comportamento illecito permanente del datore di lavoro, si debba avere riguardo al momento di realizzazione del fatto dannoso e più precisamente al momento della cessazione della permanenza. Nella predetta sentenza la Suprema Corte ha, altresì, ritenuto che attraverso il d. lgs. n.29/1993 le posizioni soggettive dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono state modificate, nel senso che nei rapporti di lavoro non è dato di identificare interessi legittimi di diritto pubblico, ai quali si riferisce l'articolo 103 della Costituzione, come risulta dimostrato anche dall'applicazione del c.c., dal fatto che l'amministrazione opera con i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione e alla gestione dei rapporti. Pertanto, una volta fondato il rapporto di lavoro su base paritetica, ad esso rimane estranea ogni connotazione autoritativamente discrezionale (v. Corte Cost. sent. 16 luglio 1987 n.268). Più precisamente, quand'anche la lesione lamentata dal prestatore di lavoro derivi dall'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione datrice di lavoro, la situazione soggettiva lesa dovrà qualificarsi, alla stregua delle più recenti classificazioni civilistiche, come interesse legittimo di diritto privato, da riportare quanto alla tutela giudiziaria, all'ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 c.c.



Vetere in data 10.2.2000 il vincitore di un concorso per la dirigenza non ha un diritto soggettivo perfetto al conferimento di un incarico di funzione dirigenziale.

Un analogo orientamento giurisprudenziale è stato espresso dal *Tribunale di Roma con ordinanza in data 2 giugno 2000*. L'ordinanza interviene in tema di affidamento di uno specifico incarico dirigenziale, non accettato dal ricorrente.

Il Tribunale preliminarmente prende in considerazione l'avvenuta soppressione dei ruoli già esistenti presso le singole amministrazioni, e il conseguente inserimento degli stessi in ruolo unico disciplinato dal regolamento approvato con il D.P.R. 28.2.1999 n.150, in cui la dirigenza è articolata solo in due fasce, distinte solo ai fini economici ed ai fini del conferimento della direzione degli uffici dirigenziali di vertice o generali.

Ne deriva che ai dirigenti non è stata garantita la stabilità nell'ufficio ricoperto, perché al conferimento degli incarichi dirigenziali si provvede con incarico a termine: è il contratto a stabilirne la durata e il trattamento economico. Pertanto, l'intervenuta riforma, come già osservato esaminando la precedente giurisprudenza, è caratterizzata dalla contrattualità del rapporto, dalla temporaneità dell'incarico e del trattamento economico, nonché dalla possibilità di assegnare i dirigenti a compiti ai quali è connessa la responsabilità di una struttura o a compiti di studio e ricerca. Ne consegue, che non è censurabile il comportamento dell'amministrazione la quale, in sede di proposta contrattuale, prospetta al dirigente un diverso incarico, essendo la predetta proposta qualificabile non come implicita rimozione dall'incarico precedentemente rivestito, ma è frutto del principio della avvenuta contrattualizzazione degli incarichi dirigenziali.

Un conforme orientamento giurisprudenziale è espresso anche *dall'ordinanza del Tribunale di Roma in data 20 aprile 2000 (giudice Cocchia)* emessa in tema di revoca dall'incarico precedentemente assegnato e conseguente messa a disposizione del dirigente presso il ruolo unico.

Anche in questa fattispecie il giudice ritiene che, a seguito della contrattualizzazione del rapporto le funzioni dirigenziali non potrebbero in nessun caso continuare ad essere esercitate dal ricorrente in mancanza di uno specifico accordo con la pubblica amministrazione.

Ne scaturisce che un provvedimento giurisdizionale ordinatorio alla conclusione dell'accordo al pari di una sentenza costitutiva del contratto di lavoro non potrebbero giammai essere conseguite in difetto di una specificità degli elementi essenziali del costituendo contratto (in particolare durata dell'incarico, obiettivi, responsabilità e trattamento retributivo accessorio): per questa ragione univoca giurisprudenza esclude la possibilità di applicare l'art. 2932 c.c., relativo all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, nell'ipotesi di mancato adempimento di obblighi di assunzione da parte di una pubblica amministrazione.

Pertanto, quand'anche sarebbe illegittimo il provvedimento di "collocamento a disposizione" con conseguente revoca dell'incarico, sarebbe prospettabile solo l'azione risarcitoria, ed è noto come la risarcibilità del danno è incompatibile con il concetto di irreparabilità, presupposto della tutela d'urgenza.

Con analogo orientamento giurisprudenziale si è espresso *il Tribunale di Potenza con ordinanza in data 29 dicembre 1999* con cui si è ritenuto che non spetta al dirigen-

te generale un diritto al posto e alle corrispondenti mansioni fuori dell'ambito delle previsioni contrattuali e, pertanto, deve essere revocato il provvedimento monocratico cautelare con il quale era stata ordinata la reintegrazione del dirigente cui non era stato rinnovato l'incarico.

Un orientamento giurisprudenziale in parte diverso – mirante a tutelare la professionalità dirigenziale sotto il profilo del diritto del dirigente medesimo al conferimento degli incarichi - è stato espresso dal *Tribunale di Roma, con ordinanza in data 6 febbraio 2001, 3618/01* (giudice Buonassisi).

Il giudice, nella fattispecie, in cui il ricorrente vincitore di un concorso per la qualifica dirigenziale si trovava in una situazione di forzosa inattività, ha ritenuto che dovesse essere riconosciuto il *periculum in mora* non tanto e non soltanto per il pregiudizio economico subito dal ricorrente (sotto il profilo della mancata attribuzione della retribuzione di posizione e di risultato), quanto sotto il profilo del pregiudizio al bene della professionalità, e ciò in quanto il c.d. diritto alla “professionalità” gode di una tutela autonoma, tanto che l'interessato può anche rifiutare le c.d. mansioni degradanti ⁴.

Infatti, si ha dequalificazione o “svuotamento” delle mansioni in tutti i casi di sottoutilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal lavoratore con riferimento alla quantità intrinseca delle attività, al grado di autonomia e discrezionalità del loro esercizio e alla posizione nell'organizzazione aziendale ⁵. La tutela del bene della professionalità riguarda anche i dirigenti pubblici sebbene agli stessi non possa essere applicato l'articolo 2103 c.c.

Ne deriva che la stessa ammissibilità della procedura cautelare nella materia deve essere valutata in relazione alla necessità che le mansioni possano consentire l'utilizzazione e il perfezionamento già acquisita dal dipendente, che assumono particolare rilevanza trattandosi di mansioni caratterizzate da una elevata autonomia, come quelle dirigenziali. D'altra parte le valutazioni sulla dirigenza, ai sensi del D.lgs. n.29/1993 sono fondate sul patrimonio professionale acquisito e quindi sui risultati ottenuti in precedenza.

Pertanto il c.d. “demansionamento” non viola solo l'art. 2103 del c.c., ma anche, più in generale, il diritto alla libera esplicazione della personalità del lavoratore (v. Cassazione sent. n. 14443 del 6.11.2000), principio evidentemente applicabile anche ai

⁴ In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione con sentenza n. 8939 in data 12.10.1996 ritenendo che, secondo la costante giurisprudenza della Suprema Corte l'illegittimo comportamento del datore di lavoro, consistente nell'assegnare il dipendente a mansioni inferiori a quelle corrispondenti alla sua qualifica, può giustificare il rifiuto della prestazione lavorativa, in forza dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., purchè tale reazione risulti proporzionata e conforme a buona fede, come avviene nel caso in cui il dipendente offra pur sempre le prestazioni corrispondenti alla qualifica originaria.

⁵ In tal senso si è anche espressa la Corte di Cassazione con sentenza n. 7789 del 14.7.1993 precisando che il termine di riferimento dell'equivalenza delle mansioni assegnate al lavoratore, contemplata dall'art. 2103 c.c. (nel testo risultante dall'articolo 13 della legge n. 300/1970), rispetto alle ultime effettivamente svolte è costituito dal contenuto professionale delle mansioni stesse, sicchè devono considerarsi inferiori mansioni che, rispetto alle precedenti, comportino una sottoutilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal lavoratore. Nel giudizio sulla equivalenza deve quindi aversi riguardo non solo alla qualità intrinseca delle attività esplicate dal lavoratore, ma anche al grado di autonomia e discrezionalità nel loro esercizio, nonché alla posizione del dipendente nel contesto dell'organizzazione aziendale del lavoro.

dirigenti pubblici.

Poiché, nella fattispecie, la richiesta del ricorrente è relativa all'attribuzione di un incarico dirigenziale, con la sottoscrizione del relativo contratto, può essere oggetto di tutela “specificata”, in quanto si tratta di una richiesta di condanna ad un *facere* che comprende l'attribuzione delle corrispondenti mansioni.

Comunque, in campo privatistico, il giudice ordinario può, in caso di accertata dequalificazione, ordinare al datore di lavoro la reintegra del lavoratore in mansioni corrispondenti al suo livello di inquadramento e al bagaglio di professionalità acquisito. Il fatto che si tratti di un ordine insuscettibile di esecuzione forzata (e cioè di un *facere* “infungibile”) non osta affatto ad una simile pronuncia ripristinatoria, trattandosi di un provvedimento che gode di una autonoma utilità (presupposto per ulteriori conseguenze giuridiche derivanti dall'inosservanza dell'ordine).

Sulla base delle predette considerazioni il *Tribunale di Roma con la precitata ordinanza in data 6.2.2001* ha ritenuto che il giudice possa imporre all'amministrazione solo l'attribuzione di un incarico dirigenziale, rimettendo all'amministrazione la concreta individuazione degli strumenti, negoziali o meno, per la concreta attuazione dell'obbligo.

La sentenza del *Tribunale di Milano in data 12 dicembre 1999 (giudice Ianniello)* esamina i criteri di conferimento degli incarichi dirigenziali da parte di una pubblica amministrazione locale, in relazione anche al sistema delle relazioni sindacali, come delineato nei vigenti C.C.N.L.

Sulla base dei rilievi mossi dal ricorrente il Tribunale ritiene fondato quello relativo alla mancata preventiva comunicazione ai sindacati (anche ai fini di un eventuale confronto) dei criteri da seguire nell'attribuzione dei singoli incarichi dirigenziali.

L'obbligo per l'amministrazione nasce dal disposto dell'art. 22, secondo comma del vigente C.C.N.L. il quale prevede che “le amministrazioni formulano in via preventiva i criteri per l'affidamento e la revoca degli incarichi dirigenziali nel rispetto dei principi stabiliti dall'art. 19 del D.lgs. n.29/1993. Tali criteri, prima della definitiva determinazione sono oggetto di informazione alle rappresentanze sindacali ... seguita, su richiesta, da un incontro”.

Tali criteri non possono essere predeterminati genericamente, ma devono essere predisposti in modo tale da valutare le capacità del dirigente, al fine di correlarle con l'incarico da assegnare.

Se il dirigente, comunque, non ha diritto, ai sensi del citato art. 19 del D.lgs. n.29/1993, ad un incarico necessariamente corrispondente alla qualifica rivestita, o, comunque, equivalente a quello antecedentemente svolto, la legge stabilisce, a salvaguardia della necessaria imparzialità della pubblica amministrazione, i principi direttivi dell'attività di attribuzione degli incarichi, e il contratto collettivo proceduralizza la relativa fase di decisione, anche a garanzia delle aspettative dei dipendenti (da cui deriva la previsione della partecipazione - anche se solo a livello di informazione preventiva seguita da esame, e non di contrattazione decentrata - del sindacato).

Dall'osservanza delle “regole” nasce la tutela del dipendente-dirigente, tutela che, in un regime di piena contrattualizzazione del rapporto di lavoro, si esprime nel riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive, azionabili, pertanto, in giudizio avanti al



giudice ordinario.

Da ciò deriva che la mancata osservanza della procedura prevista porta ad un difetto di "forma" necessaria degli atti in questione, che pertanto sono nulli e la loro nullità può essere invocata da chiunque vi abbia interesse.

La mancata comunicazione dei criteri di assegnazione porta dunque alla nullità degli atti di attribuzione degli incarichi, atti che ai sensi del precitato articolo 19 e dall'art. 22 del C.C.N.L., devono essere formalizzati per iscritto e contenere l'indicazione degli obiettivi da raggiungere nel medio e nel lungo periodo, dei mezzi messi a disposizione per realizzarli, nonché la prefissione della data.

Pertanto, il Tribunale nella predetta sentenza accerta l'inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di formulare in via preventiva i criteri per l'affidamento degli incarichi dirigenziali e di darne comunicazione alle rappresentanze sindacali prima della definitiva determinazione.

In tema di revoca degli incarichi, per valutazione negativa dei risultati, si è pronunciato, altresì, il *Tribunale di Napoli, con reclamo in data 11 ottobre 2000* (giudice Musella), il quale, a prescindere dalla problematica derivante dall'applicazione del caso concreto ha, comunque, ritenuto che la revoca degli incarichi dirigenziali, per quanto discrezionale, deve essere motivata o da ragioni organizzative (natura oggettiva: per motivate ragioni produttive ed organizzative) o da ragioni inerenti il rendimento del singolo dirigente valutato sulla base di precise norme procedurali (natura soggettiva: valutazione negativa dei risultati dell'esito del procedimento di valutazione).

Ne deriva che è illegittima la revoca anticipata dell'incarico, motivata anche su motivi soggettivi, senza che sia avvenuta la conclusione della valutazione dei risultati di cui all'art. 14 del C.C.N.L.. Tale norma stabilisce esplicitamente che gli Enti devono adottare meccanismi di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dai dirigenti e che le valutazioni sono attuate con i sistemi, le procedure e le garanzie individuate dallo stesso Ente, previa adozione di criteri generali che devono informare i sistemi di valutazione delle prestazioni e delle competenze organizzative dei dirigenti.

Diviene, pertanto, rilevante il rispetto da parte dell'Ente datore di lavoro delle regole che presiedono alla revoca degli incarichi dirigenziali; regole che costituiscono il limite alla discrezionalità propria dell'affidamento e della revoca degli stessi, e che servono ad evitare che la stessa degeneri in arbitrio.

In tal senso si è espressa anche *l'ordinanza del Tribunale di Palermo in data 11.3.1999*, la quale dopo aver ribadito che stante l'omogeneità delle funzioni proprie dell'area direttiva, l'art. 2103 del c.c. è inapplicabile all'attribuzione di incarichi di funzioni dirigenziali e a passaggi a funzioni dirigenziali diverse nella pubblica amministrazione, ha precisato che la revoca degli incarichi di funzione dirigenziali soggiace a particolari presupposti (come la responsabilità per inosservanza delle direttive generali o risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione) ed alle garanzie previste dall'art. 21 del D.lgs. 29/1993.

L'ordinanza del Pretore di Firenze in data 11.1.1999 ha ribadito la competenza del giudice ordinario a conoscere della revoca da parte del Sindaco del Segretario Comunale, in quanto quest'ultimo, pur essendo legato da un rapporto di impiego con

l'apposita Agenzia, rende la sua prestazione all'interno di un rapporto di servizio con l'Ente Locale, e, comunque, anche il suo rapporto di lavoro è stato privatizzato.

Si pronunciano, infine, sui poteri attribuiti al giudice ordinario in tema di provvedimenti d'urgenza le *ordinanze del Tribunale di Firenze in data 13 ottobre 1999 e 20 luglio 1999*.

Entrambe ritengono che correttamente il giudice del lavoro, adito con richiesta di provvedimento d'urgenza, ravvisando l'illegittimità della revoca di un incarico dirigenziale pubblico, possa ordinare la reintegrazione del dirigente nell'incarico e possa prendere tutti i provvedimenti richiesti dalla natura del diritto tutelato, compresi la sospensione sia dell'atto di revoca che di quello di trasferimento del dirigente ad un altro incarico.



SEZIONE IV

DOCUMENTAZIONE



**Contratto Collettivo Nazionale Quadro in materia di procedure
di conciliazione ed arbitrato ai sensi degli artt.59-bis, 69 e 69 bis
del D.lgs.n.29/1993 nonché dell'art.412-ter c.p.c.**

.....

Art. 1

Principi e norme di organizzazione



137

Il presente accordo è attuativo dei principi di delega previsti dall'art. 11 comma 4 lettera g) della legge n.59/1997 e di quanto previsto dagli artt.412 ter e quater c.p.c , come modificati dai D.lgs. n. 80/1998 e 387/1998. In relazione a tali principi e disposizioni, il presente accordo introduce e disciplina procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato quale fattore di decongestione e alleggerimento del circuito giudiziario in grado, altresì, di garantire ai lavoratori pubblici e alle amministrazioni una risoluzione celere e adeguata delle controversie di lavoro, funzionale non solo a una giustizia realmente efficace ma anche a una riduzione dei costi sociali ed economici delle controversie stesse.

Le pubbliche amministrazioni e le organizzazioni sindacali promuovono l'utilizzo dell'arbitrato e agevolano il ricorso alle procedure previste dal presente accordo. Le pubbliche amministrazioni, in particolare, ritengono utile, per le ragioni sopra esposte e in considerazione della sperimentabilità dell'accordo, privilegiare tale strumento .

Allo scopo di assecondare e sviluppare l'attitudine dell'esperienza innovativa avviata dal presente accordo a consolidare l'intero edificio del diritto sindacale e del lavoro nel settore pubblico, le parti istituiscono presso l'ARAN un gruppo di lavoro permanente in funzione di cabina di regia e così convengono di denominarlo.

La cabina di regia dovrà sostenere l'avvio degli istituti definiti nel presente accordo nonché monitorare tutte le fasi attuative del medesimo.

Per la particolare rilevanza e novità della funzione arbitrale nell'ambito del contenzioso del lavoro, in considerazione anche dell'affidamento che le parti interessate ripongono in essa, la cabina di regia dovrà sollecitamente progettare percorsi formativi che garantiscano una adeguata preparazione degli arbitri. In via provvisoria, in attesa dell'attivazione e dello svolgimento dei predetti percorsi formativi, la cabina provvederà alla compilazione di una lista di arbitri per l'utilizzo immediato delle procedure di cui al presente accordo.

In ogni caso le liste regionali di arbitri, di cui all'art. 5, hanno carattere di residualità, nel senso che le parti vi ricorreranno nei casi previsti nell'art. 5 comma 4 in caso di mancato accordo fra le stesse sulla scelta dell'arbitro.

Lo statuto della cabina di regia costituisce parte integrante del presente accordo.

Art.2.

Facoltatività dell'arbitrato

1. Restando fermo il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, le parti possono concordare, in alternativa, di deferire la controversia a un arbitro unico scelto di comune accordo, che deve appartenere a una delle categorie di cui all'art. 5, comma 4. Per l'impugnazione del lodo arbitrale si applica l'art. 412 quater c.p.c., e il comma 12 dell'art. 4 del presente accordo.



Art. 3. Designazione dell'arbitro

1. La richiesta di compromettere in arbitri la controversia deve essere comunicata con raccomandata con a. r. contenente una sommaria prospettazione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa. La disponibilità della controparte ad accettarla deve essere comunicata entro 10 giorni, con raccomandata con a. r. Entro i successivi 10 giorni l'arbitro sarà designato dalle parti.

2. Entro lo stesso termine, in caso di mancato accordo l'arbitro sarà designato mediante estrazione a sorte, alla presenza delle parti, nell'ambito della lista dei designabili nell'ambito della Regione di cui all'art. 5, comma 2, a cura dell'ufficio di segreteria della camera arbitrale stabile, qualora una delle parti non si avvalga della facoltà di revocare il consenso ad attivare la procedura.

3. Ciascuna delle parti può rifiutare l'arbitro sorteggiato, qualora il medesimo abbia rapporti di parentela o affinità entro il quarto grado con l'altra parte o motivi non sindacabili di incompatibilità personale. Un secondo rifiuto consecutivo comporta la rinuncia all'arbitrato, ferma restando la possibilità di adire l'autorità giudiziaria.

4. L'atto di accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro deve essere depositato, a cura delle parti, presso la camera arbitrale stabile entro 5 giorni dalla designazione comunque effettuata, sotto pena di nullità del procedimento.

5. Le parti possono concordare che il procedimento si svolga presso la camera arbitrale regionale di cui all'art. 5, comma 1, oppure, dandone immediata comunicazione alla medesima, presso l'amministrazione a cui appartiene il dipendente.

Art. 4. Procedure di conciliazione e arbitrato.

1. Quando le parti decidano di ricorrere alle procedure di conciliazione e arbitrato disciplinate dal presente contratto, l'arbitro è obbligatoriamente tenuto a espletare un tentativo di conciliazione che sostituisce e produce i medesimi effetti di quello previsto dall'art. 69 bis D.lgs. n. 29/93, salvo che questo non sia già stato espletato ai sensi del citato articolo.

2. Qualora il tentativo obbligatorio di conciliazione sia stato espletato anteriormente al ricorso all'arbitrato ai sensi dell'art. 69 bis del D.lgs. 29/1993, non si applicano i commi da 3 a 7 del presente articolo e la prima udienza deve svolgersi entro 30 giorni dalla data di accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro. La parte istante deve depositare presso la sede dell'arbitro la documentazione contenente la completa esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa, la parte resistente deve depositare la memoria difensiva con la quale prende posizione in maniera precisa sui fatti affermati dall'istante e propone tutte le sue difese in fatto e in diritto. Parte istante e parte resistente devono effettuare il deposito delle predette documentazioni rispettivamente entro il decimo giorno e il ventesimo giorno dalla data in cui l'arbitro ha accettato la designazione.



3. Il tentativo è preceduto dal deposito presso la sede dell'arbitro della documentazione contenente la completa esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa nonché della memoria difensiva con la quale l'amministrazione prende posizione in maniera precisa sui fatti affermati dall'istante e propone tutte le sue difese in fatto e in diritto. Parte istante e parte resistente devono effettuare il deposito della documentazione di cui sopra rispettivamente entro il decimo giorno e il ventesimo giorno dalla data in cui l'arbitro ha accettato la designazione. La comparizione personale delle parti davanti all'arbitro avrà luogo non oltre il trentesimo giorno dalla data in cui l'arbitro ha accettato la designazione. Il tentativo di conciliazione deve esaurirsi entro 10 giorni dalla data di comparizione.

4. L'arbitro è tenuto a svolgere attività di impulso della procedura conciliativa e a porre in essere ogni possibile tentativo per una soluzione concordata e negoziata della controversia.

5. Se la conciliazione riesce, si redige processo verbale ai sensi e per gli effetti dell'art. 411, commi 1 e 3, c.p.c. L'atto deve essere tempestivamente trasmesso alla camera arbitrale stabile, a cura dell'arbitro. Tutti gli elementi utili alla definizione del contenuto dell'atto conciliativo rientrano negli obblighi di funzionamento di cui all'art. 4 comma 14.

6. Se la conciliazione non riesce l'arbitro, in funzione di conciliatore formula una proposta, comprensiva di ogni costo, con gli effetti di cui al comma 8 dell'art. 69-bis del D.lgs. n. 29/1993

7. Se la proposta non viene accettata, l'arbitro fissa la prima udienza per la trattazione contenziosa. La procedura conciliativa non comporta costi aggiuntivi oltre quanto stabilito nell'atto transattivo.

8. L'arbitro può dichiarare inammissibile la proposizione di fatti e ragioni ulteriori rispetto alle risultanze del processo verbale della mancata conciliazione, qualora ritenga che la tardività dell'atto non sia giustificata da circostanze sopravvenute oggettivamente documentabili.

9. Qualora l'arbitro ritenga che la definizione della controversia dipenda dalla risoluzione in via pregiudiziale di una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione della clausola di un contratto o accordo collettivo nazionale, ne informa le parti e sospende il procedimento. Ove le parti non dichiarino per iscritto ed entro 10 giorni l'intenzione di rimettere la questione all'arbitro e di accettarne la decisione in via definitiva, il procedimento si estingue. L'estinzione del procedimento è immediatamente comunicata alla camera arbitrale stabile, a cura dell'arbitro.

10. Nel corso della procedura di conciliazione e arbitrato le parti possono farsi assistere, a proprie spese, da esperti di fiducia. L'arbitro può sentire testi e disporre l'esibizione di documenti.

11. Il lodo deve essere sottoscritto dall'arbitro entro 60 giorni dalla data della prima udienza di trattazione, salvo proroga non superiore a 30 giorni consentita dalle parti, e deve essere comunicato alle parti, entro 10 giorni dalla sottoscrizione, mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Esaurito il procedimento, i relativi atti devono essere tempestivamente trasmessi alla camera arbitrale stabile, a cura dell'arbitro.

12. Nel giudicare, gli arbitri sono tenuti all'osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo.

13. La parte soccombente è tenuta alla corresponsione delle indennità spettanti all'arbitro. La cabina di regia di cui all'art. 1 determina la misura delle indennità spettanti agli arbitri, anche per il caso di estinzione del procedimento ai sensi del comma 9.

14. Tutte le attività di segreteria sono di competenza dalla camera arbitrale stabile o dell'amministrazione presso la quale si svolge il procedimento.

15. Nulla è dovuto all'arbitro in caso di inosservanza a lui imputabile dei termini fissati dal comma 11 nonché in caso di inadempienza degli obblighi di comunicazione alla camera arbitrale stabile stabiliti nel presente accordo.

Art.5 **Camere arbitrali stabili.**

1. Presso ogni Direzione regionale del lavoro è costituita una camera arbitrale stabile, per il cui funzionamento è responsabile il direttore della Direzione stessa o a un suo delegato.

2. Presso ogni camera arbitrale stabile è depositata la lista dei designabili in ciascuna Regione come arbitri unici in caso di mancato accordo diretto tra le parti, articolata, ove possibile, per comparti o aree.

3. Gli arbitri da includere nella lista sono scelti dalla cabina di regia di cui all'art. 1 in base a criteri che ne garantiscano l'assoluta imparzialità ed indipendenza.

4. Nella lista possono essere inclusi
a) docenti universitari e ricercatori confermati di diritto del lavoro e relazioni industriali;
b) liberi professionisti con un'esperienza di contenzioso del lavoro non inferiore a cinque anni;

c) esperti di metodi di composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro che abbiano superato le prove conclusive dei corsi di formazione programmati dalla cabina di regia di cui all'art. 1;

d) ex magistrati con esperienza almeno quinquennale come giudici del lavoro.

Le liste possono essere aggiornate in qualsiasi momento con le procedure di cui all'art. 4 dello statuto della cabina di regia.

5. Ogni camera arbitrale dispone di un ufficio di segreteria incaricato di provvedere alla tenuta delle liste, ricevere le richieste di devoluzione ad arbitri delle controversie, effettuare il sorteggio dell'arbitro, assicurare la trasmissione degli atti e dei lodi concernenti arbitrati che si costituiscano presso camere stabili e conservare anche tutti gli atti concernenti arbitrati che si costituiscano in sedi diverse.



Art. 6. **Sanzioni disciplinari.**

1. Le sanzioni disciplinari possono essere impugnate mediante richiesta di conciliazione e arbitrato ai sensi dell'art. 2 e seguenti. Durante la vigenza del presente accordo e con le medesime regole ivi previste, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate davanti ai soggetti di cui all'art. 59, commi 8 e 9 del D.lgs. n. 29/93. Nel caso in cui il lavoratore si rivolga ai predetti soggetti non può, successivamente, ricorrere all'arbitro unico del presente accordo.

2. In via sperimentale e fino alla scadenza del presente accordo, la richiesta di ricorso all'arbitro unico è vincolante per la p.a., salvo che l'impugnazione abbia per oggetto una sanzione risolutiva del rapporto, e soltanto il ricorrente, in caso di mancato accordo sulla designazione dell'arbitro, ha facoltà di rinunciare all'espletamento della procedura.

3. Le sanzioni disciplinari restano sospese fino alla definizione della controversia, salvo il caso di rinuncia di cui al comma precedente.

Art.7. **Norma transitoria**

1. In considerazione del carattere sperimentale del presente accordo, i contratti collettivi di comparto e di area potranno individuare particolari tipologie di controversie non deferibili ad arbitri.

Art. 8. **Durata dell'accordo**

1. Il presente accordo ha durata biennale ed entra in vigore a far data dal 31 gennaio 2001. Fino a tale data la cabina di regia di cui all'art. 1 del presente contratto procederà agli adempimenti propedeutici all'applicazione della normativa.

Allegato 1

Statuto della cabina di regia per l'orientamento dell'esperienza arbitrale e la formazione del relativo ceto professionale

1. Compiti

In considerazione del carattere sperimentale del presente contratto e della conseguente necessità di acquisire una collaborazione quanto più possibile ampia nella fase di avvio delle nuove regole la cabina di regia è composta dall'ARAN e dalle confederazioni rappresentative. Gli stessi soggetti si riservano di ridefinire natura e funzione della predetta cabina sulla base delle indicazioni dell'esperienza nel frattempo maturata. Sono compiti prioritari della cabina di regia:

- organizzare una rete di canali di comunicazione estesa a tutte le camere arbitrali stabili istituite a livello regionale per il monitoraggio del flusso delle conciliazioni e delle decisioni arbitrali;





- effettuare la selezione degli arbitri ai sensi dell'art. 4 del presente statuto ;
- predisporre uno studio di fattibilità concernente l'istituzione, al termine del biennio sperimentale, di camere arbitrali stabili a livello provinciale;
- definire la misura dell'indennità spettante agli arbitri, in relazione al valore, alla rilevanza e complessità della controversia nonché alla durata dell'opera prestata;
- progettare e programmare corsi-pilota interdisciplinari di formazione per l'esercizio dell'attività di arbitro, definendo i requisiti di accesso. Il finanziamento dei predetti corsi sarà a carico dei fondi per la formazione gestiti dal Dipartimento della Funzione Pubblica direttamente o per il tramite della Sspa o del Foromez;
- elaborare uno studio di fattibilità in ordine alla costituzione di un Centro permanente per la formazione della professione arbitrale;
- predisporre entro il 30 ottobre 2002 una relazione di sintesi sugli esiti della sperimentazione formulando proposte per la revisione della normativa.

2. Composizione

Fanno parte della cabina di regia una rappresentanza dell'ARAN e un rappresentante di ciascuna delle confederazioni sindacali rappresentative. L'incarico di coordinatore è affidato all'ARAN.

3. Funzionamento

L'interazione tra i membri della cabina di regia si svolge in un contesto cooperativo che valorizza la qualità del contributo di sostegno all'avvio dell'esperienza a cui sono tenute le parti firmatarie. Le modalità di funzionamento della cabina di regia saranno stabilite con apposito regolamento.

4. Selezione degli arbitri

Per ciascuna Regione, il numero degli arbitri da includere nella rispettiva lista sarà determinato tenendo conto del livello occupazionale complessivo delle amministrazioni insediate nel territorio e dell'andamento della vertenzialità locale risultante dalle più recenti indagini statistiche disponibili.

Gli appartenenti alle categorie di cui alle lettere a), b), d) del comma 3 dell'art. 5 del presente accordo interessati all'inserimento nelle liste arbitrali potranno presentare richiesta alla cabina di regia. In ogni caso l'inserimento nelle suddette liste è subordinato ad una dichiarazione scritta dell'interessato sulla propria imparzialità e indipendenza.

DICHIARAZIONE CONGIUNTA

Le parti si impegnano a rappresentare e sostenere con forza , presso il Governo, l'esigenza che nella finanziaria 2000, anche in considerazione dei risparmi conseguibili attraverso la diffusione delle procedure di conciliazione e arbitrato previsti dal presente accordo, nonché dei risultati di deflazione del contenzioso giudiziario che questo accordo si prefigge, siano destinate adeguate risorse per il miglior funzionamento delle procedure stesse.

*Finito di stampare
nel maggio 2001
da Xpress srl - Roma*

Pubblicazione non in vendita