

IL CONTENZIOSO NEL LAVORO PUBBLICO

I

1

T

N

E

M

U

R

T

S



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 - 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

Responsabile Editoria
Anna Mura



7

IL CONTENZIOSO NEL LAVORO PUBBLICO L'ARBITRATO

Il volume è stato curato da
Donatella De Vincentiis
Vincenzo Veneziano

Organizzazione
Paola Pezzuto
Pier Francesco Milana



Il Formez, nell'ambito del progetto CIPA - Coesione e Innovazione nelle Pubbliche Amministrazioni-, sta realizzando una linea di intervento sul contenzioso nel lavoro pubblico con attività di formazione-informazione e assistenza alle amministrazioni pubbliche per lo sviluppo delle competenze relative alle controversie di lavoro.

Nell'ottica di offrire una pluralità di strumenti, abbiamo ideato una serie di pubblicazioni strutturate in approfondimenti monografici sulle tematiche più nuove e rilevanti.

Questo volume, che si ricollega al numero 1 della collana "Strumenti Formez", presenta un articolato ed approfondito commento dell'accordo collettivo quadro del gennaio 2001 in materia di arbitrato nel lavoro pubblico, con l'obiettivo di chiarire le problematiche processuali e sostanziali connesse al ricorso all'arbitro nelle controversie di lavoro pubblico, in alternativa al giudice del lavoro, per favorire un ricorso alla procedura arbitrale più efficace e consapevole da parte delle amministrazioni.

La rubrica "giurisprudenza", contiene commenti sui principali orientamenti giurisprudenziali su alcuni degli istituti più critici, sia dal punto di vista sostanziale che processuale mentre nella " rassegna" sono presentati i risultati di alcuni procedimenti aperti in sede pregiudiziale per l'interpretazione autentica di contratti collettivi.

Documentazione aggiuntiva su questi temi è reperibile all'indirizzo <http://lavoropubblico.formez.it/contenzioso>. È un sito strutturato come una rivista informatica attraverso la quale gli utenti possono aggiornarsi sui più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di contenzioso nel lavoro pubblico, approfondire le problematiche relative all'applicazione degli istituti più innovativi e anche scambiare informazioni in ordine alle esperienze concrete degli Uffici del contenzioso.

INDICE



SEZIONE I	11
Commento al “Contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedure di conciliazione e arbitrato”	
1. Considerazioni generali. di Massimo Salvatorelli	13
2. Profili organizzativi di Paolo Matteini	23
3. Il procedimento dinanzi all’arbitro:	
a) fase conciliativa di GianPiero Profeta	27
b) fase contenziosa di Giustina Noviello	33
4. Le sanzioni disciplinari di Giustina Noviello	39
5. CCNL	57
SEZIONE II	65
Giurisprudenza	
Mobilità tra le pubbliche amministrazioni nota a cura di Angelo Trovato	67
Tribunale di Campobasso ordinanza del 13/3/2001	74
Rapporto fra procedimento penale e procedimento disciplinare nel pubblico impiego nota a cura di Paola Briguori	81
Tribunale di Reggio Emilia sentenza del 25/5/00	93



Relazioni sindacali	107
nota a cura di Filippo Curcuruto	
Tribunale di Treviso ordinanza del 31/01/2002	118
La tutela contro il licenziamento illegittimo del dirigente	125
nota a cura di Paolo Sordi	
Tribunale Roma sentenza del 6/12/2001	137
Rettifica delle preferenze espresse nella domanda di trasferimento	145
Tribunale Treviso ordinanza del 11/01/2002	145
Il regime transitorio della giurisdizione dopo il d.lgs n° 165 del 2001	151
nota a cura di Paolo Sordi	
Tribunale di Terni sentenza del 27/11/2001	154
Mancata conferma di nuovo incarico dirigenziale	157
Tribunale di Roma ordinanza del 12/10/2000	157
SEZIONE III	165
Rassegna	
Accertamento pregiudiziale e interpretazione autentica dei contratti collettivi di Antonio Martone	167
• Tribunale di Treviso, ordinanza del 10/11/2000	171
• Contratto collettivo nazionale di lavoro 21/06/2001 sull'interpretazione autentica dell'art. 13 del CCNL del personale del comparto ministeri sottoscritto in data 16/02/1999	173
• Tribunale di Treviso, ordinanza del 30/10/2001	177



SEZIONE I

COMMENTO AL “CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE QUADRO IN MATERIA DI PROCEDURE DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO”

Considerazioni generali

Massimo Salvatorelli*



Il trasferimento della giurisdizione sulle controversie di lavoro pubblico dal Giudice amministrativo al Giudice ordinario, contestualmente alla loro cd. “privatizzazione”, è stato fortemente voluto dal Legislatore, nonostante le non poche e autorevoli voci contrarie che si erano levate.

La riforma era prevedibilmente destinata ad incontrare almeno due ordini di difficoltà.

Da un lato, venivano in considerazione le difficoltà derivanti dalla mancanza di specifica esperienza da parte del Giudice ordinario relativamente alle problematiche involgenti la tipica attività di quel particolare datore di lavoro che è l’Amministrazione pubblica, soggetto – non va dimenticato - che opera non per il perseguimento di fini di lucro, come l’imprenditore privato, ma per il benessere della collettività, in base agli stessi fondamentali principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (Art.97 Cost.). Il Giudice amministrativo, con l’ampia cognizione sul rapporto che gli era attribuita in sede di giurisdizione esclusiva, aveva certamente dato ottima prova di sé: ma, come confermato dalle innovazioni coeve alla riforma di cui si tratta ed alla coerente successiva evoluzione, il suo ruolo è oggi destinato ad un’incisiva trasformazione, essendo oramai le controversie di pubblico impiego di cui continua a conoscere, confinate in una posizione marginale, tanto dal punto di vista soggettivo che da quello oggettivo. Certamente era legittimo temere che, almeno nell’immediato, il “nuovo” Giudice del rapporto di lavoro pubblico potesse incontrare non poche difficoltà a venire a capo dei peculiari problemi scaturenti dalla materia.

Sotto un secondo profilo, era lecito temere l’impatto che la devoluzione delle controversie in esame avrebbe potuto avere sul Giudice del lavoro. È purtroppo ben noto che ormai da tempo, almeno nei grandi centri, i fondamentali principi della riforma del 1973 (concentrazione, oralità, immediatezza del processo) sono stati travolti da una massa ingestibile di contenzio-

* Avvocato dello Stato.



so - pur in larga misura ripetitivo -, tali da portare a tempi del processo assolutamente non consoni ad un Paese civile, ai limiti stessi della denegata giustizia; e le primissime esperienze di applicazione della recente l. n.89/2001 sul risarcimento del danno per l'eccessiva durata del processo ne sono già uno specchio eloquente. Ora, la mole di contenzioso che era destinata a ricadere sul Giudice ordinario (che, giova rammentare, ha sostanzialmente un grado di giudizio in più, quello di legittimità, rispetto al procedimento dinanzi al Giudice amministrativo) poteva fare legittimamente temere la pressoché completa paralisi del sistema giudiziario.

Di qui, in un primo tempo, i rinvii della concreta applicazione della riforma; in un secondo momento, nell'ambito di un disegno più ragionato e coerente, la scelta di privilegiare mezzi giustiziali alternativi rispetto al processo ordinario, con evidenti finalità "deflattive". Tra questi è l'arbitrato, che nel progetto del Legislatore doveva rivestire un ruolo essenziale, e che - sia pure tra non marginali incertezze, relative soprattutto alla concreta applicazione ed efficacia che lo strumento potrà avere - è stato oggetto di ripetuta considerazione, anche - ora - nella normativa contrattuale.

Si tratta, in realtà, di un orientamento che conferma definitivamente il mutamento di indirizzo rispetto alla tradizionale soluzione data al problema. L'arbitrato in materia di lavoro, infatti, è sempre stato guardato con sospetto, tanto che, come è noto, nella originaria previsione codicistica, era vietata la devoluzione ad arbitri di tale tipo di controversie, rendendosi di fatto possibile il solo ricorso all'arbitrato irrituale.

Con la riforma del 1973 si registrava un'inversione di tendenza, essendo riconosciuta l'ammissibilità di entrambe le forme arbitrali. Ma nel disposto del nuovo testo dell'art.808, co. II, cpc, regolante un'ipotesi di arbitrato rituale ("Le controversie di cui all'art.409 possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro, purché ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria. La clausola compromissoria è altresì nulla ove autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità ovvero dichiarare il lodo non impugnabile"), era ancora facilmente percepibile una aperta prevenzione nei confronti dello strumento: che era possibile solo se previsto dalla contrattazione collettiva, non obbligatorio, pronunciato necessariamente secondo diritto e sempre impugnabile davanti al Giudice ordinario (anche per violazione di contratti e accordi collettivi).

Finalmente, con la riforma del 1998, sono stati introdotti nel codice di rito gli artt.412 ter e quater, intitolati, rispettivamente, all'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi ed alla impugnazione ed esecutività del lodo arbitrale. L'arbitrato è oggi, quindi, uno degli strumenti che dovrebbe scongiurare la paralisi dell'attività giudiziaria, ed il ricorso allo stesso, contraria-

mente al passato, è oggetto di viva incentivazione.

In questa ottica va letto il Contratto Collettivo Nazionale Quadro in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato, concluso in data 23.1.2001 dall'ARAN e da numerose Confederazioni sindacali, accordo che, fin dall'epigrafe, richiama l'art.412 ter cpc, regolando pertanto, oramai incontestabilmente, una procedura arbitrale irrituale.

Siamo dunque in presenza del primo (e del più rilevante, attese la portata generale) di quegli "accordi collettivi nazionali" la cui esistenza costituisce presupposto necessario, ai sensi del richiamato art. 412 ter cpc, affinché sia concretamente percorribile la strada arbitrale. Come è agevole rilevare dalla lettura della norma, la disposizione pattizia deve stabilire in via generale una serie di indefettibili requisiti del procedimento arbitrale: ciò significa, sembra di intendere, che gli stessi non potrebbero essere utilmente posti dalla autonomia negoziale delle parti del contratto di lavoro, e che - in difetto di tale espressa previsione - l'esistenza di accordi non sarebbe sufficiente per scegliere la via alternativa alla cognizione del Giudice ordinario.

Orbene, occorre subito precisare che, come risulterà in prosieguo, sorge più di una incertezza in ordine alla piena conformità delle previsioni del CCNQ a quanto disposto dalle lettere da a) ad e) dell'art.412 ter cpc.

Facoltatività dell'arbitrato: art. 2

L'art.2 è intitolato alla facoltatività dell'arbitrato. Previsione, come già visto, in linea con i precedenti storici, e resa assolutamente necessaria dal costante orientamento della giurisprudenza della Corte Costituzionale, che in più casi, regolando fattispecie anche tra loro assai difformi (in materia di appalto di opere pubbliche, così come di controversie tra esercenti i magazzini generali e depositanti, per limitarsi ad alcuni esempi), ha ravvisato la incostituzionalità degli arbitrati cd. "obbligatori", che escludano, cioè, la facoltà di ciascun contraente di derogare anche unilateralmente alla competenza arbitrale (tra le ultime, cfr. Corte Cost., 24.7.98, n.328; Corte Cost., 11.12.97, n.381; Corte Cost., 9.5.96, n.152). Ciò è testualmente sancito dalla previsione, con la quale la norma pattizia esordisce, secondo la quale resta ferma la possibilità del "ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria", rispetto al quale la tutela fornita dall'arbitro costituisce "alternativa". Affinché la controversia sia definita in sede arbitrale è pertanto necessaria la volontà concorde delle parti. In realtà (v. infra, il commento all'art.6), per l'Amministrazione pubblica il ricorso all'arbitrato può essere in taluni casi obbligatorio, e costituisce comunque un canale da privilegiare (cfr., supra, il commento all'art.1).





Il contratto del gennaio 2001 introduce, per la prima volta nel nostro ordinamento (a quanto consta), la figura dell'arbitro unico. Si tratta di una scelta coraggiosa e innovativa, probabilmente dettata da "assonanza" con la ormai tradizionale composizione monocratica del Giudice del lavoro, ed ispirata sicuramente anch'essa da finalità di celerità nella individuazione del decidente e di snellezza del successivo procedimento (quale deriva, d'altro canto, dalla brevità dei termini imposti all'arbitro per la decisione), essendo intuitivi i vantaggi che sotto questo profilo sono ricollegabili al venir meno di tutti i problemi derivanti dall'organizzazione, dal funzionamento e dai costi stessi di un organo collegiale.

Pur tuttavia, la scelta operata suscita un duplice ordine di perplessità.

Sotto un primo profilo, la particolare natura delle posizioni giuridiche sottoposte al sindacato arbitrale e la consistenza degli atti posti in essere dalla Amministrazioni - datori di lavoro, ora, certamente "privati", ma, pur sempre, come dianzi si rammentava, portatori di interessi non egoistici, ma collettivi - avrebbero potuto giustificare l'esigenza di una maggior cautela e ponderazione nella decisione delle controversie. Ciò specie ove si ponga mente alla circostanza che l'atto conclusivo del giudizio - il lodo -, a differenza della sentenza di primo grado resa dal Giudice del lavoro, è impugnabile solo in limiti particolari e ristretti: il che avrebbe forse giustificato la conservazione dell'organo collegiale. Tuttavia sono, queste, considerazioni di puro merito.

Ma, sotto ulteriore profilo, gravi perplessità in relazione alla istituita figura dell'arbitro unico derivano anche dalla lettura dello stesso art.412 ter c.p.c.

Se, infatti, debole, in sé, appare l'iniziale riferimento agli "arbitri" cui può essere deferita "la risoluzione della controversia", di maggior peso sembra l'inequivoca previsione della struttura dell'organo arbitrale, laddove (comma I, lett.b) si fa riferimento alla "composizione del collegio arbitrale" ed alla "nomina del presidente e dei componenti", nonché nella menzione (comma II) di collegi arbitrali stabili.

Il punto sembra dunque richiedere un'ulteriore meditazione (ed un eventuale intervento correttivo), che potrà essere svolto allo spirare del periodo sperimentale biennale (v. infra, art.8), alla luce della concreta esperienza che sarà nel frattempo maturata, anche al fine di scongiurare eventuali impugnazioni dei lodi pronunciati per vizi di nullità.

Così illustrate le fondamentali previsioni dell'art.2 - con la sommarietà che non può non discendere dalla novità delle questioni e dall'attuale assenza di rilevanti applicazioni pratiche della normativa pattizia - restano da commentare due ulteriori disposizioni contenute nell'ultima parte dell'art.2, la cui collocazione, per verità, appare non facilmente comprensibile.



La prima disposizione cui si fa riferimento è quella della necessaria appartenenza dell'arbitro concordemente scelto "ad una delle categorie di cui all'art.5, co.4". Rinviando al commento di detta norma per l'individuazione delle categorie dalle quali può essere reclutato l'arbitro, basterà qui segnalare che i contraenti hanno inteso comunque delimitare - anche nel caso in cui l'arbitro non sia prescelto, per qualsiasi ragione, attingendo alle liste delle camere arbitrali stabili - i "requisiti soggettivi minimi" che l'arbitro designato deve possedere. Non, dunque, un quisque de populo potrà decidere le controversie in esame, ma un soggetto che, per l'esperienza professionale maturata, fornisca particolari garanzie di competenza, professionalità, imparzialità. Ciò che è evidentemente di particolare importanza laddove la decisione, da collegiale, è divenuta monocratica.

Estremamente importante appare, infine, la previsione dell'ultimo periodo dell'art.2, trattandosi dell'unica norma pattizia che detti disposizioni relativamente ai termini, le modalità e il contenuto dell'impugnazione del lodo arbitrale. "Per l'impugnazione del lodo", si afferma testualmente, "si applica l'art.412 quater c.p.c. e il comma 12 dell'art.4 del presente accordo". Ora, se il rinvio all'art.412 quater sarebbe stato presumibilmente agevolmente desumibile dal complesso del sistema normativo, lo stesso non sembra potersi necessariamente dire per la seconda indicazione contenuta nella norma.

Il primo dei due riferimenti chiarisce, al di là di ogni possibile residuo dubbio, la natura irrituale dell'arbitrato, atteso, tra l'altro, che la impugnazione dello stesso si propone ad un Giudice di primo grado (e non, come nella precedente redazione della norma, alla Corte d'appello). Al primo esame, appare tuttavia evidente l'assoluta peculiarità di questa impugnazione. Per un verso, infatti, come è proprio dell'arbitrato irrituale - avente natura "contrattuale" - è naturale che il lodo si impugni per i vizi della volontà, o, comunque, più in generale, per quei profili che incidano sulla "validità" della statuizione (non è, ovviamente, questa la sede per soffermarsi ulteriormente sul punto). Tuttavia, il richiamo all'art.4 co. 12 del CCNQ che si commenta (in ciò, sembra, potersi ritenere, in difformità da quanto previsto dal codice di rito) legittima la parte soccombente a censurare il lodo, in modo assai più ampio, anche per violazione di norme inderogabili di legge e di contratto collettivo. Valvola di sfogo, questa, ritenuta evidentemente necessaria ad almeno parziale garanzia contro il pericolo avvertito di pronunzie equitative inaccettabilmente contra legem ed a temperamento della potenziale portata delle decisioni sotto il profilo della disparità di trattamento.

Tutto ciò, considerato in una alla particolare struttura data alle impugnazioni del lodo, induce a temere, in questa sede di prima lettura, che il giudizio - in palese contrasto con lo stesso fine di celerità, così vivamente avver-

tito - abbia ampi margini per proseguire non solo dinanzi al Tribunale - con impugnazione, si ritiene, proponibile entro l'anno in difetto di notifica, o, addirittura, nei più lunghi termini propri delle impugnazioni del contratto per nullità/annullabilità -, ma anche dinanzi al Giudice di legittimità.



Designazione dell'arbitro: art. 3

L'art.3 del CCNQ è intitolato alla "designazione dell'arbitro", e regola minutamente il procedimento che porta alla individuazione del soggetto che deciderà la controversia: procedimento, attesi i suoi termini, caratterizzato dalla estrema speditezza.

Il primo comma regola sostanzialmente un'ipotesi di silenzio-rifiuto, in linea con la previsione dell'articolo precedente, che richiede la concorde volontà delle parti di compromettere la controversia in arbitri. La richiesta di accesso al giudizio arbitrale deve essere infatti comunicata alla controparte (di norma, resistente sarà l'Amministrazione datrice di lavoro) con raccomandata munita di avviso di ricevimento. L'atto, al fine di consentire una compiuta valutazione della res litigiosa, deve contenere - a somiglianza dell'atto introduttivo di un giudizio - l'esposizione dei fatti, della causa petendi e del petitum. In difetto di tali precise indicazioni si deve ritenere che la richiesta sia sostanzialmente inesistente, e priva di effetti.

Entro dieci giorni - deve assumersi, dalla ricezione - la parte intimata deve manifestare la propria disponibilità ad accettare il ricorso alla procedura arbitrale. In difetto di riscontro, non si può ritenere formato alcun accordo tacito, e l'arbitrato non può aver luogo. L'atto stragiudiziale così inviato conserverà, eventualmente, gli effetti sostanziali che ad esso possano in ipotesi ricollegarsi. Sembra tuttavia conforme allo spirito dell'accordo collettivo che si possa ritenere efficacemente prestato un consenso comunicato anche oltre il termine di dieci giorni. Come osservato nel commento agli artt.1 e 2, normalmente - e salvi casi particolari, nei quali potrà prevalere l'interesse pubblico, ad esempio, ad una definizione giudiziale di controversie di particolare delicatezza o alla decisione nella medesima sede di un più ampio numero di controversie tra loro analoghe -, l'Amministrazione dovrà agevolare il ricorso alla procedura arbitrale.

Anche una volta che la volontà delle parti si sia così manifestata, per così dire, sull'an del procedimento, è tuttavia possibile che l'arbitrato non abbia luogo. E ciò, anche per una sorta di *ius poenitendi* indirettamente riconosciuto alle parti stesse. Fino a quando non sia intervenuta la concreta individuazione della persona fisica designata a risolvere la controversia, infatti, i litiganti possono esplicitamente revocare il loro consenso (comma 2). Ma ciò

non basta: come subito si vedrà, esiste un'ulteriore ipotesi di dissenso che esclude la praticabilità della via arbitrale, attraverso una rinuncia per facta concludentia.

La concorde designazione dell'arbitro deve avvenire entro i successivi dieci giorni. È evidente che, ove si avveri questa ipotesi, nessun problema sorge, e si fa luogo all'arbitrato secondo le disposizioni procedurali di cui all'art.4. È tuttavia possibile prevedere che la particolare composizione monocratica dell'organo giudicante possa costituire un'ulteriore difficoltà a che si pervenga de plano a questa tranquilla soluzione. È noto infatti che, nei collegi arbitrali "tradizionali" (e negli stessi collegi istituiti per il tentativo obbligatorio di conciliazione), ciascuna parte nomina un pari numero di arbitri, che poi designano a loro volta un arbitro in posizione di terzietà in qualità di presidente (di norma un magistrato ordinario, amministrativo o contabile in servizio o a riposo). In altri casi il presidente è nominato da altro soggetto, comunque terzo (ad esempio, il Presidente del Tribunale locale). L'arbitro monocratico, invece, sia pur tratto da una rosa altamente qualificata, non potrà non suscitare - in taluni casi - la perplessità della parte cui venga proposto ex adverso. Si tratta di un prevedibile ostacolo, che rischia di inficiare la volontà di un massiccio ricorso all'arbitrato e che, ad avviso di chi scrive, dovrebbe trovare un correttivo, in sede di revisione dell'accordo alla scadenza biennale di validità, nella indicazione dell'arbitro unico da parte di un soggetto terzo già predeterminato.

Per superare l'impasse, allo stato, il CCNQ ha previsto un meccanismo alternativo, puntualmente regolato ai commi 2 e 3 della norma in commento. Nel già ricordato termine di dieci giorni, ove manchi l'accordo sul nome dell'arbitro, si procede a sorteggio tra i nominativi ricompresi nelle liste depositate presso le Camere arbitrali stabili costituite presso le Direzioni Generali del Lavoro. Già qui, però (cioè, in difetto di accordo) ciascuna delle parti può tout court "revocare il consenso ad attivare la procedura" e porre nel nulla quanto fin qui posto in essere. Sembra trattarsi di un vero e proprio diritto di recesso unilaterale. Ma anche intervenuta la designazione a sorte, le parti possono rifiutare l'arbitro designato: e ciò non solo per l'esistenza di rapporti di parentela o affinità (il che è perfettamente comprensibile, ed in linea con i tradizionali motivi di astensione e ricusazione del giudice), ma anche per "motivi ...di incompatibilità personale". Motivi che sono espressamente definiti dai contraenti il CCNQ "non sindacabili", secondo un'interpretazione che potrebbe trovare facile accoglimento, ciascuna parte potrebbe immotivatamente revocare per questa via, per così dire, indiretta, il consenso già prestatato alla procedura arbitrale.

È evidente che una lettura ampia della norma, tale da poter rendere di fatto residuale il ricorso all'arbitrato, appare tutto sommato coerente con l'in-





contestabile facoltà di recesso - in precedenza richiamata - che spetta incondizionatamente a ciascuna parte nell'ipotesi di mancato accordo sul nome dell'arbitro. Tuttavia, benché non si possano ignorare le legittime ed "innominate" ragioni che talvolta militeranno a sostegno del rifiuto della persona sorteggiata, sembra - anche per l'evidente favor dei contraenti nei confronti della procedura arbitrale - che possa suggerirsi una diversa lettura della previsione contenuta nel comma 3, pur sempre aderente al testuale disposto pattizio e sicuramente più conforme alla sostanziale volontà delle parti, tale da evitare la sostanziale inutilità di tutto il meccanismo così faticosamente costruito. Tuttavia è evidente che solo la concreta esperienza applicativa potrà fornire, sul punto, una risposta definitiva.

Orbene, giova partire dall'inconfutabile dato testuale secondo il quale, mentre la revoca del consenso in caso di mancata convergenza sul nome dell'arbitro di cui al comma 2 è indubitabilmente rimessa al puro "arbitrio" della parte, ciò non avviene, secondo il letterale disposto del comma 3, nella successiva fase, nella quale è intervenuta la individuazione dell'arbitro mediante il sorteggio. In questo caso, come si vedeva, una delle parti può sempre porre nel nulla la procedura arbitrale, ma - tralasciando l'ipotesi presumibilmente residuale del legame di parentela - solo per "motivi di incompatibilità personale". Ora, se pure gli stessi non sono sindacabili, per non privare di qualsiasi senso la disposizione (Che di "motivi" comunque parla), sembra sia comunque necessario che la parte ricusante invochi un (astratto) motivo di incompatibilità, specificamente individuato. In sostanza, a seguire questa interpretazione della volontà pattizia, non potrà svolgersi un sindacato sulla effettiva sussistenza dell'incompatibilità, ma la stessa dovrà comunque sussistere (per come prospettata) ed essere tale da non consentire obiettivamente (ove esistesse) un sereno giudizio da parte dell'arbitro. In via puramente esemplificativa, si potrebbe ipotizzare il caso di soggetto che ha rapporti di parentela con altro lavoratore che versa nella medesima situazione del ricorrente, ovvero dell'arbitro che ha espresso già il proprio avviso sulla fattispecie in altra sede. Ove il motivo di incompatibilità, per come prospettato dallo stesso eccipiente, apparisse palesemente immotivato, causidico e dilatorio, il rifiuto dovrebbe essere posto in non cale: con la inevitabile conseguenza della piena validità della designazione dell'arbitro e della possibilità di procedere nell'iter arbitrale.

Restano da commentare brevemente i commi 4 e 5 dell'art.3, che - tuttavia - non sembrano porre particolari problemi interpretativi.

Il comma 4, intervenuta la scelta dell'arbitro con uno dei meccanismi sopra richiamati, contempla l'accettazione da parte dell'arbitro stesso; è solo dopo quest'ultimo atto, con l'incardinamento dell'organo giudicante, che la fase preparatoria ha finalmente termine, e può avere inizio il procedimento



arbitrale vero e proprio. L'accettazione deve essere depositata presso la Camera arbitrale stabile entro i successivi cinque giorni "sotto pena di nullità del procedimento". Si tratta, evidentemente, di un vizio di costituzione del giudice, sul quale può certamente fondarsi l'impugnazione per nullità del lodo ai sensi dell'art.4 co.12; ma esso non pare giustificare anche un'autonoma actio nullitatis a termini di impugnazione scaduti, non costituendo un vizio di inesistenza del lodo (arg. anche ex art.829, n.2, c.p.c.). La brevità del termine per l'accettazione ed il favor per la procedura arbitrale inducono a ritenere che all'eccezione di nullità le parti possano rinunciare - trattandosi di diritto certamente disponibile - con espresso accordo successivo ad una eventuale accettazione tardiva.

Infine, il comma 5 stabilisce che l'arbitrato può svolgersi presso la Camera arbitrale regionale, ovvero presso l'Amministrazione di appartenenza del dipendente, secondo quanto concordato tra le parti. In difetto di accordo si deve ritenere che la sede dell'arbitrato debba essere fissata presso la Camera arbitrale. Tutto ciò evidentemente rileva ai fini degli adempimenti del procedimento partitamente indicati dall'art.4 (v. infra).

Controversie non deferibili: art. 7

L'art.7 ribadisce il carattere sperimentale dell'accordo, e rimette ai contratti collettivi di comparto e di area la possibilità di individuare particolari tipologie di controversie non deferibili al giudizio arbitrale.

È ipotizzabile che ciò possa avvenire, a titolo esemplificativo, per quelle controversie che non involgano unicamente valutazioni di fatto relative al singolo dipendente, ma che vadano ad incidere su atti organizzativi dell'Amministrazione. Va fin d'ora rilevato, tuttavia, che il riferimento a "tipologie di controversie" potrà essere, in concreto, tutt'altro che agevole. In difetto di una tale individuazione nessuna controversia può ritenersi esclusa dalla possibilità di soluzione in sede arbitrale.

Durata dell'Accordo: art. 8

Il CCNQ ha validità biennale, andando pertanto a scadere il 31.1.2003. Ciò, evidentemente, in dipendenza del suo più volte ribadito carattere sperimentale. Le parti intendono rivedersi allo spirare di detto termine, per appor-tare allo schema pattizio le modifiche migliorative che si saranno rivelate necessarie alla luce dell'esperienza maturata nel biennio. Fino alla scadenza continuerà ad operare l'organo costituito dall'art.1, la cd. "Cabina di regia",

che potrà in essere quelle attività di supporto e propedeutiche - si pensi, per tutte, fondamentale, alla formazione degli arbitri -, affinché lo strumento arbitrale si avvii ad operare con la celerità e l'efficacia che sono negli auspici delle parti contraenti.



I Profili Organizzativi

Paolo Matteini*



Gli artt. 1 e 5 e lo statuto della Cabina di Regia

Le novità dell'accordo quadro in materia di conciliazione e arbitrato sono molte e sono già state rilevate da vari osservatori: in primo luogo, la novità dello strumento per quanto concerne le controversie di lavoro e, in particolare, per quanto riguarda il settore coinvolto, il pubblico impiego, in cui non solo è recente il trasferimento della giurisdizione dalla giustizia amministrativa a quella ordinaria ma anche è del tutto carente una cultura su forme alternative al ricorso giudiziale.

In questa situazione, l'Aran e le Confederazioni sindacali si sono incaricate di dare forma e sostanza a questo nuovo istituto. In realtà, come è già stato osservato, l'accordo quadro è una novità in sé: non si può parlare di un semplice accordo in cui vi è un dare e avere fra le parti, un sinallagma contrattuale tipico. Attraverso la forma dell'accordo le due parti al tavolo cercano di far nascere e sviluppare il "bambino" arbitrato, come efficacemente definito da Umberto Romagnoli, cercando insieme di sviluppare un percorso in cui non c'è uno scambio fra le parti ma un sentire comune, un'aspettativa (o una speranza) di successo. Certamente una trattativa c'è stata ma non si può considerare sino in fondo la parte rilevante. Dal punto di vista delle parti al tavolo, l'accordo si potrebbe anche considerare non necessario: non investe il rapporto di lavoro (contenuto tipico dei contratti collettivi) ma aiuta solo la risoluzione delle controversie. È semmai, un servizio, un'opportunità per migliorare lo stato della giustizia, in particolare del lavoro. È un modo alternativo per risolvere le controversie ma anche una via per intervenire, almeno per quanto riguarda la conciliazione, nello stesso svilupparsi della gestione del rapporto prima di arrivare ad una vera e propria fase contenziosa.

Questa attività di servizio da parte dell'accordo si può notare, per esempio, nella definizione della fase necessaria conciliativa, che si pone come

* Dirigente Ufficio Studi Giuridici ed Analisi della Contrattazione Integrativa- ARAN

aiuto alla conciliazione obbligatoria presso le direzioni provinciali del lavoro definita dall'art. 66 d.lgs. 165/2001 (ormai in serie difficoltà soprattutto di carattere organizzativo).

La peculiarità di questo accordo si può riscontrare soprattutto in questa semplice osservazione ossia che, in genere, l'impegno degli accordi sindacali si esaurisce nella stipula degli stessi. Dopo la stipula, la concreta applicazione sarà compito dei datori di lavoro, dei lavoratori, eventualmente dei giudici per i problemi contenziosi ed applicativi. Le parti stipulanti avranno un compito di supervisione, di "garanzia" del rispetto dell'accordo, eventualmente di gestione "politica" sulle tendenze che andranno via via delineandosi nella fase applicativa ma la loro attività più rilevante si sarà conclusa e riprenderà solo in fase di rinnovo.

Invece, nel caso di questo accordo quadro, si può affermare che l'attività continua ed è forse ancora più rilevante, almeno per quanto riguarda la gestione pratica.

In realtà, la cabina di regia, al di là della sua attività interna (regolamento di organizzazione, nomina del coordinatore ecc.) ha provveduto e sta provvedendo ad attività estremamente rilevanti.

In primo luogo si sono date alcune indicazioni al Ministero del Lavoro per l'emanazione di circolari alle proprie direzioni regionali per l'attivazione e la gestione delle Camere arbitrali stabili. Il Ministero, poi, nella sua autonomia, ha provveduto ad emanare le citate circolari.

Successivamente, la cabina di regia è stata impegnata nella formazione di una lista provvisoria di arbitri. Sulla base dell'accordo quadro, possono essere arbitri i professori e i ricercatori confermati in diritto del lavoro e delle relazioni industriali, i professionisti (avvocati, consulenti del lavoro ecc.) e gli ex magistrati, oltre a soggetti che abbiano superato corsi specifici di formazione arbitrale (di cui si dirà).

La scelta non è stata facile, in considerazione del fatto che uno strumento di tale portata necessita di soggetti in grado di esercitare la loro funzione con equilibrio, imparzialità e competenza. Le spinte opposte, potevano spingere verso la scelta di persone "fedeli" a questa o quella posizione. Con fatica si è però riusciti a compilare una lista equilibrata in grado di garantire un buon livello arbitrale che possa dare fiducia alle parti ancora timorose della novità.

Altra questione delicata è stata quella delle tariffe applicabili agli arbitri.

La novità introdotta dall'accordo quadro è relativa al principio di legare le spese, senza possibilità di compensazione, alla soccombenza. L'accordo quadro non disponeva di fondi autonomi per il pagamento degli arbitri (e non poteva riversare sulle pubbliche amministrazioni rappresentate dall'Aran tutti i costi, con probabili effetti di ampliamento abnorme del contenzioso).



Non a caso, si è dovuto provvedere ad accollare le spese di segreteria alle Camere arbitrali stabili o alle Amministrazioni presso cui si svolge la procedura, mentre, per quanto concerne le indennità dovute agli arbitri, la cabina di regia ha dovuto stabilire dei “quantum” certo non esosi e sicuramente inferiori alle tariffe professionali

Questo, peraltro, è anche uno degli elementi che hanno pesato sulla scelta dell’arbitro unico. Ovviamente, da parte del lavoratore, sarebbe risultato fortemente disincentivante dover pagare indennità rapportate non ad un solo arbitro ma ad almeno tre.

Un’altra ragione a favore dell’arbitro unico, sia detto per inciso, è relativa a fattori di semplificazione. Per usare le parole di Domenico Borghesi: “Non è comunque detto che la scelta dell’arbitro unico abbia necessariamente segno negativo, non foss’altro perché elimina quella perenne fonte di ambiguità che è l’arbitro nominato dalla parte, il quale, troppo spesso, soprattutto nelle controversie di lavoro, si comporta come arbitro “di parte”. La qual cosa finisce per trasferire all’interno dell’organo giudicante il meccanismo del contraddittorio che, invece, sarebbe meglio ne restasse al di fuori e fosse affidato alle parti e ai loro difensori”.

Ultimo e, forse, più qualificante prodotto dell’attività di “accompagnamento” allo sviluppo dello strumento conciliativo e arbitrale, è la definizione di corsi di formazione arbitrale.

Questo obiettivo, fortemente voluto da Umberto Romagnoli, ha le sue ragioni nella considerazione, semplice e nello stesso tempo impegnativa, che non esistono professionalità specifiche nel campo della attività di conciliazione e di arbitrato nelle controversie di lavoro. La capacità di conciliare le parti (oltre che, ovviamente, di emanare lodi giuridicamente ineccepibili) è una capacità rara e particolarmente significativa. Implica grande conoscenza della materia in discussione, grandi capacità di relazione e psicologiche, valutazione ponderata degli effetti e delle possibilità insite nella proposta conciliativa. Si deve ricordare che i funzionari delle direzioni provinciali del lavoro, per esempio, solo dal d. lgs. n. 80 del 1998 hanno sviluppato una competenza in materia conciliativa con poteri di proposta. Precedentemente, nella fase conciliativa facoltativa del settore privato, molta attività di tipo transattivo era sostanzialmente svolta dagli avvocati di parte (ma è attività parzialmente diversa) mentre le direzioni provinciali svolgevano un ruolo in massima parte di legittimità (sulla validità della conciliazione, sulla disponibilità del diritto ecc.).

Ora la richiesta è molto diversa, l’attività è più pregnante e significativa oltre che collegata alla altrettanto impegnativa attività arbitrale successiva.

Per questi motivi la cabina di regia ha sviluppato un progetto formativo particolarmente significativo che, dopo un iter un po’ farraginoso, è stato





approvato dal Dipartimento della Funzione Pubblica e trasfuso in una convenzione fra Dipartimento e Formez. Inizieranno quindi dei corsi-pilota in alcune Università italiane che porteranno alla formazione di circa 175 arbitri. Sarà un momento particolarmente significativo per formare non solo soggetti in grado di svolgere un delicato compito ma anche una cultura in grado di diffondersi e di diffondere fiducia e credibilità nei confronti di questi nuovi strumenti.

È necessario crederci, tenendo conto che lo sviluppo massiccio dell'arbitrato non è dietro l'angolo ma necessita di impegno, fiducia e attenzione costante. Non è facile in Italia, in cui si oscilla fra una fideistica attribuzione di poteri salvifici alle leggi (o ai contratti) salvo poi diffondere scetticismo senza mai chiedersi se strutture, persone, risorse siano mai state messe a disposizione di nuovi strumenti e di nuovi percorsi.

Ovviamente sono visibili molti problemi: strutture scarse, difficoltà organizzative, procedure farraginose (penso ai rapporti non facili, non sempre collaborativi, tra Camere arbitrali e arbitri), mancanza di fondi, contrattuali e non, da destinare all'arbitrato, ma i primi lodi emessi dimostrano quanto sia importante e significativa la competenza giuridica ma anche la celerità nel giudicare.

Il procedimento dinanzi all'arbitro: a) fase conciliativa

Gianpiero Profeta*



L'art. 412 ter c.p.c. introduce la disciplina dell'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi, chiarendo la necessità, anche nel caso in cui le parti abbiano deciso di deferire ad arbitri la soluzione della controversia, di esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

La formulazione letterale della norma non lascia spazio a questioni interpretative in quanto testualmente afferma che: “Se il tentativo di conciliazione non riesce o comunque è decorso il termine previsto per l'espletamento, le parti possono concordare di deferire ad arbitri la risoluzione della controversia ...”

Procedendo ad una applicazione rigorosa della norma citata si dovrebbe ritenere che il previo svolgimento del tentativo di conciliazione è, così come nel caso di devoluzione della controversia al giudice del lavoro, condizione di ammissibilità della compromissione ad arbitri e di procedibilità del giudizio arbitrale. L'articolo in questione, infatti, pospone, sia logicamente che temporalmente, all'esperimento infruttuoso del tentativo di conciliazione, il momento in cui le parti possono concordare di deferire la controversia ad arbitri.

Questa lettura della norma trova ulteriore conferma nella sua collocazione nel codice di seguito alla disciplina del tentativo di conciliazione e delle condizioni di procedibilità della domanda (articoli da 410 a 412-bis c.p.c.).

Il contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedura di conciliazione ed arbitrato non ha seguito l'interpretazione dell'art. 412 ter c.p.c. prospettata ed ha previsto, quando il tentativo di conciliazione non sia già stato esperito ai sensi dell'art. 69-bis del d.lgs. n. 23/1993 (ora art. 66 del t.u. sul pubblico impiego), lo specifico obbligo per l'arbitro di espletare “un tentativo di conciliazione che sostituisce e produce i medesimi effetti di quello previsto dall'art. 69 bis d.lgs. n.29/93 (ora art. 66 d.lgs. n.165 del 2001)¹.”

Evidentemente le parti firmatarie del CCNQ hanno ritenuto che la

* Avvocato lavorista.

1. (testo unico sul pubblico impiego)

disposizione dell'art. 412 ter c.p.c. andasse integrata con la previsione dell'art. 69 d.lgs. n. 23/1993 (ora art. 65 t.u.).

Questa norma, infatti, afferma che il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. può essere svolto con le procedure dei contratti collettivi oltre che davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 66. Il CCNQ, in forza della "delega" contenuta nel richiamato art. 65, ha introdotto un'ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione affidato all'arbitro alternativo rispetto a quello previsto dall'art. 66 del t.u. e dagli altri CCNL.

Questa scelta lascia perplessi perché, se pure è giustificabile attraverso il passaggio sopra accennato, introduce un'ipotesi in contrasto con la scelta operata dal legislatore con gli artt. 69 e 69 bis del d.lgs. n. 29/1993 (introdotti dal d.lgs. n. 80/1998) di affidare il tentativo di conciliazione preventiva ad un soggetto diverso da quello cui è affidata l'eventuale fase contenziosa.

Nella ipotesi introdotta con il CCNQ il tentativo preventivo di conciliazione è affidato allo stesso soggetto che sarà chiamato a giudicare in caso di fallimento del tentativo anzidetto. Il momento che più risente di questo accorpamento di funzioni è l'esame della proposta che l'arbitro è tenuto a formulare ai sensi del comma 6 dell'art. 4 del CCNQ. La parte che rifiuterà la proposta dell'arbitro, decidendo di affrontare il giudizio, si troverà ad essere giudicata da chi con la formulazione della proposta ha già, inevitabilmente, manifestato un orientamento sulla questione dibattuta.

Non va poi trascurato il rilievo che l'art. 66 del t.u., al quale senza dubbio fa riferimento la disciplina del tentativo di conciliazione operato dall'arbitro, assegna alla proposta del collegio di conciliazione, tanto che, al comma 7, è previsto che nel successivo giudizio sono acquisiti i verbali concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito e che il giudice valuta il comportamento delle parti nella fase conciliativa ai fini del regolamento delle spese.

Il CCNQ prevede che il tentativo di conciliazione esperito in sede di arbitrato produce gli stessi effetti di quello previsto dall'art. 69 bis d.lgs. n. 29/1993 (art. 66 t.u.).

Deve ritenersi, pertanto, che il tentativo esperito dall'arbitro (il suo inizio con il deposito presso la sede dell'arbitro della documentazione) interrompe la prescrizione e, per la durata del tentativo, sospende, sino ai venti giorni successivi alla conclusione, ogni decadenza. Tale effetto si ricollega, infatti, al tentativo esperito ex art. 69 bis in virtù del richiamo all'art. 410 c.p.c. contenuto ivi contenuto.

Dalla equiparazione degli effetti tra i due tipi di conciliazione si trae l'ulteriore conseguenza che, in caso di estinzione del giudizio arbitrale (ad esempio nel caso di cui al comma 9 dell'art. 4 del CCNQ), se la fase della con-



ciliazione è stata svolta non sarà necessario ripeterla per iniziare un giudizio ordinario dovendosi ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità richiesta dall'art. 412 bis c.p.c.

L'art. 4 del CCNQ disciplina (commi da 3 a 8) lo svolgimento della procedura di conciliazione nell'ambito del procedimento arbitrale qualora questa non si sia già svolta ai sensi dell'art. 66 d.lgs. n. 165/2001.



Il 3° comma

Il tentativo di conciliazione deve essere preceduto dal “deposito presso la sede dell'arbitro² 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 diritto.”

La prima parte del terzo comma deve interpretarsi, ampliandone la stringata portata letterale, nel senso che l'istante (dipendente o amministrazione) deve depositare presso la sede dell'arbitro una memoria contenente l'esposizione completa dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della domanda ed i documenti a sostegno della fondatezza della pretesa.

In tale memoria dovranno essere indicati tutti gli elementi necessari ai fini dell'identificazione del petitum e della causa pretendi dell'azione intrapresa.

Con molta approssimazione poi la norma pone ad esclusivo carico dell'amministrazione il deposito di una memoria difensiva, non considerando l'ipotesi in cui l'amministrazione è parte istante del procedimento arbitrale e non convenuta. Deve, pertanto, riferirsi l'onere di depositare la memoria difensiva, in senso più generale, alla parte “convenuta”.

Con la memoria difensiva la parte convenuta deve prendere posizione in maniera precisa su tutto quanto affermato dall'istante e, aggiungiamo, sulla documentazione da quest'ultimo prodotta, proponendo, altresì, tutte le difese in fatto e diritto. Con il deposito delle memorie si determina ed individua la materia del contendere. Infatti, il successivo comma 8° sancisce l'inammissibilità della proposizione di fatti e ragioni ulteriori rispetto a quelle dedotte nella fase conciliativa e risultanti dal processo verbale di mancata conciliazione. La norma è in linea con quella giurisprudenza che ha ritenuto vi debba essere necessariamente identità tra l'oggetto del giudizio e quello del

2. (CCNQ 23/1/2001, art. 3 comma 5)

tentativo di conciliazione, al fine di poter ritenere procedibile la domanda giudiziale.

Dalla lettura combinata dei commi 3 ed 8 dell'art. 4, deriva l'ulteriore conseguenza che, nel caso si condivida l'orientamento di coloro che ritengono proponibile nel giudizio arbitrale la domanda riconvenzionale, il momento in cui la domanda deve essere proposta necessariamente coincide con il deposito delle memorie in sede di conciliazione.

Il comma 3 scandisce i termini entro i quali deve esaurirsi la fase della conciliazione, fissando in dieci giorni dalla accettazione della designazione da parte dell'arbitro, il termine concesso all'istante per il deposito di memoria e documenti ed in venti giorni il termine concesso al convenuto per il deposito di memoria difensiva.

Non oltre il trentesimo giorno dalla data in cui l'arbitro ha accettato la designazione dovrà aver luogo la comparizione "personale" delle parti dinanzi all'arbitro.

Le parti dovranno comparire personalmente a differenza di quanto previsto nel procedimento ex art. 66 d.lgs. n. 165/2001 che prevede semplicemente la comparizione delle parti, e quindi anche di chi le rappresenta tecnicamente³. In conseguenza di tale differente previsione il dipendente che non compaia personalmente dovrà farsi rappresentare conferendo al rappresentante mandato speciale nelle forme di legge. Analogamente deve dubitarsi che il rappresentante dell'amministrazione, qualora non sia il soggetto munito ex lege di tale potere⁴, possa comparire con una delega informale. L'opzione seguita dal CCNQ (comparizione personale) fa presumere che le parti stipulanti abbiano voluto ricalcare la disciplina dettata dai primi due commi dell'art. 420 c.p.c. riguardo la comparizione delle parti.

I commi 4, 5 e 6

L'arbitro oltre a dare impulso alla procedure di conciliazione deve adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo.

Se la conciliazione riesce l'arbitro ne redige processo verbale che, ai sensi dell'art. 411 c.p.c., dovrà essere sottoscritto dalle parti e dall'arbitro che certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità a sottoscrivere.

L'accordo raggiunto costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art.411

3. (CCNQ art. 4 comma 10, le parti possono farsi assistere, a proprie spese, da esperti di fiducia)

4. (il dirigente dell'ufficio dirigenziale generale ex art. 16, lett. f, d.lgs. n. 165/2001)



c.p.c. ed è inoppugnabile ex art. 2113 c.p.c., ultimo comma.

Il verbale viene trasmesso tempestivamente a cura dell'arbitro alla camera arbitrale stabile.

Nel caso in cui il tentativo di conciliazione non sia riuscito l'arbitro formulerà una proposta conciliativa comprensiva di ogni costo (compenso dell'arbitro).

Analogamente a quanto accade per la conciliazione della lite nell'ambito della procedura di cui all'art. 66 d.lgs. n. 165/2001, l'adesione alla proposta transattiva da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione non può dar luogo a responsabilità amministrativa.



I termini

L'articolo in commento fissa i termini entro i quali le varie attività del tentativo di conciliazione devono essere compiute ed il termine entro il quale il tentativo di conciliazione deve esaurirsi.

È opportuno indagare quale sia la natura di tali termini e quale sia la conseguenza della loro inosservanza da parte dei soggetti onerati, dando spunto ad una riflessione che nella fase di attuazione della procedura prevista si renderà necessaria.

Per quanto concerne il primo termine della procedura che è quello assegnato all'istante di depositare documentazione contenente l'esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa entro il decimo giorno dalla accettazione della designazione da parte dell'arbitro, ritengo lo si possa qualificare come perentorio e ragionevolmente sostenere che la inosservanza comporta l'estinzione dell'intero procedimento arbitrale, sia per analogia rispetto alle ipotesi di inattività della parte nel processo del lavoro, sia perché rende impossibile l'osservanza dei termini successivi da questo dipendenti e lede il diritto di difesa del convenuto.

I termini sono infatti scanditi in modo da consentire la difesa del convenuto che ha a disposizione dieci giorni dal deposito da parte dell'istante (ricordiamo che le parti non possono proporre fatti ulteriori nella successiva fase di trattazione), e di esperire nel termine massimo di quaranta giorni il tentativo di conciliazione.

Nel caso di inosservanza del termine da parte del convenuto l'arbitro non oltre il trentesimo giorno dalla data dell'accettazione della designazione dovrà ugualmente fissare la comparizione personale delle parti. Non si individuano motivi per ritenere impedita per il convenuto la possibilità di depositare la propria memoria successivamente alla scadenza del termine dei venti giorni e comunque sino all'udienza di comparizione personale delle

parti. Da tale momento in poi inizia l'attività dell'arbitro in funzione di conciliatore per cui questi riuscirà nell'intento di conciliare le parti o redigerà il verbale negativo fissando la data della trattazione.

Da questo momento in poi il convenuto, in considerazione della previsione di cui al comma 8, non potrà svolgere ulteriore attività difensiva introducendo fatti e ragioni in precedenza non prospettati. L'inosservanza del termine per la conclusione del tentativo di conciliazione non sembra avere apprezzabili conseguenze.

Il CCNQ, infatti, quando ha voluto sottolineare la perentorietà dei termini assegnati all'arbitro lo ha fatto con specifica disposizione⁵.



5. (vedi il comma 15 dell'art. 4 che stabilisce che nulla è dovuto all'arbitro nel caso che non rispetti, per causa a lui imputabile, i termini fissati dall'art. 11 dello stesso articolo)

Il procedimento dinanzi all'arbitro: b) fase contenziosa

Giustina Noviello*



La procedura

La procedura arbitrale trova la sua regolamentazione negli artt.3 e 4 dell'accordo-quadro.

Prima tappa di tale procedura è la domanda di arbitrato, che va fatta mediante una “sommatoria prospettazione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa”, da comunicare alla controparte con raccomandata con a.r. (art.3, co.1).

Entro dieci giorni (dalla ricezione di tale domanda), la controparte deve comunicare, sempre con raccomandata con a.r., la propria disponibilità ad accettare la richiesta di compromesso arbitrale. Quindi, entro i successivi dieci giorni - che dobbiamo ritenere decorrenti sempre dalla ricezione di questa seconda comunicazione, trattandosi di atti recettizi -, le parti devono provvedere alla designazione dell'arbitro unico.

Questa designazione, oppure, in caso di mancato accordo, mediante estrazione a sorte nell'ambito della lista regionale dei soggetti designabili, a cura della segreteria della camera arbitrale.

L'art.3 disciplina, quindi, la possibilità di rifiutare l'arbitro designato (in caso di rapporti di parentela o affinità entro il quarto grado con la controparte o per motivi di incompatibilità personale) e prevede un meccanismo di rinuncia all'arbitrato (in caso di doppio rifiuto consecutivo). In proposito, va evidenziato che, in materia di arbitrato disciplinare, l'art.6, co.2, dell'accordo-quadro ha limitato la facoltà di rinunciare all'arbitrato alla sola parte ricorrente, escludendo la stessa facoltà in capo all'amministrazione-resistente, salva l'ipotesi in cui la sanzione impugnata sia un licenziamento.

Designato l'arbitro, il relativo atto di accettazione dell'incarico va depositato, a cura delle parti, presso la segreteria della camera arbitrale stabile, entro cinque giorni dalla designazione, "a pena di nullità del procedimento". Quest'ultimo atto, da compiere entro il predetto termine breve e perentorio, segna il consoli-

* Avvocato dello Stato, docente presso la Scuola superiore dell'economia e della finanza

damento della scelta di compromesso arbitrale della controversia.

Quindi, una volta attivato il procedimento, il successivo art.4 prevede anzitutto lo svolgimento obbligatorio del previo tentativo di conciliazione, da effettuare alternativamente dinanzi ai collegi di conciliazione istituiti presso le D.P.L. oppure direttamente dinanzi all'arbitro.



34

Nel primo caso, entro il decimo giorno dall'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro, la parte istante deve depositare presso la sede dell'arbitrato¹ la documentazione contenente una completa prospettazione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa ed entro il ventesimo giorno dalla stessa data il resistente deve depositare la memoria difensiva, in cui prende posizione sui fatti dedotti dal ricorrente e propone tutte le sue difese. Quindi, entro il trentesimo giorno (sempre dall'accettazione), si deve svolgere la prima udienza di trattazione effettiva.

Invece, nel secondo caso, non essendo stata attivata la procedura conciliativa dinanzi al collegio ex art.66 cit., è necessario espletare il tentativo dinanzi all'arbitro. A tal fine, entro gli stessi termini (di dieci, venti e trenta giorni dalla data di accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro), le parti devono svolgere gli stessi incombeni (deposito della prospettazione attorea e della memoria di parte resistente), salva l'effettuazione - nella prima udienza - della comparizione personale ai fini del tentativo di conciliazione che, ai sensi dell'art.4, co.3, deve esaurirsi entro dieci giorni dalla data della prima comparizione.

In caso di esito positivo, si redige processo verbale della conciliazione ai sensi e per gli effetti dell'art.411, commi 1 e 3, c.p.c. e l'arbitro deve trasmettere tale atto alla camera arbitrale.

Invece, nel caso in cui le parti non raggiungano l'accordo, l'art.4, co.6 - in analogia a quanto previsto dall'art.66, d.lgs.n.165 del 2001, per il collegio di conciliazione - dispone che sia l'arbitro a formulare una proposta conciliativa. Nel caso in cui anche tale proposta non sia accettata, l'arbitro fisserà la prima udienza per la trattazione della causa.

Quindi, nei commi da 8 a 15, è contenuta una serie di disposizioni relative allo svolgimento della procedura arbitrale.

Importante è, anzitutto, la norma - co.8 -, che prevede la declaratoria di inammissibilità di fatti e ragioni ulteriori rispetto a quanto risultante dal verbale della mancata conciliazione, salvo che l'arbitro non ritenga giustificata la tardività sulla base di circostanze sopravvenute oggettivamente documentabili. Questa norma, in combinato disposto con la parte del comma 2 che, per l'ipotesi di conciliazione dinanzi all'arbitro, prevede l'onere per entrambe le parti di

1. Ricordando che, in base all'art.3, co.5, dell'accordo, le parti possono scegliere come sede dell'arbitrato la camera arbitrale, oppure la sede dell'amministrazione di appartenenza, previa comunicazione alla camera arbitrale.

prospettare in modo completo la propria tesi difensiva, e con l'analoga previsione contenuta nel comma 3 per l'ipotesi in cui invece il tentativo di conciliazione vada espletato dinanzi allo stesso arbitro, è in linea con quella giurisprudenza che, in relazione ai giudizi ordinari ex artt.413 e ss. c.p.c. successivi alle conciliazioni dinanzi ai collegi ex art.66 cit., ha affermato la necessaria identità tra l'oggetto del giudizio e l'oggetto dell'istanza di conciliazione - cfr. Trib. Roma (ord.) 18 giugno 1999. La questione della necessaria identità tra l'oggetto della conciliazione e quello del successivo giudizio è però complicata, in materia di arbitrato, dalla circostanza che la disciplina dell'accordo-quadro ha trascurato completamente l'ipotesi in cui l'amministrazione resistente formuli una domanda riconvenzionale, così come per l'ipotesi in cui il tentativo non sia stato espletato - ha ommesso di richiamare l'art.69, co.3, d.lg.n.29 del 1993 che prevede la sospensione del giudizio, né ha comunque previsto un analogo potere in capo all'arbitro. Sul punto, la dottrina ha affermato che "il momento in cui deve essere definita la materia del contendere non può coincidere con il momento in cui si dà l'avvio alla procedura con una generica determinazione dell'ambito della controversia ...ma con quello in cui la domanda va formulata in modo compiuto". Questa tesi è sostanzialmente condivisibile, nel senso che, partendo dal presupposto che l'accordo-quadro ha dimenticato di disciplinare l'ipotesi della domanda riconvenzionale - e, di conseguenza, ha ommesso ogni riferimento alla necessità o meno del previo tentativo-, va considerato che la domanda di arbitrato deve contenere solo una "sommaria" prospettazione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa (art.3, co.1), mentre la "completa" esposizione fa effettuata in un secondo momento (art.4, commi 2 e 3), quando anche la parte resistente deve depositare la memoria con cui prende posizione in modo preciso sui fatti dedotti dal ricorrente ed articola tutte le proprie difese.

È previsto, poi, uno strumento simile al giudizio incidentale ex art.64, d.lgs.n.165 del 2001, per la risoluzione di questioni pregiudiziali concernenti l'efficacia, la validità o l'interpretazione di una clausola contrattuale. Il co.9, infatti, dispone che, qualora l'arbitro ravvisi la sussistenza di una questione del genere, rilevante ai fini della decisione della controversia, "ne informa le parti e sospende il procedimento". Le parti, quindi, possono scegliere di far risolvere tale questione all'arbitro, dichiarando per iscritto, entro dieci giorni (dalla comunicazione effettuata dall'arbitro), "di rimettere la questione all'arbitro e di accettarne la decisione in via definitiva". In caso contrario, il procedimento si estingue.

Per quanto riguarda l'istruttoria, è prevista la possibilità di escutere testi e di disporre l'esibizione di documenti. Per la decisione, poi, è stabilito il termine di sessanta giorni, prorogabile di trenta con il consenso delle parti, a far data dalla prima udienza di trattazione. Quindi, il lodo va comunicato, entro dieci giorni dalla sottoscrizione, mediante raccomandata con a.r.



Infine, per quanto riguarda le spese della procedura, è stabilito - con una norma che potrebbe rendere poco appetibile la via arbitrale - che le spese per l'attività defensionale sono a carico di ciascuna delle parti che le ha sostenute, mentre le indennità spettanti all'arbitro, nella misura prevista dalla cabina di regia, vanno liquidate secondo la regola della soccombenza.



L'esclusione del giudizio secondo equità

Il co.12 dispone che “nel giudicare gli arbitri sono tenuti all'osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo”. Questa previsione è molto importante, dal momento che la sua formulazione sembra escludere la possibilità che l'arbitro unico giudichi secondo equità.

A proposito di equità, dobbiamo ricordare che il d.lgs.n.80 del 1998, nell'introdurre gli artt.412-ter e 412-quater, ha contestualmente abrogato (all'art.43) i commi secondo e terzo dell'art.5, l.11 agosto 1973 n.533, sulla impugnazione dei lodi irrituali del lavoro - che prevedevano l'invalidità del lodo in caso di violazione di disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, e l'impugnabilità del lodo nel termine di sei mesi -. L'abrogazione del secondo comma dell'art.5, in particolare, ha reintrodotto la possibilità di un arbitrato irrituale equitativo. Ciò premesso, la circostanza che l'accordo-quadro in esame contenga una previsione - quella dell'art.4, co.12 - analoga a quella dell'abrogato art.5, co.2 l.n.533 del 1973, non può che significare la diversa volontà pattizia di non consentire - nel settore di applicazione dell'accordo-quadro, e quindi nell'area del pubblico impiego cd. privatizzato - un arbitrato di tipo equitativo.

Ciò posto, al fine di individuare la normativa - legale o pattizia - inderogabile, va considerato che la formulazione adoperata è identica a quella dell'art.2113 cod.civ. (ovvero, la norma che disciplina rinunzie e transazioni in materia di lavoro) e che, con riguardo a tale norma, la dottrina laburista ha sempre sostenuto che, trattandosi di diritti del lavoratore (parte debole del rapporto), la regola è l'inderogabilità della disciplina - sia legale che contrattuale - di settore, salvo la rigorosa prova del contrario .

Tipici diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili sono, ad esempio, il diritto alla retribuzione, il diritto all'indennità di anzianità commisurata all'intera durata del rapporto, il diritto alla maggiorazione del compenso per lo svolgimento di lavoro straordinario, il diritto alle ferie, il diritto al riposo domenicale, il diritto al preavviso. In caso di giudizio secondo equità, l'arbitro potrebbe derogare a tali principi, ritenendo ad esempio, legittimo, per le concrete modalità attuative, il godimento del riposo settimanale in un giorno feriale, anziché di domenica. Qualora, invece, - come sosteneva-

mo appunto nel caso dell'accordo-quadro in commento - non sia ammissibile un giudizio secondo equità, una decisione del genere sarebbe erronea.

L'impugnazione del lodo: vizi e termini



La norma appena commentata, relativa all'esclusione del giudizio secondo equità, è richiamata nella parte finale dell'art.2 dello stesso accordo, ove è previsto che “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”.

Per comprendere appieno il significato di questa importante previsione, è necessario compiere un piccolo passo indietro e ricordare che il predetto accordo-quadro trova la sua fonte nell'art.412-ter c.p.c., introdotto - unitamente al successivo art.412-quater - dal d.lgs.n.80 del 1998, norme entrambe subito modificate dal d.lgs.n.387 del 1998 (art.19), a causa dell'incredibile indecisione del legislatore su un punto nodale dell'istituto: la natura rituale o irrituale dell'arbitrato.

Infatti, questa nuova figura di arbitrato del lavoro, come disegnata dal d.lgs.n.80 del 1998 (art.39), era chiaramente di tipo rituale, essendo prevista in modo espresso l'impugnabilità del lodo dinanzi alla corte d'appello, in funzione di giudice del lavoro, per i vizi di violazione di legge e difetto di motivazione (tipici, appunto, del gravame relativo a lodi rituali).

Con tale previsione, il legislatore del d.lgs.n.80 aveva probabilmente inteso evitare i difetti dimostrati dalla recente esperienza dei collegi arbitrali di disciplina ex art.59, commi 7, 8 e 9 del d.lgs.n.29 del 1993, in considerazione della tesi della natura irrituale del relativo arbitrato affermatasi nella giurisprudenza amministrativa (e, peraltro, smentita dalla Suprema Corte) sul punto, si rinvia al commento all'art.6, par.2.

Ma il legislatore, come accennato, è subito tornato sui propri passi, modificando in modo significativo le norme in questione (art.19 del d.lg.n.387 citato).

Di conseguenza, oggi il nuovo arbitrato del lavoro previsto dall'art.412-ter c.p.c. è senza dubbio irrituale, essendo così espressamente definito nella nuova rubrica di tale articolo ed essendone prevista, dal successivo art.412-quater c.p.c., l'impugnabilità dinanzi al tribunale lavoro, senza l'indicazione dei vizi, tipici dell'arbitrato rituale, previsti nella precedente formulazione della norma.

Tornando, quindi, alla previsione contenuta nella parte finale dell'art.2 dell'accordo, ed al collegamento ivi effettuato tra l'art.412-quater c.p.c. ed il comma 12, art.4, dell'accordo stesso, vanno evidenziati due aspetti delicati relativi all'impugnazione della decisione arbitrale: quello dei vizi deducibili

e quello dei termini per il gravame.

Sotto il primo profilo, va considerato che, proprio in base all'esclusione di un giudizio di tipo equitativo, ricavabile dall'art.4, co.12, cit., il lodo dell'arbitro unico è impugnabile, anzitutto, per violazione di norme inderogabili di legge o di contratto.

Al di fuori di tale ipotesi, però, questo lodo, essendo irrituale, si sottrae ad ogni indagine sul giudizio di fatto e di diritto (dispositivo) compiuto dall'arbitro e, in quanto atto di autonomia privata, è impugnabile esclusivamente con l'azione ex art.2113 c.c., con l'azione di nullità ex art.1418 c.c. e con l'azione di annullamento per incapacità delle parti e degli arbitri (art.1425 c.c.) o per vizi del consenso (artt.1427 e ss.c.c.), ovvero per errore, violenza o dolo. In particolare, l'errore rilevante, in base agli artt.1428 e 1429 c.c., è solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri e ricorrente quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà (per non aver preso visione degli elementi della controversia o averne supposti altri inesistenti o per aver dato per contestati fatti pacifici o viceversa), restando esclusa l'impugnativa per errore di giudizio o per errore di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove che all'opportunità delle decisioni adottate in concreto dagli arbitri². Per quanto riguarda i termini, l'art.412-quater c.p.c. richiamato disciplina la sola ipotesi del lodo notificato (prevedendo, nella specie, il termine di trenta giorni per il gravame), mentre nulla è previsto, sia dalla legge che dall'accordo-quadro, per il caso della mancata notifica del lodo. Nel silenzio della fonte, dobbiamo sicuramente ritenere inapplicabile il termine lungo annuale, ed applicabili i comuni termini decadenziali e prescrizione sostanziali (ad esempio, il termine quinquennale in caso di azione di annullabilità).

2. Cfr.Cass.sez.un. 8 agosto 1990, 0n.8010; Cass., sez.I, 10 marzo 1995, n.2802; Cass. sez.lav., n.1341 del 1988, in una recente ed approfondita decisione relativa all'impugnazione di un lodo di un collegio arbitrale di disciplina (peraltro, emesso secondo la vecchia procedura ex art.59, co.7, d.lgs.n.29 del 1993 e relativo ad una questione anteriore al 30 giugno 1998), il Consiglio di Stato ha esattamente precisato che l'errore rilevante come vizio del consenso, sia esso di fatto o di diritto, è quello che verte sull'esistenza o inesistenza, rispettivamente, di fatti e norme giuridiche, e non sulla valutazione o interpretazione degli stessi, concludendo nel senso di "una limitata impugnabilità dei lodi irrituali anche per errore di diritto: ma solo quando l'errore degli arbitri, vertendo sulla esistenza o inesistenza di una norma giuridica, sia, oltre che essenziale, anche riconoscibile; non, invece, anche quando, traducendosi in erronea interpretazione della norma medesima, non abbia i connotati della riconoscibilità" (così Cons.st., sez.IV, 21 maggio 2001, n.2807, in Cons.st., 2001, I, 1174, ove, in applicazione dei suddetti principi, è stato respinto l'appello dell'amministrazione, con cui era stato dedotto l'errore di diritto del lodo per non avere il collegio arbitrale ritenuto equiparabile la sentenza di patteggiamento a quella di condanna e per non aver ritenuto che l'amministrazione aveva compiuto una autonoma valutazione, in sede disciplinare, dei fatti oggetto del giudizio penale, errore questo vertente non sulla esistenza o inesistenza di norme giuridiche, ma sulla loro interpretazione)



Le Sanzioni Disciplinari delle riforme

Giustina Noviello*



1. L'arbitrato disciplinare nella cd. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego: il quadro normativo di riferimento

L'art.6 dell'accordo-quadro è dedicato all'arbitrato disciplinare, ovvero all'arbitrato per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari¹.

Con questa regolamentazione separata della materia disciplinare, la fonte pattizia ha proseguito la linea di tendenza che ha ispirato sin dall'inizio il legislatore della cd. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, dedicando un'attenzione a sé alla delicata materia disciplinare, e ciò peraltro sulla falsariga della pregressa esperienza privatistica.

Già trenta anni or sono, infatti, lo Statuto dei lavoratori, in considerazione dell'alto tasso di litigiosità delle parti in questo settore, aveva avvertito l'esigenza di introdurre, in aggiunta alla tutela giurisdizionale, la facoltà di ricorrere allo strumento arbitrale (art.7, commi 6 e 7, l.20 maggio 1970 n.300), con un tendenziale favor verso la soluzione arbitrale rispetto al giudizio ordinario, in considerazione dell'effetto sospensivo della sanzione previsto dalla

* Avvocato dello Stato (attualmente docente presso la Scuola superiore dell'economia e della finanza).

1. Chiarendo che tali decisioni sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo (secondo le regole ordinarie di competenza e, quindi, in primo grado dinanzi ai TAR ed in secondo grado dinanzi al Consiglio di Stato), nei limiti derivanti dalla natura negoziale dell'arbitrato irrituale e, quindi, con esclusione della censurabilità per violazione di legge, nonché di ogni diversa ricostruzione o valutazione del merito - su questo specifico argomento nel settore del pubblico impiego dopo la cd."privatizzazione", la dottrina si è ancora poco impegnata; sul punto, sia consentito il rinvio a NOVIELLO, L'arbitrato disciplinare nel pubblico impiego privatizzato, in *Lav.p.amm.*, 2001, 6, 997 e ss.; ID., Gli strumenti deflattivi del contenzioso, in NOVIELLO-SORDI-APICELLA-TENORE, *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, 174 e ss. e 189 e ss., ed ivi note bibliografiche di riferimento; ESPOSITO, Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra "passato" e "futuri" possibili, in *Lav.p.amm.*, 2001, 2, 323 e ss.; BARBIERI, Impugnazione dei lodi arbitrali in materia disciplinare e giudice competente, in *Lav.pubbl.amm.*, 1998, II, 516; PELLACANI, L'impugnazione delle sanzioni disciplinari in PERONE-SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova 1999, 213-

citata normativa, nonché del carattere meno formale e più celere del procedimento arbitrale.

Quindi, iniziata la riforma del rapporto di pubblico impiego con la legge di delegazione 23 ottobre 1992 n.421, e coinvolta in questo processo anche la materia della responsabilità disciplinare con l'art.59, d.lgs.3 febbraio 1993 n.29, come riformulato dal d.lgs. 23 dicembre 1993 n.546, (oggi art.55 d.lgs. 30 marzo 2001 n.165), le stesse esigenze e la medesima linea di tendenza hanno ispirato il legislatore della cd."privatizzazione" nell'affrontare la questione della tutela da fornire al dipendente pubblico di fronte ad una sanzione disciplinare illegittima (o, quantomeno, ritenuta tale dall'istante).

Così, nel d.lgs.n.29 del 1993, l'art.59, prima, e l'art.59- bis, poi, (quest'ultimo inserito dal d.lgs.n.80 del 1998) - oggi, rispettivamente, artt.55 e 56 del d.lgs.n.165 del 2001 - hanno introdotto due prime ipotesi di arbitrato disciplinare: l'arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina e l'arbitrato dinanzi ai collegi di conciliazione.

Ai fini di un inquadramento generale della materia dell'arbitrato disciplinare va, d'altra parte, ricordato che il d.lgs.n.80 del 1998, accanto alla previsione del citato art.59-bis nel testo del d.lgs.n.29 del 1993 - oggi art.56 del d.lgs.n.165 del 2001 -, contenente, come detto, una nuova figura di arbitrato disciplinare-, ha modificato anche il codice di procedura civile, inserendo nel suo testo gli artt.412-ter e 412-quater (subito novellati dal d.lgs. n.387 del 1998), così prevedendo una ulteriore ipotesi di arbitrato del lavoro.

Peraltro, la norma di legge ha "condizionato" la concreta operatività di questo nuovo strumento arbitrale alla previsione della relativa facoltà da parte della contrattazione collettiva nazionale, con una puntuale indicazione dei profili da regolamentare in quella sede (modalità della domanda di devoluzione della controversia ad arbitri e termine per l'adesione della controparte, composizione e nomina del collegio, forme e modi dell'istruttoria, termine per la pronuncia del lodo, criteri per la liquidazione del compenso arbitrale).

Quest'ultima condizione, come noto, ha trovato avveramento, nel settore del pubblico impiego "privatizzato", solo con la sottoscrizione, in data 23 gennaio 2001, dell'accordo-quadro in commento, in vigore dal 31 gennaio dello stesso anno².

2. in dottrina, v. BORGHESI, Conciliazione e arbitrato nel pubblico impiego: il primo contratto collettivo nazionale quadro, in *Lav.p.amm.*, 2000, 5, 737 e ss.; MATTEINI, L'accordo quadro su conciliazione e arbitrato nelle controversie di lavoro, in atti del convegno PARADIGMA cit.; ESPOSITO, Arbitrato e sanzioni disciplinari cit.; BORGHESI, I primi contratti collettivi definiscono il nuovo statuto dell'arbitrato irrituale, in *Lav.p.amm.*, 2001, 178; ROMAGNOLI, in *GDA*, 2001, 197 e ss.; LANOTTE, La disciplina delle procedure arbitrali cit.; NOVIELLO, Gli strumenti deflattivi cit.; CECHELLA, L'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi: l'impugnazione



Nel testo di questo contratto, come anticipato, è stata dedicata una particolare attenzione alla materia disciplinare, con la previsione di una terza figura di arbitrato disciplinare, basata sull'opzione, nella scelta dell'organo arbitrale, tra il nuovo arbitro unico previsto nello stesso accordo-quadro ed i vecchi collegi arbitrali di disciplina.

Queste tre figure di arbitrato disciplinare si sono succedute nel tempo secondo una sequenza che esamineremo nei successivi paragrafi.

In questa sede, per completare il quadro normativo di riferimento va, infine, ricordata l'abrogazione (ex art.43 del d.lgs.n.80 del 1998) dei commi secondo e terzo dell'art.5, l.11 agosto 1973 n.533, sulla impugnazione dei lodi irrituali del lavoro, intervento con cui il legislatore della "seconda privatizzazione" ha inteso attribuire maggiore stabilità alla decisione arbitrale: le norme eliminate prevedevano, infatti, l'invalidità del lodo in caso di violazione di disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, e l'impugnabilità del lodo nel termine di sei mesi.

Peraltro, su questo punto l'accordo-quadro ha derogato alla disciplina generale, stabilendo, all'art.4, comma 12, che "nel giudicare gli arbitri sono tenuti all'osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo", reintroducendo quindi il divieto di un giudizio arbitrale secondo equità (sul punto, si rinvia al commento all'art.4).

2. I collegi arbitrali di disciplina: l'impossibile abrogazione di questi organi ed il problema della natura rituale o irrituale dei relativi lodi

Come detto, la prima figura di arbitrato disciplinare introdotta dal legislatore della cd. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego è stata quella dell'arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina, prevista nell'ambito dell'unica norma del d.lgs. n.29 del 1993 dedicata alla responsabilità disciplinare, ovvero l'art.59 - oggi art.55 d.lgs.n.165 del 30 marzo 2001 -, sin-

e l'esecutività del lodo arbitrale, in PERONE-SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999, 121 ss.; IDEM, *L'arbitrato in materia di pubblico impiego*, in atti del convegno PARADIGMA, Milano, 15-16 novembre 2000; SCIOTTI, *Il nuovo regime dell'arbitrato nelle controversie sul licenziamento del dirigente*, ivi, 139 ss.; BORGHESI, *Un nuovo statuto per l'arbitrato irrituale*, in *Il lavoro nelle p.a.*, 1998, 807; GRANDI, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel pubblico impiego (d.lgs. n.80/1998)*, ivi, 1998, 789; MURONI, *La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Giust.civ.*, 1998, n.11, 1339; LUISO, *Commento all'art.412-ter c.p.c. e Commento all'art.412-quater c.p.c.*, in DELL'OLIO-SASSANI (a cura di) *Amministrazioni pubbliche, Lavoro, Processo cit.*, 487 e ss. e 497 e ss.; MARESCA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, pagine 1 ss. del testo dattiloscritto presentato in occasione del convegno PARADIGMA di Milano del 28-29 settembre 1998 su *Le controversie di lavoro cit.*



tetizzando la disciplina del nuovo istituto in tre soli commi di questa norma (i commi 7, 8 e 9).

Peraltro, a seguito della cattiva prova pratica data da tale strumento durante i primi anni di applicazione, il legislatore della c.d. "seconda privatizzazione" ha rimesso mano alla materia, "abrogando" - l'art. 28 del d.lg.n.80, nella parte finale del secondo comma, ha disposto che, a far data dall'entrata in vigore del primo contratto collettivo successivo all'entrata in vigore dello stesso decreto, "cessano di produrre effetti i commi 7, 8 e 9 dell'art.59 del d.lgs.3.2.1993 n.29 - il giudizio dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina a far data dall'entrata in vigore dei secondi contratti collettivi per ciascun comparto (art.28, comma 2, d.lgs.n.80 del 1998) ed istituendo, contestualmente, una nuova figura di giudizio "alternativo". Il citato art.28 del d.lg.n.80, infatti, al primo comma, ha previsto il nuovo art.59-bis del d.lgs.n.29 del 1993 (rubricato "Impugnazione delle sanzioni disciplinari") - oggi art.56 del d.lgs.n.165 del 2001 -, secondo il quale "se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'art.69-bis, con le modalità e gli effetti di cui all'art.7, commi 6 e 7, della legge 20.5.1970 n.300".

La realtà si è però discostata dal predetto quadro normativo, dal momento che, anche dopo l'entrata in vigore dei secondi contratti di comparto, i collegi arbitrali di disciplina hanno continuato ad operare, seguendo l'interpretazione, fortemente opinabile (per non dire illegittima), espressa sul punto dal Dipartimento della funzione pubblica³: la tesi della perdurante operatività dei collegi arbitrali previsti dall'art.59 del d.lgs.n.29 del 1993 è stata basata sulla considerazione che il secondo CCNL (comparto ministeri), pur essendo già entrato in vigore, non aveva però ancora dettato una disciplina in tema di procedure di conciliazione ed arbitrato, limitandosi ad effettuare un rinvio della nuova regolamentazione agli artt.6, lett.c), co.1 e 35.

La riportata interpretazione (recepita dal Ministero del lavoro nell'ordine via telex del 17.5.99 n.61468/AG 200 diretto a tutte le Direzioni regionali e provinciali del lavoro) non è in alcun modo condivisibile, sia perché in netto contrasto con la chiara lettera dell'art.28, co.2, d.lgs.n.80 del 1998, norma che prevede "sic et simpliciter" la cessazione di efficacia dell'art.59, commi 7, 8 e 9 d.lgs.n.29 del 1993 con decorrenza dall'entrata in vigore del nuovo CCNL, senza riferimento alcuno alla circostanza che tale contratto collettivo disciplinasse o meno le procedure arbitrali; e sia perché la stessa lettera degli artt. 6 e 35 del CCNL non conforta in alcun modo la detta tesi, posto

3. Il riferimento è, in particolare, al parere reso al Ministero delle finanze con nota del 26 aprile 1999 prot. n.1886/11.3 ed al Ministero del lavoro con nota del 3 maggio 1999 prot. n.2016/11



che l'art.6, lett.c), co.1 si limita a prevedere tra le materie oggetto di consultazione "le modalità per la periodica designazione dei rappresentanti per la composizione del collegio arbitrale delle procedure disciplinari, sino all'entrata in vigore della disciplina inerente i collegi di conciliazione ed arbitrato di cui all'art.35" e l'art.35, appunto, al primo comma prevede la data del 31.1.1999 come termine per la possibilità di negoziare la specifica materia delle procedure di conciliazione ed arbitrato, senza possibilità interpretativa alcuna di far rientrare tale materia tra quelle per le quali il secondo comma dell'art.35 ha posto per la negoziazione il diverso termine del 31 dicembre 1999.

L'evidente scontro tra il dettato di una norma primaria, qual'è appunto il citato art.28, e l'interpretazione della nuova disciplina contrattuale sostenuta dalla Funzione pubblica sembra, in realtà, celare un vero e proprio gioco di forza tra la volontà del legislatore che, conscio del cattivo funzionamento della maggior parte dei collegi arbitrali di disciplina, più volte segnalato, con toni giustamente allarmati, dall'organo giuscontabile⁴ ne ha deciso l'eliminazione e la sostituzione con un nuovo rimedio giustiziale "alternativo" e la opposta volontà dei sindacati dei lavoratori, favorevole, per intuibili motivi, al permanere in vita dei suddetti collegi.

In ogni caso, come vedremo a breve, i collegi arbitrali di disciplina sono sopravvissuti anche nell'attuale terza fase dell'arbitrato disciplinare, giusta la previsione del primo comma dell'art.6 in commento.

Di conseguenza, appare utile accennare a quella che è stata la principale questione interpretativa legata a questa prima figura di arbitrato disciplinare, ovvero il problema della natura - irrituale o, al contrario, rituale - del lodo pronunciato da tali organi, con le conseguenti differenze in ordine all'impugnazione (sia sotto il profilo del giudice competente che sotto il profilo dei vizi deducibili) - questa questione è, però, oggi superata, dal momento che l'impugnazione dei lodi pronunciati dai collegi arbitrali di disciplina non potrà che seguire la nuova disciplina ex art.412-quater c.p.c., come chiariremo oltre.

Sul punto, si è aperto una sorta di braccio di ferro tra la giurisprudenza del Consiglio di stato e quella della Suprema Corte di cassazione che, con una serie di pronunce (misteriosamente poco conosciute) ha sostenuto la tesi opposta rispetto a quella seguita all'unanimità dal giudice amministrativo.

⁴ La Corte dei conti, infatti, nelle deliberazioni sez.contr.Stato, 10 gennaio 1996 n.4 (in Riv.C.conti, 1997, n.1, I, 4 e ivi, 1996, n.1, III, 263, nonché in Cons.St., 1996, II, 480), 4 aprile 1997 n.70 (in Riv.C.conti, 1997, n.3, I, 26 e in Il lavoro nelle p.a., 1998, 289), 26 marzo 1998 n.23 (in Riv.C.conti, 1998, n.3, I, 14), e 28 giugno 1999 n.60 inedita, ha indicato le numerose e gravi disfunzioni riscontrate nella costituzione e nel funzionamento dei collegi arbitrali di disciplina presso le varie amministrazioni





A far data dalla sentenza del Consiglio di stato, sez.VI, 23 settembre 1997 n.1374⁵, infatti, il giudice amministrativo ha sempre affermato la natura irrituale dei lodi emessi dai collegi arbitrali di disciplina, ritenendo assimilabile l'arbitrato ex art.59 d.lg. n.29 del 1993 all'istituto previsto, sempre in materia di sanzioni disciplinari ma nell'ambito del rapporto di lavoro privato, dall'art.7 della l.20 maggio 1970 n.300 (Statuto dei lavoratori) “che configura pacificamente un arbitrato irrituale avente un valore essenzialmente negoziale nell'apprestare una soluzione alla lite tra le parti”.

La cennata pronuncia del Consiglio di Stato ha dato il via ad un orientamento assolutamente costante della giurisprudenza amministrativa che, nelle successive pronunce, ha sempre confermato la natura irrituale dell'arbitrato in esame⁶. La riferita tesi dell'arbitrato libero, peraltro, ha una diretta ricaduta sul problema della tutela giurisdizionale, ovvero sulla questione della impugnabilità dei lodi dei collegi arbitrali di disciplina.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa, dopo una posizione iniziale alquanto vaga, ha assunto un orientamento prevalente, ma non pacifico⁷.

Peraltro, non va trascurato che il Consiglio di stato in seduta consultiva⁸ ha affermato che la decisione del collegio arbitrale di disciplina sarebbe lodo arbitrale rientrante nella previsione dell'art.19, co.14 del d.lgs. 29 ottobre 1998 n.387 e, come tale “va impugnato necessariamente davanti al tribunale, in funzione di giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato”.

5. La citata pronuncia è pubblicata in Foro it., 1998, III, 236, in Foro amm., 1997, 2343, nonché in Lav pubbl.amm., 1998, II, 513, con la citata nota di BARBIERI, Impugnazione

6. cfr. Cons.st., sez.VI, 21 maggio 2001, n.2807, in Cons.St., 2001, I, 1174; id., sez.IV, 3 luglio 2000 n.3652, in Foro amm., 2000, 2578; id., 16 gennaio 1998 n.92/ord. in Lav pubbl.amm., 1998, II, 513; TAR Puglia, sez.I, sent.12 gennaio 1998 n.791 in Foro amm., 1999, 860; TAR Lazio, sez.III-bis, 21 ottobre 1998 n.2814, in Guida dir., 1999, 1, 91; TAR Piemonte, sez.II, 18 marzo 1999 n.139-.

7. Il ricorso al giudice amministrativo è considerato, quindi, ammissibile per i vizi ex art.2113 c.c., l'azione di nullità ex art.1418 c.c., quella di annullamento per incapacità delle parti o degli arbitri ex art.1425 c.c. o per i vizi del consenso ex art.1427 c.c. Il riferito orientamento è prevalente (cfr.TAR Lazio, Roma, sez.III bis, 21 ottobre 1998 n.2814; TAR Lombardia, Brescia, 27 ottobre 1998 n.861; TAR Sicilia, sez.II, 9 marzo 1999 n.511 in Tar, 1999,I, 2234 ;TAR Piemonte, sez.II sent.18.3.1999, n.139), ma non pacifico. Il TAR Puglia, ad esempio, nella già citata sentenza n.791 del 1998, ha ritenuto la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo in una fattispecie di impugnazione di lodo del collegio arbitrale di disciplina del Ministero di grazia e giustizia, confermativo della sanzione del licenziamento inflitta al ricorrente dall'amministrazione di appartenenza. Per il difetto di giurisdizione si era già espresso anche il Consiglio di Stato, peraltro in sede cautelare, nella citata ord.n.92 del 1998 e, da ultimo, la tesi della inammissibilità del ricorso dinanzi al giudice amministrativo è stata sostenuta dal Tar Lombardia, sez.I, 1 marzo 1999 n.690 (in TAR, 1999, I, 1763), ove si afferma addirittura la inoperatività dei collegi ex art.59 cit. fino all'attuazione del passaggio di giurisdizione sul pubblico impiego al giudice ordinario

8. Si tratta di due pareri della commissione speciale pubblico impiego, il n.404 ed il n.396 del 7 dicembre 1998 (entrambi in Foro it., 1999, III, 118), di recente confermati dal parere Cons.st., sez I, n.738 del 2000 (in Cons.st., 2000, 1523)

Quest'ultima tesi non è, però, condivisibile, dal momento che la normativa richiamata dall'organo consultivo - e cioè l'art.412-quater c.p.c., come riformulato dal citato art.19, co.14, d.lgs.n.387 del 1998 - riguarda la diversa figura di arbitrato del lavoro, prevista dall'art.412-ter c.p.c., e non l'arbitrato dei collegi di disciplina ex art.59, d.lgs. n.29 del 1993 - l'assimilazione tra le due figure non trova appiglio normativo alcuno, ed anzi sia l'interpretazione letterale che un'interpretazione logico-sistematica della disciplina legale sono talmente chiare ed univoche sul punto, da far pensare addirittura ad una vera e propria svista dell'organo consultivo. L'art.412-ter c.p.c., è rubricato "arbitrato previsto dai contratti collettivi" e subordina il deferimento ad arbitri di controversie di lavoro (pubblico o privato) alla circostanza che tale facoltà sia prevista dalla contrattazione collettiva. L'arbitrato ex art.59 del d.lg.n.29 del 1993, invece, è previsto da norma di legge ed è sganciato da ogni previsione contrattuale. Ma, soprattutto, ogni possibile dubbio sulla completa differenza tra le due figure è fugato da un'interpretazione logico-sistematica, basata sulla considerazione che il d.lgs.n.80 del 1998 è intervenuto, da un lato, in materia di impugnazione delle sanzioni disciplinari con l'art.28 - prevedendo la successiva abrogazione dei collegi arbitrali di disciplina ex art.59 cit. e introducendo la possibilità di impugnare le sanzioni disciplinari dinanzi ai collegi di conciliazione nelle forme dell'arbitrato previsto dall'art.7 dello Statuto dei lavoratori, sempre che la contrattazione collettiva non abbia previsto apposite procedure di conciliazione ed arbitrato in subiecta materia -; e, dall'altro, ha deciso di introdurre una nuova specie di arbitrato del lavoro, relativo ad ogni controversia laburistica e non alla sola impugnazione delle sanzioni disciplinari, con una norma (il citato art.412 ter, con il successivo 412 quater c.p.c.) inserita nel codice di rito e, quindi, di portata generale, non limitata al settore del pubblico impiego privatizzato, ma estesa ad ogni controversia -anche privatistica - di lavoro -.

Peraltro, come già accennato, la Cassazione ha sostenuto l'opposta tesi della natura rituale dei lodi dei collegi arbitrali di disciplina, dapprima in due "obiter dicta", contenuti nella sentenza Sez.lav.n.3373 del 7 aprile 1999 e nella pronuncia a Sezioni Unite n.1251 del 5 dicembre 2000⁹. In particolare, nella citata sentenza n.3373 del 1999, la Cassazione, dopo aver premesso di preferire per una serie di considerazioni tecniche- la tesi della natura rituale, ha prospettato la differente tutela giurisdizionale esperibile, a seconda che



9. La decisione n.3373 del 1999 è pubblicata in Giust.civ., 1999, 11, 2997 e ss., con nota di NOVIELLO, Da un obiter della Suprema Corte, un raggio di luce sui collegi arbitrali di disciplina; la sentenza delle Sez.un.n.1251 del 2000 è pubblicata in Giust.civ., 2001, I, 339 e in Riv.C.conti, 2000, 6, II, 220- e, di recente, in via principale nella sentenza delle Sez.un.21 gennaio 2002 n.638 -allo stato, inedita-.



si acceda all'una o all'altra tesi, affermando che, se l'arbitrato è qualificato come irrituale, le relative decisioni sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, se emanate prima del 30 giugno 1998, oppure dinanzi al giudice ordinario, se adottate dopo tale data; mentre se l'arbitrato è qualificato come rituale, il lodo è impugnabile dinanzi alla corte d'appello¹⁰.

Di conseguenza, seguendo la tesi del lodo rituale considerata preferibile dalla Cassazione nelle citate pronunce, le decisioni dei collegi arbitrali di disciplina sono censurabili in Corte d'appello.

Ove, invece, si aderisca alla tesi della natura irrituale del lodo, è importante sottolineare che la Corte ancora il "discrimen" temporale del 30 giugno 1998 - stabilito dall'art.45, co.17, d.lgs.n.80 del 1998 ai fini del riparto di giurisdizione del contenzioso sul pubblico impiego "privatizzato" - alla data della decisione arbitrale, e non alla data della sanzione disciplinare impugnata.

Questa tesi, affermata ma non spiegata nella citata sentenza della Sezione lavoro n.3373 del 1999, è stata ripresa ed approfondita nella successiva pronuncia delle Sezioni unite 19 gennaio 2001 n.10¹¹ sostenendo che, pur rilevando in generale il momento in cui è stato posto in essere l'atto di gestione del rapporto di lavoro, allorquando l'efficacia di tale atto sia condizionata sospensivamente all'esito di rimedi impugnatori (come, appunto, nel caso dell'impugnazione dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina che, secondo la previsione dell'art.59, co.7, d.lgs.n.29 del 1993, "sospende" l'efficacia della sanzione disciplinare per la durata dello svolgimento della relativa procedura arbitrale), il momento rilevante ai fini del riparto di giurisdizione in questione è quello dell'atto conclusivo della procedura, essendo questo l'atto che viene direttamente ad incidere sul rapporto.

3. L'arbitrato disciplinare ex art.59-bis d.lg.n.29 del 1993 (oggi art.56 del d.lgs.n.165 del 2001): un'esperienza effimera

Abbiamo già accennato alla circostanza che l'art.28 del d.lgs.n.80 del 1998 - in attuazione della delega conferita dall'art.11, comma 4, l.n.59 del

10. In proposito, non sarà inutile ricordare che, prima della riforma dell'arbitrato di cui alla l.n.25 del 1994, il lodo rituale del lavoro era pacificamente impugnabile dinanzi al tribunale lavoro, quale giudice d'appello con competenza esclusiva in materia, ai sensi del previgente art.828, cpv., c.p.c. (cfr.Cass., 11 febbraio 1980, n.975, in Giust.Civ., 1980, I, 1066); mentre, dopo la novella, essendo stata prevista la competenza funzionale della corte d'appello (e non del giudice d'appello), appare senza dubbio preferibile la tesi della impugnabilità di tale lodo dinanzi alla corte d'appello, anche prima dell'attuazione della riforma del giudice unico, di cui alla l. n.254 del 1997-

11. La citata pronuncia delle Sez.un.19 gennaio 2001 n.10 è pubblicata in Giust.civ. (Oss.giur.lav.pub.), 2001, 5, 1381 e 1384-1389-

1997 -, contestualmente alla "abrogazione" dei collegi arbitrali di disciplina ex art.59, commi 7, 8 e 9 del d.lgs.n.29 del 1993, ha previsto l'istituzione di una nuova figura di arbitrato in materia disciplinare, aggiungendo, nel corpo del d.lgs.n.29, l'art.59-bis, oggi art.56 del d.lgs.n.165 del 30.3.2001.

La decorrenza dell'operatività di questa nuova forma di arbitrato è stata ancorata dalla stessa norma, come già la detta abrogazione, all'entrata in vigore dei nuovi contratti collettivi successivi al d.lg.n.80 per ciascun comparto.

Peraltro, a seguito della riferita interpretazione di tali norme resa dal Dipartimento della Funzione Pubblica in alcuni pareri richiesti da altre amministrazioni, la "abrogazione" dei vecchi collegi arbitrali di disciplina non è mai stata realizzata e questi organi hanno continuato a funzionare sino al 31 dicembre 1999 e, in alcuni casi, anche successivamente.

Al contrario, l'arbitrato disciplinare previsto dall'art.59-bis cit., è morto ancor prima di nascere, dal momento che la sua utilizzabilità era legata alla mancata istituzione di apposite procedure di conciliazione ed arbitrato da parte della contrattazione collettiva nazionale e, quindi, con l'entrata in vigore dell'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 in materia di conciliazione ed arbitrato, la possibilità di ricorrere a tale strumento di tutela è, per il momento, venuta meno, così esaurendosi, allo stato, quest'esperienza-lampo, durata essenzialmente l'arco di un anno.

Ed infatti, la lettera dell'art.59-bis, d.lgs.n.29 del 1993 - oggi art.56, d.lgs. n.165 del 2001 - è assolutamente chiara nel "subordinare" l'utilizzabilità dello strumento arbitrale ivi previsto alla mancata istituzione, in sede di contrattazione collettiva nazionale, di apposite procedure di conciliazione ed arbitrato ("se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate..."). D'altra parte, questa tesi trova indiretto avallo anche in un passaggio motivazionale della sentenza della Cassazione, Sez.un., n.10 del 2001 (citata alla nota 44), allorquando la Corte, nel ricostruire il quadro normativo di riferimento in materia di impugnazione arbitrale delle sanzioni disciplinari, afferma che, per il periodo successivo alla sottoscrizione dei primi CCNL successivi al d.lgs. n.80 del 1998, l'art.59-bis, d.lgs. n.29 del 1993, "mentre continua, in via prioritaria, a prevedere la possibilità di ricorso alle procedure di conciliazione ed arbitrato appositamente istituite dai contratti collettivi nazionali, stabilisce che, in difetto di tale istituzione, le sanzioni disciplinari possono essere impuginate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'art.69-bis d.lgs. n.29 del 1993...".

Su questo punto, quindi, non siamo d'accordo con quella dottrina secondo cui, non evidenziandosi, nell'art.59-bis cit., alcuna concorrenza, né relazione di competenza, tra fonte legale e fonte contrattuale, questa forma di arbitrato di fonte legale continuerebbe a "coesistere" con l'arbitrato previsto





dal nuovo accordo-quadro, con conseguente possibilità di scelta tra i due tipi di arbitrato (legale e contrattuale) in capo al lavoratore colpito da una sanzione disciplinare¹². Al contrario, riteniamo che, a far data dall'entrata in vigore del nuovo accordo-quadro in materia (ovvero, dal 31 gennaio 2001) e sino alla scadenza dello stesso (l'art.8 di tale accordo ne prevede la durata biennale), l'applicabilità dell'art.56 cit. sia da ritenere "sospesa" (in senso atecnico), nel senso che, venuto meno l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001, l'arbitrato ex art.56 cit. potrebbe nuovamente venire utilizzato, in assenza di nuova contrattazione sul punto¹³.

4. L'arbitrato disciplinare previsto nell'art.6 dell'accordo-quadro su conciliazione ed arbitrato del 23 gennaio 2001

Come anticipato, nel testo dell'accordo in commento è stato inserito un articolo, il 6, dedicato specificatamente alla materia disciplinare, continuando così il disegno di una regolamentazione "ad hoc" iniziato dal legislatore della prima privatizzazione con l'istituzione dei collegi arbitrali di disciplina ex art.59 d.lgs. n.29 del 1993, e proseguito in sede di seconda privatizzazione, con la previsione ex art.59-bis (sempre del d.lgs. n.29) dell'arbitrato dinanzi ai collegi di conciliazione.

4.1 Segue: la natura irrituale dei nuovi lodi arbitrali

Il primo punto nodale risolto, già a livello di normazione primaria, è quello della natura giuridica - rituale o irrituale - dei lodi disciplinari pronunciati in base alla nuova normativa pattizia.

In proposito, dobbiamo infatti ricordare che l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 trova la sua fonte nell'art.412-ter c.p.c., introdotto - unitamente al successivo art.412-quater - dal d.lgs. n.80 del 1998, norme entrambe subito modificate dal d.lgs. n.387 del 1998 (art.19), a causa dell'incredibile

12. Così LANOTTE, La disciplina delle procedure arbitrali in materia di lavoro, in MGL, 2001, 287; ESPOSITO, Arbitrato e sanzioni disciplinari cit.,338 e ss.-.

13. Correttamente, quindi, a seguito dell'entrata in vigore dell'accordo-quadro, il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, con la circolare n.19/2001 della Dir.Gen. Rapporti di Lavoro - in www.minlavoro.it/Circolari -, ha diramato precise istruzioni alle D.R.L., nel senso della impossibilità che i collegi di conciliazione continuino ad operare ancora come collegi arbitrali, a far data dal 31 gennaio 2001 (per tale motivo, nel testo abbiamo precisato che, nella maggior parte dei casi, l'operatività dei collegi di conciliazione come collegi arbitrali è stata limitata all'arco temporale 1 gennaio 2000-30 gennaio 2001)-

indecisione del legislatore proprio sul punto della natura rituale o irrituale di questo nuovo arbitrato del lavoro.

Infatti, secondo l'originaria previsione del d.lgs.n.80 del 1998 (art.39), l'arbitrato del lavoro introdotto dall'art.412-ter c.p.c. era chiaramente di tipo rituale, essendo prevista in modo espresso l'impugnabilità del lodo dinanzi alla corte d'appello, in funzione di giudice del lavoro, per i vizi di violazione di legge e difetto di motivazione (tipici, appunto, del gravame relativo a lodi rituali).

Con tale previsione, il legislatore del d.lgs. n.80 aveva probabilmente inteso evitare i difetti dimostrati dalla recente esperienza dei collegi arbitrali di disciplina ex art.59, commi 7, 8 e 9 del d.lgs. n.29 del 1993, in considerazione della tesi della natura irrituale del relativo arbitrato affermata nella giurisprudenza amministrativa (e, peraltro, smentita dalla Suprema Corte, nelle pronunce richiamate al par.2).

Ma il legislatore, come accennato, è subito tornato sui propri passi, modificando in modo significativo le norme in questione (art.19 del d.lg. n.387 citato).

Di conseguenza, oggi il nuovo arbitrato del lavoro disciplinato nell'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 - sia in generale che in particolare in materia disciplinare - è senza dubbio irrituale, essendo così espressamente definito nella nuova rubrica del citato art.412-ter c.p.c., ed essendo richiamata, per l'impugnativa dei nuovi lodi, la disciplina dell'art.412-quater c.p.c., basata sulla competenza del tribunale lavoro (in unico grado) e senza l'indicazione dei vizi, tipici dell'arbitrato rituale, previsti nella precedente formulazione della norma.

Di conseguenza, come meglio specificheremo nel par. 4.5 dedicato ai problemi di disciplina transitoria, i lodi pronunciati dai collegi arbitrali di disciplina a far data dal 31 gennaio 2001 sono da qualificare come irrituali e vanno impugnati secondo la nuova disciplina dell'art.412-quater c.p.c.

4.2. Segue: la scelta alternativa dell'organo arbitrale

La principale novità contenuta nel primo comma dell'art.6 in commento è la possibile opzione nella scelta dell'organo arbitrale tra l'"arbitro unico" ex art.2 dello stesso accordo oppure i vecchi "collegi arbitrali di disciplina" ex art.59, commi 8 e 9, d.lgs. n.29 del 1993 (oggi, art.55, commi 8 e 9, d.lgs. n.165 del 2001).

L'opzione, come detto, riguarda esclusivamente la scelta dell'organo arbitrale, e non anche quella della procedura, dal momento che la norma in esame prevede l'impugnabilità delle sanzioni disciplinari "davanti ai sogget-



ti di cui all'art.59, commi 8 e 9, d.lgs.n.29 del 1993” (richiamando, quindi, solo i due commi sulla composizione dei collegi arbitrali di disciplina, e non anche il comma 7 sulla vecchia procedura) e specificando che anche in questo caso si applicano "le medesime regole" previste nell'accordo-quadro.

Ciò nonostante, la perdurante operatività dei collegi arbitrali di disciplina appare una scelta per nulla condivisibile, in considerazione sia del cattivo funzionamento di tali organi sopra evidenziato, sia della specifica professionalità nel settore laburistico richiesta quale requisito per rivestire il ruolo di arbitro unico, professionalità non richiesta invece per i membri dei collegi arbitrali di disciplina¹⁴.

4.3. Segue: l'obbligatorietà per l'amministrazione

Nel secondo comma dell'art.6 in commento è, poi, stabilita la sostanziale obbligatorietà dell'arbitrato per la pubblica amministrazione, con la previsione che “in via sperimentale e fino alla scadenza del presente accordo, la richiesta di ricorso all'arbitro unico è vincolante per la Pubblica Amministrazione, 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”.

Con questa previsione, quindi, la fonte pattizia ha derogato, in materia disciplinare, alla generale regola della facoltatività della procedura arbitrale

14. Ai sensi dell'art.59, co.8, del d.lg.n.29, infatti, il collegio arbitrale di disciplina è un organo composto da cinque soggetti, due rappresentanti dell'amministrazione e due rappresentanti dei dipendenti (senza alcuna specificazione circa la preparazione tecnica di tali componenti), presieduto da un soggetto estraneo all'amministrazione, "di provata esperienza e indipendenza". Ben diversa professionalità è invece richiesta per l'iscrizione regionali di arbitri unici (o meglio, di soggetti designabili in caso di mancato accordo diretto tra le parti), ove possono essere inclusi esclusivamente: a) docenti e ricercatori universitari di diritto del lavoro e relazioni industriali; b) liberi professionisti con esperienza almeno quinquennale di contenzioso lavoro; c) ex-magistrati con esperienza almeno quinquennale come giudici del lavoro; d) esperti di composizione stragiudiziale delle liti di lavoro selezionati all'esito di appositi corsi di formazione. Ricordiamo anche che, per consentire da subito la concreta attuazione delle nuove previsioni, il Ministero del lavoro e della previdenza sociale ha già diramato una apposita circolare (n.18/2001 della D.G.Rapporti di lavoro, in www.minlavoro.it/Circolari), mediante la quale, in attesa della costituzione delle camere arbitrali da parte della D.G.del Personale, ha temporaneamente assegnato alle D.R.L. i relativi compiti (tenuta della lista regionale degli arbitri, ricezione e registrazione delle richieste di arbitrato, ricezione di atti e documenti trasmessi dalle parti e dagli arbitri, tenuta e compilazione di registri, rubriche e schedari previsti dalla stessa circolare, etc.), fornendo al contempo degli importanti criteri direttivi (l'attività d'impulso della procedura è solo di parte; la camera arbitrale non può rilevare eventuali nullità della procedura, nè può sindacare la scelta dell'arbitro).



sancita nell'art.2 dello stesso accordo, laddove è stabilito che, fermo restando il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, le parti possono concordare di deferire la controversia all'arbitro unico.

Come noto, il principio di facoltatività è strettamente connesso alla regola dell'alternatività, nel senso che, essendo illegittima la previsione di un arbitrato (rituale o irrituale che sia) obbligatorio, è evidente che lo stesso deve essere alternativo alla tutela giudiziaria - L'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio, affermata dalla Corte costituzionale per l'incompatibilità con il divieto di introdurre giudici speciali nella nota sentenza 14 luglio 1977 n.127 (in Dir.lav., 1977, II, 439), è stata sempre ribadita dalla stessa Consulta (cfr. C.cost. 24 luglio 1998 n.325, in Riv.arb. 1998, I, 2332) e dalla Suprema Corte (cfr.Cass., sez.un., 10 febbraio 1992 n.1458) -.

Peraltro, l'alternativa giurisdizionale non può essere illimitata: di qui, l'importanza del problema della vincolatività della scelta arbitrale, ovvero dell'individuazione del momento in cui deve ritenersi perfezionato l'accordo compromissorio tra le parti, con conseguente esaurimento della facoltà di scelta alternativa.

Nella specie, mancando la nomina degli arbitri di parte e sussistendo la possibilità di designazione dell'arbitro unico mediante estrazione a sorte, in generale occorre fare riferimento al disposto dei commi 2, 3 e 4 dell'art.3, ove è stabilita la facoltà di ciascuna parte di rifiutare l'arbitro sorteggiato, con un meccanismo di rinuncia implicita all'arbitrato in caso di doppio rifiuto ed è previsto il definitivo consolidamento dell'accordo compromissorio all'atto di accettazione da parte dell'arbitro, da depositare, "a cura delle parti, presso la camera arbitrale stabile entro 5 giorni dalla designazione comunque effettuata, sotto pena di nullità del procedimento".

Come detto, il punto della facoltatività-vincolatività della scelta arbitrale è diversamente risolto, come già in precedenza, in materia di sanzioni disciplinari.

L'art.6 dell'accordo, infatti, da un lato, prevede l'obbligatorietà dell'arbitrato per la pubblica amministrazione in caso di impugnazione delle sanzioni disciplinari conservative (escluse, quindi, le ipotesi di licenziamento), e dall'altro limita la facoltà di rinuncia ex art.3, commi 2 e 3, al solo lavoratore.

In passato, durante la vigenza della vecchia normativa sui collegi arbitrali di disciplina, l'arbitrato disciplinare era comunque stato considerato come obbligatorio per l'amministrazione, secondo una distorta interpretazione dell'obbligo di conformarsi al lodo previsto in capo alla pubblica amministrazione nella parte finale dell'art.59, co.7, d.lgs. n.29 del 1993.

In realtà, non si ravvisa alcuna "ratio" giuridica a fondamento di quest'ingiustificata disparità di trattamento a sfavore dell'amministrazione-dato-



re di lavoro, sussistendo in questo genere di previsione un problema di conformità alla garanzia costituzionale del diritto di agire in giudizio¹⁵.

Peraltro, va anche evidenziato al riguardo che la previsione dell'obbligatorietà dell'arbitrato per la sola amministrazione appare limitata - giusta la lettera del citato comma 2 dell'art.6 - al caso del giudizio dinanzi all'arbitro unico, con conseguente facoltatività dell'arbitrato in caso di procedura dinanzi ai collegi ex art.59 d.lg. n.29, posto che il comma 7 di tale norma - nella cui formulazione si è sempre letta un'ipotesi di arbitrato obbligatorio per l'amministrazione - non è richiamato dall'art.6 del nuovo accordo-quadro.



4.4 Segue: il termine per l'impugnativa e l'effetto sospensivo dell'impugnazione

Le norme procedurali contenute nell'accordo-quadro in esame non prevedono alcun termine decadenziale per l'impugnativa, né in sede di disciplina generale (artt.3 e 4), né con riguardo alla materia disciplinare (art.6).

Di conseguenza, non essendo in alcun modo richiamato il vecchio art.59, co.7, d.lgs. n.29 del 1993 - oggi, art.55, co.7, d.lgs.n.165 del 2001 -, ove era previsto il termine di "venti giorni dall'applicazione" per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari, dovremmo ritenere che, in mancanza di specifici termini decadenziali, l'impugnativa possa essere effettuata entro gli ordinari termini prescrizionali (salva l'applicabilità, in caso di licenziamento, del termine decadenziale di 60 giorni previsto dall'art.6, l.15 luglio 1966 n.604, applicabile ai sensi degli artt.2, co.2 e 51, d.lgs. n.165 del 2001).

Peraltro, le parti contraenti, a seguito di numerose richieste di chiarimenti pervenute alla cabina di regia su tale delicato punto, hanno deciso di colmare tale lacuna mediante un accordo sull'interpretazione autentica dell'art.6, comma 1, in commento - l'ipotesi di accordo interpretativo è reperibile in www.aranagenzia.it -, stabilendo che l'art.6 "non modifica il termine di impugnazione delle sanzioni disciplinari in caso di ricorso alle procedure arbitrali, sia di fronte all'arbitro unico che di fronte ai collegi arbitrali di cui ai commi 8 e 9 dell'art.55, del d.lgs. n.165 del 2001. Tale termine rimane pertanto di venti giorni dall'applicazione della sanzione così come previsto dal-

15. La mancanza di "ratio" giuridica della segnalata disparità sottende, con ogni probabilità, la presenza di una "ratio" sostanziale, consistente in una imposizione dei sindacati dei lavoratori di tale regola. In proposito, si segnala che, anche da ultimo, le Sezioni Unite della Cassazione, nella già citata sentenza n.1251 del 2000, relativa proprio ad una fattispecie di impugnazione di un lodo di un collegio arbitrale di disciplina, hanno ravvisato la possibilità di prospettare, in sede di impugnativa del lodo, una questione di legittimità costituzionale -per violazione dell'art.24 Cost.-, ogni qualvolta sussista un dubbio sulla libertà per tutte le parti di evitare l'arbitrato e di adire il giudice

l'art.55, comma 7 del d.lgs.n.165 del 2001 e dall'art.7, comma 6, della l.n.300 del 1970" - in proposito, ricordiamo che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la sanzione disciplinare può ritenersi "applicata", solo allorché è stata adottata dal datore di lavoro e comunicata al lavoratore (cfr.Cass. 21 giugno 1988 n.4240 in Dir Lav., 1989, II, 238 e, con riferimento al termine biennale di operatività della recidiva, previsto dall'VIII comma dell'art.7 St.Lav. e decorrente, appunto, dall'applicazione della sanzione, Cass. 15 febbraio 1996 n.1185, in Riv.it.dir.lav., 1997, II,160) -.

In analogia alla precedente disciplina, invece, il comma 3 dell'art.6 dell'accordo-quadro prevede la sospensione delle sanzioni disciplinari impugnate sino alla definizione della controversia, salvo il caso di rinuncia alla procedura arbitrale.

4.5. Segue: problemi di disciplina transitoria

Abbiamo visto che, durante questo primo decennio di cd "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, si sono succedute ben tre figure di arbitrato disciplinare. La successione e, spesso, la sovrapposizione, nel tempo di normativa legale e contrattuale in materia, ha posto una serie di complessi problemi di disciplina transitoria (intesa "lato sensu"), circa la concreta operatività delle varie forme di arbitrato a mano a mano previste, con immediate conseguenze sulle concrete modalità di impugnazione dei relativi lodi.

Al riguardo, abbiamo già avuto modo di sostenere che, trattandosi di strumenti di tutela, la data rilevante ai fini dell'utilizzabilità dell'una o dell'altra forma di arbitrato è quella dell'entrata in vigore della relativa disciplina - sul punto, sia consentito il rinvio a NOVIELLO, L'arbitrato disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato", in Lav.pub.amm., 2001, 6, 997 e ss. -.

Di conseguenza, a far data dal 31 gennaio 2001 - data di entrata in vigore dell'accordo-quadro su conciliazione ed arbitrato del 23 gennaio 2001 -, i pubblici dipendenti con rapporto di lavoro privatizzato possono impugnare le sanzioni disciplinari, con domanda di arbitrato ex art.6 di tale accordo, dinanzi all'arbitro unico (mediante richiesta di arbitrato da comunicare alla controparte, ai sensi dell'art.3, co.1, dell'accordo-quadro) oppure dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina (mediante richiesta da comunicare alla controparte e depositare direttamente presso la sede di tali organi).

Sul punto, quindi, non concordiamo con quanto affermato dal Ministero del lavoro nella circolare n.19/2001, secondo cui, per risolvere problemi di transizione dalla previgente disciplina legale alla nuova disciplina pattizia assumerebbe decisivo rilievo il termine previsto dall'art.7, co.7, l.n.300 del 1970 (ovvero il termine di dieci giorni dall'invito effettuato dalla D.R.L. che





ha l'amministrazione per provvedere alla nomina del proprio rappresentante in seno al collegio arbitrale ex art.59-bis d.lg. n.29 del 1993), nel senso che “se il termine è spirato anteriormente al 31 gennaio 2001, allora gli effetti da ricollegarsi alla richiesta iniziale e alla relativa procedura restano interamente regolati dalla disciplina previgente al 31 gennaio 2001”, mentre “in caso contrario, nell'eventualità cioè che il predetto termine venga a scadere successivamente al 30 gennaio 2001, la disciplina applicabile è costituita da quella collettiva”. Tale tesi muove dalla considerazione che “anteriormente al 31 gennaio 2001... l'art.59-bis prescriveva che la promozione della procedura di conciliazione ed arbitrato per le sanzioni disciplinari avvenisse con le modalità dell'art.7, commi 6 e 7, della legge 30 maggio 1970 n.300”, ma non spiega in alcun modo perché attribuire un decisivo rilievo proprio al termine assegnato all'amministrazione per nominare il proprio rappresentante.

Sembra invece evidente che, trattandosi di un nuovo strumento di tutela operativo a far data dal 31 gennaio 2001, da tale momento in poi saranno legittime le domande di arbitrato presentate ai sensi dell'art.6 del nuovo accordo-quadro, non essendo più possibile, sempre da tale data, formulare richieste di arbitrato ex art.59-bis d.lg.n.29 del 1993 (giusta la formulazione di tale norma che, come già detto, ne subordina l'operatività alla mancata istituzione pattizia di apposite procedure arbitrali), né tantomeno domande di arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina, con le vecchie modalità previste dall'art.59, co.7, del d.lg.n.29 (e, di conseguenza, in queste ultime due ipotesi, l'amministrazione resistente dovrà eccepire l'inammissibilità della domanda).

E "quid iuris" per il caso in cui i collegi arbitrali di disciplina, aditi dal lavoratore dopo il 31 gennaio 2001, abbiano continuato a funzionare con la vecchia procedura? In questo caso, in applicazione di quanto sostenuto circa l'entrata in vigore del nuovo arbitrato contrattuale, riteniamo che il relativo lodo sia impugnabile (deducendone l'invalidità per mancato rispetto delle regole contrattuali), ai sensi dell'art.412-quater c.p.c., dinanzi al tribunale lavoro in unico grado, posto che dall'entrata in vigore dell'accordo-quadro le domande di arbitrato disciplinare non possono che seguire la nuova procedura contrattuale.

Al contrario, appare erronea la tesi, già sostenuta anche dal Consiglio di Stato in seduta consultiva (nei tre pareri citati al par.2), che ha affermato l'impugnabilità dei lodi emessi dai collegi arbitrali di disciplina ai sensi dell'art.59, d.lgs. n.29 del 1993, secondo la procedura stabilita dall'art.412-quater c.p.c. (e, quindi, dinanzi al tribunale lavoro della circoscrizione in cui ha sede il collegio), anche prima dell'entrata in vigore dell'accordo-quadro, facendo rientrare i lodi ex art.59 cit. nella previsione dell'art.19, co.14, d.lgs. n.387 del 1998 - ovvero, nella previsione dell'art.412-quater c.p.c. -.

In realtà, a tacer di ogni altra considerazione, appare certa la riferibilità dello strumento di tutela previsto dall'art.412-quater c.p.c. solo all'arbitrato del lavoro introdotto dal precedente art.412-ter c.p.c., e la "inoperatività" di questo nuovo arbitrato fino al giorno in cui è intervenuta in materia la contrattazione collettiva nazionale (ovvero, l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001).



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

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 Dd.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 ed adeguata delle controversie di lavoro, funzionale non solo ad una giustizia realmente efficace ma anche ad una riduzione dei costi sociali ed economici delle controversie stesse.

Le pubbliche amministrazioni e le organizzazioni sindacali promuovono l'utilizzo dell'arbitrato ed 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 sperimentalità 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 vengono denominati.

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 ad un arbitro unico scelto di comune accordo, che deve appartenere ad 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 ad espletare un tentativo di conciliazione che sostituisce e produce i medesimi effetti di quello previsto dall'art. 69 bis d.lgs. 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 ed 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 ed 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 della 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 ad 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 proce-

ture 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.



62

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. 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 pre-

sente 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 Formez;

- 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.



64

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 ed 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.

SEZIONE II

GIURISPRUDENZA



Mobilità tra le Pubbliche Amministrazioni

Nota di Angelo Trovato*



67

Personale del comparto regioni e autonomie locali. Mobilità tra le pubbliche amministrazioni. Competenza dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria. Articolo 3 del C.C.N.L. in data 31.3.1999. Equivalenza delle mansioni esercitate all'interno della categoria di appartenenza. Irrilevanza delle mansioni svolte di fatto.

Il giudice del Lavoro del Tribunale di Campobasso, con ordinanza ex art. 669 septies c.p.c., in data 8.3.2001, si pronunciava sul ricorso proposto da *** ***, dipendente del Ministero del Lavoro con il profilo di assistente sociale coordinatore, con inquadramento nella 7^a qualifica funzionale, nei confronti della Regione Molise, presso la quale era stata temporaneamente comandata, e dove svolgeva di fatto i compiti di funzionario amministrativo. Le correlative mansioni di assistente sociale, peraltro, non erano state mai svolte dall'interessata, che era stata riconvertita dall'amministrazione di appartenenza, e chiamata a svolgere attività relative al profilo amministrativo-contabile.

Il ricorso verte avverso l'esclusione della ricorrente dalla graduatoria concorsuale per la copertura, mediante procedure di mobilità, del posto di direttore amministrativo, inserito in categoria D e nel correlativo profilo professionale, pur avendo la stessa raggiunto il punteggio più elevato tra i concorrenti.

Tale esclusione era stata motivata in relazione al possesso, da parte della medesima ricorrente, di un profilo professionale non corrispondente a quello del profilo ricopribile per mobilità.

In via preliminare, il Giudice decideva circa l'eccezione di difetto di giurisdizione, proposta dalla convenuta Regione, ritenendola infondata, trattandosi nella fattispecie, sì di procedura concorsuale, ma relativa non ad un accesso dall'esterno all'impiego alle dipendenze di una pubblica ammini-

* Direttore settore personale Enti Locali, Ministero dell'Interno



strazione, bensì di trasferimento per mobilità di dipendenti già in servizio presso altre amministrazioni. Tale istituto permette il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse. Infatti, in relazione alla vigente normativa (art. 33 d. lgs. n.29/1993) “le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. Il trasferimento è disposto previo consenso dell’amministrazione di appartenenza”. La fattispecie, pertanto, non rientra tra le ipotesi di “procedure concorsuali per l’assunzione”, per le quali l’articolo 68, comma 4 del predetto d.lgs. n. 29/1993 prevede la competenza esclusiva del giudice amministrativo.

Il ricorso in esame viene ritenuto infondato, comunque, per carenza del *fumus boni iuris*.

Il giudicante ritiene che l’articolo 3 del C.C.N.L. in data 31.3.1999, invocato dalla ricorrente, nel prevedere al comma 2, che “ai sensi dell’articolo 56 del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dal d.lgs. n. 80/1998, tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili”, non intenda affatto sancire l’equivalenza di tutte le mansioni dei profili professionali di ciascuna delle quattro categorie nelle quali il personale del comparto viene contestualmente inquadrato, indipendentemente dal contenuto professionale dei singoli profili e delle mansioni, dai requisiti e dalle capacità professionali di ciascun dipendente, ma si limita a stabilire, con previsione generica, che l’equivalenza delle mansioni ai sensi e per gli effetti dell’articolo 56 del d.lgs. n.29/1993, deve essere valutata in relazione al contenuto professionale delle singole fattispecie.

Tale previsione è necessariamente generica, dovendo le singole amministrazioni provvedere alla ricognizione e alla rideterminazione degli organici, all’individuazione concreta dei profili professionali dei lavoratori “necessari”, nonché delle specifiche mansioni cui gli stessi dovranno essere adibiti, e ciò, in relazione all’attribuzione di funzioni pubbliche e ai modelli organizzativi propri di ogni singola amministrazione. In un tale contesto, il C.C.N.L. non può che limitarsi a stabilire che, previa valutazione, caso per caso, della compatibilità professionale delle mansioni, tutte quelle che risultino sotto tale punto di vista equivalenti, possono essere richieste dal datore di lavoro.

Una diversa interpretazione considererebbe equivalenti mansioni sostanzialmente diverse, come ad esempio, farmacista o ingegnere, mansioni entrambe, comunque, ascrivibili ai sensi del vigente C.C.N.L. nell’ambito della medesima categoria.

Nel caso concreto, il profilo di assistente sociale, posseduto dalla ricorrente, non è in alcun modo equivalente a quello di funzionario amministrati-

vo-contabile, per il quale era stato bandito l'avviso di mobilità, essendo profondamente diverse le conoscenze specialistiche richieste al lavoratore, i contenuti dell'attività lavorativa, le problematiche da affrontare, le relazioni organizzative, il settore di attività dell'amministrazione, cui la prestazione inerisce.

Ne deriva, che, la ricorrente non può pretendere, ai fini dell'inclusione nella graduatoria di mobilità, che il proprio profilo professionale sia considerato equivalente a quello richiesto.

L'ordinanza in considerazione, valuta, altresì, se il principio di equivalenza delle mansioni possa essere esaminato in relazione all'esercizio di fatto, da parte della ricorrente, di mansioni tecnico-amministrative, così come certificato dall'amministrazione di appartenenza.

Anche sotto tale profilo, il giudice ritiene infondate le tesi della ricorrente.

Ai sensi dell'articolo 56 del d. lgs. 29/1993, il lavoratore posto alle dipendenze di una pubblica amministrazione deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive; l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti non ha alcun effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore.

A differenza del settore privato, ove a seguito dell'assegnazione del lavoratore a mansioni non equivalenti o comunque superiori a quelle di assunzione, il lavoratore acquisisce ai sensi dell'articolo 2103 del c.c. il diritto ad essere assegnato alle mansioni corrispondenti alle ultime effettivamente svolte, nel settore pubblico la normativa, da un lato non garantisce al prestatore d'opera una pari tutela, potendo questi svolgere solo le mansioni di assunzione o quelle equivalenti ai sensi dei vigenti contratti collettivi, dall'altra vieta espressamente alla pubblica amministrazione - datore di lavoro "privato" - di adibire definitivamente il lavoratore a mansioni non equivalenti, nemmeno su suo consenso o per esigenze d'ufficio, fatti salvi i casi in cui la norma precitata o la contrattazione collettiva permettono l'attribuzione temporanea di mansioni superiori.

Preliminarmente, pertanto, secondo il giudicante, il lavoratore doveva essere riconvertito, dall'amministrazione di appartenenza, nel nuovo profilo professionale nel quale aveva di fatto chiamato il lavoratore dipendente a svolgere la propria prestazione lavorativa, essendo, comunque ininfluenti quelle così di fatto espletate. Avendo lo stesso lavoratore conservato l'originario profilo di inquadramento, tali mansioni non potevano essere prese in considerazione. Parimenti, nessuna modifica del profilo professionale poteva





essere operata dall'ente presso cui il lavoratore era comandato, non essendo quest'ultimo titolare del rapporto di lavoro del dipendente in questione.

Pertanto, l'esercizio di fatto di tali mansioni non ha, ai sensi del precitato articolo 56, alcun effetto ai fini dell'inquadramento della ricorrente, la quale non può vantare alcun diritto ad essere adibita a mansioni amministrativo-contabili appartenenti a un profilo professionale non equivalente a quello originario di inquadramento, e, pertanto, correttamente, è stata esclusa dalla procedura concorsuale in oggetto.

Il contenuto della predetta ordinanza del giudice del lavoro di Campobasso, è stata riconfermata in sede di reclamo al Collegio, ex art. 669 terdecies c.p.c..

Il Collegio, nel ribadire integralmente le motivazioni espresse dal Giudice di primo grado, ha precisato, peraltro, che il contenuto dell'articolo 3 del C.C.N.L. in data 31.3.1999 porta a ritenere che la norma contrattuale in esame non voglia comunque effettuare un'equivalenza automatica ed astratta dei più diversi profili professionali inseriti nelle categorie previste dallo stesso contratto, bensì voglia imporre una valutazione concreta delle caratteristiche intrinseche alle singole funzioni svolte, nell'ambito di ogni profilo professionale, quale valutazione necessaria e funzionale ad un giudizio di equivalenza delle mansioni medesime.

Il contenuto delle precitate ordinanze impone una serie di riflessioni sostanzialmente legate all'ambito di applicazione del principio di equivalenza delle mansioni all'interno della categoria di appartenenza del lavoratore, così come sancita dall'articolo 3 del C.C.N.L. in data 31.3.1999, e al rapporto che le stesse assumono, in relazione al disposto di cui all'articolo 56 del d. lgs. n.29/1993 (oggi articolo 52 del d. lgs. n. 165/2001).

In via preliminare, bisogna esaminare il disposto letterale del precitato art. 3 e i limiti che lo stesso C.C.N.L. dei dipendenti degli enti locali, pone al principio della fungibilità delle mansioni all'interno della categoria di appartenenza del lavoratore.

La norma contrattuale, dopo aver previsto l'articolazione del sistema di classificazione del personale in quattro categorie, afferma, ai commi 2 e 3, che "ai sensi dell'articolo 56 del d. lgs. n. 29 del 1993, come modificato dal d.lgs. n.80 del 1998, tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto professionalmente equivalenti sono esigibili. L'assegnazione di mansioni equivalenti costituisce atto di esercizio del potere determinativo del contratto di lavoro. L'assegnazione di mansioni proprie della categoria immediatamente superiore costituisce il solo atto lecito di esercizio del potere modificativo".

Tale norma, che va letta nella sua interezza, pone una serie di problematiche applicative.

In primo luogo, stabilisce che tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto equivalenti sono esigibili. In tal modo, prioritariamente, determina e limita l'esercizio dei poteri datoriali attribuiti alla pubblica amministrazione, oggi datore di lavoro "privato". Vieta, pertanto, al datore di lavoro pubblico di far svolgere al dipendente mansioni inferiori - precedentemente ammesse dal d.lgs. n. 29/1993 seppure con il limite della rotazione e della saltuariet  - in quanto degradanti e, pertanto, offensive della dignit  del lavoratore, e permette l'esercizio delle mansioni superiori solo e nei limiti di cui alla disciplina contrattuale o al contenuto normativo di cui al citato art. 56. Al fine di evitare un indebito arricchimento del datore di lavoro pubblico prevede, comunque, che il lavoratore il quale abbia svolto mansioni superiori riceva il differenziale stipendiale in relazione alle mansioni di fatto svolte, ma le stesse in nessun caso possono portare all'inquadramento nella nuova qualifica. Contestualmente, viene sancita la responsabilit  personale del dirigente che ha permesso lo svolgimento delle predette mansioni superiori, al di fuori dei limiti normativamente posti.

In un tale ambito, tutte le mansioni sono equivalenti e, pertanto, esigibili da quel particolare datore di lavoro che   la pubblica amministrazione. Ma, poich  il contenuto del rapporto di lavoro "privatizzato" viene ad essere definito in quella particolare forma di sinallagma che   il contratto individuale di lavoro, in cui il lavoratore si impegna a prestare una sua particolare attivit  contrattuale a favore del "datore di lavoro", ricevendone in compenso un salario individuale,   nel contratto individuale di lavoro che bisogna cercare il contenuto e i limiti della prestazione individuale, cui il lavoratore si   impegnato al momento della firma del contratto, essendo lo stesso tenuto ad eseguire tutte quelle prestazioni che si   impegnato ad effettuare al momento della stipula.

D'altra parte, il momento costitutivo del rapporto di lavoro, non   pi  l'unilaterale atto di nomina, ma il contratto individuale di lavoro, da cui nascono una serie di reciproche obbligazioni (v. art. 36 d. lgs. n.29/1993, oggi art. 35 del d. lgs. 30 marzo 2001, n.165 il quale stabilisce che l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con il contratto individuale di lavoro).

Pertanto, una pubblica amministrazione, in tal modo contrattualmente vincolata, potr  chiedere al proprio dipendente di svolgere tutte quelle mansioni considerate equivalenti, solo se tale equivalenza   stata sancita al momento della stipula del contratto individuale di lavoro, dovendone questo determinare integralmente il contenuto della prestazione, cos  come dovuta dal lavoratore dipendente.

Solo in un tale ambito, contrattualmente predefinito,   possibile considerare come equivalenti, e pertanto esigibili, tutte le mansioni ascrivibili ad



una certa categoria.

Pur tuttavia, tale fungibilità delle mansioni trova un limite, previsto nello stesso C.C.N.L., quando una norma di legge prevede, ai fini dell'accesso, il possesso di uno specifico titolo di studio o di particolari requisiti professionali per poter esercitare le funzioni inerenti uno specifico profilo (ad es. ingegnere, farmacista, geometra etc.). In tal caso, il requisito professionale richiesto, costituisce un limite interno all'applicazione del principio della equivalenza, e, pertanto, alla esigibilità delle mansioni all'interno della categoria di appartenenza.

Infatti, l'articolo 4, comma 4, del C.C.N.L. del personale degli enti locali, sottoscritto il 31.3.1999, nel disciplinare la progressione verticale dei dipendenti nel sistema di classificazione, prevede che "alle procedure selettive del presente articolo è consentita la partecipazione del personale interno, anche prescindendo dai titoli di studio ordinariamente previsti per l'accesso dall'esterno, fatti salvi quelli previsti da norme vigenti".

Pertanto, il limite all'equivalenza delle mansioni all'interno della categoria è da ricercarsi nel titolo di studio previsto per l'accesso, per cui, ad esempio, nella categoria C, mentre sono fungibili i profili per il cui accesso è genericamente previsto un diploma di scuola media superiore (ad esempio ufficiale amministrativo) non lo sono i profili di geometra e ragioniere, per i quali è previsto uno specifico titolo di studio. Ne deriva, che, nell'ambito del contenuto del contratto individuale di lavoro, una volta sancito il principio della fungibilità delle mansioni nella categoria, potrà essere chiesto al ragioniere o al geometra di svolgere le funzioni di ufficiale amministrativo, ma non viceversa.

Un ulteriore limite al principio della fungibilità delle prestazioni dovute dal lavoratore all'interno della categoria di appartenenza, è stato posto dalla giurisprudenza che, nel ritenere, comunque, prevalente il divieto di richiedere al lavoratore dipendente lo svolgimento di mansioni inferiori o comunque degradanti, ha stabilito che possano sussistere mansioni degradanti anche all'interno della medesima categoria di appartenenza, limitando, in tal modo, i poteri datoriali del privato datore di lavoro.

Su tale aspetto si è pronunciata la suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 7040 del 17 luglio 1998, stabilendo che "ai fini della valutazione della sussistenza di un corretto esercizio dello "ius variandi" da parte datoriale, non è sufficiente verificare se le nuove mansioni siano comprese nel livello contrattuale nel quale è inquadrato il dipendente, essendo necessario verificare, altresì, l'equivalenza in concreto di tali mansioni con quelle in precedenza assegnate, alla stregua del contenuto, della natura e delle modalità di svolgimento delle stesse, atteso che la suddetta equivalenza presuppone che le nuove mansioni, pur se non identiche a quelle in precedenza esple-



tate, corrispondano alla specifica competenza tecnica del dipendente, ne salvaguardino il livello professionale, non lo danneggino altrimenti, nell'ambito del settore o socialmente, e siano comunque tali da consentire l'utilizzazione del patrimonio di esperienza lavorativa acquisita nella pregressa fase del rapporto; di guisa che, sussiste la violazione del disposto di cui all'articolo 2103 c.c. qualora le nuove mansioni, pur comprese nel livello o nella categoria contrattuale già attribuito al dipendente, comportino una lesione del suo diritto a conservare e migliorare la competenza o la professionalità maturata, o pregiudichino quello al suo avanzamento graduale nella gerarchia del settore".

In una tale chiave di lettura del principio della fungibilità delle prestazioni all'interno della categoria, la Corte di Cassazione, nella sua funzione nomofilattica, ha dettato con la sentenza n. 2428 del 17 marzo 1999, gli elementi in base ai quali è esercitabile dal datore di lavoro privato (e oggi lo è anche la pubblica amministrazione che ai sensi dell'articolo 4 del d.lgs. n.29/1993, divenuto art. 5 del d.lgs. n.165/2001, che le ha attribuito "la capacità e i poteri del privato datore di lavoro") il potere di variare il contenuto della prestazione del lavoratore dipendente.

Pertanto, qualora il dipendente contesti la legittimità dell'esercizio dello "ius variandi" della prestazione, "l'indagine devoluta al giudice di merito, da effettuare per gradi, si articola in varie direzioni ed afferisce:

1. alla eventuale variazione del livello retributivo raggiunto;
2. all'accertamento delle mansioni previste all'atto dell'assunzione e concretamente poi svolte, nonché all'esatto inquadramento delle stesse nel corrispondente livello del contratto collettivo di categoria;
3. alla rigorosa individuazione delle nuove mansioni affidate al lavoratore, inquadrandole come da contrattazione collettiva;
4. alla equivalenza o meno delle nuove mansioni a quelle precedentemente espletate, rispetto all'inquadramento astratto e formalistico di categoria, secondo il C.C.N.L.;
5. all'accertamento comparativo delle stesse in concreto, sotto il profilo della loro equivalenza o meno, in relazione alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto ed all'utilizzazione del patrimonio professionale acquisito nella pregressa fase del rapporto e nella precedente attività svolta;
6. all'applicazione del principio che il lavoratore deve essere adibito a funzioni confacenti alle proprie qualità, nell'ottica di un costante loro affinamento e di una progressiva evoluzione delle stesse."

In relazione a quanto sopra deve, pertanto, rilevarsi come il principio dell'equivalenza delle mansioni all'interno della categoria di appartenenza sia applicabile anche nell'ambito delle pubbliche amministrazioni locali, a





condizione che tale principio sia esplicitamente previsto nell'ambito del contratto individuale di lavoro, che la normativa di accesso non preveda per quel profilo professionale uno specifico titolo correlato alle funzioni da svolgere, e che, in ogni caso, l'esercizio dello "ius variandi" della prestazione non porti ad una "reformatio in peius" delle condizioni del lavoratore.

Pertanto, nel caso dell'ordinanza esaminata, il giudice, al fine di escludere la fungibilità del profilo di inquadramento, in relazione alla procedura in atto, avrebbe dovuto verificare se il titolo di studio ed i requisiti di professionalità posseduti dalla dipendente, in rapporto ai regolamenti di accesso esistenti presso l'ente che aveva bandito la procedura concorsuale per mobilità, permettessero o no l'accesso dell'interessata al posto messo a concorso, prescindendo dalla aprioristica affermazione della non corrispondenza formale tra il profilo professionale posseduto e quello relativo al posto messo a concorso, essendo, peraltro, influenti, ai fini della questione affrontata, le problematiche connesse all'esercizio di fatto di mansioni equivalenti, stante il principio, contrattualmente sancito - con i sopraccitati limiti - dell'equivalenza e della esigibilità delle mansioni all'interno della categoria di appartenenza.

Tribunale di Campobasso - Ordinanza EX ART. 669 septies cpc

Il Giudice del Lavoro, dott. Massimo De Cesare;
nel procedimento cautelare portante il nr 6112001 r.g.lav., promosso da: F. M. A.;

contro

Regione Molise (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Campobasso

avente ad oggetto ricorso ex art. 700 cpc sospensione esclusione da graduatoria concorsuale e provvedimenti conseguenti;
sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 5.3.2001;

Osserva

Con ricorso depositato il 12.2.2001 F. M. A., premesso di essere stata assunta alle dipendenze del Ministero del Lavoro il 22.3.1999 Come assistente sociale coordinatore ed inquadrata nella 7° qualifica funzionale, e di avere prestato servizio presso la Direzione Provinciale del lavoro di Belluno sino al 25.1.2000, impiegata prevalentemente nell'ambito dell'area conflitti di lavoro con funzione di presiedere la Commissione provinciale di conciliazione per le controversie di lavoro esponeva di essere stata trasferita temporaneamente in base a richiesta di comando formulata dalla Regione Molise

con delibera di Giunta del 2.3.2000 e nulla osta dell'Amministrazione di appartenenza presso il settore Lavoro della Regione medesima, per un periodo di dodici mesi, salvo proroghe nell'attesa dell'espletamento delle procedure per la copertura definitiva mediante mobilità volontaria del posto di funzionario amministrativo, al momento vacante, ed effettivamente svolgendo mansioni di funzionario amministrativo;

di avere. in data 28.8.2000, a seguito della pubblicazione dell'avviso di mobilità per posto presso la Regione Molise di categoria D, profilo professionale D 11 - amministrativo - contabile, figura professionale di direttivo amministrativo, proposto domanda di trasferimento per la copertura del posto allegando la documentazione necessaria ed in particolare un'attestazione dell'Amministrazione di appartenenza nella quale il direttore dichiarava che non essendosi più resa necessaria la figura dell'assistente sociale, era stata riconvertita alle funzioni specifiche del profilo contabile. Esponeva inoltre che la Giunta Regionale del Molise, con delibera n. 1671/2000, aveva approvato la graduatoria concorsuale degli aspiranti ai posti di cui al citato avviso di mobilità, graduatoria da cui era stata esclusa; pur avendo raggiunto un punteggio più elevato tra i concorrenti, con la motivazione del mancato possesso di profilo professionale corrispondente a quello del posto in mobilità. Deduceva l'illegittimità dell'esclusione per violazione dell'art. 56 d.lgs. 29/93 e dell'art. 3 del CCNL 31.3.1999 per i dipendenti delle regioni, in quanto, avendo sempre svolto mansioni di funzionario amministrativo, tra l'altro proprio nel settore Lavoro, ove era la carenza di organico che la Regione intendeva coprire con la procedura di mobilità, non poteva essere ancora considerata come appartenente al profilo professionale di assistente sociale, avendo al contrario acquisito, per effetto dello svolgimento delle relative mansioni, equivalenti a quelle originarie in quanto appartenenti come le prime alla categoria "D" dell'inquadramento previsto dal CCNL il profilo professionale di funzionario amministrativo contabile come attestato dalla stessa amministrazione di appartenenza, pertanto, assumendo che il ritorno a Belluno, a Seguito della scadenza del periodo di comando, la avrebbe esposta a pericolo di danno grave ed irreparabile dovendosi allontanare dal nucleo familiare residente in provincia di Campobasso pur avendo tre figli, l'ultimo dei quali neonato, e convivendo con il suocero, in gravi condizioni di salute chiedeva che nelle more del giudizio di merito venisse sospesa o disapplicata la delibera della Giunta Regionale della Regione Molise n. 1671/2000, limitatamente alla propria esclusione dalla graduatoria concorsuale e per l'effetto venisse ordinato alla Regione Molise di ammetterla in graduatoria e valutarla ai fini della copertura dei posti banditi, e con reintegra provvisoria, fino all'esaurimento della procedura di mobilità, nelle mansioni cui era adibita a seguito del conio presso la Regione medesima, Si





costituiva in giudizio la Regione Molise deducendo in rito il difetto di giurisdizione dell'a.g.o., trattandosi di materia concorsuale, devoluta alla giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 68 d.lgs. n. 29/93; nel merito, il difetto, in capo alla ricorrente, del requisito del possesso dello specifico profilo professionale corrispondente al posto da coprire, previsto dal bando di concorso¹ essendo del tutto irrilevante l'esercizio di fatto di determinate mansioni, che costituisce un fatto interno all'Amministrazione di appartenenza, ma senza alcuna rilevanza esterna, Compromettendosi, in caso contrario, i principi di certezza e parità tra i concorrenti e l'affidamento nelle previsioni del bando di concorso, e non essendo, comunque, il profilo professionale posseduto, di assistente sociale, fungibile con quello richiesto, né avendo la ricorrente il titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno del posto in mobilità. Chiedeva quindi che il ricorso Venisse dichiarato inammissibile o, comunque, rigettato.

Radicatosi il contraddittorio, non ammessa l'audizione dei testi adottati dalla ricorrente essendo pacifici i fatti di causa, i procuratori delle parti insistevano nelle proprie conclusioni ed il giudicante si riservava di provvedere.

L'eccezione di difetto di giurisdizione proposta dalla Convenuta è infondata, trattandosi, nella fattispecie, si di procedura concorsuale, ma relativa non ad accesso dall'esterno all'impiego alle dipendenze di pubblica Amministrazione, bensì a trasferimento cd. per mobilità di dipendenti 8i~ in servizio presso altre Amministrazioni.

Tale istituto, correntemente denominato "mobilità", e espressamente previsto dal d.lgs. n. 29/93 all'art. 33. e denominato "passaggio diretto di personale tra amministrazione diverse", in base alla, disposizione di legge, le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica di servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento; il trasferimento è disposto previo consenso dell'amministrazione di appartenenza. Per quanto attiene ai trasferimenti presso la Regione Molise, l'atto di organizzazione sulla mobilità volontaria adottato con delibera di Giunta no 129/99 prevede che i dipendenti trasferiti, dopo il consenso dell'amministrazione di appartenenza, vengano direttamente inseriti nei ruoli dell'Amministrazione di destinazione ed assegnati ai posti vacanti, senza stipula di nuovo contratto individuale di lavoro ed anzi con continuità del rapporto, conservazione di anzianità e trattamento economico maturati.

Non si tratta quindi, di "procedure concorsuali per l'assunzione" di dipendenti ai sensi dell'art. 68, c. 4 d.lgs. 29/93, in quanto, avvenendo l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. medesimo, mediante stipula di contratto individuale di lavoro, nella fattispecie difetta proprio l'assunzione quale. esito della procedura.

Nel merito, il ricorso é infondato per carenza di *fumus boni juris*. Osserva in primo luogo il giudicante che l'art. 3 dei CCNL invocato dalla ricorrente, nel prevedere, al c 20., che "ai sensi dell'art. 56 d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dal d.lgs. no 80 del 1998, tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili", non intende affatto sancire l'equivalenza di tutte le mansioni di tutti i profili professionali di ciascuna delle quattro categorie nelle quali il personale delle Regioni e delle Autonomie locali viene contestualmente inquadrato, indipendentemente dal contenuto professionale dei singoli profili e mansioni e dai requisiti e dalle capacità professionali di ciascun dipendente ma si limita a stabilire con previsione generica che l'equivalenza delle mansioni ai sensi e per gli effetti dell'art. 56 d.lgs. no 29/93. va valutata avuto riguardo al contenuto professionale delle singole mansioni.

La previsione e' necessariamente generica, in quanto dovendo le singole amministrazioni, ai sensi dell'art 6 d.lgs. N. 29/93, provvedere alla ricognizione e rideterminazione dei propri organici, l'individuazione concreta (oltre che, ovviamente, del numero dei profili professionali dei lavoratori necessari, delle specifiche mansioni cui dovranno essere adibiti, nonché dei compiti loro affidati, dipende dalle "attribuzioni di funzioni pubbliche e dall'organizzazione proprie di ogni singola amministrazione ed è quindi demandata alle amministrazioni stesse. L'ordinamento degli uffici delle Regioni, del resto, è attribuito dall'art. 117 Cost. alla competenza legislativa primaria delle Regioni stesse.

In tale quadro, il CCNL che ha validità generale per tutto il comparto Regioni-Autonomie Locali, non può che limitarsi a stabilire che, previa valutazione caso per caso della compatibilità professionale delle varie mansioni, tutte quelle che risultino sotto tale punto di vista equivalenti possono essere richieste al prestatore di lavoro. L'interpretazione sostenuta dalla ricorrente, del resto, porterebbe al risultato irragionevole di considerare equivalenti, ad es., le mansioni di farmacista con quelle di ingegnere, o di psicologo essendo tutti i relativi profili professionali inquadrabili nella categoria "D" in base alla declaratoria dell'allegato A del CCNL.

Orbene, e avuto riguardo con riferimento alla fattispecie alle declaratorie del CCNL, il profilo professionale di assistente sociale posseduto dalla ricorrente non è in alcun modo equivalente a quello di funzionario amministrativo-contabile relativamente al quale la Regione Molise ha bandito l'avviso di mobilità per cui è causa, essendo profondamente diverse le Conoscenze specialistiche richieste al lavoratore, i contenuti dell'attività lavorativa, le problematiche da affrontare le relazioni organizzative interne ed esterne attinenti al lavoro, il settore dell'attività dell'amministrazione cui la prestazione lavorativa inerisce. La ricorrente non può quindi pretendere che, ai fini del-





l'inclusione nella graduatoria concorsuale in contestazione, il profilo professionale di appartenenza sia considerato equivalente a quello richiesto nell'avviso di mobilità. Va quindi valutato se tale equivalenza possa essere affermata per il solo fatto dello svolgimento in Concreto, da parte della ricorrente, di mansioni tecnico-amministrative per come certificate dall'Amministrazione di appartenenza. Invero nell'attestazione del capo dell'ufficio gestione risorse umane ed affari generali della Direzione Provinciale del Lavoro di Belluno del 21.12.1999 si legge che la ricorrente, assistente sociale coordinatore, "è stata impegnata prevalentemente nell'ambito dell'area Conflitti di lavoro del Servizio Politiche del Lavoro con funzione di presiedere la Commissione provinciale di conciliazione per le Controversie individuale di lavoro". Nella successiva attestazione del medesimo ufficio del 23.10.2000 si legge che la ricorrente, "poiché non si è resa più necessaria la figura di Assistente Sociale è stata riconvertita alle funzioni specifiche del profilo amministrativo-contabile". Con ciò la ricorrente sostiene di avere comunque acquisito il profilo professionale richiesto per il posto in mobilità.

La tesi della ricorrente, avuto riguardo al contenuto ed ai limiti del jus variandi del datore di lavoro nelle pubbliche Amministrazioni, ed ai conseguenti diritti del prestatore di lavoro, è infondata.

Invero in base alla previsione dell'art. 56 del d.lgs. n.29/93 il lavoratore alle dipendenze delle pubbliche Amministrazioni deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive; l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore. A differenza quindi che nel settore privato, ove a seguito dell'assegnazione del lavoratore comunque avvenuta in punto di fatto, a mansioni non equivalenti a quelle di assunzione il lavoratore acquista ex art. 2103 c.c. il diritto ad essere assegnato a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, nel settore pubblico la normativa vigente da un lato non garantisce pari diritto al prestatore di lavoro (cfr: in termini Pret. Napoli 24 3.1999, in Mass. Foro It. 1999), il quale può svolgere solo le mansioni di assunzione o altre equivalenti secondo le previsioni contrattualcollettive, dall'altro, ed in primo luogo, vieta espressamente al datore di lavoro l'adibizione definitiva del lavoratore a mansioni non equivalenti, nemmeno su suo consenso e nemmeno in caso di sussistenza di esigenze di ufficio. Le pubbliche amministrazioni, difatti essendo obbligate, in base alle disposizioni del d.lgs. n. 29/93, al rispetto delle previsioni di organico, possono sopperire alle relative vacanze, nel rispetto del d.lgs. medesimo, o con il passaggio diretto di dipendenti,

o con assunzioni dall'esterno, ovvero con le procedure di mobilità propriamente dette (relative cioè al trasferimento del personale in esubero).

La Direzione Provinciale del Lavoro di Belluno, pertanto per potere riconvertire al profilo amministrativo-contabile la ricorrente, avrebbe dovuto, in presenza di posti vacanti in organico, procedere a mobilità interna cd. orizzontale, inserendola, previa verifica del possesso dei requisiti professionali richiesti, nel relativo posto in organico. Al contrario, almeno allo stato degli atti, non risulta che ciò sia avvenuto, ma appare che l'adibizione della ricorrente a mansioni amministrativo-contabili si sia verificata in via di puro fatto, conservando essa il profilo professionale originario, ciò che, del resto, è pacifico, qualificandosi la ricorrente stessa come assistente sociale.

Parimenti, anche nel periodo trascorso in comando presso la Regione Molise la ricorrente è stata solo di fatto adibita a mansioni amministrativo-contabili conservando l'inquadramento nel profilo professionale originario, inquadramento su cui la Regione Molise non avrebbe potuto incidere, non essendo la ricorrente alle proprie dipendenze.

L'esercizio di fatto di tali mansioni non ha quindi, ai sensi dell'art. 56 d.lgs. n° 29/93 cit., alcun effetto ai fini dell'inquadramento della ricorrente, la quale, di conseguenza, non può vantare alcun diritto a, continuare ad essere adibita a mansioni amministrativo-contabili appartenenti a profilo professionale non equivalente a quello di inquadramento, ed è pertanto correttamente stata esclusa dalla procedura concorsuale in oggetto.

Data la situazione personale e familiare della ricorrente, e la particolarità della questione, si reputa opportuno disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite.

PQM

rigetta il ricorso, e compensa tra le parti le spese di lite.

Manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti della presente ordinanza.

Così deciso in Campobasso, 8.3.2001.

Depositata in cancelleria il 13.3.2001.



Rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare nel pubblico impiego

Nota di Paola Briguori*



81

Le premesse di fatto della decisione

La sentenza del Giudice del lavoro di Reggio Emilia, pronunciata nel vigore della disciplina precedente alla l. 27 marzo 2001 n.97, affronta la delicata questione del rapporto fra procedimento penale e procedimento disciplinare nel pubblico impiego, nonché i connessi particolari temi della durata della sospensione cautelare dall'impiego e della individuazione del dies a quo da cui far decorrere gli effetti del licenziamento disciplinare.

Questi i fatti sui quali il Tribunale di Reggio Emilia è stato chiamato a pronunciarsi.

Il Ministero delle Finanze, non appena a conoscenza dell'arresto di un proprio dipendente imputato di concussione, ne disponeva la sospensione cautelare dal servizio.

Trascorsi cinque anni, termine massimo di efficacia di tale misura, il dipendente veniva riammesso in servizio. A distanza di un anno, la Corte di Cassazione confermava definitivamente la responsabilità penale del lavoratore.

Successivamente alla pronuncia del giudice di legittimità, l'amministrazione contestava al dipendente gli addebiti disciplinari relativi alla condotta oggetto di accertamento penale, dando, pertanto, avvio solo allora al procedimento disciplinare.

A conclusione di tale procedimento, il Ministero irrogava nei confronti del dipendente la sanzione del licenziamento senza preavviso ai sensi dell'art.25, comma V, lettere d) ed e) punto 1 del CCNL Ministeri, con effetti decorrenti dalla data di sospensione cautelare dal servizio.

Il Tribunale, affermata la propria giurisdizione a norma dell'art.45

* Funzionario presso l'Ufficio Contenzioso, Ministero della Giustizia



comma 17 del d.lgs. n.80/98, ha affrontato diverse questioni relative alla legittimità dell'operato dell'amministrazione nel corso del processo penale e di quello disciplinare. In particolare esso ha esaminato il problema della tempestività della contestazione disciplinare, effettuata solo a distanza di oltre sei anni dalla commissione del fatto, alla luce degli artt. 103, 104, 105 d.p.r. n. 3/57 e 24 CCNL, nonché la legittimità della sospensione cautelare dal servizio nonostante l'assenza di tale contestazione.

Ha poi accertato da quando dovessero decorrere gli effetti del licenziamento disciplinare, se dalla data della sospensione dal servizio ovvero dalla data della irrogazione della sanzione stessa, con evidenti effetti sullo status giuridico ed economico del dipendente.

Altri problema vagliato dal Tribunale emiliano è stato quello della legittimità della formazione del provvedimento disciplinare con riferimento alla sussistenza nella specie dei necessari poteri in capo al funzionario che ha istruito il procedimento ed in capo a quello che ha sottoscritto l'atto finale, nonché del rispetto del diritto alla difesa del lavoratore nel corso del procedimento stesso.

Il caso prospettato risulta, come detto, interamente soggetto alla disciplina previgente. È opportuno quindi muovere da questa, per poi concludere con l'esame delle novità introdotte in materia dal legislatore.

Rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale

Prima della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, la materia disciplinare era regolata in via esclusiva da fonti unilaterali (leggi, regolamenti, atti amministrativi). L'introduzione della contrattazione collettiva come fonte della materia è stata quindi, esattamente considerata, da autorevole dottrina, di portata "rivoluzionaria"¹.

Le clausole contrattuali regolano ora direttamente le vicende del procedimento disciplinare nel pubblico impiego in pendenza del processo penale, salve le disposizioni inderogabili di cui alla cit. l. n.97/01.

Quando il dipendente pubblico si rende responsabile di gravi illeciti di rilevanza penale per i quali vi è l'obbligo di denuncia, l'Amministrazione contestualmente all'avvio del procedimento disciplinare ovvero nel corso

1. (così, Noviello, Le sanzioni e il procedimento disciplinare nei nuovi contratti collettivi del pubblico impiego, in *Enti Pubblici* suppl. n.2/97, 56)

dello stesso, ove la rilevanza penale del fatto emerga in un secondo tempo, inoltra la denuncia alle autorità competenti. Il principio che governa la materia, enucleabile dalla fonte contrattuale, è che il procedimento disciplinare resta sempre sospeso fino alla sentenza definitiva (art.25 CCNL comparto Ministeri).

Pertanto, il CCNL comparto Ministeri, come già era previsto nella disciplina del t.u. n.3/57 (artt. da 78 a 87, da 91 a 99, art.134, ora disapplicati dall'art.43 del CCNL Ministeri), assegna prevalenza all'azione penale, cui viene subordinato nei tempi e nei modi l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro.

Nel caso in cui il dipendente venga sottoposto a una misura restrittiva della libertà personale, ovvero nei casi richiamati dall'art.27 CCNL (art.15, comma 1 l. n 55/90 e succ. modif.), il datore di lavoro pubblico ha l'obbligo di sospenderlo cautelatamente dal servizio con privazione della retribuzione per la durata della sanzione, fatta esclusione per gli assegni per il nucleo familiare oltre a una indennità pari al 50% della retribuzione.

Accanto a tale sospensione obbligatoria, è prevista, altresì, quella facoltativa. Questa presuppone che il dipendente, sempre che non sia comminata una misura detentiva (nel qual caso si ricade nell'ipotesi di obbligatorietà) si sia reso responsabile di (e sia rinviato a giudizio per) fatti connessi al lavoro o comunque tali, che se accertati, comportino la sanzione disciplinare del licenziamento.

Il formale provvedimento di rinvio a giudizio, come più volte puntualizzato dal giudice amministrativo è condizione necessaria per disporre la sospensione. È stato peraltro opportunamente precisato dal Consiglio di Stato che il provvedimento cautelare con cui in sede giudiziaria viene sospesa l'efficacia di un atto di sospensione dal servizio adottato in assenza di quel requisito, non pregiudica il potere dell'amministrazione di riadottare la misura non appena intervenga il decreto del GIP².

La clausola collettiva, con l'esplicita norma di conferimento sopra indicata, risolve ovviamente ogni dubbio sull'esistenza del potere datoriale di sospendere il lavoratore in via cautelativa. Tuttavia la dottrina ritiene che si tratti di una delle tante espressioni del potere direttivo dell'amministrazione



2. (C.d.S., Sez. IV, ordinanza di sospensione 7.11.1997 n.1687; si veda pure C.d.S., IV, 16.01.96 n.98, Cons. St., 1996, I, 70, C.d.S., VI, 8.03.96, n.386, Cons. St., 1996, I, 456.)

ne, esercitabile anche in assenza di previsione contrattuale³ e in questa prospettiva più che di norme di conferimento di un potere le clausole in argomento dovrebbero esser riguardate come norme che ne disciplinano o ne circoscrivono l'esercizio.



84

Della sospensione è stata costantemente confermata la natura non disciplinare, poiché la sua funzione risponde a diverse finalità (esigenze meramente cautelari, di regolamentazione dell'impossibilità di prestare servizio a seguito della carcerazione, ovvero di attribuzione di efficacia retroattiva all'eventuale risoluzione del rapporto di lavoro). La sospensione dal servizio e il licenziamento per giusta causa, si afferma costantemente, sono provvedimenti diversi per natura e disciplina e la loro autonomia non viene meno neanche nel caso che tra i due atti sussista un collegamento funzionale, venendo il primo adottato in via meramente cautelare in attesa del secondo⁴.

Le garanzie proprie del procedimento disciplinare, prima fra tutte quella della previa contestazione dell'addebito, non si applicano alla sospensione, salva diversa previsione contrattuale specifica. Né quelle garanzie possono ritenersi dovute comunque al lavoratore per effetto delle regole di correttezza e di buona fede. Al riguardo è stato infatti chiarito come le norme di cui agli artt. 1175 e 1375 del c.c. non fondino autonome obbligazioni (del resto di incerta identificazione) ma precisino le modalità di comportamento nell'esecuzione del contratto, nell'adempimento delle obbligazioni nell'esercizio dei diritti, stabiliti dalle leggi o da contratti. Quindi nel silenzio del contratto collettivo e in assenza di specifiche norme di legge l'obbligo di preventiva contestazione al lavoratore dei (e di audizione dello stesso sui) fatti che determinano la sospensione non può ritenersi autonomamente imposto al datore di lavoro dalle suddette disposizioni del codice civile⁵.

Sulla scorta di tali argomentazioni, la dottrina⁶ ritiene che non sia più requisito di validità dell'atto di sospensione dal servizio la presenza di una sufficiente motivazione. E la conclusione appare in effetti giustificata, se si considera che anche in tale circostanza la Pubblica Amministrazione agisce in veste di datore di lavoro privato, i cui atti, ivi compresa la misura di

3. (Miscione, Sanzioni disciplinari e responsabilità, in *Il Lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci, II, 1699)

4. Cass 24 luglio 1998 n. 7296; nonché ex multis, Cass., 10.12.1986 n. 7350; Cass. 21.1.1987 n. 539; Cass., 13.5.1987 n. 4432; Cons. St., V Sez., 28.10.1988 n. 621; TAR Napoli, V Sez., 28.02.1995, n. 82, in Trib. amm. reg. 1995, I, 1883; TAR Lazio, I Sez., 1.08.1995, n. 1477, ivi, I, 3465; Tribunale Roma Ordinanza ex art.700 c.p.c. 19 luglio 2001, est. Visonà; Tribunale Roma Ordinanza Collegiale 21 agosto 2001, inedite a quanto risulta

5. in tal senso Cass. 30 marzo 1998, n. 3343

6. Miscione, op. cit, 1698

sospensione cautelativa, non sono più provvedimenti amministrativi ma puri atti gestori.

La giurisprudenza peraltro non concorda sul punto, e fa discendere la necessità del requisito in parola dalla natura di atto restrittivo della sfera personale del dipendente, pur ritenendo sufficiente, ai fini della sua efficacia, una motivazione sommaria, consistente nell'enunciazione delle imputazioni penali, quando la natura dei fatti oggetto di queste ultime comportino in re ipsa l'impossibilità della prestazione in seno alla comunità di lavoro⁷. In tal modo, peraltro, la concreta portata dell'obbligo motivazionale si riduce sensibilmente.

La giurisprudenza resta, per contro, assai ferma sulla necessità di congrua motivazione quando si tratti di sospensione facoltativa. Essa addossa infatti all'amministrazione l'onere di rendere ragione del nesso causale tra gli aspetti salienti del crimine ed il turbamento, provocato dal permanere in servizio dell'impiegato, alle attività e l'affidabilità della pubblica organizzazione, tenendo conto della personalità del soggetto e della risonanza ambientale del fatto ascrittogli⁸.

La peculiarità della fattispecie oggetto della decisione in commento sta nell'impossibilità di inquadrarla esattamente in alcuna delle ipotesi di rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare previste dal CCNL Ministeri (art.25), anche se è facilmente assimilabile alla stesse. La fonte contrattuale contempla infatti la sospensione del procedimento disciplinare da parte dell'amministrazione in due casi: quello in cui il procedimento si innesti su "gravi fatti illeciti di rilevanza penale" per i quali viene sporta contestualmente denuncia all'autorità giudiziaria e quello in cui, l'amministrazione venga a conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale a carico del dipendente per i medesimi fatti per i quali è stato avviato il procedimento disciplinare.

Nel caso di specie, invece, l'amministrazione, non appena venuta a conoscenza del fatto contestato e della pendenza del procedimento penale, non ha avviato quello disciplinare, limitandosi a sospendere dal servizio il dipendente. Il procedimento disciplinare è stato attivato solo a seguito della pronuncia della sentenza dell'ultimo grado di giudizio, che ha sancito definitivamente la responsabilità penale del dipendente.

Il giudice di Reggio Emilia ha ritenuto che tale *modus operandi* fosse

7. cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 5.07.97 n.10855; TAR Liguria, Sez. II, 12 marzo 1998 n.96; C.d.S., V, 16.03.99, n.262 Cons. St., 1999, I,400; C.d.S., V, 19.09.99, n.39, Foro amm. , 1999, 84

8. In tal senso, C.d. S., V. 10.07.2000, n.3855, Sett. Giur. 2000, I, 586; C.d.S., IV, 2.06.2000, n.3137, ivi, 2000, I, 463





legittimo. Ha considerato infatti che l'amministrazione non era nella condizioni di dar corso al procedimento disciplinare, poiché, a suo avviso, i fatti che avevano dato avvio all'azione penale e avevano condotto alla condanna del dipendente erano gli stessi oggetto dell'illecito disciplinare. Inoltre - ha osservato - il datore di lavoro era stato reso edotto della pendenza del giudizio solo con l'arresto del lavoratore e, pertanto, non poteva fare altro che emettere l'atto di sospensione dal servizio ai sensi dell'art.27 CCNL cit.

D'altra parte - sempre secondo il Tribunale - posto che la ratio della disciplina che governa la materia è unicamente quella di evitare interferenze tra procedimento penale e procedimento disciplinare, il "non intraprendere" l'azione disciplinare equivaleva, nella specie, alla "sospensione della stessa".

In definitiva, nel caso in questione, l'esistenza di cause esterne provvisoriamente impeditive dell'esercizio dell'azione disciplinare e il particolare atteggiarsi della scoperta dei fatti hanno indotto il giudice a ritenere tempestiva la contestazione dell'addebito disciplinare, effettuata solo in un secondo tempo, al termine dell'ultimo grado di giudizio.

La conclusione, appare conforme a quanto posto in evidenza, in materia, dalla Suprema Corte: l'immediatezza della contestazione deve essere intesa secondo un significato relativo, tale da consentire al datore di accertare le infrazioni disciplinari del lavoratore. In tal modo, il differimento della contestazione diviene una garanzia per il prestatore, che ha il vantaggio di avere usufruito delle ampie possibilità di difesa offerte dal giudice penale e dall'intervento del giudice terzo⁹.

D'altra parte, il giudice emiliano ha rilevato che lo scarto temporale tra la commissione dei fatti e l'inizio dell'iter disciplinare che ha condotto al licenziamento del dipendente è stato assolutamente irrilevante sul piano delle garanzie difensive, poiché il lavoratore, lungamente impegnato nella propria difesa dall'accusa penale, avrebbe avuto proprio per questo tutto il tempo e gli strumenti per predisporre le proprie difese anche ai fini della successiva contestazione disciplinare.

La sentenza ha infine affrontato il problema della regolare riattivazione del procedimento disciplinare. La norma contrattuale (art.25, comma 8 CCNL cit.) dispone al riguardo che il procedimento disciplinare sospeso è riattivato entro 180 giorni da quando l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza definitiva. La norma non precisa dunque se ai fini in discorso occorra la comunicazione del testo integrale della decisione. Il Tribunale per l'esperibilità dell'azione disciplinare ha ritenuto sufficiente la conoscenza del

9. cfr. Cass, 05.11.1997, n. 10855

dispositivo dell'ultimo grado di giudizio, che dava conferma della responsabilità del dipendente circa i fatti contestati, senza necessità di attendere il deposito del testo integrale della sentenza comprensivo della motivazione¹⁰.

La durata della sospensione cautelare dal servizio del dipendente in pendenza del giudizio penale. L'art.4 della l. n.97/01



87

L'art.27 del CCNL Ministeri prevede al comma 3 che, una volta venuta meno, con la cessazione della misura detentiva, la causa della sospensione cautelare obbligatoria del dipendente, l'amministrazione possa prolungare il periodo di sospensione del dipendente fino alla sentenza definitiva, per fatti che comporterebbero, se accertati, la sanzione disciplinare del licenziamento.

Prima dell'intervento legislativo del 2001, la sospensione cautelare dal servizio per la pendenza del procedimento penale non poteva comunque avere durata superiore ai cinque anni (comma 8 del cit. art.27; art. 9 l. n.19/90) termine evidentemente posto a garanzia del dipendente, al fine di non frustrare con le lungaggini del processo penale il suo diritto alla permanenza in servizio.

Di regola, pertanto, decorsi i cinque anni, il lavoratore era riammesso in servizio.

Tuttavia, nel silenzio della norma, e seppur con riferimento alla disciplina anteriore alla contrattazione collettiva, la giurisprudenza rilevata l'insufficienza della durata quinquennale della sospensione dal servizio a fronte del protrarsi talvolta inevitabile del giudizio penale, ha ammesso la possibilità per l'amministrazione, se il processo non si è ancora concluso con sentenza definitiva, di prorogare la sospensione dal servizio dopo il quinquennio nella ricorrenza di "gravi motivi"¹¹ suscitando peraltro, in dottrina, dubbi circa la certezza dei requisiti in base ai quali l'amministrazione possa disporre la prosecuzione della misura cautelare¹². La Corte Costituzionale si è spinta sino a ritenere che la revoca imposta dopo il termine previsto non comporta l'obbligo di riammettere il servizio il dipendente, poiché l'amministrazione ha sempre la facoltà di valutare l'opportunità di procedere all'a-

10. per una riflessione sul punto con riferimento alla l. n.97/01,v. Tenore, "I termini cadenzano il procedimento disciplinare e la loro natura ordinatoria o perentoria" in atti del Seminario CSM su "Il potere gerarchico e disciplinare nel rapporto di pubblico impiego, Roma 11.11.2001"

11. (Corte Cost., sent.374/95, in Cons. Stato, 1995, II, 1267; C.d.S., Sez. V, 4.11.97, n.1231, in Giornale di Dir. Amm. 1998, 59)

12. (Miscione, op. cit, 1966)

dozione di un ulteriore atto di sospensione ai sensi dell'art.92 t.u. n.3/57 in presenza di "gravi motivi"¹³.

Nel caso esaminato dal Tribunale emiliano, invece, il Ministero delle Finanze, pur in presenza di un giudicato di condanna, non ha fatto uso della proroga applicando alla lettera la norma contrattuale che imponeva il termine quinquennale. Ne è derivato - ed è un punto importante della decisione - che la sospensione cautelare ha avuto termine in epoca anteriore all'irrogazione della sanzione del licenziamento senza preavviso, con la conseguente reintegra del dipendente nell'attività di servizio e l'attribuzione allo stesso di specifiche mansioni.

Il Giudice emiliano ha preso atto degli effetti distorsivi provocati dalla durata del processo penale ben oltre il periodo massimo di sospensione cautelativa dal servizio. Ha, altresì, osservato che la Pubblica Amministrazione avrebbe operato con l'inevitabile coerenza della necessità, poiché difettava nella specie un'alternativa a quanto posto in essere.

Tuttavia la sentenza non ha avallato tutte le conseguenze che l'amministrazione aveva ritenuto di poter far discendere dalla specificità della situazione. In particolare, applicando il principio del favor prestatoris, data la riammissione in servizio del dipendente con un provvedimento formale della Pubblica Amministrazione, il giudice non ha riconosciuto alla sanzione del licenziamento efficacia retroattiva dalla data della sospensione cautelare, né ha ritenuto che ricorresse la fattispecie prevista dall'art.2126 c.c.

Ne è conseguita una pronuncia dichiarativa della illegittimità della retrodatazione degli effetti del licenziamento alla data di inizio della sospensione cautelare dal servizio e della qualificazione come "servizio di fatto" del lavoro prestato dal ricorrente dal termine della sospensione alla sanzione espulsiva.

Come noto, dottrina (Miscione, op. cit.) e giurisprudenza (Cass., 23. gennaio 1998, n. 624) ribadiscono invece che l'efficacia del provvedimento disciplinare decorre dall'inizio della sospensione cautelare. Nella specie, tuttavia, non vi era spazio per conferire efficacia retroattiva alla sanzione disciplinare, se non considerando "servizio di fatto" quello prestato dal dipendente rientrato in servizio dopo il quinquennio, qualificazione tuttavia poco persuasiva in presenza del formale provvedimento di cui s'è detto, e disattesa dal giudice.

Non si può nascondere che il ritorno in ufficio del dipendente, conse-

13. (Corte Cost., sent.n.447/95, in Giust. Civ.1996, I, 316, nella quale non si esclude che "decorso il termine quinquennale, l'amministrazione possa ricorrere alla sospensione facoltativa come strumento alternativo a garanzia delle proprie ragioni". In tal senso anche C.d.S., sez. VI, 15.04.96 n.551, in Foro Amm. 1996, 1264)



guenza probabilmente inevitabile delle regole contrattuali e delle disfunzioni della giustizia penale, sia stato inopportuno a fronte di una condanna per un reato - la concussione - da considerarsi incompatibile con la permanenza in servizio del responsabile nel luogo di lavoro.

Orbene è interessante far notare come il recente intervento legislativo abbia affrontato e risolto le discrasie del sistema sin ora rilevate, colmando il vuoto normativo che ha condotto nella specie alla riammissione in servizio del lavoratore.

Infatti, l'art.4 della l. n.97/01, per taluni gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (peculato, concussione, corruzione, collusione militare), prevede la sospensione dal servizio del dipendente anche in caso di condanna non definitiva (comma 1) e dispone che la stessa perde efficacia se per il fatto è successivamente pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione anche non definitiva e, in ogni caso, decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato.

Con il rapportare la durata della sospensione alla prescrizione del reato, e quindi, sino al momento in cui è possibile procedere all'accertamento della responsabilità penale, si è inteso offrire un valido strumento di coordinamento tra esercizio dell'azione penale ed esercizio dell'azione disciplinare, legittimando, ma con ben più solido fondamento, la prassi, già menzionata, di quelle amministrazioni che ricorrevano alla proroga della sospensione oltre il quinquennio. La medesima "ratio" del coordinamento fonda anche la previsione della nuova pena accessoria della estinzione del rapporto di impiego o di lavoro, su cui si dirà più diffusamente nel successivo paragrafo.

Senza dubbio, l'aver fissato, come criterio residuale, un limite di durata pari a quello della prescrizione del reato è una previsione molto severa, perché permette il prolungarsi della sospensione anche per periodi di dieci o quindici anni. Ma evidentemente, vista la lunga durata del processo penale, ciò è parso l'unico strumento, per garantire continuità tra i due procedimenti ed efficacia retroattiva alla sanzione disciplinare, con il rischio, tuttavia, di evidenti ripercussioni negative nel caso di assoluzione del dipendente.

Non sono mancati i primi dubbi di costituzionalità proprio sull'ultimo intervento del legislatore.

In particolare, si ricorda l'ordinanza del TAR Campania 2.07.2001 n.212¹⁴, con la quale il giudice amministrativo, nel trasmettere gli atti alla Corte Costituzionale, ha dichiarato non manifestamente infondata - con riferimento agli artt.3, 4, 24, 27, 35, 36, 97 Cost. - la questione di legittimità costi-



14. (in Riv. I TAR, 2001, I, 2060)



tuzionale dell'art. 4 l. n.97/2001 nella parte in cui prevede che in caso di condanna anche non definitiva, ancorché sia concessa la sospensione condizionale della pena per alcuno dei delitti di cui al comma 1 dell'art.3 della stessa legge, l'amministrazione ha l'obbligo di sospendere il dipendente per un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato¹⁵.

Breve excursus sulla l. 27 marzo 2001 n.97

La l. 27 marzo 2001 n.97 ha introdotto una disciplina inderogabile, che prevale sulle norme contrattuali (art.8).

L'intervento del legislatore si riferisce al cd. "settore pubblico allargato"¹⁶ poiché riguarda non solo i dipendenti di amministrazioni o di enti pubblici, ma anche i dipendenti delle amministrazioni pubbliche speciali (autorità amministrative indipendenti, agenzie previste dal d. lgs. n.300/99), di enti pubblici economici e di persone giuridiche private a prevalente partecipazione pubblica¹⁷, andando ben oltre i rapporti di lavoro disciplinati nel d. lgs. n.29/93.

Nei primi commenti sulla recente novella è stato posto in luce come essa rappresenti una sorta di ripensamento del legislatore, che ha ora ritenuto di non poter lasciare completamente alla fonte contrattuale la regolamentazione del procedimento disciplinare e i provvedimenti cautelari adottabili, soprattutto con riferimento ai reati più gravi contro la pubblica amministrazione¹⁸. La nuova disciplina sembra avere dato risposta ai numerosi dubbi interpretativi sorti con riferimento alla normativa previgente.

Diverse le novità apportate.

Della sospensione cautelare del dipendente nel corso del procedimento penale, si è già detto. È importante, al riguardo, aggiungere che, per i reati più gravi commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, il datore di lavoro può sospendere il lavoratore dal servizio anche in caso di pronuncia di sentenza non definitiva (art.4) - pure se a seguito di patteggiamento (arg. dal nuovo testo dell'art.445c.p.p.) - ovvero può trasferirlo o attribuirgli un diverso incarico (art.3).

15. (ma, sul punto, Trib. Frosinone 15.01.2002, Est. Riga, in www.formez.it, che ha invece dichiarato la questione manifestamente infondata)

16. (Forlenza, in Guida al Diritto n.16 del 28 aprile 2001, 80)

17. (sul punto, Brandolini, Qualificazione giuridica della s.p.a. a partecipazione pubblica, giurisdizione della Corte dei conti alla luce della l. n.97/01, in Rivista della Corte dei conti, IV, 2001, 149)

18. (Forlenza, op.cit.)

Particolare rilievo assume anche l'introduzione (art.5) della già citata nuova pena accessoria della "estinzione del rapporto di impiego o di lavoro", che può essere comminata nel caso di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni per i delitti di cui agli artt. 314 comma 1, 317, 318, 319, 319ter e 320. In tal modo, per la gravità dei reati commessi e della pena principale comminata, in sede penale si anticipa l'effetto della sanzione espulsiva che sarebbe conseguita solo al termine del giudizio disciplinare.

Evidenti ragioni di snellezza del procedimento sono alla base anche dell'introduzione della particolare disciplina del giudizio disciplinare consequenziale alla sentenza penale irrevocabile di condanna, nel corso del quale può disporsi l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego entro i termini di avvio e di conclusione del procedimento disciplinare stesso. Si richiede che il procedimento disciplinare debba avere inizio ovvero proseguire, se sospeso, entro novanta giorni dalla comunicazione della sentenza e terminare, salvi termini diversi previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro, entro i successivi centottanta giorni, fermo quanto disposto dall'art. 653 del c.p.p.

Il legislatore ha ridefinito lo spazio di efficacia della sentenza penale nel giudizio disciplinare, prevedendo che anche la sentenza di condanna e quella pronunciata a seguito di patteggiamento, accanto a quella di assoluzione, abbiano efficacia di giudicato nel procedimento disciplinare.

Con riferimento, poi, alla sentenza irrevocabile di assoluzione, prima della riforma lo spazio di efficacia era ristretto soltanto a quella pronunciata in seguito a dibattimento e unicamente "quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso". Ora, con la novella all'art.653 c.p.p., l'efficacia di questo tipo di sentenza è dilatata, poiché essa ha valore di giudicato anche se pronunciata in seguito a giudizio abbreviato ed anche quanto all'accertamento che il fatto "non costituisce illecito penale".

Inoltre, il comma 1bis del suddetto articolo prevede che la sentenza irrevocabile di condanna ha efficacia nel giudizio disciplinare "quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato non lo ha commesso".

Con la novella all'art.445 c.p.p. la sentenza irrevocabile di patteggiamento è, pertanto, equiparata alla sentenza di condanna. Prima dell'intervento del legislatore, la lettura di quest'ultima norma non lasciava dubbi. Si richiedeva che la Pubblica Amministrazione procedesse nel corso del procedimento disciplinare ad una nuova valutazione dei fatti, poiché la sentenza pronunciata a seguito di patteggiamento non aveva efficacia di





giudicato in tale giudizio¹⁹ anche se non erano mancati da parte della giurisprudenza amministrativa, ancor prima della novella, tentativi di parificare il patteggiamento alla sentenza di condanna. In talune pronunce, in virtù del combinato disposto dell'art.25 CCNL cit. e dell'art.445 c.p.p., si erano ricollegati al patteggiamento tutti gli effetti propri della condanna, ivi compresa la possibilità di irrogare il licenziamento senza preavviso²⁰.

Novità di rilievo riguardano l'efficacia della sentenza di assoluzione nel giudizio, civile o amministrativo, per le restituzioni o il risarcimento del danneggiato.

In particolare, con la novella dell'art.652 c.p.p., attualmente la sentenza penale di assoluzione ha efficacia di giudicato anche nell'ipotesi in cui il giudizio civile o amministrativo di danno sia stato promosso non dal danneggiato, ma nel suo "interesse", sempre che si sia costituito o sia stato posto in condizioni di costituirsi parte civile. In proposito si è messo in rilievo come il dipendente o amministratore pubblico, assolto con sentenza irrevocabile, abbia la possibilità di opporre sempre tale giudicato nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile instaurato dal P.M. presso la Corte dei conti per il risarcimento del danno subito dall'erario²¹.

Infine, gli artt. 6 e 7 della l. n.97/01 impongono specifici adempimenti in tema di responsabilità erariale del dipendente a seguito di sentenza di condanna irrevocabile. In particolare, si prevede che la sentenza di condanna per reati contro la pubblica amministrazione venga comunicata al Procuratore generale presso la Corte dei Conti, affinché proceda ad accertamenti patrimoniali a carico del condannato (art.6), nonché trasmessa al Procuratore regionale presso la corte dei Conti al fine dell'eventuale azione di responsabilità erariale entro trenta giorni.

19. (C.d.S., Sez. IV, 23.10.1998, n.1382)

20. (TAR Puglia, Sez. I, 5.11.96 n.629, in I TAR, 1997, I, 294)

21. (sul punto, Oricchio, *La Giustizia Contabile*, Napoli Simone .2001, .22)

Tribunale di Reggio Emilia, n. 412/00 del 12.04.00 – 25.05.00 (giudice Angelini Chesi)

Rapporto di lavoro – procedimento penale a carico del dipendente – mancato esercizio dell'azione disciplinare – sospensione cautelare dal servizio – ammissibilità.

Rapporto di lavoro – procedimento penale a carico del dipendente – contestazione dell'addebito disciplinare – tempestività – limiti.

Rapporto di lavoro – sospensione cautelare dal servizio – decorrenza del termine quinquennale – riammissione in servizio – riconducibilità alla fattispecie del lavoro di fatto – esclusione.

- d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993 ss.mm.ii., ora d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

- art. 91, d.p.r. 10.1.1957, n. 3, "Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati dello Stato".

- art. 25 CCNL comparto Ministeri personale non dirigente - parte normativa 1994/1997 e parte economica 1994/1995, stipulato il 16/05/1995.

Posto che la ratio della disciplina che governa i rapporti fra procedimento penale e procedimento disciplinare è quella di evitare interferenze tra i due procedimenti, il "non intraprendere" l'azione disciplinare in presenza di un giudizio penale a carico del proprio dipendente equivale alla "sospensione della stessa". In tale caso, peraltro, è legittimo il ricorso alla sospensione cautelare dal servizio.

In tema di tempestività della contestazione dell'addebito disciplinare lo scarto temporale tra la commissione dei fatti e l'inizio dell'iter disciplinare che ha condotto al licenziamento del dipendente è assolutamente irrilevante sul piano delle garanzie difensive, quando, trattandosi dei medesimi fatti per i quali il lavoratore è stato sottoposto ad un procedimento penale nel quale si sia attivamente difeso, egli abbia avuto perciò tutto il tempo e gli strumenti per predisporre le proprie difese anche ai fini della successiva contestazione disciplinare.

Il lavoro prestato dal dipendente riammesso in servizio per decorrenza del termine quinquennale di sospensione cautelare non è riconducibile alla fattispecie del lavoro di fatto. In tal caso gli effetti del licenziamento non



decorrono dalla data di inizio della sospensione cautelare dal servizio, con la conseguenza che l'Amministrazione è tenuta alla corresponsione del trattamento economico e normativo in ragione del rapporto di lavoro così considerato.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del Lavoro di Reggio Emilia ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella controversia individuale in materia di lavoro iscritta al n. 1566/99 C.L.

promossa da

S. F.: elettivamente domiciliato in Reggio Emilia, presso lo studio e la persona dell' Avv. W. I., che lo rappresenta e difende, ai fini del presente giudizio, unitamente all'Avv. F. C. del Foro di Bologna, in virtù di delega posta a margine del ricorso introduttivo attoreo, ricorrente;

contro

MINISTERO DELLE FINANZE: in persona del Ministro pro-tempore, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, via G. Reni n. 4, convenuto.

Avente ad oggetto: pagamento somme e impugnativa di licenziamento.

Decisa all'udienza del 12/04/2000 sulle conclusioni precisate dai procuratori delle parti costituite.

Per il ricorrente: "Voglia l'Ill.mo Giudice adito: in via principale: accertare e dichiarare la nullità, la inefficacia o comunque la ingiustificatezza del licenziamento senza preavviso intimato al ricorrente in data 23 febbraio 1999. Dichiarare tenuto e condannare il Ministero delle Finanze - Direzione Regionale delle entrate per l'Emilia Romagna, in persona del Ministro pro-tempore, a reintegrare il Sig. F. S. nel suo posto di lavoro o comunque a ripristinare il suo rapporto di lavoro e di corrispondere allo stesso le retribuzioni di fatto perdute dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegra, comunque non inferiori a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto, oltre interessi e rivalutazione monetaria. Accertare e dichiarare il cessare dell'efficacia con effetto ex tunc (dalla data del 27 novembre 1992 o dalla diversa data che emergerà in corso di causa) del provvedimento di sospensione cautelare dal servizio. Dichiarare tenuto e condannare il Ministero delle Finanze -Direzione Regionale delle Entrate per l'Emilia Romagna, in

persona del Ministro pro-tempore, a corrispondere al Sig. S. le differenze retributive tra il trattamento economico globale e il solo assegno alimentare versato al ricorrente dalla data di sospensione cautelare fino al giorno della riammissione in servizio dello stesso, oltre a interessi e rivalutazione monetaria (27/11/1992 -27/11/1997). Con vittoria di spese, competenze ed onorari. In via subordinata: nella denegata ipotesi in cui si ritenesse legittimamente irrogata la sanzione del licenziamento senza preavviso, accertare e dichiarare la illegittimità della retrodatazione degli effetti del licenziamento alla data di sospensione cautelare del servizio; accertare e dichiarare conseguentemente la illegittimità del recupero dell'assegno alimentare corrisposto al ricorrente nel periodo di sospensione cautelare; accertare e dichiarare la illegittimità della considerazione come servizio di fatto del servizio prestato dal ricorrente dal 27 novembre 1997 alla data del licenziamento e per gli effetti condannare il Ministero delle Finanze -Direzione delle Entrate di Reggio Emilia nella persona del ministro pro-tempore alla corresponsione dell'integrale trattamento economico e normativo dovuto al ricorrente in ragione dell'intercorso rapporto di lavoro”.

Per il convenuto: "Voglia l'ill.mo Giudice, rigettare il ricorso del Sig. S. perché infondato, immotivato e non provato e, per l'effetto, condannare il ricorrente a rimborsare alla Amministrazione resistente le spese del presente giudizio che si riserva di quantificare con separato prospetto”.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 13.7.1999 S. F. chiedeva accertarsi e dichiararsi - in via cautelare, prima, e nell'ordinaria sede del merito, poi - l'illegittimità del licenziamento disciplinare allo stesso intimato dal Ministero delle Finanze -Direzione Regionale delle Entrate dell'Emilia Romagna e, per l'effetto, ordinarsi la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro, con ogni consequenziale provvedimento in ordine al trattamento economico dallo stesso goduto; in via subordinata, fissare la data di decorrenza degli effetti del licenziamento de quo nel 27.11.1997 e non in quella anteriore considerata dall'amministrazione nella regolamentazione degli effetti del provvedimento espulsivo, anche in tal caso con conseguente condanna dell'amministrazione alla corresponsione di quanto dovuto in i ragione del periodo di lavoro dalla medesima non considerato tale.

Fissata l'udienza di comparizione delle parti, si costituiva in giudizio il Ministero delle Finanze, resistendo alla domanda avversaria per ragioni di rito e di merito.

Con provvedimento riservato del 12.8.1999, a definizione della fase sommaria, il magistrato allora istruttore accoglieva in parte l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal convenuto ministero e rigettava nel resto



il ricorso attoreo, rimettendo la decisione sulle spese di lite alla definizione del giudizio di merito, incoato contestualmente a quello cautelare.

La causa, proseguita nel merito in mancanza di qualsiasi richiesta istruttoria, veniva decisa all'udienza del 12.4.2000, sulle conclusioni di cui epigrafe, come da infrascritto dispositivo, in cui la dizione "Ministero delle Finanze -Direzione delle Entrate di Reggio Emilia", frutto di mero errore materiale, deve intendersi "Ministero delle Finanze -Direzione Regionale delle Entrate per l'Emilia Romagna".

MOTIVI DELLA DECISIONE

Appare opportuno dare qui brevissimo conto dello svolgimento dei fatti da cui è scaturita la presente vertenza, al fine di potere più chiaramente inquadrare le rispettive richieste delle parti.

il 27.11.1992 il S. veniva arrestato per il delitto di concussione. Da tale giorno veniva cautelatamente sospeso dal servizio (allora prestato presso l'intendenza di Finanza di Bologna).

Il 3.3.1993 il medesimo veniva rinviato a giudizio con l'imputazione "del delitto p.p. dall'art. 317 c.p. perché, abusando della sua qualità di funzionario atti pubblici presso l'ufficio del registro di Bologna, induceva B. A. a promettergli e quindi a dargli 10 milioni prospettandogli in caso contrario il pagamento indebito di notevoli somme all'erario per il buon andamento di una pratica curata dal B. per conto dei clienti N. che avevano il diritto ad ottenere il perfezionamento della pratica senza alcun onere".

Con sentenza del 18.5.1994 il Tribunale di Bologna lo riteneva responsabile di concussione tentata e lo condannava alla pena ritenuta di giustizia, oltre all'interdizione per cinque anni dai pubblici uffici.

In parziale riforma della decisione del primo grado, in data 13.11.1997 la Corte d'Appello di Bologna riteneva la fattispecie quale "concussione consumata", peraltro riducendo l'entità delle pene inflitte e limitando a tre gli anni di sospensione dai pubblici uffici.

Con sentenza del 19.10.1998 (depositata il 21.12.1998) la Corte di Cassazione annullava la sentenza della Corte d'Appello limitatamente alla parte relativa alla durata della pena accessoria, che riduceva a due anni e otto mesi, confermando nel resto.

Nelle more del procedimento penale, il ricorrente si vedeva \ destinatario dei seguenti provvedimenti e comunicazioni amministrativi:

a) provvedimento intendentizio del 30.11.1992, con cui il S. veniva sospeso dal servizio a far tempo dal 27.11.1992;

b) decreto del 18.12.1993, con cui la sospensione dal servizio veniva mantenuta ai sensi dell'art. 91 comma 1°, prima parte del TU 10.1.1957, n. 3;

c) provvedimento del 20.11.1997, con cui il ricorrente veniva riammes-



so in servizio per decorrenza del quinquennio di sospensione cautelare ed assegnato all'Ufficio IVA di Reggio Emilia;

d) sentenza del 26.2.1998, con cui la Corte dei Conti assolveva il S. dall'addebito di causazione di "danno morale" mossogli dall'amministrazione;

e) nota del 3.12.1998, con cui l'amministrazione contestava al predetto gli addebiti disciplinari relativi alla condotta oggetto di accertamento penale, convocando il dipendente per il giorno 8.1.1999, affinché lo stesso potesse fornire le proprie deduzioni in merito - convocazione infruttuosamente differita, su richiesta dell'interessato, alle date 1.2.1999, una prima volta, ed a quella del 15.2.1999 una seconda;

f) decreto del 19.2.1999, con cui veniva al S. inflitta la sanzione del licenziamento senza preavviso ai sensi dell'art. 25 comma 5°, lettere d) ed e) punto 1 del CCNL del comparto del personale dipendente dei ministeri, con effetti decorrenti dal 27.11.1992, data di sospensione cautelare dal servizio.

A fronte di tale ultimo provvedimento, il S. ha adito questa autorità giudiziaria, censurando l'operato dell'amministrazione sotto diversi profili, di regolarità formale di merito, che, disattesi nella fase cautelare per la ritenuta mancanza del necessario periculum in mora, devono ora essere esaminati quanto alla loro fondatezza, sia pure nei limiti di giurisdizione già tracciati dal precedente magistrato istruttore e che devono essere qui ribaditi, per come si dirà tra breve.

Il S. eccepisce in via principale (A) l'illegittimità del provvedimento espulsivo e (B) l'inefficacia del provvedimento di sospensione dal servizio.

(A) Il ricorrente lamenta in particolare:

1. la tardività della contestazione dell'addebito disciplinare, effettuata ad oltre sei anni dalla commissione del fatto ritenuto disciplinarmente rilevante, in violazione degli artt. 103,104 e 105 DPR 3/57 e 24 CCNL;

2. l'illegittimità del prolungamento della sospensione cautelare in mancanza dell'instaurazione del procedimento disciplinare;

3. la contraddittorietà del comportamento della Pubblica Amministrazione, incompatibile con la ratio sottesa alla normativa dalla stessa applicata: il differimento dell'adozione del provvedimento disciplinare espulsivo avrebbe comprovato, infatti, la mancanza di quella "impossibilità di prosecuzione anche provvisoria del rapporto" che sola giustificerebbe l'adozione del licenziamento senza preavviso;

4. l'illegittimità della formazione del provvedimento stesso, sottoscritto da certo dott. N., privo della qualità di Direttore Regionale (unico soggetto abilitato all'adozione della misura in parola) ovvero di suo facente funzione o delegato;

5. l'illegittimità dello svolgimento del procedimento disciplinare, demandato nella specie a soggetto (certo dott. G.) privo della qualifica nor-



mativamente richiesta;

6. la violazione del diritto di difesa del lavoratore: (a) per avere l'amministrazione provveduto senza assumere l'audizione del S., contro il dettato dell'art. 59 comma 5° d.lgs. 29/93; (b) per avere proceduto alla convocazione del dipendente senza il rispetto del termine dilatorio di cui all'art. 24 comma 3° CCNL; (c) per avere adottato la sanzione prima del termine di cui all'art. 59 comma 5° cit.

(B) Quanto all'inefficacia della sospensione dal servizio, il ricorrente ribadisce anche nella presente sede di merito la ritenuta sussistenza della giurisdizione dell'a.g.o., sottolineando come la "questione della sospensione cautelare dal servizio del Sig. S. nasce soltanto nel 1999, a seguito dell'illegittimo e ingiustificato provvedimento di licenziamento" (pag. 9 memoria depositata il 18.2.2000) ed insiste affinché sia dichiarata l'illegittimità di detta sospensione, con i conseguenti provvedimenti in ordine allo status ed al trattamento economico del dipendente.

Appare opportuno muovere da tale ultimo profilo, sulla scorta dell'eccezione formulata a suo tempo dall'amministrazione convenuta ed in parte accolta dal giudice del procedimento cautelare.

Norma di riferimento è l'art. 45 comma 17° d.lgs. n. 80/1998, in base al quale "sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 68 del decreto legislativo 3.2.1993 n. 29, come modificato dal presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30.6.1998. Le questioni 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". Ebbene, come correttamente ritenuto già nella sede cautelare, deve aversi riguardo al "periodo lavorativo che risulta interessato dalla controversia" (ordinanza 12.8.1999 cit.) e non già al momento di assunta insorgenza del diritto o, tanto meno di insorgenza del contrasto tra le parti. È evidente, infatti, che se si considera il termine 'questione' come sembra intenderlo il ricorrente (e cioè come azionabilità del diritto o dell'interesse nei termini in cui lo stesso è concretamente azionato) ogni vertenza proposta dopo il 30.6.1998 apparterrebbe alla competenza giurisdizionale dell'a.g.o., con la conseguente superfluità della norma transitoria appena citata.

Né appare fondata la considerazione del ricorrente che solo l'intervento del provvedimento espulsivo asseritamente illegittimo avrebbe determinato l'insorgenza della questione relativa alla pregressa sospensione.

Se egli la ritiene illegittima ed inefficace per la tardività dell'instaurazione del procedimento disciplinare e della conseguente adozione del prov-



vedimento espulsivo, a fortiori avrebbe dovuto ritenerla illegittima ed inefficace quando ancora il provvedimento espulsivo non era stato adottato e neppure era stata comunicata alcuna contestazione di addebito: in altre parole, le stesse censure che il S. muove oggi potevano essere mosse sia in costanza della misura, sia non appena la stessa venne a scadenza. La ritenuta estraneità della questione relativa alla legittimità ed efficacia della sospensione dal servizio rispetto alla cognizione di questo giudice ordinario fa ritenere superflua ogni altra considerazione e le osservazioni di cui infra si atterranno ai limiti già delineati nella sede del giudizio cautelare.

Passando ora alle questioni riguardanti l'asserita illegittimità del provvedimento espulsivo [di cui sopra sub (A)], a fronte delle censure attoree l'amministrazione ha replicato allegando talune circostanze di fatto, relative sia alla capacità dei soggetti che ebbero a firmare i provvedimenti contestati, sia alla 'tempistica' nella redazione di tali provvedimenti, ed ha altresì sostenuto in diritto la legittimità del proprio operato.

Si ritiene opportuno prendere le mosse dalle questioni relative alla regolarità formale degli atti che hanno composto l'iter disciplinare che ha condotto al licenziamento del S., per la loro minore complessità (Punti 4 e 5, sopra).

(4) Per quanto riguarda la carenza dei necessari poteri in capo al dott. N., che ebbe a firmare il provvedimento di licenziamento, appare esauriente la spiegazione del Ministero, secondo cui il predetto, “nella Sua qualità di Dirigente Superiore anziano, è legittimato a svolgere funzioni vicarie in occasione delle eventuali assenze del Direttore Generale” (pag. 7 memoria depositata il 30.9.1999): nulla ha contestato parte attrice quanto alla mancanza delle condizioni legittimanti l'esercizio della supplenza di cui sopra, né si ravvisa alcun elemento atto a vincere la presunzione di legittimità dell'operato della Pubblica Amministrazione che pare potersi applicare all'aspetto che qui interessa.

(5) Parimenti dicasi quanto all'esercizio da parte del G. dei compiti istruttori nella fase iniziale del procedimento disciplinare: lo stesso risulta delegato dal Direttore Regionale nonché titolare di “mansioni e funzioni dirigenziali conferitegli con DM n. 1/3/10954 del 2.8.1996” (pag. 8 memoria cit.); la sufficienza degli elementi appena citati non è stata confutata neppure dallo stesso ricorrente.

Quanto al merito dell'iter disciplinare, appare opportuno seguire l'ordine delle censure come formulate dal ricorrente:

(1) Quanto all'asserita tardività della contestazione dell'illecito disciplinare, occorre subito chiarire come la normativa speciale applicabile al rapporto (art. 25 CCNL in atti di parte ricorrente) preveda la sospensione del procedimento disciplinare sia in caso di scoperta da parte dell'amministrazione





di fatti penalmente rilevanti per i quali viene sporta contestuale denuncia all'autorità giudiziaria (comma 6°), sia in caso di conoscenza da parte della Pubblica Amministrazione dell'esistenza di un procedimento penale a carico del dipendente (comma 7°); in entrambi i casi il procedimento disciplinare deve essere riattivato entro 180 giorni da quando l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza definitiva (comma 8°).

Il caso che qui interessa non è ascrivibile immediatamente né all'una né all'altra ipotesi, poiché il procedimento penale promosso nei confronti del S. ha preceduto la stessa possibilità da parte della Pubblica Amministrazione di incoare il procedimento disciplinare, che proprio da quello penale ha tratto ragione; i fatti rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento espulsivo qui impugnato, infatti, sono precisamente quelli scoperti dall'autorità penale e dalla medesima successivamente accertati. Non v'è dubbio, tuttavia, che la ratio delle norme sopra ricordate sia quella di evitare interferenze tra l'azione disciplinare e quella penale e di rimettere a quest'ultima una precedenza nell'accertamento dei fatti rilevanti anche nella prima, il che ha correttamente indotto l'amministrazione a soprassedere a qualsiasi atto che fosse ascrivibile al procedimento disciplinare in attesa della conclusione di quello penale, in cui sarebbero stati accertati i medesimi fatti da contestare nell'altra sede. L'identità della ratio, come detto, consente di applicare la necessità di 'sospendere' qualsiasi attività disciplinare (*rectius*, di non intraprenderne alcuna) laddove vi sia anteriorità della scoperta 'penale' rispetto a quella disciplinare e non sembra dubitabile neppure che le norme in questione presentino caratteristiche di specialità rispetto a quelle di cui agli artt. 103 e ss. del DPR 3/57 ed allo stesso art. 24 CCNL invocati dal ricorrente.

Non va sottaciuto, ancora, che il primo atto del procedimento penale dal quale la Pubblica Amministrazione ha appreso dell'operato censurabile del S. è stato l'arresto del medesimo, da cui è scaturita la sospensione dal servizio ai sensi dell'art. 27 CCNL, con l'ovvia conseguenza che bene il dipendente sapeva quali addebiti gli sarebbero stati mossi dall'amministrazione, che già provvedeva al suo allontanamento cautelare dal luogo di lavoro - conoscenza che costituisce lo scopo essenziale dell'obbligo di immediata contestazione, al fine di consentire al dipendente la propria più compiuta difesa.

In altre parole, premessa la necessità di valutare caso per caso la tempestività della contestazione disciplinare, a seconda del diverso atteggiarsi sia della scoperta dei fatti sia, come nella specie, dell'esistenza di eventuali cause esterne provvisoriamente impeditive dell'esercizio dell'azione disciplinare, appare qui di tutta chiarezza come il procedimento disciplinare, iniziato con la contestazione del 3.12.1998 e relativo agli stessi fatti per i quali era passata in giudicato sentenza penale il 19.10.1998 sia stato rispettoso della previsione generale e della normativa speciale di cui all'art. 25 comma 8°

CCNL già ricordato. Ad abundantiam dicasi poi che il S., lungamente impegnato nella propria difesa dall'accusa penale, ha avuto proprio per questo tutto il tempo e gli strumenti per predisporre le proprie difese anche ai fini della successiva contestazione disciplinare, con la conseguenza che lo scarto temporale tra la commissione dei fatti e l'inizio dell'iter che ha condotto al suo licenziamento è stato assolutamente irrilevante sul piano delle sue garanzie difensive.

Sempre sotto il profilo della tempestività della contestazione - e con riferimento anche all'asserita incoerenza dell'amministrazione, di cui più analiticamente infra - appare del tutto irrilevante il fatto che la Pubblica Amministrazione non abbia atteso, per procedere alla contestazione, il momento del deposito della motivazione della sentenza della Suprema Corte, dal momento che il dato rilevante ai fini dell'esperibilità del procedimento disciplinare era la conferma della sentenza che accertava la commissione dei fatti ascritti all'imputato e che tale conferma si rinveniva nel dispositivo della pronuncia della Corte, rimanendo irrilevanti le argomentazioni con cui la stessa avrebbe spiegato il proprio assunto.

(2) Le medesime ragioni sopra esposte danno risposta all'ulteriore censura formulata dal ricorrente e relativa alla pretesa illegittimità del prolungamento della sospensione cautelare dal servizio, in mancanza dell'instaurazione del procedimento disciplinare. È anche qui il dato testuale della normativa contrattuale applicabile a dare conto dell'operato della Pubblica Amministrazione L'art. 27 CCNL prevede al comma 3° la possibilità da parte dell'amministrazione di prolungare il periodo di sospensione del dipendente - una volta cessate le misure restrittive della sua libertà personale - fino alla sentenza definitiva, laddove, come nella specie, il procedimento penale riguardi fatti che comporterebbero, se accertati, l'applicazione della sanzione disciplinare del licenziamento (comma 2° art. cit.) poi il comma 8° della norma a prevedere un termine massimo di sospensione cautelare di cinque anni e a sancire che "il procedimento disciplinare rimane, comunque, sospeso sino all'esito del procedimento penale".

La singolare chiarezza del dato normativo si crede possa esonerare questo giudice da ogni ulteriore argomentazione - non ponendosi in dubbio neppure da parte dello stesso ricorrente che i fatti oggetto di procedimento penale (ed in ordine ai quali l'intervenuto giudicato preclude qualsiasi disamina) fossero tali da comportare la sanzione in concreto irrogata.

(3) Sono sempre le ragioni esposte sopra a giustificare il complessivo comportamento dell'amministrazione, nel quale non è proprio dato di ravvisare alcuna incoerenza: nell'impossibilità di prolungare la misura cautelare per l'espresso limite quinquennale sopra ricordato e nella pari impossibilità di procedere ad altra sanzione - che avrebbe comportato il previo esperimen-





to di quel procedimento disciplinare che, per contro, non poteva iniziarsi prima dell'esaurimento di quello penale (e che anche laddove fosse stato iniziato doveva rimanere comunque sospeso) - sembra che la Pubblica Amministrazione abbia operato con l'inevitabile coerenza della necessità, difettando in capo all'amministrazione un'alternativa a quanto posto in essere. Anche laddove, poi, non si volesse accedere a questa interpretazione, che "denota l'evidente aporia del sistema, in cui le latenze del processo penale non ne consentono l'esaurimento nel termine massimo di sospensione cautelare, basta avere riguardo alla lettera (e) dell'art. 25 comma 5~ CCNL. per riscontrare la legittimità del licenziamento senza preavviso, trattandosi qui di ipotesi di condanna del dipendente, passata in giudicato, per uno dei delitti ricompresi nella previsione dell'art. 15 lett. (b) della L. 55/90, richiamato dalla norma collettiva che qui interessa.

Venendo infine al punto (6) delle censure attoree, relativo alla pretesa violazione del diritto di difesa nella parte relativa alle controdeduzioni consentite dalla legge al dipendente a fronte della comunicazione della contestazione disciplinare ed in particolare al suo diritto di essere sentito prima dell'adozione delle sanzioni nonché all'asserita violazione dei termini previsti dall'art. 24 comma 3° CCNL nonché dall'art. 59 d.lgs. 29/93, basti richiamare la narrativa dei fatti sopra esposta: il S., notiziato della contestazione il 3.12.1998, è stato convocato a chiarimenti una prima volta per il giorno 8.1.1999, una secondo per il 1°.2.1999 ed un'ultima per il 15.2.1999; in tutti e tre i casi, l'audizione non è stata possibile per gli impedimenti addotti dall'interessato e la cui pretestuosità pare emergere sia dal fatto che il medesimo non provvede neppure ad incaricare un proprio procuratore per rappresentare quanto meno gli elementi che lo stesso avesse ritenuto essenziali (salve eventuali successive precisazioni personali, in data da concordare con l'amministrazione) sia dalla circostanza che il giorno dell'ultima convocazione il S., dichiaratosi impedito a presenziare per ragioni di salute, risultava regolarmente in ufficio, per come dedotto dall'amministrazione nelle proprie difese e non contestato da parte ricorrente.

Nulla quaestio, dunque, quanto al rispetto del diritto del dipendente di offrire proprie giustificazioni - che non può, ovviamente, trasformarsi in condizione ostativa all'irrogazione della sanzione laddove il dipendente, pur posto in condizione di giustificarsi, non vi provveda!

Infondato, ancora, appare il rilievo dell'intempestività del provvedimento, perché in violazione del termine di cui all'art. 24 CCNL, a norma del quale, invero, la convocazione del dipendente non può avvenire prima di cinque giorni dalla contestazione (e le date sopra citate confermano la correttezza dell'operato della Pubblica Amministrazione) e l'irrogazione della sanzione non può avvenire prima di quindici giorni dall'inutile convocazio-

ne del dipendente: è di palmare evidenza (essendo stata emessa la sanzione il 19.2.1999) come il termine concesso al S. (da fare risalire alla prima convocazione dello stesso) sia stato ampiamente superiore a quello di quindici giorni, con l'evidente ampliamento delle sue garanzie difensive, delle quali, peraltro, egli non ha inteso usufruire.

La domanda proposta in via principale deve dunque essere respinta.

Deve passarsi ora all'esame della domanda proposta in via subordinata. Il S. eccepisce l'illegittimità della "retroazione" degli effetti del licenziamento alla data di inizio della sospensione dal servizio, sottolineando come la misura cautelare abbia avuto termine il 27.11.1997, data dalla quale il ricorrente è stato riammesso al lavoro con provvedimento della stessa amministrazione; l'attività lavorativa successivamente prestata dal dipendente non potrebbe dunque essere considerata quale servizio di fatto. Il Ministero resiste sul punto richiamandosi alle finalità conservative della misura cautelare.

La doglianza attorea appare fondata.

A prescindere infatti da qualsiasi considerazione in ordine alla decorrenza degli effetti del licenziamento disciplinare irrogato a seguito di sospensione cautelare dal servizio, appare chiaro che la fattispecie di causa è caratterizzata dall'essere cessata la sospensione cautelare in epoca precedente l'irrogazione del provvedimento espulsivo, con espressa reintegra del dipendente nell'attività di lavoro e con attribuzione allo stesso di specifiche mansioni. La circostanza, in vero non documentata agli atti, è incontrovertita tra le parti.

Ebbene, appare contrario non solo alla ratio dell'istituto cautelare, ma anche alla stessa concreta dinamica del rapporto l'attribuzione di un'efficacia retroattiva ad un licenziamento che consegue bensì alla commissione da parte del dipendente dell'illecito per cui lo stesso è stato inizialmente sospeso dal servizio, ma con modalità tali da non potere riconnettere temporalmente la sanzione espulsiva alla misura cautelare; il fatto che l'iter giudiziario non abbia consentito di perfezionare il procedimento disciplinare in tempo utile (nei cinque anni, cioè, di sospensione) non può di per sé ridondare ai danni del dipendente, della cui prestazione lavorativa l'amministrazione ha usufruito, non potendosi imputare allo stesso la discrasia tra le previsioni contrattuali e l'effettività del sistema.

Non si ritiene di dovere in alcun modo pronunziare sulla questione relativa al recupero dell'assegno alimentare, per il quale l'amministrazione ha statuito solo in modo "eventuale" (vds. art. 5 del decreto di licenziamento): eventuale contenzioso al riguardo dovrà formare oggetto, se del caso, di diverso giudizio.





L'accoglimento della domanda subordinata del ricorrente determina il riconoscimento in favore del medesimo delle spese di lite - liquidate come in dispositivo. Appare peraltro equo disporre la compensazione per il 50%, in considerazione sia della novità della questione, sia delle particolari ragioni che determinano la "postergazione" degli effetti del licenziamento rispetto alla sospensione cautelare del dipendente, ragioni essenzialmente connesse alla stessa impossibilità dell'amministrazione di non usufruire della prestazione, ancorché non gradita, ed indipendenti, pertanto da qualsiasi meritevolezza del lavoratore, la cui prestazione infedele costituisce dato di fatto non più revocabile in dubbio.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da S. F. nei confronti del Ministero delle Finanze -Direzione delle Entrate di Reggio Emilia ed iscritta al n. 1566/99, ogni diversa e contraria istanza disattesa e respinta,

dichiara

il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria in relazione alle domande concernenti la declaratoria di inefficacia della sospensione cautelare dal servizio e la condanna al pagamento delle differenze retributive del relativo periodo (27.11.1992- 27.11.1997);

in accoglimento della domanda subordinata del ricorrente,

dichiara

l'illegittimità della retrodatazione degli effetti del licenziamento alla data di inizio della sospensione cautelare dal servizio;

dichiara

altresì l'illegittimità della considerazione come "servizio di fatto" del servizio prestato dal ricorrente dal 27.11.1997 alla data del licenziamento;

condanna

il Ministero delle Finanze -Direzione delle Entrate di Reggio Emilia alla corresponsione al ricorrente del trattamento economico e normativo allo stesso spettante in ragione del rapporto di lavoro come ritenuto nella presente sentenza;

condanna

il Ministero convenuto al pagamento in favore del ricorrente del 50%

delle spese legali dal medesimo sostenute, liquidate forfettariamente - in mancanza di nota specifica - nella complessiva somma di L. 7.000.000 ivi compresi IVA e CPA.

Così deciso in Reggio Emilia il 12.4.2000.

Depositato in cancelleria il 25/5/2000.



Relazioni sindacali. Tribunale di Treviso ordinanza del 31 gennaio 2002

Nota di Filippo Curcuruto*



107

I massima

La costituzione in giudizio della parte intimata implicando il raggiungimento dello scopo della notificazione ne sana i vizi con effetto *ex tunc* (Nella specie sulla base di detto principio è stata rigettata l'eccezione di nullità (della notifica di) un ricorso *ex art. 28 legge 20 Maggio 1970, n. 300, notificato direttamente alla Prefettura contro la quale era stato proposto anziché all'Avvocatura dello Stato ex art. 11 R.D 1611/93*).

1. Il Tribunale ha applicato un principio pacifico in giurisprudenza, e stranamente trascurato dalla difesa dell'amministrazione, che nel formulare l'eccezione poi rigettata dal giudice, sembra aver tenuto presente un quadro normativo ormai inattuale.

La regola sancita, in via generale dall'art. 156, comma terzo, cod. proc. civ., secondo cui "la nullità non può essere mai pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui e' destinato" vale infatti, secondo un fermissimo orientamento della giurisprudenza anche per le notificazioni, la nullità delle quali non pur quindi esser dichiarata tutte le volte che l'atto, malgrado l'irritualità della notificazione, sia venuto a conoscenza del destinatario. Da ciò consegue che " la costituzione del convenuto, ancorché tardiva ed effettuata al fine dichiarato di far rilevare il vizio, preclude la declaratoria di nullità, dal momento che la convalidazione della notifica da essa indotta opera "ex tunc" (così Cass. 27 gennaio 2001 n. 1184). Per applicazioni del principio v., fra le molte, Cass. 11 novembre 1992 n. 12125; 5 luglio 1995 n. 7460; 18 marzo 1996 n. 2264; .17 maggio 1997 n. 4399,12 luglio 1999 n. 7334; S.U. 11 febbraio 2000, n. 1242; 11 agosto 2000, n. 10705).

2. Come detto, l'eccezione rigettata rispecchia un assetto normativo

* Cons. della Corte di Cassazione, sez. Lavoro



superato da lungo tempo, in conseguenza di una ormai lontana decisione del giudice delle leggi. Fino alla sentenza della Corte Costituzionale 8 luglio 1967 n.97 l'effetto sanante della costituzione del convenuto nel caso di notifiche dirette alle amministrazioni statali non poteva, infatti, esplicarsi a causa di una specifica deroga contenuta nell'art. 11 del Regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, recante "Ordinamento dell'Avvocatura dello Stato". I primi due commi di tale articolo stabiliscono infatti che "Tutte le citazioni, i ricorsi e qualsiasi atto di opposizione giudiziale, nonché le opposizioni ad ingiunzione e gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative o speciali, od innanzi agli arbitri, devono essere notificate alle Amministrazioni dello Stato presso l'ufficio dell'avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria innanzi alla quale è portata la causa, nella persona del Ministro competente.

Ogni altro atto giudiziale e le sentenze devono essere notificate presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria presso cui pende la causa o che ha pronunciato la sentenza".

Il terzo comma presidiava poi in modo particolarmente efficace le prescrizioni dei primi due, disponendo che "Le notificazioni di cui ai commi precedenti devono essere fatte presso la competente Avvocatura dello Stato a pena di nullità da pronunciarsi anche d'ufficio", il che valeva ad escludere ogni possibilità di sanatoria.

Ma tale evidente privilegio della Pubblica Amministrazione è stato ritenuto non conforme ai principi costituzionali. Con la sentenza sopra cit. la Corte Costituzionale ha infatti dichiarato illegittimo l'art. 11, 3° comma, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 nei limiti in cui esclude appunto la sanatoria della nullità delle notifiche effettuate alle amministrazioni dello stato in violazione delle precedenti disposizioni dello stesso articolo.

Dopo questa pronuncia del giudice delle leggi, il principio della sanatoria risulta costantemente applicato anche alle notifiche dirette alle amministrazioni statali. Si veda in proposito, con riguardo al caso, assai frequente, del ricorso per cassazione notificato presso l'Avvocatura distrettuale anziché, come sarebbe necessario, presso l'Avvocatura generale, Cass. Sez. un. 18 marzo 1987 n. 2712; Cass. 15 maggio 1989, n. 2323; la quale precisa che la nullità è sanata anche se la costituzione avvenga dopo il decorso del termine previsto dall'art. 370 c.p.c., ossia del termine per presentare il controricorso; Cass. 10 agosto 1987 n. 6874 in riferimento alla notificazione dell'atto riassuntivo del giudizio in sede di rinvio, eseguita, presso l'avvocatura generale dello stato, anziché presso l'avvocatura del distretto in cui ha sede il giudice di rinvio; Cass. 17 giugno 1997 n. 5429.

Nello stesso ordine di idee si colloca anche la giurisprudenza amministrativa. Per tutte v. Cons. Stato, sez. IV, 07-10-1997, n. 1090., secondo il

quale “in caso di appello contro una amministrazione centrale dello Stato, qualora la notificazione del ricorso sia stata effettuata presso l'Avvocatura distrettuale dello stato e non presso l'avvocatura generale, la costituzione in giudizio dell'amministrazione sana ex tunc i vizi di nullità della notifica, anche se la costituzione sia avvenuta per il precipuo scopo di eccepire il vizio di nullità”.



3. Per la sua ormai sicura incontrovertibilità, il principio ribadito dal Tribunale non meriterebbe di esser segnalato. Esso tuttavia si inquadra nel più vasto tema delle notifiche dirette alle pubbliche amministrazioni, che oggi assume rilievo specifico nelle controversie di lavoro in cui esse sono coinvolte, date le nuove regole circa la loro difesa in giudizio (art. 417-bis c.p.c.). Per comprendere quali possano essere i problemi più frequenti e quali soluzioni essi prevedibilmente riceveranno, può riuscire utile, in mancanza di specifici precedenti, far riferimento alla ricca elaborazione compiuta dalla giurisprudenza in materia di giudizio di opposizione alle ordinanze ingiunzioni irrogative di sanzioni amministrative, quale configurato nella legge 24 novembre 1981 n. 624.

In base all'art. 23 co. 4 di questa legge in tale giudizio tanto l'opponente quanto l'autorità che ha emesso l'ordinanza possono “stare in giudizio personalmente” e l'autorità “può anche avvalersi di funzionari appositamente delegati”. Ciò vuol dire che quando l'ordinanza ingiunzione è riferibile ad una amministrazione statale questa può alternativamente, difendersi direttamente (o a mezzo di un funzionario delegato) oppure far ricorso all'Avvocatura dello Stato (organo al quale è invece affidata in via esclusiva la successiva fase di impugnazione). La somiglianza di tale disciplina con quella contenuta nell'art. 417 bis è palese. In linea di massima, dunque, le soluzioni adottate nell'applicarla dovrebbero poter trovare ingresso anche nell'interpretazione della nuova norma del codice di rito. salvo, ovviamente, che questa non contenga proprie regole specifiche.

4. È questo ad. es. il caso della notifica dell'atto introduttivo della controversia, costituito rispettivamente dal ricorso in opposizione all'ordinanza-ingiunzione ex art. 22 comma 3 della legge 689/81 e dal ricorso ex art. 414 C.P.C.

Non è inutile ricordare al proposito, preliminarmente, che nel sistema della legge 689 alla notifica dell'opposizione, o più precisamente del ricorso e del decreto che stabilisce l'udienza di comparizione provvede direttamente la cancelleria del giudice al quale l'opposizione è presentata (art. 23 comma 2 legge 689/81), mentre nelle controversie di lavoro, anche pubblico, tale attività forma oggetto di onere della parte. Nulla è invece detto, nella



legge 689 circa il destinatario della notifica. Quindi data la regola generale (stabilita come s'è visto, nel cit. art. 11 del r. 1611 del 1933) che individua l'ufficio dell'Avvocatura erariale quale luogo di notifica di ogni atto introduttivo di un giudizio contro qualsivoglia articolazione dell'amministrazione dello Stato, è sorto il dubbio che ad essa ci si dovesse attenere quando l'autorità emittente rientrasse nel novero di quelle rappresentate ex legge dall'Avvocatura.

La giurisprudenza ha tuttavia considerato che “Nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa ex art. 23 della legge n. 689 del 1981, le previsioni del secondo e del quarto comma di tale norma, laddove rispettivamente stabiliscono che il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti debba essere notificato dalla cancelleria, unitamente al ricorso introduttivo, all'opponente ed all'autorità che ha emesso l'ordinanza impugnata, e che tali parti possono stare in giudizio personalmente, potendo l'autorità opposta avvalersi di funzionari appositamente delegati, allorché detta autorità sia un'amministrazione dello Stato, comportano una deroga al primo comma dell'art. 11 comma primo del R.D. n. 1611 del 1933 sull'obbligatoria notifica degli atti introduttivi di giudizio contro le amministrazioni dello Stato all'Avvocatura dello Stato (Cass. S.U. 24 agosto 1999 n. 599). In altri termini, la disposizione che prevede la notifica all'“autorità che ha emesso l'ordinanza” è stata interpretata guardando alla complessiva disciplina del giudizio di opposizione quale specifico sistema con sue regole particolari. Da ciò la svalutazione della regola generale sulle notifiche alle amministrazioni, la cui operatività, a dire il vero, non troverebbe di per sé ostacolo nel puro testo della disposizione in esame. Pur prevedendosi in questa che l'opposizione debba esser notificata all'autorità, nulla, lo si ripete, dal punto di vista testuale, vieterebbe di connettere tale disposizione con quella generale sulle notifiche alle amministrazioni statali, deducendone quindi che l'autorità contro la quale l'opposizione è diretta debba pur sempre averne legale conoscenza tramite l'Avvocatura.

Nelle controversie di lavoro questo problema è risolto invece con il ricorso al criterio generale sopraindicato così come esplicitamente stabilisce l'art. 415 ultimo comma c.p.c. (aggiunto dall'art. 41 del d.lgs 31 marzo 1998, n. 80) rinviando alle disposizioni delle “leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato competente per territorio”. Quanto alla concreta individuazione dello specifico ufficio dell'Avvocatura presso il quale notificare soccorre la previsione del menzionato art. 11 R.D n. 1611/1933, che lo individua in quello “nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria innanzi al quale è portata la causa”.

Per completezza va qui ricordato che l'autorità “innanzi alla quale è portata la causa” 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”: così dispone l’art. 413 c.p.c. comma 5, immediatamente seguito, nel comma successivo (inserito dall’art. 40 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), dalla esplicita deroga al criterio del foro erariale, per le controversie di lavoro nelle quali sia parte un’Amministrazione dello Stato, deroga la cui ragione è chiara. Una volta stabilito infatti nella “sede dell’ufficio” il criterio in base al quale individuare il giudice territorialmente competente era necessario stabilirne in modo esplicito la prevalenza sulla regola (speciale) di competenza per territorio nelle controversie nelle quali fosse parte un’amministrazione dello Stato contenuta nell’art. 6 del R.D.1611/1933, in base al quale, come noto, si determina uno spostamento della competenza in favore del Tribunale o della Corte d’Appello “del luogo dove ha sede l’ufficio dell’avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il tribunale o la Corte d’Appello che sarebbe competente secondo le norme ordinarie”). Vero è che quello spostamento non riguardava i giudizi innanzi ai Pretori (e ai conciliatori) per espressa disposizione del successivo art. 7 dello stesso testo, e non aveva inciso quindi sulla competenza del giudice del lavoro. Ma con l’introduzione del giudice unico disposta dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 e l’attribuzione della competenza in materia di lavoro al Tribunale il problema si sarebbe ripresentato, e in assenza di deroga non avrebbe potuto che risolversi secondo il criterio della prevalenza della norma sul foro erariale in quanto norma speciale.

5. Diversamente da quella dell’atto introduttivo non è specificamente regolata l’ipotesi delle notifiche da farsi nel corso del processo.

Non dovrebbe esservi dubbio tuttavia che tanto nel giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione quanto nelle controversie di lavoro esse vadano fatte all’amministrazione (o al funzionario del quale essa si avvale). Senza qui esaminare il problema se l’attività di tali soggetti possa qualificarsi oppure no come attività di un “difensore” in senso tecnico, si può far riferimento al principio affermato dalla giurisprudenza secondo cui quando l’amministrazione sta in giudizio con un proprio funzionario “la notificazione e la comunicazione degli atti processuali deve essere eseguita direttamente e personalmente al funzionario stesso, unico e legittimo destinatario nella sua qualità di rappresentante processuale” (Cass. 10 dicembre 1991, n. 13330; Cass. 19 gennaio 1993, n. 608). Circa il luogo in cui si debbano notificare va tenuta presente la regola che impone al ricorrente di eleggere domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito (art. 414 n. 2 e 416 primo comma c.p.c.) e quella per cui quando la parte si difende personalmente ed abbia eletto domicilio o indicato la residenza nella circoscrizione del giudice essa ha diritto di ricevere la notifica in uno di tali luoghi. Viceversa in assenza di



tali indicazioni, la notifica può essere effettuata mediante deposito dell'atto nella cancelleria del giudice.

Collegato con il tema del luogo di notificazione è il problema della notificazione della sentenza che definisce il giudizio, problema delicato poiché, da tale notificazione decorre il termine breve per impugnare (art. 325 e 326 c.p.c.).



112

Qui tuttavia soccorrono disposizioni esplicite del codice di rito, il quale con l'articolo 285 stabilisce che "la notificazione della sentenza ai fini della decorrenza dell'impugnazione si fa su istanza di parte, a norma dell'art. 170 primo e terzo comma". E proprio quest'ultimo rinvio sembra risolvere il problema in esame, visto che la disposizione richiamata riguarda il caso della parte costituitasi personalmente e lo regola stabilendo che le notificazioni si fanno in tale ipotesi nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto. Ciò dovrebbe condurre ad escludere, nelle controversie di lavoro direttamente trattate dall'amministrazione l'operatività della regola (art. 11, comma secondo, R.D.1611/1933) per cui la notifica delle sentenze va fatta presso l'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza. Questo è ciò che del resto la giurisprudenza sembra orientata a ritenere nella materia del giudizio di opposizione a ordinanza-ingiunzione. Essa ha infatti chiarito più volte che allorquando l'autorità opposta sia rimasta contumace ovvero si sia costituita personalmente (o tramite funzionario delegato), la notificazione della sentenza che chiude il giudizio di opposizione, ai fini del decorso del termine breve per l'impugnazione, deve essere effettuata alla stessa autorità opposta e non presso l'ufficio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, territorialmente competente, trovando applicazione i principi generali di cui agli artt. 292 e 285 cod. proc. civ., i quali disciplinano anche le controversie in cui sia parte un'amministrazione dello Stato, in caso di inapplicabilità del predetto art. 11 (in base a tali principi la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso di un'amministrazione statale, la quale, ancorché le fosse stata notificata la sentenza impugnata, non aveva osservato il termine breve per ricorrere). (Cass. S.U. 24 agosto 1999 n. 599; nello stesso senso Cass. 6 febbraio 1999 n. 1038; 5 gennaio 2000 n. 53). Sull'esattezza di tale orientamento, che trova base in una considerazione unitaria e sistematica della disciplina speciale non sembra potersi dubitare. Altrettanto indubbio è tuttavia che tale soluzione richiederà alle amministrazioni una cura attenta e un monitoraggio preciso delle controversie proprio per evitare che sentenze sfavorevoli possano passare giudicato per inadeguata considerazione del valore da attribuire alla loro notifica diretta ad opera della controparte.

6. Venendo ora, quale ultimo tema, alla notifica dell'impugnazione va

ricordato che in termini generali, per il caso di difesa personale della parte dinanzi al Pretore previa autorizzazione la giurisprudenza ha avuto occasione di precisare che il principio secondo cui la norma (art.58 disp. att. cod.proc.civ., oggi modificata) per cui, nei giudizi pretorili, le notificazioni alla parte, autorizzata a stare in giudizio personalmente, che non abbia fatto dichiarazione di residenza od elezione di domicilio a norma dell'art. 314 cod. proc. civ., possono essere validamente compiute presso la cancelleria del giudice adito - opera con riguardo ai soli atti intermedi del procedimento ovvero alla sentenza che lo abbia definito, ma non anche rispetto all'impugnazione di quest'ultima. Dal che la conseguenza che la notificazione del gravame dovesse effettuarsi personalmente a norma degli artt. 137 ss. e 330 cod.proc.civ. e se eseguita presso la cancelleria, fosse da considerare inesistente ed insuscettibile di rinnovazione, dal momento che la chiusura del pregresso grado di giudizio comporta la rescissione di qualsiasi legame del destinatario con la cancelleria del giudice "a quo" e l'inefficienza di questa a configurarsi ulteriormente come luogo di consegna legittima dell'atto.(in tal senso Cass. 19 marzo 1992 n. 3421). Applicando, con i necessari adattamenti, tale ordine di idee al processo di opposizione ad ordinanza ingiunzione si è quindi precisato che le notificazioni che in mancanza di dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio del ricorrente nel comune del giudice possono venire eseguite mediante deposito in cancelleria sono soltanto quelle che si riferiscono agli atti interni al procedimento, e non anche quindi l'impugnazione, la cui notificazione deve, pertanto, ritenersi giuridicamente inesistente se non compiuta ai sensi dell'art. 330 cod. proc. civ. ossia alla parte personalmente (Cass. 4 giugno 2001 n. 7526),

Benché manchino sinora precedenti relativi alla difesa diretta delle amministrazioni nelle controversie di lavoro ex art. 417 bis c.p.c., è indubbio che la piena analogia con la situazione appena considerata dovrebbe portare anche in tale campo alle medesime conclusioni. Tale conclusione è da considerare valida anche per le amministrazioni rappresentate ex lege dall'Avvocatura dello Stato, essendo ormai sostanzialmente consolidato, beninteso con riferimento al campo normativo dell'opposizione a ordinanza ingiunzione, il principio che esclude la possibilità di notificare all'Avvocatura dello Stato il ricorso per cassazione nei confronti di un'amministrazione che nel giudizio di opposizione sia difesa tramite il proprio funzionario. E sono rilevanti in proposito le conseguenze di tale "impossibilità".

La giurisprudenza sembra infatti orientata nel senso che se nel corso del giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione, la Pubblica Amministrazione si sia costituita non per mezzo dell'Avvocatura dello Stato, bensì di un proprio funzionario, la notifica dell'eventuale ricorso per cassa-





zione avverso la sentenza pretorile, che veda soccombente l'opponente, vada notificata a pena di inammissibilità del ricorso, nei confronti della stessa Pubblica Amministrazione, e non dell'Avvocatura dello Stato (Cass., sez. III, 18-01-2000, n. 497; conf. . Cass., sez. III, 12-05-2000, n. 6101). Sembra quindi superato il precedente indirizzo secondo il quale in tale ipotesi la notificazione eseguita presso l'Avvocatura Generale dello Stato, non avrebbe determinato l'inesistenza della notificazione stessa, ma la semplice nullità, sanabile dalla costituzione dell'intimato. (Cass., sez. lav., 17-06-1997, n. 5429.).

Il principio della sanatoria riprende comunque ad operare se essendosi l'amministrazione avvalsa dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, il ricorso per cassazione sia stato notificato a questa anziché all'Avvocatura generale. In tal caso si resta nell'ambito della nullità sicché la Corte di Cassazione, in difetto di costituzione dell'autorità, deve ordinarne il rinnovo presso l'Avvocatura generale, e, nel caso in cui il rinnovo avvenga nel termine all'uopo concesso, la nullità della notificazione risulta sanata ex tunc. (Cass., sez. I, 05-01-2000, n. 53.)

Il massima

A seguito dell'abrogazione dei commi 6 e 7 dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970 n. 300, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario in tutti i casi nei quali si controverta di un comportamento antisindacale del datore di lavoro pubblico senza che in contrario rilevi il carattere plurioffensivo del comportamento né la richiesta di eliminazione dell'atto datoriale, ben potendo il giudice nell'ambito del procedimento di repressione della condotta antisindacale adottare una statuizione di condanna della Pubblica Amministrazione ad un facere, previa disapplicazione dell'atto amministrativo.

Anche in questo caso la tesi disattesa dal Tribunale in base al principio formulato nella massima sembra evocare un quadro normativo superato.

Infatti, come già affermato dalla Corte di legittimità, "Nel nuovo sistema delineato dall'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993 (nel testo sostituito dall'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 e ulteriormente modificato dall'art. 18 del d.lgs. n. 387 del 1998) e dall'art. 4 della legge n. 83 del 2000, e' attribuita al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, una cognizione incondizionata in materia di condotta antisindacale delle pubbliche amministrazioni, di tal che essa non trova ostacolo nella circostanza che il comportamento addebitato all'ente pubblico si sostanzi in un formale provvedimento amministrativo" (Cass.SU 13 luglio 2001, n. 9541).

Nell'art. 28 dello Statuto il legislatore in occasione della disciplina dei servizi pubblici essenziali introdotta dalla legge 12 giugno 1990 n.146, aveva inserito due commi rivolti a regolare la giurisdizione nelle controversie relative ai comportamenti sindacali delle pubbliche amministrazioni. Con il primo di essi si stabiliva che l'azione dovesse essere proposta dinanzi al Pretore competente per territorio. Nel secondo veniva regolato il c.d. comportamento plurioffensivo attribuendo la giurisdizione al giudice amministrativo ogniqualvolta risultando lese dal comportamento antisindacale anche "situazioni soggettive inerenti al rapporto di impiego" il sindacato avesse chiesto altresì la "rimozione dei provvedimenti lesivi". La giurisprudenza aveva avuto occasione di precisare che il nuovo sistema limitava appunto la giurisdizione del g.a. ai soli casi in cui il sindacato intendesse ottenere non solo l'ordine di desistere dalla condotta antisindacale, ma anche la rimozione degli effetti del comportamento plurioffensivo, (senza distinzione tra amministrazione statale e altri enti pubblici,) mentre era attribuita al giudice ordinario in ogni altro caso: il che implicava la possibilità per il giudice di ordinare la cessazione della condotta lesiva senza che in contrario avesse rilievo che un ordine siffatto impartito dal giudice ordinario avrebbe finito con l'imporre alla Pubblica Amministrazione un fare o un pati in contrasto con l'art. 4 l. n. 2248 all. E) del 1865, giacché tale legge non costituiva norma costituzionale e ben poteva essere derogata da una legge ordinaria successiva. (così ad. es., Cass., sez. un., 24-08-1999, n. 592.) In definitiva "se il comportamento antisindacale è posto in essere da una amministrazione statale o da altro ente pubblico non economico, l'azione è proposta con ricorso davanti al Pretore competente per territorio, sia nel caso di lesione di interessi esclusivi del sindacato, sia nel caso di una condotta antisindacale plurioffensiva". Solo la compresenza di entrambe le domande, dirette ad ottenere l'ordine di desistere dalla condotta antisindacale e la rimozione degli effetti del provvedimento amministrativo plurioffensivo avrebbe radicato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass., sez. un., 27-07-1998, n. 7349, che nel caso aveva dichiarato la giurisdizione del g.o. sul rilievo che la controversia riguardava il comportamento discriminatorio della Pubblica Amministrazione nei confronti di una organizzazione sindacale: condotta che lede esclusivamente i diritti sindacali e non incide direttamente sul rapporto di lavoro del dipendente, e che il sindacato, d'altra parte, aveva richiesto un provvedimento inibitorio di tale comportamento e non la rimozione di precedenti provvedimenti amministrativi o degli effetti materiali della condotta antisindacale). Nella stessa legge del 1990, all'art. 7, il legislatore aveva disposto nel senso che prevede che la disciplina dell'art. 28 si applicasse anche in caso di violazione di clausole concernenti i diritti e l'attività del sindacato contenute negli accordi di cui al d.lgs. 3 febbraio 1993,



n. 29 e successive modificazioni, e nei contratti collettivi di lavoro, che disciplinano il rapporto di lavoro nei servizi pubblici essenziali.

Su questo assetto, sufficientemente chiaro in linea teorica, ma che non mancava tuttavia di porre frequenti problemi di confine, il legislatore è successivamente intervenuto con l'art. 4 della legge 11 aprile 2000, n. 83. abrogando entrambe i citati commi dell'art. 28. Secondo il Tribunale di Treviso, nel solco della già ricordata pronunzia delle Sezioni unite, in termini di sistema, il risultato è evidente. Non essendo pensabile che il legislatore abbia inteso far rivivere il sistema anteriore alla legge del 1990, l'unica conseguenza dell'abrogazione è il venire meno della giurisdizione del g.a. nei riguardi delle domande con cui si chiede al giudice di rimuovere gli effetti del provvedimento amministrativo, e la conseguente attribuzione senza residui al g.o. della cognizione dei comportamenti antisindacali della Pubblica Amministrazione. Il giudice supera in tal modo l'eccezione della difesa dell'amministrazione e non è quindi costretto ad esaminare se nella specie vi fosse o no provvedimento amministrativo plurioffensivo e richiesta mirante alla sua rimozione. La modifica introdotta dal legislatore ha notevole rilievo pratico. Per rendersene conto basti considerare, ad es., e proprio in tema di condotta antisindacale correlata ai problemi dell'orario di lavoro la faticosa opera di puntualizzazione effettuata dalla Suprema Corte, nel vigore della precedente normativa, con le due sentenze citate al numero successivo.

III massima

Qualora la contrattazione collettiva preveda l'informazione preventiva alle organizzazioni sindacali nelle materie relative all'organizzazione degli uffici e all'organizzazione del lavoro demandando altresì alla contrattazione integrativa l'articolazione delle tipologie dell'orario di lavoro, costituisce condotta antisindacale la unilaterale modificazione dell'articolazione di tale orario, con eliminazione della possibilità, prevista da precedenti accordi, di rendere la prestazione lavorativa su sei giorni, senza consentire alle organizzazioni sindacali di interloquire sul tema. (Nella fattispecie il Tribunale ha fatto riferimento agli articoli 4 e 6 lettere c e d del collettivo nazionale di lavoro -comparto Ministeri, 1998-2001, del 16 febbraio 1999).

1. Anche il principio di cui alla massima in esame risulta conforme ai prevalenti indirizzi della giurisprudenza.

Sull'antisindacalità del comportamento di un datore di lavoro pubblico (nella specie, il comune di Milano) che abbia disposto modifiche dell'articolazione dell'orario di lavoro senza preventivamente consultare e fornire infor-



mazioni alle oo.ss. ai sensi degli art. 5, 6, 7, 8 e 17 C.C.N.L. enti locali del 15 marzo 1995, nonché dell'art. 10 d.leg. 3 febbraio 1993 n. 29.v.infatti Pret. Milano.16 gennaio 1999 in Riv. critica di diritto del lavoro 1999, 289, con nota SUMMA). In termini generali nel senso che l'adozione di un provvedimento (nella specie di trasferimento) senza l'osservanza dell'informazione preventiva prevista dal C.C.N.L. di categoria e l'impossibilità per il sindacato di esercitare il diritto di richiedere un incontro per esame, concreta un comportamento antisindacale ex art. 28 stat.lav., in considerazione della lesione del diritto di informazione del sindacato, strumentale rispetto alla piena applicazione dell'attività e dell'immagine dell'organizzazione nei confronti dei lavoratori rappresentati, a prescindere dall'elemento soggettivo., Pret. Campobasso, 08-10-1998.in Riv. critica di diritto del lavoro 1998, 909; in Arg. Dir. Lav. 1999, 246, con nota SORDI).

In argomento, la Cassazione (7 agosto 1998, n. 7779), ribadito il costante principio per cui l'accertamento del giudice del merito circa l'idoneità di una determinata condotta del datore di lavoro a ostacolare o reprimere l'attività sindacale del lavoratore si risolve in un giudizio di fatto, censurabile in sede di legittimità solo sotto il profilo della congruità della motivazione, ha confermato la pronuncia di merito che aveva ritenuto integrati gli estremi della condotta antisindacale in un caso in cui un dirigente della polizia di stato aveva disposto i turni di lavoro straordinario senza alcuna previa consultazione delle organizzazioni sindacali, così come espressamente prescritto dall'art. 4 dell'accordo nazionale del 28 settembre 1990.

Gli innegabili effetti di semplificazione derivanti dalla modifica legislativa dell'art. 28 Stat. lav. in materia di condotta antisindacale delle amministrazioni pubbliche possono, infine, esser apprezzati, per contrasto, attraverso le due massime che seguono.

Per la prima: “Nel settore del pubblico impiego, nella vigenza della ripartizione della giurisdizione in materia di repressione della condotta antisindacale di cui ai commi sesto e settimo dell'art. 28 legge n.300 del 1970 introdotti dalla legge n. 146 del 1990, e quindi di attribuzione alla competenza del pretore (e non del Tribunale amministrativo regionale) delle domande attinenti a diritti soggettivi di natura sindacale del sindacato, senza richiesta di rimozione di provvedimenti lesivi di situazione soggettive inerenti al rapporto di pubblico impiego, è particolarmente configurabile l'interesse del sindacato ad una pronuncia di mero accertamento della condotta antisindacale del datore di lavoro pubblico, che abbia violato il diritto di informazione e consultazione del sindacato sulla qualità dell'ambiente di lavoro e sulle misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, previsto dall'art. 10 del 3 febbraio 1993 n. 29 (nel testo originario, poi sostituito dal-





l'art. 10 del d.lgs. n. 80 del 1998), così incidendo sulla sfera patrimoniale del medesimo, intesa quale comprensiva del suo diritto all'immagine e al rispetto della sua funzione. (Nella specie, il sindacato ricorrente aveva lamentato la mancata previa consultazione delle organizzazioni sindacali in occasione della modifica dell'orario di lavoro degli impiegati di un comune, a norma degli artt. 10 e 16 - testo previgente - del d.lgs. n. 29 del 1993; la Suprema Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, con cui il giudice di merito aveva rigettato il ricorso, per la non attualità di comportamento sindacale ormai esaurito e la impossibilità di una pronuncia di mero accertamento; Cass. 8 ottobre 1998 n. 9991).

La seconda massima puntualizza d'altro canto che: "Ai sensi dei commi sesto e settimo dell'art. 28 legge 20 maggio 1970 n.300, introdotti dall'art. 6 della legge 12 giugno 1990 n.146, secondo i quali il procedimento di repressione della condotta antisindacale proposto contro amministrazioni statali o enti pubblici non economici è attribuito, in genere, alla cognizione del Pretore e, invece, alla cognizione del Tribunale amministrativo regionale nel caso in cui le organizzazioni sindacali intendano anche chiedere la rimozione di provvedimenti lesivi di situazioni soggettive inerenti al pubblico impiego, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso in cui il sindacato ricorrente, oltre a chiedere l'accertamento dell'antisindacabilità del comportamento tenuto dall'ente pubblico nel corso delle trattative per la modifica dell'orario di lavoro dei propri dipendenti, abbia formulato richiesta di "sospensione" (nozione equivalente a quella di "rimozione" prevista dall'art. 28, settimo comma, a sua volta equivalente a quella di revoca o modifica dell'atto amministrativo vietata al giudice ordinario dall'art. 4, comma secondo, della legge 20 marzo 1865 n.2248, all. E) dell'ordine di servizio in materia e della relativa deliberazione consiliare. (Cass. SU 17 marzo 1995 n. 3104).

Tribunale di Treviso, decr. 31/01/2002 (giudice De Luca)

Relazioni sindacali - comportamento antisindacale per violazione degli obblighi contrattuali di informazione e consultazione - giurisdizione del giudice ordinario - sussistenza.

Art. 28, l. 20/05/1970, n. 300, recante "Norme a tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento".

Art. 11 R.D. 1611/93.

Artt. 4, e 6, lett. c e d, CCNL comparto Ministeri 1998-2001 del 16 febbraio 1999.

La costituzione in giudizio della parte intimata implicando il raggiungimento dello scopo della notificazione ne sana i vizi con effetto ex tunc (Nella specie sulla base di detto principio è stata rigettata l'eccezione di nullità della notifica di - un ricorso ex art. 28 legge 20 Maggio 1970, n. 300, notificato direttamente alla Prefettura contro la quale era stato proposto anziché all'Avvocatura dello Stato ex art. 11 R.D. 1611/93).

A seguito dell'abrogazione dei commi 6 e 7 dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970 n. 300, disposta dall'art. 4 della legge 11 aprile 2000, n. 83, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario in tutti i casi nei quali si controverta di un comportamento antisindacale del datore di lavoro pubblico senza che in contrario rilevi il carattere plurioffensivo del comportamento né la richiesta di eliminazione dell'atto datoriale, ben potendo il giudice nell'ambito del procedimento di repressione della condotta antisindacale adottare una statuizione di condanna della p.a. ad un facere, previa disapplicazione dell'atto amministrativo.

Qualora il contratto collettivo preveda l'informazione preventiva alle organizzazioni sindacali nelle materie relative all'organizzazione degli uffici e all'organizzazione del lavoro, demandando altresì alla contrattazione integrativa l'articolazione delle tipologie dell'orario di lavoro, costituisce condotta antisindacale la unilaterale modificazione dell'articolazione di tale orario, con eliminazione della possibilità, prevista da precedenti accordi, di rendere la prestazione lavorativa su sei giorni, senza consentire alle organizzazioni sindacali di interloquire sul tema. (Nella fattispecie il Tribunale ha fatto riferimento agli articoli 4, e 6, lettere c e d, del collettivo nazionale di lavoro comparto Ministeri, 1998-2001, del 16 febbraio 1999).

TRIBUNALE DI TREVISO SEZIONE LAVORO

IL GIUDICE DEL LAVORO dr. Massimo De Luca
a scioglimento della riserva formulata all'udienza del 17.1.2002, nel procedimento ex art.28 L. 300/1970 promosso da CGIL Funzione Pubblica di Treviso in persona del segretario pro-tempore

contro

MINISTERO DELL'INTERNO in persona del Ministro pro tempore PREFET-



TURA DI TREVISO in persona del Prefetto pro tempore (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia)

OSSERVA IN FATTO:

La CGIL Funzione Pubblica di Treviso con ricorso ex art. 28 L. 300/1970 rappresentava che:

in data 22.8.01 il Prefetto di Treviso emanava la disposizione prot. N. 1709/01 con cui disponeva l'articolazione dell'orario di lavoro su 5 giorni lavorativi, anziché 6, per il personale non appartenente alla carriera prefettizia;

a tale unilaterale modifica dell'orario di lavoro reagiva formalmente la RSA chiedendo un incontro e osservando che la determinazione prefettizia incideva su materia oggetto di contrattazione, senza che i rappresentanti dei lavoratori fossero stati consultati;

che il Prefetto non aderiva alla richiesta di incontro, ribadendo con nota del 25.8.01 la modifica già apportata all'orario di lavoro.

Rilevava la CGIL Funzione Pubblica che l'art. 4 lett. a) del CCNL per i Ministeri 1998-2001 demanda alla contrattazione collettiva integrativa la materia dell'articolazione dell'orario di lavoro e che l'art. 6 lett. c) e d) prevede l'informazione preventiva alle organizzazioni sindacali nelle materie relative all'organizzazione degli uffici e all'organizzazione del lavoro, tra cui rientra senz'altro anche la disciplina dell'orario di lavoro. Evidente, pertanto, secondo l'esponente risultava l'antisindacalità della condotta della Prefettura, che aveva compresso i diritti delle 0055 sanciti dal contratto collettivo, ledendone l'immagine ed il prestigio presso i dipendenti.

Concludeva la ricorrente associazione chiedendo che venisse dichiarata la natura antisindacale del denunciato comportamento e di conseguenza se ne ordinasse la cessazione e la rimozione degli effetti, annullando la disposizione prot. N. 1709/01.

Si costituivano la Prefettura di Treviso e il Ministero dell'Interno, rilevando che:

la notifica del ricorso doveva considerarsi radicalmente nulla in quanto l'atto è stato notificato alla Prefettura di Treviso e non all'Avvocatura distrettuale dello Stato Venezia ex art. 11 R.D. 1611/93; il contestato comportamento della P.A., qualificabile come plurioffensivo, nonché la richiesta eliminazione dell'atto amministrativo determinano la giurisdizione del G.A., con conseguente carenza di giurisdizione del G.O.;

il Prefetto di Treviso non aveva disposto alcuna unilaterale modifica dell'orario di lavoro, ma si era limitato a dare attuazione a quanto previsto dall'accordo decentrato del 10.11.99.

I convenuti concludevano rilevando, preliminarmente, il difetto di giu-



risdizione del G.O., l'inammissibilità, l'improcedibilità e comunque l'infondatezza del ricorso.

All'udienza del 13.12.01 veniva concesso alle parti termine per il deposito di note e documenti.

All'udienza del 17.1.02 dopo la discussione, il Giudice si riservava la decisione.

IN DIRITTO:

Il ricorso è fondato e merita, pertanto, di essere accolto. L'eccezione di inammissibilità del ricorso per nullità della notifica è palesemente infondata. È pacifico, infatti, il principio secondo cui la costituzione in giudizio della parte intimata, implicando il raggiungimento dello scopo della notificazione, ne sana i vizi con effetto *ex tunc* (cfr., *ex plurimis*, Cass. 80/3016).

Infondata è anche l'eccezione di difetto di giurisdizione del G.O. La giurisprudenza che aveva ritenuto la competenza del G.A. nelle controversie aventi ad oggetto un comportamento antisindacale plurioffensivo posto in essere da una p .A. l nel caso in cui il sindacato ricorrente avesse chiesto la rimozione del provvedimento amministrativo, è del tutto superata dall'abrogazione dei commi 6 e 7 dell'art. 28 dello Statuto operata dall'art. 4 L. 83/00.

L'eliminazione del citato comma 71 in particolare, indica l'inequivoca volontà del legislatore di affermare la giurisdizione del G.O. in tutti i casi di ricorso da parte del sindacato per asserita condotta antisindacale del datore di lavoro pubblico. Nell'ambito della procedura di cui all'art. 28 il giudice del lavoro ha il pieno potere di adottare una statuizione di condanna che imponga alla P.A. anche un *facere*, previa disapplicazione dell'atto amministrativo. (In questo senso si è espresso anche il giudice di Verona nelle motivazioni della sentenza n. 500/01 allegata proprio dai convenuti).

Nel merito si rileva, in primo luogo, che l'obbligo imposto alla Prefettura dalle norme della contrattazione collettiva citate dalla ricorrente di trattare con le controparti sindacali, prima dell'adozione di provvedimenti circa l'articolazione dell'orario di lavoro, è pacifico e nemmeno contestato dai convenuti. Oltre alle norme citate dalla ricorrente lo stesso contratto collettivo integrativo 28.6.00 del Ministero dell'Interno prevede che sia la contrattazione decentrata ad individuare le articolazioni dell'orario più funzionali a ciascun luogo di lavoro.

La Prefettura si difende sostenendo di essersi limitata con il provvedimento del 22.8.01 a dare piena attuazione all'accordo decentrato del 10.11.99, che già prevedeva l'articolazione dell'orario lavorativo sulla base di 5 giorni, in ciò necessitata dall'entrata in vigore del DPR 316/01. La stessa Prefettura riconosce, comunque, nella memoria difensiva che tale articolazione dell'orario era derogata di fatto per alcune particolari situazioni.



In realtà dai documenti in atti si evince che:

l'accordo del 10.11.99 prevede delle eccezioni all'articolazione dell'orario su 5 giorni lavorativi (art. 1 dell'accordo);

l'art. 4 dell'accordo contempla espressamente la possibilità che parte del personale effettui l'orario di lavoro articolato su 6 giorni lavorativi; accanto all'accordo scritto del 10.11.99 sussistevano degli accordi verbali tra amministrazione e organizzazioni sindacali (cfr. verbale dell'incontro del 13.9.01 agli atti), per cui al c.d. personale contrattualizzato era consentito svolgere l'orario lavorativo su 6 giorni anziché 5. Tale possibilità d'altronde è espressamente prevista dall'articolo 8 del contratto collettivo integrativo del Ministero dell'Interno dd. 28.6.00 e non risulta assolutamente superata dal DPR 316/011 che recepisce un accordo relativo al personale della carriera prefettizia, distinto dal c.d. personale contrattualizzato.

Gli accordi sia scritti che verbali tra le parti che consentivano al personale c.d. contrattualizzato di svolgere la propria prestazione lavorativa su 6 giorni lavorativi non poteva essere posto nel nulla senza una previa consultazione delle organizzazioni sindacali. Il provvedimento prefettizio del 22.8.01 è illegittimo in quanto è andato a modificare la effettiva articolazione dell'orario di lavoro esistente in Prefettura in via unilaterale, senza consentire ai sindacati di interloquire su di una materia in cui vi è riserva di contrattazione per espressa disposizione delle norme collettive. Il fatto che parte del personale osservasse un orario di lavoro articolato su 6 giorni lavorativi derivava sia dall'accordo scritto del 10.11.99 che da "intese informali", come riconosciuto dal viceprefetto nel corso dell'incontro con i sindacati del 13.9.01 (cfr. verbale dell'incontro agli atti), che potevano essere legittimamente superate solo a seguito di una previa trattazione della materia con le OO.SS.

È pacifico in giurisprudenza il principio che costituisce condotta anti-sindacale il rifiuto del datore di lavoro di trattare con i sindacati in presenza di una espressa disposizione convenzionale che glielo impone, come nel caso di specie (cfr. Cass. 23/00). Tale condotta, infatti, danneggia la funzione stessa dell'organizzazione sindacale e la sua rappresentatività presso i lavoratori.

Ne consegue che il rifiuto opposto dalla Prefettura di Treviso a trattare con le organizzazioni sindacali in relazione alla materia dell'orario di lavoro ben si inquadra nella previsione normativa dell'art. 28 dello Statuto.

Il ricorso deve essere, pertanto, accolto, stante l'evidente carattere anti-sindacale del denunciato comportamento, con conseguente disapplicazione dell'atto amministrativo dd. 22.8.01 della Prefettura in quanto illegittimo e ordine alla amministrazione di rimuoverne gli effetti.

Le spese, come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.



P.Q.M.

1. In accoglimento del ricorso, accerta e dichiara l'antisindacalità della condotta ivi denunciata, e per l'effetto ordina alla Prefettura di Treviso di cessare da tale comportamento e di rimuoverne gli effetti annullando il provvedimento dd. 22.8.01.

2. Condanna la convenuta Prefettura alla rifusione delle spese legali, che liquida in complessive l. 1.500.000, oltre IVA e CPA.

Treviso, 31 gennaio 2002 IL GIUDICE DEL LAVORO



La tutela contro il licenziamento illegittimo del dirigente pubblico

Nota di Paolo Sordi*



125

La sentenza afferma importanti principi in tema di licenziamento del dirigente pubblico.

Una prima questione riguarda il riconoscimento o meno in capo alla Pubblica Amministrazione della facoltà di recedere ad nutum dal rapporto.

In effetti, sulla base del rinvio alla normativa in tema di rapporto di lavoro alle dipendenze dei privati datori di lavoro previsto dall'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, si pone la questione della applicazione ai dirigenti statali dello stesso regime vigente per i dirigenti delle imprese private. A questi ultimi, com'è noto, non si applica la disciplina vincolistica dei licenziamenti sulla base dell'art. 10 l. n. 604 del 1966 che circoscrive l'operatività di quella disciplina alle categorie degli operai e degli impiegati. Si tratta di verificare se la medesima conclusione valga per i dirigenti dello Stato.

In proposito occorre tener conto anche del rinvio alla normativa del codice civile ed alla contrattazione collettiva operato dall'art. 21, comma 2. Infatti la norma dispone, testualmente, che la Pubblica Amministrazione recede dal rapporto di lavoro "secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi" ed il codice civile - com'è noto - non prevede che il recesso datoriale sia condizionato all'esistenza di un motivo giustificativo, stabilendo solamente l'obbligo del preavviso (art. 2118).

Ora, riguardo la sussistenza della facoltà dell'Amministrazione di recedere ad nutum dal rapporto di lavoro con i propri dirigenti, in dottrina sembra individuabile un prevalente orientamento in senso negativo.

Così, secondo un Autore, il licenziamento del dirigente pubblico "sebbene disciplinato in via incidentale, nell'ambito della revoca dell'incarico, sotto la rubrica intitolata alla responsabilità dirigenziale ...risulta certamente un negozio causale, diversamente dal recesso previsto dall'art. 2118 Cod. Civ."; infatti, secondo questa dottrina, una previsione che stabilisce che "nei casi di maggiore gravità, l'amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro"

* Magistrato di Corte di Appello L'Aquila



ro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi” sta a significare che l’Amministrazione stessa non può recedere ad nutum¹.

La conclusione è condivisa da altra dottrina che ha affermato che “il recesso ad nutum, che per i dirigenti privati costituisce la regola, non si applica per i dirigenti pubblici, i quali, come gli altri dipendenti, sono invece soggetti al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo”, senza peraltro fornire una articolata dimostrazione dell’assunto².

Ancora più perentoriamente (ma anche in tal caso senza una adeguata argomentazione) è stato affermato che “il dirigente gode di una pretesa pressoché assoluta ed intangibile, salvo eventi del tutto eccezionali, alla conservazione del posto”³.

In senso analogo, si è osservato che “il licenziamento del dirigente della Pubblica Amministrazione, invece, è soggetto ex lege alla regola del contraddittorio ed ha il proprio fondamento non nel venire meno della fiducia, sibbene solo nel giustificato motivo della gravissima inadempienza di direttive, ovvero della responsabilità per risultati negativi o di obiettivi inattuati, oppure ancora di gravissimo inadempimento privatistico costituito da violazione di norme di legge o precisi obblighi contrattuali”⁴.

Altra dottrina si è sforzata di attribuire un senso al rinvio alle disposizioni del codice civile operato dall’art. 21, comma 2, d.lgs. n. 165 che non confliggesse con la necessità, subito prima affermata dalla stessa norma, dell’esistenza di un motivo per il recesso della Pubblica Amministrazione. In particolare, si è affermato che “in presenza dell’inequivocabile indicazione legale del “motivo”, il rinvio al codice civile sembra riferibile alla sola disciplina del preavviso, compatibile anche con un regime di recesso vincolato”⁵. Secondo una simile impostazione, pertanto, in presenza dei casi più gravi di ripetuta valutazione negativa o di gravi inosservanze delle direttive ricevute, l’Amministrazione potrebbe risolvere in tronco il rapporto solamente se la

1. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 70. Secondo lo stesso Autore, inoltre, l’assoggettamento della revoca degli incarichi dirigenziali al principio della previa contestazione e contraddittorio implicherebbe che lo stesso varrebbe a fortiori per il recesso dal rapporto, con l’ulteriore conseguenza che al dirigente pubblico si applicherebbe l’art. 7 l. n. 300 del 1970 (applicabilità tuttora controversa per il dirigente privato)

2. LUCIBELLO, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 480

3. ROMANO TASSONE, *Sul contratto di lavoro del dirigente pubblico*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 151

4. SILVESTRO, *Sulla estinzione e modificazione del rapporto di lavoro dirigenziale nella p.a.*, in *Rass. amm. sanità*, 1999, 399

5. ZOPPOLI A., *Commento*, cit., 1182 s., il quale aggiunge - in nota 38 - che tale conclusione vale anche per i dirigenti addetti ad 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. Più recentemente lo stesso Autore ha ribadito la propria opinione in A. ZOPPOLI, *Dirigenza*, cit., 326

condotta del dirigente integrasse gli estremi della giusta causa di licenziamento ex art. 2119 c.c., in caso contrario dovendo concedere al dipendente il preavviso.

In senso contrario alle opinioni fin qui ricordate è stato ipotizzato che la previsione dei casi di particolare gravità dell'inosservanza delle direttive o della responsabilità per i risultati negativi quale presupposto del recesso della Pubblica Amministrazione operata dall'art. 21 d. lgs. n. 165 costituisca semplicemente una sorta di tipizzazione legale di una delle tante possibili fattispecie di giusta causa di licenziamento, senza che ciò escluda l'applicabilità dell'art. 2119 c.c. in presenza di altri comportamenti del dirigente idonei ad integrare gli estremi della giusta causa di licenziamento, né quella dell'art. 2118⁶.

Secondo altri Autori "il licenziamento del dirigente pubblico è stato ricondotto dal legislatore nell'area legale della libera recedibilità attraverso il richiamo alla normativa privatistica"⁷.

Passando all'esame della giurisprudenza, occorre rilevare che non sono molte le pronunce in materia.

In proposito si deve ricordare, anzitutto che Corte Cost. 25 luglio 1996, n. 313⁸, pronunciando sulla legittimità dell'originaria versione della privatizzazione del rapporto dei dirigenti, ha 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".

Sempre con riferimento all'originaria versione del d.lgs. n. 29 del 1993, TAR Veneto, 18 marzo 1999, n. 380⁹, a sua volta, ha escluso il potere della Pubblica Amministrazione di recedere ad nutum dal rapporto dirigenziale osservando che "se sussistesse un tale tipo di recesso libero ed insindacabile, esso rappresenterebbe la virtuale negazione del principio di separazione delle funzioni tra dirigenti ed organi politici e dell'autonomia gestionale

6. SORACE, Problemi e prospettive delle responsabilità pubbliche, in SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, XXIX

7. MAINARDI, *L'estinzione del rapporto*, in CARINCI F.-D'ORTA (a cura di), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, Milano, 1998, 408; BATTINI, *Il personale*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 492; PROIETTI, *La dirigenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 71

8. In *Foro it.*, 1997, I, 34

9. In *Foro amm.*, 2000, I, 547



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”.

Nella giurisprudenza dei giudici ordinari, si deve riscontrare, in generale, un orientamento diretto a dare quasi per scontata l'applicazione al dirigente pubblico dello stesso regime di libera recedibilità datoriale proprio del rapporto di lavoro del dirigente privato.

Così, in Trib. Rieti 14 luglio 1999¹⁰ si legge che al licenziamento del dirigente “non risulta applicabile la tutela reale prevista dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 e dalla legge n. 604/1966. Infatti dette disposizioni risultano applicabili unicamente in favore degli impiegati e degli operai che siano stati licenziati in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo. Le stesse, invece, non trovano applicazione al rapporto di lavoro dei dirigenti il cui licenziamento è disciplinato unicamente dagli artt. 2118 e 2119 c.c., oltre che dai contratti collettivi ad essi relativi; norme queste ultime che in caso di licenziamento ingiustificato non prevedono il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro, ma al più il diritto alla indennità sostitutiva del preavviso ed alle eventuali ulteriori indennità previste dal CCNL di settore”.

Analogamente Trib. Milano, 22 giugno 1999¹¹, nel rigettare un'istanza di emissione di provvedimento d'urgenza diretto alla reintegrazione nel posto di lavoro di un dirigente, ha fatto uno sbrigativo richiamo all'art. 10 l. n. 604 del 1966, implicitamente ritenendo applicabile quella disposizione al rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici.

Anche Trib. Roma, 5 giugno 2000¹², in identica fattispecie, è pervenuta alla medesima conclusione osservando che il lavoratore ricorrente era un dirigente e, come tale, non poteva “invocare la tutela legale prevista solo per operai ed impiegati ex art. 10 l. n. 604 del 1966”.

In senso contrario si colloca ora la sentenza in rassegna che ha affermato l'illegittimità del licenziamento intimato ad un dirigente poiché “il rapporto avrebbe potuto essere risolto soltanto nelle ipotesi di gravità maggiore di quelle costituite dalla grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa dei risultati raggiunti (art. 21, comma 2 d. lgs. n. 165/01), le quali pur comportano, a seguito di complesso procedimento, una misura di carattere conservativo, quale l'esclusione, per un periodo non inferiore a due anni, dal conferimento di ulteriori

10. In Lav. pubbl. amm., 2000, 119

11. In Riv. crit. dir. lav., 1999, 665

12. In Giur. it., 2001, 497



incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato”. Secondo il Tribunale, “da tale disposizione (...) si comprende, quindi, che l’ipotesi di risoluzione del rapporto, per fatti addebitabili al dirigente, costituisce una extrema ratio – alla quale si può ricorrere, inoltre, solo su conforme parere dello speciale comitato dei garanti previsto dall’art. 22 del d.lgs. n. 165/01 - sicché il licenziamento del dirigente pubblico non può avvenire se non per giusta causa ovvero, probabilmente, per giustificato motivo soggettivo”.

La conclusione appare condivisibile.

In effetti l’art. 21 d. lgs. n. 165 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 ad 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).

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 ad 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, 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. 165 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 ed 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 al datore di lavoro pubblico 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.

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

In senso contrario non appare possibile ipotizzare che la previsione dei casi di particolare gravità dell'inosservanza delle direttive o della responsabilità per i risultati negativi quale presupposto del recesso della pubblica amministrazione operata dall'art. 21 d.lgs. n. 165 costituisca semplicemente una sorta di tipizzazione legale di una delle tante possibili fattispecie di giusta causa di licenziamento, senza che ciò escluda l'applicabilità dell'art. 2119 c.c. in presenza di altri comportamenti del dirigente idonei ad integrare gli estremi della giusta causa di licenziamento, né quella dell'art. 2118¹³. Al riguardo si deve sicuramente riconoscere che la previsione della seconda parte dell'art. 21, co. 2, d.lgs. n. 165, non esaurisce affatto il novero delle condotte dirigenziali qualificabili in termini di giusta causa di licenziamento e che pertanto davvero nulla impedisce di ipotizzare altri casi di gravi inadempimenti realizzati dal dirigente pubblico che ne giustifichino il licenziamento. Ma si deve subito aggiungere che ciò che si pone in irrimediabile contrasto con l'affermazione di un regime di libera recedibilità non è il precetto espresso dalla seconda parte del secondo comma dell'art. 21, bensì quello contenuto nella prima parte dello stesso comma, vale a dire la disposizione in forza della quale, a fronte di una "grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente", la Pubblica Amministrazione non può recedere dal rapporto di lavoro con il dirigente, ma si deve limitare a revocare l'incarico dirigenziale e ad escludere il dirigente da ulteriori conferimenti per un certo periodo di tempo.

In questa prospettiva si deve condividere quell'orientamento dottrinario secondo il quale 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 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.

13. Come sostiene, invece, SORACE, op. loc. cit.

Ulteriore argomento che potrebbe addursi a sostegno della tesi qui propugnata si può trarre dalla disciplina in materia di gestione delle eccedenze di personale ove dovesse definitivamente affermarsi la tesi, già espressa da una consistente dottrina, secondo la quale anche i dirigenti rientrerebbero nell'area di applicabilità degli artt. 33 e 34 d. lgs. n. 165. In effetti - sulla scorta di una simile impostazione - in presenza di eccedenze riscontrabili nella categoria dei dirigenti la pubblica amministrazione non potrebbe procedere al licenziamento degli eccedentari, dovendo invece procedere al loro collocamento in disponibilità; anche una simile disciplina non sembra compatibile con il riconoscimento, in capo alla parte datrice di lavoro di un generale potere di recedere ad nutum.

In definitiva l'Amministrazione statale non può irrogare il licenziamento al dirigente né in presenza di inadempimenti quali l'inosservanza di direttive (a meno che essi non assumano la particolare gravità richiesta dall'ultima parte del secondo comma dell'art. 21), né nel caso di eccedenze: non si vede davvero come simili limiti alla facoltà di recesso datoriale possano convivere con un regime di recedibilità ad nutum.

È, allora, configurabile un contrasto tra l'art. 21 (e, eventualmente, anche del combinato disposto degli artt. 33 e 34) d.lgs. n. 165 e l'art. 10 l. n. 604 del 1966 (compreso nel generale rinvio dell'art. 2, comma 2, dello stesso d. lgs.) nella parte in cui quest'ultimo riserva l'applicazione della disciplina limitativa della facoltà datoriale di recesso ai rapporti di lavoro di operai ed impiegati. Il contrasto deve necessariamente risolversi a favore della norma del d.lgs. n. 165, la cui operatività rispetto a norme di diverso tenore è sempre fatta salva dallo stesso secondo comma dell'art. 2, e la conseguenza più corretta sembra proprio quella di ritenere l'inapplicabilità al rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dell'art. 10 della l. n. 604 nella parte in cui esclude i dirigenti dall'area di applicazione della legge medesima. Anche questi ultimi, pertanto, sono destinatari, tra l'altro, del precepto secondo il quale la parte datrice di lavoro può recedere dal rapporto solamente per giusta causa o per giustificato motivo.

La sentenza qui pubblicata si pronuncia anche a proposito delle conseguenze del licenziamento del dirigente che venga irrogato in difetto di giusta causa o di giustificato motivo. Il Tribunale ha concesso la tutela ripristinatoria ordinando che il dirigente riprendesse servizio nel medesimo posto assegnato con il contratto con il quale gli era stato conferito l'incarico. Nella motivazione il Tribunale, forse condizionato dalla natura cautelare del procedimento di cui si trattava, non ha espresso una chiara e decisa opzione in ordine al problema dell'applicabilità o meno della tutela reale. Si legge, infatti, nell'ordinanza che non sembra "possa escludersi in radice la possibilità di applicare la tutela reale di cui all'art. 18 della l. n. 300/70 giacché - a diffe-





renza di quanto prevedono le leggi per i dirigenti privati - quelli pubblici, come detto, godono di regime di stabilità essendo tassativi i casi di risoluzione del rapporto, ed inoltre, in generale, la legge n. 300/70 si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero di dipendenti”; i giudici hanno aggiunto che “anche a prescindere da tale complesso problema, poiché l’atto di recesso - per quanto sopra - appare inefficace esso non è idoneo ad interrompere il rapporto, sicché questo deve reputarsi giuridicamente proseguito senza soluzione, sicché il lavoratore ha diritto a riprendere servizio”.

Come si vede, trattasi di una motivazione non particolarmente perspicua e contenente alcune imprecisioni. Ad esempio, il fatto che il d.lgs. n. 165 stabilisca che la l. n. 300 del 1970 (e dunque anche il suo art. 18) si applica a prescindere dal numero dei lavoratori occupati dalla Pubblica Amministrazione interessata non può giustificare la soluzione del diverso problema della applicabilità della tutela reale al rapporto di lavoro dei dirigenti, questione del tutto estranea a quella del limite occupazionale.

Altrettanto impreciso è il riferimento all’inidoneità del recesso illegittimo ad interrompere la continuità giuridica del rapporto di lavoro perché da un simile assunto (sicuramente esatto) non discende necessariamente l’applicabilità della tutela reale che è un rimedio aggiuntivo rispetto a quelli previsti dalla comune disciplina delle obbligazioni.

Ora, analizzando le posizioni della dottrina a proposito della esperibilità della tutela reale in caso di licenziamento del dirigente pubblico, si deve riconoscere che anche chi reputa che la parte datoriale pubblica non disponga di una simile facoltà in genere non si spinge fino ad affermare l’operatività della tutela reale in caso di licenziamento del dirigente non assistito da una giusta causa o da un giustificato motivo.

Anzi, uno di quegli Autori ha espressamente espresso l’opinione contraria, affermando che “scontata l’inapplicabilità della disciplina legale tipica (annullamento e reintegrazione), non v’è ragione per escludere che il legislatore possa ricollegare alla senza della causa legittimante conseguenze di tipo risarcitorio e non ripristinatorio”¹⁴. La medesima dottrina ha aggiunto che neppure è “precluso al legislatore rimettere alla contrattazione collettiva (specie nell’area del lavoro pubblico, che non è assillato dalla questione dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo) la scelta circa le conseguenze da ricollegare alla illegittimità del recesso, come deve ritenersi abbia fatto con l’art. 21, al di là dell’apparenza letterale che parrebbe circoscrivere il rinvio alla individuazione dei casi di maggiore gravità”¹⁵.

14. TOSI, op. cit., 72

15. TOSI, op. loc. cit.

In senso contrario, sembra invece potersi sostenere che proprio l'affermazione della necessità di una giusta causa o di un giustificato motivo anche per il recesso datoriale dal rapporto di lavoro dirigenziale faccia venir meno il principale motivo dell'esclusione di un simile rapporto dall'area di applicazione dell'art. 18 l. n. 300 del 1970. Proprio perché il potere della pubblica amministrazione di recedere dal rapporto di lavoro con i propri dirigenti soffre degli stessi limiti ai quali soggiace quello di licenziare gli appartenenti alle altre categorie di dipendenti, allora nulla può impedire l'affermazione dell'identità delle conseguenze in caso di illegittimo esercizio di quel potere.

Nel settore del lavoro alle dipendenze delle imprese private, l'esclusione dei dirigenti dalla stabilità reale è comunemente fondata sul rilievo che questa categoria di lavoratori è estranea, appunto, ex art. 10 l. n. 604 del 1966, alla disciplina limitativa del licenziamento individuale e, conseguentemente, non è applicabile neppure l'art. 18 l. n. 300 del 1970. Del resto, il 1° comma della norma dello Statuto individua espressamente il suo campo di operatività nelle pronunce con le quali il Giudice: a) dichiara inefficace il licenziamento a norma dell'art. 2 l. n. 604; b) annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo; c) dichiara la nullità del licenziamento a norma della stessa l. n. 604. Ora, per i motivi illustrati nei due precedenti capitoli, il licenziamento del dirigente deve essere necessariamente assistito da giusta causa o giustificato motivo e pertanto, nel caso in cui il licenziamento venga riconosciuto privo di giusta causa e di giustificato motivo, l'applicabilità dell'art. 18 l. n. 300 appare inevitabile.

Unico dato normativo da quale potrebbe argomentarsi una diversa conclusione è rappresentato al rinvio al codice civile operato dall'ultima parte del 2° comma dell'art. 21 d.lgs. n. 165. Pur non volendo sottovalutare l'importanza di una simile disposizione, appare inevitabile ribadire - anche a proposito delle conseguenze dell'illegittimo licenziamento - quanto notato a proposito dei presupposti della facoltà di recesso dell'amministrazione. Vale a dire che tutti i vincoli posti dall'art. 21 a quella facoltà impongono - se si vuole attribuire al sistema un minimo di razionalità e di coerenza interna - di restringere il significato del rinvio alla normativa codicistica ai criteri che debbono presiedere alla scelta tra recesso con preavviso e recesso senza preavviso, escludendone quindi qualsiasi rilievo nell'indagine relativa alle conseguenze del licenziamento invalido.

Si potrebbe obiettare che, ammettendo la tutela reale, si sacrificerebbe il principio (comunemente affermato in giurisprudenza) secondo il quale il rapporto dirigenziale è caratterizzato da un particolare vincolo fiduciario che non tollera una ricostituzione ope iudicis del rapporto venuto meno per iniziativa della parte datrice di lavoro. Tuttavia la suggestione di un simile argomento viene immediatamente meno se si pone mente a quella che sembra la



più corretta valutazione circa lo stato attuale della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni.

In effetti, all'esito della riforma della normativa dell'impiego pubblico, non è possibile affermare che tale normativa faccia parte di un più ampio ed unitario ordinamento "privatistico" del lavoro subordinato. In realtà permangono ancora attualmente profondissime differenze tra la disciplina del rapporto di lavoro nell'impresa privata e nella Pubblica Amministrazione; mentre in passato il confine tra le discipline dei due rapporti di lavoro coincideva con il confine che distingue il diritto privato ed il diritto amministrativo (la normativa del lavoro alle dipendenze del privato datore di lavoro appartenendo al primo, quella del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione al secondo), ora il confine tra le due normative passa tutto all'interno del diritto privato: sia il lavoro nell'impresa, sia quello nell'Amministrazione sono disciplinati da norme di diritto privato, tuttavia gli istituti la cui concreta disciplina è diversa sono talmente tanti e talmente importanti da imporre di ritenere che siamo in presenza di due ordinamenti (entrambi di diritto privato), ognuno dei quali così indipendente dall'altro da essere idoneo ad esprimere propri principi generali.

Nel caso particolare del rapporto di lavoro dirigenziale è agevole riconoscere la differenza tra i due regimi giuridici proprio sul piano della rilevanza assegnata da ciascuno di essi dalla "fiducia" che la parte attrice di lavoro deve riporre nel dirigente. Nella disciplina privatistica nessun vincolo è mai stato previsto dall'ordinamento nelle fasi di costituzione e di estinzione del rapporto, nel senso che il privato datore di lavoro è sempre stato del tutto libero di scegliere il soggetto con il quale instaurare un rapporto di lavoro dirigenziale ed altrettanto libero è sempre stato nel procedere all'estinzione del rapporto; per converso, durante la vigenza del rapporto, l'imprenditore è obbligato ad attribuire al lavoratore dirigente mansioni oggettivamente qualificabili come dirigenziali (attribuire a chi è stato assunto come dirigente mansioni di natura impiegatizia costituisce un illegittimo demansionamento, fonte di responsabilità per il datore di lavoro); come si vede, la rilevanza della fiducia si manifesta nelle fasi iniziale e finale del rapporto: proprio perché il rapporto di lavoro con il dirigente è caratterizzato da uno speciale vincolo fiduciario, non è possibile "imporre" al datore di lavoro privato un certo rapporto dirigenziale e pertanto l'imprenditore sarà libero di instaurare con chi voglia un simile rapporto e, analogamente, potrà estinguerlo in qualsiasi momento indipendentemente da qualsiasi causa giustificatrice.

La situazione riscontrabile nel settore pubblico è esattamente opposta. La Pubblica Amministrazione non ha la facoltà di scegliere liberamente la propria controparte in un rapporto di lavoro dirigenziale: ad eccezione dei casi (del tutto marginali) nei quali l'Amministrazione può procedere ad





assunzioni a tempo determinato di dirigenti al di fuori delle normali procedure (v. art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001), la Pubblica Amministrazione è obbligata ad instaurare il rapporto di lavoro dirigenziale con i vincitori di appositi concorsi per esami (v. art. 28, comma 1, d.lgs. n. 165), vale a dire con soggetti individuati con una modalità che, oltre ad essere identica a quella con la quale avviene il reclutamento del personale non dirigenziale (v. art. 35, d. lgs. n. 165), prescinde da qualsiasi *intuitus personae*. Simmetricamente, come si è visto, la Amministrazione non ha la facoltà di recedere ad nutum dal rapporto dirigenziale. Contrariamente a quanto avviene nel rapporto con i dirigenti delle imprese private, invece, la normativa legislativa consente al datore di lavoro pubblico di non assegnare ad un proprio dirigente incarichi di funzioni dirigenziali e riconosce allo stesso una ampia discrezionalità nella scelta del dirigente cui attribuire quegli incarichi.

Allora la conclusione è che, nella concreta disciplina del rapporto dirigenziale “pubblico”, il vincolo fiduciario emerge con prepotenza, non già nelle fasi costitutiva od estintiva del rapporto, bensì in quella del suo svolgimento: la Pubblica Amministrazione è vincolata nella scelta della propria controparte in un simile rapporto, né può liberamente disporre del rapporto stesso; è invece sostanzialmente libera nell’individuazione dei dirigenti cui concretamente attribuire incarichi di funzioni dirigenziali. Ed un simile stato di cose appare la logica conseguenza di quel principio di separazione tra indirizzo politico-amministrativo e attività di gestione che, come si è più volte notato, rappresenta uno dei principi fondanti della complessiva riforma della dirigenza pubblica: proprio perché gli organi del vertice politico-istituzionale della Amministrazione non possono intromettersi nell’attività di gestione attribuita ai dirigenti, da un lato, debbono conservare una ampia discrezionalità nell’assegnazione degli incarichi e, dall’altro, non possono essere titolari della facoltà di estinguere ad libitum il rapporto di lavoro dei dirigenti, pena la piena conservazione di un fortissimo potere di condizionamento dell’attività gestionale riservata dalla legge ai dirigenti.

Se così stanno le cose, appaiono davvero il frutto di affrettate generalizzazioni le opinioni espresse da quanti respingono anche solo l’idea di una reintegrazione nel posto di lavoro del dirigente licenziato muovendo dalla constatazione che occorrerebbe acquisire “la consapevolezza dell’importanza del legame fiduciario che corre tra questi due soggetti, non ricostruibile forzatamente con un intervento giudiziale dall’esterno”¹⁶. In verità, se ci si libera da schemi provenienti dall’esperienza del diritto del lavoro nell’impresa e

16. NICOSIA, La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 130



ci si concentra sull'analisi dell'attuale ordinamento della dirigenza pubblica, si verifica agevolmente che al rapporto fiduciario in questione il legislatore ha attribuito massima rilevanza non già nella fase della costituzione o della estinzione del rapporto, ma in quella del suo svolgimento e, precisamente, in quella del conferimento delle funzioni dirigenziali, aspetto del tutto distinto da quello dell'esistenza del rapporto di lavoro dirigenziale.

Non a caso, ancora recentissimamente, la Corte costituzionale, con l'ordinanza 16-30 gennaio 2002, n. 11¹⁷, tornando sulla questione della legittimità costituzionale della privatizzazione del rapporto di lavoro della dirigenza generale, ha avuto modo di sottolineare che “la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale nei suoi aspetti qualificanti ...è connotata da specifiche garanzie, mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica necessariamente anche stabilità dell'incarico”.

Come si vede, anche se i giudici delle leggi non hanno svolto un discorso particolarmente argomentato, emerge ancora una volta dalla loro giurisprudenza, l'esigenza che il rapporto dirigenziale sia stabile e adeguatamente garantito, a fronte di una normativa, per così dire “flessibile”, degli incarichi.

La conclusione appena raggiunta in tema di tutela applicabile per legge al licenziamento invalido del dirigente pone, ovviamente, il problema della efficacia delle previsioni dei contratti collettivi che apprestano una tutela meramente risarcitoria in caso di ingiustificatezza del licenziamento, sulla falsariga del regime pattizio in vigore per i dirigenti delle aziende industriali.

In proposito sembra inevitabile concludere che, se è vero che l'ordinamento assicura al dirigente pubblico illegittimamente licenziato la reintegrazione nel posto di lavoro, allora non saranno certo quelle disposizioni pattizie ad impedire al dipendente l'attivazione della tutela reale.

Altrimenti detto, se ovviamente nulla vieta al dirigente di attivare la tutela contemplata dalla contrattazione collettiva (accontentandosi, così, della tutela meramente risarcitoria) non è però sostenibile che, poiché le parti sociali hanno previsto solamente quel tipo di tutela, al dirigente illegittimamente licenziato sia inibito ricorrere all'Autorità giurisdizionale per chiedere l'annullamento del licenziamento e la condanna della Pubblica Amministrazione alla reintegrazione nel posto di lavoro, diritto che, per quanto si è detto, deve ritenersi assicurato al dirigente pubblico dalla normativa di rango legislativo.

17. In Guida al diritto, 2002, 113

Tribunale di Roma, ord. n. 66136/01 R.G. del 6.12.2001 (rel. Luna)

Dirigenza pubblica - Recesso della P.A. - Regime vincolistico - Applicabilità - Licenziamento illegittimo - Reintegrazione nel posto di lavoro - Applicabilità - Periodo di prova previsto dalla contrattazione collettiva - Decorre dalla data di assunzione a tempo indeterminato.



137

Art. 15 CCNL comparto Ministeri area dirigenza - parte normativa 1994/1997 e parte economica 1994/1995, siglato il 9.1.1997.

La Pubblica Amministrazione non può procedere al licenziamento ad nutum del dirigente, dovendo il recesso essere assistito da giusta causa o da giustificato motivo.

In caso di licenziamento illegittimo il dirigente pubblico ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Il periodo di prova di sei mesi previsto dall'art. 15 del ccnl del 9.1.1997 per i dirigenti dello stato decorre dal momento della costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'amministrazione, e non dal momento del conferimento, da parte di quest'ultima, dello specifico incarico dirigenziale.

IL TRIBUNALE DI ROMA

Prima Sezione Lavoro

composto dai Sigg. Magistrati

dott. Domenico CORTESANI Presidente

dott.ssa Daniela BLASUTTO Giudice

dott. Antonio Maria LUNA Giudice rel.

-a scioglimento della riserva formulata all'udienza del 29 novembre 2001

OSSERVA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato il 20 settembre 2001, F. A., premesso di essere stato assunto quale dirigente, con contratto del r 6.8.1999, a seguito di concorso, dal Ministero delle comunicazioni, e di essere stato assegnato all'Istituto superiore delle comunicazioni e delle tecnologie dell'informazione, in virtù di D.M. 4.11.1999, n. 5335, ha esposto che, dopo circa due anni di inattività, è stato indotto dall'Istituto superiore a sottoscrivere un contratto individuale di incarico in data 25.9.2000 con il quale gli è stato attribuito un mero incarico di studio e ricerca; che la Corte dei conti ha rifiutato la registrazione di tale contratto; che, perdurando l'inerzia dell'Amministrazione, egli ha proposto ricorso ex art. 700 conclusosi con ordinanza del 6.2.2001, con la quale il Giudice ha ordinato all'Amministrazione di



attribuirgli, conformemente al D.M. 4.11.1999, n. 5335 ed alle previsioni del bando di concorso, uno degli incarichi dirigenziali relativi ad uffici vacanti dell'Istituto superiore o comunque ad un ufficio della stessa Amministrazione delle comunicazioni; che l'Istituto, nell'imminenza dell'udienza di discussione del ricorso ex art. 700 c.p.c., al fine di sanare il contratto individuale, cui la Corte dei conti ha negato il visto, ha costituito un ufficio tale solo nominalmente, in quanto privo di personale e strutture, e senza attribuire alcuna competenza decisionale al dirigente ad esso preposto; che egli ha inutilmente diffidato l'Amministrazione a dare compiuto adempimento all'ordinanza del 6.2.2001; e che l'Istituto superiore, con provvedimento del 29.8.2001, lo ha licenziato per asserito mancato superamento del periodo di prova.

Il ricorrente ha sostenuto che il licenziamento è assolutamente nullo e/o illecito in primo luogo per violazione e falsa applicazione del contratto collettivo, essendo stata strumentalmente utilizzata la disciplina sul periodo di prova al di fuori dei termini consentiti; in secondo luogo per violazione dei principi in materia di licenziamento disciplinare nonché delle specifiche disposizioni contenute nell'art. 59 del d.lgs. n. 29/93; in terzo luogo per assenza di fondamento dei motivi addotti a sostegno del recesso; in ultimo per violazione dei principi generali in tema di valutazione dell'attività dei dirigenti, fissati dal d.lgs. n. 29/93. In particolare, il F. ha dedotto che il licenziamento ha carattere ritorsivo ed è stato dettato da ragioni di animosità personale, come dimostrato dalle accuse strumentali rivolte dal Dirigente generale dell'Istituto superiore, il quale ha prospettato una falsa rappresentazione delle vicende relative alla registrazione del contratto individuale di incarico, ha imputato al dirigente F. richieste di documenti e chiarimenti in ordine all'orario di lavoro, e gli ha contestato un giorno di assenza fruito per poter assistere il figlio affetto da grave handicap, mentre ha dedicato solo poche righe, nella relazione di accompagnamento del provvedimento di recesso, all'attività lavorativa.

Il ricorrente, quindi, adducendo l'estrema urgenza della richiesta misurata a cautelare a cagione del gravissimo danno sia professionale sia economico, essendo egli costretto ad accettare di tornare a svolgere le mansioni impiegate che aveva prima di vincere il concorso da dirigente, ha chiesto che sia dichiarata la illiceità o nullità del licenziamento ed ordinata la sua immediata reintegrazione con le funzioni di dirigente di un ufficio propriamente detto o almeno di quelle già ricoperte. Il Ministero, costituitosi in giudizio, ha dedotto che il procedimento di conferimento dell'incarico al F. si è svolto regolarmente, essendo stato ritualmente costituito l'ufficio cui il medesimo è stato preposto, provvedendosi così a superare i rilievi formulati dalla Corte dei conti e dovendosi escludere ogni comportamento minaccioso o intimidatorio nei confronti del lavoratore il quale, anzi, più volte ha sferrato attacchi, presentato diffide pretestuose e denunce infondate. Ha aggiunto la resistente



Amministrazione che il provvedimento ex art. 700 c.p.c. emesso il 6.2.2001 non è stato eluso, in quanto appunto l'ufficio cui preporre il F. è stato costituito prima dell'adozione di detta ordinanza; e che il dirigente, nel corso del periodo di prova semestrale - previsto dal contratto collettivo - decorrente dal 2.3.2001, giorno in cui è iniziato il servizio, non ha dimostrato di poter svolgere adeguatamente le mansioni dirigenziali, ponendo anche l'Amministrazione in imbarazzo con esposti alla Corte dei conti, che hanno cagionato la risentita reazione di un consigliere di detto organo, contro il quale il F. ha mosso l'accusa di assecondare "manovre" dell'Amministrazione. Ha altresì, rilevato, tra l'altro, che in realtà il ricorrente non è stato licenziato, bensì - come consentito dal contratto collettivo - ha optato per la reintegrazione nella qualifica e profilo che aveva in precedenza.

Depositata note difensive il Giudice, con ordinanza 18 ottobre 2001, n. 28376 cron., ha rigettato la domanda ritenendola inammissibile e compensando le spese di lite.

Il F., con atto depositato il 24 ottobre 2001, ha proposto reclamo ribadendo le proprie tesi e contestando gli argomenti adottati dal primo Giudice.

L'Amministrazione resiste al reclamo confermando le proprie posizioni difensive.

Tanto premesso, questo Collegio reputa fondato il reclamo.

Il reclamante censura innanzi tutto il provvedimento avendo il Giudice ritenuto inammissibile la domanda cautelare per contraddittorietà tra la richiesta di dichiarazione di nullità del recesso, cui seguirebbe la riammissione nel medesimo posto presso l'Ufficio studi e ricerca, e quella, invece, di ricoprire un incarico dirigenziale presso altro ufficio.

In effetti, non appare sussistere la denunciata contraddizione giacché il lavoratore, a fronte del recesso dell'Amministrazione, ha innanzi tutto chiesto di accertarsi la nullità o illiceità di tale recesso, con conseguente ripristino della situazione quo ante, ed in secondo luogo, assumendo che l'incarico di direttore di un ufficio privo di effettiva consistenza, quale quello formalmente costituito, non sia conforme ai principi ed alle disposizioni di legge, ha chiesto di essere assegnato ad altro ufficio.

I due profili non appaiono in contraddizione poiché si tratta appunto di due distinte domande la seconda, ovviamente, è subordinata all'altra, non potendosi discutere della eventuale illegittimità della attribuzione dell'incarico di responsabile dell'Ufficio studi e ricerca, se non si verifica la persistenza del rapporto di lavoro dirigenziale.

Il reclamante lamenta, in secondo luogo, che il Giudice ha ritenuto, aderendo ad una obiezione formulata dalla resistente, che l'Amministrazione, nell'adottare la decisione di non avvalersi del F. come dirigente, gli ha riservato la facoltà, prevista dall'art. 15 del contratto collettivo, di rientrare a sua



domanda nella qualifica e nel profilo di appartenenza precedenti. Il lavoratore deduce in proposito che egli, successivamente al licenziamento impugnato, si è avvalso, in via cautelativa e con grave personale umiliazione, della facoltà concessa direttamente dalla disciplina collettiva e non già accordata dall'Amministrazione, di accedere ex novo nella precedente qualifica.

Non sembra possa dubitarsi che il recesso dell'Amministrazione abbia comunque comportato la cessazione del nuovo rapporto di lavoro costituito a seguito del superamento del concorso con la stipula del contratto individuale in data 6.8.1999, essendo prevista, in via eccezionale, dall'art. 15, comma 8 del contratto collettivo per i dirigenti 1994-1997, la possibilità per il dirigente, già dipendente dell'Amministrazione, che non superi il periodo di prova, di rientrare, a domanda, nella qualifica e nel profilo di precedente appartenenza. Il reclamante, quanto al merito, rileva che il Giudice ha erroneamente reputato legittimo il recesso sia sotto l'aspetto della previsione della prova che quello dell'osservanza dei limiti temporali in cui il recesso poteva essere manifestato, senza considerare che, con il ricorso, era stata posta in dubbio la vigenza della clausola dell'art. 15 del contratto collettivo 1994-1997, in quanto sostituito dal nuovo contratto 1998-2001 e potendo, anzi, ipotizzarsi che, dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 150/99, il recesso non possa essere disposto se non dalla Presidenza del Consiglio.

Ad avviso del Collegio, il recesso sembra viziato in quanto l'Amministrazione non disponeva del diritto potestativo di risolvere il rapporto di lavoro e, più propriamente, di impiego, ma soltanto, se del caso, di incidere - in presenza delle condizioni di legge - sul rapporto di incarico dirigenziale. Essendo il F. risultato vincitore di un concorso bandito nel 1996 dal Ministero delle comunicazioni, per tre posti di dirigente nel ruolo tecnico, ha stipulato, in data 6.8.1999, contratto di lavoro a tempo indeterminato con la qualifica di dirigente tecnico alle dipendenze del Ministero delle comunicazioni. Successivamente, destinato con DM 4.11.1999 n. 5335 a rivestire un incarico dirigenziale non generale presso l'Istituto superiore, ha sottoscritto, in data 25.9.2000, contratto individuale al fine di determinare in concreto l'oggetto dell'incarico. Solo a seguito della costituzione con D.M. 24.1.2001 di un ufficio denominato "studio e ricerca in un settore di attività sociali ed economiche in forte espansione...", e di conferimento al F. dell'incarico di "studio e ricerca in un settore di attività sociali ed economiche in forte espansione..." con D.M. 25.1.2001, registrato dalla Corte dei conti il 21.2.2001, il dirigente ha assunto concretamente le funzioni conferite il 2 marzo 2001. Non sembra possibile ritenere che debba applicarsi la disciplina contenuta nel nuovo contratto collettivo 1998-2001 per verificare l'ammissibilità e le condizioni del patto di prova, in quanto, secondo l'art. 1, comma 5 del detto contratto, gli effetti giuridici decorrono dalla data di stipulazione (5 aprile 2001).

Pertanto, fino ad allora ha continuato a trovare applicazione il contratto precedente, decorrente anch'esso, a fini giuridici, soltanto dalla data di stipulazione (9.1.1997), in virtù di quanto stabilito dall'art. 2, comma 4, del medesimo contratto, secondo cui, anche in caso di disdetta, le clausole rimangono in vigore fino a quando non siano sostituite dal successivo contratto.

Tuttavia, non sembra che il patto di prova potesse accedere al contratto di conferimento dell'incarico stipulato il 25.9.2000, in quanto, allora, il rapporto di lavoro era già stato costituito fin dal 6 agosto 1999, quando ha avuto inizio il rapporto di lavoro a tempo indeterminato nella qualifica di dirigente in virtù del contratto individuale. L'art. 14 del contratto collettivo 1994-97 infatti - richiamato espressamente da detto negozio del 6.8.11999 - dispone che il rapporto di lavoro tra il dirigente e l'amministrazione si costituisce mediante contratto individuale che ne regola il contenuto in conformità alle disposizioni di legge, alle normative dell'Unione europea ed alle disposizioni del contratto collettivo medesimo.

Da questo contratto, che dà vita al rapporto a tempo indeterminato, deve essere tenuto distinto, logicamente e giuridicamente, il procedimento complesso da cui deriva l'attribuzione dello specifico incarico dirigenziale - disciplinato dall'art. 19 del d.lgs. n. 165/01 - a persone che già sono dipendenti dello Stato in quanto vincitori di concorso immessi nel ruolo unico dei dirigenti (artt. 28 e 23 d.lgs. n. 165/01), al di fuori dei casi di conferimento a soggetti estranei all'amministrazione (art. 19, comma 6 d.lgs. n. 165/01).

Il periodo di prova, stabilito dall'art. 15 del contratto collettivo, non può decorrere dal momento di effettivo inizio delle funzioni attribuite a seguito della procedura di incarico dirigenziale, bensì da quello di costituzione del rapporto di impiego sicché, nel caso di specie, appare corretto ritenere che il termine è iniziato a decorrere fin dal 6 agosto 1999, a nulla rilevando che l'incarico sia stato conferito con contratto del 25.9.2000 e che l'effettiva attribuzione delle funzioni abbia avuto luogo il 2 marzo 2001. Peraltro, nulla avrebbe impedito all'Amministrazione di disporre con immediatezza l'assegnazione del F. all'Istituto superiore e di conferire al medesimo l'incarico subito dopo l'inizio del rapporto di lavoro, rispettati i tempi tecnici strettamente necessari per le procedure di controllo.

Il recesso per mancato superamento della prova avrebbe potuto essere esercitato, quindi, fino al 6 febbraio 2000. Dall'art. 15 del contratto collettivo si comprende che il termine decorre non dal conferimento dell'incarico, ma appunto dalla costituzione del rapporto il termine si computa tenendo conto dei soli periodi di effettivo servizio, escludendo, perciò, i periodi di assenza per malattia; il che vuol dire che rilevante è la sussistenza del rapporto di servizio e non già l'effettivo Svolgimento di funzioni dirigenziali; a norma dell'art. 15, comma 5, poi, in caso di superamento della prova, l'anzianità viene



riconosciuta dal giorno dell'assunzione e, dunque, dal momento stesso in cui si è costituito il rapporto di lavoro.

Pertanto, poiché il periodo di prova si era consumato, l'Amministrazione non disponeva più della facoltà di recedere ad nutum.

Il recesso appare, insomma, *contra ius*, in quanto, anche a prescindere da profili di illegittimità connessi al soggetto che ha esercitato il recesso (il rapporto di impiego dei dirigenti dello Stato sembra piuttosto intercorrere con la Presidenza del Consiglio, presso cui è istituito il ruolo unico nel quale i dirigenti, neo assunti ovvero già in servizio al momento di entrata in vigore della riforma, sono iscritti ed al quale sono "restituiti" nelle ipotesi di scadenza o revoca degli incarichi), essendo l'Istituto superiore soltanto l'articolazione ministeriale che ha conferito l'incarico, poiché, peraltro, il contratto di lavoro è stato stipulato con la Direzione generale per gli affari generali e per il personale, il rapporto avrebbe potuto essere risolto soltanto nelle ipotesi di gravità maggiore di quelle costituite dalla grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente, o di ripetuta valutazione negativa dei risultati raggiunti (art. 21, comma 2 d.lgs. n. 165/01), le quali pur comportano, a seguito di complesso procedimento, una misura di carattere conservativo, quale l'esclusione, per un periodo non inferiore a due anni, dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato.

Da tale disposizione - almeno secondo una sommaria ricostruzione della nuova disciplina della dirigenza dello Stato - si comprende, quindi, che l'ipotesi di risoluzione del rapporto, per fatti addebitabili al dirigente, costituisce una *extrema ratio* - alla quale si può ricorrere, inoltre, solo su conforme parere dello speciale comitato di garanti previsto dall' art. 22 del d.lgs. n. 165/01 - sicché il licenziamento del dirigente pubblico non può avvenire se non per giusta causa ovvero, probabilmente, per giustificato motivo soggettivo.

Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, quindi, il F. appare essere stato estromesso dall'Amministrazione, con interruzione definitiva del rapporto di impiego e non semplicemente del rapporto di incarico, al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, sicché l'atto di recesso, in quanto contrario alla legge che prevede i casi tassativi in cui il rapporto di lavoro dei dirigenti può cessare, appare inefficace.

Quanto alle conseguenze che derivano dal riconoscimento, sia pure alla stregua di una sommaria valutazione, di tale vizio, ritiene il Collegio che il lavoratore abbia diritto di riprendere il servizio alle dipendenze del Ministero delle comunicazioni nel medesimo posto che occupava prima del recesso, dal quale non può essere rimosso - se non nei casi ed a seguito delle procedure di legge - prima della scadenza del contratto di conferimento di incarico, vincolante per entrambe le parti e fonte, quindi, di reciproci diritti soggettivi perfetti.

Non sembra, forse, neppure possa escludersi in radice la possibilità di



applicare la tutela reale di cui all'art. 18 della l. n. 300/70 giacché - a differenza di quanto prevedono le leggi per i dirigenti privati - quelli pubblici, come detto, godono di regime di stabilità essendo tassativi i casi di risoluzione del rapporto, ed inoltre, in generale, la legge n. 300/70 si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero di dipendenti (art. 55 d.lgs. n. 165/01), limite che condiziona, nel settore privato, specificamente - proprio l'applicabilità della tutela reale.

In ogni caso, però, anche a prescindere dal tale complesso problema, poiché l'atto di recesso - per quanto sopra - appare inefficace esso non è idoneo ad interrompere il rapporto, sicché questo deve reputarsi giuridicamente proseguito senza soluzione, sicché il lavoratore ha diritto di riprendere servizio.

Quanto al periculum in mora, a prescindere da considerazioni sul pregiudizio di carattere economico derivante dal recesso, certamente attenuato, se non eliminato, dal fatto che il F. ha continuato a lavorare come impiegato, può ravvisarsi nel danno alla professionalità che appare sussistente in particolare perché le funzioni attribuite concernono settori notoriamente in rapidissima evoluzione, quali quelli relativi ad attività economiche e sociali che utilizzano come indispensabile supporto le telecomunicazioni.

Quanto al secondo profilo della domanda, quella concernente l'assegnazione di un incarico diverso in conformità con quanto avrebbe stabilito l'ordinanza del 6.2.2001, come correttamente dedotto dalla difesa della Amministrazione, deve rilevarsi che si tratta di questione attinente l'attuazione di un provvedimento cautelare, sicché essa deve essere proposta, a norma dell'art. 669 duodecies c.p.c. al medesimo giudice che ha adottato il provvedimento il quale ha il potere di controllare l'adempimento e di determinare, se del caso, le modalità di attuazione.

P.Q.M.

Il Tribunale, pronunciando sul reclamo proposto da F., avverso l'ordinanza del Giudice del Lavoro di Roma 18 ottobre 2001, n. 28376 cron., così provvede:

1. in parziale accoglimento del reclamo, dispone che F. riprenda servizio nel medesimo posto assegnato con contratto del 25.9.2000 e con decreto dirigenziale del 25.1.2001;
2. fissa il termine di giorni trenta per l'inizio del giudizio di merito;
3. manda alla Cancelleria di dare comunicazione alle parti del presente provvedimento.

Roma, 4 dicembre 2001

Depositata in cancelleria il 6/12/2001.



Rettifica delle preferenze espresse nella domanda di trasferimento



Tribunale di Treviso, 11/01/2002 (giudice De Luca)

Rapporto di lavoro - trasferimento - rettifica delle preferenze espresse nella domanda di trasferimento - inammissibilità.

Art. 97 cost.

I principi di imparzialità e buon andamento cui deve essere informata l'azione della P.A. non consentono, in assenza di esplicite previsioni della normativa contrattuale di riferimento, di rettificare, dopo la scadenza dei termini, le indicazioni di preferenza espresse in una domanda di trasferimento, non rilevando che esse siano frutto di una svista o esprimano una specifica scelta (Nella specie l'amministrazione scolastica dopo avere disposto il trasferimento del ricorrente quale preside, aveva revocato tale decisione accogliendo il ricorso amministrativo di altro aspirante, consentendo a questi di modificare le sue precedenti indicazioni circa le sedi preferite).

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL GIUDICE DEL LAVORO DEL TRIBUNALE DI TREVISO
dott. MASSIMO DE LUCA**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado in materia di lavoro promossa con ricorso depositato 16 giugno 2001

da: G. F.
ricorrente

oggetto
accertamento diritto di trasferimento

contro:

MINISTERO DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE, DIREZIONE REGIONALE DELL'ISTRUZIONE PER IL VENETO, PROVVEDITORATO AGLI STUDI DI TREVISO

resistente

Rappresentati e difesi dal Provveditore agli studi di Treviso ai sensi dell'art. 417 bis c.p.c.

e contro:

D. T.

resistente

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 16.6.01 G. F. adiva questo Giudice del Lavoro, premettendo: di aver chiesto ed ottenuto per l'anno scolastico 2000/01 il trasferimento quale preside dell'Istituto G.B. Cerletti di Conegliano; che a seguito di ricorso amministrativo presentato dalla prof.ssa D. T. il trasferimento veniva revocato e la stessa destinata alla presidenza dell'Istituto Cerletti.

Il ricorrente rilevava che: la preside T. nel modulo E1, compilato ai fini del trasferimento, aveva prioritariamente indicato il suo interesse a permanere in una delle istituzioni scolastiche oggetto del provvedimento di dimensionamento in cui era coinvolta la sua scuola; proprio in base a questa scelta la T. aveva ottenuto il trasferimento all'Istituto Beltrame di Vittorio Veneto che inglobava uno degli Istituti oggetto del provvedimento di dimensionamento (Istituto Galilei di Vittorio Veneto) di cui era preside la stessa T.; in questo modo la T. aveva usufruito della priorità prevista dall'art. 17 del Contratto sulla mobilità e la normativa contrattuale non prevede successive rettifiche della volontà espressa nella domanda di trasferimento; la motivazione posta a base della decisione di accoglimento del ricorso amministrativo della T. (domanda non validamente espressa in quanto la preside non poteva considerarsi perdente posto perché il piano di dimensionamento nella Regione Veneto era stato attuato nell'anno precedente) era errata dato che con decreto del Provveditore agli studi di Treviso dd. 30.8.99 il piano era stato bloccato per un anno e, pertanto, la preside era effettivamente perdente posto.

Sulla scorta di tali premesse, il ricorrente conveniva in giudizio il Ministero della Pubblica Istruzione, la Direzione Regionale dell'Istruzione per il Veneto, il Provveditore agli Studi di Treviso e la prof.ssa T. chiedendo che il Giudice accertasse e dichiarasse il suo diritto al trasferimento, con decorrenza dall'anno scolastico 2000/01 all'Istituto Cerletti di Conegliano, ripristinando il primo provvedimento, con la condanna dell'Amministrazione scolastica a disporre i provvedimenti consequenziali.



Si costituivano le Amministrazioni convenute esponendo che: la preside T. nell'anno scolastico 2000/01 era potenziale beneficiaria delle precedenzae previste dal contratto sulla mobilità sia dell'art. 9 che dell'art. 17; del primo nella parte che disciplina il rientro con precedenza nella scuola di precedente titolarità del personale trasferito d'ufficio nell'ultimo quinquennio e del secondo in quanto il suo Istituto era oggetto di un provvedimento di dimensionamento; la preside T. nella domanda (modulo E1) aveva chiesto l'applicazione di entrambe le precedenzae e la precedenza di cui all'art. 9 deve ritenersi prevalente, per cui correttamente, al di là della motivazione esplicitata, il suo ricorso amministrativo era stato accolto. Concludevano per il rigetto del ricorso.

Si costituiva ritualmente anche D. T. chiedendo il rigetto della domanda. In particolare la convenuta faceva presente che nella domanda di trasferimento la sua volontà era inequivocabilmente diretta a usufruire della precedenza di cui all'art. 9, in quanto l'aver barrato la casella "no" al punto 16 era condizione necessaria per poter partecipare all'assegnazione al primo istituto richiesto e cioè il Cerletti di Conegliano.

La causa, istruita documentalmente, veniva decisa all'udienza dell'11.1.02, come da dispositivo letto in udienza ed allegato agli atti.

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

La motivazione adottata dal Ministero della Pubblica Istruzione nel provvedimento dd. 11.10.00 di accoglimento del ricorso presentato dalla T. contro l'assegnazione della presidenza dell'Istituto Cerletti di Conegliano al ricorrente F., oltre che incongrua, è risultata errata nei suoi presupposti a seguito di quanto esposto non solo dal ricorrente ma anche dalla stessa T. e dal Provveditorato agli Studi di Treviso nelle memorie difensive. Il Ministero, infatti, ha ritenuto che le indicazioni espresse dalla T. nel riquadro della domanda riservato ai presidi coinvolti nel dimensionamento della rete scolastica fossero "da considerarsi come non validamente espresse in quanto nella Regione Veneto il piano di dimensionamento era stato attuato nell'anno scolastico 1999/2000 e, pertanto, la preside T. non poteva essere considerata né perdente posto (campo 16) né avente diritto alla continuità (campo 17)". In realtà gli stessi convenuti hanno riconosciuto che anche nell'anno scolastico 2000/2001 la T. era coinvolta nel piano di dimensionamento della rete scolastica ed era perdente posto. Basta leggere quanto dichiarato dal Provveditore nella memoria dd. 24.9.01: "Per l'anno scolastico 2000/2001 si dovette, perciò, procedere ad una nuova riorganizzazione della rete scolastica, concernente gli istituti superiori del comune di Vittorio Veneto, ed a seguito di questa fu disposta la soppressione dell'Istituto superiore Galilei di Vittorio



Veneto e l'aggregazione in altro modo di tutte le scuole secondarie di 2° grado del comune; conseguenza di ciò fu che la preside T., per l'anno scolastico 2000/2001, risultò ancora soprannumeraria e dovette presentare nuova domanda di trasferimento...".



148

Conscio che questa è la realtà dei fatti il Provveditorato non si richiama, nella presente causa, alla motivazione espressa dal Ministero nel provvedimento di accoglimento del ricorso amministrativo, ma sostiene che la T. aveva legittimamente richiesto ambedue i benefici previsti dagli artt. 9 e 17 del contratto integrativo sulla mobilità e che tra le due precedenze doveva prevalere quella di cui all'art. 9, per cui correttamente la T. si era vista assegnare in seconda battuta la presidenza dell'Istituto Cerletti di Conegliano.

Una attenta analisi del contratto sopra citato ed in particolare degli artt. 9 e 17 evidenzia, però, l'erroneità di tale prospettazione.

L'art. 9 disciplina il sistema delle precedenze comuni nel contesto delle procedure di trasferimento, mentre l'art. 17 disciplina il sistema dei trasferimenti conseguenti a provvedimenti di dimensionamento della rete scolastica che portano ad unificazione di direzioni e presidenze.

Gli interessati, nel caso presentino domanda di trasferimento, devono esprimere la loro volontà con la compilazione del modello E1.

L'art. 17, comma 9, del contratto, espressamente, prevede: "Tutti i dirigenti scolastici titolari di istituzioni oggetto di provvedimenti di dimensionamento devono presentare domanda di trasferimento, compilando obbligatoriamente la sezione del modulo domanda riguardante la trattazione della casistica di cui al presente articolo... Coloro i quali abbiano interesse a permanere in una delle istituzioni oggetto del dimensionamento, in cui è coinvolta la propria scuola, prioritariamente rispetto alle altre preferenze espresse nel modulo domanda, devono rispondere negativamente alla domanda riportata nell'altra casella della predetta sezione". Il comma 11 dello stesso articolo precisa poi che: "Il dirigente scolastico di cui al precedente comma 9, qualora invece voglia comunque partecipare al movimento a domanda, dovrà rispondere affermativamente alla domanda riportata nella apposita casella della sezione del modulo domanda".

Esaminando le domande mod. E1 del ricorrente F. e della resistente T. si vede come gli stessi, entrambi coinvolti in un processo di dimensionamento, abbiano compiuto due scelte opposte.

Il ricorrente sbarrando la casella SI della sezione E punto 16, relativa al personale coinvolto nei processi di dimensionamento, ha dichiarato di non voler rimanere in uno degli istituti coinvolti nel dimensionamento (nel caso di specie gli istituti Pittoni e Politi di Conegliano) e di preferire l'assegnazione ad altra sede, individuata nell'istituto Cerletti di Conegliano.

La convenuta T. sbarrando la casella NO ha manifestato la volontà, in

via prioritaria come previsto dal contratto, di permanere in uno degli istituti coinvolti nel dimensionamento (nel suo caso gli istituti Galilei e Beltrame di Vittorio Veneto).

Corretta era stata, pertanto, la prima decisione del Ministero della Pubblica Istruzione di assegnare la T. all'istituto Beltrame, con precedenza rispetto alle altre preferenze espresse nel modulo - domanda, tra cui l'istituto Cerletti. È lo stesso art. 17, al comma 9, a prevedere che barrando la casella NO l'interessato esprime "in via prioritaria", rispetto ad altre preferenze, l'interesse a permanere in uno degli istituti oggetto del dimensionamento. A riprova di ciò l'allegato B del contratto, che riporta l'ordine tassativo delle operazioni derivante dall'applicazione del sistema delle precedenze nei trasferimenti, colloca al primo posto i trasferimenti a domanda di cui all'art. 17, con precedenza rispetto alle domande dei beneficiari delle varie ipotesi dell'art. 9.

La T. ed il Provveditorato hanno sostenuto in corso di causa che per poter accedere alla precedenza di cui all'art. 9, punto 2° (personale trasferito d'ufficio nell'ultimo quinquennio richiedente il rientro nella scuola o istituto di precedente titolarità), la preside doveva necessariamente barrare la casella NO del campo 16 del modulo E1, in quanto così facendo avrebbe presentato "domanda condizionata" ai sensi del sopra citato art. 9, punto 2°. L'assunto, in realtà, risulta sprovvisto del benché minimo supporto normativo, dato che in nessuna parte del contratto che regola la mobilità del personale scolastico è previsto che barrare la casella NO del campo 16 del modulo E1 equivalga all'aver presentato la domanda condizionata di cui all'art. 9.

Lo stesso Ministero, anche nel provvedimento di accoglimento del ricorso amministrativo, ha sempre riconosciuto che barrando la casella NO del campo 16 del modulo E1 la T. aveva inteso, in via prioritaria, beneficiare della precedenza di cui all'art. 17 e per accogliere il ricorso aveva dovuto, errando, considerare come non validamente espressa quella volontà.

È evidente che i principi di imparzialità e buon andamento cui deve essere informata l'azione della P.A. non consentono di rettificare, dopo la scadenza dei termini, le indicazioni di preferenza espresse in una domanda di trasferimento. Sia che la T. sia incorsa in una svista barrando la casella NO del campo 16, sia che abbia inteso tenersi aperte le due possibilità, indicando di voler permanere in una delle istituzioni oggetto del dimensionamento ed anche di voler beneficiare della precedenza di cui all'art. 9, punto 2, si deve fare applicazione della normativa contrattuale e ritenere prevalente l'applicazione del richiesto beneficio previsto dall'art. 17.

Alla luce di tutte le considerazioni sopra espresse il ricorso deve essere accolto, con conseguente accertamento del diritto del ricorrente al ripristino dell'assegnazione alla presidenza dell'istituto Cerletti di Conegliano a decorrere dall'anno scolastico 2000/2001.



Le spese di lite ,come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sulla controversia in epigrafe indicata, disattesa ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

1) accerta e dichiara il diritto del ricorrente al trasferimento con decorrenza dall'anno scolastico 2000/01 alla presidenza dell'Istituto Cerletti di Conegliano e per l'effetto condanna l'Amministrazione convenuta a provvedere di conseguenza;

2) condanna i convenuti, in solido tra loro, a rifondere al ricorrente le spese di causa che liquida in complessive £. 2.500.000, oltre IVA e CPA.

Treviso, 11.1.2002

Il Giudice

Il Collaboratore di Cancelleria



Il regime transitorio della giurisdizione dopo il d.lgs. n. 165 del 2001

Nota di Paolo Sordi*



151

La sentenza affronta il problema interpretativo posto dall'art. 69, co. 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che nel ripetere la norma già contenuta nell'art. 45, co. 17, d. lgs. n. 80 del 1998, dopo aver ribadito che “sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'articolo 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998”, ha aggiunto che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000”. La variazione rispetto all'originario tenore della disposizione (secondo cui: “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 settembre 2000”), ha fatto dire a qualche commentatore che, dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 165/01, il Giudice ordinario sarebbe divenuto competente a decidere anche le controversie relative a questioni attinenti al periodo antecedente al 30.6.98 purché esse non fossero già state proposte davanti al Giudice amministrativo entro il 15.9.00.

Il Tribunale di Terni si è espresso in senso opposto e la conclusione appare condivisibile per due ordini di motivi.

In primo luogo, sul piano dell'interpretazione letterale, si deve riconoscere che l'art. 69, co. 7, d.lgs. n. 165 contiene due precetti: il primo relativo alla definizione dell'ambito della giurisdizione del Giudice ordinario (prima parte del comma 7), il secondo concernente l'ambito della giurisdizione del Giudice amministrativo (seconda parte del comma 7). E il precetto relativo all'estensione della giurisdizione ordinaria attribuisce ai Tribunali ordinari solamente le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rappor-

* Magistrato, Corte di Appello di L'Aquila



to di lavoro successivo al 30 giugno 1998 e non anche quelle relative alle questioni relative al periodo precedenti e non ancora instaurate davanti ai TAR. Quest'ultima categoria di controversie (comprendente appunto quelle ipotizzabili su questioni relative al periodo precedente al 30 giugno 1998, ma non proposte davanti al Giudice amministrativo entro il termine del 15 settembre 1998) sono, puramente e semplicemente, ignorate dal legislatore del 2001. Ciò per la semplice - ma ottima - ragione che, nel momento in cui veniva emanato il d. lgs. n. 165 (pubblicato sulla G.U. n. 106 del 9.5.01) quella categoria di controversie non era più ipotizzabile proprio essendo ormai decorso il termine imposto dal d. lgs. n. 80/98 a pena di decadenza per la loro instaurazione.

Altrimenti detto: essendo ormai scaduto il termine di decadenza stabilito dal d.lgs. n. 80/98, non era proprio concepibile l'esistenza di controversie relative a questioni attinenti al periodo anteriore al 30 giugno 1998 ed ancora proponibili. Nel 2001 potevano esistere (e quindi potevano essere oggetto di normazione) solamente controversie relative a questioni concernenti il periodo post 30 giugno 1998 ovvero controversie relative a questioni ante 30 giugno 1998, ma già pendenti davanti ai Giudici amministrativi e solamente a queste due categorie di controversie si riferisce l'art. 69, co. 7, d. lgs. n. 165/01, onde l'assunto secondo il quale il Giudice ordinario sarebbe attualmente competente a decidere su questioni relative al periodo del rapporto di lavoro precedente al luglio 1998 sconta in partenza il vizio di attribuire al testo della norma un frammento di precetto che esso oggettivamente non contiene, né avrebbe potuto (per così dire) ontologicamente contenere.

La conclusione qui respinta è inaccettabile anche per un secondo ordine di motivi.

Essa, invero, comporta, incontestabilmente, una modifica dell'originario criterio di riparto *ratione temporis* della giurisdizione stabilito dall'art. 45, co. 17, d. lgs. n. 80/98. In questa norma, infatti, tutte le ipotizzabili controversie relative a questioni attinenti al periodo ante 30 giugno 1998 rientravano nella giurisdizione dei Giudici amministrativi; sulla scorta dell'interpretazione qui contrastata, invece, una quota di quelle controversie (precisamente, quelle non instaurate entro il 15 settembre 2000) passerebbero nell'ambito della giurisdizione del Giudice ordinario.

Ora, il d. lgs. n. 165 è stato emanato sulla base della delega espressa nell'art. 1, co. 8, l. n. 340/00 che così recitava: "entro il 31 marzo 2001, il Governo è delegato (...) ad emanare un testo unico per il riordino delle norme, diverse da quelle del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, che regolano i rapporti di lavoro dei dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29,

secondo quanto disposto dall'articolo 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50, apportando le modifiche necessarie per il migliore coordinamento delle diverse disposizioni e indicando, in particolare:

a) le disposizioni abrogate a seguito della sottoscrizione dei contratti collettivi del quadriennio 1994-1997, ai sensi dell'articolo 72 del citato decreto legislativo n. 29 del 1993, e successive modificazioni;

b) le norme generali speciali del pubblico impiego che hanno cessato di produrre effetti, ai sensi dell'articolo 72 del citato decreto legislativo n. 29 del 1993, e successive modificazioni, dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, del secondo contratto collettivo previsto dal medesimo decreto”.

Escluso che la materia che qui ci occupa rientri nelle disposizioni la cui operatività veniva meno a seguito della sottoscrizione dei contratti collettivi, resta da appurare se la modifica del criterio di riparto della giurisdizione che conseguirebbe ove si volesse attribuire all'art. 69, co. 7, una portata diversa da quella qui sostenuta, sia qualificabile come “modifica necessaria per il migliore coordinamento delle diverse disposizioni” applicabili al rapporto di impiego pubblico.

Non sembra che, in proposito, occorra spendere molte parole per motivare la risposta negativa ad un simile interrogativo. Qui, infatti, non saremmo di fronte ad alcun “miglior coordinamento” di norme già esistenti, ma alla attribuzione ex novo di una competenza giurisdizionale in precedenza inesistente (controversie attribuite, secondo l'originaria norma, alla cognizione di certi giudici, diventerebbero di pertinenza di altri), né si vede a quale esigenza di coordinamento una simile attribuzione corrisponderebbe.

L'ulteriore - drastica, ma inevitabile - conseguenza sarebbe quella dell'illegittimità della norma per contrasto con l'art. 76 Cost. per violazione dei limiti della delega.

In conclusione, l'interpretazione dell'art. 69, co. 7, qui accolta, oltre ad essere pienamente aderente al tenore letterale della norma, evita anche la conseguenza dell'illegittimità costituzionale. In realtà il legislatore del 2001, nel precisare che le controversie relative alle questioni attinenti al periodo precedente al luglio 1998 restano di competenza del Giudice amministrativo “solo” qualora siano state proposte entro il 15 settembre 2000, ha voluto semplicemente ribadire l'ormai intervenuta decadenza per tutti i casi in cui controversie su simili questioni non siano state introdotte prima di quella data. Esse, quindi, non appartengono né alla giurisdizione ordinaria (alla quale sono sempre rimaste estranee), né a quella amministrativa.



Tribunale di Terni, 27.11.2001 (giudice Socci).

Riparto di giurisdizione - regime transitorio - Impiego pubblico - Controversie - Trasferimento alla giurisdizione ordinaria - Periodo del rapporto precedente al 30 giugno 1998 - Giurisdizione amministrativa - Art. 69, c. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 - Ininfluenza.



154

Art. 69, c. 7, d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della amministrazioni pubbliche".

L'art. 69, c. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 non attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di impiego pubblico precedenti al 30 giugno 1998 non proposte davanti al Giudice amministrativo prima del 15 settembre 2000.

TRIBUNALE DI TERNI
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice di Terni ANGELO MATTEO SOCCI ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa rito lavoro iscritta al n° 524/2001 R.G.L. e promossa da:
A. F., elett.te dom.to in Terni RICORRENTE

Contro

COMUNE DI TERNI, in persona del Sindaco p.t. On. Paolo Raffaelli CONVENUTO

OGGETTO: Pagamento differenze retributive.

CONCLUSIONI: L'Avv. M. Di P. per il ricorrente conclude per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese ed onorari di lite.

L'Avv P. G. per il Comune di Terni conclude per la reiezione della domanda con vittoria di spese.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con di ricorso ritualmente notificato A. F. ha chiesto: "1) Accogliere il ricorso e per l'effetto, accertata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra il ricorrente e il resistente, condannare il Comune di Terni, in persona del Sindaco p.t. al pagamento in favore dell'istante delle spettanze richieste, maggiorate degli interessi e della rivalutazione monetaria, a decorrere dal dì del dovuto fino al soddisfo, previo accertamento dell'appartenenza delle mansioni di fatto espletate alla categoria A1 del CCNL degli Enti

Locali e pertanto la cifra di L. 258.588.338=, come da allegati conteggi sindacali, oltre ad interessi e rivalutazione e quindi alla regolarizzazione della posizione contributiva e previdenziale del rapporto: 2) Condannare l'Amministrazione alla rifusione delle spese di giudizio da distrarsi in favore della sottoscritta procuratrice antistataria”.

Si è costituito regolarmente il convenuto Comune di Terni che preliminarmente ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e nel merito ha chiesto il rigetto del ricorso; ha eccepito inoltre l'incompetenza del giudice del lavoro trattandosi di volontariato, e la prescrizione. Sulla preliminare eccezione di difetto di giurisdizione la controversia è stata oggi discussa e decisa come dal dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il problema di giurisdizione investe l'interpretazione dell'art. 69, comma 7, d.lgs 165 del 2001.

In origine disponeva sulla giurisdizione l'art. 45, comma 17 del d.lgs. N. 80 del 1998.

La nuova disposizione, art. 69, comma 7, D. Lgs. 165 del 2001, prevede: “Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data (cioè al 30 giugno 1998, n.d.r.) restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state preposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000”.

Le opzioni interpretative possono essere, schematizzando, due: 1- se non si è proposta la domanda al giudice amministrativo entro il 15 settembre 2000 si è decaduti dall'azione; 2- se non si è proposta la domanda entro il 15 settembre 2000 la giurisdizione passa al giudice ordinario.

Orbene questa seconda ipotesi è da scartare a priori per più considerazioni convergenti. Il dato letterale, “a pena di decadenza”, sarebbe inutile poiché non si decade dalla giurisdizione amministrativa, ma dalla facoltà di proporre domande la disposizione sarebbe irragionevole, cioè non logica, poiché farebbe scegliere la giurisdizione dal ricorrente, il quale può presentare le domande prima o dopo il 15 settembre 2000, così scegliendo di fatto il giudice ordinario o amministrativo evenienza questa vietata dalla costituzione art. 25 Cost.-.

Conseguentemente deve seguirsi la prima ipotesi ermeneutica.

Nel caso in analisi si richiede il riconoscimento di un rapporto di pubblico impiego dal 1980, quindi la giurisdizione su tali fatti compete al T.A.R. che sarà competente anche a valutare sull'eventuale decadenza.

Stante la soluzione della questione solo per questioni di giurisdizione su normativa nuova e non chiara, che di per se si presta a dubbie interpretazioni, le spese possono compensarsi interamente.



P.Q.M.

IL GIUDICE visti gli artt. 429 -431 C.P.C. definitivamente pronunciando sulla domanda proposta come sopra, con ricorso depositato in data 27/06/2001, così provvede:

dichiara il difetto di giurisdizione del giudice ordinario;
spese compensate.

Terni, 22/11/2001,

Depositata in cancelleria il 27/11/2001.



Mancata conferma di nuovo incarico dirigenziale



Tribunale di Roma, reclamo 12 ottobre 2000 (rel. Luna)

Dirigenza – nuovo regime introdotto dal D.P.R. 26/2/1999 n. 150 – mancata conferma del dirigente nel posto già assegnato e mancata assegnazione formale di nuovo incarico – conseguenze.

Dirigenza – procedimento diretto al conferimento di nuovo incarico secondo il nuovo regime introdotto dal D.P.R. 26/2/1999 n. 150 – fasi – comunicazione del nuovo incarico – natura di proposta contrattuale – inidoneità a determinare lesioni di posizioni giuridiche.

D.p.r. 26 febbraio 1999, n. 150, Regolamento recante “disciplina delle modalità di costituzione e tenuta del ruolo unico della dirigenza delle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e della banca dati informatica della dirigenza, nonché delle modalità di elezione del componente del comitato di garanti”.

I dirigenti in servizio al momento del mutamento di regime introdotto dal D.P.R. 26/2/1999 n.150, non confermati secondo la nuova procedura, nei posti già assegnati, o non destinatari di nuovi incarichi presso la medesima amministrazione di appartenenza, entro il termine di 90 giorni dalla entrata in vigore del nuovo sistema (scaduto l'8 settembre 1999) non vantano alcun diritto alla conservazione del posto, ove di fatto lasciati nella precedente posizione.

Il procedimento per il conferimento di nuovo incarico in sede di prima attuazione della riforma introdotta dal D.P.R. 26/2/1999 n.150 si articola in una fase di carattere propriamente amministrativo, espressione del potere organizzativo dell'Amministrazione, ed in altra parallela, di carattere civilistico che sbocca in un contratto, preceduto, di regola, da una fase di trattative più o meno articolata. Prima della conclusione di detto iter procedimentale coincidente con la stipula del contratto, la comunicazione del conferimento d'incarico dirigenziale da parte dell'Amministrazione, assume la natu-



ra di una proposta contrattuale, inidonea come tale a modificare la posizione soggettiva del destinatario, ed improduttiva quindi di conseguenze lesive per il medesimo, giacché il dovere del dirigente di effettuare le sue prestazioni si perfeziona soltanto a seguito della stipula di un contratto con il quale vengono stabiliti, per ciascun incarico l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata ed il trattamento economico.

IL TRIBUNALE DI ROMA
Prima Sezione Lavoro

N. 54214/00 R.G. Misure cautelari

composto dai Sigg. Magistrati
dott. Antonio FILABOZZI - Presidente
dott.sa Daniela BLASUTTO - Giudice
dott. Antonio M. LUNA - Giudice rel.

- a scioglimento della riserva formulata all'udienza del 3 ottobre 2000

OSSERVA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato l'11.4.2000, P. C., direttore della circoscrizione doganale di Roma I dal 1992 premesso di aver sempre svolto le sue funzioni conseguendo risultati conformi ed addirittura superiori agli obiettivi a lui assegnati, ha esposto che l'Amministrazione delle Finanze ha dapprima, con nota del 18.2.1999, avviato nei suoi confronti un procedimento di trasferimento alla Direzione centrale dei servizi doganali a seguito di una verifica ispettiva, senza però darvi alcun esito, e poi con nota del 23 febbraio 2000, recante come oggetto "conferimento di incarico dirigenziale con funzioni di studio, ricerca o ispettive" gli ha comunicato il conferimento dell'incarico di ispettore del Servizio ispettivo presso la Direzione compartimentale di Napoli, fino al 31.12.2001, ai sensi dell'art. 8, comma 2 del d.p.r. 26.2.1999, n. 150, invitandolo a presentare, entro cinque giorni, eventuali motivi ostativi e rappresentando che in tal caso rimaneva ferma la facoltà dell'Amministrazione di attuare la procedura prevista dall'art. 6, comma 2 del citato d.p.r. n. 150/99 e cioè la temporanea assegnazione a disposizione presso la Presidenza del Consiglio.

Il ricorrente, che ha contestato, con nota del 3 marzo 2000, la legittimità del provvedimento di conferimento dell'incarico, ha chiesto che, in via d'urgenza, sia accertata la illegittimità di detto provvedimento ed ordinato al Ministero delle Finanze di reintegrarlo nelle funzioni di direttore della circoscrizione doganale di Roma I.



Il P. ha dedotto all'uopo che sussiste sia il *fumus boni iuris* poiché il provvedimento contestato è illegittimo sotto molteplici profili tra cui il difetto assoluto di motivazione, in contrasto con le norme di legge e con le clausole del contratto collettivo, e la lesione della dignità e professionalità ad esso conseguente comportando l'assegnazione di funzioni ispettive una chiara retrocessione o demansionamento sia il *periculum in mora* evidente non solo perché vengono concessi appena cinque giorni di tempo per il passaggio alla funzione ispettiva presso il compartimento di Napoli ma anche perché l'accettazione dell'incarico ispettivo comporterebbe una gravissima dequalificazione laddove il rifiuto dell'incarico addirittura determinerebbe il passaggio in posizione di mera disponibilità e quindi di totale inattività in attesa di nuovi eventuali incarichi; ed inoltre perché l'assegnazione dell'incarico ispettivo implicherebbe una sensibile decurtazione del trattamento economico.

L'Amministrazione, costituitasi in giudizio, ha dedotto che la domanda non può essere accolta non potendo ravvisarsi alcuna lesione di posizioni soggettive poiché non può riconoscersi, in capo ai dirigenti che aspirano alla stipulazione di un contratto individuale per l'affidamento di un incarico, alcun diritto soggettivo. Nel caso di specie, le ragioni che giustificano - ad avviso del ministero - la proposta di affidare un incarico diverso da quello rivestito sono da individuare nella esigenza di avvicendamento prevista espressamente dalla legge (art. 19, comma 2 d.lgs. n. 29/93) e nella acquisizione di elementi che non consentono di valutare positivamente la possibilità di confermare il P. nell'incarico precedente. Ha poi rilevato che, in ogni caso, l'assegnazione di funzioni ispettive non comporta certo un demansionamento ri-spetto alla titolarità di un ufficio poiché essa implica anzi il compimento di verifiche ed accertamenti nei confronti di attività posta in essere da altri dirigenti.

Sono state quindi depositate note difensive da entrambe le parti. Nelle proprie il P. ha precisato che egli non pretende che gli venga affidato un incarico dirigenziale di suo gradimento, ma intende far valere il suo diritto a che l'attribuzione del nuovo incarico ispettivo e la contestuale revoca di quello precedentemente ricoperto avvengano in conformità alle norme di legge e di contratto, aggiungendo che si tratterebbe di un diritto a contenuto non meramente patrimoniale poiché costituito da un limite all'esercizio, altrimenti arbitrario, del potere organizzativo dell'amministrazione.

Il Giudice, con ordinanza 2.6.2000, ha rigettato la domanda non ravvisando che vi sia stato alcun provvedimento di rimozione dall'incarico e di trasferimento ad altra sede avendo l'amministrazione formulato soltanto una proposta contrattuale.

Il P., con atto depositato il 2.8.2000, ha proposto reclamo ribadendo le proprie tesi e contestando la ricostruzione giuridica della vicenda compiuta

dal primo Giudice.

L'Amministrazione resiste al reclamo confermando le proprie posizioni difensive.



160

Tanto premesso, questo Collegio reputa infondato il reclamo.

Secondo il disegno del legislatore l'assunzione di incarichi dirigenziali è un frutto di un procedimento complesso che si articola in uno di carattere propriamente amministrativo, espressione del potere organizzativo dell'amministrazione, ed in altro, parallelo, di carattere civilistico che sbocca in un contratto, preceduto, di regola, da una fase di trattative più o meno articolata.

Secondo l'art. 19 del d.lgs. n. 29/93, nel testo risultante dalle modifiche da ultimo apportate con d.lgs. n. 387/98, il conferimento di incarichi dirigenziali deve essere effettuato tenendo conto della natura e delle caratteristiche del programma da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza, applicando di norma il criterio della rotazione.

Tale disposizione indica con sufficiente chiarezza che l'Amministrazione, proprio perché pur sempre vincolata al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento imposti innanzi tutto dalle norme costituzionali, e da quelli di economicità, efficacia e pubblicità di cui all'art. 11 l. n. 241/90, al fine di utilizzare secondo tali principi le risorse umane di cui dispone (art. 3, comma 1 lett. c) d.lgs. n. 29/93), è tenuta ad adottare provvedimenti di conferimento di incarichi dirigenziali che non possono non essere qualificati come formali provvedimenti amministrativi.

Come tali essi, che devono essere assunti sulla base di una motivazione che espliciti i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione in relazione ai risultati dell'istruttoria (art. 3 l. n. 241/90), non possono essere adottati se non previa comunicazione ai soggetti nei cui confronti sono destinati a produrre effetti (artt. 7 ed 8 l. n. 241/90).

Tali provvedimenti, tuttavia, non sono di per sé idonei a modificare la posizione soggettiva dei destinatari - così come avveniva in passato per i provvedimenti di nomina anche di un qualsivoglia pubblico dipendente il quale si veniva a trovare in posizione di mera soggezione - giacché il dovere del dirigente di effettuare le sue prestazioni si perfeziona soltanto a seguito della stipula di un contratto con il quale vengono stabiliti, per ciascun incarico l'oggetto, gli obbiettivi da conseguire, la durata ed il trattamento economico.

In buona sostanza, ciò che nel provvedimento rappresenta l'esplicitazione dello scopo per il quale esso è adottato (esistenza di determinati obbiettivi da raggiungere entro un certo tempo utilizzando le risorse finanziarie disponibili) diventa l'opus la cui tendenziale realizzazione è assunta come ob-

bligazione gravante sul dirigente (nel rapporto di lavoro dei dirigenti, infatti, si attenua l'aspetto di *locatio operarum* e si rafforza quello di *locatio operis* essendo tenuto il lavoratore non già soltanto a porre a disposizione della controparte le proprie energie lavorative ma a conseguire, nei limiti del ragionevole un determinato risultato, secondo quanto si desume dagli artt. 20 e 21 del d.lgs. n. 29/93).

I dirigenti - secondo la nuova disciplina - non vengono assunti da una determinata amministrazione né di questa sono dipendenti per tutta la durata della vita lavorativa. Essi, invece, sono "iscritti" in un ruolo unico presso la Presidenza del Consiglio che costituisce una sorta di "banca" alla quale tutte le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, possono "attingere" per affidare ai dirigenti determinati incarichi a seguito di provvedimento e di contratto.

Per dare più immediato impatto al nuovo sistema è stata prevista la soppressione di diritto di tutti i ruoli dei dirigenti esistenti presso le varie amministrazioni con contestuale automatica iscrizione degli interessati nel ruolo unico al momento dell'entrata in vigore del regolamento concernente le modalità di costituzione e tenuta del ruolo stesso, previsto dall'art. 23, comma 3 del d.lgs. n. 29/93.

Con d.P.R. 26.2.1999. n. 150 è stato approvato detto regolamento il cui art. 5, comma 2, conformemente alla disposizione legislativa, ha previsto la soppressione dei ruoli della dirigenza delle singole amministrazioni e la cessazione di efficacia delle pregressa appartenenza ad un ruolo, con automatico inserimento nel ruolo unico.

Il d.P.R. n. 150/99 contiene, all'art. 8, anche una disciplina transitoria con la quale si è inteso regolare la posizione di tutti i dirigenti in servizio al momento del mutamento di regime: gli incarichi dirigenziali che, in sede di prima attuazione, possono essere conferiti non possono essere di numero superiore a quello dei dirigenti di fatto in servizio, tenuto conto anche dei posti che stavano per essere assegnati secondo concorsi o procedure prima vigenti (art. 8, comma 1). In via transitoria, quindi si è inteso "fotografare" la situazione esistente consentendo alle amministrazioni di procedere al conferimento di incarichi secondo la nuova procedura, ma senza possibilità di aumentare il numero complessivo dei dirigenti rispetto a quello precedente (personale di fatto in servizio o in via di assunzione).

Il regolamento ha anche posto un termine di 90 giorni dalla sua entrata in vigore, scaduto l'8 settembre 1999, entro il quale ciascuna amministrazione aveva facoltà di conferire o confermare incarichi a coloro che già erano propri dirigenti o vincitori di concorsi, senza che altra amministrazione, attingendo all'ormai unico ruolo, potesse attribuire incarichi ai medesimi dirigenti.



Trascorso detto termine, coloro i quali non sono stati confermati, secondo la nuova procedura, nei posti già assegnati, o non sono stati destinatari di nuovi incarichi presso la medesima amministrazione di appartenenza, possono essere liberamente scelti da altre amministrazioni.



162

Da tale disposizione si comprende, quindi, che, una volta trascorso il termine previsto dall'art. 8, comma 2 d.P.R. n. 150/99, i dirigenti non confermati o non destinatari di nuovi incarichi non sono vincolati alla amministrazione già di appartenenza né questa potrebbe impedire che essi siano scelti per altri incarichi.

La posizione dei dirigenti non confermati o non destinatari di nuovi incarichi appare quindi precaria nel senso che essi, ove di fatto lasciati nella precedente posizione, non vantano alcun diritto alla conservazione del posto, diritto che acquisiscono soltanto a seguito - come si è detto - della complessa procedura che sbocca in un provvedimento amministrativo ed in un contratto.

Poste tali premesse teoriche, appare agevole affermare che non appare ravvisabile in capo al P. una posizione soggettiva immediatamente tutelabile né può sostenersi che l'Amministrazione delle Finanze abbia adottato nei suoi confronti un provvedimento immediatamente efficace e produttivo di conseguenze lesive.

Se si esamina l'atto del 23.2.2000, che ha dato origine al presente procedimento, alla luce delle sopra riportate considerazioni, si osserva che l'Amministrazione ha - con il medesimo documento - da un lato avviato il procedimento amministrativo volto all'adozione di un provvedimento di conferimento di nuovo incarico in sede di prima attuazione della riforma, dall'altro ha manifestato la volontà privatistica di addivenire alla conclusione di un contratto con uno dei dirigenti ormai iscritti nel ruolo unico prospettando, in linea di massima, il tipo di attività che sarebbero state richieste.

Nella nota in esame, infatti, vi è sia l'espressa indicazione che la stessa costituisce avviso di procedimento ai sensi degli artt. 7 e 8 l. n. 241/90 sia la prospettazione del contratto che si invita a concludere.

Il fatto che occorra comunque un contratto per produrre l'effetto di far sorgere l'obbligo di prestare attività lavorativa in un determinato luogo, per un determinato tempo e per raggiungere specifici obiettivi, comporta che di per sé l'atto contestato non appare idoneo a produrre effetti dannosi, tenuto anche conto che il riferimento all'applicazione dell'art. 6, comma 2 del d.P.R. n. 150/99 e, cioè, l'assegnazione a disposizione temporanea della Presidenza del Consiglio (comunque non per rimanere inattivo ma per essere utilizzato nell'ambito di programmi specifici di ispezione e verifica e per ricerca, studio e monitoraggio del grado di attuazione delle riforme legislative e delle innovazioni amministrative) è conseguenza derivante dall'ordinamento per

tutti i dirigenti che non sono destinatari di alcun incarico o perché non indicati da alcuna amministrazione o perché non hanno accettato gli incarichi loro offerti.

Si considera, infine, che non appare possibile, nel caso in esame, sindacare la esplicitazione o meno dei motivi del conferimento di incarico poiché - salva ogni valutazione in ordine al grado ed al tipo di sindacato giurisdizionale su tale genere di provvedimento, alle conseguenze in caso di illegittimità di esso ed alla natura della posizione soggettiva in cui si trovano gli interessati ed i controinteressati rispetto alla sua adozione - l'Amministrazione ha soltanto comunicato l'avvio del procedimento e pertanto, difettando comunque ancora il provvedimento che potrebbe anche non essere mai adottato, non è possibile contestare l'assenza di motivazione di un provvedimento la cui adozione è, allo stato, soltanto prospettata come possibile.

Stante la peculiarità e la novità della vicenda si ravvisano giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese anche di questa fase.

P.Q.M.

Il Tribunale. pronunciando sul reclamo proposto da P. C., avverso l'ordinanza del Giudice del Lavoro di Roma 2.6.2000, così provvede:

1. - rigetta il reclamo;
2. - dichiara interamente compensate le spese anche di questa fase del presente procedimento cautelare.

Roma, 5 ottobre 2000

Il Presidente

Depositato in cancelleria il 12 ottobre 2000



SEZIONE III

RASSEGNA



Accertamento pregiudiziale e interpretazione autentica dei contratti collettivi

Antonio Martone*



167

Cominciano a pervenire presso l'ARAN da parte dell'autorità giudiziaria le richieste di interpretazione autentica delle clausole dei contratti e accordi collettivi nazionali dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Senza esaminare le singole fattispecie (che, peraltro, possono essere lette sul sito Internet dell'ARAN - www.ARAN.it) sembra opportuno svolgere alcune considerazioni sulla procedura seguita e più in generale sulle linee fondamentali dell'istituto.

Muovendo dalla constatazione che, stante l'ampiezza della platea dei destinatari della contrattazione nazionale, la lacunosa o equivoca formulazione della clausola contrattuale poteva dar luogo in sede giurisdizionale a un contenzioso di serie (viva, del resto, era l'esperienza che si poteva trarre dalla privatizzazione del rapporto dei dipendenti delle FF:SS.), già con il decreto n. 29 del 1993 (art. 53) era stata espressamente prevista la possibilità che fossero le stesse parti stipulanti, in sede di "interpretazione autentica", a "definire consensualmente il significato della clausola controversa".

In occasione delle successive modifiche e integrazioni del decreto legislativo n. 29, era stato, poi, introdotto (art. 68 bis del decreto legislativo n. 29 aggiunto dall'art. 30 del decreto legislativo n. 80 del 1998) l'istituto dell'accertamento pregiudiziale volto a far sì che in presenza di una controversia per la cui definizione fosse necessario decidere una questione concernente la validità l'efficacia o l'interpretazione di una clausola contrattuale, tale questione fosse risolta, o in sede di contrattuale su sollecitazione del giudice o, in mancanza di accordo, in sede giurisdizionale attraverso un'apposita procedura volta ad attribuire particolare efficacia alla decisione adottata:

Gli istituti ora richiamati trovano oggi il loro definitivo assetto sul piano

* Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione

normativo con il T.U. n. 165 del 30 marzo 2001. A tale testo si farà, quindi, riferimento nel corso della presente trattazione.

Per quanto riguarda l'interpretazione autentica, l'art. 49 (nella parte finale) dispone espressamente:

a) che l'eventuale accordo deve essere stipulato con le procedure previste, nel precedente art. 47, per la stipulazione del contratto in cui è inserita la clausola controversa;

b) che la nuova clausola sostituisce quella "in questione sin dall'inizio della vigenza del contratto".

La prima previsione non pone particolari problemi interpretativi. Premesso che alla c.d. interpretazione autentica può anche farsi ricorso per colmare eventuali lacune della disciplina contrattuale, si comprende il richiamo alla procedura prevista per la stipulazione dell'originario contratto collettivo (ipotesi di accordo, parere del comitato di settore o, per le amministrazioni le agenzie e le aziende autonome dello Stato, del Consiglio dei ministri, successiva certificazione della Corte dei conti prima della definitiva sottoscrizione e pubblicazione sulla G.U.).

Proprio tale previsione, peraltro, e, in particolare, la necessità del parere del comitato di settore e della certificazione del giudice contabile, fanno ritenere che la c.d. interpretazione autentica possa implicare una maggiore spesa di quella originariamente prevista e, quindi, anche una modificazione e non una semplice interpretazione della disciplina contrattuale.

Ma da quanto ora osservato deriva che ai sensi dell'art. 49 è possibile anche un'interpretazione in ipotesi restrittiva della originaria previsione, con il conseguente problema della sua efficacia retroattiva (espressamente prevista dall'articolo in esame) nei confronti del singolo del lavoratore.

In altri termini si presenta in questa sede la questione, ampiamente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza, con riferimento alle c.d. leggi interpretazione autentica e allo loro efficacia retroattiva.

La questione non è di poco conto se alla detta interpretazione si perviene in sede di accertamento pregiudiziale, quando cioè la singola controversia è già pendente davanti al giudice.

Sul punto l'art. 64 del T.U. dispone che nel corso del giudizio di primo grado, in presenza di una "questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione della clausola di un contratto o accordo collettivo nazionale" da decidere in via pregiudiziale, il giudice "con ordinanza non impugnabile, nella quale indica la questione da risolvere, fissa una nuova udienza e dispone la comunicazione, a cura della cancelleria, dell'ordinanza, del ricorso



introduttivo e della memoria difensiva all'ARAN, Quest'ultima deve convocare le organizzazioni firmatarie per verificare la possibilità di un accordo sulla interpretazione autentica ovvero sulla modifica della clausola controversa.

Il secondo comma dell'articolo in esame prevede, poi, che all'accordo si applicano le disposizioni dell'art. 49 prima richiamate e che il testo è trasmesso, a cura dell'ARAN alla cancelleria del giudice davanti al quale pende la controversia.

Sul punto si pongono due distinti problemi.

Nel caso in cui l'accordo effettivamente si risolva in una effettiva interpretazione di clausola equivoca, si può ritenere che lo stesso, anche se implica il rigetto della domanda, possa avere efficacia retroattiva. Sembra, infatti, che un accordo di tale contenuto possa farsi rientrare nel comportamento complessivo delle parti "anche posteriore alla conclusione del contratto" che, ai sensi dell'art. 1362 secondo comma del cod.civ., costituisce, specie nella materia in esame, un importante e a volte determinante criterio per "indagare la comune intenzione delle parti".

A diversa conclusione si deve, invece pervenire, nell'ipotesi (espressamente prevista nell'art. 64 e non anche nell'art. 49 del T.U.) in cui le parti convengano per "una modifica della clausola".

In questo caso una sua efficacia fin dal momento iniziale di vigenza del contratto sembra difficilmente giustificabile attesa la generale indisponibilità in sede di autonomia collettiva dei diritti già maturati in capo al singolo lavoratore.

E anche a tener conto della particolare natura della contrattazione collettiva nel settore (cui, in una sorta di attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione, viene attribuita, in considerazione delle modalità di individuazione dei soggetti contraenti e della successiva stipulazione, una efficacia erga omnes non prevista per i contratti collettivi nel settore privato), a tutto concedere l'efficacia vincolante potrebbe riguardare esclusivamente la posizione dei lavoratori che non hanno ancora adito il giudice (in quanto, in tal caso, si potrebbe dire che al momento dell'instaurazione del giudizio, con la modifica della clausola, è venuto meno il titolo sul quale si fonda la pretesa azionata). Soluzione questa che, se praticabile, consentirebbe di riconoscere comunque all'accordo modificativo della clausola l'efficacia preventiva del contenzioso dichiaratamente perseguita dal legislatore.

In questa prospettiva va esaminato il problema se l'accordo stipulato presso l'ARAN sia comunque vincolante per il giudice che lo aveva sollecitato.





Premesso che difficilmente può contestarsi il potere-dovere del giudice di qualificare, indipendentemente dalla formula adottata dalle parti, l'accordo come interpretativo o modificativo della clausola controversa, sembra che al quesito si debba dare, in linea generale, risposta negativa.

Indubbiamente nella generalità dei casi il giudice che ha sollecitato l'accordo della parti non si discosterà dalla indicazione da queste formulata. Ciò non esclude, peraltro, che in alcuni casi ciò possa avvenire.

La questione, del resto è stata già affrontata dal Tribunale di Treviso con l'ordinanza del 30 ottobre 2001.

Tale Tribunale, infatti, nel prendere atto dell'accordo perfezionato in data 21 giugno 2001, sulla interpretazione autentica - dal medesimo richiesta - dell'art. 13 del CCNL del comparto Ministeri con il quale si è "confermata" la mancata previsione della categoria dei quadri, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 24 e 39 della Costituzione, del "combinato disposto degli artt. 64 e 49 del T.U. n. 165, sul presupposto che tali articoli precluderebbero al giudice di pronunciarsi in modo difforme.

È prevedibile, ad avviso di chi scrive, che la Corte costituzionale dichiarerà inammissibile la questione, atteso che la richiesta avanzata all'ARAN non riguardava tanto un problema di interpretazione di una clausola di contratto collettivo (essendo evidente che in tale sede la categoria dei quadri non era stata prevista), quanto piuttosto la questione (esclusivamente di diritto) dell'immediata applicabilità, in mancanza di previsione da parte della contrattazione collettiva, della legge n. 190 del 1985 nel settore dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e cioè un problema già ampiamente dibattuto nel settore del rapporto di lavoro privato.

E ad analoga conclusione la Corte potrebbe pervenire anche a seguito della prevista approvazione del disegno di legge sul "riordino della dirigenza statale" (n:1052/S) attualmente all'esame del Senato e che prevede (all'art.7 del testo già approvato dalla Camera dei deputati) l'introduzione della categoria (per molti aspetti coincidente con quella dei quadri) della "vicedirigenza".

Nell'attesa della decisione della Corte costituzionale, sembra, peraltro, potersi affermare che:

a. l'accordo stipulato presso l'ARAN non è vincolante per il giudice in tutte le ipotesi in cui, più che interpretare una clausola contrattuale o colmarne una lacuna, si risolve in una interpretazione della legge;

b. negli altri casi un'eventuale disapplicazione dell'accordo raggiunto dalle parti, dovrà essere adeguatamente motivata o precisando che si è in presenza di una modifica della precedente disciplina (come tale operante solo per il futuro) e che, come tale, non può rilevare in sede di interpretazione del contratto.

La validità di tale conclusione va, peraltro, verificata alla luce del complesso procedimento previsto dall'art. 64 del T.U. per pervenire, nel caso di mancato accordo in sede ARAN, ad una soluzione della questione pregiudiziale comunque relativamente vincolante nelle altre controversie che sollevino identica questione.

Ma l'argomento, anche per la sua complessità, richiede una trattazione separata.



Tribunale di Treviso, ord. 10 novembre 2000 (giudice De Luca)

Rapporto di lavoro – quadri – configurabilità della categoria dei quadri ai sensi del ccnl Ministeri – compatibilità con l. 190 del 1985 – attivazione della procedura ex art. 68 bis d.lgs. 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 29 del 1993 (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 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.

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.



172

Detto articolo non prevede l'istituzione della figura dei "quadri" introdotta dalla L. n. 190/86, 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° co. 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 CCNL 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 CCNL 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 a 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 CCNI. comparto Ministeri nei termini sopra prospettati. A tal fin 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.

CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE DI LAVORO SULL'INTERPRETAZIONE AUTENTICA DELL'ART. 13 DEL CCNL DEL PERSONALE DEL COMPARTO MINISTERI SOTTOSCRITTO IN DATA 16.2.1999

A seguito del parere favorevole espresso, in data 17 maggio 2001, dal Presidente del Consiglio dei ministri, tramite il Ministro per la Funzione pubblica, in ordine all'Ipotesi di accordo sull'interpretazione autentica dell'art. 13 del CCNL comparto Ministeri, stipulato in data 16.2.1999 e vista la certificazione positiva della Corte dei conti, in data 15 giugno 2001, sull'attendibilità dei costi quantificati per la medesima Ipotesi di interpretazione autentica e sulla loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio, il giorno 21 giugno 2001 alle ore 15,00, presso la sede dell'Aran, ha avuto luogo l'incontro tra:

L' ARAN:

nella persona dell'avv. Guido Fantoni Presidente dell'Aran:

e le seguenti Organizzazioni e Confederazioni sindacali:

Organizzazioni sindacali:		Confederazioni sindacali:	
FP/CGIL	firmato	CGIL	firmato
FPS/CISL	firmato	CISL	firmato
UIL/PA	firmato	UIL	firmato
CONFSAL/UNSA	firmato	CONFSAL	firmato
FAS/CISAL – FAS		=====	
RDB/PI	firmato	RDB – CUB	firmato
<i>(ammessa con riserva)</i>		<i>(ammessa con riserva)</i>	
UGL-STATALI/ANDCD	firmato	UGL	firmato
<i>(ammessa con riserva)</i>		<i>(ammessa con riserva)</i>	

Al termine dei lavori le parti, ad eccezione di FAS/CISAL - FAS, sottoscrivono il Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro sull'Interpretazione autentica dell'art. 13 del CCNL comparto Ministeri del 16.2.1999, nel testo che segue.

CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE DI LAVORO SULL'INTERPRETAZIONE AUTENTICA DELL'ART. 13 DEL CCNL 1998/2001 COMPARTO MINISTERI SOTTOSCRITTO IL 16 FEBBRAIO 1999

Premesso che il Tribunale ordinario di Treviso - Sezione del Lavoro - in relazione alla causa iscritta al R.G.L. 165/2000, nella seduta del 27.10.2000





ha ritenuto che per poter definire la controversia di cui al giudizio è necessario risolvere in via pregiudiziale la questione concernente l'interpretazione dell'art. 13 del contratto collettivo nazionale di lavoro 1998/2001 - comparto ministeri, sottoscritto il 16 febbraio 1999, ed in particolare appurare “la validità dell'art. 13 del CCNL sopra menzionato là dove, non ottemperando a quanto disposto dalla L. n. 190/85, non istituisce la categoria dei quadri in relazione alle figure professionali di rilevante responsabilità”;

Considerato che il d.lgs. n. 29/1993 (ora confluito nel d.lgs. n. 165 del 2001 al quale successivamente si fa riferimento) nel rinnovare la disciplina del Pubblico Impiego ha posto le basi per un nuovo sistema organizzativo teso ad accrescere l'efficienza delle amministrazioni, a definire una migliore gestione economica mediante la razionalizzazione dei costi, a realizzare una più opportuna utilizzazione delle risorse umane attraverso la cura della formazione e dello sviluppo professionale anche mediante l'applicazione di condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato;

Tenuto conto che, ai sensi dell'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, 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 di legge contenute nel presente decreto”;

Che, pertanto, l'assimilazione della normativa del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici a quella omologa del settore privato deve tenere conto di questa prescrizione;

Considerato che, con riferimento al sistema classificatorio del personale l'unica previsione vincolante, anche per quanto attiene le fonti deputate all'emanazione della relativa normativa, si rinviene nell'art. 11, comma 4, lettera d) della legge delega n. 59 del 1997, con riferimento ai dipendenti pubblici che svolgano qualificate attività professionali, implicanti l'iscrizione ad albi oppure tecnico-scientifiche e di ricerca, la cui disciplina è demandata ai decreti legislativi delegati ed alla contrattazione collettiva, che sono, pertanto, da considerare le uniche fonti individuate per realizzare il disposto della legge delega;

Che la prima fonte si è espressa con l'art. 40, comma 2, ultimo periodo del rinnovato d.lgs n. 165 del 2001, affermando che siano i contratti collettivi a prevedere una distinta disciplina per i dipendenti che “in posizione di elevata responsabilità svolgono compiti di direzione o che comportano l'i-

scrizione ad albi oppure tecnico-scientifici o di ricerca”;

Che la norma, pur nella sua sinteticità, presenta elementi di specialità nella disciplina del personale interessato ai sensi del citato art. 2, comma 2 del d.lgs. 165 del 2001;

Che tali elementi di specialità sono suffragati dal fatto che, a differenza del settore privato nel quale la legge 190 del 1985 prevede solo la costituzione di una "categoria" con requisiti da definirsi nella contrattazione collettiva, nel settore pubblico la disposizione del decreto conferisce ampia libertà alla fonte negoziale circa le modalità con le quali realizzare la distinta disciplina, modalità che potrebbero portare tanto alla individuazione della categoria alla stessa stregua del settore privato, quanto all'individuazione di altri benefici distintivi ugualmente idonei nel loro complesso a garantire i giusti riconoscimenti al personale interessato nonché l'efficacia e la flessibilità dell'organizzazione delle amministrazioni, senza preclusioni o vincoli derivanti alle parti dalla predefinizione in un principio di legge;

Che, pertanto, le parti negoziali, nel corso dei lavori per la stipulazione del CCNL del 16 febbraio 1999, prendendo atto della citata previsione del decreto legislativo hanno ritenuto sussistente nel sistema classificatorio pubblico la specificità prevista dall'art. 2 del d.lgs 165 del 2001 e, nell'inequivoca libertà riconosciuta dal legislatore all'autonomia negoziale sull'individuazione della distinta disciplina dei dipendenti che svolgono le attività prese in considerazione dalla legge delega, hanno stabilito di non applicare, in via diretta, la categoria dei "quadri" previsti dall'art. 2095 del c.c., per il settore privato;

Che, anche se in un ipotetico contesto di ritenuta applicabilità nel pubblico impiego della legge n. 190 del 1985 istitutiva della categoria dei quadri nel settore privato, tale libertà, viene riconosciuta anche dal Tribunale di Trieste in analogo ricorso presentato da pubblico dipendente nella considerazione che tale legge presenta una formulazione generica di carattere meramente definitorio della categoria dei quadri e non contiene norme immediatamente precettive tali da consentirne l'applicazione al di fuori della contrattazione collettiva. (Sentenza del 13 luglio 2000);

Ritenuto necessario sottolineare ulteriori caratteri di specialità della disciplina pubblica in tema di inquadramenti e classificazione del personale in generale rispetto a quanto previsto per il settore privato che - per la definizione della distinta disciplina in esame - giustificano il rinvio da parte del





legislatore pubblico alla contrattazione collettiva (utilizzata come strumento di collegamento tra la previsione legale e la sua realizzazione in funzione dell'organizzazione del pubblico impiego):

- l'inquadramento del personale in una categoria (o area come nel caso del CCNL del 16 febbraio 1999 del comparto Ministeri) non avviene a seguito del riconoscimento delle mansioni svolte, per espresso divieto dell'art. 52 del d.lgs. n. 165: tale articolo, infatti, stabilisce che "l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore e dell'assegnazione di incarichi di direzione";

- l'accesso ad una categoria (o area) per le figure di nuova istituzione è effettuato con la procedura concorsuale, che non costituisce materia disponibile per le parti, in quanto deve essere stabilita dalle amministrazioni in relazione ai propri ordinamenti, nel quadro dei principi contenuti nelle norme vigenti (art. 45 d.lgs. n. 80 del 1998). La procedura concorsuale è attivabile in presenza dei posti vacanti nella dotazione organica;

- la previsione di qualsiasi nuova figura nel sistema classificatorio comporta la variazione della dotazione organica che non può essere effettuata neanche indirettamente per via contrattuale. La materia è, infatti, rimasta nella sfera dei pubblici poteri, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001 e, quindi rientra nell'autonoma determinazione delle amministrazioni. La variazione, nel rispetto dei principi di economicità, efficienza ed efficacia, avviene con le procedure previste dall'art. 6 del d.lgs. n. 165 del 2001, esclusivamente tramite decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro del Tesoro, ove non comporti incremento di spesa;

Considerato che la coerenza del comportamento delle parti, in virtù della specialità della disciplina di cui trattasi ai sensi dell'art. 2, comma 2 del d.lgs. 165 del 2001, va dunque valutata alla luce delle considerazioni che precedono per verificare come sia stata utilizzata la facoltà concessa dal legislatore delegato e, più precisamente, se alla non inclusione nell'art. 13 del CCNL del 16 febbraio 1999 della categoria dei quadri sia corrisposta l'individuazione di altre soluzioni idonee a sottolineare la distinta disciplina voluta dal legislatore;

Tenuto conto che le parti, nel rispetto degli equilibri raggiunti nell'ambito del CCNL del 16 febbraio 1999 tra gli aspetti normativi e gli aspetti economico finanziari, hanno preferito non utilizzare la scelta organizzatoria del settore privato di cui alla legge 190/1985, assolvendo il compito affidato dal-



l'art. 40, comma 2 del d.lgs 165 del 2001 mediante l'individuazione - con riferimento al personale compreso nell'ambito dell'area C - di riconoscimenti distintivi caratterizzanti le attività individuate nel citato decreto legislativo, quali - ad esempio - la "separata area dei professionisti dipendenti" (art. 13, comma 1 lett. b) ovvero l'attribuzione di incarichi di posizione organizzativa, con riconoscimento della relativa indennità, per i dipendenti che ricoprono funzioni di direzione di unità organizzative caratterizzate da un elevato grado di autonomia gestionale ed organizzativa (cfr. art- 18);

Tutto quanto sopra valutato, le parti, concordano l'interpretazione autentica dell'art. 13 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro - Comparto Ministeri - del 16 febbraio 1999 nel testo che segue:

ART 1

1. L'art. 13 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro - Comparto Ministeri - del 16 febbraio 1999 è confermato nella sua attuale formulazione che non prevede la categoria di Quadro, a motivo del fatto che, ai sensi dell'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, la disciplina speciale prevista nel pubblico impiego per i dipendenti che in posizione di elevata responsabilità, svolgono compiti di direzione o che comportano iscrizione ad albi oppure tecnico-scientifici e di ricerca, consente alle parti di non procedere all'automatica trasposizione della legge n. 190 del 1985 nel sistema classificatorio pubblico.

2. È altresì confermata la disciplina speciale prevista nell'ambito dell'area C per il personale di cui al comma 1 dagli artt. 13 e 18 e seguenti del CCNL 16 febbraio 1999.

Tribunale di Treviso, ord. 30 ottobre 2001 (giudice De Luca)

Rapporto di lavoro - riconoscimento della categoria dei quadri - accordo di interpretazione autentica dell'art. 13 ccnl comparto Ministeri 1998/2001 - vincolatività per il giudice - questione di legittimità costituzionale degli artt. 64, c. 2 e 49 del d.lg. n. 165 del 2001 per contrasto con gli artt. 24 e 39 cost.- non manifesta infondatezza.

Artt. 24 e 39 Costituzione

Artt. 64, c. 2 e 49 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbli-

che”.

Art. 13 ccnl 1998/2001 comparto Ministeri.

Legge 13 maggio 1985 n. 190, recante “Riconoscimento giuridico dei quadri intermedi”.



178

È non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 64, c. 2 e 49 del d.lgs. 30.3.2001 n. 165, in relazione agli artt. 24 e 39 della Costituzione, in quanto è impedito al giudice di discostarsi, nel pronunciarsi sulla validità ed efficacia di una clausola contrattuale, da quanto stabilito dalle parti sociali negli “accordi di interpretazione autentica” (fattispecie in tema di interpretazione dell’art. 13 ccnl 1998/2001 comparto Ministeri. Si veda anche la precedente ordinanza dello stesso giudice del 10 novembre 2000 ed il conseguente accordo Aran - Oo. Ss. del).

Il giudice del lavoro del Tribunale di Treviso dott. Massimo De Luca

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento in materia di lavoro n.165/2000 R.G. pendente tra L. U., T. F., A. D., F. F., P. C., B. D. M. e S. P., ricorrenti, e il Ministero dei Trasporti e della Navigazione, resistente, a scioglimento della riserva che precede, esaminati gli atti di causa e sentite le parti, osserva quanto segue:

i ricorrenti, tutti dipendenti del Ministero dei Trasporti e della Navigazione, con separati ricorsi via via riuniti, chiedevano al Giudice del Lavoro di Treviso di accertare e dichiarare il loro diritto ad ottenere la qualifica di “quadro” in forza della l. n.190/85 e previa disapplicazione o dichiarazione di nullità e/o illegittimità del CCNL di settore nella parte in cui disciplinava in termini difformi dalla legge le categorie di inquadramento del personale. Il Ministero convenuto si costituiva sostenendo la piena legittimità dell’art.13 del CCNL 1998/2001 “Comparto Ministeri”, che non prevede la qualifica di quadro, evidenziando che la normativa speciale prevista nel settore del pubblico impiego per i dipendenti che in posizione di elevata responsabilità svolgono compiti tecnico-scientifici, consente alle parti di non procedere automaticamente alla trasposizione della l. n.190/85 nel sistema di qualificazione dei pubblici dipendenti, malgrado la privatizzazione del rapporto. Chiedeva pertanto il rigetto dei ricorsi. Con ordinanza del 10/11/00 il Giudice del Lavoro di Treviso riteneva che per la risoluzione

della controversia fosse necessario risolvere in via pregiudiziale, ai sensi dell'art.68 bis d.lgs.n.29/93 (ora art. 64 del d.lgs.n.165/01), la questione concernente la validità dell'art.13 del CCNL sopra menzionato là dove, non ottemperando a quanto disposto dalla l. n.190/85, non istituiva la categoria dei quadri in relazione alle figure professionali di rilevante responsabilità. A tal fine sospendeva il giudizio e disponeva la comunicazione dell'ordinanza, del ricorso introduttivo e della memoria di costituzione all'Aran. L'Aran, espletate le procedure di cui al c.2 dell'art.64 del d.lgs.n.165/01, trasmetteva al Giudice del Lavoro di Treviso il testo dell'accordo, denominato di interpretazione autentica, raggiunto con le parti firmatarie del CCNL, in cui ribadiva la piena validità dell'art.13 del CCNL 16/2/99 "Comparto Ministeri" che non prevede la categoria di quadro nel sistema classificatorio del personale dipendente dei Ministeri, ritenendo che "la disciplina speciale prevista nel pubblico impiego per i dipendenti che in posizione di elevata responsabilità svolgono compiti di direzione o che comportano l'iscrizione ad albi oppure tecnico scientifici e di ricerca, consente alle parti di non procedere alla automatica trasposizione della l. n. 190 del 1985 nel sistema classificatorio pubblico". Con memoria depositata in data 2/10/01 il Ministero convenuto chiedeva il rigetto dei ricorsi, ritenendo che, ai sensi del disposto dell'art.49 del d.lgs.n.165/01 richiamato dall'art.64, c.2, l'accordo sull'interpretazione autentica della validità della clausola intervenuto tra l'Aran e le organizzazioni sindacali stipulanti "sia vincolante tanto per le parti del giudizio che per il giudice che ha posto la questione pregiudiziale e che pertanto è chiamato a decidere di conseguenza". Rileva il Giudicante che in effetti il c.3 dell'art.64 del d.lgs.n.165/01 stabilisce che solo in caso di mancato accordo sull'interpretazione autentica o sulla modifica della clausola controversa, il giudice decida con sentenza sulla questione relativa alla validità, efficacia o interpretazione della clausola. Se viceversa l'accordo è raggiunto, come nel caso di specie, il c.2 dell'art.64 citato stabilisce che all'accordo "si applicano le disposizioni dell'art.49" (già art.53 del d.lgs.n.29/93). L'art.49 del d.lgs.n.165/01 ha avuto ben tre versioni. La prima versione così disponeva: "1. Quando insorgano controversie sull'interpretazione dei contratti collettivi, le parti che li hanno sottoscritti si incontrano per definire consensualmente il significato della clausola controversa. 2. L'accordo conseguito ai sensi del c. 1 sostituisce con effetto retroattivo, dal momento del suo perfezionamento con le procedure di cui all'art.51, la clausola contrattuale oggetto della controversia. 3. L'accordo di interpretazione autentica del contratto ha effetto sulle controversie individuali aventi ad oggetto le materie regolate dall'accordo medesimo. Si applica la disposizione dell'art.2113, c.4, del c.c.". La seconda versione, introdotta dal d.lgs.n.546/93, aveva il seguente tenore: "1. Quando insorgono controversie sull'interpretazione dei contratti





collettivi, le parti che li hanno sottoscritti si incontrano per definire consensualmente il significato della clausola controversa. L'eventuale accordo, stipulato con le procedure di cui all'art.51, sostituisce la clausola in questione sin dall'inizio della vigenza del contratto. 2. L'accordo di interpretazione autentica del contratto ha effetto sulle controversie individuali aventi ad oggetto le materie regolate dall'accordo medesimo con il consenso delle parti interessate". La terza versione, attualmente vigente, è stata introdotta dall'art.43 del d.lgs.n.80/98, che ha abrogato il c.2 contenuto nella seconda versione, mantenendo in vita soltanto il c.1. Pare a questo Giudice che il combinato disposto degli artt.64, c.2 e 49, attualmente in vigore, del più volte citato d.lgs.n.165 non lasci spazio a dubbi sul fatto che il cosiddetto accordo di interpretazione autentica della clausola controversa abbia illimitata efficacia retroattiva e sia vincolante per le parti del processo in corso e per il giudice. Ciò risulta, oltre che dall'interpretazione letterale delle due norme, anche dalla modifica del testo originario dell'art.49, dato che a sostenere il contrario si toglierebbe significato all'abrogazione del c.2. D'altronde il tenore letterale degli articoli sopracitati non consente, a parere di questo Giudice, una diversa soluzione interpretativa, considerato che l'art.64, c.2, prevede in caso di accordo tra Aran e sindacati sulla questione preliminare rimessa l'applicazione delle disposizioni dell'art.49 e il c.3 dello stesso articolo prevede esplicitamente che il Giudice decida con sentenza sulla questione preliminare, per cui è stato promosso l'accertamento pregiudiziale, solo in caso di mancato accordo. Anche sotto un altro profilo pare dubbia la legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt.64, c.2, e 49. Un simile generalizzato potere ablativo delle situazioni oggettive individuali, infatti, fa compiere un rilevante stato di qualità al processo di istituzionalizzazione del sindacato, tenendo conto, soprattutto, del meccanismo che assicura l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi nel settore pubblico. Da questo punto di vista l'art.69 contrasta con l'art.39 della Costituzione, tanto rispetto alla libertà sindacale del c.1 quanto rispetto alle previsioni costituzionali circa la validità "erga omnes" dei contratti collettivi disciplinata nei commi successivi, nel momento in cui finisce per prospettare un congegno di rappresentanza "ex lege" dei lavoratori pubblici da parte dei sindacati firmatari dei contratti. È costante l'insegnamento della Suprema Corte per cui alle associazioni sindacali sono riconosciute dall'ordinamento giuridico la funzione essenziale di stipulare contratti collettivi con efficacia obbligatoria per gli aderenti che appartengono ad una determinata categoria (art.39 della Costituzione) nonché le ulteriori funzioni di promozione sociale, di sostegno delle rivendicazioni e di assistenza nelle relative controversie, mentre è escluso ogni potere di rappresentanza in ordine ad atti dispositivi di diritti acquisiti (cfr., ad es., Cass. sez. lavoro n. 4840 del 25/5/96). In ogni caso gli



accordi sindacali non possono incidere sui diritti soggettivi eventualmente maturati dai lavoratori né sul loro diritto di agire in giudizio a tutela degli stessi ex art.24 della Costituzione. Norme la cui applicazione conduce a tale esito, come gli artt.64, c.2, e 49 del d.lgs.n.165/01, contrastano inevitabilmente con gli artt.24 e 39 della Carta fondamentale. Sussiste altresì la rilevanza della questione nel presente giudizio, in considerazione delle circostanze in fatto e le argomentazioni in diritto suesposte. L'applicazione del combinato disposto degli artt.64, c.2, e 49 del d.lgs. n.165/01 impedisce, infatti, a questo giudice di pronunciarsi in modo difforme dalle parti sociali circa la validità e l'efficacia di una clausola contrattuale (art.13 del CCNL 1998/2001 "Comparto Ministeri"), la cui eventuale disapplicazione nel presente giudizio è, invece, essenziale ai fini della decisione della controversia. Il giudice viene così privato del potere di dar conto alle parti del processo dell'esatto significato della clausola controversa in applicazione dei criteri interpretativi legali e gli è sottratto uno dei poteri più pregnanti che accompagnano l'esercizio della giurisdizione civile: quello di misurare con i principi fondamentali dell'ordinamento la validità di una previsione contrattuale e di stabilire l'eventuale presenza di vizi anche gravi. Il fatto che, in caso di accordo tra Aran e sindacati firmatari sul significato o la validità della clausola controversa, non resti al giudice e alle parti della causa, secondo quanto previsto dal legislatore, che prendere atto della volontà collettiva, fa sì che non appaia manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt.64 c.2, e 49 del più volte citato d.lgs. n.165 per violazione dell'art.24 della Costituzione. Cozza, infatti, con il principio che tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi attribuire alle organizzazioni sindacali del potere di disporre dei diritti già sorti a favore delle parti di un rapporto di lavoro ed impedire che le stesse li facciano valere in un processo. Il soggetto che impugna davanti al giudice la clausola di un contratto ha un diritto ineliminabile alla pronuncia giurisdizionale e tale pronuncia viene negata dalle norme sopracitate in caso di accordo dalle parti collettive.

P.Q.M.

visti gli artt.134 Cost. e 23 l. n.87 dell'11.3.53;

ritenuta non manifestamente infondata e rilevante la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt.64, c.2 e 49 del d.lgs.30.3.2001 n.165 in relazione agli artt.24 e 39 della Costituzione per le argomentazioni indicate nella parte motiva della presente ordinanza;

sospende il giudizio e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;

ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza venga notificata alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei Ministri nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.



182

Treviso, 29 ottobre 2001

Depositato in cancelleria il 30 ottobre 2001

Formez
Centro di Formazione Studi

Presidenza e Direzione Generale

via Salaria 299, 00199 Roma

tel. 06 84891

Sede di Roma

via Rubicone 11, 00198 Roma

tel. 06 84891

Sede di Napoli

Compensorio 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

Stampa Società Tipografica Romana - Roma

Finito di stampare nell'Aprile 2002

Pubblicazione non in vendita