

Tutti quali dipendenti in servizio presso i diversi assessorati, ,ai fini del presente giudizio elettivamente domiciliati in Palermo Via Catania, 27 presso e nello studio dell'Avv Salvatore V. zo Greco dal quale sono difesi per procura a margine del ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 05/04/2002

CONTRO

La Presidenza della Regione Siciliana, in persona del Suo Presidente legale rappresentante pro tempore, rapp e difeso “ ex lege “ dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato.

AVVERSO

L'ordinanza del 04.05.2002, depositata in pari data, non notificata, con cui Il Giudice Designato, Dott. Luigi Cavallaro, ha rigettato il ricorso ex art. 700 c.p.c. diretto ad ordinare alla resistente di emettere i singoli provvedimenti di inquadramento dei ricorrenti, tutti provenienti dai livelli dal 1° al 7° (e quindi non appartenenti al ruolo unico della dirigenza), nelle rispettive qualifiche professionali di destinazione, sulla scorta della nuova classificazione del personale regionale, prevista dai D.P.R.S. nn. 9 e 10 del 29.06.2001, e successivi D. A. collettivi nn. 4503, 4504 e 4505 del 07.11.2001, al fine di esercitare effettivamente le nuove mansioni superiori loro attribuite dalla contrattazione collettiva, con i richiamati DD.PP.RR.SS., DD. AA. collettivi e dall'accordo contrattuale sottoscritto in data 27.02.2002.

Ritenuto affermativamente tutto quando dedotto e richiesto dagli odierni reclamanti con ricorso depositato il 05.04.2002 da intendersi qui integralmente ripetuto e trascritto;

- ritenuto impugnativamente tutto quanto dedotto, eccepito e richiesto dalla resistente con comparsa di costituzione e risposta depositata il 20.04.2002, con il presente atto per proporre reclamo, avverso la calendata ordinanza, affidato ai seguenti elementi di diritto.

Con l'ordinanza reclamata il Giudice rigetta il ricorso siccome difettante del “ *Periculum in mora* ” .

Il Giudice muove dalla premessa che il “ *petitum* ” investe la condanna della resistente ad un “ *facere* ” specifico ed infungibile che, secondo la giurisprudenza della S.C. da egli richiamata, non è suscettibile di esecuzione in forma specifica e cita, a sostegno, alcune pronunce di legittimità, la più recente delle quali risalente al lontano 1993 (Cass. n. 1360).

Sulla scorta di tale premessa il giudice in narrativa afferma (testualmente) :
“ *Conseguentemente, deve ritenersi che il pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione sia risarcibile solo per equivalente (arg. ex Cass. n. 931 del 1993 e n. 2516 del 1989) e, posto che – per principio generale – tutto ciò che deve essere corrisposto a titolo risarcitorio non è suscettibile di pregiudizio irreparabile (arg. ex art. 1223 ss. c.c.) deve escludersi che i ricorrenti possano far ricorso alla tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. ”.*

Continua il giudice affermando che “ *gli è ben noto che la giurisprudenza di merito si è discostata dall'orientamento appena enunciato (citando alcune ordinanze tra cui una del Tribunale Civile di Palermo, Sez. 1^a e una del Tribunale di Catania) ma ritiene tuttavia che siffatta impostazione non meriti di essere condivisa per un doppio ordine di ragioni*”:

- 1) *è palese che l'inquadramento dei ricorrenti nel superiore profilo rivendicato e l'attribuzione delle mansioni ad esso corrispondenti, comporterebbe non soltanto la loro immissione in ufficio con la qualifica giudizialmente riconosciuta, ma altresì un indispensabile e insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro Che non appare - per quanto si voglia estendere il concetto di “ fungibilità ” – surrogabile, non potendo certo determinarsi “una tantum ” un'attività afferente ad un rapporto destinato a svolgersi nel tempo.*

2) Il “ *proprium* “ di ogni provvedimento giurisdizionale risiede nella sua coattività che, se difetta, porta a concludere che la normatività concreta di quel provvedimento è limitata alla possibilità di ottenere un ristoro per equivalente, rispetto al quale nessun pregiudizio irreparabile, come s'è visto più sopra, è ipotizzabile.

3) Si aggiunga, per completezza, che la superiore ricostruzione è avvalorata, sia pure a contrario, dal fatto che l'ordinamento processuale civile non possiede lo strumento tipico del c.d. commissario “ *ad acta* ”.

Conclude il giudicante affermando che : “ *E' appena il caso di precisare che tale “lacuna “ non è di quelle colmabili con l'attività di interprete, trattandosi di scelta del legislatore correlata alla diversa natura delle posizioni soggettive tutelate”.*

Prima di entrare nel merito delle censure, questa difesa deve preliminarmente esprimere profondo rispetto alle motivazioni ed argomentazioni interpretativo - giuridiche poste a fondamento della impugnata ordinanza.

Non ne condivide le premesse da cui essa muove e le conclusioni logiche a cui perviene, non tanto perché privilegia alcuni diritti costituzionalmente tutelati rispetto ad altri, ma perché lascia, concretamente, irrisolti alcuni fondamentali nuovi diritti e bisogni personalissimi di cittadinanza, la cui concreta tutela o meno rappresenta il confine che contraddistingue uno stato di diritto “ giusto “ da un altro “ ingiusto “.

Leonardo Sciascia affermava che “ il diritto è quasi sempre ragione “.

Se per qualsivoglia motivazione (ivi comprese mille “ *Ragion di Stato* ”) il diritto tutelato non coincide con la “ ragione “, allora quell'ordinamento giuridico non deve essere certamente annoverato tra quelli “ giusti “.

Quando, poi, la causa di quella mancata coincidenza sia da ricondurre ad una, più o meno sussistente, “ lacuna “ ordinamentale, ciò non rappresenta certamente un sereno conforto per chi la tutela di un Suo diritto invoca.

Quello che rileva, a parere di questa difesa, è la coincidenza tra riconoscimento dei diritti e loro concreta ed effettiva tutela.

Qualora infine si tratti di tutelare concretamente i diritti personalissimi dell'individuo, un ordinamento giuridico moderno e civile deve sapere cercare e trovare, pena la sua irragionevolezza, una soluzione tecnico-giuridica conforme ai principi ispiratori a cui si informa.

Consapevole di apparire tedioso, il sottoscritto difensore vuole comunque sottoporre preliminarmente all'attenzione del Collegio il seguente interrogativo.

Come potrebbe altrimenti essere definito, se non ingiusto, un ordinamento giuridico che, per esempio, non sappia trovare una soluzione effettiva e concreta ad un cittadino gravemente ammalato che invoca la somministrazione di una medicina c.d. "salva vita" ancora non inserita, magari per ritardi burocratici dovuti ai mille cavilli in cui si intreccia un procedimento amministrativo, nell'elenco di quelle riconosciute tali e dispensate dal servizio nazionale sanitario?

Risulterebbe "giusto" un ordinamento giuridico che accettasse come ineluttabile la morte di quel cittadino in quanto, a causa di una lacuna nel proprio ordinamento, un giudice non può ordinare ad un soggetto obbligato di eseguire un "facere" infungibile (la somministrazione di quella medicina), riconoscendo agli eredi come esclusivamente tutelabile il diritto al risarcimento del danno, per equivalente in denaro, quando si dovesse verificare la morte del loro congiunto?

Analoghi (e numerosi) interrogativi potrebbero essere posti in materia di tutela della sicurezza nel posto di lavoro, tutela della parità uomo-donna, emergenze dovute ad inquinamento elettromagnetico, ambientale etc.etc., ove la soluzione concreta dei diritti violati richiede la "indispensabile collaborazione infungibile" dei soggetti responsabili.

Si deve, anche nelle superiori ipotesi, considerare ineluttabile che l'evento si consumi o si mantenga permanente lasciando, come unica soluzione concreta, il futuro risarcimento per equivalente a quanti avranno nelle more subito danni irreversibili da quell'evento (atto o fatto) illecito?

Anche per chiedere una risposta ai superiori interrogativi trova ispirazione ed origine il presente reclamo affidato, comunque e soprattutto, **a numerosissimi e recenti richiami giurisprudenziali di merito e di legittimità** che, crediamo, abbiano già fornito una risposta favorevole alle domande avanzate dai ricorrenti, ritenendo con essi già colmata quella "lacuna" nell'ordinamento processuale civile della figura del commissario "ad acta", a cui fa riferimento il giudice nell'ordinanza impugnata, prevista invece nel procedimento amministrativo, ritenuta non colmabile dall'Interprete ma solamente dal Legislatore.

A tal ultimo proposito, proprio il richiamo fatto dall'Interprete a tale istituto, suggerisce a questa difesa far osservare al Collegio, quali conseguenze giuridiche determinerebbe la enunciazione di diritto contenuta nell'ordinanza impugnata.

Com'è noto l'istituto del commissario "ad acta" trova la sua applicazione nell'ambito del processo amministrativo ove vengono in rilievo soprattutto questioni di "interesse legittimo", figura giuridica sicuramente "affievolita" rispetto ad un qualsivoglia diritto soggettivo e certamente rispetto ad un diritto soggettivo personalissimo quale è divenuto quello tutelato dall'art. 2103 c.c.

Non appare superfluo far immediatamente osservare come l'evoluzione giurisprudenziale sul diritto alle mansioni sia arrivata al punto tale da farlo assurgere (anche in materia di pubblico impiego "privatizzato") a diritto soggettivo personalissimo tutelato costituzionalmente (**Cassazione, Sez. Unite Civili, 24/2/2000 n. 41**).

Aderendo alla conclusione cui è pervenuta l'ordinanza, allora noi ci troveremo di fronte ad un ordinamento processuale amministrativo nel quale la figura del commissario " *ad acta*" consente di tutelare in forma specifica gli interessi legittimi, mentre, di contro, l'ordinamento processuale civilistico, deve, accettare " *obtorto collo* " di negare identica tutela ai diritti soggettivi personalissimi riconosciuti costituzionalmente.

Se così fosse allora, mutuando da Leonardo Sciascia, dovremo affermare che " il diritto quasi sempre non è ragione ".

Questa difesa ritiene, però, che l'ordinamento processuale civilistico, proprio a mezzo dei suoi interpreti, abbia trovato la " via maestra " di seguito meglio esposta, attraverso cui tutelare concretamente le posizioni di diritto soggettivo, ove viene chiesto al debitore un " *facere* " infungibile ".

Com'è noto, il ricorso alla tutela cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., è consentito dall'ordinamento solo come misura residuale ovvero ogni qual volta non sia stata apprestata altra specifica misura a tutela del diritto.

In applicazione di questa " ratio ", segnatamente negli ultimi lustri, si è assistito ad una applicazione della norma codicistica proprio per colmare le lacune ordinamentali nei settori più svariati, (culturale, scientifico, tecnologico etc.) ove la produzione legislativa non riesce a seguire l'andamento, spesso vorticoso e mutevole, delle conquiste sociali e scientifiche.

Pertanto non può sottacersi che il procedimento ex art. 700 c.p.c. non impone al giudice di adottare un provvedimento corrispondente a quello che, prevedibilmente, sarà il contenuto della sentenza, ma solo di emettere i provvedimenti PIU' IDONEI ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito (Cass., Sez. Lav., 16 giugno 1998, n. 6005).

Ai soli fini esclusivamente statistici, si riportano solo alcune ordinanze della giurisprudenza di merito (distribuite per tutto il territorio dell' Italia) che

hanno riconosciuto la possibilità di ricorrere alla tutela ex art. 700 c..p.c. anche nelle c.d. ipotesi di petitum che riguardi un “ *facere* “ infungibile (ex plurimus: Trib. Palermo, 09.01.1999; Trib. Catania, 13.10.2000; Trib. Caltanissetta, 06.03.2002 e 05.03.2001; Trib. Campobasso, 12/6/99; Trib. Benevento, 22/3/01; Trib. Brindisi, 14.01.1999; Trib. Cagliari, 05.06.1996; Trib. Perugia, 23.10.1998 ; Trib. Firenze 16.05.2000; Trib. Roma 17.02.2000, 23 dicembre 2000 e 07.settembre 2001; Trib. Milano 26/5/98, 07.10.1999 e 21.02.2000; Trib. Pordenone 21/10/2000).

Risulta incontrovertibile affermare che il superiore orientamento della giurisprudenza di merito deve essere perciò definito “ consolidato “ in tutto il territorio nazionale.

Ad onor del vero e per amore della giustizia vi sono pure numerosissime pronunce di legittimità della S.C. (molte delle quali peraltro più recenti di quelle citate nell’ordinanza) che hanno affermato il principio di diritto completamente opposto a quello enunciato e posto a fondamento nella statuizione reclamata.

Basti qui richiamare in ordine cronologico le sentenze **Cass., Sez. Un. 20.02.1992, n. 2092**; Cass., Sez. Lavoro, 17 luglio 1992, n. 8771; Cass.,13 ottobre 1997, n. 9957; Cass, Sez. Lavoro, 16 giugno 1998, n. 6005; Cass., Sez. Lavoro, 29 settembre 1998, n. 9734 .

La prima citata, emessa a Sez. Un., ha affermato espressamente il principio secondo cui “ Il Giudice ordinario può condannare la p.a. ad un “ *facere* “ specifico.

Ecco allora che risulta errata, quantomeno sul punto, l’ordinanza impugnata nella parte in cui riconosce che vi sono solamente pronunce di merito difformi da quello fatto proprio dal giudicante.

Per ritornare alle pronunce di merito, il giudice ha richiamato la ordinanza del Tribunale di Palermo, Sez. 1[^], nella parte in cui afferma che gli è ben noto il principio secondo cui l’imposizione di un “ *facere* “ infungibile sarebbe

ammissibile in quanto assumerebbe la valenza sostanziale di una sentenza di accertamento.

Il principio enunciato dalla superiore ordinanza trova ispirazione e sostegno nella sentenza della Corte Regolatrice, Sez. Un., del 13.10.1997, n. 9957.

La calendata ordinanza afferma, inoltre, il principio secondo cui “ *Quel che rileva è l’operatività di una pronuncia giudiziale nell’ambito del “ POSSIBILE GIURIDICO “ E NON GIA’ DEL “ POSSIBILE MATERIALE. E’ ammissibile un provvedimento cautelare d’urgenza che obblighi una prestazione di “ facere “ infungibile: un provvedimento siffatto, nonostante sia insuscettibile di esecuzione specifica, è tuttavia, non solo idoneo a produrre ugualmente i suoi normali effetti mediante la volontaria esecuzione dell’obbligato, ma può, inoltre, costituire il presupposto per conseguenze giuridiche ulteriori provocate dall’inosservanza dell’ordine, prima fra tutte la domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale l’imposizione di un facere infungibile assume la valenza sostanziale di una sentenza di accertamento “.* Suddetto principio, peraltro applicato in una fattispecie in cui il “ facere “ infungibile rivestiva i complessi connotati di un intervento medico-chirurgico di altissima specializzazione, ha consentito ad una donna di diventare madre, imponendo ad una struttura sanitaria l’esecuzione in forma specifica addirittura di una prestazione professionale medica, ove elevatissima risulta essere la componente personale della prestazione da eseguire.

Anche il richiamo all’art. 388 c.p. operato dal giudice merita un approfondimento.

Il G.D. si richiama ad una serie di sentenze della Corte di Cass., Sez. Pen., la più recente delle quali risalente al 1992, per le quali l’inosservanza dell’obbligo di reintegrazione (“ cui è accostabile per le ragioni espresse l’ordine chiesto nel presente procedimento “) rappresenta soltanto un’ipotesi di inadempimento di obblighi civili derivanti da una sentenza di

condanna.

Anche sul punto occorre fare osservare che, oltre alla giurisprudenza di merito citata dal giudicante, altra recentissima di legittimità ha affermato il principio secondo cui “ *l’elusione dell’ordine di reintegrazione in via d’urgenza del lavoratore costituisce reato punito dall’art. 388 cod. pen.* “ (cfr. Cass. Pen., Sez. Sesta, n. 33860 del 18 settembre 2001).

Ove poi si tenga nel debito conto che, nella fattispecie, il “ datore di lavoro “ è una P.A., apparirebbe allora veramente lontano dalla “ ragione “ soltanto ipotizzare che i responsabili politici ed amministrativi dell’Ente possano impunemente soltanto immaginare di sottrarsi ad un ordine dell’Autorità, invocando la tutela di cui all’art. 41, comma 1°, della Cost.

Se gli organi politici o amministrativi pensassero (ragionevolmente ?) di potere equiparare la P.A. ad un qualsivoglia ente privato, allora si potrebbe pensare di attivare nei loro confronti, in presenza di condotte penalmente rilevanti, gli atti di controllo previsti dall’art. 2409, comma 6°, c.c. (!!!! ?????)

In tutto questo superiore quadro di riferimento normativo e giurisprudenziale, non va trascurato un espresso e **dirimente richiamo all’art. 63 del d. lgs 30 marzo 2001 n. 165,** ove viene previsto, al comma 2, che : “ *il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, RICHIESTI DALLA NATURA DEI DIRITTI TUTELATI* “.

Dalla semplice lettura della norma, peraltro speciale, si ricava che non viene escluso al giudice la “ POSSIBILITA’ GIURIDICA “ di emettere provvedimenti che riguardino un “ *facere* ” infungibile.

Di contro, emerge incontrovertibilmente, come il legislatore abbia utilizzato una espressione letterale volutamente ampia, lasciando amplissimi (infiniti) spazi di interpretazione ed applicazione all’Interprete.

Ecco quindi che il “ *proprium* “ del provvedimento invocato potrebbe essere

ricavato dal tenore letterale della superiore norma, che crea uno stretto legame tra provvedimento da emettere e NATURA DEI DIRITTI TUTELATI . Muovendo da tale norma, in combinato disposto agli artt. 669 – *duodecies* e 700 c.p.c., nella fattispecie, non appare antigiuridico ordinare alla pubblica amministrazione di adempiere ad una obbligazione assunta nei confronti dei propri dipendenti e questo non solo per rendere concreti i diritti soggettivi tutelati ma, anche , al fine di raggiungere più facilmente quegli obiettivi di efficacia, efficienza, buon andamento, economicità etc.etc. a cui si è ispirata la legge sulla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego.

Ultimo elemento di valutazione è rappresentato dalla seguente considerazione : nella fattispecie non può preventivamente escludersi la possibilità di una esecuzione anche parziale dell'ordine di assegnare i lavoratori alle mansioni attribuite (l'ordinamento ben consente al creditore di ricevere un adempimento parziale della prestazione dovuta) data l'ampiezza delle opportunità che, sotto molti aspetti, si offrono al lavoratore per il solo fatto di essere “ dentro” l'ufficio e per tutto il tempo in cui rimane, anche in considerazione del rilievo costituzionale assunto dal lavoro sotto i molteplici profili degli artt. 2,3,4,35 ss. Cost.

Nelle more del presente giudizio molti enti pubblici economici di cui all'art. 1 della L.r. 10/2000 hanno applicato ai dipendenti il nuovo contratto di lavoro assegnando loro le nuove,diverse e migliorative mansioni.

A causa del ritardo nell'applicazione del contratto, costoro si stanno precostituendo dei titoli specifici per l'avanzamento della carriera e per l'accesso alle fasce superiori, da far valere eventualmente all'interno di procedure concorsuali di mobilità interna ed esterna a danno evidentemente dei dipendenti regionali ai quali, secondo il pronunciamento della impugnata ordinanza, quando il danno si sarà consumato, non resterà altro che far valere nei confronti della P.A. l'azione di risarcimento dei danni per equivalente.

Quale autorevolezza e prestigio potrebbe vantare e far valere una p.a. nei confronti dei propri dipendenti se non consente la piena esplicazione della loro professionalità e personalità nel posto di lavoro, continuando a lasciarli lavorare in un contesto siffatto, ove non solo non attribuisce concretamente le nuove mansioni superiori, ma addirittura viene prevista la possibilità di destinarli a svolgere mansioni inferiori !!!!!????

Ove si consideri poi che un lavoratore può legittimamente rifiutarsi (eccezione di inadempimento) di eseguire l'ordine impartito a svolgere una mansione inferiore a quella svolta o riconosciuta, allora ben si comprende quale spirale di contenzioso potrebbe aprirsi all'interno del luogo di lavoro, qualora le relazioni tra le parti dovessero degenerare in conflittualità permanente.

Sugli altri ulteriori due profili di “ *periculum in mora* “ dedotti in ricorso, il giudice si pronuncia ritenendoli insussistenti, “ *trattandosi di pregiudizi non già attuali, ma soltanto potenziali ed ipotetici* “ .

Ha errato il giudice sul punto, siccome una recentissima sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Terza, del 27 luglio 2000, n. 9893, ha fissato il principio di diritto secondo cui : “ La tutela giudiziaria del diritto alla salute NEI CONFRONTI DELLA P.A. PUO' ESSERE PREVENTIVA E DARE LUOGO A PRONUNCE INIBITORIE “.

Per tutto l'anzidetto si conclude chiedendo

VOGLIA L'ON. COLLEGIO ADITO

In accoglimento del presente reclamo ed in totale riforma della impugnata ordinanza, disapplicare, siccome illegittima, l'inerzia - rigetto, unitamente agli atti presupposti, consequenziali e comunque connessi, dell'Amministrazione resistente a dare esecuzione agli obblighi imposti dalle norme primarie e secondarie invocate nel ricorso e conseguentemente ordinarLe a provvedere prima alla formale emanazione dei singoli

provvedimenti di inquadramento dei ricorrenti odierni con decorrenza giuridica 01.12.2001, sulla scorta del nuovo ordinamento approvato con i decreti presidenziali n. 9 e 10 del 22 giugno 2001 e decreti assessoriali nn. 4503, 4504 e 5505 del 07.11. 2001, e contestualmente procedere ad assegnare i medesimi a svolgere le nuove mansioni previste, con decorrenza giuridica 01.03.2002.

2) Emettere ogni altro provvedimento idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

Si produce e deposita:

1) Fascicolo prima fase giudizio;

2) Copia conforme ordinanza depositata il 14.05.2002.

Palermo li 14.05.2002

Avv. Salvatore V. Greco