

Il Giudice del Lavoro d.ssa Laura Scariatelli, a scioglimento della riserva di cui al verbale del 2.7.13, premesso:

- che la ricorrente ha proposto istanza ex art. 669 duodecies c.p.c. al fine di ottenere la determinazione delle specifiche modalità di esecuzione dell'ordinanza emessa da questo GL il 19.7.13, con la quale è stato ordinato al MIUR l'inserimento a pettine e non in coda con decorrenza dal biennio 2009/10 ai fini della individuazione dei docenti destinatari delle proposte di stipula dei contratti di lavoro, lamentando che l'Amministrazione è rimasta inerte rispetto all'obbligo di stipula del contratto (avendo provveduto solo all'inserimento a pettine) ed anzi, come allegato in ricorso, ha attuato comportamenti incompatibili con il contenuto del provvedimento cautelare;
- che il Ministero (cui il ricorso è stato regolarmente notificato presso l'Avvocatura distrettuale di Campobasso) non si è costituito e, quindi, non ha contestato quanto evidenziato in ricorso (cioè la stipula nel 2009 e nel 2010 di contratti di lavoro a tempo indeterminato con docenti aventi punteggio inferiore alla ricorrente);
- osserva.

Dal momento in cui è stata attribuita al Giudice Ordinario la giurisdizione sul rapporto di pubblico impiego, e questi è stato investito anche del potere di emettere provvedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione e nell'ambito del rapporto di lavoro con i suoi dipendenti, si sono riproposte le difficoltà connesse all'esecuzione del comando giudiziale che richiede alla P.A. una concreta attività esecutiva, un *facere*.

Il problema era già ben noto al giudice dell'ottemperanza, per la frequenza con cui le Amministrazioni opponevano resistenza a conformarsi al giudicato, laddove questo richiedesse non tanto e non solo positive condotte materiali, ma anche l'adozione di provvedimenti conformi alla statuizione giudiziale, idonei a specificarla e renderla concretamente operativa.

Mentre però la legge istitutiva dei TAR ha espressamente previsto il giudizio d'ottemperanza, la normativa che ha devoluto al G.O. la giurisdizione in materia di pubblico impiego "privatizzato" e quindi contrattualizzato, non ha invece disciplinato gli aspetti dell'esecuzione del giudicato né delle pronunzie cautelari (benché queste siano, per loro natura e funzione, necessariamente esecutive), ma questo non può portare a sostenere l'incoercibilità del comando cautelare, ovvero rimettere la sua esecuzione alla volontà e disponibilità dell'intimato, perché si vanificherebbe quasi del tutto la tutela del pubblico dipendente, portandola a livelli assai inferiori rispetto a quelli di cui godeva in passato, pur nella posizione di subordinazione in cui si trovava rispetto alla P.A. nel rapporto autoritativo e pubblicistico ante privatizzazione.

Tale orientamento sarebbe poi del tutto antinomico con la chiara presa di posizione del legislatore del TU n.165/01 (art.63) che attribuisce chiaramente al giudice ordinario il potere di emettere non solo i provvedimenti di accertamento, ma anche quelli "costitutivi e di condanna richiesti dalla natura del diritto tutelato", così palesemente intendendo escludere che il giudice ordinario possa limitarsi a dichiarare diritti ed obblighi rinunciando a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici.

Questo implica che l'ormai sancita natura privatistica della gestione del rapporto di pubblico impiego non assimila in toto la pubblica

amministrazione al privato datore di lavoro, restando sostanzialmente divergenti e differenziate le rispettive posizioni.

Infatti è indiscusso il principio di autonomia dell'imprenditore o datore di lavoro privato, tutelato nella libertà d'iniziativa economica dall'art. 41 Cost, che viene necessariamente in rilievo laddove si assume che l'incoercibilità delle condotte nasce dall'esigenza di un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo-funzionale, consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione (ex plurimis Cass. Sez. Lav. n.13727/2000). E' quindi l'impossibilità del giudice d'incidere troppo intensamente e direttamente in questa libertà di organizzazione, nel cui tessuto s'inserisce la condotta materiale richiesta per attuare l'ordine giudiziale, che fa divenire tale condotta infungibile e costituisce l'ostacolo principale alla coazione "dall'esterno".

Invece la pubblica amministrazione deve funzionalizzare la propria azione al perseguimento dell'interesse pubblico ex art. 97 Cost., interesse che coincide con quello del rispetto della legalità nel caso in cui sia stata affermata la regola di condotta del caso singolo dall'ordine del giudice, e che non consente alla P.A. di scegliere se ottemperare o sottrarsi al comando giudiziale, che ormai costituisce appunto indefettibile regola di condotta in quel caso concreto.

L'inapplicabilità dell'art. 41 Cost. fa quindi venir meno quel margine di libertà che costituisce il fondamento della condotta infungibilità, e quindi elide in radice ogni incertezza relativa all'an dell'eseguibilità del comando giudiziale- che va comunque affermata-, restando semmai da definire i limiti del quomodo, e cioè restando da verificare in concreto fino a qual punto possa spingersi l'intervento esecutivo esterno.

Così intesa, oltretutto, l'infungibilità è concetto che definisce mere condotte materiali, e non si attaglia certamente all'adozione di quegli atti e provvedimenti formali che anche in materia di pubblico impiego privatizzato (a differenza che nel rapporto di lavoro privatistico vero e proprio) sono talvolta necessario presupposto della condotta materiale (ad es., inserimento del dipendente nella pianta organica dell'ufficio, atto attributivo di diversa qualifica, ecc.).

L'esperienza dei giudici amministrativi in materia di giudizio d'ottemperanza non fa dubitare della possibilità di ottenere nonostante l'inerzia della P.A. l'adozione di siffatti provvedimenti, idonei a specificare o rendere concretamente operativo il comando giudiziale.

Ad esempio, affermata l'illegittimità del trasferimento di un dipendente - del suo mancato trasferimento- appaiono provvedimenti idonei a rendere operativo tale ordine, l'iscrizione del beneficiario nella pianta organica dell'ufficio di destinazione o di permanenza; l'inoltro delle necessarie comunicazioni agli enti ed organi tenuti a liquidare e corrispondere la retribuzione, ai funzionari e dirigenti tenuti ad assegnare al dipendente interessato il lavoro e controllarne l'operato, ecc.. Atti di tipo formale la cui mancata adozione costituisce già in sé violazione di quel dovere di corretta amministrazione e dell'obbligo di conformità all'ordine giudiziale che scaturisce dall'art. 97 Cost.; e la cui adozione, per contro, non appare affatto "infungibile".

Quanto alle modalità attraverso le quali specificare, attuare, rendere concretamente operativo l'ordine cautelare, può ricordarsi che costante giurisprudenza antecedente alla novella che ha introdotto gli artt. 669 bis e ss. c.p.c. già affermava che l'esecuzione dell'ordinanza cautelare prescindeva dall'applicazione delle formalità

dalla legge previste per gli obblighi di fare, restando soggetta al controllo del giudice che l'aveva emessa, che avrebbe dato i provvedimenti opportuni; e che tale libertà di forme appare riproposta dall'art. 669 duodecies c.p.c..

In tali ambiti appare possibile ricomprendere sia l'utilizzo delle modalità tipiche previste dall'art. 612 c.p.c., che la nomina di un ausiliario diverso dall'ufficiale giudiziario, nomina che l'art. 68 c.p.c. consente ogni qualvolta "ne sorge necessità". E giova sottolineare che la norma si attaglia, con la sua amplissima portata, ad ogni necessità, posto che a mente dell'art. 68 c.p.c. il giudice "...può farsi assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non è in grado di compiere da sé solo " .

Pacifico che nel caso di specie non sia esperibile avanti al GA il rimedio del giudizio di ottemperanza, l'esperienza maturata nella giurisprudenza amministrativa circa l'utilizzabilità dei poteri cautelari per dare attuazione ai provvedimenti giurisdizionali emessi nei confronti della PA, ad avviso del giudicante, è validamente esportabile anche in sede civile; ciò, quantomeno con riferimento alla problematica relativa all'esecuzione/attuazione dei provvedimenti cautelari, che rileva in questa sede; in ambito cautelare, infatti, l'atipicità dei provvedimenti emissibili e la carenza di struttura rigida del provvedimento consentono, valorizzando l'obbligo legale della PA ad adempiere ai provvedimenti giurisdizionali, di ritenere insito nei poteri del giudice cautelare anche quello di imporre all'Amministrazione un fare infungibile, anche sostituendosi ad esso tramite la nomina di un commissario *ad acta*.

Tale strumento, nel caso di specie, non comporta invasione nella sfera dei poteri pubblicistici propri della PA (per un tale effetto sarebbe necessaria l'attribuzione al GO di una giurisdizione non solo di

