

GERMANO SCARAFIOCCA

Gli ufficiali giudiziari, le mansioni superiori, la teoria dell'organo e dell'atto amministrativo

1. Premesse e quadro di insieme. 2. La vicenda dei dirigenti U.N.E.P. a partire dalla legge 312/80. 3. Le prime decisioni dei giudici amministrativi. 4. Le ulteriori pronunce dei T.A.R. 5. La stagione del giudice ordinario. 6. Da uscieri a ufficiali giudiziari. La natura giuridica degli U.N.E.P. 7. L'organo, l'ufficio e l'atto amministrativo. 8. Il rapporto organico e il rapporto di servizio. 9. Conclusioni.

1. Premesse e quadro di insieme

Quella di cui trattiamo potrebbe qualificarsi come una ordinaria storia di pubblico impiego, tutto sommato di scarso interesse se non fosse per quel poco di suggestione che ancora suscita la specialità dell'ordinamento degli ufficiali giudiziari. Una specialità che nel tempo è stata completamente assorbita nel sistema dell'impiego pubblico, quale effetto delle spinte risalenti agli anni in cui la pubblicizzazione equivaleva alla certezza del posto, garanzia del trattamento economico, tutela sindacale e stabilità del rapporto. Gli elementi di tipo libero-professionale, che pure erano presenti nella figura dell'ufficiale giudiziario, sono stati man mano aboliti o depotenziati, residuando solo qualche modesto simulacro di un'organizzazione sostanzialmente scomparsa. Quest'approdo esclusivamente pubblicistico, con il sopraggiungere degli anni in cui dominano le ristrettezze della finanza pubblica, da occasione di crescita si è tramutato in un'una causa di frustrazione, facendo sì che una categoria professionale che annovera nel suo passato un ruolo importante e di prestigio, abbia toccato il punto più basso della sua esistenza, in termini di riconoscimenti sia economici che giuridici, oltre che di valorizzazione della professionalità. Ricompresi per la quasi totalità degli effetti nella categoria degli impiegati pubblici, fatta eccezione per pochi residui profili di autonomia, gli ufficiali giudiziari sono rimasti inquadrati nei più bassi livelli previsti, prima, dalla legge e, poi, dalla contrattazione collettiva, in posizione di inferiorità anche rispetto ad altre categorie, quale ad esempio quella degli addetti alle cancellerie e segreterie giudiziarie, rispetto ai quali non svolgono mansioni di minore rilievo. Lo stesso inquadramento e la medesima retribuzione vengono poi applicati anche a chi, essendo preposto alla direzione degli uffici, oltre alle tipiche funzioni dell'ufficiale giudiziario (notificazioni; esecuzioni forzate; protesti cambiari; esecuzione in genere dei provvedimenti giudiziari e via dicendo), svolge anche compiti di organizzazione obiettivamente meritevoli di un trattamento differenziato. Falliti i tentativi di ottenere un superiore inquadramento, i dirigenti degli U.N.E.P. hanno iniziato a promuovere delle controversie finalizzate al riconoscimento economico delle mansioni superiori svolte e le prime tre sentenze in commento, dopo diverse decine di decisioni di merito, più o meno equamente ripartite tra favorevoli e contrarie alle istanze degli ufficiali giudiziari dirigenti[1], costituiscono i primi pronunciamenti della Suprema Corte sull'argomento.

La Cassazione, al pari di quanto aveva fatto a suo tempo il giudice amministrativo, non lascia spazio alle pretese dei ricorrenti. Tra le righe di almeno due delle tre sentenze di segno negativo della Corte, così come in altre decisioni di merito, non è difficile scorgere anche una inevitabile preoccupazione di non voler supplire in via giudiziaria ad un problema che dovrebbe (ed avrebbe dovuto) trovare la sua naturale soluzione in sede legislativa o contrattuale.[2] Ciò tanto più là dove un diverso pronunciamento sarebbe foriero di implicazioni evidenti, ancorché relativamente limitate, sulla finanza pubblica. Per quanto possano comprendersi queste ragioni, soprattutto le prime due sentenze della Corte appaiono comunque criticabili e sostanzialmente ingiuste. La terza sembra viceversa contenere degli errori logici nella ricostruzione della vicenda sostanziale ma, se questi non tradiscono una chiusura preconcepita, essa contiene importanti premesse che potrebbero preludere anche a future decisioni di segno opposto. Quel che infine fa di una ordinaria storia di pubblico impiego un caso di particolare interesse sono le motivazioni delle prime due sentenze che, sulla scorta di un precedente del Consiglio di Stato, richiamano nozioni di organizzazione amministrativa che la dottrina giuspubblicistica aveva rimesso in discussione già a partire dalla metà del secolo scorso. Le trasformazioni della pubblica amministrazione di questi ultimi decenni hanno ulteriormente contribuito ad una rivisitazione dell'apparato dogmatico e concettuale su cui tali nozioni si fondano. Appare quindi molto discutibile che ad esse possa validamente ricorrersi per la ricostruzione dei contenuti di un rapporto di lavoro pubblico, sia pur con riferimento ad una disciplina anteriore alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

Si è inteso quindi cogliere l'occasione di un caso giurisprudenziale per intrecciare e trattare diverse questioni, con la consapevolezza di sfiorare appena la massa di problematiche che ognuna di esse è in grado di evocare.

2. La vicenda dei dirigenti U.N.E.P. a partire dalla legge 312/80.

La vicenda dei dirigenti degli U.N.E.P., nel panorama delle rivendicazioni di mansioni superiori, presenta alcune peculiarità. Essi sono ufficiali giudiziari preposti alla direzione ed alla organizzazione dell'ufficio, i quali sommano tali mansioni a quelle proprie degli altri ufficiali giudiziari.

La figura dell'ufficiale giudiziario dirigente era già prevista dall'art. 47 del d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229, contenente l'ordinamento degli ufficiali giudiziari, il quale stabiliva che il dirigente dovesse scegliersi in base alla idoneità alle funzioni direttive, ai precedenti di carriera ed alla anzianità di servizio. La nomina doveva essere disposta con decreto ministeriale, sentito il presidente di Corte di appello.

Istituito, con legge 11 luglio 1980, n. 312, il sistema delle qualifiche funzionali, in sede di prima attuazione della legge, per gli ufficiali giudiziari non si provvide ad un immediato inquadramento, salva la parificazione agli impiegati appartenenti alla VI qualifica funzionale ai fini della determinazione dell'indennità integrativa ordinaria (art. 38). Solo con una delibera del 1988, la Commissione paritetica per l'inquadramento prevista dalla legge stabilì l'assimilazione della ex qualifica di ufficiale giudiziario al profilo di collaboratore amministrativo (VII qualifica funzionale), di quella di aiutante ufficiale giudiziario al profilo di assistente amministrativo (VI qualifica funzionale), di quella di coadiutore a quello di operatore amministrativo (V qualifica funzionale).[3] Non furono però individuati profili professionali specifici relativi al personale U.N.E.P. il quale, in ragione della citata assimilazione, venne collocato in sovrannumero nelle rispettive qualifiche.

A tale individuazione si è addivenuti nel 1990, con il d.p.r. 17 gennaio n. 44, che recepisce un accordo collettivo per il comparto ministeri, il quale individua i profili 292 (funzionario U.N.E.P., VIII qualifica funzionale), 293 (collaboratore U.N.E.P., VII qualifica funzionale), 293 (assistente U.N.E.P., VI qualifica funzionale) e 295 (operatore U.N.E.P., V qualifica funzionale). Per la prima volta viene quindi prevista la possibilità che una parte del personale U.N.E.P. possa essere inquadrato nella VIII qualifica funzionale.[4] Il contenuto di tali profili professionali è dettagliatamente indicato nelle relative declaratorie, con le inevitabili incertezze che la loro formulazione comporta, così peraltro come quasi sempre accade nella esegesi delle norme (non solo) contrattuali. E' tuttavia certo che il funzionario U.N.E.P. coincide con la figura professionale posta a capo dell'ufficio, ovvero con il dirigente, come è detto espressamente nella descrizione del profilo 293, là dove si afferma che il funzionario "dirige e organizza -sotto la sorveglianza dell'autorità giudiziaria a ciò preposta - gli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti, anche se non formalmente nominato dirigente, ovvero coordina e promuove l'attività di unità organiche, anche a rilevanza esterna, comprendenti operatori di qualifiche diverse." E' anche previsto che la direzione degli uffici N.E.P. possa essere attribuita ad un collaboratore U.N.E.P. e nella descrizione dei contenuti del profilo 292 si afferma che il predetto collaboratore "dirige uffici N.E.P. non riservati al profilo di funzionario U.N.E.P."

Le due disposizioni suscitano un primo problema interpretativo, dovendosi stabilire - in difetto, come si vedrà - delle relative dotazioni organiche, la dirigenza di quali uffici implichi l'esercizio di mansioni di funzionario o viceversa di collaboratore. Questa ed altre perplessità non cancellano tuttavia il dato essenziale della introduzione, per la prima volta nel 1990, di uno specifico profilo professionale appartenente alla VIII qualifica funzionale anche per il personale U.N.E.P.

L'innovazione era tuttavia destinata a rimanere sulla carta poiché alla individuazione di un profilo appartenente alla VIII qualifica funzionale non ha mai corrisposto l'adozione della relativa dotazione organica ed il personale U.N.E.P. ha continuato ad essere ripartito tra la VII, VI e V qualifica funzionale, giustificandosi tale opzione con la necessità di assicurare prioritariamente la copertura di altri posti in organico attinenti a qualifiche differenti (d.p.c.m. 31 gennaio 1997). Il mancato accordo in sede sindacale sul numero dei posti da riservare alla VIII qualifica, con la spinta verso l'alto da parte di tutti gli ufficiali giudiziari e non solo dei dirigenti, ha fatto il resto, lasciando l'intera categoria nella posizione di partenza.

Con la riforma del pubblico impiego, in quella complessa stratificazione normativa che va dal d.lgs. 29/93 al Testo Unico di cui al d.lgs. 165/01, si è sostituito, come è noto, il contratto alla legge nella regolamentazione del rapporto. Si è stabilito che le disposizioni normative vigenti, legislative, regolamentari o derivanti dal recepimento in forma di d.p.r. dei vecchi accordi sindacali, cessino di avere efficacia al momento della sottoscrizione dei contratti collettivi (art. 69. d.lgs. 165/01), fatte salve, come giustamente ricorda la sentenza in commento, le "materie riservate alla legge, agli altri atti normativi e amministrativi" (artt. 2 e 5 d.lgs 165/01: c.d. atti di alta organizzazione). Il CCNL del comparto Ministeri relativo al quadriennio 1998/2001 ed al biennio economico 1998/99, stipulato in data 16 febbraio 1999, applicabile anche agli ufficiali giudiziari, ha soppresso il sistema delle qualifiche funzionali per accedere - come è noto - ad una classificazione del personale in tre aree di inquadramento (A, B e C). Le vecchie

qualifiche sono state accorpate nelle nuove aree e precisamente, nell'area A sono confluite le qualifiche da I a III, nell'area B quella da IV a VI e nell'area C quella da VI a IX (art. 13 del CCNL).

L'introduzione delle aree intendeva corrispondere all'esigenza di una maggiore flessibilità nell'organizzazione del personale. Lo stesso CCNL del 1999 prevedeva tuttavia che "all'interno della stessa area i profili caratterizzati da mansioni e funzioni contraddistinte da differenti gradi di complessità e di contenuto possono essere collocati su posizioni economiche diverse". Le aree sono state pertanto suddivise in distinte posizioni economiche (es. C1, C2 e C3) che in realtà, come ormai è generalmente riconosciuto e come conferma la su richiamata decisione della Suprema Corte, hanno finito per costituire altrettante qualifiche.

Il già citato art. 13 del CCNL rimetteva alla contrattazione integrativa la individuazione di nuovi profili professionali e/o la ricollocazione di quelli esistenti all'interno delle singole aree. Il Contratto Integrativo del comparto Ministeri stipulato il 5 aprile 2000 colloca innanzitutto l'operatore U.N.E.P. nella posizione economica B2 all'interno della figura professionale dell'operatore giudiziario, comprensiva di una serie di soggetti, quali erano precedentemente gli operatori amministrativi, gli stenodattilografi, gli addetti alla registrazione dati e via dicendo (art. 25 del contratto integrativo). Con ciò si conferma il distacco degli operatori dalle altre professionalità operanti negli U.N.E.P.; distacco che era già stato definitivamente segnato dalla legge n. 321/91, il cui art. 11 afferma perentoriamente che "i coadiutori addetti agli uffici notificazioni esecuzioni e protesti degli uffici giudiziari sono impiegati civili dello stato". Gli operatori vengono quindi completamente sottratti alla applicazione di quelle norme speciali che tuttora caratterizzano lo statuto giuridico degli ufficiali giudiziari.

Il Contratto Integrativo prevede poi un'unica figura professionale dell'ufficiale giudiziario, comprensiva delle due diverse qualifiche dell'ufficiale e dell'aiutante di cui al d.p.r. 1229/59, trasformate dal d.p.r. 44/90 nei profili 292 e 293 del funzionario e collaboratore, VIII e VII qualifica funzionale, da una parte, e dell'assistente U.N.E.P. (profilo 294, VI qualifica funzionale), dall'altra. L'accorpamento nell'unica figura professionale, se per altri versi non risulterà del tutto privo di conseguenze, non impedisce tuttavia di dividere gli ufficiali giudiziari in B3 e C1, riproducendo così l'inquadramento nelle vecchie VI e VII qualifiche funzionali. Il Contratto Integrativo prevede tuttavia anche la figura dell'ufficiale giudiziario C2, corrispondente al profilo del funzionario U.N.E.P. di cui al d.p.r. 44/90 e dell'ufficiale giudiziario C3, di nuova introduzione, corrispondente alla vecchia IX qualifica funzionale.

Per ognuna di queste posizioni viene descritto, con le apposite declaratorie contrattuali, il contenuto tipico delle mansioni senza discostarsi, nella sostanza, dalle declaratorie relative ai vecchi profili professionali, riservando la nuova posizione economica C3 ai "lavoratori che, nell'ambito di strutture giudiziarie di notevoli complessità e rilevanza, sono preposti alla direzione dell'ufficio NEP." Le medesime disposizioni contrattuali dettano poi i criteri per lo svolgimento dei corsi-concorsi interni finalizzati sia al passaggio nelle posizioni superiori all'interno della stessa area che al passaggio nelle posizioni iniziali dell'area immediatamente superiore (art. 20 CCNL 16 febbraio 1999 e artt. 16 e ss. contratto integrativo 5 aprile 2000). Ciò, si intende, nell'ambito della nuova dotazione organica.

Quest'ultima viene adottata e poi in parte integrata e modificata con più decreti emanati tra il 2000 e il 2001.[5] Sempre nel 2001 prende il via la prima procedura selettiva, la quale incappa immediatamente nelle censure di illegittimità conseguenti all'orientamento nel frattempo confermato dalla Corte Costituzionale in ordine ai concorsi interni[6]. La procedura di selezione viene sospesa dapprima in via amministrativa, a fronte di una serie di pronunce dei giudici ordinari che, pur avendo efficacia *inter partes*, suggeriscono al Ministero temporaneamente di soprassedere.[7] In seguito, per una altrettanto nota vicenda giurisprudenziale,[8] strettamente connessa ai citati orientamenti della Corte Costituzionale, si afferma nella materia la giurisdizione amministrativa, sì che, alla sospensione cautelare, e, poi, all'annullamento degli atti del concorso provvederà il T.A.R. del Lazio dinanzi al quale la questione viene riproposta. Le decisioni del T.A.R. saranno poi annullate a loro volta dal Consiglio di Stato, ma da questo momento, nonostante se ne sia più volte trattato nelle varie sedi istituzionali,[9] la procedura di selezione interna non è più stata riattivata. Il più alto inquadramento degli ufficiali giudiziari, ivi compresi i dirigenti degli U.N.E.P., continua pertanto a coincidere con la posizione economica C1, già VII qualifica funzionale.

3. Le prime decisioni dei giudici amministrativi.

Il primo inquadramento degli ufficiali giudiziari nella VII qualifica funzionale successivo alla legge 312/80 (decreto 22 dicembre 1988) fu impugnato collettivamente al T.A.R. del Lazio il quale accolse il ricorso, riconoscendo che il personale preposto alla dirigenza degli uffici dovesse inquadrarsi nella VIII qualifica funzionale.[10]

La sentenza fu tuttavia riformata dal Consiglio di Stato.[11] Premette quest'ultimo che, "alla data di

emanazione del provvedimento di inquadramento che è oggetto della presente controversia ... non era stato ancora emanato il d.p.r. n. 44 del 1990, che ha determinato per la prima volta i profili professionali del personale degli Uffici Notificazioni, Esecuzioni e Protesti ... ed in particolare i profili 292 (funzionario U.N.E.P.) e 293 (collaboratore U.N.E.P.), oltre a quelli nn. 294 (assistente U.N.E.P.) e 295 (operatore U.N.E.P.)." Ai fini del decidere occorre dunque "rifersi alla normativa precedente (che non disciplinava specificamente il personale U.N.E.P.)" Il d.p.r. n. 44/90 "che ha imposto l'istituzione, per tale settore, di un profilo appartenente alla VIII qualifica funzionale" ... "costituisce *jus superveniens* rispetto alla normativa applicabile al caso in esame."

Per verificare quindi se gli ufficiali giudiziari siano stati o meno correttamente inquadrati nella VII piuttosto che nell'VIII qualifica funzionale occorre prendere in esame la sola legge 312/80, la quale così descriveva il contenuto della VIII qualifica funzionale: "attività con specializzazione professionale o con eventuale responsabilità esterna. Attività professionali comportanti preposizione a uffici o servizi con rilevanza esterna, a stabilimenti od opifici; ovvero attività di coordinamento e di promozione, nonché di verifica dei risultati conseguiti, relativamente a più unità organiche non aventi rilevanza esterna operanti nello stesso settore; oppure attività di studio e di elaborazione di piani e di programmi richiedenti preparazione professionale di livello universitario, con autonoma determinazione dei processi formativi e attuativi, in ordine agli obiettivi e agli indirizzi impartiti. Vi è connessa responsabilità organizzativa nonché responsabilità esterna per i risultati conseguiti". Orbene, l'argomento principe in base al quale il Consiglio di Stato ritiene di poter escludere che l'attività dei dirigenti U.N.E.P. corrisponda al contenuto di simile declaratoria è il seguente: il concetto di rilevanza esterna richiamato da tale normativa "è espressamente riferito ... agli uffici od ai servizi cui è preposto il pubblico dipendente - nella specie l'ufficiale giudiziario - e non direttamente all'attività da questi materialmente svolta. Ciò esclude che si possa ritenere viziato l'inquadramento in esame in base alla considerazione che gli ufficiali giudiziari svolgono attività a contatto con il pubblico, ovvero, altresì, attività di natura dichiarativa, certificativi ed esecutiva, tipica delle funzioni dei dipendenti U.N.E.P. ... Tali attività, difatti, non sono assimilabili a quelle di «rilevanza esterna» nel senso che il funzionario ad essi preposto ha il potere di formare ed esternare ai terzi la volontà della stessa amministrazione di appartenenza ... In altri termini, il Collegio non ritiene che possa essere attribuita natura provvedimentale, «autoritativa» nell'accezione che di tale termine dà il diritto amministrativo (e che ne consente l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo), ad alcuno degli atti emanati dagli ufficiali giudiziari".

Il difetto di rilevanza esterna sarebbe altresì testimoniato "dalla considerazione che «interna» è anche la responsabilità amministrativa (e non quella civile o penale ... che è ontologicamente «esterna») degli ufficiali giudiziari, anche dirigenti. Difatti, l'ufficiale giudiziario responsabile dell'ufficio N.E.P. opera, senza alcuna autonomia verso l'esterno, nell'ambito dell'ufficio giudiziario di appartenenza, e risponde soltanto al Magistrato che ne è posto a capo."

Queste motivazioni vengono ribadite dal Consiglio di Stato in sede di adozione del parere di competenza nell'ambito di due ricorsi straordinari al Capo dello Stato avverso il d.p.c.m. 31 gennaio 1997. [12] Tale decreto, come si è accennato, confermava l'inquadramento di tutti gli ufficiali giudiziari nelle qualifiche funzionali fino alla VII. Il Consiglio si trova qui di fronte ad un problema in più rispetto alla decisione del 1996. A differenza di prima, il d.p.r. 44/90, con la relativa previsione del profilo di funzionario U.N.E.P., al momento della emanazione del nuovo decreto sull'inquadramento, era pienamente vigente. Il Consiglio tuttavia non ha alcuna difficoltà a ricorrere ad uno dei più classici argomenti della tradizionale giurisprudenza amministrativa in tema di mansioni superiori: il difetto di previsione del posto in organico esclude di per sé che il dipendente possa vantare alcun diritto. La scelta, peraltro, è presso che insindacabile poiché, dice testualmente il Consiglio di Stato, "in considerazione dell'atto impugnato, trovano applicazione le disposizioni dell'art. 3, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui «la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale». Non solo, ma tale scelta si ritiene essere espressione di discrezionalità tecnica e non amministrativa, sì che gli spazi per accertare un'eventuale lesione, se non dei diritti, almeno degli interessi legittimi, si restringono ulteriormente. Dice il Consiglio: "è compito esclusivo della competente amministrazione, infatti, quello di stabilire, nell'ambito di valutazioni improntate a criteri di discrezionalità tecnica, quali scelte organizzative risultino maggiormente idonee a soddisfare le esigenze di funzionalità dei servizi ad essa affidati, ed in particolare, con riferimento al caso di specie, di stabilire se esistano strutture organizzative nel settore U.N.E.P. la cui responsabilità debba essere preferibilmente o necessariamente affidata a dipendenti appartenenti all'ottava piuttosto che alla settima qualifica funzionale."

4. Le ulteriori pronunce dei T.A.R.

La stagione del giudice amministrativo si chiude senza alcuna speranza per i dirigenti U.N.E.P. In coda alle

citare prese di posizione del Consiglio di Stato si registrano alcune pronunce dei T.A.R. che, con motivazioni anche diverse tra di loro, vanno tutte nella stessa direzione.

Alle su riferite considerazioni sulla natura degli U.N.E.P., si somma la tradizionale ritrosia del giudice amministrativo nei confronti del riconoscimento delle mansioni superiori. Divenuti inoppugnabili i provvedimenti di inquadramento, gli ufficiali giudiziari dirigenti agiscono infatti per il riconoscimento del diritto alle differenze retributive tra la VII e l'VIII qualifica funzionale e ciò, se non proprio dall'entrata in vigore della legge 312/80, quanto meno a decorrere dal d.p.r. 44/90.

Qualche Tribunale Amministrativo evita la decisione di merito con pronunce non sempre convincenti in tema di giurisdizione. Così il T.A.R. ligure^[13] rigetta i ricorsi sul rilievo che la preposizione all'esercizio di mansioni superiori costituirebbe un illecito permanente del datore di lavoro e che pertanto, ai fini della individuazione della giurisdizione secondo il disposto di cui all'art. 69, comma 7, del d.lgs. 165/01, "si deve avere riferimento al momento di realizzazione del fatto dannoso e, quindi, alla cessazione della permanenza che, ove successiva al 30.6.98, fissa a favore dell'A.G.O. la giurisdizione in ordine alla lite (SS. UU. n. 41 del 24.2.00 e, nello stesso senso, T.A.R. Bologna, n. 515 del 4.5.00)."

La questione è molto complessa (o, per meglio dire, "intricata"), attenendo sia alle problematiche delle mansioni superiori nel pubblico impiego che a quelle relative alla successione intertemporale di giurisdizione nel rapporto di lavoro pubblico, queste ultime non ancora risolte a distanza di otto anni dalla novella legislativa (d.lgs. 80/98, le cui disposizioni sono state poi trasfuse nel Testo Unico di cui al d.lgs. 165/01).^[14]

A prescindere da ogni altra considerazione, la vicenda dei dirigenti U.N.E.P. mostra in realtà l'infondatezza di tale ricostruzione. Condotta infatti alle estreme conseguenze la tesi dell'illecito implicherebbe una ipotetica, ma del tutto improbabile, responsabilità ministeriale per il fatto di aver preposto, attraverso il decreto di nomina, un determinato ufficiale giudiziario alla dirigenza di un ufficio N.E.P. Non possiamo svolgere qui simili approfondimenti, ma il problema delle mansioni superiori avrebbe dovuto in realtà porsi nei termini dell'esistenza o meno di un diritto soggettivo alle differenze retributive, con la conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario o a quello amministrativo a seconda che il credito vantato si riferisca ad un periodo antecedente o successivo al 30 giugno 1998 e con l'inevitabile duplicazione delle controversie nel caso in cui i periodi di tempo presi in considerazione siano sia anteriori che successivi alla suddetta data. L'eventuale illiceità della condotta del funzionario che prepone un dipendente all'esercizio di mansioni superiori è questione distinta, da valutarsi autonomamente.

Lungo questa direttrice si è posto il T.A.R. Toscana,^[15] negando tuttavia nel merito le pretese dei ricorrenti, con l'usuale argomento per cui "l'esercizio di fatto di mansioni superiori da parte di personale dipendente di p.a. non comporta alcun diritto, salvo quello alle differenze retributive per il periodo successivo all'entrata in vigore dell'art. 15 d.leg. 29 ottobre 1998 n. 387 che ha modificato l'art. 56 d.leg. 3 febbraio 1993 n. 29 (Cons. Stato, ad. plen. 28 gennaio 2000, n. 10; 18 nov. 1999, n. 22)". Né, peraltro, "il diritto del pubblico dipendente al corrispettivo per l'espletamento di mansioni superiori può fondarsi sull'ingiustificato arricchimento dell'amministrazione atteso che l'esercizio di mansioni superiori alla qualifica rivestita, svolto durante l'ordinaria prestazione lavorativa, non reca alcuna effettiva diminuzione patrimoniale in danno del dipendente (il c.d. depauperamento, che dell'azione ex art. 2041 c.c. è requisito essenziale) (Cons. Stato, ad. plen., 23 febbraio 2000, n. 12)."

Il T.A.R. Toscana applica puntualmente le ultime decisioni in tema di mansioni superiori adottate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato prima che il giudice amministrativo si spogliasse definitivamente delle sue competenze in materia di impiego pubblico. Il Consiglio di Stato mantiene fermo il suo orientamento maggioritario, consolidatosi da circa un trentennio, a partire dalle prime applicazioni dello Statuto dei lavoratori.

A quella data la discussione era insorta in ordine ai limiti di applicazione dello Statuto agli enti pubblici non economici, in forza del rinvio di cui all'art. 37 dello stesso, il quale, come è noto, fa salve le ulteriori norme speciali che regolano la materia. Ben presto la giurisprudenza amministrativa si assestò su di una interpretazione tale per cui la "materia" regolata dalle leggi speciali, e pertanto sottratta all'applicazione dello Statuto, se non coincideva con l'intero rapporto di pubblico impiego, il che avrebbe implicato una *interpretatio abrogans* della norma che tutti si affrettavano in teoria a respingere, in pratica non si discostava molto da un simile esito.

Come è scritto in una delle innumerevoli decisioni del Consiglio di Stato degli anni '70,^[16] si sostenne che la ricerca delle lacune "nel sistema normativo di un ente pubblico, rispetto al complesso dei principi sanciti da una legge generale, deve essere condotta avendo riguardo al suo disegno globale, ai suoi criteri ispiratori e alle sue implicazioni necessarie e tenendo conto, quindi, non solo di ciò che il legislatore ha voluto affermare, dicendolo, ma anche di ciò che ha inteso escludere, tacendolo." Prima di andare a cercare la norma applicabile fuori dalla legislazione pubblicistica, occorreva pertanto rivolgersi alle disposizioni di principio ricavabili dal sistema del pubblico impiego il che, di fronte ad un sistema chiuso per definizione, sia per le effettive particolarità ordinamentali, ma anche e soprattutto per le notevoli

resistenze culturali della stessa giurisprudenza amministrativa, equivaleva ad affermare la presso che totale autosufficienza di tale sistema e la sua impermeabilità alle norme regolatrici del rapporto di lavoro privato.

Per ciò che attiene in particolare alle mansioni superiori si affermò, con una formula ripetuta in maniera identica sino alle ultime odierne decisioni, che "il rapporto di pubblico impiego non è assimilabile al rapporto di lavoro privato, poiché gli interessi pubblici coinvolti hanno natura indisponibile ed anche perché l'attribuzione delle mansioni e del correlativo trattamento economico devono avere il loro presupposto indefettibile nel provvedimento di nomina o di inquadramento (non potendo tali elementi costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari amministrativi)", sì che "nell'ambito del pubblico impiego, e salvo che una legge non disponga altrimenti, le mansioni svolte da un dipendente, che siano superiori rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento, sono del tutto irrilevanti sia ai fini economici che ai fini della progressione di carriera." [17]

Simile tesi, sulle cui molteplici implicazioni non possiamo qui soffermarci, ha incontrato, ad un certo punto, un limite invalicabile: la contraria scelta del legislatore. Quest'ultima, prima di essere codificata, ha atteso anch'essa un lungo periodo di gestazione. L'originario art. 57 del d.lgs. 29/93 stabiliva il principio per il quale "nel caso di assegnazione a mansioni superiori, il dipendente ha diritto al trattamento economico corrispondente all'attività svolta, per il periodo di espletamento delle medesime." Con l'art. 25 del d.lgs. 80/98, che novella l'art. 56 del d.lgs. 29/93, la regola si affermerà ancor più chiaramente, onde per cui il trattamento retributivo compete sia nel caso di assegnazione legittima (nei limiti in cui tale assegnazione è consentita dalla legge), che nel caso di assegnazione illegittima e per ciò nulla (art. 56, comma 5, ora art. 52, comma 5, d.lgs. 165/01). [18]

Come è noto, tuttavia, anche l'applicazione di tali disposizioni veniva in un primo momento rimandata. Il citato art. 56 stabiliva che "le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita ... Fino a tale data, in nessun caso, lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore". L'art. 15 del d.lgs. 387/98 (contenente varie modifiche al d.lgs. 80/98) emendava ancora una volta il citato art. 56, sopprimendo l'inciso "a differenze retributive o". Nella discussione insorta a seguito di tale novella fra quanti sostenevano che la previsione legislativa equivalesse al definitivo riconoscimento di un principio già vigente nell'ordinamento e quanti viceversa attribuivano alla stessa carattere innovativo, facendone decorrere gli effetti dall'entrata in vigore del decreto che la conteneva, il giudice amministrativo non poteva che aderire al secondo di tali orientamenti. Il consolidato principio ultratrentennale per il quale le mansioni superiori non danno diritto neanche a maggiori trattamenti retributivi cessa la sua vigenza, per il Consiglio di Stato, alla data di entrata in vigore del d.lgs. 387/98. [19]

5. La stagione del giudice ordinario.

Chiusa la stagione del giudice amministrativo, si è aperta con qualche maggiore aspettativa quella del giudice ordinario. L'aspettativa era fondata non fosse altro che su di un diverso retaggio culturale del giudice del lavoro. Si aggiunga che la c.d. privatizzazione del lavoro pubblico dovrebbe suggerire l'applicazione di criteri valutativi meno formalistici e maggiormente ancorati alla "effettività" del rapporto. Della rilevanza esterna degli U.N.E.P. si sono ampiamente occupati i vari giudici di merito i quali, pur non avendo mancato a volte di aderire senza molti approfondimenti al precedente orientamento del Consiglio di Stato, hanno per lo più sottoposto il concetto a revisione critica, non mancando di rilevare che la tesi del difetto di rilevanza esterna, così come formulata dal giudice amministrativo, "appare legata ad un quadro normativo di riferimento ormai superato." [20] "In particolare, con riferimento al concetto di rilevanza esterna, deve ritenersi che non occorra che il funzionario preposto abbia il potere di formare ed esternare a terzi la volontà (autoritativa o negoziale) dell'amministrazione, essendo invece sufficiente che l'attività dell'ufficio, non necessariamente di carattere autoritativo o negoziale, non rimanga confinata all'interno dello stesso o dell'amministrazione di appartenenza, ma si estrinsechi anche all'esterno". [21] Soffermandosi poi sulla interpretazione del dato normativo, più di un giudice di merito ha sottolineato come la negazione della rilevanza esterna agli U.N.E.P. equivalga al disconoscimento del tenore letterale delle disposizioni di cui al d.p.r. 44/90. Se infatti quest'ultimo, nella descrizione del profilo di funzionario U.N.E.P., fa riferimento alla direzione di uffici a rilevanza esterna, un ufficio a rilevanza esterna cui sia preposto un ufficiale giudiziario deve pur esserci. La rilevanza esterna non è quindi impedita dalla circostanza, meramente estrinseca, del fatto che l'ufficio risponda al Presidente di Tribunale o di Corte di Appello in forza del potere di sorveglianza ad essi spettante.

Per giungere ad una diversa conclusione, dopo il d.p.r. 44/90, occorre che questo sia dichiarato privo di effetti, ed è quanto sembra fare ora la Corte di Cassazione con le prime due sentenze in commento. Afferma la Corte che "il d.p.r. n. 44 del 1990 non poteva modificare la declaratoria dettata dalla legge per l'VIII qualifica funzionale, né i profili in essa compresi, ovvero incidere sull'organizzazione degli uffici qualificando «a rilevanza esterna» gli uffici N.E.P. Sarebbe stata necessaria una fonte di rango primario per tale risultato." Poiché la legge 312/80, nel dettare il contenuto della VIII qualifica funzionale fa riferimento alla rilevanza esterna e poiché gli U.N.E.P., sempre secondo la Corte, ne sono privi, le norme di origine contrattuale non possono contraddire disposizioni legislative. Ove poi tali norme avessero preteso di modificare "i criteri per la determinazione delle qualifiche funzionali" nonché la disciplina concernente gli "organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, i principi fondamentali di organizzazione degli uffici", esse si porrebbero altresì in contrasto con l'art. 2 della legge quadro sul pubblico impiego (l. 29 marzo 1983, n. 93), che riservava tali materie alla fonte legislativa. La Cassazione, tuttavia, non conduce il suo assunto fino in fondo e non dice quali siano le conseguenze giuridiche del rilevato contrasto. Non è chiaro pertanto se debba pervenirsi ad una interpretazione adeguatrice delle norme subordinate, che in realtà non appare possibile se non *sub specie* di *interpretatio abrogans*, o ad una loro disapplicazione incidentale da parte del giudice ordinario, attesa la loro natura regolamentare.[22]

Ciò che stupisce è che, a distanza di sedici anni dalla emanazione del citato d.p.r., dopo il fallimento dei tentativi di dare corpo alla previsione della figura professionale del funzionario U.N.E.P. attraverso le dotazioni organiche e dopo il dispiegamento di un vasto contenzioso, si giunga ora a considerare una tale previsione normativa *tam quam non esset*.

Da questa linea si discosta la terza delle sentenze della Cassazione sopra indicate (Cass. 2 ottobre 2006, n. 21280), la cui motivazione è tutta interna alla tematica della mansioni superiori. Innanzitutto la Corte, confermando un suo precedente,[23] rovescia l'approccio del giudice amministrativo: l'art. 15 del d.lgs. 387/98, nel novellare l'art. 56 del d.lgs. 29/93, non ha introdotto un principio (la retribuitività delle mansioni superiori) vigente solo a partire dall'entrata in vigore del decreto. "Questa Corte (Cass. sez. lav., 8 gennaio 2004, n. 91) ha già affermato - e qui ribadisce - che nel pubblico impiego privatizzato il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal sesto comma dell'art. 56 d.lgs. n. 29/93 come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/98, è stato soppresso dall'art. 15 d.lgs. n. 387/1998 con efficacia retroattiva e quindi non c'è alcun impedimento - che, ove esistente, sarebbe peraltro di assai dubbia legittimità costituzionale - all'applicazione diretta del canone della retribuzione proporzionata e sufficiente, previsto dall'art. 36, primo comma, Cost." Quindi, in conformità anche all'orientamento della Corte Costituzionale,[24] le mansioni superiori, se effettivamente svolte e provate, devono essere comunque retribuite, tanto che ci si riferisca al periodo anteriore che a quello successivo all'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/98. L'impossibilità per la Corte di riconoscerle nel caso concreto risiederebbe, oltre che in un difetto di prova, nell'esistenza di un legittimo spazio per l'esercizio della discrezionalità amministrativa in ordine all'inquadramento dei dirigenti UNEP. In sintesi, si afferma che il d.p.r. 44/90 consentirebbe di preporre alla direzione di un ufficio NEP sia un ufficiale giudiziario di VII che un ufficiale giudiziario di VIII qualifica funzionale. La differenza starebbe nella dimensione degli uffici. Poiché l'ufficio cui era addetto il ricorrente non è di grandi dimensioni, né sono state offerte particolari prove in ordine al carico di lavoro, correttamente l'amministrazione avrebbe inquadrato il dirigente nella VII qualifica.

Orbene, su questa correlazione tra qualifica funzionale e dimensioni dell'UNEP possono nutrirsi serie perplessità, ma a prescindere da queste, la Corte sembra qui dimenticare che dal 1990 ad oggi a nessun dirigente UNEP è mai stata attribuita la VIII qualifica, la quale è rimasta solo sulla carta. L'inquadramento nella VII qualifica funzionale, quindi, non è stato il frutto di una scelta discrezionale, ma della persistente mancata attuazione della citata previsione di cui al d.p.r. 44/90. Ciò che la Corte avrebbe potuto invece ragionevolmente chiedersi è se l'amministrazione, a partire dal 2000, ovvero con l'introduzione delle nuove dotazioni organiche, abbia o meno previsto per l'UNEP in questione la presenza di un ufficiale giudiziario inquadrato ad un livello superiore alla vecchia VII qualifica funzionale, deducendosi da questa circostanza un sia pur implicito riconoscimento delle mansioni superiori svolte. In altri termini, il riferimento alla discrezionalità amministrativa può anche considerarsi corretto, ma va quanto meno correlato al momento in questa è stata effettivamente esercitata.[25]

Chiarito questo aspetto, va detto tuttavia che la sentenza n. 21280/06 si muove su di una direttrice diversa rispetto alle prime due. Una volta corretto l'evidente vizio logico di questa motivazione, potrebbe anche giungersi al riconoscimento del diritto vantato dai ricorrenti, di cui non vengono minati i presupposti, a differenza di quanto accade con le pronunce n. 13718 e n. 32405.

6. Dagli uscieri agli ufficiali giudiziari. La natura giuridica degli U.N.E.P.

Ciò premesso, è sul concetto di rilevanza esterna su cui si soffermano le prime due decisioni che intendiamo tornare, non prima però di essersi chiesti cosa effettivamente siano gli U.N.E.P. e cosa ritiene che siano la giurisprudenza. Sovviene a tal fine la quarta delle sentenze in commento, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a dirimere una questione di giurisdizione nell'ambito del noto riparto temporale di competenze tra giudice amministrativo e giudice ordinario sulla base dell'art. 45, comma 17, del d.lgs. 80/98, ora art. 69, comma 7, d.lgs. 165/01.[26]

La Corte ricorda come la giurisprudenza si fosse già occupata degli ufficiali giudiziari sempre al fine di risolvere un problema di giurisdizione, giungendo alla conclusione che essi, "svolgendo, in modo continuativo e professionale, una attività direttamente connessa con i fini pubblici dello Stato, con vincolo di subordinazione gerarchica, in forza di un atto formale di nomina, e godendo di una retribuzione predeterminata in base a criteri oggettivi, sono impiegati dello Stato, per cui le controversie concernenti i loro rapporti di lavoro rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi del t.u. del 26 giugno 1924 n. 1054 e dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034".[27] In forza di questo immutato principio ed in presenza di rivendicazioni a carattere retributivo, ne consegue che, per il periodo anteriore al 1 luglio 1998 la giurisdizione è del giudice amministrativo, mentre per il periodo successivo è del giudice ordinario.

La Corte non dimentica di menzionare un indirizzo giurisprudenziale minoritario che, valorizzando gli elementi di specialità del relativo ordinamento, "hanno qualificato l'ufficiale giudiziario come un soggetto privato esercente pubbliche funzioni, a somiglianza di altri professionisti, quali i notai." Le medesime sentenze qualificavano gli U.N.E.P. come associazioni non riconosciute[28] o come particolare manifestazione di esercizio di attività professionale in forma di impresa sulla base del richiamo di cui all'art. 2238 c.c.[29]

Questo secondo orientamento non è affatto privo di riscontri nell'evoluzione storica della figura dell'ufficiale giudiziario e torna ad essere quanto mai oggi di attualità, là dove, terminata la rincorsa alla maggior tutela offerta dal pubblico impiego, una prospettiva di tipo libero professionale sembra essere l'unica in grado di restituire dignità alla categoria di cui ci stiamo occupando.

Sul piano storico, la denominazione di ufficiale giudiziario risale alle legge 21 dicembre 1902, n. 528, conoscendo viceversa l'ordinamento giudiziario del 1865 (R.D. 6 dicembre 1865, n. 2626), la figura degli uscieri, derivante a sua volta da quella francese degli *huissiers*, ovvero degli addetti ai tribunali che curavano sia i servizi interni agli uffici che la notificazione degli atti e l'esecuzione delle sentenze. L'usciera transitò nella legislazione degli stati preunitari e, da qui, in quella successiva all'unificazione. Con la legge del 1902 si intese operare una riqualificazione professionale della categoria, prevedendo determinati requisiti culturali e titoli di studio per l'accesso, incrementandone la retribuzione e mutandone la denominazione in modo da renderla "più rispondente all'indole ed alla natura delle attribuzioni loro affidate", come si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge ministeriale.[30] Uscieri hanno invece continuato a chiamarsi i messi comunali addetti alle notifiche presso gli uffici dei conciliatori.

Può essere curioso notare che in detta relazione, il Ministro di Grazia e Giustizia, dopo aver riferito delle "insistenti lagnanze degli interessati" e dopo che lo stesso "ha dovuto convincersi della non buona condizione degli uscieri giudiziari e della necessità di porre riparo ad uno stato di cose che non potrebbe più oltre continuare senza pericolo di perturbamento in un ramo importantissimo del pubblico servizio", affermi come si fosse anche "osservato che molti dei lamentati inconvenienti si sarebbero potuti eliminare, facendo degli uscieri una classe di impiegati a stipendio fisso e incamerando all'Erario i proventi che essi percepiscono," affrettandosi tuttavia il Ministro a precisare che "siffatto provvedimento non si ravvisa attuabile né opportuno" e ciò sia per il timore dell'insufficienza delle risorse pubbliche che per il disincentivo che ne deriverebbe alla stessa produttività del personale.

Gli ufficiali giudiziari non erano quindi considerati pubblici impiegati e ciò ancorché questa loro condizione non impedisse al relatore di segnalare l'opportunità di introdurre dei correttivi al sistema retributivo, imponendo la comunione dei diritti per la quota dei tre quarti, ad evitare "lo sconcio che alcuni uscieri, per la maggiore operosità o per la maggiore fiducia che ispirano, percepiscono lauti guadagni, mentre altri, che pur non hanno demeriti, riscuotono proventi non bastevoli ai più urgenti bisogni della vita." Nella discussione parlamentare ci si chiese anche se imporre la comunione delle indennità di trasferta che invece il relatore intendeva mantenere a carattere individuale. Alla fine prevarrà una soluzione intermedia, imponendosi di mettere in comune i soli due quinti di tali indennità. Sempre in alcuno degli interventi alla Camera dei deputati si afferma che "l'usciera è come un essere anfibio, perché da un lato viene ad avere dallo Stato con la legge presente una somministrazione di paga in forma fissa, e dall'altro lato riscuote degli emolumenti in ragione degli atti che notifica." La successiva legge 19 marzo 1911, n. 201 introduce un ulteriore temperamento al carattere proventistico della retribuzione degli ufficiali giudiziari, stabilendosi un'indennità a titolo di supplemento in favore di

coloro che, con i proventi riscossi, non dovessero raggiungere determinati limiti prestabiliti. La legge consacra poi il carattere anfibologico di tali figure, introducendo il concetto, destinato a resistere a lungo, della equiparazione a determinati effetti alla categoria dei pubblici dipendenti. "Gli ufficiali giudiziari", recita l'art. 2, " sono equiparati agli altri impiegati dello stato per quanto riguarda la misura dell'imposta di ricchezza mobile, la riduzione dei viaggi in ferrovia, piroscafi e tranvie, la insequestrabilità degli assegni e dei proventi, le indennità di tramutamento."

Altra rilevante innovazione introdotta dalla legge del 1902 e confermata da quella del 1911 è data dalla possibilità per gli ufficiali giudiziari di avvalersi di persone di loro fiducia per lo svolgimento delle attività interne all'ufficio e per l'assistenza alle udienze. Si tratta dei commessi,[31] i quali devono essere autorizzati dal capo dell'ufficio giudiziario (Presidente di Tribunale o di Corte d'Appello), sono retribuiti dagli ufficiali giudiziari in favore dei quali prestano servizio e possono essere anche destinati alle attività di notificazione, ferma restando la esclusiva responsabilità degli ufficiali giudiziari che di essi si avvalgono.

Nel 1924 viene emanato un "testo organico dell'ordinamento del personale degli ufficiali giudiziari, del personale degli uscieri giudiziari e del personale addetto agli uffici di conciliazione" (R.D. 28 dicembre 1924, n. 2271) che raccoglie il complesso delle disposizioni che nel frattempo si erano andate formando. Vengono ribaditi sia l'equiparazione degli ufficiali giudiziari ai pubblici impiegati per i medesimi effetti già indicati dalla legge del 1911 e viene confermata la comunione, mediante l'istituzione di una cassa comune, sia dei proventi, nei limiti dei due terzi, che delle indennità di trasferta, nei limiti dei due quinti.

Si arriva così, in questa breve carrellata storica, al 1947 quando, con decreto legislativo luogotenenziale n. 380 si istituisce, per gli uffici ove fossero presenti almeno due ufficiali giudiziari, l'ufficiale giudiziario dirigente, con compiti di direzione e organizzazione del lavoro. E' significativo che, sino a questo momento, nonostante le complicatezze derivanti dalla necessaria ripartizione del lavoro e dei proventi, una tale figura di coordinatore non sia stata istituita. Per il regio decreto del 1924 alla formazione della cassa comune, alle operazioni di prelevamento e di riparto, provvedeva "l'ufficiale giudiziario scelto dagli interessati, salvo ricorso, in caso di dissenso o di reclamo, al capo del Collegio od al pretore" (art. 103, ultimo comma). Segno evidente di quanto i connotati di tipo libero-professionale e la connessa individualità delle prestazioni fossero ancora molto accentuati, nonostante la parziale assimilazione al rapporto di pubblico impiego.

Un nuovo testo unico viene adottato con legge 18 ottobre 1951, n. 1128 ed con esso l'assimilazione da ultimo trattata inizia a trasformarsi in una vera e propria integrazione nel sistema dell'impiego statale. I commessi, da collaboratori dell'ufficiale giudiziario vengono immessi nei nuovi ruoli degli aiutanti ufficiali giudiziari. A tali ruoli, a parte il passaggio automatico dei commessi in servizio al momento dell'entrata in vigore della legge, si accede per concorso, alla stessa stregua che per gli ufficiali giudiziari. L'introduzione della figura del dirigente e dei ruoli degli aiutanti ufficiali giudiziari costituiscono un primo abbozzo di quella burocrazia interna agli uffici di cui parla la sentenza n. 16895/06 della Corte di Cassazione, la quale troverà compimento nel 1956 con l'istituzione degli uffici unici nei distretti di Corte d'Appello e nei circondari di Tribunale (legge 19 dicembre 1956, n. 1442) e definitiva sistemazione nel T.U. del 1959 (d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229), le cui norme sono in parte ancora vigenti ove non modificate o sostituite dalle leggi successive e, da ultimo, dalle disposizioni contrattuali. Nel 1975 la citata struttura burocratica si arricchisce dei nuovi ruoli dei coadiutori i quali vengono definitivamente a sostituire ed inglobare il personale amanuense che prestava ancora servizio privato in favore degli ufficiali giudiziari. Le poche tracce che residuano di lavoro autonomo sono costituite dalla previsione di un fondo per le spese d'ufficio, alimentato con gli emolumenti percepiti dagli addetti (art. 146, d.p.r. 1229/59), dall'assenza di un vincolo di orario e da una persistente e parziale natura proventistica della retribuzione. Va detto tuttavia che, a parte la mancata sottoposizione alle regole di orario, anche gli altri elementi citati sono stati nel tempo ampiamente depotenziati. Il fondo spese d'ufficio non copre più da tempo se non una modesta parte del fabbisogno di strutture e materiali, sopperendo per il resto l'amministrazione come per tutti gli altri uffici giudiziari. La struttura della retribuzione con il passare degli anni è divenuta più complicata, arricchendosi di nuove voci, ma in realtà sottostando sempre più ad una spinta livellatrice, diretta a ridurre i margini di competitività individuale in cambio di trattamenti uniformi e meglio garantiti. Si è già detto dei meccanismi perequativi diretti a integrare i proventi percepiti sino ad un minimo garantito. L'istituto è stato confermato da tutte le varie norme di legge che si sono succedute. Il punto più alto della tendenza all'uniformità dei trattamenti non si è comunque avuto per via di questo meccanismo, che per la verità opera anche nei regimi di tipo libero professionale (ad esempio per il notariato), ma in virtù della opposta regola per cui l'eccedenza rispetto al minimo garantito deve essere comunque versata all'erario sotto forma di prelievo tributario. La legge 15 novembre 1973, n. 734, nell'attribuire a tutti i pubblici dipendenti un assegno perequativo pensionabile, stabilisce anche che quando l'ammontare netto dei diritti percepiti dagli ufficiali giudiziari superi il minimo garantito, l'eccedenza deve essere versata all'erario nella misura del 95%.

L'unica voce retributiva rimasta variabile è data dalle indennità di trasferta. Dopo varie discussioni sulla natura di quest'emolumento, con i conseguenti risvolti di carattere fiscale (se trattasi cioè di rimborso spese o di retribuzione tassabile), il legislatore ha stabilito di considerarlo per metà reddito e per metà rimborso spese, sottoponendo pertanto il 50% delle indennità percepite alla ordinaria disciplina sui redditi delle persone fisiche (art. 3, comma 6, d.lgs. n. 314 del 1997, recante la nuova formulazione dell'articolo 48 del TUIR, approvato con d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917). Con successiva disposizione (art. 7, legge 18 febbraio 1999, n. 28), si è disposto che il 50% costituente reddito venga ripartito dal dirigente U.N.E.P. in parti uguali tra i collaboratori e gli assistenti. La variabilità individuale degli importi attiene quindi alla sola parte delle indennità costituente rimborso forfettario delle spese sostenute.

Alla luce di queste evoluzioni, a buona ragione la Cassazione include gli ufficiali giudiziari nel novero degli impiegati civili dello stato. Respinta qualsiasi qualificazione privatistica, la stessa Corte ha cura di precisare la natura giuridica dell'ufficio unico. "Esso, già qualificato in giurisprudenza come nucleo operativo, a struttura burocratica, della pubblica amministrazione della giustizia (cfr. in tali sensi Cass., Sez. Un., 11 novembre 1975 n. 3780 cit.), può definirsi un vero e proprio ufficio del Ministero della Giustizia, cioè un insieme di mezzi materiali (locali, risorse, attrezzature, ecc.) e personali, con specifici compiti che, in coordinamento con quelli di altri uffici, contribuiscono al perseguimento delle finalità pubbliche sottese alla funzione giudiziaria." Gli UNEP rappresentano quindi una componente dell'organizzazione burocratica ministeriale e più precisamente uffici e non organi della Pubblica Amministrazione. Questa distinzione assume un rilievo determinante, come si è in parte anticipato, nella interpretazione della legge 312/80 e nel riconoscimento delle mansioni superiori dei dirigenti. Prima di soffermarci su questi ultimi profili, è bene tuttavia rammentare che la spinta di tipo libero professionale per gli ufficiali giudiziari continua, da un lato, a sopravvivere per così dire, sotto traccia e, dall'altro, potrebbe rappresentare una seria prospettiva di riforma.

Dal primo punto di vista ed in maniera assai curiosa molteplici sono, negli ultimi anni, i tentativi di recuperare uno spazio ad una retribuzione di tipo proventistico facendo leva su attività minori rispetto a quelle ordinarie degli UNEP, là dove può giungersi in via interpretativa alla applicazione di tariffe mutate da altri ordinamenti professionali. Così è accaduto recentemente per gli atti di offerta reale, ai quali sono state ritenute applicabili le tariffe notarili[32] e così si sta tentando di fare per le indagini patrimoniali che la recente riforma del processo esecutivo demanda agli ufficiali giudiziari, anche attraverso l'accesso all'anagrafe tributaria.[33]

Si tratta ovviamente di ben poca cosa rispetto alla generalità delle funzioni, ma è significativo che in tempi di scarsità delle risorse pubbliche si vadano a ricercare anche negli angoli più remoti dell'ordinamento delle possibilità di incrementare la retribuzione del proprio lavoro. Per quanto viceversa attiene alle prospettive di riforma, è sempre verso l'approdo di tipo libero professionale che sono dirette una serie di proposte di legge della passata legislatura.[34] Al di là delle specifiche differenze, la struttura di fondo di tali proposte è quella di un ordinamento libero professionale con una remunerazione di tipo tariffario e con gli inevitabili meccanismi compensativi diretti ad assicurare in ogni caso l'esercizio di una funzione pubblica, anche là dove questa non sia economicamente conveniente. Più o meno tutte le proposte di legge prevedono una scelta che gli attuali addetti sono chiamati a compiere, tra la nuova professione ed il permanere invece nell'ambito di un rapporto di impiego pubblico, con un trasferimento alle cancellerie e gli altri uffici amministrativi del Ministero della Giustizia. Un tradizionale scivolo, come si una dire, per chi non se la sente di percorrere la nuova avventura. Visto il grave stato in cui versano gli UNEP sarebbe opportuno che simili proposte si traducessero quanto prima in provvedimenti legislativi.

7. L'organo, l'ufficio e l'atto amministrativo.

La teoria dell'organo costituisce uno degli argomenti più dibattuti dalla dottrina pubblicistica, a partire quella tedesca della seconda metà del XIX secolo.[35] Non è ovviamente questa la sede né per ricostruire i termini di tale discussione, né per trattare dell'idoneità o meno di tale nozione a dar conto della attuale complessità della pubblica amministrazione. Basterà ricordare che, se il concetto di organo ha rappresentato, insieme a quello di persona giuridica pubblica e di atto amministrativo, una delle architravi teoriche nella affermazione dello stato di diritto e del principio di legalità, si è tuttavia da tempo evidenziato come lo studio della persona giuridica, ivi compreso lo stato-persona, e dei suoi organi, abbia oscurato il rilievo dell'organizzazione, relegata al rango delle problematiche pre-giuridiche. In realtà, come è stato autorevolmente sottolineato, "l'organizzazione non è fuori dal diritto". Al contrario, "la disciplina dell'organizzazione non è irrilevante né secondaria. Essa fa parte integrante del diritto amministrativo, specialmente là dove, come in Italia, è oggetto di una abbondante legislazione." [36] Gli assetti più recenti della P.A. vedono inoltre la presenza di "organizzazioni complesse, non pertinenti ad

una persona giuridica, anzi - semmai- composte da una pluralità di persone giuridiche: ad es. il Servizio sanitario nazionale, composto di più enti che concorrono a formarlo.” [37]

A queste considerazioni si sovrappongono i fenomeni di disarticolazione della sfera pubblica propri di questi ultimi anni. Ciò cui si assiste è dato, innanzitutto, dalla crescita di una serie di moduli organizzativi sempre più difficilmente inquadrabili nello schema consolidato dell’ente pubblico (agenzie, autorità indipendenti). In secondo luogo, il diritto amministrativo, non meno del diritto privato, è soggetto integralmente al diritto comunitario e la questione ha smesso da tempo di porsi nei semplici termini di una contaminazione tra diverse sfere, per assumere le caratteristiche di una indiscussa integrazione normativa. In terzo luogo, i processi di privatizzazione hanno determinato l’impiego generalizzato dei modelli civilistici, non solo nell’ambito della gestione dei servizi pubblici, ma anche relativamente all’esercizio di funzioni che, sino a qualche decennio precedente, era inimmaginabile che potesse non effettuarsi nella classica forma burocratico-amministrativa.

La fuga verso il diritto privato ha prodotto a sua volta una spinta di segno opposto, soprattutto ad opera della giurisprudenza amministrativa, diretta a ricondurre a vario titolo nell’ambito della sfera pubblica una serie di soggetti privati nella forma, ma pubblici nella sostanza. Da qui, infine, l’affacciarsi dell’idea di una amministrazione pubblica in senso allargato in cui il profilo funzionale, attesa la promiscuità delle forme, diventa il vero ed unico discriminante ai fini della qualificazione di un’appartenenza.[38]

La discussione sull’organizzazione affianca quella relativa all’atto amministrativo, caposaldo di ogni ricostruzione teorica relativa agli ordinamenti continentali. Alcuni studi recenti[39] ripercorrono le tappe di questa lunga storia, ricordando come l’atto amministrativo mostri, sin dall’origine, il suo duplice volto: “massima espressione dell’autorità, sintesi della superiorità del potere pubblico, che ordina, decide, trasforma unilateralmente situazioni giuridiche private, ma, al contempo, anche espressione di garanzia.” [40]

La principale funzione di garanzia è nel fatto che la tipizzazione dell’attività amministrativa ha costituito storicamente la condizione per la sua giustiziabilità, evitando che il potere sovrano restasse *legibus solutus*. Sotto questo profilo, sarebbe preoccupante se questa funzione venisse meno ed è indiscutibile quanto è stato recentemente ed autorevolmente affermato nel commentare le ultime modifiche apportate alla legge generale sul procedimento.[41] Si è infatti rilevato che, nonostante il richiamo legislativo del diritto privato al fine di disciplinare l’attività amministrativa, “se rimane fermo il principio di legalità dell’agire amministrativo nel senso di predeterminazione di una norma dell’agire da parte del legislatore o da parte dello stesso potere esecutivo, gli atti della pubblica amministrazione, anche se espressi in forme di diritto privato, non potrebbero essere negozi, cioè atti normativi, bensì atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi.” [42]

L’imprescindibile ruolo dell’atto amministrativo a tutela della legalità non impedisce tuttavia di cogliere la portata delle trasformazioni che la nozione ha subito negli anni. Si continua a discutere se e come possa individuarsi una nozione di atto amministrativo più ampia rispetto alla categoria del provvedimento amministrativo, il quale ha assunto particolare risalto in seguito agli studi di Massimo Severo Giannini. Si discute se l’imperatività costituisca effettivamente una caratteristica del provvedimento o se, viceversa, la natura amministrativa dell’atto non si risolva nella sua destinazione funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico.

[43] Che si condividano l’una o l’altra delle varie teorie elaborate a tale proposito, appare difficile sottrarsi alla considerazione di un ripensamento dei caratteri dell’autoritatività, quale percorso avviato ormai da molto tempo e destinato a subire una forte accelerazione a causa delle trasformazioni intervenute nel campo del diritto amministrativo negli ultimi decenni.

Tornando al caso che ci riguarda, verificheremo se il rapporto organico che lega il dipendente all’amministrazione di appartenenza sia veramente decisivo ai fini della individuazione delle qualifiche e delle mansioni. Anche a voler ammettere tale eventualità, alla luce delle sommarie e velocissime considerazioni sopra esposte, non può tuttavia sfuggire che le argomentazioni della Corte di Cassazione fanno riferimento a concetti e nozioni che andrebbero quanto meno declinati diversamente.

8. Il rapporto organico ed il rapporto di servizio.

Non diciamo nulla di nuovo se ricordiamo che, con la privatizzazione del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, si è operata una scissione tra rapporto organico o d’ufficio che dir si voglia e rapporto di servizio, tra disciplina pubblicistica dell’organizzazione e disciplina privatistica del rapporto di lavoro. Lo stabilisce, come è noto, la legge, nel combinato disposto degli artt. 2, comma 1 e 5 comma 2 del d.lgs. 29/93, così come modificato dal d.lgs. 80/98. Tale disciplina, peraltro, taglia in due gli stessi profili organizzativi, lasciando alla regolamentazione pubblicistica “le linee fondamentali di organizzazione degli uffici”, l’individuazione degli “uffici di maggiore rilevanza” e dei “modi di

conferimento della titolarità dei medesimi", oltre alla determinazione delle "dotazioni organiche complessive" e facendo sì che invece "nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro." Si tratta della nota distinzione tra "macro" e "micro" organizzazione su cui si continua ovviamente a discutere in dottrina ed in giurisprudenza.[44] Ai nostri fini, valga innanzitutto una considerazione. Se la declaratoria delle mansioni che è stata fatta oggetto di interpretazione da parte della Corte di Cassazione fosse contenuta, invece che nella legge 312/80, in un atto successivo alla più volte citata riforma del pubblico impiego, non vi sarebbero dubbi: essa dovrebbe intendersi riferita al rapporto di servizio e non al rapporto organico o d'ufficio. Poiché il rapporto di servizio è un rapporto di diritto privato, tale declaratoria dovrebbe leggersi con gli occhi del giuslavorista e con gli stessi criteri ermeneutici con cui si procede normalmente alla interpretazione delle declaratorie contenute nella contrattazione collettiva, ovverosia avendo riferimento non alla qualificazione formale dell'atto, ma alla effettività del rapporto ed alla concretezza delle mansioni realmente esercitate in quel determinato inquadramento. Poco rilevarebbe quindi che il dirigente dell'UNEP possa qualificarsi come titolare di organo. La "rilevanza esterna" dell'ufficio in tal caso altro non potrebbe indicare che un determinato grado di autonomia organizzativa e decisione del soggetto che vi è preposto, tale da consentirgli di relazionarsi sia con le altre amministrazioni che con qualsivoglia altro soggetto pubblico o privato senza la necessaria mediazione di un superiore.

Nel 1980 la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico era ancora lontana. Non bisogna tuttavia dimenticare che già a partire dagli anni '70, la graniticità della più tradizionale ricostruzione di tale rapporto era per molti versi ampiamente minata. L'introduzione della contrattazione collettiva, dapprima nelle varie leggi speciali di settore e poi nella legge quadro 29 marzo 1983, n. 93, aveva messo in discussione alcuni capisaldi della precedente configurazione autoritativa ed ancorché il contratto dovesse essere sempre recepito con d.p.r. a nessuno sfuggiva che i contenuti di tale atto erano determinati in sede patrizia con le organizzazioni sindacali. Inoltre, seppure con eccezioni e adattamenti, dapprima la legislazione speciale degli anni '70 e poi la legge quadro dell'83, prevedevano l'estensione al pubblico impiego delle norme dello Statuto relative ai diritti individuali ed a quelli sindacali dei lavoratori. Ancorché non potesse parlarsi di "privatizzazione" del rapporto, certamente il quadro non era più quello di una burocrazia rigidamente gerarchizzata, così come si era venuta a costruire in Italia dapprima con la legge Giolitti del 1908 e poi ancora successivamente con la legislazione che dal 1919 arriva sino al T.U. del 1923. Il quadro non era neanche più quello del T.U. del 1957 che, eliminati i tratti del tipico autoritarismo fascista, non aveva tuttavia segnato un elemento di reale discontinuità rispetto al modello precedente. In coerenza con l'avvicinamento del rapporto di lavoro pubblico a quello privato, anche i criteri identificativi delle qualifiche funzionali contenuti nella legge n. 312/80 sono a ben vedere fondati sull'effettività delle mansioni. Basta scorrere le declaratorie dell'art. 2 per rendersene conto. La legge quadro del 1983, che applica il sistema delle qualifiche all'intero pubblico impiego e non solo ai ministeri, lo afferma ancor più chiaramente: "le qualifiche meno elevate sono determinate sulla base di valutazioni attinenti essenzialmente al contenuto oggettivo del rapporto di servizio in relazione ai requisiti richiesti per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Per le altre qualifiche le valutazioni sono connesse in maggior misura anche ai requisiti culturali e di esperienza professionale, nonché ai compiti di guida di gruppo, di ufficio o di organi e alle derivanti responsabilità burocratiche" (art. 17).

Pur in assenza di quella netta distinzione che deriverà poi dallo sdoppiamento di regime giuridico, anche nella legge 312/80 è il rapporto di servizio che rileva ai fini dell'individuazione della qualifica. E' il contenuto della prestazione lavorativa che differenzia tra di loro le posizioni dei dipendenti. Anche l'organizzazione assume rilievo, ma ciò accade nella misura in cui la natura e le caratteristiche dell'ufficio determinano il grado di importanza e complessità della prestazioni lavorativa di chi vi è preposto, orientando quindi il legislatore nell'individuazione della qualifica. Non è un caso che l'art. 2, secondo comma, della legge 312/80, a proposito della VIII qualifica funzionale, parli di "uffici o servizi con rilevanza esterna", utilizzando un termine quale è quello di "servizi" che non appartiene alla dogmatica dell'organo amministrativo, ma che è invece proprio degli studi sull'organizzazione pubblica e che indica parimenti le articolazioni organizzative interne della pubblica amministrazione. In questa prospettiva, là dove, nel descrivere le caratteristiche della predetta VIII qualifica funzionale, si fa riferimento ad "attività professionali comportanti preposizione ad uffici o servizi con rilevanza esterna", è verosimile ritenere che con tale locuzione non si sia inteso ancorare un criterio di classificazione del personale ad una determinata teoria dell'organo e dell'atto amministrativo, quanto più semplicemente al grado di effettiva autonomia e rilevanza di un determinato plesso organizzativo.

In tale prospettiva, quindi, richiamando ciò a cui si è fatto precedentemente cenno, è l'organizzazione e non l'organo che devono venire in considerazione nelle controversie simili a quelle decise dalla Corte di Cassazione. Quando poi si parla di "rilevanza esterna" è il complesso dell'attività e delle relazioni che fanno capo all'ufficio che devono essere valutati e non la natura negoziale o autoritativa dell'atto che

viene emanato. Ciò tanto più se la stessa riflessione intorno all'organo ed all'atto amministrativo è molto più avanti rispetto al punto ove sembra collocarsi la Cassazione.

9. Conclusioni.

Se è vero tutto ciò che abbiamo detto, è ben difficile sostenere che la sottoposizione degli UNEP alla sorveglianza del Presidente del Tribunale o della Corte di Appello valga a comprimerne l'autonomia organizzativa e decisionale, sia interna che esterna. E' inoltre altrettanto discutibile che, in forza di tale potere di sorveglianza, tutti gli atti che promanano dal predetto ufficio debbano imputarsi alla citata Autorità Giudiziaria.

E' sufficiente scorrere l'elenco delle mansioni di cui ai più volte citati profili professionali di cui all'All. 1 al d.p.r. 44/90 ed il d.p.r. 1229/59 per rendersene conto. Vi sono attività per le quali l'intervento del capo dell'ufficio giudiziario non è neanche previsto. Così è per le dichiarazioni fiscali e di vario tipo, per la formazione dei prospetti paga dei dipendenti, come recentemente confermato anche dal T.U. in materia di spese di giustizia (d.p.r. 115/02), per buon parte delle funzioni di direzione e coordinamento del personale e molte ancora. Ciò per quanto attiene al piano formale dell'imputazione degli atti, ovverosia per quanto attiene al rapporto organico e non di servizio.

Sotto invece questo secondo profilo, deve aggiungersi che l'esercizio delle funzioni di sorveglianza si risolve in un riscontro puramente estrinseco, un visto sulle decisioni assunte dal dirigente dell'UNEP. Al più la funzione di sorveglianza acquista un effettivo rilievo là dove emergano conflitti, difficoltà organizzative o problemi interpretativi di leggi e regolamenti che l'ufficio non riesce a risolvere autonomamente, assumendo a quel punto il magistrato un compito di superiore composizione della possibile controversia o assolvendo ad un ruolo di indirizzo su particolari e specifiche questioni. All'infuori di queste eccezioni l'ufficiale giudiziario dirigente è il soggetto che rappresenta l'UNEP in ogni possibile circostanza.

Non si vede quindi che cosa possa veramente ostare al reale riconoscimento dell'effettività delle mansioni svolte da tale soggetto. Ciò tanto più là dove le norme di origine contrattuale, quali sono quelle di cui al d.p.r. 44/90, abbiano espressamente provveduto ad effettuare una precisa identificazione sia della qualifica che del profilo professionale.

La Suprema Corte ritiene che tali norme non possano aver modificato la declaratoria della VIII qualifica funzionale, trattandosi di materia che la legge quadro sul pubblico impiego 93/83 riservava alla fonte legislativa. La stessa Corte, tuttavia, come si è visto, non chiarisce tuttavia quale sia esattamente la sorte di tali norme sotto il profilo giuridico, se destinate ad essere rese conformi alla legge in forza di una interpretazione adeguatrice o ad essere espunte dall'ordinamento. La prima, si è già visto, sarebbe una vera e propria *interpretatio abrogans*, poiché dovrebbe condurre alla materiale eliminazione dal testo normativo del profilo professionale 293 di cui all'All. 1 al d.p.r. 44/90. Essendo questo un profilo professionale appartenente all'VIII qualifica funzionale, la sua stessa configurazione dovrebbe ritenersi incompatibile con l'affermazione per cui, atteso il difetto di rilevanza esterna, non vi sarebbe attività degli ufficiali giudiziari riconducibile a tale qualifica.

Escluso l'adeguamento interpretativo e considerato che il regolamento in cui sono state recepite le norme contrattuali non risulta a suo tempo impugnato, l'unica soluzione al fine di dare applicazione a quanto affermato dalla Corte dovrebbe consistere in una assai problematica disapplicazione dello stesso. In realtà appare molto più ragionevole ritenere che tra il d.p.r. 44/90 e la legge 312/80 non vi sia alcun contrasto, anche là dove il primo prevede l'attribuzione della VIII qualifica funzionale a chi svolga funzioni apicali all'interno degli UNEP, trattandosi di norma attuativa di quanto contenuto in quella primaria.

[1]Senza pretesa di completezza, possono annoverarsi *tra le favorevoli*: Tribunale di Orvieto, 23.06.2000, n. 233; Tribunale di Terni, n. 106/01; Tribunale di Milano, 15.01.2002, n. 758; Tribunale di Mondovì, 01.02.2002, n. 2; Tribunale di Trento, 13.09.2002, n. 128; Tribunale di Taranto, 29.11.2002, n. 11306; Tribunale di Biella, 03.12.2002, n. 164; Tribunale di Reggio Calabria, 5.02.2003, n. 477; Tribunale di Varese, 3.11.2004, n. 264; Corte di Appello di Lecce, 21.10.2003, n. 1277; Corte di Appello di Torino, 26.05.2004, n. 402; Tribunale di Pistoia, 23.12. 2002, n. 223; Tribunale di Firenze, 19.03.2003, n. 795; Tribunale di Pistoia, 25.04.2004, n. 227; Tribunale di Rieti, 19.02.2002, n. 60419; Tribunale di Piacenza, 1.07.2003, n. 195; Tribunale di Trieste, 3.07.2003, n. 617; Tribunale di Roma, 24.09.2003, n. 20711; Corte di Appello di Milano, 13.01.2004, n. 172; Corte di Appello di Torino, 22.01.2004, n. 53; Corte di Appello di Catanzaro, 12.02.2004, n. 585; Tribunale di Reggio Emilia, 03.03.2004, n. 87; Tribunale di Vigevano, 7.04.2004, n. 471; Tribunale di Bologna, 21.04.2004, n. 386; Tribunale di Locri, 5.05.2004, n. 1899;

Tribunale di Padova, 5.10.2004, n. 351; Corte di Appello di Bologna, 11.11.2004, n. 949; Tribunale di Verbania, 25.11.2004, n. 117; Tribunale di Como, 10.12.2004, n. 285; Tribunale di Busto Arsizio, 15.12.2004, n. 258; Tribunale di Potenza, 18.02.2005, n. 393; Tribunale di Milano, 12.04.2005, n. 1551; Tribunale di Lecce, 31 ottobre 2006, n. 7915.

Tra le contrarie: Tribunale di Vibo Valentia, 21 dicembre 2001, n. 132; Tribunale di Cuneo, 28 gennaio 2002, n. 33; Corte d'Appello di Trento, 19 dicembre 2002, n. 11306; Tribunale di Forlì, 13 febbraio 2003, n. 347; Tribunale di La Spezia, 13 ottobre 2003, n. 653; Tribunale di Ivrea, 10 ottobre 2003, n. 100; Tribunale di Monza, 15 ottobre 2003, n. 551; Tribunale di Latina, 4 novembre 2003, n. 2439; Tribunale di Arezzo, 6 novembre 2003, n. 479; Corte d'Appello di Perugia, 14 novembre 2003, n. 450; Tribunale di Massa, 21 novembre 2003, n. 238; Tribunale di Civitavecchia, 27 novembre 2003; Tribunale di Napoli, 6 maggio 2004; Corte d'Appello di Genova, 8 agosto 2006, n. 745; Corte d'Appello di Firenze, 12 agosto 2006, n. 872; Corte d'Appello di Firenze, 20 ottobre 2006, n. 1321.

[2] Esplicito, tra le sentenze di merito, un passaggio della Corte d'Appello di Firenze: "una scelta così delicata (quella di istituire, eventualmente, posizioni di VIII qualifica, in epoca anteriore alla contrattazione collettiva) era rimessa a livello nazionale, alla discrezionalità della stessa amministrazione ... non è neppure prospettabile che un'operazione di tal genere possa essere compiuta ora in sede giurisdizionale (Corte d'Appello di Firenze, 20 ottobre 2006, cit.). Una simile preoccupazione rischia tuttavia di essere fonte di una grave ingiustizia sostanziale.

[3] Si tratta della deliberazione della Commissione paritetica del 28.09.1988, presa in attuazione dell'art. 10 della legge 312/80 e successivamente trasfusa nel D.M. 22.12.1988. La legge stabiliva, all'art. 3, che "ogni qualifica funzionale comprende più profili professionali; questi si fondano sulla tipologia della prestazione lavorativa, considerata per il suo contenuto, in relazione ai requisiti culturali, al grado di responsabilità, alla sfera di autonomia che comporta, al grado di mobilità ed ai requisiti di accesso alla qualifica." L'articolo proseguiva prevedendo che, dopo un primo inquadramento disposto in via provvisoria dall'art. 4 della stessa legge, sulla base di un meccanismo di equivalenza tra vecchie carriere e qualifiche e nuove qualifiche funzionali, si provvedesse all'inquadramento definitivo con effetti retroattivi, sulla base della individuazione dei singoli profili professionali ad opera di una commissione paritetica composta da rappresentanti dell'amministrazione e dei dipendenti statali designati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. L'art. 10 regolamentava il funzionamento della commissione.

I profili professionali così identificati avrebbero poi trovato la loro consacrazione formale in un testo regolamentare. Il primo di questi regolamenti fu adottato con il D.P.R. 29 dicembre 1984, n. 1219, il quale nulla diceva a proposito degli ufficiali giudiziari. La delibera della Commissione paritetica del 28.09.1988 si occupava di stabilire la corrispondenza tra le attribuzioni delle qualifiche rivestite in base al precedente ordinamento e quelle dei profili professionali identificati dal citato D.P.R. La vecchia qualifica di ufficiale giudiziario veniva così equiparata al profilo professionale di collaboratore amministrativo, settima qualifica funzionale. Trattandosi tuttavia di una equiparazione, ovvero di una figura professionale che non trovava una diretta collocazione nell'ambito dei profili individuati dal d.p.r. l'inquadramento avvenne fuori ruolo. Solo dopo la adozione del successivo D.P.R. 17 gennaio 1990, n. 44, di cui si dirà nel testo e con il quale verranno individuati anche per gli ufficiali giudiziari specifici e distinti profili professionali, sarà possibile addivenire all'inquadramento di tale personale nei ruoli della Amministrazione della giustizia.

[4] I profili professionali sono disciplinati nell'All. 1 al d.p.r. 44/90.

[5] Con d.p.c.m. 4.10.2000 si è provveduto a rideterminare i contingenti per gli organici del Ministero della Giustizia, tra cui quelli relativi agli ufficiali giudiziari, prevedendone 80 unità nella posizione economica C3 ed 800 unità nella posizione economica C2, oltre a 2150 unità nella posizione economica B3. Con d.m. 30 dicembre 2000 sono state determinate le piante organiche. Con successivo d.p.c.m. 8 febbraio 2001 si è provveduto a rivedere nuovamente i contingenti (che modificano solo la quota dei B3), sino a che, in ultimo, con il d.m. 6 aprile 2001 è stata stabilita la pianta organica definitiva.

[6] Ci si riferisce all'orientamento che ha avuto inizio con la sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 4 gennaio 1999, in questa *Rivista*, seguita poi da una cospicua serie di decisioni successive: Corte Cost., 22 aprile 1999, n. 141; Corte Cost., 28 luglio 1999, n. 364; Corte Cost., 29 maggio 2002, n. 218; Corte Cost., 16 maggio 2002, n. 194; Corte Cost.; Corte Cost., 23 luglio 2002, n. 273; Corte Cost., 26 gennaio 2004, n. 34; Corte Cost., 21 aprile 2005, n. 159, tutte in questa *Rivista*.

Sulla base di tale orientamento le procedure di selezione attraverso cui le pubbliche amministrazioni attuano il passaggio di personale ad una qualifica o fascia superiore sono vere e proprie procedure di accesso al pubblico impiego e come tali soggette all'obbligo costituzionale del concorso ex art. 97 Cost. Ne deriva illegittimità costituzionale di tutte le previsioni di concorsi riservati totalmente o presso che esclusivamente al personale interno all'amministrazione, che escludano quindi di fatto o di diritto la possibilità di accesso al posto anche per gli esterni. In particolare la Corte ha riconosciuto che la riserva può anche giustificarsi al fine di consolidare pregresse esperienze lavorative maturate nell'ambito dell'amministrazione. Il che può però accadere "fino al limite oltre il quale possa dirsi che l'assunzione

nella amministrazione pubblica, attraverso norme di privilegio, escluda, o irragionevolmente riduca, la possibilità di accesso per tutti gli altri aspiranti con violazione del carattere pubblico del concorso, secondo quanto prescritto in via normale, a tutela anche dell'interesse pubblico, dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione" (Corte Cost., n. 141/99, cit.).

[7]V. ad es. l'ordinanza del Tribunale di Locri, in qualità di Giudice del lavoro, del 17.06.2002, nonché l'ordinanza collegiale del 25.07.2002 che rigetta il reclamo proposto avverso la prima, entrambe pubblicate sul sito www.uiug.com. V. anche l'ordinanza cautelare del Tribunale di Salerno, Giudice del lavoro, del 10.06.2002, pubblicata sul sito www.auge.it. Tutti questi provvedimenti dispongono la sospensione degli atti della procedura selettiva impugnata.

[8]La vicenda è quella relativa alla giurisdizione in ordine alle selezioni concorsuali finalizzate a realizzare le c.d. progressioni verticali nelle pubbliche amministrazioni cui si è già accennato. La Corte di Cassazione, con la sentenza delle Sezioni Unite 15 ottobre 2003, n. 15403, ha operato, come è noto, un vero e proprio *revirement* rispetto all'orientamento precedente, consolidato anch'esso sulla base di una pluralità di decisioni delle Sezioni Unite, ritenendo sussistere la giurisdizione amministrativa ex art. 63, comma IV, d.lgs. 165/01 non solo nel caso dei concorsi finalizzati alla prima assunzione, ma anche di quelli interni diretti "a permettere l'accesso al personale già assunto ad una fascia o area superiore". Il *revirement* è il frutto di un allineamento all'orientamento della Corte Costituzionale, considerando l'accesso alla fascia o area superiore quale novazione del rapporto.

Chiamata a definire il concetto di "area o fascia" superiore, anche sulla base della classificazione del personale ad opera della contrattazione collettiva, la giurisprudenza è approdata alla conclusione per cui: apparterrebbero alla giurisdizione amministrativa le controversie in materia di concorsi interni finalizzati al passaggio da un'area all'altra di inquadramento del personale; apparterrebbero sempre alla giurisdizione amministrativa le controversie relative ai concorsi misti, ove è prevista la partecipazione sia di interni che di una determinata quota di esterni; apparterrebbero alla giurisdizione ordinaria le controversie relative ai concorsi interni finalizzati al passaggio da una posizione all'altra all'interno della stessa area.

Così posta, la distinzione, sotto il profilo teorico e sistematico, non appare soddisfacente. E' infatti indiscutibile, come recentemente ribadito ad esempio da T.A.R. Lazio, Sez. II, 5 luglio 2006, in LPA, 2005, 899 e ss., con nota di L.SGARBI, *Progressioni professionali all'interno della stessa area: comunque vada sarà un insuccesso!*, che, relativamente al CCNL Ministeri, "le posizioni economiche C1, C2 e C3 ... in realtà non sono meri indicatori di retribuzione, bensì la rappresentazione sintetica, attraverso il dato stipendiale, della qualifica funzionali VII, VIII e IX ex l. 312/80. Si tratta quindi", prosegue il T.A.R., "di livelli differenziati e crescenti di professionalità, cui rettamente corrispondono retribuzioni altrettanto diverse." Se così è, non ha alcun senso arrestare la giurisdizione amministrativa alle soglie dell'area funzionale, contravvenendo alla *ratio* che presiede alla (ri)attribuzione giurisprudenziale alla suddetta giurisdizione della materia dei concorsi interni. Questa infatti si fonda, per dirla con la già citata Cass. 15403/03, sull'imprescindibile presupposto "secondo cui, nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche amministrazioni, l'accesso del personale dipendente ad un'area o fascia funzionale superiore deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni." Ciò che dovrebbe rilevare, quindi, è l'effettiva diversità di qualifica, contraddistinta da una specificità di mansioni, oltre alla previsione del posto in organico per la cui copertura si bandisce il concorso. V. in questo stesso senso, F.MARINELLI, *Giurisdizione e concorsi interni: come le Sezioni Unite si uniformano, allontanandosene, al proprio orientamento espresso con la sentenza n. 15403/2003*, in LPA, 2005, 873 e ss.

Il fatto è che la distinzione tra passaggio di area e passaggio di qualifica all'interno della stessa area impatta con la disciplina sul blocco della assunzioni disposta con le varie leggi finanziarie (in particolare, v. comma 193, art. 1, l. 23 dicembre 2005, n. 266). Se la nozione di assunzione di cui all'art. 63, comma IV, del d.lgs. 165/01 fosse comprensiva di ogni passaggio di qualifica tutti i concorsi interni finalizzati a realizzare un tale passaggio sarebbero impediti dal divieto di nuove assunzioni. Spostando invece il concetto di assunzione o novazione del rapporto che dir si voglia al passaggio di area si sposta anche a questo superiore livello l'obbligo del concorso aperto agli esterni di cui alle note sentenze della Corte Costituzionale. I passaggi di qualifica all'interno della stessa area restano, al contrario, meri avanzamenti di carriera che, ancorché soggetti a prove selettive, sono tuttavia esclusi dalla regola del concorso di cui all'art. 97, III comma, Cost. Il blocco delle assunzioni impedisce pertanto i passaggi di area, ma non le progressioni verticali all'interno della stessa. E' questa l'opinione espressa dal Consiglio di Stato in sede consultiva: Cons. Stato, Comm. Spec. Pubblico Impiego, parere prot. n. 3556/2005 del 9 novembre 2005, in www.giuridanella.it.

Si noti che la disputa sul concetto di assunzione non è puramente nominalistica. Astrattamente si potrebbe anche immaginare di tenere distinte le due nozioni di assunzione: l'una ai fini della disciplina del blocco e l'altra ai fini del riparto di giurisdizione. In questo modo si otterrebbe l'effetto di limitare il

blocco delle assunzioni ai soli accessi esterni alla pubblica amministrazione. Sul piano della finanza pubblica l'opzione potrebbe astrattamente avere un senso, potendosi anche supporre che il legislatore abbia avuto prevalentemente di mira i maggiori oneri derivanti dalle nuove assunzioni più che dai passaggi interni, e ciò anche se il costo di questi non va affatto sottovalutato. Una tale interpretazione è però inaccettabile nelle sue conseguenze, come precisa il Consiglio di Stato, poiché escludere dal blocco tutti i concorsi interni, cui gli esterni non potrebbero partecipare, equivarrebbe a disattendere apertamente l'indirizzo della Corte Costituzionale volto a favorire la selezione meritocratica.

Poiché peraltro, all'estremo opposto, generalizzare l'obbligo del ricorso agli esterni ad ogni passaggio di qualifica equivarrebbe al blocco di qualsiasi meccanismo di progressione verticale per i dipendenti pubblici, posizionare l'asticella sul passaggio di area equivale ad individuare una classica soluzione di compromesso, ancorché questa appaia ben poco coerente sotto il profilo sistematico. Come può vedersi, la questione di giurisdizione, come sempre accade, sottende ben altri problemi di carattere sostanziale.

Sull'argomento, tra le innumerevoli decisioni, v. oltre alla già citata Cass. Sez. Un. 15 ottobre 2003, n. 15403, in *LPA*, 2003, 904 e ss., con nota di L.SGARBI, *La Cassazione ci ripensa: sui concorsi interni ha giurisdizione il Giudice Amministrativo* nonché in in *Giorn. Dir. Amm.*, con nota di A.CORPACI, 2004, 143, *La Cassazione muta orientamento sulle procedure di progressione di carriera nel settore pubblico*; Cass. Sez. Un., ordinanza 10 dicembre 2003, n. 1886, in *Foro Amm.*, CdS, 2003, 3777; Cass. sez. III, 26 febbraio 2004, n. 3948, in *F.I.*, 2004, I, 1755; Cass. sez. Unite, 15 febbraio 2005, n. 14259, in *LPA*, 2005, 869 e ss., con nota di F.MARINELLI, *Giurisdizione e concorsi interni*, cit.; Cass. Sez. Un., ordinanza 20 aprile 2006, n. 9168, in *www.altalex.it.*; Cass. Sez. Unite, 20 ottobre 2006, n. 2258, in questa Rivista, n. 10/06; Cass. Sez. Unite, ordinanza 11 gennaio 2007, n. 305 e Cass. Sez. Unite, 7 febbraio 2007, n. 2696, entrambe in *www.lexitalia.it*, di cui la prima ribadisce come, al fine di accertare se si tratta di passaggio di area o di passaggio interno alla stessa area, occorre fare riferimento alla contrattazione collettiva; Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2003, n. 8143; Cons. Stato, 30 marzo 2005, n. 1355; Cons. Stato, 7 giugno 2005, n. 2872, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Per ciò che riguarda gli ufficiali giudiziari, dopo la sentenza n. 15403 della Corte di Cassazione, il TAR del Lazio ha ritenuto ammissibili le domande di annullamento degli atti relativi alle selezioni concorsuali per errore scusabile disponendone dapprima (ordinanze cautelari del 16 marzo e del 14 luglio 2004, in *www.auge.i*, la sospensione ed accogliendo poi i ricorsi nel merito (T.A.R. Lazio, 5 novembre 2004, n. 12557 e T.A.R. Lazio, Sez. I, 25 febbraio 2005, n. 1478, in *www.giustizia-amministrativa.it*). La prima di tali decisioni è stata tuttavia annullata dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 5 novembre 2006, n. 5938, in *www.giustizia-amministrativa.it*) per difetto di giurisdizione, trattandosi di selezione concorsuale finalizzata al passaggio a diverse posizioni o qualifiche che dir si voglia all'interno della stessa area. [9] Il 9 novembre 2006 è stato sottoscritto un Protocollo di Intesa tra il Ministero della Giustizia e le OO.SS. finalizzato, in concomitanza con la riorganizzazione professionale in funzione della prevista introduzione dell'ufficio del giudice, al rilancio delle procedure di progressione verticale "con l'utilizzo congiunto e contestuale degli strumenti legislativo, in particolare per il passaggio tra le aree, e contrattuale." Il testo dell'accordo è in *www.ufficiogiudiziari-uilpa.it*.

Quest'orientamento della Corte è espressamente richiamato, al fine di distanziarsene, dalla su citata decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2006.

[20] Tribunale Pistoia, 23.12. 2002, n. 223 e 25.04.2004, n. 227, citt.

[21] Tribunale di Trento, 13.09.2002, n. 128, cit; così anche Tribunale di Taranto, 29.11.2002, n. 11306, cit.

[22] Sulla natura regolamentare degli accordi collettivi recepiti nei Decreti del Presidente della Repubblica secondo le previsioni della legge-quadro sul pubblico impiego (l. 93/38), v. G. VOLPE, *Le fonti del pubblico Impiego*, in *Il Pubblico Impiego, Principi generali*, a cura del medesimo Autore, Torino, Giappichelli, 1991, 40 e ss.

[23] Ne abbiamo già dato conto: v. nota n. 18.

[24] V. nota n. 16.

[25] Così, ad es., Trib. Taranto, 29 novembre 2002, n. 11306, cit., correttamente afferma: "in particolare, sembra rilevante la notazione ... che con il D.M. 30.12.2000 (pubbl. in Boll. Uff. Min. Giust. N. 15 del 15.08.2001), è stata prevista per la Sezione di Corte d'Appello di Trapani, una posizione dirigenziale affidata a un C3, - *rebus sic stantibus*, e sulla base dei carichi di lavoro degli anni 1998-1999- sicché la struttura ininterrottamente diretta dal [ricorrente, n.d.a], evidentemente presentava e presenta caratteristiche tali, quantitative e qualitative, da essere qualificabili in termini di "notevole complessità e rilevanza" secondo la previsione della declaratoria ex Contratto Collettivo Integrativo 5.4.2000". Lo stesso argomento è poi ripreso in altre decisioni di merito.

[26] Su cui v. precedente nota n. 13.

[27] La giurisprudenza citata dalla Cassazione, con l'eccezione della decisione del 1957, era riferita al riparto di giurisdizione, allorché l'intera materia del pubblico impiego apparteneva alla giurisdizione

esclusiva del giudice amministrativo, essendo allora rilevante la qualifica o meno degli ufficiali giudiziari quali pubblici impiegati al fine di individuare il giudice competente. V. Cass. Sez. Un., 7 febbraio 1979, n. 814, in F.I., 1979, I, 622 e ss.; Cass. Sez. Un., 5 ottobre 1978, n. 4425, in F.I. Mass., 873; Cass. Sez. Un., 11 novembre 1975, n. 3780, in F.I., Rep., 1976, voce Ufficiale Giudiziario, n.3; Cass. Sez. Un., 14 ottobre 1975, n. 3311, in Giust. Civ., 1976, I, 272, con nota di M.FINOCCHIARO; Cass. Sez. III, 31 gennaio 1957, n. 342, in Giur. It., 1958, P.I, Sez. I, 95 e ss., con nota di B. CORMIO. Nello stesso senso le decisioni del Consiglio di Stato citate sempre nell'annotata sentenza della Cassazione: Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 1980, n. 141, in Cons. Stato, 1980, 265 e ss.; Cons. Stato, Sez. IV, 22 maggio 1990, n. 406, in Cons. Stato, 1990, 742; Cons. Stato, 16 maggio 1991, n. 389, in Cons. Stato, 1991, 867 e ss., oltre alla citata Adunanza Plenaria n. 18 del 25 maggio 1954, in Cons. Stato, 1954, 476 e ss. E' significativo notare che, mentre le decisioni più recenti assumono la qualificazione impiegatizia degli ufficiali giudiziari come circostanza pacifica, meno semplice e scontato è il percorso argomentativo sia della sentenza della Cassazione del 1957 che dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 1954. La prima pone maggiormente l'accento sulla natura pubblica della funzione svolta dall'ufficiale giudiziario e quindi sulla impossibilità di configurare il rapporto tra questi e la parte richiedente alla stregua di un mandato privatistico. "In sintesi, come era stato già autorevolmente affermato in dottrina, l'ufficiale giudiziario è un componente, sia pure ausiliario dei tribunali, intesi come organi complessi di giurisdizione (sempre in senso lato), e conseguentemente la parte che entra in rapporto con l'ufficiale giudiziario entra in rapporto con il tribunale; tale rapporto non può quindi che essere pubblico, cosicché sarebbe errato ricondurre il normale agire dell'ufficiale giudiziario su istanza di parte alle configurazioni privatistiche della rappresentanza, del mandato e simili." Meno esitante è l'Adunanza Plenaria del 1954, in cui si afferma: "è vero che gli aiutanti ufficiali giudiziari sono soltanto <> agli impiegati civili dello stato, e per di più equiparati a determinati effetti, che peraltro sono i più importanti (art. 149 in relazione all'art. 2 legge 18 ottobre 1951 n. 1128). Ed è vero altresì che dai lavori preparatori e dalle discussioni parlamentari si evince che con tale legge si intende compiere un primo passo - e fu un passo notevole - verso la completa <> degli ufficiali giudiziari e dei loro aiutanti. Ma con questa riserva si volle soltanto impedire che a costoro venissero estese automaticamente tutte le disposizioni che concernono obblighi e diritti degli impiegati dello stato ... Ma agli effetti della questione di giurisdizione che il Collegio è chiamato a risolvere, l'applicabilità, o meno, agli aiutanti delle norme sugli impiegati civili dello stato, la loro equiparazione, più o meno piena, per quanto attiene a determinati settori, del rapporto impiegatizio, sono tutti elementi inconferenti ... Ciò che è decisivo è che sia gli ufficiali giudiziari, quali ausiliari dell'ordine giudiziario, sia gli aiutanti, esplicino funzioni nettamente statali, alla dipendenza e sotto la sorveglianza di organi statali, nell'ambito dell'amministrazione statale, con un rapporto che, per le caratteristiche già accennate, è prettamente impiegatizio e non di libera professione, di concessione, di *locatio operis* e simili." Sulla "statizzazione" degli ufficiali giudiziari, per ripetere le parole del Consiglio di Stato, v. infra, nel testo.

[28] "Gli uffici unici per le notificazioni, esecuzioni e protesti, costituiti nelle sedi capoluogo di distretto e di circondario, sono associazioni prive di personalità giuridica, destinate a svolgere, nell'interesse comune e con vincoli tra gli associati, solo un'attività volta a disciplinare l'organizzazione degli uffici medesimi, rimanendo sempre di carattere strettamente personale il servizio delle notificazioni, protesti ed esecuzioni e di tutte le altre attività a tale servizio inerenti" (Cass. civ., Sez. III, 26 novembre 1980, n. 6269, in Giust. Civ., 1981, I, 298). Nello stesso senso, Cass. civ., Sez. Unite, 11 marzo 1974, n. 630, in Giust. Civ., 1974, I, 868, per la quale "gli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti non hanno natura di enti pubblici, ma costituiscono delle associazioni, prive di personalità giuridica, tra gli ufficiali giudiziari addetti allo stesso ufficio". La controversia era insorta a seguito di alcune rivendicazioni da parte di un soggetto che aveva prestato attività lavorativa in favore degli ufficiali giudiziari, sorgendo l'interrogativo se il rapporto di impiego così instaurato dovesse ritenersi di natura privata o pubblica, con i conseguenti riflessi sulla giurisdizione ordinaria o amministrativa. La Cassazione, qualificato l'ufficio unico come associazione non riconosciuta, conclude che "il rapporto di impiego deve ritenersi intercorrente tra la collettività degli ufficiali giudiziari ed i dipendenti, ed ha quindi natura privata". Di particolare interesse sono le motivazioni di questa sentenza. "L'affermare, come si fa nella memoria [del ricorrente, n.d.a.] che i predetti uffici, anche se privi di personalità giuridica, avrebbero pur sempre natura pubblica sia per la loro dipendenza dai controlli e delle decisioni degli organi statali, sia per la stessa qualifica dei soggetti che li compongono, equiparati agli impiegati civili dello stato, non costituisce certo valido argomento per giustificare la tesi affermativa della pubblicità de rapporto di impiego de quo e, conseguentemente, della giurisdizione amministrativa. Ai sensi dell'art. 29, n.1, del già citato testo unico [T.U. n. 054 del 1924, n.d.a.], la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato esige, quale presupposto essenziale e indefettibile, la natura pubblica dell'ente o dell'istituto datore di lavoro e tale natura postula nel nostro ordinamento (art.11 c.c.), in primo luogo, l'esistenza di un soggetto giuridico, ed è incontestabile che questo richiede, di norma, quale requisito per la sua esistenza, il riconoscimento dello stato, tanto che giustamente si sostiene che tale riconoscimento è un elemento costitutivo della persona giuridica, cioè l'elemento che eleva l'organizzazione di persone (o di beni) ad ente giuridico, ossia ad ente avente un'individualità

propria, distinta da quella dei soggetti che lo compongono e, quindi, una propria capacità di diritto. Del tutto inconferente è, quindi, il rilievo del ricorrente che gli ufficiali giudiziari hanno la qualifica di ausiliari dell'ordine giudiziario e sono equiparati, ma soltanto a determinati effetti, agli impiegati civili dello stato, perché il carattere tipico della persona giuridica è la titolarità dei poteri, diritti ed obblighi, mentre irrilevanti sono le condizioni e le qualifiche dei singoli componenti l'ente, come del pari inconferente è il richiamo alla vigilanza esercitata da organi statali sugli uffici unici, dal momento che, non essendo gli uffici stessi dotati di personalità giuridica, la vigilanza anzidetta non può che riguardare l'esercizio delle funzioni dei singoli ufficiali giudiziari che li compongono". Abbiamo riportato questo lungo passo poiché, indipendentemente dal merito della prospettazione, è interessante notare come il Collegio non sia neanche sfiorato dall'idea che l'U.N.E.P. possa essere un ufficio della pubblica amministrazione, per di più privo di rilevanza esterna, come poi dirà il Consiglio di Stato con la citata decisione n. 486 del 1996 (v. nota 11). Nella ripercorrere i termini della distinzione, oggi in parte datati, tra ente privo ed ente munito di personalità giuridica, alla Corte di Cassazione non viene affatto in mente che l'ufficio unico possa in radice non qualificarsi come ente e quindi, diremmo oggi, munito che sia o meno del riconoscimento, come espressione di una autonomia soggettività giuridica. Tant'è che si discute della natura pubblica o privata di questo soggetto ai fini della qualificazione del rapporto di impiego. Insomma, fondata o meno che sia la ricostruzione in termini di associazione non riconosciuta, colpisce come il Supremo Collegio non nutra alcun dubbio sull'autonomia organizzativa e funzionale dell'U.N.E.P., cui non fa certo ombra il potere di vigilanza dell'Autorità Giudiziaria il quale resta una forma di controllo sull'esercizio delle funzioni degli ufficiali giudiziari, ma non ha nulla a che fare con la predetta autonomia. Quanto di più lontano rispetto alla già riferita ricostruzione del Consiglio di Stato ed alle decisioni della Cassazione in commento, là dove si pretende invece di ricavare dal potere di vigilanza l'incapacità dell'U.N.E.P. a manifestare all'esterno al volontà della pubblica amministrazione cui appartiene.

[29] Cass. Sez. lav., 24 maggio 1978, n. 2615, in Giur. Civ., 1978, I, 1619. La controversia da cui origina la decisione, al pari di quella citata alla nota precedente, era stata promossa da un soggetto assunto alle dipendenze degli ufficiali giudiziari. Si tratta di quelle figure che, prima dell'entrata in vigore della legge 12 luglio 1975, n. 322, venivano assunte per il disbrigo del lavoro interno all'ufficio: i c.d. amanuensi. Il problema da risolvere era sempre quello della natura privata o pubblica del rapporto di lavoro così instaurato e, quindi, della giurisdizione. La Corte ritiene "non appagante" la configurazione degli uffici unici quali associazioni non riconosciute, dovendosi "tenere piuttosto conto che in realtà si tratta di organismi nei quali viene svolta un'attività la cui redditività economica è variabile ed è suscettibile d'incremento nella misura l'attività stessa aumenta, determinando a sua volta a favore dei singoli componenti la possibilità di realizzare maggiori utili da dividere tra loro". Si passa poi a considerare che gli ufficiali giudiziari hanno una "posizione ambigua". "Essi, semplici ausiliari dell'ordine giudiziario e non appartenenti ad esso, sono investiti di pubbliche funzioni ... ma non sono impiegati dello stato ai quali sono stati equiparati soltanto per determinati effetti." L'ambiguità si riflette sulla struttura organizzativa, là dove la natura associativa di tipo privato mal si concilia con la natura obbligatoria dell'adesione, direttamente derivante dalla legge. Si afferma quindi che, "siffatta obbligatorietà dell'appartenenza ... dovendosi pur dare alla situazione un'adeguata soluzione giuridica, induce necessariamente a svalutare il momento genetico delle associazioni di che trattasi e a riguardare piuttosto alla realtà concreta della loro esistenza e del loro operare nel campo del diritto privato." Riconosciuta infine l'esistenza, nell'attività degli ufficiali giudiziari, di uno scopo lucrativo, lo schema in cui si inquadrano gli uffici unici non sarebbe quello delle associazioni, ma delle società di fatto. E' significativo che la Cassazione, pur asserendo la natura privatistica del rapporto di lavoro degli ufficiali giudiziari, ne auspichi la trasformazione in un rapporto di pubblico impiego. "Un tale sistema", afferma la Corte riferendosi a quello vigente, "è evidentemente suggerito da ragioni pratiche e si rivela diretto a stimolare il miglior espletamento di un'attività che sovente richiede prontezza di esecuzione, impiego di mezzi di trasporto e anticipazione di spese e, in generale, una particolare ed efficiente organizzazione, anche se esso non può destare fondate perplessità e non indurre ad auspicare l'assunzione di questo personale alle dirette dipendenze dello stato con l'attribuzione ad esso di uno stipendio predeterminato, il che comporterebbe ovviamente tutta una radicale nuova disciplina dell'attuale regime dei diritti sugli atti compiuti". Affermazioni figlie del tempo in cui sono state fatte, se è vero che oggi, come meglio si dirà nel testo, le uniche prospettive di riforma che paiono avere qualche credibilità sono quelle di tipo libero professionale.

[30] La relazione ed il resoconto stenografico della discussione alla Camera dei deputati, sono stati inseriti sulla rete Internet a cura di A. CAPALBI all'indirizzo www.aug.it/capalbi3.htm.

[31] Da tenere distinti dai c.d. amanuensi di cui si è detto alla nota 29. I commessi, come si vedrà, confluiranno poi nei ruoli degli aiutanti ufficiali giudiziari, mentre gli amanuensi confluiranno molto più tardi, come si è già visto, nei ruoli di coadiutori (l. 322/75).

[32] La ricerca di una forma diversa di retribuzione rispetto a quelle indicate nel d.p.r. 1229/59 (attualmente trasfusa nel T.U. spese di giustizia: d.p.r. 20 maggio 2002, n. 115), si fonda sul fatto che

alcune attività, che pure la legge demanda agli ufficiali giudiziari, restano estranee al procedimento giurisdizionale, cui invece le tradizionali voci della retribuzione si riconnettono. La competenza in materia di offerta reale trova così giustificazione negli artt. 1209 e ss. c.c. Sul punto è intervenuta una Circolare Ministeriale (Circolare prot. n. 6/1641/03-1/CA, Ministero Giustizia, Ufficio VI, del 22.11.2005) la quale, recependo anche alcuni pronunciamenti giurisprudenziali, ha ritenuto applicabile, con alcuni correttivi, la tariffa notarile. La circolare, insieme ad altre successivamente intervenute a precisazione e chiarimento, è reperibile in www.auge.it.

[33] Ci si riferisce ai poteri dell'ufficiale giudiziario nell'esecuzione mobiliare, così come delineati dalle modifiche apportate al codice di procedura civile in un primo momento dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 4 marzo 2005, n. 80 e, poi, dalla legge 24 febbraio 2006, n. 52. In particolare, per l'accesso all'anagrafe tributaria, trattandosi anche qui di attività non connessa ad un procedimento giurisdizionale, la Corte d'Appello di Napoli e quella di Milano si sono orientate per l'estensione della tariffa notarile, alla stregua che per gli atti di offerta reale. Il Tribunale di Milano, sez. distaccata di Cassano d'Adda, richiesto di determinare il compenso ex art. 83 disp. att. c.c., ha autorizzato l'applicazione della tariffa forense. Il Ministero ha comunicato di essere ancora in attesa di parere da parte dell'ufficio legislativo. Questi documenti sono rinvenibili in www.auge.it

[34] Si tratta del progetto di legge n. 4914 di iniziativa del deputato Parrelli; del progetto di legge n. 4401 di iniziativa deputato Saponara; del progetto di legge n. 4591, di iniziativa Taradash ed altri, tutti della XIII legislatura, nonché del disegno di legge n. 2732 del senatore Magnalbò della XIV legislatura;

[35] Per i più essenziali riferimenti su organi e organizzazione, v. G.JELLINEK, *System der subjectiven oeffentlichen Rechte* (1892), II, ed. Tuebingen, 1906. Traduzione italiana, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, Società editrice libraria, 1912, in particolare il cap. II.; A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931; C. ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 1932; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1930; ID. *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1933; V. CRISAFULLI, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, Società Tipografica Modenese, 1938; ID. *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 145; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, Giuffrè, 1965; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; M.S. GIANNINI, dalle *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950 al suo *Diritto Amministrativo*, di cui v. ad es. la terza edizione, Milano, Giuffrè, 1993, Parte II, 67 e ss.; ID., *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.* XXXIV, Milano, Giuffrè, 1981; ID., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1986; G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, Ist. Enc. It., 1990; C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2003, 251 e ss.

[36] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, 159. Queste considerazioni si rinvergono, con diverse accentuazioni, in tutta la dottrina pubblicistica contemporanea. Il passaggio dagli studi sull'organo e la persona giuridica a quelli attinenti ai profili dinamici e funzionali dell'organizzazione risale agli anni '50 del secolo scorso, a partire dalle rilevanti opere scientifiche sopra citate.

[37] ID., *Op. cit.*, 163.

[38] Su tali argomenti la letteratura è vastissima. V., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003 B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione* e V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, entrambi in *Annuario 1999-2000 della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1999; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1988; F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 39 e ss.; S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 921 e ss.; D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 357 e ss. Sia inoltre consentito rinviare a G. SCARAFIOCCA, *Il privato e l'interesse generale. I nuovi confini dell'amministrazione ed il riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 146 e ss.

[39] R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2003, 699 e ss., nonché, del medesimo Autore, *Il Provvedimento*, ibidem, 797 e ss. A tali studi si rimanda per tutta la letteratura sull'argomento, non essendo qui neanche immaginabile farne cenno.

[40] R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Op. cit.*, 2.

[41] Ci si riferisce alle modifiche apportate alla legge 241/90 ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15. Attualmente, come è noto, l'art. 1 della legge sul procedimento prevede che "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente" (comma 1 bis), per poi stabilire subito dopo che "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1" (comma 1 ter), ovvero dei principi "di economicità, di efficacia, di pubblicità e trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario" (comma 1). Sulla legge 241/90 novellata v. A.A.V.V., *L'azione amministrativa, Le nuove leggi amministrative, commenti a prima lettura coordinati da V.ITALIA*, Milano, Giuffrè, 2005.

[42] F. MERUSI, *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 649 e ss.

[43] Tra gli Autori precedentemente citati attribuiscono tuttora rilievo sul piano tecnico alla imperatività del provvedimento, pur nell'ambito di un'ampia rivisitazione del suo significato, R.VILLATA - M. RAMAJOLI, *Op.cit.* mentre assume una posizione nettamente contraria B.G. MATTARELLA, per il quale "ciò che distingue il provvedimento dagli altri atti di esercizio di poteri è solo il fatto che esso è espressione di una funzione amministrativa, quindi tende a realizzare un interesse pubblico" (*Op. cit.*, 822). Per questa soluzione, v. già D. SORACE, *Promemoria per una voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S.Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, nonché D. SORACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. IV, Torino, UTET, 1989, *ad vocem*. Sul tema v. anche A. GRAZIANO, *I nuovi confini dell'ente pubblico e dell'atto amministrativo: il caso degli appalti delle società in mano pubblica*, *R. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 105 e ss.

[44] Su questi argomenti, v. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 241 e ss.; D.IARIA, *Commento all'art. 2 de d.lgs. 29/93*, in M.CLARICH, D.IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, cit., 50 e ss.; S. BATTINI, *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, cit., 2003, 373 e ss.; L.FIORILLO, *Fonti, commento all'art. 2 del d.lgs. 29/93*, in G.AMOROSO, V. DI CERBO, L.FIORILLO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, cit., 23 e ss.