

N. 04654/2009 REG.SEN.

N. 01814/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,

Sul ricorso numero di registro generale 1814 del 2009, proposto da:

ESSELUNGA S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Chiello e Cesare Pozzoli, presso il suo studio è elettivamente domiciliata in Milano, Viale Premuda 27;

contro

A.S.L. MILANO, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Cialone, con domicilio eletto presso l'U.O. Legale dell'Asl in Milano, Corso Italia 19;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento del 4 maggio 2009 PROT. SPSAL 486, notificato il 6 maggio 2009, con cui la ASL Milano (Servizio Prevenzione e Sicurezza negli Ambienti di Lavoro di Milano) dispone che la lavoratrice Patrizia Carminati sia da considerarsi “non idonea alle casse cestelli” e impone a carico del datore di lavoro, Esselunga Spa, l'adozione di misure per la “collocazione in casse non corrispondenti all'apertura delle porte” e per “alternarne l'attività di cassa con l'attività di rifornimento e recupero resi;
- nonché ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.S.L. Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26/08/2009 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Preliminarmente, ritiene il Collegio che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 26 l. 6.12.1971 n. 1034, come modificato dall'art. 9 l. 21.07.2000 n. 205, adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppostive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità.

2. In via pregiudiziale, non sussiste la giurisdizione del giudice adito sul presente ricorso avente per oggetto l'accertamento della (parziale) idoneità della ricorrente, dipendente della società ricorrente ESSELUNGA SPA, all'espletamento delle mansioni specifiche per le quali è stata assunta. Il datore di lavoro, in particolare, contesta la veridicità del giudizio medico pronunciato dall'ASL Milano secondo cui ella sarebbe "non idonea alle casse cestelli" prescrivendo l'adozione di misure per la "collocazione in casse non corrispondenti all'apertura delle porte" e per "alternarne l'attività di cassa con l'attività di rifornimento e recupero resi (l'accertamento condotto dall'ASL MILANO è stato effettuato a seguito del ricorso promosso dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 41, comma 9, d.lgs. 81/2008, avverso il precedente giudizio espresso dal Medico competente che aveva, invece, ritenuto soltanto "parziale" l'inidoneità permanente della ricorrente stessa a svolgere le mansioni di addetta alla cassa c.d. per cestelli).

La controversia in esame esula, senza dubbio, dalla cognizione del giudice amministrativo giacché il petitum sostanziale azionato consiste nell'accertamento del diritto del datore di lavoro di adibire una lavoratrice allo svolgimento di un determinato tipo di mansioni senza alcun obbligo di dare seguito alle misure indicate dall'ASL Milano.

Difatti, nei casi in cui, a tutela di interessi pubblici e privati, le norme investono organi pubblici dell'accertamento di fatti rilevanti sul piano dello svolgimento di un rapporto giuridico (nella specie, scaturente dal contratto di lavoro), la contestazione dell'accertamento non concerne la relazione di potestà-soggezione con la pubblica amministrazione, ma esclusivamente gli effetti che dall'accertamento medico precipitano sul rapporto; ne discende, in primo luogo, l'inconfigurabilità di situazioni di interesse legittimo (che si correlano necessariamente all'esercizio di attività autoritative) nell'ambito di procedimenti meramente ricognitivi di fatti, ancorché complessi, preordinati all'emanazione di giudizi di tipo tecnico; d'altro lato, la rilevanza di detti giudizi esclusivamente sul piano dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto giuridico, che si devono necessariamente far valere nei confronti della controparte del rapporto stesso (la lavoratrice). In tale quadro, spetta, in definitiva, al giudice munito di giurisdizione sul rapporto (ovvero il Giudice ordinario) definirne tutti i contenuti, anche disattendendo il giudizio espresso dall'organo sanitario che, proprio perché giudizio, non è idoneo a mutare la consistenza delle posizioni soggettive implicate.

3. A questo punto, declinata la giurisdizione, occorre dar seguito alle statuizioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (22 febbraio 2007, n. 4109) e della Corte costituzionale (12 marzo 2007, n. 77) secondo cui, allorquando un giudice declini al propria giurisdizione affermando quella di un altro giudice, il processo può proseguire innanzi al giudice fornito di giurisdizione e rimangono salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti al giudice incompetente in punto di giurisdizione così evitando l'inaccettabile conseguenza di un processo che si debba concludere con una sentenza che confermi soltanto la giurisdizione del giudice adito senza decidere sull'esistenza o meno della pretesa.

Non è condivisibile la pronuncia del Tar Lazio Roma, sez. III quater, sentenza 3 marzo 2008 n. 1946, secondo cui il principio della "translatio iudicii" può applicarsi solo nel caso in cui la questione, inizialmente proposta avanti ad un giudice, sia passata ad altro giudice per effetto di una nuova disciplina intervenuta o di un nuovo orientamento mentre nel caso in cui la controversia sia stata incardinata avanti ad un giudice che era incompetente fin dall'origine, non essendoci particolari criteri ermeneutici cui far ricorso per quanto riguarda la modalità di salvezza degli effetti l'unica possibilità attribuita al giudice che deve spogliarsi della causa è quella di declinare la propria giurisdizione indicando il giudice competente; il principio. In senso contrario, si osserva che la pronuncia del giudice delle leggi, anche se riguardante formalmente solo l'art. 30 l. Tar, ha

una portata generale che è quella di affermare l'incostituzionalità del divieto di *translatio iudicii* in caso di pronunce di difetto di giurisdizione; si deve pertanto ritenere espunto dall'ordinamento tale divieto, in qualsivoglia norma sia esso contenuto.

Pur in assenza di una specifica norma processuale, l'attuazione concreta del principio appena enunciato richiede che il giudice a quo (nella specie quello amministrativo) "rimetta" le parti davanti al Giudice ad quem (nella specie quello ordinario) dinnanzi al quale il giudizio dovrà essere "riassunto" entro un termine perentorio.

Ai fini dell'individuazione di quest'ultimo termine può essere applicato analogicamente, come già affermato in giurisprudenza (in tal senso cfr. Tar Campania, 22 maggio 2007 n. 5531; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 13 marzo 2008 n. 1059; TAR Lombardia, sezione III, 14 aprile 2008 n. 1125), l'art. 50 c.p.c., anche perché, con l'affermazione del principio della *translatio* anche tra diverse giurisdizioni (e non solo tra diversi giudici appartenenti allo stesso plesso giurisdizionale), il difetto di giurisdizione diventa per molti aspetti analogo al difetto di competenza del giudice adito. L'art. 50 c.p.c. prevede che sia lo stesso giudice che si dichiara incompetente a fissare il termine per la riassunzione davanti al giudice ritenuto competente; in mancanza di tale indicazione, il termine per la riassunzione è di sei mesi dalla comunicazione della sentenza.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, 14 aprile 2008) sostiene che la sentenza che declina la giurisdizione debba indicare il giudice "competente" senza statuire sulle modalità

della riassunzione e sulla conservazione degli effetti della domanda, trattandosi di questioni che andrebbero esaminate dal giudice ad quem (in particolare, ciò sarebbe escluso dal percorso argomentativo posto a base della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 30 cit. che avrebbe escluso espressamente la possibilità di applicare l'art. 50 c.p.c. al processo amministrativo ritenendo espressiva di una scelta di fondo rimessa alla discrezionalità del legislatore l'individuazione della disciplina della riassunzione). Ne conseguirebbe: che la conservazione degli effetti della domanda perdurerebbe a tempo indeterminato e non potrebbe considerarsi subordinata all'osservanza di un termine di decadenza; che la salvaguardia degli effetti sostanziali e processuali conseguenti alla proposizione della domanda davanti al giudice sfornito di giurisdizione non potrebbe costituire, de iure condito, uno mezzo per aggirare i termini decadenziali o di prescrizione previsti dalla legge per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi nella sede propria, ovvero davanti al giudice munito della giurisdizione.

Tale ultimo arresto del Consiglio di Stato non è condiviso dal Collegio.

La delimitazione della portata temporale in cui la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda opera risponde ad un principio di ordine pubblico processuale alla cui stregua tutte le fasi di quiescenza del giudizio richiedono per la sua riattivazione una iniziativa di parte contenuta entro termini perentori pena la sua estinzione (cfr. art. 50 c.p.c. per la

riassunzione davanti a giudice dichiarato competente; art. 297 c.p.c. per le ipotesi di sospensione; art. 305 c.p.c. in ordine all'interruzione). Il fondamento è di evitare che la parte convenuta possa rimanere esposta agli effetti di una domanda processuale per tutto il tempo voluto dalla controparte.

Tanto premesso, la mancanza di una disciplina positiva del meccanismo di riassunzione (con riferimento alla forma dell'atto, al termine di decadenza, alle modalità di notifica e/o di deposito) costituisce una lacuna dell'ordinamento processuale che deve essere colmata tramite l'interpretazione (art. 12 delle preleggi). Sul punto, del resto, alcun limite potrebbe derivare dalle motivazioni fornite dalla Consulta la precettività del cui disposto è circoscritta alla affermazione della immediata possibilità di trasmigrazione del processo da un ordine giurisdizionale all'altro.

Sotto altro profilo, la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda è, senza dubbio, un effetto discendente direttamente dall'ordinamento processuale e non dalla sentenza declinatoria della giurisdizione. Tuttavia, la fissazione del termine di riassunzione da parte del giudice a quo non è affatto ultronea essendo tale facoltà accordata dalla norma individuata analogicamente (50 c.p.c.) la quale, una volta prescelta, non può che applicarsi nella sua interezza.

4. In definitiva, il Tribunale dichiara il proprio difetto di giurisdizione e fissa per la riassunzione davanti al giudice ordinario il termine, fino alla scadenza del quale saranno salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, in sei mesi

decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

5. Residua la questione delle spese di lite per le quali è opportuno provvedere alla compensazione integrale tra le parti, stante le incertezze interpretative che, da sempre, accompagnano l'applicazione dei criteri di riparto degli affari tra le diverse giurisdizioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- Dichiara il proprio difetto di giurisdizione;
- Fissa il termine di sei mesi dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente decisione, per la riassunzione davanti al giudice ordinario;
- Compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26/08/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Dario Simeoli, Referendario, Estensore

Laura Marzano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/09/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO