



Sezione Lavoro

Il Tribunale, nella persona del giudice designato Dott.ssa Agnese Angiuli
Alla udienza del 11/11/2022, all'esito della trattazione scritta della
causa, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa lavoro di I grado iscritta al N. /2020 R.G. promossa da:

... , rappr. e dif. dagli avv.ti F ...

RICORRENTE

contro:

ARPA - AGENZIA REGIONALE PROTEZIONE AMBIENTALE, rappr. e dif.
dall'avv. LUCIA MARTINO;

ARPA J - AGENZIA REGIONALE PROTEZIONE AMBIENTALE, rapp. e dif.
dagli avv.ti

RESISTENTE

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato in data 7.7.2020, il ricorrente di cui in epigrafe, dipendente di ARPA con contratto a tempo indeterminato con ruolo tecnico di Dirigente Ambientale - CCNL Sanità Dirigenza SPTA - ex Area III - premesso che con deliberazione DG n.87 del 12.2.2020 ARPA aveva indetto un "bando di mobilità volontaria regionale, interregionale ed intercompartimentale ai sensi dell'art.30 del d.gs. 165/2001 e di concorso pubblico per titoli ed esami, per il reclutamento a tempo pieno e indeterminato di 2 unità di personale - profilo di dirigente ambientale ingegnere", pubblicato su n.22 del 20.2.2020; che nel bando era espressamente previsto che "i candidati dichiarati vincitori dovevano far pervenire (...) l'assenso da parte dell'Amministrazione di appartenenza ai

sensi dell'art.30, comma 1, d.lgs. 165/2001"; che con delibera DGR n. 661/2020

10.4.2020 era stato ammesso a partecipare alla predetta procedura e che, espletate le prove previste dal bando, era stato dichiarato vincitore; che con nota prot.n.31157 del 19.5.2020 ARPA aveva richiesto ad ARPA

il nulla osta alla mobilità; che con nota prot.n.32609 del 27.5.2020 ARPA aveva negato il richiesto nulla osta; che il predetto provvedimento di diniego si configurava illegittimo sotto diversi profili e, pertanto, andava disapplicato - ha rassegnato le seguenti conclusioni "- accertare e dichiarare che all'esito del procedimento di mobilità volontaria ai sensi dell'art. 30 d.lgs. 165/2001 l'ing. ha

acquisito il diritto ad essere assunto alle dipendenze di ARPA e, per l'effetto, disapplicato il provvedimento emesso da ARPA prot. n. 32609 del 27.5.2020, condannare ARPA ad assumere l'ing. I

nel proprio organico con qualifica di profilo di dirigente ambientale ingegnere; - in via alternativa, accertare e dichiarare che all'esito del procedimento di mobilità volontaria ai sensi dell'art. 30 d.lgs. 165/2001 ed in virtù dell'art. 33 l. 104/1992 l'ing. I ha diritto ad essere

assunto alle dipendenze di ARPA e per l'effetto condannare ARPA ad assumere l'ing. I nel proprio organico con qualifica di

profilo di dirigente ambientale ingegnere", con vittoria delle spese di lite.

Si è costituita ARPA, deducendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Specificamente, ha ribadito la legittimità del diniego del nulla osta e l'insussistenza di un diritto del ricorrente ad ottenere il trasferimento.

Si è costituita altresì ARPA, la quale, deducendo la correttezza e conformità del comportamento dalla medesima alle norme e procedure che disciplinano la materia, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Istruita con i documenti prodotti dalle parti, la causa è stata trattenuta in decisione all'odierna udienza, celebrata con il rito della trattazione scritta.

Il ricorso è infondato e va respinto per le ragioni di seguito esposte.

L'art. 30 del d.lgs. 165/2001 (nel testo modificato dall'art 4 del DL n.90/2014, come convertito con modificazioni nella L. n. 114 del 2014), per quanto qui di interesse, prevede che: "Le amministrazioni possono ricoprire

posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, appartenenti a una qualifica corrispondente e in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, previo assenso dell'amministrazione di appartenenza'.

La giurisprudenza formatasi in materia (cfr. in particolare Cass., Sez. Un., sentenza n. 26420/2006; Cass., Sez. Un., sentenza n. 14698/2005; Cass., sentenza n. 19564/2006; Cass., sentenza n. 16185/2006; Cass., sentenza n. 8389/2006 e, più recentemente, Cass. sentenza n. 02/2017, Cass. n. 9663/2019, Cass. n. 16452/2020, Cass. S.U. n. 33213/2018), con orientamento consolidato, ha chiarito che la mobilità volontaria per passaggio diretto, di cui all'art 30 D.lgs n. 165 (cit.), integra una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, è da ricondurre allo schema legale della cessione del contratto, di cui agli art 1406 e ss c.c., con la conseguenza che il rapporto di lavoro del dipendente spostato per passaggio diretto viene ceduto (id est: trasferito) in capo all'amministrazione di destinazione. Questa ricostruzione comporta che, a seguito della cessione del contratto, il mero trasferimento della titolarità del rapporto da un'amministrazione ad un'altra lascia immutate la posizione e le tutele del lavoratore, al quale viene garantito il mantenimento del trattamento economico e normativo di cui già godeva.

Qualificata la procedura del "passaggio diretto", disciplinata dall'art 30 D.lgs n.165 del 2001, alla stregua di una cessione del contratto di lavoro subordinato (negoziato plurilaterale, la cui conclusione richiede la partecipazione di tutti e tre i soggetti interessati - cfr. Cass. sentenza n. 5122/2006; Cass., sentenza n. 5439/2006; Cass., sentenza n. 2674/1991; Cass., sentenza n. 2640/1973; Cass., sentenza n. 3170/1972), ne deriva che la fattispecie de qua deve ritenersi perfezionata solo al momento del rilascio dell'assenso da parte dell'amministrazione di appartenenza.

L'assenso della amministrazione di provenienza (espressamente richiamato dall'art 30 del D.lgs. 165 cit.) rappresenta, pertanto, un requisito essenziale della fattispecie, in assenza del quale, non perfezionandosi la cessione del contratto di lavoro, non può ritenersi sorto alcun diritto soggettivo del dipendente al trasferimento presso l'Amministrazione di destinazione.

La mera nomina, decretata dalla Amministrazione di destinazione, a vincitrice della procedura di passaggio diretto, in assenza del necessario nulla osta della amministrazione di provenienza, non fonda alcun diritto, in tal senso, in capo alla parte istante.

Né può ritenersi che il Legislatore abbia previsto un trattamento di favore per la mobilità dei dirigenti.

Il ricorrente richiama in proposito l'art.23, comma 2 del d. lgs. n. 151/2001, secondo cui: "E' assicurata la mobilità dei dirigenti, nei limiti dei posti disponibili, in base all'art.30 del presente decreto. I contratti collettivi nazionali disciplinano, secondo il criterio della continuità dei rapporti e privilegiando la libera scelta del dirigente, gli effetti connessi ai trasferimenti e alla mobilità in generale in ordine al mantenimento del rapporto assicurativo con l'ente di previdenza, al trattamento di fine rapporto e allo stato giuridico legato all'anzianità di servizio e al fondo di previdenza complementare".

Ebbene, la norma richiama espressamente, anche per la mobilità dei dirigenti, l'art.30 dello stesso testo unico, il quale disciplina, in modo uniforme per tutti i dipendenti, le condizioni cui è subordinata la mobilità. Il secondo periodo del secondo comma del citato art. 23 del d. lgs. n. 151/2001 disciplina invece alcuni aspetti specifici legati agli effetti della mobilità e demandati ai contratti collettivi.

E' solo con riferimento alla disciplina di tali effetti specifici della mobilità che si prevede di tenere conto, da parte dei contratti collettivi, della libera scelta del dirigente.

Per cui non può ritenersi sussistente alcuna disciplina derogatoria, rispetto alle condizioni stabilite dal predetto art. 30, per la mobilità dei dirigenti.

Del resto, in base all'art.30, comma 2.2 del d. lgs. n. 151/2001, i contratti collettivi possono solo integrare le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto nei commi 1 e 2, mentre è espressamente prevista la sanzione della nullità per gli atti, gli accordi e le clausole dei contratti collettivi in contrasto con le disposizioni di cui ai commi 1 e 2.

Si osservi peraltro come l'art. 30 richiamato neppure preveda che l'amministrazione che non voglia o non possa dare il proprio assenso sia

tenuta a motivare il proprio dissenso (diversamente da quanto previsto in relazione ad altre fattispecie di mobilità del personale, latu sensu intesa, ad es. con riferimento al beneficio dell'assegnazione temporanea, di cui all'art. 42 bis del d. lgs. n. 151/2001), benché si ritiene che un onere di - seppur succinta - motivazione in capo alla p.a. discenda da un lato nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., dall'altro nei canoni di correttezza e buona fede, che costituiscono altresì il parametro alla cui stregua il giudice ordinario è chiamato ad operare il sindacato sulla condotta della p.a.- datrice di lavoro.

L'intensità dell'onere motivazione è inversamente proporzionale all'ampiezza della discrezionalità valutativa di cui dispone la p.a.: nel caso di specie, contrariamente all'ipotesi di assegnazione temporanea, in cui la possibilità di negare il nulla osta viene circoscritta alla ricorrenza di "casi o esigenze eccezionali", l'amministrazione non è tenuta a motivare in modo stringente il dissenso al trasferimento, per l'ovvia considerazione che si presume ragionevolmente che sia conforme all'interesse della p.a. non privarsi in via definitiva (e non temporanea) di una risorsa lavorativa.

Quanto osservato non esclude ogni possibilità di tutela per il lavoratore vincitore di una procedura di mobilità nei confronti dell'amministrazione di provenienza, che abbia negato l'assenso al passaggio diretto alle dipendenze dell'amministrazione di destinazione.

Non può dubitarsi, infatti, che l'assenso al passaggio diretto è un atto rimesso all'esercizio di un potere di scelta discrezionale (e non arbitrario) della p.a. datrice di lavoro, come tale sindacabile in sede giurisdizionale, in termini di rispondenza ai generali canoni di correttezza, buona fede e buon andamento dell'agire amministrativo.

Ed, infatti, in coerenza con la giurisprudenza consolidatasi in tema di pubblico impiego privatizzato, nel cui ambito gli atti di gestione del rapporto rivestono la natura di determinazioni negoziali, assunte dall'Amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, l'Amministrazione datrice di lavoro deve ritenersi pur sempre tenuta al rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., applicabili alla stregua dei principi

di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Costituzione. RG n. 661
determinazione delle scelte riconnesse alla gestione del rapporto di lavoro
(cfr. ex multis Cass. n.20979 del 2009).

Mancando, tuttavia, la posizione giuridica soggettiva del dipendente dei requisiti del diritto soggettivo perfetto, ma dovendosi qualificare la stessa quale aspettativa di diritto, a rigore la relativa lesione può trovare tutela giurisdizionale solo in termini risarcitori (la tutela risarcitoria non è stata invocata in questa sede).

Ed, infatti, in assenza del nulla osta al trasferimento, come detto, alcun diritto ad essere assunto alle dipendenze di ARPA può ritenersi perfezionato in capo al dipendente, sicché il Giudice non potrebbe emettere una declaratoria di un diritto mai sorto.

Nel caso di specie, con provvedimento n. 32609 del 27.5.2020, è stato negato al ricorrente il nulla osta evidenziando che "attualmente l'Agenzia versa in una situazione di persistente carenza di organico, aggravata dai pensionamenti e dalle cessazioni intervenute, delle quali solo una minima parte è stata compensata con nuove assunzioni, che determina forti criticità nello svolgimento delle attività connesse all'esercizio delle funzioni cui è preposta. Per tale ragione è stata emanata una direttiva specifica, protocollo ARPA n. 35969 del 23/05/2018, che prevede l'impossibilità di rilasciare nulla osta favorevoli alle richieste di comando e di mobilità in uscita da parte del personale dipendente di ARPA ad eccezione dei casi in cui sia prescritto per obbligo di legge. Nel caso specifico, nel rappresentare che l'Agenzia - a conferma del predetto orientamento - non ha finora concesso nulla osta a mobilità in uscita a personale con qualifica dirigenziale, si rileva ad ogni buon conto che, a normativa vigente, non è possibile sostituire i dipendenti cessati per mobilità volontaria poiché detti trasferimenti non determinano un risparmio utilizzabile come budget assunzionale. Conseguentemente, stante la situazione sopra descritta, non è possibile allo stato dare esito positivo all'istanza mentre sarebbe possibile riesaminare la richiesta se riferita a scambi contestuali di analoghe figure professionali, ritenute utili per le finalità istituzionali dell'Agenzia. Si precisa, inoltre, che a norma dell'art. 35, comma 5 bis, del d.lgs. 165/2001 la durata temporale dell'obbligo di permanenza nella sede di prima destinazione per il personale in servizio di ruolo è di cinque anni".

Deve considerarsi che la direttiva di Arpa del 23.5.2018, nell'indicare le linee guida per il rilascio del nulla osta alle richieste di mobilità in uscita, consiste in un provvedimento organizzativo che, ai sensi dell'art. 2 c. 1 d.lgs. n. 150/2001, rientra nelle scelte di macro - organizzazione riservate all'amministrazione.

L'atto di macro - organizzazione è un atto proprio della p.a. sottratto al sindacato del giudice ordinario, secondo cui le amministrazioni pubbliche definiscono, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, determinano le dotazioni organiche complessive. La cognizione di tali atti appartiene al giudice amministrativo.

Due le ragioni fondamentali di tale opzione interpretativa: uno di carattere ordinamentale, perché nell'emanazione di tali atti organizzativi di carattere generale la p.a. datrice di lavoro esercita un potere autoritativo; tali atti non riguardano la gestione del rapporto di impiego del singolo dipendente, devoluta al g.o. ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 165/01 (cfr. Cass. S.U. ord. n. 2031/2008).

L'altro di carattere testuale: l'art. 5 comma 2 d. lgs. n. 165/01 dispone che 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 le capacità e i poteri del privato datore di lavoro, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2.

Vi è dunque una contrapposizione tra gli atti di macro - organizzazione di cui all'art. 2 d.lgs. n. 165/2001, devoluti alla cognizione del g.a., e gli atti di organizzazione esecutiva assunti con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro (Cass. n. 11358/2009; Cass. n. 27018/2008).

La direttiva di Arpa del 23.5.2018 non può dunque essere sindacata in questa sede, ma al più disapplicata ove illegittima.

Tale illegittimità non sussiste peraltro in quanto la direttiva è un provvedimento di macro - organizzazione, altamente discrezionale e non sindacabile dal giudice, salva l'assoluta arbitrarietà e irragionevolezza della motivazione addotta, nel rispetto dei principi di buona fede e

correttezza cui anche le amministrazioni pubbliche sono assoggettate in conformità al dettato costituzionale di cui all'art. 97 Cst., relativo all'imparzialità e al buon andamento dell'attività svolta dai soggetti aventi natura pubblica.

Nel caso specifico, le argomentazioni a sostegno della decisione di negare il nulla osta a tutti i propri dipendenti richiedenti la mobilità in uscita appaiono congrue e rispondenti ad una affettiva esigenza di Arpa, consistente nel non aggravare una situazione di carenza di organico già sussistente (risultano in servizio n. 29 dirigenti del ruolo tecnico - profilo dirigente ambientale, cui appartiene il ricorrente, a fronte di un numero di 60 dirigenti del ruolo tecnico previsto in pianta organica; doc. allegati al n.5, 6, 6 bis).

Quanto sopra esposto, in disparte ogni ulteriore considerazione, è sufficiente, a parere di chi scrive, per ritenere che il provvedimento di Arpa di diniego del nulla osta al trasferimento del ricorrente sia sufficientemente e congruamente motivato.

Peraltro, l'Arpa ha dedotto che le autorizzazioni in uscita (trasferimenti per mobilità o assegnazioni in comando) rilasciate successivamente alla predetta direttiva hanno riguardato esclusivamente personale del Comparto e, nello specifico, casi per i quali sussisteva un obbligo di legge oppure casi relativi a trasformazione in mobilità di preesistenti situazioni di comando. Circa le delibere n.105 del 28.7.2021 e n. n.55 del 14.4.2021, le stesse hanno riguardato invece un dirigente amministrativo e un'ipotesi di distacco.

Non risultano, inoltre, conferenti nel caso di specie i richiami agli istituti della mobilità in entrata e/o dello scorrimento delle graduatorie concorsuali e/o dell'utilizzo delle graduatorie concorsuali di altri Enti, ai quali, secondo la prospettazione attorea, l'ente avrebbe potuto far ricorso al fine di superare le problematiche inerenti la carenza di organico e rilasciare il nulla osta al trasferimento del ricorrente, trattandosi di istituti propedeutici a nuove assunzioni.

Pertanto, va respinta la domanda di condanna di ARPA ad assumere, previa disapplicazione del provvedimento emesso da ARPA prot. n. 32609 del 27.5.2020, l'ing. nel proprio organico con qualifica di profilo di dirigente ambientale ingegnere.

Infine, va respinta la domanda, formulata in via alternativa, basata su un presunto diritto all'assunzione alle dipendenze di ARPA Puglia ai sensi dell'art.33 L. n.104/1992.

L'art.33 L. n.104/1992 al comma 5 prevede che il lavoratore di cui al comma 3 (ossia, il lavoratore che assiste persona con handicap in situazione di gravità) ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

Le posizioni giuridiche disciplinate dall'art.33 L. n.104/1992, infatti, sono posizioni che il lavoratore dipendente può far valere unicamente nei confronti del proprio datore di lavoro e, in particolare, quella di cui al comma 5 consente al lavoratore che assiste un familiare disabile di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere. Deve trattarsi, dunque, di una sede di lavoro facente capo alla struttura datoriale, non potendosi ritenere che sulla base di detta norma si possa chiedere il trasferimento alle dipendenze di altro Ente/datore di lavoro, come, nel caso di specie, Arpa , la quale non costituisce una articolazione territoriale/sede di Arpa , trattandosi di due enti autonomi l'uno dall'altro e totalmente distinti tra loro.

Il trasferimento presso altro datore di lavoro è invece disciplinato proprio dall'art.30 TUPI, il quale prescinde totalmente da ogni considerazione inerente l'assistenza a familiare disabile.

Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso non merita accoglimento.

Resta assorbita ogni altra questione.

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

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra domanda ed eccezione disattesa:

- 1) Rigetta il ricorso;
- 2) Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di ARPA - AGENZIA REGIONALE PROTEZIONE AMBIENTALE DEL liquidate in Euro 2.100, oltre rimb. forf., IVA e CPA;

3) Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di ARPA - AGENZIA REGIONALE PROTEZIONE AMBIENTALE DELLA , liquidate in E 2.100,00, oltre rimb. forf., IVA e CPA;

Bari, 11.11.2022

Il Giudice del Lavoro
Dott.ssa Agnese Angiuli