

Proc. n. 1477/2015 R.G. Lav.



TRIBUNALE ORDINARIO di IVREA

Il Giudice, pronunciando a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 3/3/2016, osserva quanto segue.

Con ricorso *ex art.* 700 c.p.c. depositato il 28/12/2015 la dott.ssa
esponeva le seguenti circostanze:

- la ricorrente, a far data dal 31/12/2010, ricopriva il ruolo di “*Dirigente Medico di Oncologia*” presso la ASL TO4 – Presidio Ospedaliero di Ivrea in forza di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con applicazione del C.C.N.L. dell’area Dirigenza Medica e Veterinaria;
- il 27/11/2014 la dott.ssa presentava alla ASL TO1 istanza di mobilità volontaria per ottenere il trasferimento presso il Presidio Ospedaliero Martini di Torino. Con nota del 19/3/2015 la ASL TO1 comunicava alla dott.ssa l’accoglimento dell’istanza;
- con nota del 22/4/2015 la ASL TO4 comunicava alla dott.ssa il nulla osta al trasferimento a far data dall’1/12/2015. La decorrenza differita del trasferimento era stata determinata di intesa tra la ASL TO1 e la ASL TO4 in considerazione dello stato di gravidanza in cui si trovava la dott.ssa. A partire dal 9/4/2015 quest’ultima – su richiesta della ASL TO4 – iniziava a fruire delle ferie residue, in attesa dell’inizio del congedo di maternità;



- con missiva del 4/5/2015 la ASL TO1 convocava la dott.ssa per gli adempimenti finalizzati all'assunzione presso la nuova sede. La ricorrente espletava quindi le formalità propedeutiche all'assunzione, recandosi – nello stesso mese di maggio 2015 – presso i competenti uffici e sottoscrivendo tutti i documenti amministrativi relativi al suo trasferimento. Il contratto di lavoro, però, non veniva firmato, perché la ASL TO1 rinviava tale adempimento ad un momento successivo alla visita medica preventiva, che avrebbe dovuto avere luogo successivamente al parto e qualche settimana prima della presa di servizio presso la nuova sede;

• la dott.ssa portava regolarmente a termine la gravidanza e, decorso il periodo di congedo di maternità, formulava istanza per usufruire dell'astensione facoltativa;

- tuttavia con nota del 20/10/2015 la ASL TO1 comunicava alla dott.ssa che la procedura di trasferimento era stata sospesa per l'esigenza di approfondire la compatibilità tra il costo necessario per la sua assunzione e i nuovi tetti di spesa assegnati dalla Regione Piemonte con D.G.R. n. 36-1483 del 25/5/2015;
- la dott.ssa contestava la sospensione con messaggio di posta elettronica certificata del 17/11/2015; la stessa ASL TO4, con note del 4/11/2015 e del 13/11/2015, chiedeva chiarimenti alla ASL TO1;
- con nota del 18/11/2015 la ASL TO1 comunicava alla dott.ssa di avere revocato il trasferimento con deliberazione n.



878/30 del 13/11/2015. La revoca era così motivata: alla luce della D.G.R. n. 36-1483 del 25/5/2015, il costo che sarebbe derivato dall'assunzione della ricorrente non poteva considerarsi compatibile con il "tetto di spesa della consistenza organica" attribuita alla stessa azienda;

- con messaggio di posta elettronica certificata del 26/11/2015 la dott.ssa contestava la revoca del trasferimento;
- la ricorrente si trovava costretta a chiedere un ulteriore periodo di congedo parentale fino al 31/12/2015;
- con missiva del 26/11/2015 la ASL TO4 comunicava alla dott.ssa

che, in ragione della intervenuta revoca del suo trasferimento presso l'Ospedale Martini di Torino, il rapporto di lavoro sarebbe proseguito con la stessa ASL TO4.

Tanto premesso, in punto *fumus boni iuris* la dott.ssa deduceva (oltre alla grave lesione del legittimo affidamento riposto dalla stessa ricorrente nel buon esito della sua istanza di mobilità, ingenerato dalla ASL TO1 mediante il suo comportamento precedente alla sospensione) che, nel momento in cui era intervenuta la revoca, il trasferimento doveva già intendersi perfezionato in virtù del nulla osta concesso dalla ASL TO4, con la conseguenza per cui la ASL TO1 non avrebbe potuto rifiutarsi di dare corso all'assunzione della ricorrente. Oltretutto i motivi posti alla base della revoca dovevano ritenersi infondati, perché, stando a quanto indicato nella D.G.R. n. 36-1483 del 25/5/2015, il limite massimo di spesa vincolante per la ASL TO1 in relazione al 2016 sembrava addirittura superiore rispetto a quello previsto per il 2015. In ogni caso costituiva onere della ASL TO1



dimostrare che proprio l'assunzione della dott.ssa avrebbe comportato il paventato "sforamento" del tetto di spesa. Peraltro, se la ricorrente non si fosse trovata in stato di gravidanza, l'assunzione presso l'Ospedale Martini di Torino si sarebbe certamente perfezionata, perché nel momento in cui la ASL TO1 aveva accolto l'istanza di mobilità volontaria era stata effettuata una valutazione positiva circa la compatibilità della stessa assunzione con il tetto di spesa all'epoca vigente, di talché, in ultima analisi, la revoca del trasferimento doveva essere interpretata come il frutto di una scelta discriminatoria adottata dal datore di lavoro in ragione della particolare condizione della lavoratrice madre.

Dal punto di vista del *periculum in mora* la dott.ssa deduceva che la illegittima revoca del trasferimento incideva pesantemente sulla sua situazione personale, perché a causa della necessità di viaggiare quotidianamente tra Torino (ove si trovava la sua residenza) e Ivrea (ove si trovava la sua sede di lavoro) ella non sarebbe stata più in grado di far fronte agli impegni della propria vita familiare. La ricorrente doveva infatti occuparsi di una bambina di tre anni e di un bimbo di pochi mesi, e né il marito (per ragioni legate alla sua attività lavorativa) né la madre (invalida al 55%) avrebbero potuto sostituirla nello svolgimento di tali incombenze.

In conclusione, la dott.ssa domandava al Giudice di dichiarare la nullità, l'invalidità o l'inefficacia della deliberazione n. 878/30 del 13/11/2015 della ASL TO1, e comunque la disapplicazione di tale provvedimento, con conseguente dichiarazione dell'avvenuto perfezionamento del trasferimento e del suo diritto a proseguire il rapporto di lavoro alle dipendenze della ASL TO1 alle medesime condizioni



contrattuali applicate al rapporto di lavoro intrattenuto con la ASL TO4, con decorrenza dall'1/12/2015.

La concessione della cautela veniva invocata anche *inaudita altera parte*, ma il Giudice rigettava tale richiesta e fissava l'udienza del 4/2/2016 per approfondire le questioni prospettate dalla ricorrente nella pienezza del contraddittorio con la ASL TO1 e la ASL TO4.

La ASL TO4 non si costituiva in giudizio, mentre la ASL TO1 si costituiva all'udienza del 4/2/2016 mediante il deposito di una memoria, con la quale in via pregiudiziale eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, l'incompetenza territoriale del Tribunale di Ivrea e l'inammissibilità del ricorso per carenza del requisito della strumentalità della tutela cautelare atipica. Nel merito, la ASL TO1 deduceva la mancanza del *fumus boni iuris* (evidenziando che, in difetto della stipulazione di un apposito contratto scritto, la procedura di trasferimento non poteva ritenersi perfezionata, e che lo stesso trasferimento era divenuto impossibile alla luce dell'abbassamento del tetto di spesa stabilito con la D.G.R. n. 36-1483 del 25/5/2015) e la mancanza del *periculum in mora* (sottolineando che la dott.ssa lavorava a Ivrea fin dal 31/12/2010, e da allora effettuava ogni giorno il tragitto casa – lavoro pur dovendo badare alla figlia minore Valeria). Peraltro non poteva configurarsi alcun comportamento discriminatorio, atteso che, se davvero la ASL TO1 avesse voluto danneggiare intenzionalmente la ricorrente, non avrebbe accolto l'istanza di mobilità volontaria.

Tanto premesso, la ASL TO1 concludeva invocando la declaratoria di inammissibilità del ricorso e comunque il suo rigetto nel merito.



All'udienza del 4/2/2016 veniva esperito il tentativo di conciliazione. Essendo emersa la possibilità di una soluzione concordata, il Giudice rinviava la causa all'udienza del 3/3/2016.

A tale udienza emergeva l'impossibilità di addivenire alla composizione della lite, di talché i difensori esponevano oralmente le loro argomentazioni e concludevano per l'accoglimento delle rispettive conclusioni; il Giudice tratteneva la causa a riserva.

Prioritario dal punto di vista logico è il vaglio dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla ASL TO1.

Sul punto si osserva che è principio consolidato quello secondo cui nel pubblico impiego la mobilità esterna va distinta dalla procedura concorsuale finalizzata alla nuova assunzione, trattandosi della mera cessione di un contratto già in essere; come tale, la fattispecie è ricompresa nella cognizione del giudice ordinario, che ha giurisdizione sull'unico rapporto al momento della lesione dei relativi diritti (in tal senso si vedano in particolare Cass., Sez. Un., sentenza n. 26420/2006 e Cons. Stato, sentenza n. 8234/2010).

Dal suddetto principio discende senz'altro la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario con riferimento alla domanda cautelare proposta dalla dott.ssa

In verità la ASL TO1 ha contestato la giurisdizione del giudice ordinario sotto un profilo più limitato, deducendo che sarebbe preclusa a questo Giudice la possibilità di adottare una pronuncia munita di effetto demolitorio con riferimento alla deliberazione n. 878/30 del 13/11/2015



(mediante la quale è stato revocato il trasferimento della dott.ssa

Per la precisione, secondo la resistente la statuizione *de qua* potrebbe essere adottata soltanto dal giudice amministrativo.

La tesi della ASL TO1 non può essere condivisa.

Infatti, se è vero che l'art. 63, comma 1, d.lgs. 163/2001 limita il potere del giudice ordinario circoscrivendolo alla sola disapplicazione degli "*atti amministrativi presupposti*" che "*vengano in questione*" ai fini della decisione finale, è anche vero che la migliore dottrina e la più attenta giurisprudenza hanno messo in evidenza questo profilo: la disapplicazione riguarda solo gli atti che siano espressione della potestà pubblicistica della pubblica amministrazione (c.d. atti di macroorganizzazione), ma non anche gli atti adottati dalla stessa P.A. con le capacità e i poteri del "privato datore di lavoro". Questi atti non si differenziano da quelli posti in essere da qualsiasi altro datore di lavoro che agisca *iure privatorum*, e pertanto rispetto ad essi il potere del giudice ordinario non incontra il limite di cui all'art. 4, dell'allegato E della legge 2248/1865.

Deve quindi concludersi nel senso che, in caso di riconosciuta fondatezza delle ragioni della dott.ssa questo Giudice potrà annullare la deliberazione n. 878/30 del 13/11/2015, perché così facendo non invaderà né la sfera riservata al potere della P.A. né tantomeno l'ambito di giurisdizione demandato al giudice amministrativo.

Più precisamente: nel caso di specie l'eventuale limite al potere di annullamento della suddetta delibera non può essere fatto discendere dall'art. 63, comma 1, d.lgs. 165/2001 né dal più generale principio dell'art. 4 dell'allegato E, bensì dai principi che presiedono alla tutela cautelare,



perché il provvedimento demolitorio sembra tradursi nell'integrale anticipazione degli effetti della futura sentenza di merito, e si tratta quindi di valutare se ciò sia giuridicamente possibile. Su questo punto si rimanda a quanto si dirà *infra* a proposito della specifica censura sollevata dalla ASL TO1 in ordine all'ammissibilità della domanda cautelare proposta dalla dott.ssa

La ASL TO1 ha contestato la competenza territoriale del Tribunale di Ivrea in funzione di giudice del lavoro deducendo che la dott.ssa non ha formulato alcuna domanda nei confronti della ASL TO4, di talché la domanda cautelare avrebbe dovuto essere proposta al Tribunale di Torino in funzione di giudice del lavoro in applicazione dell'art. 413, comma 7, c.p.c. oppure, se ritenuto applicabile alla fattispecie concreta, dell'art. 413, comma 2, c.p.c.

A ben vedere la ASL TO1 ha sostanzialmente invocato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, nel caso in cui venga fatto valere il diritto all'assunzione (e in generale in relazione alle controversie concernenti un rapporto ancora da costituire), potrebbe trovare applicazione il solo foro della sede dell'azienda (Cass., sentenza n. 9321/1996 nonché Cass., ordinanza n. 21506/2013; Cass., sentenza n. 8042/2002; Cass., sentenza n. 14666/2000).

Senonché la controversia che occupa non riguarda un rapporto di lavoro ancora da costituire, bensì un rapporto di lavoro già costituito. Viene in rilievo, ancora una volta, il principio affermato dalla giurisprudenza citata *supra*, secondo la quale nel pubblico impiego la mobilità esterna va distinta



dalla procedura concorsuale finalizzata alla nuova assunzione, trattandosi di una mera cessione di un contratto già in essere (Cass., Sez. Un., sentenza n. 26420/2006; Cons. Stato, sentenza n. 8234/2010).

È comunque assorbente la considerazione per cui, con riferimento ai rapporti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il quinto comma dell'art. 413 c.p.c. prevede la competenza territoriale del giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale dipendente è addetto (o a cui era addetto al momento di cessazione del rapporto). Trattandosi di un foro esclusivo (cfr. Cass., ordinanza n. 11831/2002), non possono venire in rilievo gli altri criteri di collegamento valorizzati dallo stesso articolo. Peraltro in una fattispecie simile a quella sottoposta all'esame di questo Giudice la giurisprudenza di merito ha già avuto modo di affermare che, in caso di assegnazione del dirigente di prima nomina già alle dipendenze della pubblica amministrazione, la relativa controversia appartiene alla competenza territoriale del giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale il dipendente era addetto al momento dell'assegnazione e non quello competente in relazione alla sede di assegnazione (Trib. Brindisi, ordinanza 26/5/2000, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* 2001, 240).

Ebbene: il trasferimento della dott.ssa _____ è stato revocato, con la conseguenza per cui la ricorrente non ha mai preso servizio nella nuova sede (Ospedale Martini di Torino). Ne discende che la lavoratrice risulta tuttora addetta al Presidio Ospedaliero di Ivrea, dunque non può sussistere dubbio sul fatto che la cognizione della presente controversia spetti al Tribunale di Ivrea in funzione di giudice del lavoro.



Con la terza eccezione pregiudiziale la ASL TO1 ha dedotto da che la dott.ssa *“non ha domandato la pronuncia di un provvedimento provvisorio, strumentale e anticipatorio rispetto a quello da pronunciare al termine del giudizio di merito, ma ha domandato la pronuncia (anticipata alla fase cautelare) della decisione sul merito per tutelare i propri diritti ed interessi”* (cfr. pag. 9 della memoria di costituzione della resistente).

In sostanza la ASL TO1 lamenta uno stravolgimento della funzione attribuita dall'ordinamento processuale alla tutela cautelare atipica.

In effetti alla luce del tenore delle domande proposte dalla dott.ssa

è possibile affermare che, se le stesse domande fossero accolte, la tutela cautelare atipica nel caso di specie “rischierebbe” di essere integralmente soddisfacente. Tuttavia ciò non può rappresentare un ostacolo, perché i “tradizionali” requisiti della tutela d'urgenza (provvisorietà e strumentalità) risultano notevolmente attenuati alla luce della riforma introdotta dal D.L. 35/2005 (convertito in legge 80/2005), il quale, modificando l'art. 669-*octies* c.p.c., ha reso meramente eventuale il giudizio di merito successivo alla pronuncia del provvedimento *ex art. 700* c.p.c. (nonché dei provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della sentenza, oltre che di quelli emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto). Tale modifica ha dotato i menzionati provvedimenti cautelari di una astratta portata definitoria della controversia, che si manifesta nel momento in cui la loro efficacia rimane cristallizzata e non travolta dalla mancata attivazione del giudizio di cognizione piena, che è solo eventuale e compete a ciascuna delle parti.



In verità la ASL TO1 ha eccepito l'inammissibilità del ricorso anche sotto un diverso profilo, invocando la non completa sovrapposibilità tra il *petitum* della domanda cautelare e quello della domanda che formerà oggetto del prospettato giudizio di merito. Questa censura non potrebbe trovare accoglimento già in base alle considerazioni appena svolte circa l'attenuazione del requisito della strumentalità della tutela cautelare, ma più in radice si osserva che, a ben vedere, le conclusioni assunte dalla dott.ssa nel ricorso *ex art.* 700 c.p.c. si appalesano perfettamente sovrapposibili rispetto a quelle che la stessa ricorrente ha dichiarato di voler assumere nel futuro giudizio di merito: l'unica differenza ravvisabile è meramente terminologica, perché, mentre la domanda cautelare è diretta ad ottenere la dichiarazione di nullità/invalidità/inefficacia della deliberazione n. 878/30 del 13/11/2015, le conclusioni che verranno assunte nel giudizio di merito saranno dirette ad ottenere la revoca della stessa deliberazione, ma si tratta pur sempre dell'invocazione di una pronuncia di tipo demolitorio, quindi nulla cambia.

Ne consegue il rigetto dell'eccezione della ASL TO1.

La problematica (sollevata dalla resistente) dei requisiti della tutela cautelare induce questo Giudice a esaminare un ulteriore profilo che, sebbene non evidenziato dalla ASL TO1, merita comunque un approfondimento, trattandosi di questione rilevabile d'ufficio.

La dott.ssa da un lato ha aggredito la deliberazione n. 878/30 del 13/11/2015 (chiedendone la "demolizione" o comunque la disapplicazione), ma dall'altro lato ha domandato al giudice di "*dichiarare l'avvenuto*



perfezionamento del trasferimento ed il conseguente diritto della ricorrente a proseguire rapporto di lavoro alle dipendenze della ASL TO1 ...”.

La dott.ssa _____ ha cioè invocato (anche) una pronuncia dichiarativa.

A tale proposito si osserva che la dottrina maggioritaria ammette la possibilità di ricorrere al procedimento d’urgenza anche al fine di assicurare gli effetti di una sentenza di mero accertamento. La giurisprudenza di merito, dal canto suo, ha precisato che una domanda cautelare è ammissibile anche se rivolta solo a ottenere l’anticipazione di una pronuncia di accertamento, perché l’art. 700 c.p.c. non esclude alcun tipo di statuizione (Trib. Firenze, ordinanza del 10/7/2004, in *Merito*, 05, fasc. 4, 26).

L’unico limite è quello per cui l’istituto processuale *de quo* non può essere utilizzato per conseguire una pronuncia cautelare meramente accertativa, perché l’azione di cui all’art. 700 c.p.c. è finalizzata ad una tutela diretta e anticipata del diritto che verrà fatto valere in sede di merito, diritto che, in attesa della tutela ordinaria, potrebbe venire irrimediabilmente leso (Trib. Milano, ordinanza dell’1/2/2005, in *Guida dir.* 05, fasc. 36, 81). Ora, nel caso di specie di certo la dott.ssa _____ non intende acquisire una pronuncia cautelare meramente accertativa, perché il suo obiettivo è quello di ottenere l’agognato trasferimento presso l’Ospedale Martini; in quest’ottica si osserva che, se la domanda cautelare di accertamento fosse accolta, la ASL TO1 dovrebbe conformare il suo comportamento al *dictum* giudiziale, cosicché la ricorrente conseguirebbe il risultato sperato.

Esaurita l’analisi delle questioni pregiudiziali sollevate dalla ASL TO1 o rilevabili d’ufficio, ed acclarato che non sussistono ostacoli di carattere



processuale che impediscano l'esame del merito della domanda cautelare proposta dalla dott.ssa [redacted] osserva questo Giudice che tale domanda è fondata.

Sul fumus boni iuris

I fatti di causa sono pacifici, oltreché documentalmente comprovati: la dott.ssa [redacted] in data 27/11/2014 ha presentato un'istanza di mobilità volontaria, chiedendo il trasferimento presso il Presidio Ospedaliero Martini di Torino (cfr. doc. 4 fasc. ricorrente e doc. 3 fasc. resistente); la ASL TO1 ha accolto l'istanza (cfr. nota del 19/3/2015 prodotta *sub* 5 fasc. ricorrente; cfr. anche doc. 4 fasc. resistente); la ASL TO4 ha comunicato il proprio nulla osta al trasferimento della ricorrente a far data dall'1/12/2015 (cfr. nota del 22/4/2015, prodotta *sub* 6 fasc. ricorrente; cfr. anche docc. 6 e 7 fasc. resistente); la ASL TO1 dapprima ha convocato la dott.ssa [redacted] per il disbrigo delle pratiche amministrative prodromiche all'assunzione (cfr. missiva del 4/5/2015 prodotta *sub* 7 fasc. ricorrente); non è contestato che la dott.ssa [redacted] a stretto giro, abbia effettivamente espletato tutti gli incombeni necessari, eccezione fatta per la firma del contratto di lavoro (rinviata a data posteriore alla visita medica preventiva: cfr. doc. 8 fasc. resistente); successivamente, però, la ASL TO1 in un primo momento ha sospeso la procedura di trasferimento (cfr. doc. 11 fasc. ricorrente e doc. 17 fasc. resistente), e poi ha adottato la deliberazione n. 878/30 del 13/11/2015 (cfr. doc. 16 fasc. ricorrente e doc. 20 fasc. resistente), fondata sul presupposto che, a seguito della D.G.R. n. 36-1483 del 25/5/2015 (prodotta *sub* 17 fasc. ricorrente e *sub* 10 fasc. resistente), il costo derivante dall'assunzione della dott.ssa [redacted] non sarebbe più "*compatibile con il*



retto di spesa della consistenza organica attribuita” alla stessa Azienda. Il rapporto di lavoro della dott.ssa [redacted] quindi, prosegue tuttora con la ASL TO1 presso il Presidio Ospedaliero di Ivrea (cfr. doc. 21 fasc. ricorrente e doc. 23 fasc. resistente).

Così ricostruita la fattispecie concreta, il suo inquadramento giuridico non può che prendere le mosse dal principio già richiamato *supra*, che in questa sede – trattandosi di affrontare non più le questioni pregiudiziali, ma il “merito cautelare” – necessita un adeguato approfondimento.

L’istanza del 27/11/2014, con la quale la dott.ssa [redacted] ha chiesto il trasferimento presso l’Ospedale Martini di Torino, ha dato la stura ad una procedura di mobilità volontaria per passaggio diretto, ad oggi disciplinata dall’art. 30 del d.lgs. 165/2001. È noto che il testo del citato art. 30 ha subito rilevanti modifiche ad opera della legge 246/2005, mediante la quale il passaggio diretto è stato espressamente qualificato dal legislatore come cessione del contratto di lavoro. Il legislatore, così operando, ha recepito i risultati dell’elaborazione giurisprudenziale 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), secondo la quale la mobilità volontaria per passaggio diretto integra una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e quindi, per l’appunto, una vera e propria cessione del contratto. In base a questo schema, il rapporto di lavoro del dipendente spostato per passaggio diretto viene trasferito in capo all’amministrazione di destinazione. Questa ricostruzione comporta che, a seguito della cessione del contratto, il mero trasferimento della titolarità 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.

Giova riportare testualmente i passaggi più significativi della motivazione della più volte citata sentenza n. 26420/2006 delle Sezioni Unite:

“Sotto il profilo di merito ..., si deve qualificare il fenomeno della mobilità volontaria nell'ambito del pubblico impiego, prevista dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 33, come sostituito prima dal D.Lgs. n. 470 del 1993, art. 13, poi dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 18 dalla L. n. 488 del 1999, art. 20, comma 2, recepito dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 30, ed infine modificato dalla L. 28 novembre 2005, n. 246, art. 16 ...

La Corte osserva che:

a) l'espressione "passaggio diretto" non qualifica un particolare tipo contrattuale civilistico, ma solamente, nel campo laboristico privato, l'esenzione dall'obbligo di assunzione tramite ufficio di collocamento, e, nel campo pubblicistico, un particolare strumento attuativo del trasferimento del personale, da una amministrazione ad un'altra, che necessita di essere inquadrata negli schemi dominatici generali. Con tale espressione, e con l'altra analoga di mobilità, si indicano fenomeni giuridici diversi, che necessitano di una definizione individuale sulla base della disciplina positiva concreta del fenomeno; così, ad es., la procedura di mobilità prevista dalla L. 23 luglio 1991, n. 223, art. 4, implica la risoluzione del rapporto, vedi comma 9);

b) in entrambi i casi, è richiesto un accordo trilaterale, ma il contenuto ne è profondamente diverso; infatti nel settore privato vi è libertà del nuovo



datore di lavoro di determinare le condizioni essenziali del rapporto di lavoro (mansioni, trattamento economico), mentre la mobilità nel settore pubblico è soggetta a vincoli quanto a conservazione dell'anzianità, della qualifica, del trattamento economico;

c) la dottrina amministrativa, già sotto la vigenza del D.Lgs. n. 29 del 1993, aveva qualificato in maniera pressoché unanime tale fenomeno, denominato nel testo legislativo passaggio diretto, come modificazione meramente soggettiva del rapporto, con continuità del suo contenuto, e quindi come cessione di contratto;

d) tale qualificazione sembra corretta alla luce del tipo contrattuale delineato nell'art. 1406 cod. civ., e della giurisprudenza di questa Corte.

Infatti la cessione del contratto, ammissibile anche per il contratto di lavoro (Cass. 6 novembre 1999 n. 12384), comporta il trasferimento soggettivo del complesso unitario di diritti ed obblighi derivanti dal contratto, lasciando immutati gli elementi oggettivi essenziali (Cass. 5 novembre 2003 n. 16635, Cass. 6 dicembre 1995 n. 12576, Cass. 9 agosto 1990 n. 8098) ...”.

In estrema sintesi:

- il passaggio diretto deve essere configurato come una cessione del contratto di lavoro subordinato: si tratta quindi di un negozio plurilaterale, il cui perfezionamento richiede la partecipazione di tutti e tre i soggetti interessati (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);
- la fattispecie si perfeziona con il nulla osta dell'amministrazione di appartenenza. Nel caso di specie la ASL TO4 ha concesso il nulla



osta con lettera del 22/4/2015, quindi in pari data si è completata in tutti i suoi elementi costitutivi la vicenda traslativa riguardante la dott.ssa (anche se, per i motivi sopra esposti, gli effetti del trasferimento si sarebbero prodotti, in concreto, soltanto a decorrere dall'1/12/2015).

In verità la ASL TO1 ha dedotto che la vicenda traslativa riguardante la dott.ssa non si sarebbe mai perfezionata, *“perché tale trasferimento non è mai stato formalizzato con un apposito contratto, come impongono l'art. 13 C.C.N.L. 08/06/2000 della Dirigenza Medica e Veterinaria e soprattutto l'art. 16 R.D. 2440/1923”* (cfr. pag. 12 della memoria di costituzione della resistente).

La ricostruzione prospettata dalla ASL TO1 non è condivisibile.

Si è già detto, infatti, che la mobilità volontaria per passaggio diretto implica il trasferimento di un rapporto di lavoro già sorto dall'amministrazione “cedente” all'amministrazione “cessionaria”: si tratta, cioè, della modificazione soggettiva di un rapporto che per il resto rimane immutato, tant'è vero che al lavoratore è garantito il mantenimento del trattamento economico e normativo già in godimento.

Vi è di più: la Cassazione, con la summenzionata sentenza n. 26420/2006 delle Sezioni Unite, ha esplicitato gli ulteriori corollari dell'impostazione ivi accolta, statuendo che l'amministrazione di destinazione non deve procedere ad una nuova assunzione considerata in senso stretto e nemmeno può pretendere di testare il lavoratore durante un periodo di prova se detta prova sia già stata superata presso l'amministrazione di provenienza.



Anche in questo caso giova riportare il passaggio cruciale della motivazione:

“Da quanto precede deriva altresì la illegittimità della pretesa della stipulazione di un nuovo contratto di assunzione e di un nuovo patto di prova.

L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro (da ultimo D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 35), sostitutivo dell'atto di nomina della previgente legislazione ... Ne consegue che il contratto individuale, sostituendo l'atto di nomina dei "candidati da assumere", del quale ha acquistato la medesima funzione, si riferisce alla assunzione costitutiva del rapporto e quindi allo status di pubblico dipendente, con la conseguenza che non è richiesta la stipulazione di successivi contratti individuali in relazione al verificarsi di eventi successivi modificativi di un rapporto già costituito. In effetti l'amministrazione di destinazione ha già espresso la sua volontà con la delibera di accettazione della domanda di mobilità, senza poter modificare il contenuto essenziale del rapporto di lavoro”.

Che tali procedure siano una fattispecie del tutto diversa dall'assunzione risulta da vari dati normativi ... Se il dipendente possiede i requisiti prescritti, è trasferito e "il rapporto di lavoro continua", senza interruzioni, con l'amministrazione di destinazione. Anche la giurisprudenza amministrativa ritiene che nelle procedure di mobilità (nella specie quelle derivanti dalla L. 20 marzo 1975, n. 70) vi sia continuità del rapporto (Cons. Stato, sez. 6^a, 7 maggio 1991 n. 281). Da quanto precede, e dall'espressa esclusione normativa (D.P.R. 13 maggio 1987, n. 268, art. 6,



comma 23, cit.), consegue anche l'inammissibilità di un nuovo patto di prova”.

Facendo applicazione al caso di specie dei sopra esposti principi, è giocoforza concludere nel senso che il perfezionamento della fattispecie traslativa riguardante la dott.ssa [redacted] non richiedeva la stipulazione di un nuovo contratto scritto con la ASL TO1, per il semplice fatto che il rapporto di lavoro era già sorto al momento dell'assunzione della odierna ricorrente da parte della ASL TO1. Questo rapporto di lavoro, rimasto immutato nei suoi connotati oggettivi, si è semplicemente trasferito in capo alla ASL TO1 nell'esatto momento in cui la ASL TO4 ha concesso il nulla osta con la nota del 22/4/2015.

Da questa ricostruzione discende una importante conseguenza: la deliberazione n. 878/30 del 13/11/2015, mediante la quale la ASL TO1 ha revocato il trasferimento, è intervenuta su una fattispecie che si era già perfezionata in tutti i suoi elementi costitutivi (anche se i suoi effetti erano destinati a prodursi soltanto a partire da una data successiva, e precisamente a decorrere dall'1/12/2015).

Ne discende che la suddetta deliberazione va considerata alla stregua di un provvedimento mediante il quale l'amministrazione ha trasferito d'imperio la dott.ssa [redacted] in difetto dei presupposti richiesti dall'art. 2103, comma 1, ultimo periodo, c.c., disposizione applicabile anche al rapporto di pubblico impiego. In ogni caso è da escludere che lo *ius variandi* del datore di lavoro sia stato esercitato sulla base di una adeguata giustificazione, perché la D.G.R. n. 36-1483 (invocata dalla ASL TO1 a sostegno della legittimità della propria scelta) è stata adottata solo il 25/5/2015, cioè in data



successiva al perfezionamento della vicenda modificativa che ha interessato il rapporto di lavoro della dott.ssa (perfezionamento che, come detto, è avvenuto il 22/4/2015 mediante la concessione del nulla osta da parte della ASL TO4). In altre parole: la questione del “tetto di spesa” non può essere utilmente invocata dall’amministrazione, perché nel momento in cui il rapporto di lavoro si era ormai definitivamente trasferito in capo alla ASL TO1 (sia pure con effetti destinati a prodursi in data successiva) ancora non era vigente la disciplina che imponeva il contenimento dei costi.

Tirando le fila del ragionamento: da un lato la deliberazione n. 878/30 del 13/11/2015 è illegittima, e dall’altro – in virtù di quanto si è detto circa la identità del rapporto di lavoro interessato dalla modificazione meramente soggettiva – deve ritenersi accertato il diritto della ricorrente alla prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della ASL TO1 alle medesime condizioni contrattuali applicate dalla ASL TO4.

In altre parole, per entrambi i profili sui quali è imperniato il *petitum* della domanda cautelare sussiste il *fumus boni iuris* necessario per l’erogazione della tutela *ex art. 700 c.p.c.*

Devono ritenersi assorbite le ulteriori questioni sollevate dalle parti, e precisamente quella dell’effettivo contenuto della D.G.R. n. 36-1483 del 25/5/2015 (che secondo la difesa della dott.ssa avrebbe in verità incrementato la possibilità di spesa già riconosciuta in precedenza alla ASL TO1) e quella del comportamento discriminatorio addebitato nel ricorso alla ASL TO1.

Sul *periculum in mora*



Passando ora all'esame del secondo requisito della tutela cautelare atipica, è utile riportare le contrapposte argomentazioni delle parti:

- la dott.ssa [redacted] ha allegato che la illegittima revoca del trasferimento inciderà pesantemente sulla sua situazione personale, perché a causa della necessità di viaggiare quotidianamente tra Torino (ove si trova la sua residenza: la circostanza è comprovata dal certificato prodotto *sub* 3 fasc. ricorrente) e Ivrea (ove si trova la sua attuale sede di lavoro: la circostanza è pacifica) ella non sarà più in grado di far fronte agli impegni della propria vita familiare. La ricorrente dovrà infatti occuparsi di una bambina di tre anni e di un bimbo di pochi mesi, e né il marito (per ragioni legate alla sua attività lavorativa) né la madre (invalida al 55%) sono in grado di sostituirla nello svolgimento di tali incombenze;

- la ASL TO1 ha sottolineato che la dott.ssa [redacted] lavora a Ivrea fin dal 31/12/2010: gli impegni familiari erano gravosi già prima della nascita del figlio Edoardo, perché la ricorrente doveva occuparsi della figlia Valeria e al tempo stesso percorrere quotidianamente il tragitto casa-lavoro e viceversa. In sostanza, la situazione personale della lavoratrice risulterebbe invariata rispetto a quella anteriore all'illegittimo comportamento imputato alla ASL TO1, di talché non sarebbe configurabile il requisito del *periculum in mora*.

Le argomentazioni della ASL TO1 non possono essere condivise, perché, nel periodo in cui si è verificata la vicenda per cui è causa, e precisamente con la nascita del figlio Edoardo (avvenuta il 20/7/2015: cfr. certificato



prodotto *sub* 3 fasc. ricorrente), gli impegni familiari della ricorrente sono senz'altro aumentati, se non addirittura più che raddoppiati, dovendo ella occuparsi, oltre che della figlia Valeria (nata il 21/3/2013: si rimanda ancora al certificato prodotto *sub* 3 fasc. ricorrente), anche di un bambino di pochi mesi, il cui accudimento comporta notoriamente un considerevole dispendio di energie psico-fisiche. Ne consegue che, se la situazione di illegittimità evidenziata nella prima parte della trattazione non fosse tempestivamente rimossa, la dott.ssa [redacted] dovrebbe attendere la naturale conclusione del futuro giudizio di merito, e quindi nelle more subirebbe un *vulnus* che, coinvolgendo la sua più intima sfera personale e familiare, certamente non potrebbe trovare adeguato ristoro nell'eventuale sentenza favorevole emessa all'esito di tale giudizio.

In definitiva, deve ritenersi sussistente anche il requisito del *periculum in mora*.

Ricorrendo entrambi i presupposti della tutela cautelare atipica, la domanda della dott.ssa [redacted] va accolta.

Si rimanda a quanto detto *supra* circa l'inesistenza di ostacoli in ordine alla possibilità di adottare una pronuncia "demolitoria" della deliberazione impugnata e in ordine alla possibilità di emettere una statuizione dichiarativa del diritto della ricorrente alla prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della ASL TO1.

In conclusione:

- la deliberazione n. 878/30 adottata dalla ASL TO1 in data 13/11/2015 deve essere annullata;



- deve essere dichiarato il diritto della dott.ssa a proseguire il rapporto di lavoro alle dipendenze della ASL TO1 in qualità di “Dirigente Medico di Oncologia” con decorrenza dall’1/12/2015 e alle medesime condizioni contrattuali già applicate dalla ASL TO4.

Sulle spese di lite

Per ciò che concerne il rapporto processuale intercorso tra la dott.ssa e la ASL TO1, le spese di lite seguono la soccombenza e, trattandosi di causa dal valore indeterminabile, vengono liquidate avendo riguardo ai parametri stabiliti dal D.M. 55/2014 per i procedimenti cautelari di valore compreso tra euro 26.000,01 ed euro 52.000,00 (arg. *ex art.* 5, comma 6, D.M. cit.).

Alla luce delle caratteristiche delle questioni trattate (semplici quelle di fatto, comprese quelle di diritto) si stima congruo riconoscere importi corrispondenti ai valori medi previsti per le fasi di studio, introduttiva e decisionale, e quindi rispettivamente euro 1.690,00, euro 810,00 ed euro 1.145,00. Non essendo stata svolta attività istruttoria, nessun compenso viene invece liquidato per la corrispondente fase, in ossequio al disposto dell’art 4, comma 5, lett. c), ultimo periodo, D.M. 55/2014.

Si perviene così alla liquidazione della complessiva somma di euro 3.645,00, alla quale vanno aggiunti, oltre alle spese non imponibili, il 15% per rimborso spese *ex art.* 2, comma 2, D.M. 55/2014, I.V.A. e C.P.A. come per legge.

Per ciò che concerne il rapporto processuale intercorso tra la dott.ssa e la ASL TO4, si precisa innanzitutto che quest’ultima è stata



correttamente evocata in giudizio, atteso che, come più volte sottolineato, la procedura di mobilità volontaria deve essere ricondotta allo schema della cessione del contratto, con conseguente configurabilità di un litisconsorzio necessario tra cedente, cessionario e contraente ceduto. Ciò premesso, nessuna statuizione deve essere emessa in relazione alle spese di lite *de quibus*, perché la ricorrente non ha mosso alcuna censura all'indirizzo del comportamento tenuto nel corso della vicenda da parte dalla ASL TO4, la quale, del resto, non si è nemmeno costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando ai sensi dell'art. 669-*octies* c.p.c., disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione:

Accoglie la domanda cautelare proposta dalla dott.ssa
e conseguentemente:

- annulla la deliberazione n. 878/30, adottata dalla ASL TO1 in data 13/11/2015;
- accertato il perfezionamento della fattispecie di mobilità volontaria per passaggio diretto della dott.ssa dichiara il diritto della ricorrente alla prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della ASL TO1 in qualità di “*Dirigente Medico di Oncologia*” con decorrenza dall'1/12/2015 e alle medesime condizioni contrattuali già applicate dalla ASL TO4.

Condanna la ASL TO1 alla integrale rifusione delle spese di lite sostenute dalla dott.ssa che si liquidano in euro 259,00 per spese non imponibili e in euro 3.645,00 per compenso professionale *ex* D.M. 55/2014,



oltre al 15% per rimborso spese *ex art.* 2, comma 2, D.M. cit., I.V.A. e
C.P.A. come per legge;

Nulla in punto spese quanto al rapporto processuale intercorso tra la dott.ssa
e la ASL TO4.

Incarica la Cancelleria di comunicare la presente ordinanza alle parti.

Ivrea, 24/3/2016

Il Giudice del Lavoro
(dott. Matteo Buffoni)

IL CASO.it

