La presente deliberazione viene affissa il 26 OTT. 2009 all'Albo Pretorio per rimanervi 15 giorni

PROVINCIA di BENEVENTO

Deliberazione della Giunta Provinciale di Benevento n. 553 ***del*** 20 OTT. 2009

Oggetto: Corte di Appello di Napoli- Sez. Lav.- Zerella Domenico c/ - Provincia di Benevento - Appello sentenza Trib. Lav. Bn n. 607/06 -Ratifica atti e autorizzazione a stare in giudizio.

L'anno duemilanove il giorno VENTI del mese di OTTOBRE presso la Rocca dei Rettori si è riunita la Giunta Provinciale con l'intervento dei Signori:

1) Prof.Ing. Aniello Cimitile	- Presidente	
2) Avv. Antonio Barbieri	- Vice Presidente	
3) Dr. Gianluca Aceto	- Assessore	
4) Ing. Giovanni Vito Bello	- Assessore	
5) Avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi	- Assessore	
6) Dr. Anna Chiara Palmieri	- Assessore	
7) Dr. Carlo Falato	- Assessore	ASSENTE
8) Dr. Nunzio Pacifico	- Assessore	ASSENTE
8) geom. Carmine Valentino	- Assessore	

Con la partecipazione del Segretario Generale Dott. Claudio Uccelletti
L'ASSESSORE PROPONENTE Avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi

LA GIUNTA

Premesso che con ricorso in appello notificato il 20/05/09 il sig. Zerella Domenico agiva in giudizio contro questa Amministrazione avverso la sentenza Tribunale Lav. Bn n. 607/06;
Con determina n. 379/09 si procedeva alla costituzione nel giudizio pendente a mezzo dell'Avvocatura Provinciale;
Rilevato che in virtù di orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, in interpretazione del dispositivo di cui all'art.50 T.U.E.L. e con espresso richiamo in

motivazione a precedente normativa (art.36 legge 142/90), e pure in presenza delle attribuzioni dirigenziali di cui all'art.107 del medesimo T.U.E.L., si ritiene sussistere la rappresentanza giudiziale dell'Ente in capo al Presidente della Provincia con autorizzazione a stare in giudizio a mezzo delibera di Giunta;

Ritenuto per tali motivi procedere al conferimento dell'autorizzazione a stare in giudizio al Presidente della Provincia nel contenziosio di cui in premessa promosso dinanzi alla Corte di Appello di Napoli Sez. Lav. da Zerella Domenico c/ Provincia di Benevento in appello alla sentenza Tribunale Lav. Bn n. 607/06 e ratificare gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente adottati con determina n. 379/09;

Esprime parere favorevole circa la regolarità tecnica della proposta.
lì _____

Il Dirigente Settore Avvocatura
(Avv. Vincenzo Catalano)

Esprime parere favorevole circa la regolarità contabile della proposta,
Lì _____

Il Dirigente del Settore FINANZE
E CONTROLLO ECONOMICO
(dr. Filomena Lazzazera)

LA GIUNTA

Su relazione dell'Assessore avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi
A voti unanimi

D E L I B E R A

Per i motivi espressi in narrativa e che formano parte integrante e sostanziale del presente dispositivo:
Ratificare gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente di cui alla determina n.379/09 ed autorizzare la costituzione nel giudizio promosso da Zerella Domenico contro Prov. Bn con ricorso notificato il 20/05/09 avverso la sentenza Tribunale Lav. Bn n. 607/06;
Dare alla presente immediata esecutività stante l'urgenza

Verbale letto, confermato e sottoscritto
(Dr. Claudio Uccelletti)

IL PRESIDENTE
(Prof.Ing. Aniello Cimitile)

==========

N. 538 **Registro Pubblicazione**

Si certifica che la presente deliberazione è stata affissa all'Albo in data odierna, per rimanervi per 15 giorni consecutivi a norma dell'art. 124 del T.U. – D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267.

BENEVENTO 26 OTT. 2009

IL MESSO

IL SEGRETARIO GENERALE
((Dott. Claudio UCCELLETTI))

==========

La suestesa deliberazione è stata affissa all'Albo Pretorio in data 26 OTT. 2009 e contestualmente comunicata ai Capigruppo ai sensi dell'art. 125 del T.U. – D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267.

SI ATTESTA che la presente deliberazione è divenuta esecutiva a norma dell'art. 124 del T.U. – D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267 e avverso la stessa non sono stati sollevati rilievi nei termini di legge.

lì 12 NOV. 2009

IL RESPONSABILE DELL'UFFICIO

IL SEGRETARIO GENERALE
((Dott. Claudio UCCELLETTI))

==========

Si certifica che la presente deliberazione è divenuta esecutiva ai sensi del T.U. – D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267 il giorno 06 NOV. 2009.

☒ Dichiarata immediatamente eseguibile (art. 134, comma 4, D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267)
☒ Decorsi 10 giorni dalla sua pubblicazione (art. 134, comma3, D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267)
◊ E' stata revocata con atto n. _____ del _____.

BENEVENTO, lì 12 NOV. 2009

IL SEGRETARIO GENERALE
((Dott. Claudio UCCELLETTI))

==========

Copia per
2 SETTORE Avvocatura 1366 27.10.09 il _____ prot. n. _____
SETTORE _____ il _____ prot. n. _____
SETTORE _____ il _____ prot. n. _____
Revisori dei Conti il _____ prot. n. _____
Nucleo di Valutazione il _____ prot. n. _____
Resp Capigruppo

Studio Associato Avvocati
Michele Truppi - Giovanni Papa
Maria Teresa Vallefuoco - Vincenzo Vallefuoco
Piazza Risorgimento n. 13 - 82100 Benevento
Tel e Fax 0824.53852
email: studietruppi@tin.it

SETTORE AVVOCATURA
PROT. N. 3867
DEL 20.5.08

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI
SEZIONE LAVORO
DEPOSITATO OGGI
IL 19 FEB. 2007
IL CANCELLIERE

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

- SEZIONE LAVORO -

Ricorso in appello

P E R

ZERELLA Domenico, nato a Ceppaloni (BN) il 21/02/1965, elettivamente domiciliato in Napoli, alla Via Cervantes 55/5, presso lo studio degli avv.ti Michele Truppi e Maria Teresa Vallefuoco, che lo rappresentano e difendono giusta mandato a margine del ricorso introduttivo.

- appellante -

C O N T R O

PROVINCIA DI BENEVENTO, in persona del Presidente, rapp.te legale p.t., rapp.to e difeso dagli avv.ti Vincenzo Catalano e Candido Volpe, elettivamente domiciliati presso l'Avvocatura Provinciale in Benevento alla Via Calandra.

- appellato -

^^^^^^^^^^^^^^^^^

Avverso la **sentenza n. 607/06** pronunciata dal Giudice del Tribunale di Benevento, dott. Claudia Chiariotti, in funzione di Giudice del Lavoro, del 30.1.-20.02.2006, mai notificata.

Oggetto: procedura di mobilità volontaria ai sensi dell'art.30 D. Lgs. 165/2001.

^^^^^^^^^^^^^^^^^

Con ricorso ex art. 414 c.p.c., con contestuale richiesta cautelare ex art.700 c.p.c., il Prof. Zerella Domenico chiedeva di essere ammesso alla procedura di mobilità volontaria ex art.30 D. Lgs. 30/01, indetta dalla Provincia di Benevento, ritenendo di esserne stato escluso illegittimamente.

In particolare, il ricorrente assumeva di aver allegato alla richiesta di

3480

mobilità il proprio curriculum professionale, dal quale si evinceva il conseguimento di notevoli titoli culturali e professionali, nonchè il nulla osta rilasciato dall'Ufficio Scolastico Regionale - Centro Servizi Amministrativi di Benevento, così come richiesto dall'avviso pubblico.

In data 1.12.04 il ricorrente riceveva comunicazione di esclusione dalla procedura di mobilità per "mancanza di valido nulla-osta dell'ente di appartenenza", in quanto, secondo l'amministrazione convenuta *"il nulla osta doveva essere rilasciato dai competenti uffici scolastici regionali, che all'uopo interpellati hanno rivendicato il diritto al rilascio dello stesso, così come avvenuto per altri soggetti ammessi alla procedura di mobilità"*.

- A sostegno delle proprie pretese, il ricorrente assumeva che l'art.30 del D. Lgs. 165/2001 prevede che " (...) *Il trasferimento è disposto previo consenso dell'amministrazione di appartenenza."* e che, quindi, solo l'effettivo trasferimento richiede il possesso del nulla-osta ed, inoltre, che lo stesso Dirigente del C.S.A. di Benevento aveva sostenuto che *"il nuovo ordinamento del MIUR non ha abrogato il D.Lgs. 16 aprile 1994 n.297, nella parte in cui (art. 624, co.1, lett.B) conferma l'esistenza degli organi collegiali a livello provinciale. Tra questi vive tuttora il Consiglio Scolastico Provinciale che, nella sua articolazione per sezioni orizzontali (art.22, comma 5 del citato D.Lgs.vo n.297/94), conserva la competenza in ordine alle questioni attinenti lo stato giuridico del personale docente."*

Infine, il ricorrente, sosteneva che anche in eventuale ipotesi di relativa incompetenza dell'organo preposto ad adottare il citato provvedimento, aveva il diritto di essere ammesso a sostenere la "prova-colloquio" e di regolarizzare la documentazione, atteso che il nulla-osta concesso conteneva tutti gli elementi tesi ad affermare la volontà dell'Amministrazione di provenienza di concedere

il provvedimento richiesto.

- Si costituiva in giudizio la Provincia di Benevento, nell'udienza fissata ex art. 700 c.p.c., eccependo, in primo luogo, il difetto di giurisdizione del g.o. sulla presente controversia, anche in riferimento ad una pronuncia dello stesso Giudice del Lavoro su una medesima questione, allegandone il relativo provvedimento. Inoltre si chiedeva il rigetto del ricorso nel merito, atteso che il requisito del nulla-osta è da considerarsi essenziale per l'ammissione alla procedura e che, quindi, l'esclusione del ricorrente era legittima.

Controparte precisava, altresì, che il posto al quale aspirava il ricorrente era rimasto vacante "in virtù dell'esclusione dei candidati".

- All'udienza del 14.3.05 il giudice si riservava, concedendo termine per il deposito di note difensive. Con dette note autorizzate il ricorrente, in primo luogo, contestava l'eccepita carenza di giurisdizione, trattandosi di procedura di mobilità volontaria tra pubbliche amministrazioni, argomentando, in particolare, sulla normativa sottesa ai pubblici concorsi e relativa giurisprudenza, non applicabile alla procedura in parola. Inoltre, nel merito, si insisteva sull'accoglimento della richiesta cautelare tanto più che il posto da ricoprire era rimasto vacante.

- Con provvedimento notificato in data 14.4.05, l'adìto Tribunale di Benevento, sciogliendo la precedente riserva, rilevava il proprio difetto di giurisdizione, in quanto la procedura in oggetto "*rientra nella giurisdizione del G.A.*", nonchè, rigettando il ricorso nel merito, ritenendo insussistente il requisito del "periculum in mora".

- Avverso il rigetto dell'istanza cautelare l'appellante proponeva reclamo al Collegio, che con provvedimento del 18.5.05 accoglieva il ricorso ritenendo sussistente la giurisdizione del g.o., nonchè i presupposti della richiesta cautelare, ordinando alla Provincia di Benevento di ammettere il ricorrente alla

procedura di mobilità volontaria per la copertura del posto di Istruttore direttivo esperto culturale.

La Provincia di Benevento, non dava esecuzione all'ordine del Giudice del Lavoro, disponendo, con determinazione n.280 del 27.6.2005, la chiusura della procedura di mobilità volontaria per la copertura di n.1 posto di "Istruttore Direttivo Esperto Culturale" cat. D3, attesa l'entrata in vigore della L.311/2004 che avrebbe impedito la mobilità in entrata dei dipendenti del comparto scuola.

Tale provvedimento è stato, altresì, impugnato dal ricorrente all'udienza del 10. 10.2005, fissata per la trattazione della causa nel merito, contestando, tralaltro, la strumentalità della motivazione addotta dall'Amministrazione per non consentire al ricorrente di partecipare alle procedure di mobilità, ritenendo, invece, che la L. Finanziaria 2005 (l. 311/2004) avesse espressamente fatte salve le "*mobilità che l'amministrazione di destinazione abbia avviato alla data di entrata in vigore della presente legge*" (art.1 comma 93). Si evidenziava, inoltre, che nella determinazione n.280/2005 la Provincia di Benevento precisava che vi era altro concorrente ammesso alla selezione per la mobilità, cadendo in evidente contraddizione con quanto sostenuto in tutti gli scritti difensivi affermando che il posto di cui trattasi era stato dichiarato vacante in virtù dell'esclusione dei candidati.

All'udienza del 30.1.2006 il Giudice del Lavoro dott.ssa Claudia Chiariotti adottava l'impugnata sentenza con la quale dichiarava il difetto di giurisdizione del G.O. "*rientrando la controversia in esame nella giurisdizione del G.A*".

^^^^^^^^^^^^

La sentenza impugnata è ingiusta ed infondata in fatto ed in diritto.

M O T I V I

Il giudice di prime cure, nonostante le ampie argomentazioni prospettate dal

ricorrente sulla ritenuta sussistenza della giurisdizione del g.o., nonchè il provvedimento adottato dal Collegio in fase di reclamo all'ordinanza di rigetto dell'istanza cautelare, ripete, nella sentenza impugnata, i motivi così come trascritti nel suo precedente provvedimento (ordinanza rigetto istanza cautelare) senza alcun cenno confutativo o passaggio di rigetto delle argomentazioni difensive.

Il giudice, in particolare, osserva in diritto, in riferimento alla quadripartizione operata dalle SS.UU. della Suprema Corte con la sentenza n. 15403/2003, in materia di concorsi: "*valutando alla stregua dell'esposto contesto la fattispecie in esame, è agevole rilevare che essa è riconducibile all'ipotesi sub c) o, al più, all'ipotesi b), ma non mai all'ipotesi d). Trattasi, difatti, di procedura di mobilità per l'accesso ad altra area professionale ovvero della mobilità richiesta da un docente di lettere della scuola secondaria, per il passaggio - previo esame-colloquio - nel posto di Direttivo Esperto Culturale cat. D.3.*".

Orbene, l'accesso ai pubblici uffici avviene per concorso pubblico, secondo quanto stabilito dall'art.97 co.3 della Costituzione. Il pubblico concorso costituisce una procedura formalizzata mirata all'accertamento tecnico della preparazione dei candidati dimostrata in un contesto di pubblica e trasparente composizione, attraverso l'esperimento di talune prove comparative e/o selettive.

La procedura di mobilità volontaria ex art.30 del D.Lgs. 165/01 non è procedura concorsuale. Il suo presupposto è l'appartenenza ai ruoli della P.A. con inquadramento nello stesso profilo o profilo equivalente del posto da coprire mediante mobilità: non è accesso al pubblico impiego, non è progressione verticale, comportante passaggio ad un'area superiore.

Inoltre, una procedura, che concorsuale non è, non può assumere tale

caratteristica per specifiche modalità di espletamento, stabilite dalla P.A. procedente.

Infatti, la L. Delega n.421 del 1992, ha previsto che siano le fonti normative a disciplinare le modalità di svolgimento delle procedure di selezione del personale, mentre l'art.11 co.4 della L.n.59/97 ha ribadito la vigenza del principio di "regolazione" normativa primaria e subprimaria delle procedure concorsuali. Pertanto, la contrattazione collettiva non risulterebbe legittimata a prevedere criteri e modalità di svolgimento delle procedure concorsuali in senso stretto. Invece, l'art.30 del D.Lgs. 165/01 (che sostituisce l'art.33 D.Lgs.29/93, successivamente modificato dal D. Lgs. 80/98 e dall'art.20 co.2 della L. N. 488/99) prevede al n.2 che, per il passaggio ad altra amministrazione, "*i contratti collettivi nazionali possono definire le procedure ed I criteri generali (...)*". Orbene, la contrattazione collettiva si svolge, ai sensi dell'art.40 co.1 del d.lgs. 165, su tutte le materie relative al rapporto di lavoro già instaurato.

La ratio della previsione di cui al citato art.30 risiede nella "*massima flessibilizzazione nell'utilizzo delle risorse umane presenti nella P.A. e di incentivazione alla circolazione delle esperienze professionali acquisite*" (CFR. Consulenza Segreteria della Conferenza Regione-Autonomie Locali). Proprio per il perseguimento di tale scopo, l'art.20 co.2 della L. N. 488/99 (Legge Finanziaria 2000) ha abrogato l'inciso contenuto nell'art.33 del D.Lgs. 29/93 e succ. Mod. "*nell'ambito del medesimo comparto*", dando luogo alla mobilità intercompartimentale e, quindi, considerando la P.A. quale soggetto unico.

Il CCNL - Regione ed Autonomie locali nulla stabilisce in merito alle procedure ed ai criteri per la mobilità volontaria, ma nel CCNL Comparto Ministeri 1998-2001 all'art.27 è disciplinata la "mobilità volontaria all'interno del comparto". E' fondamentale precisare che detto articolo è collocato nella Parte

Terza dell'accordo, disciplinante "Il Rapporto di lavoro".

Anche l'art.19 del CCNL Comparto Sanità (cfr. all.), recante norme per la "*mobilità volontaria tra aziende ed enti del comparto e con altre amministrazioni di comparti diversi*", è collocato nel Titolo II "*Disciplina del rapporto di lavoro*" e precisa al n.4 "*la mobilità non comporta novazione del rapporto di lavoro. Il fascicolo personale segue il dipendente trasferito*".

Infine, l'art.56 del CCNL Scuola - recante norme sulla "*Mobilità intercompartimentale volontaria*" stabilisce "*i criteri e le modalità per dar luogo alla mobilità intercompartimentale del personale scolastico, come previsto dall'art.15 comma 9 del C.C.N.L.*" e che "*(...) Il Ministero della Pubblica Istruzione, ai sensi dell'art.33 comma 2 del D.Lgs.n.29/93 e successive modifiche e integrazioni e in applicazione delle disposizioni di cui all'art.15 comma 9 del C.C.N.L., stipula accordi con le Amministrazioni o Enti Pubblici che segnalino vacanze di posti in profili o qualifiche corrispondenti a quelle esistenti nella scuola, per il personale docente, educativo ed ATA., allo scopo di favorire le più ampie occasioni di mobilità intercompartimentale del personale scolastico (...) A seguito degli accordi, l'Amministrazione scolastica adotta il necessario provvedimento che attiva le procedure di mobilità del personale che verrà graduato in base ai titoli di servizio, di studio ed alle esigenze di famiglia, con i punteggi stabiliti dalle tabelle di valutazione relative ai trasferimenti a domanda, allegate al contratto integrativo sulla mobilità interna, in vigore. A tale provvedimento, previa informazione alle OO.SS. firmatarie del C.C.N.L.., verrà data ampia pubblicizzazione (...)*".

La procedura di mobilità volontaria indetta dalla Provincia di Benevento, ha previsto, in mancanza di un' apposita disciplina contrattuale, l'espletamento di una prova-colloquio per la verifica della professionalità dei richiedenti il

passaggio ad altra Amministrazione. Il n.3 dell'art.71 del regolamento degli uffici e dei servizi, allegato da controparte, stabilisce che "*la mobilità potrà essere attuata **anche** mediante procedure selettive volte a verificare le esperienze maturate e l'adeguatezza rispetto al posto da ricoprire*". La facoltà dell'ente di prevedere una verifica delle esperienze maturate e la professionalità acquisita non trasforma la procedura di mobilità in pubblico concorso. Infatti, tutte le procedure selettive concorsuali (interne ed esterne), ai sensi dell'art.35 co.3 del D.Lgs.165/01, si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità ed assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione, b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire, c) (...) d) (...) e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione (...).

Nella procedura in esame, la prova-colloquio prevista non realizza le garanzie di cui ai punti a) e b) ed, inoltre, non vi è stata una formale nomina di una commissione composta come dalla lett.e) del citato art.35. E' rilevante, altresì, precisare che in nessun pubblico concorso può essere ammessa l'allegazione di un curriculum senza specificare il punteggio attribuito alle attività svolte o ai titoli posseduti dai richiedenti il passaggio.

Sul punto è opportuno segnalare che il Consiglio Regionale della Campania, con propria delibera, pubblicata sul B.U.R. N. 62 del 20/12/2004, ha indetto medesima procedura di mobilità, ai sensi dell'art.30 del D.Lgs. 165/2001,

prevedendo al n.5 del dispositivo " *(...) Con successivo atto deliberativo si provvederà ad individuare il personale da inquadrare nel ruolo del Consiglio Regionale, previa valutazione da parte del - Settore Amministrazione e Gestione del Personale - dei curricola pervenuti (...)".*

E', pertanto, surrettizio sostenere che la procedura di mobilità volontaria "*per assimilazione con i concorsi finalizzati all'assunzione, rientrerebbe nella giurisdizione del G.A.*".

Quindi, la prova-colloquio deve essere considerata alla pari della valutazione dell'attività svolta da un dipendente della P.A. al fine di conseguire una progressione economica o dell'affidamento di funzioni aggiuntive previste dal CCNL, con criteri predeterminati.

Eppure anche nei casi sopramenzionati viene espletata una procedura "selettiva", ma non certo un pubblico concorso.

La privatizzazione del pubblico impiego comporta sul piano degli atti, la natura privatistica degli atti di disciplina, di costituzione, di modificazione ed estinzione dei rapporti di lavoro (v. art.2 d.Lgs. 185/01); sul piano dei poteri, l'assenza di poteri pubblicistici delle amministrazioni le quali "*operano con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*" (v. art.5 d. lgs.165/01). Il personale trasferito conserva la posizione giuridica ed economica acquisita all'atto del trasferimento, senza alcuna novazione del rapporto di lavoro.

Quindi, tutta la giurisprudenza relativa al riparto di giurisdizione in merito alle procedure concorsuali, propriamente dette, sia esterne che interne, non attiene al caso in questione.

Infatti, nella quadriripartizione prevista dalla Cassazione (ord. SS.UU. N.10183 del 26.5.03) non è inquadrabile il caso di specie perchè non attiene: a) a concorsi per soli esterni (G.A.); b) a concorsi misti (G.A.); c) a concorsi

interni con passaggio da un'area all'altra (G.A.); d) a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica all'altra, ma nell'ambito della medesima aerea (G.Ordinario). Ma, anche laddove si volesse erroneamente sostenere che si tratti di pubblico concorso, la relativa procedura non potrebbe che essere inquadrata nella lett.d) del riparto di giurisdizione, appartenente al G.O..

La controversia in esame attiene ad evento modificativo del rapporto di lavoro già instaurato. Secondo il Tribunale di Parma (sent. 3.8.00) "*appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia afferente a procedura di mobilità esterna e volontaria del dipendente pubblico*". Il TAR Lazio sez.III (sent. 7775 del 10.9.02) afferma *"(...) Rimane pertanto escluso dalla giurisdizione ordinaria tutto ciò che non riguarda direttamente la disciplina del rapporto individuale di lavoro, quale regolato dai contratti collettivi e decentrati di lavoro (compresi gli inquadramenti economico-normativi, scivolamenti e passaggi automatici, progressioni interne e professionali, trasferimenti,* ***mobilità***)". Il TAR Sardegna (15.3.02 n.267) "*Il g.a. difetta di giurisdizione nel conoscere in tema di diniego di trasferimento di un dipendente di azienda ospedaliera, in attuazione della mobilità volontaria, attenendo detto istituto alle modalità di svolgimento del rapporto di pubblico impiego*". Ancora il TAR Sicilia Palermo (sent. N.96 15.1.00) "*La procedura di mobilità esterna non rientra nell'ambito delle procedure concorsuali di cui all'art. 68 comma 4, d.lg. 3 febbraio 1993 n.29, in quanto attiene a soggetti che rivestono già lo "status" di pubblici dipendenti*". Inoltre TAR Basilicata (sent. 28.12.01 n.960) "*Ai sensi dell'art. (...) 63 t.u. 30.3.2001 n.165, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario in materia di procedure di mobilità esterna di personale tra amministrazioni appartenenti al comparto degli enti locali, restando nella sfera di giurisdizione*

del giudice amministrativo solo le ***procedure concorsuali in senso stretto,*** *in quanto dirette all'assunzione del pubblico impiego".*

Nel merito- Sulla asserita mancanza di nulla-osta

L'appellante possiede tutti i requisiti per l'ammissione alla selezione per la copertura, mediante procedure di mobilità, del posto di Istruttore Direttivo Esperto Culturale della Provincia di Benevento.

L'art.30 del D. Lgs. 165/2001 prevede che " *Le Amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. Il trasferimento è disposto previo consenso dell'amministrazione di appartenenza.*"

E' evidente, dalla lettura della norma, che solo l'effettivo trasferimento è disposto previo consenso dell'amministrazione di appartenenza; pertanto, tale requisito non è necessario per la partecipazione alla procedura di mobilità. Peraltro, se così non fosse, le pubbliche amministrazioni si troverebbero a rilasciare un numero indeterminato di nulla-osta per tutti i dipendenti che intendessero partecipare a procedure di passaggio ad altra amministrazione, senza alcuna possibilità di esprimere un valido consenso circa le effettive ragioni di servizio che potrebbero determinarle ad un diniego, giacchè l'effettivo trasferimento è solo eventuale, in quanto subordinato all'espletamento della procedura con esito positivo per il richiedente.

Nel presente caso, il posto da coprire per Istruttore Direttivo Esperto Culturale è unico, ma gli enti di appartenenza hanno rilasciato nulla-osta per un indeterminato numero di dipendenti.

L'esclusione del ricorrente è pertanto illegittima in quanto il nulla-osta è requisito essenziale per disporre il trasferimento, non certo per essere ammesso

alla prova.

Il Consiglio Regionale della Campania, con la delibera sopracitata, ha, infatti, correttamente previsto al n.6 "*di subordinare l'immissione in servizio al nulla osta delle amministrazioni di provenienza*".

Ma anche a voler ritenere, ipoteticamente, sussistente l'obbligo di allegare il nulla-osta alla richiesta di mobilità volontaria, il Prof. Zerella avrebbe, comunque, diritto a partecipare alla selezione.

Il ricorrente ha allegato alla richiesta di partecipazione il nulla-osta rilasciato dall'Ufficio Scolastico Regionale - Centro Servizi Amministrativi di Benevento. Orbene, secondo il Dirigente del C.S.A. Di Benevento "il *nuovo ordinamento del MIUR non ha abrogato il D.Lgs. 16 aprile 1994 n.297, nella parte in cui (art. 624, co.1, lett.B) conferma l'esistenza degli organi collegiali a livello provinciale. Tra questi vive tuttora il Consiglio Scolastico Provinciale che, nella sua articolazione per sezioni orizzontali (art.22, comma 5 del citato D.Lgs.vo n.297/94), conserva la competenza in ordine alle questioni attinenti lo stato giuridico del personale docente.*"

La rivendicazione della propria competenza ad adottare il provvedimento di nulla-osta del Dirigente del C.S.A. di Benevento che dichiara "*Il "nulla-osta da me rilasciato è perfettamente legittimo sia riguardo al contenuto (...) sia riguardo alla competenza, sia riguardo ai requisiti formali (...) per cui nessun altro dirigente di altra amministrazione è legittimato a ritenerlo tamquam non esset, al punto di non ammettere neanche la strada della regolarizzazione*", conferma che l'eventuale irregolarità del nulla-osta al trasferimento, in ordine all'organo competente per il rilascio, sarebbe oggetto di un conflitto di competenza tra organi della stessa amministrazione, per cui nessuna responsabilità può essere attribuita al ricorrente.

Inoltre, si ribadisce, considerato che il nulla-osta è indispensabile, ai sensi dell'art.30 del d.lgs. 165/2001, per l'effettivo passaggio ad altra Amministrazione, il ricorrente, anche in eventuale ipotesi di relativa incompetenza dell'organo preposto ad adottare il citato provvedimento, aveva il diritto di essere ammesso a sostenere la "prova-colloquio" e di regolarizzare la documentazione. Infatti, anche per i pubblici concorsi "*E' ammissibile la regolarizzazione formale di atti e documenti presentati nei pubblici concorsi ove i medesimi già contengano tutti gli elementi necessari giacchè, in tal caso, dalla regolarizzazione non viene vulnerata la par condicio dei concorrenti, come viceversa accadrebbe ove il documento fosse integrato con indicazioni che ne modificano il contenuto sostanziale*" (Consiglio di Stato, Sez. IV - Sent. N.212/96).

Non vi è dubbio che il nulla-osta presentato dal Prof. Zerella contenga tutti gli elementi tesi ad affermare la volontà dell'Amministrazione di provenienza di concedere il provvedimento richiesto, tanto più in quanto adottato dal C.S.A. di Benevento che, ai sensi dell'art.8 n.6 del D.P.R. 11.8.2003 N.319, "*svolge le funzioni relative (...) alla gestione delle graduatorie e alla formulazione di proposte al direttore generale ai fini dell'assegnazione delle risorse umane ai singoli istituti scolastici autonomi (...)*".

Il provvedimento di esclusione del Prof. Zerella dalla procedura di mobilità volontaria è, altresì, illegittimo per violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, sanciti dall'art. 97 della Costituzione, atteso che è interesse dell'Ente Provincia inserire, nel proprio organico, personale professionalmente idoneo a ricoprire il posto di Istruttore Direttivo Esperto Culturale e, quindi, di favorire l'ammissione alla procedura ad un maggior numero di candidati.

Invece, si evince dalla lettura della determinazione dirigenziale n.442 del

9.11.04, allegata alla memoria di controparte, che per effetto dell'esclusione dei candidati di cui all'elenco allegato, risultano ancora vacanti, al 9.11.04, i posti di **Istruttore Direttivo Culturale** e di Collaboratore Professionale Terminalista. Dall'elenco degli esclusi (n.125) si rileva che circa n.82 richiedenti sono stati esclusi per motivi di nulla-osta.

Inoltre, l'avviso pubblico prevedeva che: *"**Qualora alla fine della procedura surrichiamata, dovesse risultare disponibilità di posti vacanti non assegnati, si procederà alla copertura degli stessi, utilizzando i criteri riportati in precedenza. Le relative domande di partecipazione dovranno pervenire entro il 30.11.2004***". Tale disposizione, finalizzata all'interesse dell'Ente alla copertura dei posti disponibili, rende, altresì, contraddittoria l'esclusione dalla procedura senza possibilità di regolarizzazione atteso che **vi era la possibilità addirittura di produrre nuova domanda entro il 30.11.04.**

La stessa determinazione n.280 del 27.6.2005 è suscettibile di disapplicazione da parte del G.O..

In merito alla giurisdizione del giudice ordinario sulle domande aventi ad oggetto l'impugnazione di atti amministrativi, le SS.UU. della Cassazione Civile, con ordinanza n.21592 dell'8.11.2005, hanno affermato che "*Sono attratte nella competenza del giudice ordinario tutte le domande che, pur avendo ad oggetto l'impugnazione di atti amministrativi ai fini dell'annullamento, nella sostanza sono dirette a conseguire utilità inerenti ai rapporti di lavoro, anche solo con riguardo all'acquisizione di una chance o alla modifica di prerogative inerenti allo status di lavoratore, ovvero al conferimento o alla revoca di incarichi dirigenziali. La giurisdizione va, infatti, determinata alla stregua del criterio del c.d. petitum sostanziale, ossia con riguardo all'intrinseca posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice in*

relazione alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dall'ordinamento giuridico. In tutti i casi in cui vengano in considerazione atti amministrativi presupposti nell'azione giudiziale a tutela delle posizioni soggettive in materia di lavoro pubblico è consentita la sola instaurazione del giudizio ordinario, nel quale la tutela è pienamente assicurata dalla disapplicazione dell'atto e dagli ampi poteri riconosciuti al giudice ordinario dall'art.63, D. Lgs. N.165/2001, provvedi mento che disciplina l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche,".

Nel caso in esame, la determinazione da ultimo depositata dalla Provincia di Benevento vìola esclusivamente il diritto del ricorrente al passaggio ad altra Amministrazione, senza alcuna motivazione inerente l'interesse pubblico alla chiusura della procedura. Nuovamente si incide sui requisiti del ricorrente di pertinenza dell'Amministrazione di provenienza che, comunque, ha già rilasciato il proprio assenso al passaggio del proprio dipendente.

Infatti, il Collegio Lavoro del Tribunale di Benevento, con ordinanza n.2135 del 18.5.05 di accoglimento dell'istanza cautelare precisa che: "*Sussiste il fumus poichè l'esclusione non è legittima sia perchè il ricorrente aveva presentato il nulla osta dell'Ente di appartenenza come precisato dal bando in quanto la Csa è l'ente cui apparteneva il Prof. Zerella, sia perchè comunque la Provincia poteva e doveva in omaggio al principio di buona fede e correttezza invitare il ricorrente medesimo all'eventuale regolarizzazione. Quindi il ricorrente aveva pieno diritto a partecipare alla selezione*".

P. Q. M.

L'appellante, come in epigrafe rappresentato, difeso e domiciliato,

CHIEDE

che l'Ill. ma Corte d'Appello adita, previa fissazione dell'udienza di

discussione, in accoglimento del presente appello, ogni contraria istanza, eccezioni e deduzioni disattese, voglia, in riforma della **sentenza n. 607/06**, pubblicata dal Tribunale di Benevento, Giudice del Lavoro, il 20 febbraio 2006, così provvedere:

- accertare e dichiarare il diritto del Prof.Zerella a partecipare alla procedura di passaggio alla Provincia di Benevento, indetta ai sensi dell'art.30 del D.Lgs. 165/2001, previa disapplicazione degli atti ritenuti illegittimi o, comunque, adottare ogni provvedimento idoneo a tutelare il diritto del ricorrente;

- condannare l'Amministrazione convenuta al pagamento delle spese, diritti ed onorari del doppio grado di giudizio e della fase cautelare, oltre rimborso forfettario spese generali, I.V.A. e C.P.A., come per legge, con attribuzione, ex art. 93 c.p.c. in favore del sottoscritto avvocato che dichiara di avere anticipato le spese e non riscossi i diritti e gli onorari;

- clausola di provvisoria esecuzione.

Si allegano:

a)- sentenza impugnata n. 607/06, depositata il 20.02.06

b)- Fascicolo del primo grado contenente:

1) copia avviso pubblico Dirigente Risorse Umane;

2) copia istanza di partecipazione del Prof. Zerella ed all. curriculum;

3) copia provvedimento di esclusione del Dirigente Settore Risorse Umane;

4) copia istanza di diffida e messa in mora inoltrata dal ricorrente tramite legale di fiducia;

5) copia riscontro nota suindicata del Dirigente Personale;

6) nota del CSA di Benevento al Prof. Zerella con all. nota inviata al Presidente della Provincia;

c)- ordinanza del 14.3.05;

d)- estratti CC.NN.LL.;

e)- delibera Regione Campania;

f)- consulenza del servizio segreteria della Conferenza Regione Autonomie Locali;

g)- ordinanza collegiale del 18.5.2005.

Con ogni salvezza.

Avv. Maria Teresa Vallefuoco

Avv. Michele Truppi

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

****

SEZIONE LAVORO E DI PREVIDENZA E DI ASSISTENZA

****

n 1283 /07 Reg.gen.Lavoro

Il Presidente

Letto il ricorso che precede;

Premesso che, a fronte dell'elevato e crescente numero di procedimenti di lavoro, previdenza e assistenza sopravvenienti, non è possibile, pur con il massimo impiego delle risorse disponibili, fissare le udienze di discussione nei termini (ordinatori) previsti dall'art.435 c.p.c.;

Che, pertanto, al fine di evitare ulteriori differimenti del processo, è opportuno che, nelle more dell'udienza di discussione, i difensori delle parti appellanti abbiano cura di:

- notificare i ricorsi d'appello con un anticipo tale che consenta loro di procedere nei termini anche alla rinnovazione della notifica eventualmente viziata;
- depositare in Cancelleria almeno dieci giorni prima dell'udienza di discussione l'appello notificato;
- produrre copia degli atti introduttivi del giudizio e della eventuale CTU disposta in prime cure;

Visto l'art.435 c.p.c.,

Visto l'art.151 disp.att.c.p.c.

fissa

l'udienza del **18/11/09** ore 09,30 per la discussione dinanzi al Collegio.

Nomina relatore il dr. **Valeria Migliucci (I^ unità)**

Napoli, 27/03/07

IL PRESIDENTE

(dr. Giuseppe Del Bene)

Depositato in Cancelleria il 27/03/07

Il cancelliere

LAVORO

RELATA DI NOTIFICA

Ad istanza degli avv.ti Michele Truppi e Maria Teresa Vallefuoco, nella qualità come in atti, io sottoscritto Aiutante Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio Unico Esecuzioni e Notifiche presso il Tribunale di Benevento, ove per la carica risiedo ho notificato l'atto che precede agli **avv.ti Vincenzo Catalano e Candido Volpe**, quali procuratori e difensori in giudizio della **PROVINCIA DI BENEVENTO** - elettivamente domiciliati presso l'Avvocatura Provinciale di Benevento alla Via Calandra, ivi consegnandone copia conforme a mani di

3 25 20.5 09

A MANI DI D'Uva
Dipendente Incaricato Ricezione Atti
Ufficiale Giudiziario
Russo Maria