

La disciplina della mobilità nel lavoro pubblico

Una storia di politiche e strumenti discontinui

Marco Esposito
Università di Napoli Parthenope

Il saggio ripercorre l'evoluzione della disciplina della mobilità nel lavoro pubblico, soffermandosi in particolare sul passaggio diretto tra amministrazioni diverse e sulla relazione tra la mobilità e il reclutamento attraverso concorso pubblico. L'Autore critica l'eccessivo appesantimento dei vincoli procedurali del trasferimento dei lavoratori pubblici, sostenendo che maggiore flessibilità e discrezionalità gestionale favorirebbero l'efficiente collocamento dei dipendenti pubblici.

The article traces the evolution of public sector employment mobility, focusing on the direct transition between different administrations and the relationship between mobility and recruitment through public competition. The author criticizes the excessive burden of procedural constraints involved in the transfer of public sector employees, arguing that greater flexibility and managerial discretion would favor the efficient placement of civil servants.

DOI: 10.1485/2532-8549-202001-4

Citazione

Esposito M. (2020), La disciplina della mobilità nel lavoro pubblico. Una storia di politiche e strumenti discontinui, Sinappsi, X, n.1, pp.83-90

Parole chiave

Mobilità dei lavoratori pubblici
Cessione del contratto
Concorso pubblico

Key words

Public employees mobility
Contract release
Public Contest

1. Le stagioni della mobilità, tra progetti ed effettiva (in)operatività

La storia legislativa e contrattuale della mobilità dei dipendenti pubblici ha radici risalenti. Il reiterato e ininterrotto progetto di creare un vero e proprio 'mercato del lavoro pubblico' mediante l'attivazione di efficienti percorsi di riallocazione dei lavoratori affianca da sempre le fasi più importanti dei vari tentativi di riforma del pubblico impiego (Basenghi 2019; Riccobono 2017; Esposito e Santagata 2009; Mainardi 2004). Anzi, a essere puntuali, bisogna riconoscere

che è stato esattamente un deficit di cultura organizzativa – che si sarebbe dovuta incentrare su strumenti di programmazione coerenti con una gestione privatistica dei rapporti di lavoro¹ – tra le principali ragioni dell'incompletezza di un'effettiva unificazione normativa 'pubblico/privato'. Incompletezza e deficit che riguardano anzitutto, e tra gli altri aspetti, la definizione della provvista di personale necessaria alla realizzazione dei compiti e delle attività di ciascuna amministrazione. È difatti logica, oltre che normativamente tracciata, la corrispondenza relazionale tra la discipli-

Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Francesco Santoni.

1 Questo snodo critico è sottolineato nei bilanci di molti studiosi; da ultimi, tra gli altri, Rusciano 2018; nonché Esposito et al. 2018.

na degli organici e la mobilità (v. art. 6 del decreto legislativo n. 165 del 2001).

In questo primo intreccio, pertanto, risiede la problematicità degli istituti della mobilità; i quali sono inoltre contraddistinti da un delicato e denso contemperamento di interessi: quelli di natura organizzativa si combinano con le aspettative e i diritti dei lavoratori interessati alla (o *dalla*) mobilità. Ci si muove pertanto – è il caso di dirlo – in un'area di compromesso foriera di implicazioni giuridiche a diversi livelli.

Negli studi di vari ambiti disciplinari si rimarca, in effetti, come le difficoltà procedurali e organizzative abbiano sempre reso incerta e precaria un'efficiente politica della mobilità del personale, gestita, nei fatti, con strumenti e procedure spesso inadeguati: vale a dire non idonei a perseguire alcuna reale flessibilità organizzativa e gestionale. Se – e il 'se' è obbligato per le ragioni che esporremo più avanti – qualche effettiva chance operativa il quadro regolativo ha concesso nel tempo, lo si deve al fatto che a partire dall'inizio del XXI secolo in Italia, così come in diversi altri Paesi europei, per fronteggiare l'eccessivo indebitamento pubblico si è agito drasticamente sulla spesa per le nuove assunzioni e il reclutamento. All'insegna della *spending review* le pubbliche amministrazioni sono state destinatarie di regole – tra le altre misure – finalizzate sostanzialmente a comprimerne le facoltà assunzionali in modo sia diretto, attraverso il meccanismo del *turn-over* condizionato e del blocco delle assunzioni, sia indiretto, imponendo processi di razionalizzazione incentrati su istituti alternativi all'indizione di nuovi bandi di concorso per la copertura dei posti vacanti nelle dotazioni organiche di enti e amministrazioni pubbliche. L'attivazione di processi di mobilità del personale, a vario titolo, ha in effetti rappresentato, per lungo tempo, uno strumento pri-

vilegiato in tal senso. Ancora tra il 2015 e il 2017, del resto, il sostegno della mobilità del personale pubblico ha contraddistinto importanti innovazioni legislative; e solo molto più di recente questa tendenza appare frenata, come più avanti si dirà.

2. La parola ai numeri

Sebbene, quindi, i percorsi di mobilità del personale intra e infra compartimentale siano sulla carta sostenuti e promossi, i numeri reali ci parlano di un fondamentale *bias* tra progetto legislativo ed effettiva operatività. Proiezioni statistiche puntuali rivelano, infatti, un quadro poco variegato e non esaltante.

Parlando di numeri, però, una premessa è d'obbligo e attiene alla qualità del processo regolativo. Vale a dire che bisogna prendere atto che il nucleo essenziale della disciplina – rinvenibile fundamentalmente negli articoli da 29-bis a 34-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001² – è stato rivisto davvero tanto di frequente³, con innesti che ne hanno dilatato eccessivamente la portata e, spesso, ne hanno stravolto le impostazioni di fondo: quella originaria e quelle di volta in volta introdotte nei vari momenti di riforma. Ciò sino a giungere a un quadro normativo ibrido, con sovrapposizioni di prescrizioni non sempre coordinate tra loro, pur compresenti addirittura, talvolta, nella medesima disposizione legislativa.

Tornando alla sintesi statistica, possiamo evidenziare come la mobilità – al netto di fenomeni a più ampia valenza collettiva come la soppressione 'di fatto' delle Province, tanto per fare un esempio (Nicosia 2014), così come anche lo smantellamento dell'amministrazione civile della Difesa – venga ben poco praticata dalle amministrazioni, in percentuale e in misura fissa, quale strumento fisiologico di ripartizione del personale.

2 Le norme contenute nel Capo III del Titolo II del D.Lgs. n. 165/2001, dall'art. 29-bis all'art. 34-bis, individuano una pluralità di istituti, tutti riconducibili alla nozione di mobilità: mobilità intercompartimentale (art. 29-bis); passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse (art. 30); passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività (art. 31); collegamento con le istituzioni internazionali, dell'Unione europea e di altri Stati. Esperti nazionali distaccati (art. 32); eccedenze di personale e mobilità collettiva (art. 33); gestione del personale in disponibilità (art. 34); disposizioni in materia di mobilità del personale (art. 34-bis). Volendo schematizzare, le vicende disciplinate dalle norme in questione possono essere inquadrare nelle distinte figure della mobilità volontaria, della mobilità d'ufficio e della mobilità collettiva per esubero.

3 Invero anche troppo frequentemente. Tra modifiche, novelle e aggiornamenti, una delle 'disposizioni fulcro' del sistema, l'art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001 sul passaggio diretto tra amministrazioni diverse, dal 2001 ad oggi è stata oggetto di circa venti interventi legislativi! Vale a dire che ogni anno la disciplina è stata ritoccata; e almeno tre volte anche con innesti rilevanti.

Il quadro ultimo disponibile, riferito alla serie 2011-2016 e aggiornato a settembre 2018⁴, vede la sola Sanità ambito di rilevanti processi di trasferimento del personale, laddove negli altri comparti continua a registrarsi un prevalente ricorso a forme di assegnazione temporanea attraverso istituti surrettizi, e talvolta elusivi, quali il comando e il distacco. La 'permanente temporaneità' degli spostamenti, dunque, ovvero la mobilità fuori da un disegno di programmazione, resiste strenuamente, malgrado i vari tentativi di rilanciare percorsi ordinati, e ordinari, di passaggi di personale tra amministrazioni. I trend, poi, sono comunque generalmente al ribasso; giusto l'aggregato 'Regioni e Autonomie locali' registra una crescita, per quanto concerne la mobilità in uscita extra-comparto⁵. Gli esiti della rilevazione dell'Aran sono confermati anche da altre indagini, più risalenti e addirittura riguardanti periodi precedenti la serie 2011-2016. Una ricerca di Forum PA (2013)⁶ riscontra, in seguito alla contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego e a dispetto di essa, una notevole difficoltà nella gestione dei fenomeni di mobilità, che si è tradotta nell'assoluta prevalenza della mobilità volontaria e del ricorso agli strumenti di spostamento temporaneo dei lavoratori già sopra richiamati (comando e distacco).

Dunque la sostanziale inamovibilità, che ha caratterizzato lo status dell'impiegato pubblico prima della contrattualizzazione, appare, ancora oggi, il retaggio di una cultura organizzativa superata nella forma ma non nella sostanza.

3. La cornice normativa e gli strumenti

Si è detto in apertura del difficile compromesso che la regolamentazione in materia di mobilità deve comporre. A questo punto possiamo cercare di spiegare cosa non ha funzionato, ed è destinato a non funzionare, proprio partendo da un'essenziale rappresentazione del quadro normativo.

Le principali fonti di riferimento si rinvergono nel decreto legislativo n. 165 del 2001: sono gli articoli 29-*bis*,

30, 33 e 34 a definire i caratteri essenziali degli istituti della mobilità dei dipendenti pubblici. Convenzionalmente, nella sistematica tanto giurisprudenziale quanto dottrinale – e ciò, dunque, solo in parte corrispondendo a puntuali definizioni legislative e/o contrattuali – si parla di mobilità volontaria, mobilità d'ufficio e mobilità per esubero (che può essere tanto volontaria quanto – ben più raramente – d'ufficio). La galassia della mobilità è anche più complessa. Residuano, infatti, precedenti ipotesi codificate tra cui spicca il trasferimento a domanda ovvero la mobilità di scambio per compensazione; dove in pratica non c'è alcuna esigenza di coprire posti vacanti in organico, i lavoratori di identica qualifica e insistenti su ruoli di amministrazioni della medesima natura e comparto possono scambiarsi il posto spostandosi contestualmente l'uno presso l'amministrazione dell'altro.

L'istituto leader, anche perché disegna un iter trasversalmente percorribile in vari contesti (cfr. il richiamo nell'art. 33, co. 6 D.Lgs. n. 165/2001), è contemplato nell'art. 30 del decreto legislativo n. 165 del 2001. Per quanto possa considerarsi in linea di principio pacifica la configurazione giuridica, ovvero l'inquadramento stesso della fattispecie contemplata nell'art. 30 citato (Basenghi 2019; Riccobono 2017; Esposito 2014; D'Alessio e Bolognino 2013; Mainardi 2004), essa è invece un tema denso di problematicità, laddove la relativa rubrica parla di "passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse" mentre nel precedente art. 29-*bis* (introdotto, peraltro, solo in un secondo momento, nel 2009) il legislatore utilizza il termine di 'mobilità intercompartimentale': come se gli ambiti delle due discipline potessero in qualche misura non coincidere del tutto.

Il quesito di fondo, in effetti, è se attraverso il passaggio diretto si realizzi una nuova assunzione – presso l'amministrazione di destinazione – o se viceversa non di nuova assunzione si possa parlare, prefigurandosi piuttosto nella vicenda *de qua* una chiara ipotesi di successione a titolo particolare, con mera modifica della titolarità del contratto sul versante datoriale. Ed

4 I dati su 'Mobilità del personale nella PA' sono disponibili sul sito dell'Aran <https://bit.ly/37KxllM>. Vedasi anche Aran (2012). Per una critica dell'utilizzo inadeguato degli strumenti della mobilità vedasi Verbaro (2004).

5 Una qualche vitalità del comparto emerge anche in altre ricerche (D'Amuri e Giorgiantonio 2017).

6 Tra le statistiche di fonte Aran riportate dalla ricerca, vedasi in particolare le tabelle 10 (dipendenti pubblici nel 2010 per Regione) e 11 (tasso di mobilità anno 2010), dalle quali si evince che, nonostante il profondo squilibrio nella distribuzione dei dipendenti pubblici tra le diverse Regioni, "non c'è traccia di alcun provvedimento di mobilità che non sia volontario, ossia richiesto dallo stesso dipendente".

è di tutta evidenza che le due opzioni implicano valutazioni di effetti e conseguenze operative ben diverse: basti solo pensare ai temi della salvaguardia della anzianità di servizio, della reiterazione del patto di prova, della conservazione del trattamento economico.

Invero con una modifica del 2005, ad opera della legge n. 246 del 2005, era stato esplicitato che il passaggio diretto avvenisse mediante “cessione del contratto”, e ciò risultava anche in linea con una tendenza interpretativa pregressa alla norma innovatrice. Dopo il 2005, pertanto, l’orientamento interpretativo si è consolidato sino a divenire *ius receptum*, non scalfito nemmeno dalla circostanza che nel 2014 il decreto legge n. 90 ha reciso il suddetto aperto riferimento (Mastinu 2014).

Viceversa, quest’ultimo elemento di discontinuità assume un preciso portato ermeneutico. Senza giungere ad abbracciare l’opposta tesi della ‘nuova assunzione’ – ché persistono evidenti indizi letterali della continuità del rapporto di lavoro presso l’amministrazione richiedente la copertura del posto (il passaggio diretto sostanzia un *trasferimento* consensuale del lavoratore) – deve altresì risultare palese che il legislatore ha volutamente inteso affievolire il lato negoziale della fattispecie, rimarcando alcuni tratti ‘speciali’ della disciplina, sempre più protesa – sulla carta – a enfatizzare e valorizzare le esigenze organizzative delle pubbliche amministrazioni. Ciò in un contesto di garanzie più amministrativistiche che privatistiche; come rivela il coevo innesto, sempre attraverso la novella del 2014, che impone alle amministrazioni l’attivazione della mobilità previa pubblicazione di un *bando*, contenente il numero dei posti nonché i requisiti e le competenze professionali del posto da ricoprire; e ciò quando in precedenza la riforma del 2009 si era ‘limitata’ a chiedere che le amministrazioni rendessero pubbliche tali informazioni (Esposito e Santagata 2009). A ciò si aggiunga, poi, il tentativo di ampliare le ipotesi di mobilità disposte d’ufficio o saltando la procedura trilatera.

Questa evoluzione dell’istituto ne spiega in parte anche un evidente profilo di criticità. In qualche modo l’esiguità dei trasferimenti origina anche dalla decisa procedimentalizzazione ad evidenza pubblica inaugurata nel 2009 (Esposito e Santagata 2009), poi via via accresciutasi, praticamente assente nel precedente regime normativo, dove c’erano le condizioni per poter agire davvero in un contesto di ‘negozialità privatistica’; ciò anche per il ruolo integrativo della contrattazione collettiva, spintasi talvolta a semplificare un procedi-

mento di per sé già molto essenziale. A ciò si aggiunga una rigidità generale, attinente alla composizione degli organici pubblici, che rende difficoltoso programmare e attivare i processi di copertura dei posti attraverso la mobilità: non per caso un principio di delega della legge n. 124 del 2015 – solo parzialmente confluito nel decreto legislativo n. 75 del 2017 (Riccobono 2017; Esposito 2018), attuativo di quella – era esattamente il “progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni, fermi restando i limiti di spesa, anche al fine di facilitare i processi di mobilità”.

La seconda ipotesi fondamentale di mobilità è quella che trova fonte nell’art. 33 del decreto legislativo n. 165 del 2001. Le pubbliche amministrazioni che hanno situazioni di soprannumero o rilevano comunque, anche nell’ambito della ricognizione finalizzata alla ridefinizione delle dotazioni organiche, eccedenze di personale devono darne comunicazione alle organizzazioni sindacali e intraprendere un percorso partecipato – dove la contrattazione collettiva può giocare una funzione rilevante – per riallocare il personale, porlo in quiescenza o riutilizzarlo con forme di lavoro più flessibile. L’esito negativo dell’iter procedurale conduce al collocamento in disponibilità del lavoratore, che comporta la sospensione del rapporto e il pagamento di una sorta di indennità assimilabile alla cig del privato. Il lavoratore viene iscritto in apposite liste, da cui tutte le amministrazioni devono attingere in prima battuta per le proprie esigenze assunzionali (si veda il sistema descritto negli articoli 34 e 34-bis del decreto legislativo n. 165, su cui è di recente intervenuta la legge n. 56 del 2019 per rendere più celere e certo il procedimento nel suo insieme). Terminato il periodo massimo della disponibilità – di norma 24 mesi – il rapporto si estingue, definitivamente.

4. Alcune questioni problematiche: diritti, interessi e prerogative nel procedimento trilatero

L’analisi complessiva dell’art. 30 ha mostrato che la mobilità si svolge mediante un procedimento complesso, a fasi successive. La prima, ad evidenza pubblica, sempre più contigua a una vera e propria selezione se non proprio a una valutazione comparativa; la seconda di matrice negoziale, in cui si provvede al perfezionamento contrattuale della fattispecie successiva.

Da quanto detto emerge l’esigenza di distinguere le diverse fasi; sebbene – come vedremo parlando delle

questioni giurisdizionali – entrambe rientrano comunque, secondo la giurisprudenza maggioritaria, nell'ambito dell'esercizio di poteri datoriali privatistici. Tal che la legittimità di esse va considerata nel prisma dei principi e dei limiti al potere del privato datore di lavoro: correttezza e buona fede, in prima battuta.

Dunque la prima fase riguarda il bando, la partecipazione dei lavoratori interessati al trasferimento e l'esito della valutazione dell'amministrazione di destinazione.

Qui c'è da registrare la varietà delle prassi amministrative. In alcuni casi il bando prevede come condizione per la partecipazione il rilascio del nulla osta ovvero l'assenso alla (eventuale) mobilità da parte dell'amministrazione ove presta servizio il lavoratore; in altri casi ci si limita a un nulla osta alla partecipazione alla selezione. Sta di fatto che l'espressione del necessario consenso da parte dell'amministrazione di (possibile) partenza è condizione per il perfezionamento della cessione del contratto, i cui presupposti effettivi maturano solo al momento della chiusura della fase valutativa. È solo in questo momento che l'amministrazione datrice di lavoro può verificare in concreto le condizioni per il rilascio del nulla osta; in altri termini, è solo in questo momento che proposta e accettazione vengono a perfezionarsi. Se si condivide questa ricostruzione:

a) sarebbe sempre possibile un ripensamento, purché non arbitrario o capriccioso ovvero sia in presenza di sopraggiunte ragioni per un diniego; in pratica l'eventuale previo assenso sarebbe da considerarsi quale semplice impegno – *rebus sic stantibus* – a concedere il consenso successivamente. La procedimentalizzazione raffigurata nell'art. 30 impone, quindi, un onere di motivazione e non un obbligo all'assenso; per quanto proprio la previsione nei bandi di un consenso preventivo abbia condotto, nella realtà, molte amministrazioni a negare *ab initio* il consenso. Anche in questo caso vige un onere di motivazione, in generale; un vero e proprio obbligo circostanziato, qualora il lavoratore richiedente fosse stato individuato dalla sua amministrazione di appartenenza tra i profili professionali destinati alla mobilità per esubero ex art. 33 del decreto legislativo n.165.

b) non è ravvisabile – a mio modo di vedere – un vero e proprio diritto soggettivo perfetto al trasferimento in capo al lavoratore, visto che la normativa lascia spazi di valutazione discrezionale a entrambe le amministrazioni interessate dalla mobilità. Del resto, non avrebbe altrimenti senso richiedere il consenso di tutte le tre parti. Vale quanto detto sopra sub a), nei periodi finali.

c) da b) consegue che, in linea di principio, nulla osta a che l'amministrazione richiedente la mobilità possa prevedere – specie in previsione di una pluralità di domande – criteri specifici e analitici di valutazione delle candidature, purché – ovviamente – finalizzati a un accertamento in concreto e oggettivo della professionalità più aderente alla copertura oggetto del bando. In dottrina non vi è concordia piena su questa interpretazione, ribadendosi che la procedura di mobilità non è una valutazione comparativa finalizzata all'ingresso nella PA. Da questo punto di vista, però, questo ragionamento a me pare troppo formalistico, e abbraccia una prospettiva meccanicistica dell'organizzazione del personale pubblico. Peraltro il ridimensionamento dello spazio meramente negoziale sopra dimostrato lascia più margini alla unilaterale discrezionalità delle amministrazioni. Di guisa che riterrei una forzatura sottrarre all'amministrazione richiedente ogni spazio di verifica effettiva della professionalità relativa alla carenza in organico; tanto più che sono prevalentemente superate le ricostruzioni che vedevano nella manifestata intenzione di ricoprire i vuoti d'organico, attraverso la mobilità, una vera e propria offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c..

Esercitabile il diniego, è evidente che il corredo motivazionale di cui si è detto comporta sempre la possibilità di un suo sindacato in termini di legittimità, con la possibilità della tutela di un interesse negativo ovvero per perdita di chance.

5. La mobilità come prioritaria alternativa al reclutamento attraverso il pubblico concorso: tendenze interpretative e novità legislative

Il prevalere nel dibattito degli aspetti tecnico-giuridici di carattere interpretativo, a dispetto di più operative valutazioni organizzative, è legato al fatto che nel corso del tempo si è andata consolidando una regola di prevalenza, quasi gerarchico-funzionale, della mobilità rispetto al reclutamento tramite concorso (Ranieri 2013; D'Aponte 2014).

Per vero si potrebbe anche distinguere tra la mobilità ex art. 30, il passaggio diretto su base volontaria, e quella ex art. 33 e ss., che come abbiamo visto trova il suo presupposto sulla dichiarazione di un esubero e di un possibile esito sospensivo del rapporto di lavoro. I precetti legislativi sono, invero, da sempre univoci, e ancora oggi malgrado le recenti innovazioni di cui si è detto – con riferimento a questa seconda ipotesi – nel paragra-

fo 3. Prima di procedere a un bando di concorso, quindi, è ancora necessario verificare la possibilità di praticare una mobilità dalle liste di disponibilità in presenza di lavoratori ivi iscritti inquadrati nel livello e nella qualifica corrispondente a quello che si intende bandire. Le amministrazioni devono svolgere questo adempimento, attendere 45 giorni dalla richiesta, e solo in caso di esito infruttuoso possono procedere al bando. Le assunzioni in violazione di tali disposizioni sono nulle (art. 34-*bis*, co. 5).

Non si rinviene un'altrettanta esplicita sanzione, viceversa, nell'art. 30 vigente; sebbene il comma 2-*bis* – in seguito a una sostanziale novella del gennaio 2005 (DL. n. 7/2005) – prescriva apertamente e positivamente l'esperimento delle procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento di concorsi.

In effetti il legislatore ha recepito un orientamento consolidatosi sia in sede di prassi amministrativa sia nella giurisprudenza, financo costituzionale; orientamento facente leva su numerosi frammenti legali. Con un gruppo di sentenze (la n. 388 e 390 del 2004; poi la n. 324 del 2010 e la n. 17 del 2014) la Corte Costituzionale ha affermato la prevalenza – con qualche sfumatura – della mobilità rispetto alle assunzioni dall'esterno, riconoscendone il valore di principio generale, direttamente discendente da due cardini della riforma del lavoro pubblico: il contenimento della spesa e il miglioramento dell'efficienza degli apparati pubblici. Da quel momento in poi vi è stata una costante e maggioritaria adesione dei giudici ordinari e amministrativi a tale orientamento; senza, però, che siano mancate letture alternative – specie in sede di giustizia amministrativa – in ordine alla possibilità di discostarsi dal presunto principio generale motivando la scelta di intraprendere direttamente la via concorsuale.

Talvolta, quindi, si propongono interpretazioni imperniate sulla natura derogabile dell'obbligo; così che la pur riconosciuta priorità della mobilità rispetto al concorso si arresterebbe dinanzi a specifiche situazioni “in cui può risultare opportuno e più corrispondente all'interesse pubblico privilegiare lo strumento del concorso, prescindendo dalla mobilità”⁷.

A fronte del riproporsi dell'orientamento giurispru-

denziale *mainstream*, mi pare di poter intravedere una qualche tensione al suo superamento, testimoniata da una serie di distinguo operati anche in via interpretativa; distinguo talvolta originati dal diffondersi di istanze equitative concorrenti: penso in particolare a tutta la materia delle stabilizzazioni, ove si fronteggiano gli artt. 4 e 97 della Costituzione. E non mancano conferenti interventi giudiziali; già rispetto alla relazione tra scorrimento delle graduatorie e mobilità sono emerse posizioni giurisprudenziali molto oscillanti e variegata.

Tali orientamenti poggiano in ogni caso su due fattori. Da un lato la crescente domanda di competenze innovative, di profili professionali legati alla digitalizzazione e alle moderne tecnologie; e dinanzi a tale esigenze non aprirsi all'esterno risulterebbe fallimentare e segno di arretratezza. Dall'altro, numerose ipotesi di deroga all'art. 30 del decreto legislativo n. 165: esplicitate da micro-interventi legislativi destinati a favorire specifiche realtà amministrative oppure costruite dal diritto vivente (De Santis 2016).

Infine, ma davvero questo elemento potrebbe segnare l'inizio di una clamorosa marcia indietro, sono da sottolinearsi le prescrizioni contenute nella legge n. 56 del 2019. La quale nell'art. 3, rubricato “Misure per accelerare le assunzioni mirate e il ricambio generazionale nella Pubblica amministrazione”, dispone una deroga generale all'art. 30 del decreto legislativo n. 165 del 2001 (vs. art. 3, co. 3 e 8) per i concorsi nel triennio 2019-2021, organizzati secondo le linee di indirizzo fissate nella stessa legge n. 56, “al fine di ridurre i tempi di accesso al pubblico impiego”. Nella conclusione di questo scritto faremo una riflessione su come queste disposizioni possano valutarsi nell'ottica di uno scenario strategico più generale in tema di mobilità.

6. Il procedimento e la giurisdizione

Sebbene sopra abbiamo rimarcato la complessità del procedimento, all'esito di un'estesa analisi della giurisprudenza e della dottrina risulta evidente che la natura privatistica delle procedure di mobilità non è posta in discussione dalla assoluta maggioranza degli interpreti. Né quindi il relativo riparto di giurisdizione.

7 T.A.R. Toscana, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1212; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 2 dicembre 2009, n. 2634; T.A.R. Marche, sez. I, 30 novembre 2009, n. 1428). Secondo T.A.R. Lombardia, sez. I, 16 giugno 2008, n. 645 “la mobilità non è un istituto previsto nell'esclusivo interesse dell'amministrazione ma uno strumento di reclutamento che ex art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001 [...] prevale sul concorso pubblico perché considerato idoneo a garantire economie di spesa e dunque nei limiti necessari a conseguire questo obiettivo”.

Il ragionamento è apparentemente molto lineare. Sostanzando una cessione del contratto e non comportando una nuova assunzione, le relative controversie rientrano nella giurisdizione ordinaria; ovviamente ben possono esserci intrecci tra le giurisdizioni.

Alla luce di quanto detto sopra sulla relazione (oggi sempre più eventuale) tra mobilità e altre modalità di copertura dei posti in organico, è evidente che la tutela di un lavoratore aspirante al trasferimento possa/debba passare per una pronuncia amministrativa qualora non bastasse la rimozione dell'atto amministrativo presupposto, ma fosse necessaria una declaratoria sulla legittimità del diverso, e inopportuna concorrente, procedimento amministrativo indetto per la copertura del medesimo posto. Qui è evidente che nessun diritto in prima battuta sorge, bensì un qualificato interesse legittimo.

Il granitico orientamento non ha subito flessioni; pur proceduralizzate, è evidente che sia la facoltà di accogliere le istanze di trasferimento, sia le relative modalità di formazione del consenso dell'amministrazione richiedente possono sindacarsi secondo i canoni di valutazione dell'esercizio del privato potere datoriale; venendo dunque in risalto anche i c.d. interessi legittimi di diritto privato, con i connessi profili di responsabilità precontrattuale.

Questo lo stato dell'arte; tuttavia una certa ambiguità è dietro l'angolo e lo testimonia limpidamente un arresto delle Sezioni Unite del maggio 2017 (sent. n. 11800): quella stessa ambiguità sottesa alle controversie sul procedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale. Restano, a mio avviso, incerte le conseguenze in caso di annullamento del bando o della procedura: il giudice potrà di ufficio disporre, dichiarando costituito il rapporto di lavoro? Temo che sia inevitabile una valutazione caso per caso, anche in ragione della possibile fonte legale e procedurale della vicenda di mobilità.

7. Conclusioni

Premetto che al momento non è affatto intravedibile come il tema trattato in questo saggio potrà essere influenzato dalle azioni che Governo e Parlamento porranno in campo per fronteggiare la fase post emergenza Covid 19.

Mi limito a unire, in un ragionamento complessivo, le vicende pre e post Covid. E trovo che nel 2019 chiari erano stati i segnali di un parziale fermo o, comunque, allentamento dell'attivazione di procedure

di mobilità per la copertura di posti vacanti negli organici delle amministrazioni pubbliche.

Certo il superamento, sulla carta solo temporaneo, dell'obbligo di previo esperimento della mobilità ex art. 30 e l'alleggerimento – parlerei, invero, più precisamente di contrazione e irrigidimento – del procedimento di chiamata dei lavoratori collocati in disponibilità, rispetto alle procedure di reclutamento dall'esterno, non necessariamente dovrebbe incidere sulle pratiche di trasferimento del personale. Non certamente in linea di principio.

Ma, dal momento che nel tempo la procedura è venuta via via ad appesantirsi, e fermo l'obbligo ex art. 34 del decreto legislativo n. 165 del 2001, non è difficile ipotizzare che le amministrazioni finiranno con il preferire la strada più aperta del concorso. Strada che consente indubbiamente uno scrutinio della professionalità e della preparazione meno circoscritto di quanto consentano le procedure di mobilità. E si tratta di uno scrutinio imprescindibile dovendosi selezionare professionalità al passo con i tempi, contraddistinte da competenze digitali e da capacità decisionali, di cui le amministrazioni sono così tanto carenti; proprio come ha rivelato la drammatica sospensione sociale causata dall'emergenza pandemica.

In effetti, un certo fallimento delle politiche incentivanti la mobilità poggia proprio sul loro ingresso in un'irragionevole spirale di ispessimento burocratico: sul piano procedurale, anzitutto, ma prima ancora sul piano della 'orizzontale' imposizione, a tutte le amministrazioni pubbliche, del previo esperimento della mobilità: a tutte e con le stesse modalità per tutte. Un 'ispessimento' funzionale poco utile, tanto alle amministrazioni quanto ai lavoratori; quindi frustrante sia la mobilità d'ufficio sia quella volontaria.

Riterrei che il legislatore dovrebbe adottare un criterio diversificato e più flessibile, recuperando nel processo istanze di discrezionalità e disponibilità negoziale. E introducendo una modularizzazione ragionevole e proporzionata dei vincoli procedurali, in ragione della natura degli enti interessati, della numerosità dei posti da ricoprire e della specificità del profilo professionale da ricoprire.

Gli istituti della mobilità, alla fine, sono caduti anch'essi nella tagliola della diffidenza sistemica verso un reale approccio manageriale alle questioni gestionali del personale (cfr. in una prospettiva più generale Di Mascio e Natalini 2018). Vale anche, quindi, per il loro rilancio, un chiarimento e una messa a fuoco

dei temi della responsabilità dirigenziale e della valutazione delle performance; un'effettiva 'funzionalizzazione sintetica' dell'azione amministrativa – teorizzata molti anni fa dalla migliore dottrina amministrativistica e giuslavoristica – e, di conseguenza, una sincera privatizzazione dei poteri datoriali delle pubbliche amministrazioni appaiono, sin troppo evidentemente, mete raggiungibili ma ancora lontane.

Bibliografia

- Aran (2012), *Le caratteristiche della mobilità nei comparti del pubblico impiego*, Aran Occasional paper, n.1 <<https://bit.ly/3gOpsAN>>
- Basenghi F. (2019), La mobilità individuale e collettiva: principi generali, in Amoroso G., Di Cerbo V., Fiorillo L., Maresca A., *Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, pp.499 ss.
- D'Alessio G., Bolognino D. (2013), La mobilità del personale pubblico, in *Enciclopedia Italiana Treccani, Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, pp.225 ss.
- D'Amuri F., Giorgiantonio C. (2017), La distribuzione dei dipendenti pubblici in Italia: ruolo e funzioni della mobilità, *Diritto delle relazioni industriali*, 27, n.1, pp.127-169
- D'Aponte M. (2014), Mobilità del pubblico dipendente e scorrimento delle graduatorie dei concorsi pubblici: le incertezze del legislatore e l'incubo ricorrente del contenimento della spesa pubblica, *Il Lavoro nella pubblica amministrazione*, 17, n.1, pp.77-98
- De Santis V. (2016), Il Consiglio superiore della Magistratura e la derogabilità dei principi generali in materia di mobilità per il personale non magistratuale. Riflessioni sulle esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica e sul rapporto tra fonti (nota a Consiglio di Stato, sentenza, sez. IV, 1 giugno 2016, n.2318), *Il Lavoro nella pubblica amministrazione*, n.3-4, pp.524-542
- Di Mascio F., Natalini A. (2018), *Oltre il New Public Management*, Roma, Carocci
- Esposito M., (2014), Modelli e strumenti per la mobilità interna nel lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative, *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n.2, pp.331-378
- Esposito M. (2018), Sisifo unchained? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico, *Il Lavoro nella pubblica amministrazione*, on line, n.3
- Esposito M., Luciani V., Zoppoli A., Zoppoli L. (2018), La c.d. riforma Madia ai blocchi di partenza, Introduzione a Idem (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, pp.1-13
- Esposito M., Santagata R. (2009), La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica", in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp.335-354
- FORUM PA (2013), *I dipendenti pubblici sono troppi?*, Ricerche, maggio, Roma, Forum PA edizioni
- Mainardi S. (2004), Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero, in Carinci F., Zoppoli L. (a cura di) *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, tomo II, Torino, UTET, pp.709-726
- Mastinu E. M. (2014), La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014, *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n.3-4, pp.603-628
- Nicosia G. (2014), Dalle province regionali agli enti di area vasta: la mobilità del personale e l'avvio problematico di una riforma nell'esperienza siciliana, *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n.5, pp.741-763
- Ranieri M. (2013), Accesso al lavoro pubblico ed esperimento preventivo delle procedure di mobilità, *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n.5, pp.757-786
- Riccobono A. (2017), *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, ESI
- Rusciano M. (2018), A proposito di una ricerca sul lavoro pubblico, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni industriali*, n.1, pp.205-218
- Verbaro F. (2004), Mobilità e gestione delle risorse umane nella pubblica amministrazione, *Arannewsletter*, n.5, pp.4-6 <<https://bit.ly/31gAzBD>>

Marco Esposito

marco.esposito@uniparthenope.it

Professore ordinario di Diritto del Lavoro, insegna nell'Università di Napoli Parthenope, dove presiede il Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza. Ha partecipato alla redazione del decreto legislativo n. 165 del 2001 e studia da trent'anni il rapporto di lavoro pubblico. Ha di recente curato, con altri autori, un commentario sulla c.d. riforma Madia e ha scritto un saggio in materia di programmazione del personale pubblico e dotazioni organiche, pubblicato nel 2018 sulla Rivista *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*.