

MARCO ROSSI*

Reclutamento dei dipendenti pubblici e prevalenza della mobilità pre-concorso sullo scorrimento di una graduatoria concorsuale

1. Mobilità e reclutamento di nuovo personale.

La mobilità volontaria del personale, già disciplinata dal d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e dagli accordi contrattuali dei vari comparti di contrattazione, recepiti con d.P.R. ai sensi della legge quadro n. 93 del 1983, è attualmente disciplinata dall'art. 30 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Nel passato, in caso di necessità di reclutamento di nuovo personale, generalmente non vi era alcun particolare favore della legge per la copertura dei posti vacanti mediante mobilità volontaria di altri pubblici dipendenti.

Nel corso del tempo il legislatore ha dovuto ottimizzare le procedure di mobilità nei confronti di coloro che, appartenenti ai ruoli organici di amministrazioni pubbliche trasformate in enti pubblici non economici o in fondazioni o società private, optavano per la permanenza nel pubblico impiego senza che fosse predisposta un'apposita procedura specifica per la loro mobilità presso altre pubbliche amministrazioni.

Si registravano, anzi, situazioni che erano di ostacolo ad una celere e soddisfacente ricollocazione - attraverso la mobilità verso altre pubbliche amministrazioni - dei dipendenti di amministrazioni pubbliche trasformate in persone giuridiche private: in alcuni casi accadeva che il dipendente venisse lasciato solo alla ricerca di un'amministrazione che lo accogliesse in mobilità, costretto dunque ad inviare a tal fine istanze con il proprio *curriculum* agli enti pubblici dell'ambito comunale/provinciale di suo interesse; dall'altra, nei casi nei quali veniva posta in essere una procedura di mobilità appositamente prevista dal legislatore, questa poteva non consentire sempre un'ottimale ricollocazione di tutti i dipendenti interessati, anche per la carenza di posti disponibili comunicati dalle amministrazioni pubbliche, appositamente interpellate dal Dipartimento della funzione pubblica sulle proprie vacanze di organico ovvero per la mancata previsione - nel bando di mobilità - della mobilità d'ufficio al di fuori del ristretto ambito del territorio provinciale [\[1\]](#).

Pertanto, è sorta la necessità di stabilire un preciso obbligo, per le amministrazioni pubbliche che intendessero bandire procedure concorsuali o selettive per la copertura di posti vacanti in organico, di verificare che non vi fosse personale collocato in disponibilità [\[2\]](#), ovvero di interpellare il personale delle altre amministrazioni pubbliche disposto a transitare in mobilità sui posti vacanti, sottoponendo pertanto l'emanazione del bando di concorso e la copertura di posti in organico all'esperimento infruttuoso delle due procedure, ora disciplinate rispettivamente dagli artt. 30 e 34-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

È del tutto evidente la *ratio* delle due disposizioni: salvaguardare il posto di lavoro del personale risultato eccedente l'organico di una singola amministrazione pubblica e poi collocato in disponibilità nonché coprire i posti di organico ricorrendo a procedure che non

comportino nuove spese per la pubblica amministrazione nel suo complesso, così da lasciare invariato il numero complessivo dei dipendenti in servizio.

2. La mobilità pre-concorso: amministrazioni e dipendenti destinatari contenuto dell'obbligo.

L'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 [3] disciplina la materia della mobilità, introducendo una disciplina speciale per il pubblico impiego.

La materia della mobilità, pur disciplinata ampiamente dall'art. 30, non rientra comunque tra le materie rimaste riservate alla disciplina di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera c), della legge delega n. 421 del 1992 e dell'art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001; tuttavia, come quasi tutte le materie "contrattualizzate" ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001 [4], è parzialmente disciplinata da normativa speciale, contenuta nel d.lgs. n. 165 del 2001 ed in altre leggi particolari, in genere quelle recanti le disposizioni in materia di assunzioni nelle pubbliche amministrazioni [5].

L'art. 30 costituisce dunque la disciplina inderogabile in materia di mobilità e trova dunque applicazione ai dipendenti alle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001; tra questi vanno ricompresi i dipendenti "contrattualizzati" di strutture pubbliche facenti parte dello Stato ordinamento, quali i dipendenti non magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura [6] ed a quelli di altre strutture pubbliche non ricomprese tra quelle elencate nel predetto comma 2, ma alle quali si applicano comunque le disposizioni del d.lgs. n. 165 del 2001 per espresso rinvio delle disposizioni che ne regolano l'organizzazione ed il funzionamento [7].

Rimane sottratto alla disciplina dell'art. 30, salve norme speciali, il personale in regime di diritto pubblico (art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001), quello con eventuale specifica disciplina legislativa in deroga e quello degli organi costituzionali (Presidenza della Repubblica, Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, Corte costituzionale), ai quali la Costituzione e specifiche disposizioni di legge riconoscono una "riserva di regolamento" e l'autodichia in materia di contenzioso del personale dipendente.

Il comma 1 dell'art. 30 disciplina la mobilità volontaria dei dipendenti:

<< Articolo 30 Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse (Art. 33 del d.lgs n. 29 del 1993, come sostituito prima dall'art. 13 del d.lgs n. 470 del 1993 e poi dall'art. 18 del d.lgs n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 20, comma 2 della legge n. 488 del 1999)

1. Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione del contratto di lavoro di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. Le amministrazioni devono in ogni caso rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta. Il trasferimento è disposto previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato sulla base della professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire .>>.

La disposizione consente dunque ai dipendenti pubblici di transitare dai ruoli dell'amministrazione pubblica di appartenenza ai ruoli di un'altra pubblica amministrazione [8]: tale passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse

integra una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, con il consenso di tutte le parti, e quindi una mediante una cessione del contratto [9].

In ogni caso occorrerà predisporre un avviso o bando al fine di stabilire le regole e graduare gli aspiranti al passaggio in mobilità, da pubblicarsi quantomeno sul sito internet dell'amministrazione procedente con modalità che ne consentano la piena visibilità.

Nell'ottica del contenimento sia degli oneri derivanti dalla procedure di reclutamento, sia degli oneri complessivi in materia di personale, il legislatore ha poi stabilito l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di esperire le procedure di mobilità di personale prima di procedere di nuovo personale per la copertura di posti vacanti in organico.

Il previo esperimento delle procedure di mobilità costituisce un principio generale inderogabile ed in tal senso dispone il secondo capoverso del comma 2 dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001: *<<In ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale.>>*.

Il successivo comma 2-bis dell'art. 30, nel ribadire il principio del previo esperimento della mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale [10], stabilisce un ordine di precedenza dei dipendenti pubblici destinatari della proposta di passaggio in mobilità dell'amministrazione, avendo la precedenza i dipendenti pubblici che sono in posizione di prestito presso l'amministrazione che intende effettuare il reclutamento per la copertura di posti vacanti. Dispone difatti il comma 2-bis dell'art. 30:

<<2-bis. Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria.>>.

Pertanto, occorrerà effettuare una comunicazione diretta al personale di prestito per sollecitare le domande di mobilità, fermo restando che i destinatari dovranno possedere non necessariamente il medesimo profilo professionale ma anche uno simile, avuto riguardo ai compiti prevalenti previsti per il profilo da attribuire, comparato con quello del dipendente interessato alla mobilità, fermo restando il possesso di eventuali specifici titoli di studio o professionali.

Si pone a questo punto la questione se l'amministrazione che intenda procedere al reclutamento di nuovo personale debba effettuare la previa mobilità non solo quando intenda bandire un nuovo concorso [11] ma anche quando intenda scorrere una graduatoria concorsuale.

Occorre innanzi tutto rammentare che secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato [12], sul piano dell'ordinamento positivo, si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento

rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede dunque un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico.

Va però osservato che tale motivazione è *in re ipsa* in caso di preferenza per la procedura di mobilità rispetto allo scorrimento di una graduatoria: motivazione non necessaria, essendo in tal caso sussistente una chiara motivazione implicita per la scelta della mobilità medesima, non solo perché tale scelta sarebbe quella dovuta, anzi obbligata, stante il *favor* del legislatore per la copertura di posti vacanti mediante la mobilità, ma anche perché i benefici della procedura di mobilità sono del tutto palesi e noti (invarianza del numero dei dipendenti pubblici, copertura del posto vacante con dipendenti già muniti di esperienza di lavoro nella medesima qualifica) [13].

Occorre premettere che vi sono due tesi interpretative al riguardo: una che ritiene obbligatorio il previo esperimento della mobilità anche in caso di reclutamento per scorrimento di una graduatoria concorsuale ancora valida [14], una seconda che non lo ritiene obbligatorio.

Certamente vi è l'obbligo di motivazione specifica nel caso in cui l'amministrazione intenda coprire il posto per il quale ha bandito un concorso mediante indizione di un nuovo concorso piuttosto che mediante scorrimento della graduatoria, ma non è possibile giungere alle medesime conclusioni nel caso di indizione di una procedura di mobilità volontaria. All'equiparazione tra mobilità volontaria e nuovo concorso osta la diversità delle due procedure e la preferenza espressa dal legislatore per il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse rispetto all'assunzione di nuovo personale.

In primo luogo, infatti, la procedura di mobilità volontaria permette all'amministrazione di assumere personale che già ha ricoperto il posto vacante o comunque ha già conseguito la stessa qualifica presso altre amministrazioni (art. 30 D. Lgs. 165/2001). Questo comporta la possibilità di acquisire personale già formato e con esperienza nel ruolo, situazione che comporta un'immediata operatività ed un risparmio di spesa.

In secondo luogo l'ordinamento del pubblico impiego prevede una preferenza legale per il passaggio di personale tra amministrazioni rispetto alle nuove assunzioni, per ottenere una più razionale distribuzione delle risorse tra le amministrazioni pubbliche nonché economie di spesa di personale complessivamente intesa, dal momento che consente una stabilità dei livelli occupazionali nel settore pubblico [15].

Dunque, si ritiene non condivisibile un diverso orientamento interpretativo nel senso che non vi sia un obbligo di esperire la procedura di mobilità qualora si intenda coprire i posti mediante scorrimento di una graduatoria concorsuale ancora valida .

In una pronuncia del TAR Toscana [16] si è ritenuto che, fermo restando il principio della priorità riconosciuta dall'ordinamento, con il comma 2-bis dell'art. 30, all'attivazione delle procedure di mobilità rispetto a quelle concorsuali, tale regola non debba ritenersi inderogabile, potendo sussistere specifiche situazioni in cui può risultare opportuno e più corrispondente all'interesse pubblico privilegiare lo strumento del concorso, prescindendo dalla mobilità, dovendosi però in tali casi puntualmente e congruamente motivare la deroga alla regola generale dettata dall'art. 30.

Va comunque rammentato che lo scorrimento di graduatoria non è comunque consentito laddove i posti vacanti in organico siano posti di nuova istituzione o trasformati: questa regola, sebbene espressamente stabilita solo per gli enti locali, costituisce una regola che, in quanto espressiva di un principio generale, trova applicazione comune anche alle altre amministrazioni pubbliche [17].

3. Sanzioni in caso di inosservanza dell'obbligo di mobilità pre-concorso.

Gli atti in violazione del principio della previa mobilità rispetto al reclutamento con un nuovo concorso ovvero rispetto al reclutamento mediante scorrimento di una graduatoria ancora valida sono nulli per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 [18], con effetto caducante sia sulle procedure selettive o concorsuali non precedute dalla previa procedura di mobilità, sia sui contratti di assunzione dei candidati risultati vincitori.

Anche gli atti elusivi di tale principio sono nulli, intendendo per atti elusivi, ad esempio, la mancata od inadeguata pubblicità del bando ovvero dei termini troppo ristretti per presentare la domanda di mobilità. In tal senso, dispone il secondo capoverso del comma 2 dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001: <<*In ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale.*>>.

Oltre alle responsabilità erariali e civili derivanti dalla violazione od elusione del principio della previa mobilità, non va sottaciuto che la totale assenza di una procedura di mobilità prima dell'effettuazione di una procedura concorsuale il più delle volte potrebbe ritenersi sintomatica di un comportamento doloso, con quello che ne consegue in tema di responsabilità penale, non potendo il responsabile del personale di una amministrazione pubblica non conoscere (e non applicare) una norma di gestione del personale tanto chiara e costituente un principio generale in materia di reclutamento nel pubblico impiego.

(*) *Avvocato - Dirigente della Presidenza del Consiglio-Funzione Pubblica.*

[1] Per tutte, si vedano: Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 2001, n. 3871, in *Foro Amm.*, 2001, n. 7-8; Cons. Stato, sez. IV, n. 5586/2004; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, n. 405/1999.

[2] Poiché il personale in disponibilità è destinato, trascorso un biennio senza essere ricollocato, a perdere il posto di lavoro, si ritiene che le amministrazioni pubbliche, prima di procedere alla copertura di posti vacanti in organico mediante selezioni o concorsi, pubblici o interni, debbano prima esperire la procedura per la copertura dei posti vacanti con il personale collocato in disponibilità (art. 34-bis del d.lgs. n. 165 del 2001) e poi, rimasta infruttuosa quest'ultima, esperire le procedure di mobilità ex art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001.

[3] D'ora innanzi "art. 30".

[4] In effetti, del principio della "contrattualizzazione" del pubblico impiego (applicabilità del diritto privato del lavoro e tendenziale prevalenza della disciplina collettiva) sembrerebbe rimasto molto poco, stante il dilagante fenomeno della "microlegislazione" in

materia di lavoro pubblico: il legislatore, anziché consentire l'applicazione del diritto del lavoro privato e demandare la disciplina delle materie e vicende del rapporto di lavoro alla contrattazione collettiva, ha introdotto ed introduce di continuo una disciplina speciale di numerosi istituti, tanto che attualmente rimangono ben pochi istituti disciplinati dal solo diritto del lavoro privato e dalla disciplina collettiva (ad es., le ferie).

[5] Si vedano, ad esempio, l'art. 39, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e l'art. 1, comma 47, della legge 30 dicembre 2004, n. 311.

[6] In tal senso si condividono pienamente le osservazioni in questa Rivista di TENORE, *Riflessioni sul rapporto di lavoro del personale amministrativo non magistratuale del Consiglio Superiore della Magistratura: applicazione del D.lgs. n. 165 del 2001 e reclutamento con doverosa previa mobilità rispetto ai concorsi*, n. 2/2014.

[7] È il caso dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, istituita dall'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109. Attualmente, è subentrata la nuova disciplina contenuta negli artt. 6 e seguenti del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In particolare, al personale dell'Autorità, che ha assunto la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si applica la disciplina contenuta nell'art. 8, commi 2 e 8, del d.lgs. n. 163 del 2006: al predetto personale dell'Autorità si applica il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, tenuto conto della specifica disciplina regolamentare in materia di organizzazione e funzionamento, espressione dei principi di autonomia organizzativa riconosciuta dalla legge.

[8] Non è assolutamente consentita la mobilità di personale di società partecipate da pubbliche amministrazioni verso l'amministrazione pubblica che possiede le partecipazioni azionarie della società stessa – totalitarie o meno – né verso altre amministrazioni o enti pubblici non economici di cui agli articoli 2 e 3 del d.lgs. n. 165 del 2001; né è consentita la mobilità di personale di enti pubblici economici – es. aziende speciali degli enti locali – verso le pubbliche amministrazioni di cui agli articoli 2 e 3 del d.lgs. n. 165 del 2001; gli atti relativi a tali mobilità sarebbero nulli ai sensi del combinato degli articoli 2, comma 2 e 30, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, nonché fonte di danno erariale.

[9] Cass., sez. unite civili, 12 dicembre 2006, n. 26420, in *Giust. Civ.*, 12, I, 2976.

[10] Si veda Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2010, n. 5830; T.A.R. Napoli Campania sez. V, 17 settembre 2012, n. 3886. Si veda pure Corte Cost., 12 novembre 2010 n. 324.

[11] Si ritiene che la mobilità debba essere effettuata anche qualora si intenda procedere alla copertura di posti mediante selezione o concorso interno ovvero scorrimento delle relative graduatorie. Si rammenta comunque che le progressioni verticali, oltre che da ritenersi illegittime in quanto la materia del passaggio di carriera costituisce nuova assunzione e pertanto è sempre stata sottratta alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera c), n. 4), della legge 23 ottobre 1992, n. 421 (si veda in tal senso T.A.R. Lazio, sez. III-ter, n. 1308/2012), sono ora vietate per tutte le amministrazioni pubbliche dall'art. 24, comma 1 e 62 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, né è consentito scorrere le relative graduatorie, a decorrere dall'1 gennaio 2010.

[12] Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14, in *Giust. civ.* 2011, 12, I, 2980.

[13] Nel senso che non occorra specifica motivazione per la scelta di coprire posti vacanti in organico mediante procedure di mobilità anziché con lo scorrimento di una graduatoria valida si veda T.A.R. Sardegna, Cagliari, 20 giugno 2013, n. 478; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 11 febbraio 2010, n. 542.

[14] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 21 settembre 2011 n. 2250; T.A.R. Puglia - Bari, sez. II, 28 maggio 2008 n. 1307

[15] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 21 settembre 2011 n. 2250.

[16] T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1212.

[17] Cons. Stato, Ad. Plen., n. 14/2011; T.A.R. Basilicata, sez. I, 6 aprile 2012, n. 171.

[18] Ciò in quanto le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001 <<costituiscono disposizioni a carattere imperativo>>.