

LA MOBILITÀ VOLONTARIA NEL LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA P.A.

(Avv. Vittorio Elio Manduca ¹)

10 giugno 2011

1. NOZIONE

La “mobilità volontaria” è una particolare fattispecie di “cessione del contratto”, attraverso la quale è consentito ai dipendenti pubblici il “passaggio diretto tra amministrazioni diverse”, ossia il trasferimento da un’amministrazione (quella di appartenenza del dipendente che fa domanda di mobilità) ad altra amministrazione (che intende ricoprire un posto vacante in organico per la qualifica corrispondente), attraverso una procedura di evidenza pubblica generalmente rappresentata da un “Bando” o “Avviso di Mobilità”.

2. FONTI

La principale fonte di regolamentazione dell’istituto della “Mobilità Volontaria” è attualmente costituita, in via quasi esclusiva, dall’art. 30 del D.lgs. n. 165/2001, come modificato dall’art. 49 del d.lgs. n. 150 del 2009 (²), norma che vincola indistintamente tutte le amministrazioni pubbliche (³),

¹ Specialista in Studi sulla Pubblica Amministrazione - Dirigente di ruolo della Regione Calabria, iscritto alla DIRER.

² **D.lgs. n. 165/2001 - Art. 30. Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse.**

«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.

1-bis. Fermo restando quanto previsto al comma 2, con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e previa intesa con la conferenza unificata, sentite le confederazioni sindacali rappresentative, sono disposte le misure per agevolare i processi di mobilità, anche volontaria, per garantire l'esercizio delle funzioni istituzionali da parte delle amministrazioni che presentano carenze di organico.

2. I contratti collettivi nazionali possono definire le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dal comma 1. 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.

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.

2-ter. L'immissione in ruolo di cui al comma 2-bis, limitatamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero degli affari esteri, in ragione della specifica professionalità richiesta ai propri dipendenti, avviene previa valutazione comparativa dei titoli di servizio e di studio, posseduti dai dipendenti comandati o fuori ruolo al momento della presentazione della domanda di trasferimento, nei limiti dei posti effettivamente disponibili.

2-quater. La Presidenza dei Ministri, per fronteggiare le situazioni di emergenza in atto, in ragione della specifica professionalità richiesta ai propri dipendenti può procedere alla riserva di posti da destinare al personale assunto con ordinanza per le esigenze della Protezione civile e del servizio civile, nell'ambito delle procedure concorsuali di cui all'articolo 3, comma 59, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, e all'articolo 1, comma 95, della legge 30 dicembre 2004, n. 311.

2-quinquies. Salvo diversa previsione, a seguito dell'iscrizione nel ruolo dell'amministrazione di destinazione, al dipendente trasferito per mobilità si applica esclusivamente il trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio, previsto nei contratti collettivi vigenti nel comparto della stessa amministrazione».

³ Cfr. **Art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001** «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad

poiché la disciplina della mobilità del personale tra amministrazioni diverse, come ha avuto modo di chiarire la Consulta ⁽⁴⁾ va ricondotta «*alla materia dell'ordinamento civile*» riservata dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, e non già a materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni, ovvero all'organizzazione amministrativa degli altri enti pubblici.

Ne consegue che, in materia di mobilità, non c'è spazio per una autonoma legislazione regionale (costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, comma 2, Cost. e come tale non applicabile in luogo della disciplina statale), né, tantomeno, per una diversa disciplina della materia attraverso regolamenti dei singoli enti pubblici (nulla per violazione di norma imperativa di legge e, come tale, da disapplicare in favore della norma di legge statale).

L'unica fonte ulteriore deputata a regolamentare la materia, come stabilito dello stesso art. 30, comma 2, D.lgs. n. 165/2001, è costituita dalla contrattazione collettiva, essendo espressamente previsto che «*I contratti collettivi nazionali possono definire le procedure e i criteri generali per l'attuazione*» della mobilità volontaria.

3. DISCIPLINA

3.1. LA “ATIPICITÀ” DELLA CESSIONE DEL CONTRATTO PREVISTA DALLA DISCIPLINA SULLA MOBILITÀ VOLONTARIA E LA “QUALIFICA” DEL DIPENDENTE.

La disamina della disciplina afferente l'istituto della mobilità, dunque, non può che partire dalla lettera dell'art. 30, comma 1, D.lgs. n. 165/2001.

Infatti, il primo periodo della citata norma stabilisce che «*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*».

La norma, in primo luogo, stabilisce che la modalità attraverso la quale sia attuata la mobilità volontaria è l'istituto civilistico della “cessione del contratto”, attraverso un procedimento avviato “ad istanza di parte”.

La stessa norma, poi, fa riferimento alla “*qualifica (funzionale)*” del dipendente che faccia domanda di trasferimento, che deve essere corrispondente a quella del posto vacante da coprire, mentre la norma non reputa necessario il possesso del medesimo “*profilo professionale*”.

ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 ».

⁴ Cfr. C. Cost., 3-12 novembre 2010, n. 324.

Ciò lascia aperto il campo a diverse possibili interpretazioni, soprattutto laddove i CCNL non abbiano provveduto a colmare la lacuna, tuttavia, alla luce dell'attuale disciplina dei CCNL che nei vari comparti ha adottato la nuova classificazione del personale, non più diviso per qualifiche funzionali (I, II, III, ecc), bensì per area o categoria ⁽⁵⁾ e livello retributivo (1, 2, 3, 4, ecc.), con la sola eccezione della “qualifica dirigenziale” (rimasta immutata), la mobilità dovrebbe essere consentita per la copertura di posto vacanti relativi alla stessa categoria giuridica ed alla medesima “area professionale” ⁽⁶⁾ di appartenenza, all'interno del medesimo comparto, ovvero a qualifica/categoria corrispondente, se riferiti a diverso comparto, indipendentemente dalla situazione retributiva.

3.2. I “CRITERI DI SCELTA”

Il secondo periodo del medesimo comma 1, poi, chiarisce che «*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*», con il che diviene chiaro che, sebbene la mobilità volontaria attenga alla materia dei rapporti di diritto privato, la fase “costitutiva” del rapporto continua ad avere aspetti pregnanti e profondamente infusi di disciplina pubblicistica, tanto da far ritenere che, laddove il novellato art. 30 del D.lgs. n. 165/2001 parla di fissazione dei “criteri di scelta”, l'evidenza pubblica prevista dalla norma, risponde «*semplicemente alla necessità di rispettare l'art. 97 Cost. e, precisamente, i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione*» ⁽⁷⁾.

In proposito, infatti, la Corte Costituzionale ha recentemente avuto modo di precisare che «*l'istituto della mobilità volontaria altro non è che una fattispecie di cessione del contratto; a sua volta, la cessione del contratto è un negozio tipico disciplinato dal codice civile (artt. 1406-1410).*

⁵ Ad es., nel comparto Regioni-Enti Locali le categorie giuridiche “A”, “B” (suddivisa in B1 e B3), “C” e “D” (suddivisa in D1 e D3), cui corrispondono categorie equipollenti in altri comparti di contrattazione, da individuare sulla base di apposite tabelle di equiparazione allegate ai CCNL o ad alcuni provvedimenti amministrativi di riconoscimento

⁶ Le “aree professionali” sono variamente individuate dalle amministrazioni al loro interno. Generalmente, però, esse non si discostano molto da alcuni “archetipi”, che, fatta salva l'eventuale “diversa nomenclatura”, normalmente sono riconducibili a un numero limitato costituito da complessi di profili professionali tra loro omogenei e non eccessivamente specifici. Tale distinzione per “aree” non può essere tale da rendere i posti di fatto “infungibili” tra amministrazioni diverse, e in via di approssimazione, possono esserne individuate almeno 6, così distinte:

- 1) Area Giuridico-Amministrativa (lauree in Giurisprudenza, Scienze Politiche, Scienze dell'Amministrazione ed equipollenti);
- 2) Area Economico-Finanziaria (lauree in Economia, Scienze Politiche, ed equipollenti);
- 3) Area Tecnica (lauree in Architettura, Ingegneria – tranne ingegneria informatica - Geologia, e similari);
- 4) Area Scientifica (Ingegneria informatica, Fisica, Matematica, Biologia e similari);
- 5) Area Medico-Sanitaria, eventualmente distinta in due “ruoli”, uno Medico (lauree in Medicina, Medicina Veterinaria, Farmacia, Odontoiatria, Scienze Biologiche ed equipollenti) e uno Sanitario (laurea in Scienze Infermieristiche e altre lauree per le professioni sanitarie non mediche);
- 6) Area Socio-Culturale (Lauree in Lettere, Filosofia, Storia, Conservazione dei Beni Culturali, Scienze Politiche, Sociologia e similari).

⁷ Cfr. C. Cost., 3-12 novembre 2010, n. 324.

Si è, pertanto, in materia di rapporti di diritto privato e gli oneri imposti alla pubblica amministrazione dalle nuove disposizioni introdotte dall'art. 49 del d.lgs. n. 150 del 2009 rispondono semplicemente alla necessità di rispettare l'art. 97 Cost., e, precisamente, i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione»⁽⁸⁾, con il ché la Consulta intende attestare la possibile coesistenza di una modalità di reclutamento del “contraente” conforme ai principi di evidenza pubblica di cui all'art. 97 della Costituzione e di un istituto di diritto privato, del quale la procedura costituisca il mero presupposto a garanzia dei canoni pubblicistici dell'imparzialità e del buon andamento.

La peculiarità di tale ricostruzione, tuttavia, risiede nel fatto che la mobilità volontaria non comporta la “costituzione di un nuovo rapporto”, ma solo il “**trasferimento della titolarità di un rapporto di lavoro già esistente**” da un'Amministrazione a un'altra, per cui la sottoposizione della mobilità a regole di evidenza pubblica costituisce un'eccezione non di poco conto al principio di “gestione dei rapporti lavorativi di natura privatistica con i poteri del privato datore di lavoro”⁽⁹⁾.

Non va, infatti, dimenticato che si tratta pur sempre della cessione di un rapporto di lavoro di natura privatistica al quale il dipendente ceduto ha avuto già accesso previo esperimento e superamento di un pubblico concorso che ne ha attestato l'idoneità alle mansioni/funzioni da svolgere e a questi ha conferito una specifica “qualifica” (ovvero, con la sola eccezione della dirigenza, *rectius*, l'inquadramento in una specifica categoria) e “area professionale”⁽¹⁰⁾.

Invero, la natura “privatistica” della mobilità non può subire una eccessiva compressione in relazione ai canoni dell'art. 97 Cost., pena la perdita della stessa natura privatistica a favore di una disciplina pubblicistica, dovendosi perciò limitare il più possibile ad una mera “valutazione comparativa”, di carattere oggettivo e meccanico, la procedura di verifica della corrispondenza tra la professionalità richiesta dall'amministrazione di destinazione e quella già comprovata dal dipendente nell'amministrazione di provenienza, in rapporto ad altre figure analoghe, restando essa sempre ancorata alla fattispecie della “cessione di contratto” di cui agli artt. 1406-1410 del codice civile, normalmente subordinata soltanto al semplice consenso dei contraenti (dipendente ceduto, amministrazione cedente e amministrazione cessionaria).

Conseguentemente, la distinzione da operare nell'attribuire una graduazione al tipo di “selezione” che può essere effettuata, nell'ambito di una procedura di mobilità volontaria, non si

⁸ Cfr. C. Cost., 3-12 novembre 2010, n. 324.

⁹ Cfr. Art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 «Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'articolo 9. Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici.»

¹⁰ Da non confondere con lo specifico “profilo professionale”, ininfluenza per come già visto sopra - vedi nota n. 6.

riduce ad una differenza meramente “lessicale” cui segue un appiattimento e una omogeneizzazione rispetto alle ordinarie modalità di “accesso” al pubblico impiego, dovendosi, al contrario, attribuire un significato pregnante e precipuo a ciascuna delle locuzioni utilizzata dalla legge.

Invero, una cosa è fare riferimento alle «*procedure di reclutamento*» necessarie per l’accesso alla P.A. mediante concorso pubblico (artt. 35 e 70 D.lgs. n. 165/2001), cosa in parte diversa è riferirsi alle «*procedure comparative*», di natura para-concorsuale, necessarie per il conferimento di incarichi professionali a soggetti esterni all’amministrazione (art. 7, commi 6 e 6-bis, D.lgs. n. 165/2001) ⁽¹¹⁾, altra cosa ancora, diversa dalle prime due, è il riferimento a «*criteri di scelta*» (art. 30 D.lgs. n. 165/2001), per il quale va rigorosamente applicato il principio “*lex tam dixit quam voluit*”. Pertanto, se nel caso delle «*procedure di reclutamento*» è abbastanza evidente il totale rinvio (operato dal D.lgs. n. 165/2001) alle procedure concorsuali disciplinate in buona parte dal D.P.R. n. 487/1994 ⁽¹²⁾ e se ben diverse sono le «*procedure comparative*», evidentemente consistenti in un “*minus*” rispetto alle prime, per cui in tal caso dovrà attuarsi una procedura “para-concorsuale” (con valutazione dei candidati “per titoli e colloquio” o “per soli titoli”), allora la «*fissazione di criteri di scelta*» per le procedure di mobilità deve intendersi come qualcosa di ancora più ristretto, giacché, vertendosi in materia di “*rapporti di lavoro già costituiti con le garanzie di cui all’art. 97 Cost.*” (ossia attraverso il pregresso superamento di un pubblico concorso già espletato), la norma di cui all’art. 30 D.lgs. n. 165/2001, anche alla luce dei principi in materia di accesso al pubblico impiego rinvenibili nella Sentenza C. Cost. n. 108/2011, deve essere applicata secondo una stretta interpretazione letterale, ossia deve essere intesa come la **previa indicazione di criteri oggettivi (plausibilmente “meccanici”) che consenta al massimo una “valutazione comparativa per soli titoli”** (titoli di servizio, titoli di studio, anzianità di servizio, esperienza professionale maturata, età anagrafica, carichi di famiglia, ecc.), eventualmente (e più correttamente, in ossequio al principio di buon andamento) stabilendo distinte “aree professionali” ⁽¹³⁾ per le quali la mobilità può essere esperita, ma senza che la stessa possa essere soggetta a ulteriore discrezionalità (o peggio, al mero arbitrio) nella valutazione di ciascun candidato ⁽¹⁴⁾.

¹¹ Tale modalità di accesso, attraverso “procedura selettiva” para-concorsuale, dovrebbe ritenersi applicabile anche nei casi di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla P.A. ai sensi dell’art. 19, commi 6, 6-bis e 6-ter, del D. Lgs. n. 165/2001.

Cfr. Avv. Vittorio Elio Manduca, *Il Pubblico Concorso come modalità esclusiva d’accesso alla Pubblica Amministrazione – Commento alla Sentenza della Corte Costituzionale, 1 aprile 2011, n. 108, sulle misure di stabilizzazione di lavoratori precari e le ipotesi di concorsi “riservati”, e spunti di riflessione* (pubblicato sul sito www.direr.it e rinvenibile al link: http://www.direr.it/wp-content/uploads/Commento-a-sentenza-C.Cost._-108_20111.pdf)

¹² Ossia un concorso pubblico per titoli ed esami o per soli esami, salvi i casi in cui sia ammesso il reclutamento attraverso le liste di collocamento.

¹³ Vedi nota n. 6.

¹⁴ A tal proposito corre l’obbligo di segnalare una prassi ultimamente invalsa in molte amministrazioni, ossia quella di indire un avviso pubblico per l’esperimento di procedure di mobilità che viene effettuata con modalità concorsuali o con selezione “per titoli e colloquio” (in cui spesso è presente anche un “colloquio motivazionale” che garantisce una certa quota di punteggio) con un punteggio minimo da raggiungere per poter transitare nei ruoli dell’amministrazione che ha indetto l’avviso pubblico. In merito, si è

Tale interpretazione restrittiva trova conferma nel dato letterale fornito dallo stesso art. 30 del D.lgs. n. 165/2001 che, al comma 2-ter, stabilisce espressamente che *«L'immissione in ruolo di cui al comma 2-bis, limitatamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero degli affari esteri, in ragione della specifica professionalità richiesta ai propri dipendenti, avviene previa valutazione comparativa dei titoli di servizio e di studio, posseduti dai dipendenti comandati o fuori ruolo al momento della presentazione della domanda di trasferimento, nei limiti dei posti effettivamente disponibili»*.

Orbene se per la “peculiare natura” dei rapporti di lavoro alle dipendenze della Presidenza del Consiglio dei Ministri e per il Ministero degli Affari Esteri, nel caso di mobilità volontaria, la natura privatistica della cessione del contratto trova la sua massima compressione nella **“previa valutazione comparativa dei titoli di servizio e di studio”** che è, evidentemente, un criterio assolutamente meccanico e oggettivo, privo di qualsiasi valutazione discrezionale, a maggior ragione tale meccanismo non può essere difforme, o arricchito da altre forme valutative, per procedure di mobilità afferenti amministrazioni diverse dalle due sopraindicate.

Ne consegue che in nessun caso le “procedure di mobilità” possono dar luogo ad un “nuovo concorso pubblico” (“per esami” o “per titoli ed esami”) o ad una procedura comparativa para-concorsuale “per titoli e colloquio”, essendo tale procedura relativa alla copertura di un posto equivalente a quello per il quale i dipendenti/dirigenti che chiedono la mobilità hanno già superato la relativa procedura concorsuale e per il quale essi sono già stati giudicati idonei allo svolgimento delle relative mansioni e/o funzioni, conseguendo il corrispondente status giuridico (qualifica o categoria).

Una *ratio* del tutto simile, del resto, si ritrova nelle più recenti norme che consentono alle amministrazioni di attingere da graduatorie degli “idonei” di concorsi indetti da altre amministrazioni senza necessità di effettuare un nuovo concorso ⁽¹⁵⁾.

potuto riscontrare che, in molti casi, l'amministrazione procede ad un “esame-farsa”, in cui alla fine nessuno dei candidati ottiene la valutazione minima prevista dall'avviso pubblico per ottenere la mobilità (in genere “giocando” sull'attribuzione del punteggio sul colloquio motivazionale - *sic!*), in modo che l'amministrazione possa ottenere il pretesto per poter bandire un concorso aperto all'esterno, “in barba” sia alle norme sul contenimento della spesa pubblica per il personale, sia all'idoneità dei candidati alle mansioni/funzioni già accertata in altro (e più serio) concorso pubblico per l'accesso all'impiego nella pubblica amministrazione e, conseguentemente, a tutto discapito delle professionalità già esistenti all'interno delle amministrazioni pubbliche. È abbastanza evidente come tali tipologie di “procedure”, alla luce dei principi sopra esposti, siano da ritenere palesemente illegittime.

¹⁵ La possibilità per le amministrazioni pubbliche di avvalersi di graduatorie concorsuali approvate da altre amministrazioni, trova fondamento nell'art. 9, comma 1, Legge n. 3/2003, il quale stabilisce che *«A decorrere dal 2003, fermo restando quanto previsto dall'articolo 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, in materia di programmazione delle assunzioni, con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti le modalità e i criteri con i quali le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e gli enti pubblici non economici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della propria dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione»*.

Con la Finanziaria del 2004 tale possibilità venne estesa a tutte le amministrazioni pubbliche e quindi anche agli enti locali, prevedendo all' art. 3, comma 61 della Legge n. 350/2003 la possibilità per le stesse di utilizzare le

3.3. IL PERFEZIONAMENTO DELLA CESSIONE

Il terzo ed ultimo periodo del comma 1 dell'art. 30 D.lgs. n. 165/2001 stabilisce, infine, che *«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»*.

Tale norma, non particolarmente felice per la sua formulazione letterale, sembrerebbe lasciar intendere che ai fini del perfezionamento della mobilità sarebbe sufficiente il “*parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è assegnato* (nel caso in cui si tratti di personale in posizione di comando o fuori ruolo già presente presso l'amministrazione cessionaria) *o sarà assegnato* (in tutti gli altri casi)”.

In realtà, poiché tale parere tiene luogo solo del consenso dell'amministrazione cessionaria (di destinazione) e non anche del consenso dell'amministrazione cedente (di provenienza) e poiché per il perfezionamento della fattispecie contrattuale della “cessione del contratto” è comunque necessario anche il consenso di quest'ultima, non pare potersi prescindere dal “nulla osta” in uscita rilasciato dall'amministrazione presso la quale il dipendente presta servizio, ovvero un atto o provvedimento equipollente ⁽¹⁶⁾.

L'Art. 30, comma 2-bis, secondo periodo, D.lgs. n. 165/2001 dispone che *«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»*. Va peraltro precisato che, fermo restando il mantenimento della “posizione economica contrattualmente in godimento”, l'eventuale trattamento economico accessorio, avente carattere precario ed accidentale e non connotato dal carattere di fissità e continuità, non può essere in nessun caso mantenuto nel passaggio per mobilità tra due pubbliche amministrazioni ⁽¹⁷⁾.

3.4. LA PREVALENZA DELLA MOBILITÀ SUI CONCORSI

Tutte 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»* (Art. 30, comma 1, secondo periodo, D.lgs. 165/2001), in maniera obbligatoria, e comunque *«prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali,*

graduatorie di altre amministrazioni previo accordo tra le stesse, nel rispetto dei limiti e delle procedure fissate dalla stessa legge per le assunzioni.

¹⁶ Alcuni CCNL, tuttavia, prevedono meccanismi alternativi. Ad es. l'art. 16 del CCNL Regioni-Enti Locali - Area separata della dirigenza – per il quadriennio normativo 1998-2001 consente al dirigente che presenti domanda di trasferimento ad altra amministrazione del Comparto che vi abbia dato assenso, di sostituire il nullaosta dell'amministrazione di appartenenza con il preavviso di 4 mesi.

¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 11.12.2006, n. 14

*finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità» (art. 30, comma 2-bis, del D.lgs. n. 165/2001» da attuarsi per l'appunto mediante cessione del contratto di lavoro di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, **pena la nullità delle procedure concorsuali e delle relative assunzioni, con conseguente piena possibilità di tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo** (18).*

Ciò pone un principio di prevalenza della mobilità sui concorsi a garanzia del quale l'art. 30, comma 2, secondo periodo, D.lgs. n. 165/2001 stabilisce che *«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»*, ivi dovendosi comprendere anche quelle clausole dei CCNL che dovessero disporre in difformità da tale principio.

3.5. IL “PRIVILEGIO” DEI COMANDATI E DEI FUORI-RUOLO

Sempre il comma 2-bis, primo periodo, dell'art. 30 D.lgs. n. 165/2001 dispone che *«Le amministrazioni... (provvedono) 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»*.

La norma in esame, salvi i casi previsti dal comma 2-ter, sostanzialmente, consente ai dipendenti in posizione di comando o fuori ruolo di accedere ad una procedura di mobilità “privilegiata”, nel senso che essi non vengono assoggettati ad alcun procedimento ad evidenza pubblica, neppure consistente in una valutazione comparativa dei titoli.

Il presupposto logico di tale scelta del legislatore pare essere quello in base al quale, trattandosi di soggetti che già ricoprono temporaneamente la posizione lavorativa che intendono occupare stabilmente attraverso la mobilità, la loro idoneità a svolgere detta funzione/mansione si dà per acquisita.

Tale “presunzione”, tuttavia, oggi si scontra con i principi sanciti dalla Consulta nelle richiamate sentenze n. 324/2010 e n. 108/2011, giacché se è vero che in ogni caso il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. è garantito solo dalla selezione del “miglior candidato” che, nel caso della mobilità, avviene attraverso “criteri selettivi predeterminati” e dunque attraverso una valutazione comparativa “per soli titoli”, secondo un'attenta lettura della norma e una sua interpretazione costituzionalmente orientata, l'esenzione dall'assoggettamento a tali procedure, concessa dalla vigente normativa ai “comandati” e ai “fuori ruolo”, potrebbe essere

¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 18 agosto 2010, n. 5830; T.A.R. Emilia-Romagna – Bologna, Sez. I, 2 dicembre 2009, n. 26341.

legittimata solo laddove a tali peculiari posizioni si acceda attraverso una procedura selettiva analoga.

Ma così non è, giacché l'istituto del comando, disciplinato dagli artt. 56 e 57 del D.P.R. n. 3/1957 (come modificato dalla Legge n. 127/1997) ¹⁹ si limita semplicemente a destinare il dipendente pubblico, temporaneamente e per sopperire ad esigenze eccezionali dell'Amministrazione richiedente, ad un'amministrazione diversa da quella di appartenenza, senza alcuna previa comparazione con altri soggetti. Né valutazione comparativa alcuna avviene per i soggetti collocati "fuori ruolo".

¹⁹ In particolare, l'art. 56 t.u. n. 3/1957 (Comando presso altra amministrazione) recita testualmente: «L'impiegato può essere comandato a prestare servizio presso altra amministrazione statale o presso enti pubblici, esclusi quelli sottoposti alla vigilanza dell'amministrazione cui l'impiegato stesso appartiene. Il comando è disposto, per tempo determinato e in via eccezionale, per riconosciute esigenze di servizio o quando sia richiesta una speciale competenza. Al comando si provvede con decreto dei ministri competenti di concerto con il ministro per il Tesoro, sentito l'impiegato ed il Consiglio di amministrazione. Per l'impiegato con qualifica non inferiore a direttore generale, si provvede con decreto del presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio dei ministri, su proposta dei ministri competenti di concerto con quello per il Tesoro. È vietata l'assegnazione anche temporanea di impiegati ad uffici diversi da quelli per i quali sono istituiti i ruoli cui essi appartengono».

La nozione di **comando** di cui all'art. 56 t.u.n. 3/1957, descrive il fenomeno per cui il pubblico impiegato, titolare di un posto di ruolo presso una Pubblica Amministrazione, viene temporaneamente a prestare servizio presso altra Amministrazione o presso altro ente pubblico e importa, da un lato, l'obbligo di prestare servizio presso un ufficio od un ente diverso da quello di appartenenza e, dall'altro, la dispensa dagli obblighi di servizio verso l'Amministrazione di origine. Poiché l'art. 56 ultimo comma del t.u. citato vieta l'assegnazione anche temporanea di impiegati ad uffici diversi da quelli di appartenenza, il collocamento nella posizione di comando va considerato un **istituto di carattere eccezionale**. Infatti, per giurisprudenza pacifica, **la possibilità di disporre il comando di un impiegato presso altra Amministrazione statale o presso enti pubblici, è prevista nell'interesse dell'Amministrazione che dispone il comando a favore di altra Amministrazione, la quale deve ricorrervi in via eccezionale e di fronte ad esigenze che ne giustifichino l'adozione**. Tali esigenze temporanee ed eccezionali giustificano la concessione al dipendente della medesima posizione giuridica, malgrado la modificazione che si produce nell'espletamento della prestazione del servizio, nonché l'onere della spesa a carico dell'Amministrazione di appartenenza. La posizione di **comando** di un pubblico dipendente, pur non comportando alcuna alterazione del rapporto di impiego, ne implica una rilevante modificazione in senso oggettivo, giacché l'impiegato viene destinato a prestare servizio, in via ordinaria e abituale, presso un'amministrazione diversa da quella di appartenenza. In particolare, fermo restando il c.d. rapporto organico (che continua ad intercorrere tra il dipendente e l'ente di appartenenza o di titolarità), si modifica il c.d. rapporto di servizio, atteso che il dipendente è inserito, sia sotto il profilo organizzativo - funzionale, sia sotto quello gerarchico e disciplinare, nella nuova amministrazione di destinazione, a favore della quale egli presta esclusivamente la sua opera. Caratteristiche peculiari della posizione di comando sono la temporaneità della destinazione e, dunque, la sua reversibilità, con la conseguenza che essa non può essere confusa con l'istituto della mobilità (che postula invece la definitiva assegnazione del dipendente ad un determinato ufficio); ciò implica che alla posizione di comando del dipendente presso una nuova amministrazione non si accompagna la corrispondente soppressione del posto in organico presso l'amministrazione di provenienza: è stato così affermato che il comando comporta lo spostamento del pubblico dipendente per un periodo non breve in un'altra località e presso altra amministrazione che ne diventa la ordinaria sede di lavoro (Consiglio di Stato, sez. IV, 27 aprile 1995, n. 271). La posizione di comando differisce poi ontologicamente dall'invio in missione che, com'è noto, si caratterizza per il fatto che il dipendente è chiamato a svolgere, sempre in favore della sua amministrazione di appartenenza, la ordinaria prestazione lavorativa per un brevissimo arco di tempo in una sede diversa da quella abituale di servizio (appartenente pur sempre alla stessa amministrazione): proprio tale peculiarità giustifica l'erogazione della c.d. indennità di missione volta a compensare la maggiore onerosità della prestazione dovuta allo stesso datore di lavoro. Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito (Consiglio di Stato, sez. V, 21 ottobre 1997, n. 1165) che l'indennità di missione è dovuta soltanto quando l'impiegato sia inviato isolatamente a prestare l'ordinario servizio fuori della sua sede abituale e ciò quando tale spostamento costituisca una temporanea misura organizzativa, intesa a modificare eccezionalmente il normale luogo di effettuazione della prestazione lavorativa (Consiglio Stato, sez. IV, 29 settembre 2003, n. 5542). È legittimo, in quanto di natura ampiamente discrezionale, il provvedimento con il quale l'amministrazione dispone la cessazione del dipendente dalla posizione di "comando" per sopraggiunte esigenze di servizio (Consiglio di Stato, sez. VI, 08 gennaio 2003, n. 2). Se è vero che il comando è finalizzato al perseguimento dell'interesse dell'amministrazione presso cui il dipendente comandato va a prestare servizio e che quindi rientra nei poteri di quest'ultima di attivarsi ai fini della cessazione degli effetti di detto provvedimento, è vero altresì che il dipendente comandato presso altra amministrazione non acquisisce un nuovo rapporto di impiego né modifica quello originario restando sottoposto alla pregressa regolamentazione giuridica dell'ente di provenienza con l'unica variante della prestazione di fatto del servizio a favore di una amministrazione diversa, sostituendosi, quest'ultima, solo nell'esercizio dei poteri di supremazia gerarchica. Pertanto unico soggetto legittimato ad intervenire su quel rapporto, ad esempio, con un provvedimento di revoca del comando, è l'ente rispetto al quale permane il rapporto di dipendenza organica, mentre il potere dell'ente che si è giovato dell'attività del personale comandato si concretizza solo nella possibilità di attivarsi perché vengano meno gli effetti dell'originario provvedimento (Consiglio di Stato Sez. IV, 30 gennaio 2001, n. 322).

Invero, se l'istituto del Comando (nella sua forma "tipica", ossia, effettuato nell'interesse dell'amministrazione di destinazione), crea una situazione "precaria" ed è assimilabile ad una "mobilità temporanea", dovrebbero ritenersi applicabili i principi stabiliti dalla Corte Costituzionale nella Sentenza n. 108/2011, la quale, nella sostanza, ha chiarito che sono assoggettate all'obbligo di esperire un pubblico concorso sia le posizioni che devono essere coperte con contratti "flessibili" (ivi inclusi anche i contratti a tempo determinato), sia le procedure di stabilizzazione di lavoratori precari.

Pertanto, alla luce del nuovo orientamento della Corte Costituzionale, *mutatis mutandis*, si dovrebbe ritenere che, o al comando "tipico" si accede mediante "procedura di evidenza pubblica seguita da valutazione comparativa per soli titoli" tra più candidati (come prescritto per la mobilità), tale per cui essendo stati valutati "a monte" non sarebbe necessaria una nuova valutazione in sede di mobilità, oppure, laddove la posizione ricoperta venga "stabilizzata" attraverso la mobilità volontaria, anche i comandati devono prendere parte alla procedura di evidenza pubblica secondo gli stessi "criteri selettivi" cui sono assoggettate le domande di mobilità degli esterni. Tutt'al più, in questo secondo caso, volendo forzare l'interpretazione della norma e dei pronunciamenti della Consulta e, quindi, mantenere in parte il "privilegio" per i comandati e i fuori ruolo, potrebbe essere ritenuta ragionevole l'applicazione della riserva dei posti da coprire "per mobilità", comunque non superiore al 50% dei posti, analogamente a quanto avviene con la riserva prevista per i dipendenti "interni" all'Amministrazione che prendono parte ad un concorso pubblico indetto dalla stessa.

Diversamente opinando, l'attuale modalità di applicazione del "privilegio", oltre a favorire l'insorgenza di eventuale contenzioso, si presterebbe a dubbi di legittimità costituzionale che solo un nuovo intervento della Consulta sarebbe in grado di fugare definitivamente.

Per completezza espositiva, va segnalato che di "comando" in senso proprio si può parlare solo se "effettuato nell'interesse dell'amministrazione di destinazione", ancorché, nella prassi, non sempre il dipendente venga comandato per esigenze dell'Amministrazione richiedente. Infatti, talvolta si ricorre impropriamente all'istituto del comando per temporanee e/o eccezionali esigenze dell'Amministrazione di appartenenza, ad esempio, laddove per essa sussista l'esigenza di far acquisire al proprio dipendente comandato nuove conoscenze, competenze ed esperienze presso altra amministrazione (in chiave formativa e/o di acquisizione di un *know how* non presente nell'amministrazione di appartenenza del dipendente), di modo tale per cui il dipendente comandato, al suo rientro nell'Amministrazione di appartenenza, possa spendere le competenze acquisite e dividerle all'interno della propria Amministrazione. In tale fattispecie, poiché non si tratta dell'istituto del comando per come disciplinato dal Testo Unico degli Impiegati Civili dello Stato, ma si rientra in una fattispecie "atipica", pur ammessa dalla prassi, il richiamato "privilegio"

in caso di mobilità, in favore del dipendente “atipicamente” comandato, dovrebbe ritenersi non operante o comunque inapplicabile.

4. L'INCIDENZA ECONOMICA DELLA MOBILITÀ SUI VINCOLI DI BILANCIO DELLE AMMINISTRAZIONI

Dal 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il limite alle assunzioni di cui all'art. 14, comma 9, del D.L. n. 78/2010, convertito nella legge n. 122/2010, ovvero la possibilità di effettuare “nuove assunzioni” nel limite del 20% della spesa delle cessazioni dell'anno precedente, in base al quale nel 2011 non è possibile assumere in deroga al *turn-over* di cui sopra, anche laddove vi sia stata una programmazione nel 2010 e si sia avuto l'avvio delle procedure concorsuali senza che si sia perfezionata una effettiva assunzione entro il 31 dicembre 2010 (e a maggior ragione se i concorsi non sono stati neppure banditi entro il 2010), dovendosi considerare rilevante ai fini delle limitazioni la data di inizio attività lavorativa così come prevista dal contratto individuale stipulato e, se questa avviene nel 2011, automaticamente fa ricadere tale assunzione nei limiti previsti.

Tuttavia, con **Deliberazione n. 59/CONTR/10 del 6 dicembre 2010, della Corte dei Conti - Sezioni riunite in sede di controllo**, è stata confermata la vigenza dell'articolo 1, comma 47, della Legge n. 311/2004 (finanziaria 2005) ai sensi del quale, «*in vigenza di limiti alle assunzioni a tempo indeterminato (da ultimo fissati dalla legge di stabilità per il 2011), sono consentiti trasferimenti per mobilità, anche intercompartimentale, tra amministrazioni sottoposte alla limitazione, nel rispetto delle disposizioni organiche e, per gli enti locali, purché abbiano rispettato il patto l'anno precedente*».

Tale ultimo principio è stato richiamato anche dal Dipartimento “Funzione Pubblica” della Presidenza del Consiglio dei Ministri nella nota prot. n. 46078/2010 per cui «*la mobilità non verrà considerata né nella base del calcolo del 20% della spesa dei cessati, né nel costo degli assunti*».

Ne consegue che **i trasferimenti per mobilità non rientrano nel limite del 20%, né per quanto riguarda il calcolo della spesa delle cessazioni, né per quella delle assunzioni** ⁽²⁰⁾, reggendosi tale assunto sulla *ratio* che la mobilità è “neutra”, non facendo aumentare le spese di personale nel comparto Regioni-Enti Locali ed avendo la sola finalità di una migliore distribuzione delle risorse umane tra le diverse amministrazioni, come sembrano confermare le recenti pronunce del giudice contabile.

²⁰ *Contra* Corte dei Conti, sezione di controllo, della Sardegna, Deliberazione n. 15/2007, in cui si sostiene che le mobilità in uscita non possono essere considerate come cessazioni.