

Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni

Fondata nel 1998 da Franco Carinci e Massimo D'Antona

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Numero 1/2024

Rivista diretta da
Franco Carinci e Sandro Mainardi

Direttore responsabile
Franco Carinci



G. Giappichelli Editore

Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni

Fondata nel 1998 da Franco Carinci e Massimo D'Antona

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Numero 1/2024

Direttori:

Franco Carinci, Sandro Mainardi.

Direttore Responsabile:

Franco Carinci.

Vice direttori:

Alessandro Boscati, Gaetano D'Auria, Valerio Talamo.

Comitato di direzione: Alessandro Bellavista, Marina Brollo, Bruno Caruso, Davide Casale, Alfredo Corpaci, Gianfranco D'Alessio, Maria Dolores Ferrara, Alessandro Garilli, Gabriella Nicosia, Paolo Pascucci, Maurizio Ricci, Alessandro Riccobono, Riccardo Salomone, Ester Villa, Anna Zilli, Lorenzo Zoppoli.

Comitato scientifico:

Piergiovanni Alleva, José Antonio Fernández Avilés, Emilio Balletti, Francesco Basenghi, Franco Bassanini, Domenico Borghesi, Marco Cammelli, Bruno Caruso, Sabino Cassese, Carlo Cester, Marcello Clarich, Luigi De Angelis, Raffaele De Luca Tamajo, Bruno Dente, Madia D'Onghia, Marco Esposito, Valeria Fili, Giuseppe Ferraro, Luigi Fiorillo, Domenico Garofalo, Sergio Gasparrini, Edoardo Ghera, Vito Leccese, Francesco Liso, Fiorella Lunardon, Arturo Maresca, Pierluigi Mastrogiuseppe, Paolo Matteini, Oronzo Mazzotta, Michele Miscione, José Luis Monereo Pérez, Alessandro Pajno, Filippo Patroni Griffi, Mattia Persiani, Vito Pinto, Alberto Pizzoferrato, Fabio Alberto Roversi Monaco, Renato Ruffini, Mario Rusciano, Pasquale Sandulli, Rosario Santucci, Silvana Sciarra, Alberto Tampieri, Vito Tenore, Adriana Topo, Luisa Torchia, Paolo Tosi, Tiziano Treu, Patrizia Tullini, Roberto Voza, Gaetano Zilio Grandi, Carlo Zoli.

Caporedattore: Monica Navilli

Comitato di Redazione:

Marco Biasi, Sebastiano Castellucci, Chiara Cristofolini, Francesco Di Noia, Emanuele Menegatti, Pasquale Monda, Anna Montanari, Mauro Montini, Marina Nicolosi, Antonello Olivieri, Fabio Pantano, Valentina Pasquarella, Giovanni Zampini, Rosita Zucaro.

Valutazione:

Tutti i contributi destinati alla pubblicazione nella Rivista, sia su iniziativa degli autori, sia in quanto richiesti dalla Direzione della Rivista, sono sottoposti a una procedura di valutazione scientifica. Il contributo è avviato ai valutatori senza notizia dell'identità dell'autore. L'identità dei valutatori è coperta da anonimato.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Indice analitico della giurisprudenza</i>	III
<i>Indice cronologico della giurisprudenza</i>	VII
<i>Autori</i>	VIII

Sezione Prima: **Dottrina**

ANTONIO VISCOMI, <i>Dalla competenza alle competenze: questioni recenti in materia di professionalità e merito nel lavoro pubblico</i>	2
ANNA ZILLI, <i>Trasparenza e fruizione dei permessi sindacali nelle pubbliche amministrazioni</i>	24
ALESSANDRO RICCOBONO, <i>L'anagrafe delle prestazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasparenza e apparenza</i>	39
NUNZIO ANGIOLA e MARCO BARBIERI, <i>Amministrazioni e politica: note dal Mezzogiorno d'Italia</i>	48
CLAUDIO COSTANZO, <i>La libertà di manifestazione del pensiero degli appartenenti a Forze armate e Polizia di Stato. La rilevanza disciplinare delle espressioni, tra prestigio, immagine e clamore social</i>	63
LUISA ROCCHI, <i>Osservazioni in tema di mobilità volontaria del pubblico dipendente</i>	87

Sezione Seconda: **Giurisprudenza**

SUSANNA PALLADINI, <i>Disabilità e accomodamenti ragionevoli: la garanzia della piena uguaglianza con gli altri lavoratori ricorre in tutte le fasi del rapporto</i> (nota a Corte d'Appello di Trieste sez. lav. 3 marzo 2023, n. 25)	112
CLARA SERRAU, <i>I confini del regime delle incompatibilità nel pubblico impiego</i> (nota a Corte di cassazione sez. II sent. 29 novembre 2023, n. 33121)	133

	<i>pag.</i>
PIERLUCA BALDASSARRE PASQUALICCHIO, <i>Sul divieto di trasformazione del contratto di lavoro concluso con la pubblica amministrazione in violazione di legge. Profili risarcitori e retributivi</i> (nota a Corte di cassazione ordinanza 13 febbraio 2023, n. 4360)	152

Rassegna di giurisprudenza

<i>Lavoro nelle p.a. e giurisprudenza della Corte di cassazione (gennaio-marzo 2024)</i>	170
--	-----

Sezione Terza: Rubriche

1. Segnalazioni bibliografiche	175
---------------------------------------	-----

L'elenco delle Abbreviazioni è reperibile all'indirizzo www.lavoropubblicheamministrazioni.it

OSSERVAZIONI IN TEMA DI MOBILITÀ VOLONTARIA DEL PUBBLICO DIPENDENTE

REMARKS ON VOLUNTARY MOBILITY IN PUBLIC EMPLOYMENT

LUISA ROCCHI *

Abstract: Il saggio analizza la disciplina della mobilità volontaria dei pubblici dipendenti di cui all'art. 30 d.lgs. n. 165/2001 alla luce delle recenti modifiche che hanno eliso, quantomeno nell'ipotesi generale, il consenso dell'amministrazione di appartenenza. Sebbene sia difficile qualificare l'operazione come cessione del contratto, nel testo normativo sussistono degli elementi che inducono a ritenere immutate le conseguenze applicative e, dunque, il principio di continuità del rapporto. Permangono, tuttavia, alcune criticità, sia nell'ambito della corretta individuazione delle eccezioni, ma anche in ordine ad alcune questioni applicative ancora oggi controverse, quali, in particolare, il rapporto tra la mobilità e gli altri strumenti di reclutamento.

Abstract: *The essay analyzes the regulation of voluntary mobility of civil servants under art. 30 d.lgs. n. 165/2001 in the light of recent changes that have eliminated, at least in the general hypothesis, the consent of the administration. Although it is difficult to classify the transaction as a transfer of the contract, there are elements in the legislative text that lead to the conclusion that the consequences of the application and, therefore, the principle of continuity of the relationship are unchanged. However, some critical issues remain, both in the context of the correct identification of exceptions but also in relation to some application issues still controversial today such as the relationship between mobility and other recruitment tools.*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La qualificazione della mobilità volontaria come cessione del contratto: il consenso trilaterale. – 3. La riforma del decreto reclutamento e l'irrelevanza del consenso dell'amministrazione di appartenenza: la regola generale. – 3.1. Mobilità volontaria tra novazione e successione nel rapporto. – 3.2. L'irrelevanza sul piano degli effetti: la disciplina applicabile. – 3.3. L'inquadramento professionale e la mobilità volontaria extracompartimentale. – 3.4. Il trattamento economico e normativo spettante. – 3.5. La rilevanza dell'anzianità di servizio nel caso di passaggio diretto di personale. – 4. Le eccezioni al consenso: le posizioni motivatamente infungibili e il personale assunto da meno di tre anni. – 4.1. La carenza di organico. – 5. Il consenso della p.a. di destinazione tra discrezionalità e valutazione della professionalità. – 5.1. Le tutele esperibili dal dipendente illegittimamente escluso. – 6. La prevalenza della mobilità sulle tecniche di reclutamento del personale. – 7. Riflessioni conclusive.

* Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Roma Tre.

1. Premessa

Tra gli istituti più tormentati nell'ambito della disciplina del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione si annovera la "mobilità" del pubblico dipendente, nozione che ricomprende una vasta gamma di ipotesi di "passaggio" del lavoratore sia all'interno della stessa amministrazione che verso un'altra amministrazione¹.

Al riguardo, la mobilità individuale c.d. volontaria, ovvero concordata², la cui disciplina è contenuta nell'art. 30, c. 1, d.lgs. n. 165/2001, ha subito un costante rimaneggiamento ad opera del legislatore essendo oggetto di plurime modifiche volte a liberalizzare o a restringere le maglie dell'istituto.

La necessità di distribuire in maniera ottimale le risorse del personale³ e l'esigenza di colmare le vacanze di organico⁴, sono le ragioni alla base del suo continuo rimaneggiamento, dando luogo ad una stratificazione normativa che non ne agevola la disamina e solleva alcune incertezze applicative.

¹Per una prima classificazione delle molteplici manifestazioni della mobilità cfr. d.p.c.m. 20 dicembre 2014. Il termine mobilità viene utilizzato finanche a fini disciplinari, all'art. 55-*sexies*, c. 2, d.lgs. n. 165/2001. GRAGNOLI, *La mobilità*, in RUSCIANO-ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, 183 ss.; MAINARDI, *Il passaggio diretto e lo scambio di funzionari con l'estero*, in CARINCI-D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Milano, 2000, 945 ss.; SORDI, *Sub art. 18, d.lgs. 31 marzo, n. 80*, in DELL'OLIO-SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, 120 ss.; SORDI, *La mobilità volontaria nel pubblico impiego privatizzato*, in *Scritti in onore di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, 2917 ss.; ESPOSITO-SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, in ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 335 ss.; MASTINU, *La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014*, in questa *Rivista.*, 2014, 3-4, 603 ss.; BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2013, 449; id., *La mobilità individuale e collettiva: principi generali*, in AMOROSO-DI CERBO-FIORILLO-MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019, 499 ss.; D'ALESSIO-BOLOGNINO, *La mobilità del personale pubblico*, in *EI*, Libro dell'anno del diritto 2013, Roma, 225 ss.; GENTILE, *La mobilità nelle pubbliche amministrazioni*, in SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale privato e pubblico*, 2, Torino, 2020, 3644 ss.; ESPOSITO, *La disciplina della mobilità nel lavoro pubblico. Una storia di politiche e strumenti discontinui*, in *Sinapsi*, X, 1, 2020, 83-90. Sul tema si vedano anche i lavori monografici di RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, 2017; FIATA, *La mobilità dei dipendenti pubblici*, Torino, 2020.

²Che si contrappone alla c.d. mobilità forzose, ad esempio quella d'ufficio di cui all'art. 30, c. 2, d.lgs. n. 165/2001 nelle quali non rileva il consenso del lavoratore. L'istituto ha radici lontane ed era già contenuto nell'art. 32 del d.p.r. n. 3/1957.

³In tal senso LANOTTE, *La mobilità nelle normative di settore e nella contrattazione collettiva*, in AMOROSO-DI CERBO-FIORILLO-MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, 2019, 559 ss.

⁴La duplice *ratio* viene già evidenziata sotto la vigenza della previgente normativa da MAINARDI, *Il passaggio diretto e lo scambio di funzionari all'estero*, cit., 945 ss.

Dopo una apparente quiete, infatti, il legislatore ha nuovamente attenzionato l'art. 30 anche su impulso di quanto previsto dal PNRR⁵ che ha posto al centro il sistema di reclutamento del personale⁶. Ne è seguita l'emanazione dapprima dell'art. 3, c. 7, d.l. n. 80/2021, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113 e, successivamente, dell'art. 6, c. 1, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, che hanno riscritto in larga parte l'art. 30.

Il *restyling* più rilevante ha avuto come scopo quello di ampliare (*rectius* liberalizzare), in via generale e salvo le eccezioni di cui si dirà, le ipotesi in cui è possibile ricorrere al passaggio diretto di personale in assenza del preventivo consenso dell'amministrazione di appartenenza.

Si tratta però di comprendere se ed in che termini la novella abbia avuto conseguenze sul piano qualificatorio – considerato pacificamente come cessione del contratto – e se possa dirsi effettivamente realizzata l'esigenza di semplificazione e flessibilità che da sempre giustificano i continui e convulsi interventi legislativi⁷.

2. La qualificazione della mobilità volontaria come cessione del contratto: il consenso trilaterale

L'interrogativo di fondo è sempre stato se il passaggio diretto costituisce una nuova assunzione presso l'amministrazione di destinazione oppure una modificazione meramente soggettiva del rapporto.

Non si tratta di un quesito soltanto teorico, ma l'adesione all'una o all'altra tesi ha riflessi dirompenti sul piano applicativo, atteso che soltanto nel secondo caso il lavoratore conserva i diritti sino a quel momento maturati (ad esempio l'anzianità di servizio, su cui *infra* 3.5) senza dar vita ad un nuovo rapporto di lavoro. In caso contrario, infatti, è agevole presumere che nessun dipendente sarebbe interessato ad effettuare la domanda di passaggio.

Ed infatti, la tesi prevalente, nonostante una iniziale incertezza⁸, si è orientata proprio in favore della continuità del rapporto di lavoro.

⁵ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 50 «una revisione dei percorsi di carriera della PA, che introduca maggiori elementi di mobilità sia orizzontale tra Amministrazioni, che verticale, per favorire gli avanzamenti di carriere dei più meritevoli e capaci e differenziare maggiormente i percorsi manageriali».

⁶ Per un recente studio sulle novità BOSCATI-ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella p.a. Dall'emergenza alla nuova normalità*, Torino, 2022.

⁷ Già dalle prime riforme con il d.lgs. n. 29/1993, superando le ipotesi di mobilità concordata di fonte collettiva e sull'accentramento da parte del Dipartimento della Funzione pubblica, sul punto S. MAINARDI, *Il passaggio diretto e lo scambio di funzionari all'estero*, cit., 945-948.

⁸ Non mancano sentenze che qualificano il passaggio diretto di personale come novazione del con-

Il necessario consenso trilaterale richiesto dall'art. 30 d.lgs. n. 165/2001 già nella primigenia formulazione, quello dell'amministrazione di destinazione, quello del lavoratore e quello dell'amministrazione di appartenenza, ha condotto verso la qualificazione della vicenda come cessione del contratto *ex art. 1406 c.c.*⁹. Interpretazione, questa, presto consacrata tramite l'introduzione di un espresso riferimento in tal senso nell'art. 30, c. 1, inserito ad opera dell'art. 16, lett. a), l. n. 246/2005¹⁰ non sollevando così più alcun dubbio interpretativo.

La soluzione fatta propria dal legislatore non ha subito alterazioni neanche quando al "previo consenso dell'amministrazione di appartenenza" è stato preferito il richiamo al parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici (tanto della p.a. cedente che di quella di destinazione)¹¹, né successivamente con l'estromissione dal testo normativo anche del riferimento alla "cessione del contratto"¹².

Ed infatti, accanto a tale elisione ad opera della l. n. 114/2014¹³, il legislatore ha nuovamente reintrodotta il consenso dell'amministrazione di appartenenza, ponendosi in linea con la contrattazione collettiva¹⁴ che per scongiurare ogni incertezza ha ribadito la natura non novativa del passaggio.

tratto cfr. Trib. Rimini 20 maggio 2004, in questa *Rivista*, 2004, 6, 1183, con nota di DE NICOLA, *La qualificazione del passaggio diretto, tra continuità e novazione del rapporto*; Trib. Parma 5 giugno 2001, in questa *Rivista*, 2001, 5, 862; Anche SORDI, *La mobilità volontaria nel pubblico impiego privatizzato*, cit., 2922 ss.

⁹ Così già ESPOSITO, *Sub art. 33*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, 1245.

¹⁰ Anche le Sezioni Unite si erano pronunciate in tal senso cfr. Cass. sez. un. 12 dicembre 2006, n. 26420, in *FI*, 2007, 4, I, 1177.

¹¹ Art. 49, c. 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Per una ricostruzione della fattispecie all'indomani della riforma Cfr. ESPOSITO-SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, cit., 342 ss., per i quali il parere si atteggia a requisito ulteriore essendo un elemento che accompagna e si aggiunge al consenso implicito ed è richiesto in capo ad entrambe le amministrazioni coinvolte. La anodina formulazione della disposizione, che faceva riferimento al parere del dirigente dell'ufficio cui il dipendente "è o sarà assegnato", aveva infatti sollevato alcune criticità non essendo chiaro se fosse necessario una sola manifestazione di volontà o se fossero necessari entrambi i consensi. Sul punto è intervenuto il parere del Dipartimento della Funzione pubblica del 1° marzo 2013 che ha optato per la tesi a favore del duplice consenso.

¹² Avvenuto ad opera dell'art. 4, c. 1, d.l. 24 giugno 2014 n. 90 convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014 n. 114, per un primo commento cfr. MASTINU, *La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014*, cit., 603 ss.; BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 228/2014*, 323.

¹³ Cfr. MASTINU, *La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014*, cit., 603 ss.; ESPOSITO, *Modelli e strumenti per la mobilità interna nel lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, in questa *Rivista*, 2014, 2, 330 ss.

¹⁴ Così ad esempio l'art. 20, c. 3, del contratto collettivo della dirigenza sanitaria 1998-2001 che precisava espressamente la natura non novativa del passaggio.

3. La riforma del decreto reclutamento e l'irrelevanza del consenso dell'amministrazione di appartenenza: la regola generale

La struttura trilaterale dell'operazione negoziale è stata scalfita soltanto dalla novella legislativa di cui all'art. 3, c. 7, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113¹⁵ con la quale il legislatore ha nuovamente espunto il riferimento al consenso dell'amministrazione di appartenenza che non è più richiesto ai fini del passaggio diretto di personale. In via generale, pertanto, il lavoratore potrà presentare la domanda di trasferimento senza il preventivo "nulla osta" da parte dell'amministrazione di appartenenza.

Il consenso rileva, a seguito della nuova formulazione dell'art. 30, c. 2, in tre specifiche ipotesi: nel caso di posizioni dichiarate motivatamente infungibili dall'amministrazione cedente, di personale assunto da meno di tre anni oppure nel caso di carenza dell'organico superiore al 20 per cento nella qualifica corrispondente a quella del richiedente.

Sfuggono alla disciplina sopra descritta anche i passaggi del personale delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale e degli enti locali con un numero di dipendenti a tempo indeterminato non superiore a 100 per i quali il consenso è, invece, sempre richiesto.

La mancanza del previo assenso dell'amministrazione di appartenenza snellisce il procedimento con l'intento di superare eventuali profili di criticità che erano stati sollevati in ordine al momento entro il quale dovesse essere concesso il nulla osta¹⁶ e, soprattutto, in ordine all'eventuale diniego o ritardo del suo rilascio, con effetti deflattivi del contenzioso¹⁷, ma solleva alcune perplessità qualificatorie.

¹⁵ Per un primo commento, RICCOBONO, *La mobilità individuale volontaria e obbligatoria*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al governo Draghi*, Rimini, 2021, 671 ss.; ID., *La mobilità liberalizzata: molto rumore per nulla?*, in BOSCATI-ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella p.a. Dall'emergenza alla nuova normalità*, 2, Milano, 2022, 57 ss.; MASTINU, *La disciplina del rapporto di lavoro del dipendente pubblico in mobilità*, in BOSCATI-ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, II, Milano, 2022, 19 ss.; FIATA, *La mobilità dei dipendenti pubblici nelle recenti riforme*, in BOSCATI-ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, Padova, 2023, I, 199 ss.

¹⁶ Critico sulla formulazione previgente e sulla "varietà della prassi amministrativa", cfr. ESPOSITO, *La disciplina della mobilità nel lavoro pubblico. Una storia di politiche e strumenti discontinui*, cit., 86 ss.

¹⁷ Sottolinea la discrezionalità dell'amministrazione di appartenenza Trib. Modena 21 febbraio 2022, n. 76, in *De Jure*. Costituisce violazione dei canoni di correttezza e buona fede l'inerzia della p.a. con conseguente risarcimento del danno, cfr. Trib. Reggio Calabria 15 giugno 2020, in *De Jure*.

3.1. Mobilità volontaria tra novazione e successione nel rapporto

Sebbene la vasta gamma di eccezioni ridimensioni fortemente la portata innovativa della riforma, l'eliminazione del consenso della p.a. di appartenenza induce a non poter più aderire alla teoria della cessione del contratto *ex art. 1406 c.c.*

Onde scongiurare il ritorno alla tesi della novazione – che comporterebbe la definitiva impraticabilità dell'istituto¹⁸ posto che il passaggio non sarebbe “conveniente” per il dipendente – è bene ricordare che l'ordinamento già conosce ipotesi di “spostamento” del lavoratore che non richiedono il consenso della p.a. cedente, a tutt'oggi presenti nel dettato normativo.

Da un lato, con la c.d. mobilità sperimentale (art. 30, c. 1, ultimo periodo) si consente il trasferimento del lavoratore tra le sedi centrali di differenti ministeri, agenzie ed enti pubblici non economici nazionali ed a condizione che l'amministrazione di destinazione abbia una percentuale di posti vacanti superiore all'amministrazione di appartenenza.

Dall'altro, la mobilità riservata alle donne vittime di violenza di genere (art. 30, c. 1 *ter*), attraverso la quale è previsto il trasferimento ad altra amministrazione pubblica ubicata in un comune diverso da quello di residenza, previa una mera comunicazione all'amministrazione di appartenenza.

Trattasi di ipotesi ibride¹⁹, semplificate, che si discostano dal modello trilaterale tipico e che tuttavia trovano una loro *ratio* rispettivamente nell'esigenza di celerità e semplificazione del passaggio per colmare lacune di personale e riequilibrare gli organici²⁰ o come strumento di tutela in favore delle donne che hanno subito violenza.

Accanto a queste due ipotesi se ne pone un'altra, sebbene non completamente sovrapponibile. Si ricorderà che con la c.d. riforma Brunetta²¹, il legislatore ha eliminato l'espresso riferimento al consenso dell'amministrazione di appartenenza con un mero parere favorevole da parte del dirigente²². Anche in questo caso non si è dubitato della qualificazione come cessione del contratto, sull'assunto che il parere

¹⁸ Cfr. RICCOBONO, *La mobilità liberalizzata: molto rumore per nulla?*, cit., spec., 62-63; FIATA, *La mobilità dei dipendenti pubblici nelle recenti riforme*, cit., 210.

¹⁹ Parla di “alterazione” del modello RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, cit., 171.

²⁰ BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., 355.

²¹ Cfr. art. 49, c. 1, d.lgs. n. 150/2009. ESPOSITO-SANTAGATA, *La mobilità del personale tra “autonomia negoziale” ed “evidenza pubblica”*, cit., 344-345. BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, cit., 460.

²² La disposizione aveva sollevato numerosi dubbi interpretativi risolti dal parere del Dipartimento della funzione pubblica del 1° marzo 2013 per il quale la congiunzione “o” doveva essere letta sia come “è assegnato” che “sarà assegnato”.

del dirigente costituisse un elemento aggiuntivo richiesto per il perfezionarsi della fattispecie che in ogni caso abbisognava del consenso della p.a. cedente.

E tuttavia, la formulazione attualmente in vigore non consente di giungere alla medesima conclusione, non essendo rinvenibile alcun appiglio normativo dal quale possa desumersi la necessità del consenso della p.a. Né, al contrario, il consenso può ritenersi presunto posto che il legislatore ha espressamente selezionato le ipotesi nelle quali debba essere manifestato. Ragionando diversamente si introdurrebbe per via interpretativa un requisito non richiesto, contraddicendo lo scopo della riforma volta a rimuovere “gli ostacoli al passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse”²³.

A fronte delle argomentazioni precedenti, è preferibile qualificare la mobilità volontaria come successione *sui generis* nel rapporto di lavoro, cosicché l’amministrazione di appartenenza dovrà limitarsi a prendere atto della richiesta del lavoratore²⁴.

Ciò non significa che il dipendente abbia un diritto soggettivo al trasferimento: l’amministrazione di destinazione conserva, infatti, un potere di valutazione sull’idoneità del lavoratore a ricoprire il posto vacante²⁵ (*infra* par. 5).

Semmai, la p.a. di appartenenza potrà, ai sensi dell’art. 30, c. 1, terzo periodo, differire il passaggio a fronte di motivate esigenze organizzative, per un periodo massimo di sessanta giorni dalla formulazione dell’istanza²⁶.

Anche tale facoltà costituisce una novità della riforma che si lega alla soppressione del previo consenso, permettendo in concreto di bilanciare i contrapposti interessi, quello del lavoratore ad ottenere un riavvicinamento nella sede a lui più confacente e quello della p.a. di procedere ad una riorganizzazione e ad un corretto passaggio delle consegne.

²³ Cfr. Relazione illustrativa e v. anche le considerazioni di RICCOBONO, *La mobilità individuale volontaria e obbligatoria*, cit., 702, che lo definisce il “collo di bottiglia” della mobilità.

²⁴ Così anche MASTINU, *La disciplina del rapporto di lavoro del dipendente pubblico in mobilità*, cit., 23; VILLAMENA, *L’eccezione di “infungibilità” nella mobilità volontaria del dipendente pubblico*, in BOSCATI-ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, Padova, 2023, I, 222-223.

²⁵ Sul punto già SORDI, *La mobilità volontaria nel pubblico impiego contrattualizzato*, cit., 2920. In relazione alla formulazione previgente cfr. ESPOSITO, *La disciplina della mobilità nel lavoro pubblico. Una storia di politiche e strumenti discontinui*, cit., 87. Sull’attuale formulazione sembra deporre in tal senso anche BOSCATI, *La professionalità del pubblico dipendente tra vincoli costituzionali, leggi e contrattazione collettiva: uno sguardo d’insieme alla luce delle recenti riforme*, in BOSCATI-ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, cit., I, 24-27.

²⁶ Cfr. art. 30, c. 1, terzo periodo. Come osservato sarebbe stato opportuno far decorrere il termine dalla conclusione del procedimento posto che soltanto in questo momento si perfeziona la fattispecie, cfr. RICCOBONO, *La mobilità individuale volontaria e obbligatoria*, cit., 706. Anche nella disciplina applicabile agli enti locali si ravvisa tale possibilità. Infatti, l’art. 3, c. 7-ter, d.l. n. 80/2021 convertito dalla l. n. 113/2021 specifica che il passaggio può essere differito fino a quando non siano stati assunti i lavoratori a copertura del posto divenuto vacante a seguito della mobilità.

3.2. L'irrelevanza sul piano degli effetti: la disciplina applicabile

Ricondurre la mobilità volontaria nell'egida della cessione del contratto ha avuto ed ha un indubbio vantaggio sul piano applicativo, posto che il rapporto di lavoro prosegue senza soluzione di continuità²⁷, conclusione questa difficilmente praticabile nel caso in cui non si aderisse a tale tesi.

Tuttavia, l'eventuale difformità di trattamento che ne dovrebbe conseguire suscita alcune perplessità sul piano della ragionevolezza, poiché si avrebbero effetti diversi tra gli stessi lavoratori a seconda della "tipologia" di mobilità (con consenso o senza consenso della p.a. di appartenenza) ed anche perché nessuno, come già rappresentato, sarebbe interessato ad ottenere il passaggio in assenza del mantenimento dei diritti.

Senonché, sussistono nel dettato normativo degli appigli che inducono l'interprete a ritenere comune la disciplina applicabile.

In primo luogo, tanto nell'ipotesi generale che in quelle speciali prima richiamate, ivi compreso il nuovo catalogo delle eccezioni (*infra* parr. 4 e 4.1.), resta confermato che al dipendente "trasferito" per mobilità, ai sensi dell'art. 30, c. 2 *quinquies*, troverà applicazione il trattamento giuridico ed economico dell'amministrazione di destinazione²⁸.

In tutte le ipotesi di mobilità, pertanto, – sia quelle per le quali non sussiste alcun dubbio sulla qualificazione del passaggio, sia per le altre ipotesi – il legislatore contempla la medesima disciplina.

Peraltro, la scelta di utilizzare il termine "trasferito", presente numerose volte nel testo dell'art. 30 così come nelle altre ipotesi di mobilità, sebbene in modo atecnico²⁹, ben si attaglia alla fattispecie in esame, posto che al mutamento sul piano soggettivo si accompagna anche un mutamento del luogo di svolgimento della prestazione³⁰.

²⁷ Con la conseguente impossibilità di sottoporre il lavoratore ad un nuovo periodo di prova (cfr. Cass. sez. un. 12 dicembre 2006, n. 26420, in *FI*, 2007, 4, I, 1177), conserva le ferie e i permessi maturati (Trib. Pesaro 31 gennaio 2006, in questa *Rivista*, 2006, 2, 1236) mantiene l'anzianità di servizio, risponde per gli illeciti disciplinari (Cass. sez. VI 10 gennaio 2019, n. 431, in questa *Rivista*, 2020, 2, 161).

²⁸ Pone l'accento sulla disciplina applicabile per il risolvere la questione MASTINU, *La disciplina del rapporto di lavoro del dipendente pubblico in mobilità*, cit., 24-25.

²⁹ L'utilizzo del termine "trasferimento" nell'ambito della mobilità ha radici antiche ma risulta comunque conforme alla fattispecie in esame sebbene utilizzato in una accezione diversa da quella prevista nell'ambito del rapporto di lavoro privato, comportando comunque un passaggio senza soluzione di continuità cfr. ESPOSITO, *Sub art. 33*, cit., 1244.

³⁰ Anche il richiamo contenuto nel testo normativo all'"amministrazione cedente" depone in tal senso, ma potrebbe non essere sufficiente posto che viene utilizzata dal legislatore in relazione alle sole ipotesi in cui è richiesto il consenso e nel c. 2.3 dell'art. 30 in relazione alle questioni finanziarie, così RICCOBONO, *La mobilità liberalizzata: molto rumore per nulla?*, cit., 2022, 63.

La commistione tra i due profili – soggettivo e spaziale – non inficia, come noto, la continuità del rapporto, che resta fermo anche in caso di trasferimento. In altri termini, l’utilizzo delle locuzioni “trasferimento” e “passaggio diretto”³¹ inducono a sostenere la tesi della prosecuzione dei rapporti.

Tra l’altro, nell’articolato normativo del d.lgs. n. 165/2001 esistono altri richiami al principio del mantenimento dei diritti. È questo il caso della mobilità del dirigente, di cui all’art. 23, c. 2, oppure nell’ipotesi della mobilità di ufficio di cui all’art. 45 *bis*, nonché nel caso di trasferimento di attività di cui all’art. 33.

Pertanto, non sembra ammissibile sostenere che nelle predette ipotesi il lavoratore mantenga i suoi diritti e nel caso di mero “passaggio” dovrebbe derivarne una novazione del rapporto.

Le argomentazioni che precedono, pur con la consapevolezza che sarà soltanto il tempo³² a confermare o smentire le suddette conclusioni, consentono di superare le incertezze che la novella normativa può apparentemente suscitare.

Da ultimo, una recente conferma è pervenuta dal nuovo d.p.c.m. 30 novembre 2023 denominato “Disciplina dei processi di mobilità fra pubbliche amministrazioni del personale non dirigenziale”, che, in attuazione dell’art. 29 *bis* d.lgs. n. 165/2001 e nel regolamentare il corretto inquadramento dei dipendenti pubblici a seguito dei processi di mobilità, conferma in sostanza la disciplina previgente senza distinzione tra mobilità previo consenso e mobilità in assenza di consenso.

3.3. L’inquadramento professionale e la mobilità volontaria extracompartimentale

A seguito del processo di mobilità, il lavoratore viene inquadrato presso l’amministrazione di destinazione nella “qualifica corrispondente”.

La predetta locuzione, introdotta dal d.l. n. 90/2014, convertito in l. n. 114/2014, sostituisce il termine «stessa qualifica», che creava ambiguità perché riferita soltanto alla mobilità nel medesimo comparto e veniva considerata una limitazione rispetto ai trasferimenti extracompartimentali, per i quali sarebbe stato difficile immaginare una identità dei profili.

La nuova scelta terminologica esprime un concetto più ampio e maggiormente adatto per favorire i processi tra i lavoratori appartenenti a comparti diversi che da sempre hanno rappresentato l’ipotesi più complessa ai fini della corretta omologa-

³¹ Sebbene non identifichi un particolare istituto civilistico, si concretizza in un “particolare strumento attuativo del trasferimento del personale” cfr. Cass. sez. un. 12 dicembre 2006, n. 26420, in *FI*, 2007, 4, I, 1177.

³² Sarà interessante altresì analizzare l’atteggiarsi della contrattazione collettiva attualmente in fase di rinnovo. In data 9 gennaio 2024 è stato infatti sottoscritto l’Ipotesi del Contratto collettivo nazionale quadro per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale.

zione dei lavoratori³³, ostacolandone di fatto il passaggio anche per i timori di subire un peggioramento economico.

Il maggior grado di flessibilità riconosciuto dalla disposizione alla p.a. di destinazione ben si coordina con quanto previsto dall'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 in tema di mansioni esigibili³⁴. Secondo questa disposizione, infatti, la p.a. può adibire a mansioni equivalenti il lavoratore, ovvero a quelle che rientrano nella stessa area di inquadramento. Così, anche l'amministrazione di destinazione potrà individuare in modo più elastico il profilo corrispondente.

Inoltre, per favorire i processi tra amministrazioni diverse ed in attuazione dell'art. 29 *bis* d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 48 d.lgs. n. 150/2009, è stato emanato il d.p.c.m. del 26 giugno 2015³⁵, recentemente sostituito dal d.p.c.m. 30 novembre 2023 denominato "Disciplina dei processi di mobilità fra pubbliche amministrazioni del personale non dirigenziale" ed entrato in vigore il 9 febbraio 2024³⁶.

Con il predetto decreto, che si pone in linea con la nuova la fisionomia della contrattazione collettiva, basata su una suddivisione in soli quattro comparti, e che resterà efficace fino all'applicazione da parte delle amministrazioni pubbliche della nuova disciplina prevista per le progressioni relativa al triennio 2019-2021, vengono individuati i livelli economici di inquadramento ribadendo il principio del confronto tra il trattamento in godimento all'atto del trasferimento e quello dell'amministrazione di destinazione, sulla base della prossimità degli importi, salva la facoltà dei dirigenti di verificare la corrispondenza tra i profili.

Il nuovo decreto, nel dare atto anche dell'area di elevata qualificazione prevista dall'art. 52, c. 1 *bis*, d.lgs. n. 165/2001³⁷, si pone in linea con la disciplina previgente. Ed infatti, quanto ai criteri (art. 2), ribadisce che la mobilità dovrà essere attuata "*mediante confronto degli ordinamenti professionali disciplinati dai rispettivi contratti collettivi nazionali di lavoro, tenendo conto delle mansioni, delle competenze professionali, dei compiti, delle responsabilità e dei titoli di accesso relativi alle*

³³ In passato l'art. 19 l. n. 93/1983 aveva persino vietato la mobilità tra i profili incompatibili.

³⁴ Il coordinamento è stato messo ben in luce da RICCOBONO, *La mobilità volontaria e obbligatoria*, cit., 681 e da MASTINU, *La disciplina del rapporto di lavoro del dipendente pubblico in mobilità*, cit., 25 ss.

³⁵ Ai sensi dell'art. 40, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, come sostituito dall'art. 54, c. 1, d.lgs. n. 150/2009. Sul nuovo sistema di inquadramento cfr. MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto ii. Appunti dai ccnl tra organizzazione e tutela della professionalità*, in questa *Rivista*, 2023, 3, 449 ss.

³⁶ Sono esclusi dall'ambito applicativo il personale docente e non docente della scuola e delle istituzioni di alta formazione e specializzazione artistica e musicale, personale dell'ENAC, dell'AGID e degli enti pubblici di ricerca, cui si devono anche aggiungere, come leggiamo nelle motivazioni del provvedimento, anche se non riportate nel dispositivo, i "professionisti disciplinati nell'ordinamento professionale di alcuni contratti collettivi, nonché i profili professionali di ricercatore e tecnologo".

³⁷ Art. 52, c. 1 *bis*, d.lgs. n. 165/2001 come modificato dall'art. 3, c. 1, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

declaratorie delle medesime aree e categorie, senza pregiudicare, rispetto al requisito del titolo di studio, le progressioni di carriera legittimamente acquisite”, nonché le “*specifiche ed eventuali abilitazioni previste per le aree e categorie di provenienza e di destinazione*”.

Il principio vale anche nelle ipotesi in cui nelle more del procedimento di mobilità il dipendente acquisti una qualifica superiore. In tal caso, infatti, non potrà pretendere un inquadramento più elevato rispetto alla qualifica corrispondente poiché la p.a. si vedrebbe imposta un rapporto di lavoro in relazione ad un posto diverso rispetto a quello vacante, con violazione del principio del buon andamento³⁸ e della neutralità finanziaria.

3.4. Il trattamento economico e normativo spettante

Più nel dettaglio, il fulcro della disciplina applicabile al lavoratore transitato presso l'amministrazione di destinazione è contenuto nell'art. 30, c. 2-*quinquies*, che non ha subito rimaneggiamenti.

La disposizione precisa che al lavoratore troverà applicazione il trattamento economico normativo dell'amministrazione di destinazione.

Il principio è stato introdotto dall'art. 16, c. 1, lett. c), l. n. 246/2005 che pone fine alla prassi del c.d. divieto di *reformatio in pejus*³⁹ secondo il quale, a seguito del passaggio il lavoratore non poteva subire una diminuzione del trattamento economico, cosicché nell'ipotesi in cui ciò si verificasse avrebbe avuto diritto all'erogazione di un assegno *ad personam*, volto a compensare il differente trattamento retributivo.

Senonché, l'ampia formula della disposizione, “Salva diversa previsione” contenuta nel c. 2-*quinquies*, lasciava e lascia ancora aperta la possibilità di prevedere trattamenti differenziali, in deroga alla disciplina generale⁴⁰ con un ampio ventaglio di fonti che possono intervenire in materia⁴¹.

³⁸ Sul punto la giurisprudenza è unanime: Cass. sez. lav. 10 settembre 2021, n. 24487, in *D&G*, 13 settembre 2021, Cass. sez. lav. 2 agosto 2022, n. 23992, in *De Jure*.

³⁹ Cfr. art. 202 d.p.r. n. 3/1957.

⁴⁰ È il caso, ad esempio, dei dipendenti statali per i quali si è ritenuto che la disposizione di nuovo conio incontrasse comunque il limite dell'art. 202 d.p.r. n. 3/1957 che nel disciplinare il passaggio di carriera ha salvaguardato il riconoscimento dell'assegno *ad personam* ed è rimasto in vigore anche dopo la privatizzazione, ma è stato ritenuto applicabile, tramite una interpretazione estensiva, anche ai casi di mobilità. La predetta disposizione è stata abrogata soltanto con l'art. 1, c. 458, l. n. 147/2013, cfr. per una ricostruzione RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, cit., 173 ss.

⁴¹ Il Dipartimento della Funzione Pubblica con il parere n. 27149 del 21 aprile 2021 ha precisato che il dipendente trasferito, ma solo per la mobilità non volontaria, sotto forma di assegno *ad personam*

Tra queste lo stesso d.p.c.m. 26 giugno 2015, ora sostituito dal d.p.c.m. 30 novembre 2023 sopra richiamato, che nel disciplinare il trattamento economico dei dipendenti che transitano in amministrazioni diverse da quella di appartenenza riconosce nei soli casi di mobilità d'ufficio il divieto di *reformatio in pejus*, rimanendo invece salva per le ipotesi di mobilità volontaria.

La *ratio* sottesa al provvedimento in esame è quella di evitare che il passaggio forzoso – e non anche quello volontario – possa comportare un trattamento deteriorato tramite la corresponsione di un assegno assorbibile, con eccezione dei compensi fissi e continuativi che ne restano invece estranei a tale regola⁴².

3.5. La rilevanza dell'anzianità di servizio nel caso di passaggio diretto di personale

Sempre in relazione al trattamento applicabile ai lavoratori che passano alle dipendenze della p.a. reclutante, occorre precisare che le disposizioni normative che garantiscono il passaggio non implicano la parificazione a tutti gli effetti con i dipendenti già in servizio presso il datore di lavoro di destinazione, quantomeno sul versante dell'anzianità⁴³.

Sebbene la mobilità comporti il mantenimento di tutti i diritti maturati dal lavoratore, la giurisprudenza⁴⁴ ha precisato che l'anzianità non costituisce un diritto di cui i lavoratori possono avvalersi nei confronti del cessionario sempre ed in ogni caso, posto che deve essere salvaguardata in modo assoluto soltanto qualora alla stessa si correlino benefici economici ed il mancato riconoscimento della pregressa anzianità comporti un peggioramento del trattamento retributivo in precedenza goduto.

Nel caso in cui, invece, l'anzianità pregressa sia invocata per rivendicare ricostruzioni di carriera sulla base della diversa disciplina applicabile alla p.a. destinataria, questa non potrà essere fatta valere perché l'ordinamento garantisce solo la conservazione dei diritti (non delle aspettative) già entrate nel patrimonio del lavoratore alla data del passaggio.

Il nuovo datore, pertanto, ben potrà a tali fini valorizzare esclusivamente l'esperienza professionale specifica maturata alle proprie dipendenze differenziandolo da quella riferibile alla pregressa fase del rapporto⁴⁵.

il trattamento in godimento presso la p.a. di provenienza se più favorevole limitatamente ai compensi fissi e continuativi.

⁴² In relazione all'indennità mensile di ente, prevista dai c.c.n.l. del comparto enti di ricerca e sperimentazione Cass. sez. lav. 3 dicembre 2018, n. 31148, in *De Jure*.

⁴³ MASTINU, *La disciplina del rapporto di lavoro del dipendente pubblico in mobilità*, cit., 34-36.

⁴⁴ Tra le prime Cass. sez. lav. 3 agosto 2007, n. 17081, in *GC*, 2008, 10, I, 2289; Cass. sez. VI 17 luglio 2014, n. 16422, in *De Jure*.

⁴⁵ Cass. sez. lav. 5 giugno 2019, n. 15281, in *D&G*, 6 giugno 2019, affermando che “la prosecuzio-

La soluzione alla quale è prevenuta la giurisprudenza trova conferma all'esito delle ultime riforme in tema di pubblico impiego che hanno rafforzato, su impulso anche del PNRR, la valorizzazione delle competenze e della professionalità dei pubblici dipendenti⁴⁶, tanto nella fase del reclutamento che in quella specifica della formazione.

In base a quanto previsto dall'art. 7, c. 4, d.lgs. n. 165/2001 e, soprattutto dall'art. 6 *ter*, come novellato dal d.l. n. 36/2022, infatti, emerge l'esigenza di migliorare l'efficienza e al contempo l'efficacia della p.a.⁴⁷, anche tramite la disciplina del passaggio diretto di personale.

4. Le eccezioni al consenso: le posizioni motivatamente infungibili e il personale assunto da meno di tre anni

Accanto all'ipotesi generale che non richiede nel caso di passaggio il consenso dell'amministrazione di appartenenza, si pone l'ampio apparato di deroghe introdotte dalla riforma.

Come anticipato, la normativa impone il nulla osta in tre particolari ipotesi col fine di "evitare un eccessivo indebolimento dell'amministrazione di appartenenza"⁴⁸, che rappresentano, a ben vedere, i casi più diffusi di mobilità.

La prima di queste si ha qualora sussistano "posizioni motivatamente infungibili". La locuzione – che non trova una espressa definizione e né compare in altre parti del TU del 2001 – resta ambigua, ma non è comunque nuova tanto che viene

ne giuridica del rapporto, infatti, se da un lato rende operante il divieto di *reformatio in peius*, dall'altro non fa venir meno la diversità fra le due fasi di svolgimento del rapporto medesimo, diversità che può essere valorizzata dal nuovo datore di lavoro, sempre che il trattamento differenziato non implichi la mortificazione di un diritto già acquisito dal lavoratore"; Cass. sez. lav. 8 gennaio 2020, n. 154, in *De Jure*.

⁴⁶ L'impoverimento delle competenze nell'ambito del lavoro alle dipendenze della p.a. è, infatti, uno dei motivi che hanno indotto le ultime riforme ad intervenire sul sistema di reclutamento e di formazione, anche a seguito dello sviluppo tecnologico, v. TURRIN, *Innovazione organizzativa e politiche formative nell'amministrazione digitale*, in *LDE*, 2022, 1; D'ONGHIA, *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi*, in *RGL*, 2018, 3, 435.

⁴⁷ Sottolinea la rilevanza di entrambi gli obiettivi nelle recenti riforme FIORILLO, *La professionalità nel lavoro pubblico e le sfide del tempo presente*, 51 ss.; BOSCATI, *La professionalità del pubblico dipendente tra vincoli costituzionali, legge e contrattazione collettiva: uno sguardo d'insieme alla luce delle recenti riforme*, 1 ss., tutti in BOSCATI-ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, cit., I.

⁴⁸ Cfr. Relazione illustrativa della conversione in legge del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, recante: "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia".

spesso richiamata dalla giurisprudenza nell'ambito dei licenziamenti collettivi per evidenziare la particolare professionalità richiesta dai lavoratori⁴⁹.

La *ratio* della norma può scorgersi nell'esigenza di evitare che l'amministrazione di appartenenza rimanga sprovvista di personale ritenuto necessario per il buon andamento della pubblica amministrazione, ma solleva alcune criticità che derivano dall'individuazione in concreto del suo contenuto.

A tal fine viene in aiuto l'art. 6 d.lgs. n. 165/2001⁵⁰ che obbliga la p.a. a definire il piano triennale dei fabbisogni anche in considerazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale.

La nuova formulazione dell'art. 6, supera il sistema statico fondato sulle "dotazioni organiche", in favore di un approccio dinamico tramite l'adozione del piano triennale dei fabbisogni, che ben si coordina con la nuova eccezione. In effetti, sotto il profilo temporale, è lecito ritenere che la p.a. di appartenenza debba indicare a monte le posizioni ritenute infungibili, senza escludere che l'amministrazione conservi un certo grado di discrezionalità⁵¹ nella variazione del fabbisogno.

Per tale motivo, in aderenza ad una interpretazione teleologica, è preferibile leggere la locuzione "posizioni" non in senso statico, ma con riguardo alle specifiche competenze e professionalità richieste per ricoprire la posizione, quali ad esempio il possesso di un particolare *know how* o di un titolo abilitativo⁵².

Al contempo, pur nell'ambiguità della formulazione, per negare il nulla osta l'amministrazione di appartenenza non dovrà tener conto dei riflessi solo sul profilo qualitativo delle prestazioni, ma dovrà altresì valutare il profilo funzionale, verificando se il passaggio del dipendente arrechi una interruzione dell'attività amministrativa e, dunque, del servizio.

Pertanto, la valutazione sull'"infungibilità" dovrà attenersi ad entrambi i profili sopra menzionati pur nella consapevolezza che così ragionando lo spazio di discrezionalità della p.a. si riespande, con possibili riflessi negativi, stavolta, sul contenzioso.

⁴⁹ In tal senso anche di recente Trib. Tempio Pausania 27 gennaio 2021, n. 15, in *De Jure*; Corte Bari 25 maggio 2021, n. 1070, in *De Jure*; Corte Palermo 18 novembre 2021, n. 1242, in *De Jure*; Trib. Perugia 9 ottobre 2020, n. 195, in *De Jure*; Trib. L'Aquila 16 luglio 2020, n. 150; Corte App. Milano 1 agosto 2019, n. 1010, in *De Jure*.

⁵⁰ Modificato dall'art. 4, d.lgs. n. 75/2017, per un primo commento D'ONGHIA, *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni organiche*, in ESPOSITO-LUCIANI-ZOPPOLI (a cura di), *La Riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. Riforma Madia)*, Torino, 2018.

⁵¹ Cfr. VILLAMENA, *L'eccezione di "infungibilità" nella mobilità volontaria del dipendente pubblico*, cit., 224 ss.

⁵² Anche le "Linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle PA" emanate dal Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione l'8 maggio 2018, collegano la locuzione infungibilità alla professionalità nell'elaborazione del piano.

La seconda ipotesi in cui permane la necessità di nulla-osta è prevista nel caso di personale assunto da meno di tre anni.

In questo caso è più agevole individuare le ragioni che hanno spinto il legislatore all'introduzione di questo limite: si vuole infatti evitare un *turnover* repentino di personale.

E tuttavia anche questa eccezione solleva alcune perplessità, soprattutto per il palese difetto di coordinamento che sussiste con la previsione che impone il vincolo di permanenza nella sede di prima assegnazione per almeno cinque anni di cui all'art. 35, c. 5 *bis*, d.lgs. n. 165/2001⁵³.

Per superare l'antinomia si può far valere quanto detto precedentemente in ordine alla prima eccezione, ovvero che la p.a. conserva comunque un margine di discrezionalità nella decisione. Al riguardo, infatti, il Dipartimento per la Funzione pubblica⁵⁴ ha ritenuto che il vincolo sia superabile qualora prevalga l'interesse alla miglior allocazione del personale.

In tal modo si consente un corretto contemperamento tra l'esigenza formativa e quella dei lavoratori di ottenere il passaggio presso una sede più confacente garantendo il bilanciamento, oggi sempre più sentito, tra vita e lavoro.

4.1. La carenza di organico

Sul versante "quantitativo", si può annoverare primariamente l'ipotesi in cui la mobilità determini una carenza di organico superiore al 20 per cento nella "qualifica corrispondente" a quella del richiedente. Anche in questo terzo caso il legislatore tiene conto delle esigenze della pubblica amministrazione e dell'eventuale pregiudizio che il passaggio potrebbe arrecare all'*agere* amministrativo.

Non è sufficiente che la p.a. di appartenenza sia sotto organico, ma occorre che la carenza sia riferita espressamente alla qualifica che ricopre il lavoratore interessato al passaggio, con la conseguenza che al verificarsi della carenza nella percentuale indicata non si potrà dar luogo al trasferimento.

Peraltro, per gli enti locali, l'art. 30, c. 1.1., specifica ulteriormente che se il numero dei dipendenti è compreso tra 101 e 250, la percentuale di carenza di organico, stabilita in via generale al 20 per cento, si riduce sensibilmente al 5 per cento; per gli enti locali con un numero di dipendenti non superiore a 500, la percentuale è fissata al 10 per cento.

In tal modo il legislatore attua un sistema diversificato e calibrato a seconda delle dimensioni dell'ente locale, rendendo più difficile accedere alla mobilità qualora l'ente sia di piccole dimensioni.

⁵³ Parimenti per gli enti locali *ex art. 7-ter* d.l. n. 80/2021, convertito in l. n. 113/2021.

⁵⁴ Parere del 24 marzo 2022 reso in relazione specificatamente agli Enti locali.

Da ultimo, anche il personale delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale con un numero di dipendenti a tempo indeterminato non superiore a 100⁵⁵ sono sottoposti alla regola del consenso. Onde evitare un sottodimensionamento, in uno dei comparti nei quali il ricorso alla mobilità è più diffuso, il legislatore all'art. 30, c. 1, quarto periodo, impone sempre, e ragionevolmente, il preventivo assenso dell'ente di appartenenza per il perfezionamento della fattispecie.

5. Il consenso della p.a. di destinazione tra discrezionalità e valutazione della professionalità

Dall'angolo visuale della pubblica amministrazione che abbisogna di personale si potrebbe essere indotti a ritenere che il consenso sia manifestato già con l'indizione della procedura e che, pertanto, nell'ipotesi in un cui l'assenso non è più richiesto il lavoratore maturi un diritto al passaggio.

Senonché, fermo restando che il presupposto dal quale la p.a. deve prendere le mosse è la vacanza di posti in organico, l'amministrazione destinataria perfeziona il consenso soltanto a valle, al momento della verifica del possesso dei requisiti da parte dei candidati⁵⁶.

Il passaggio del dipendente è infatti condizionato alla valutazione positiva da parte dell'amministrazione di destinazione. Il bando di mobilità – che deve essere pubblicato nel sito nonché nel portale del reclutamento ai sensi dell'art. 30, c. 1-*quater*, garantendone la trasparenza⁵⁷ – costituisce una offerta al pubblico⁵⁸, ma la fattispecie si perfeziona soltanto dopo la verifica del possesso dei requisiti da parte dei candidati.

Ciò lo si evince dalla formulazione dell'art. 30, c. 1, che oltre ad imporre la pubblicazione di un bando “in ogni caso” di avvio della procedura di mobilità⁵⁹,

⁵⁵ Per l'analisi dell'apparato di deroghe previste per gli enti locali FIATA, *La mobilità dei dipendenti pubblici nelle recenti riforme*, cit., 210-211.

⁵⁶ Sul punto MASTINU, *Il consenso dell'amministrazione cessionaria nella mobilità del dipendente pubblico*, in questa *Rivista*, 2018, 1, 114 ss.; ESPOSITO, *La disciplina della mobilità nel lavoro pubblico. Una storia di politiche e strumenti discontinui*, cit., 86 ss. Si è sostenuto anche il consenso implicito STANCANELLI, *Uffici, piante organiche, mobilità, accessi*, in AA.VV., *L'impiego pubblico*, Milano, 2003, 611.

⁵⁷ Il Portale del reclutamento sostituisce il portale della mobilità a decorrere dal 1° luglio 2022.

⁵⁸ Cass. sez. lav. 28 settembre 2021, n. 26265, in *De jure*.

⁵⁹ In tal senso il nuovo c. 1-*quater* dell'art. 30 introdotto dal d.l. n. 36/2022 che ha sostituito altresì il portale della mobilità con quello del reclutamento.

specifica che dovranno essere indicati i requisiti e le competenze professionali richieste dai candidati i quali dovranno inserire la loro domanda tramite registrazione al portale del reclutamento inserendo il proprio curriculum.

Tale procedimento rafforza il collegamento sussistente tra mobilità e professionalità⁶⁰ e conferma che il passaggio è subordinato al processo valutativo della p.a. di destinazione e ciò anche nel caso in cui partecipi alla selezione soltanto un candidato⁶¹.

Il dipendente che aspira al passaggio, pertanto, sarà oggetto di un procedimento di valutazione che potrà non limitarsi al possesso di determinati titoli, ma la p.a. potrà decidere di valutare l'attitudine professionale del candidato residuando in capo alla pubblica amministrazione di destinazione un margine di discrezionalità nella verifica del possesso dei requisiti richiesti.

Sarà, pertanto, ritenuto legittimo sottoporre i candidati anche ad un colloquio orale – oltre alla valutazione dei titoli e dell'anzianità di servizio posseduta⁶² – qualora la p.a. necessiti di valutare le specifiche competenze richieste.

Stride con quanto sino a questo momento affermato la previsione di cui al c. 1 *bis* dell'art. 30 che prevede in capo all'amministrazione ricevente di procedere alla riqualificazione dei dipendenti che hanno visto concludersi con esito positivo la procedura, ponendo tra l'altro dei vincoli di spesa⁶³. Dalla formulazione della disposizione, infatti, la riqualificazione assume le vesti di un obbligo più che di una mera facoltà. E tuttavia, sembra opportuno ritenere che sebbene la selezione debba basarsi sulla valutazione delle competenze del candidato, la p.a. di destinazione sia

⁶⁰ Condivisibilmente OLIVELLI, *La professionalità in funzione della mobilità*, in Boscatti-Zilli (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, Padova, 2023, I, 194-195.

⁶¹ Cfr. Trib. Catanzaro 25.10.2021, in questa *Rivista*, 2022, 2, 401 ss., con nota di MIRACOLINI ed anche Cass. sez. lav. 29 novembre 2022 n. 35108, in *De Jure*, sebbene entrambe alla luce della prevalente formulazione; ma anche T.A.R. Lombardia 16 giugno 2008, n. 645, in *De Jure*, e più di recente Cass. sez. lav. 29 novembre, 2022, n. 35108, in *De Jure*, che specificatamente afferma: “La normativa in questione non limita assolutamente l'accertamento dei requisiti e delle competenze professionali alle sole procedure nelle quali siano presenti più candidati. Risulta ovvio che, in quest'ultima eventualità, tali procedure saranno più complesse e sarà necessario procedere ad una accurata comparazione degli aspiranti, ma l'esistenza di un'unica domanda non esenta la P.A. dal potere/dovere di verificare che l'interessato abbia i requisiti e le competenze professionali indicati nell'avviso”.

⁶² Trib. Milano, 22 febbraio 2017, n. 519, in questa *Rivista*, 2018, 1, 114, con nota contraria di MASTINU, *Il consenso dell'amministrazione cessionaria nella mobilità del dipendente pubblico*, il quale rileva l'impossibilità di sottoporre i candidati ad una verifica di idoneità sull'assunto che il rapporto di lavoro è già in essere ed il lavoratore è già stato valutato idoneo posto che transita nella “qualifica corrispondente”. Soltanto nel caso del mutamento del profilo sarebbe ammessa una simile valutazione, così T.A.R. Toscana 5 febbraio 1997, n. 46, in questa *Rivista*, 1999, 797.

⁶³ L'incongruenza è evidenziata da GARILLI, *Continuità e discontinuità nella disciplina del trasferimento di personale*, in *RGL*, 2015, 558.

tenuta comunque a dover procedere all’“aggiornamento professionale”, piuttosto che ad una riqualificazione in senso tecnico⁶⁴.

In effetti, il passaggio diretto deve avvenire se il dipendente è in possesso “di una qualifica corrispondente” ed abbia comunque le competenze richieste dal bando, ma ciò non esclude a priori la necessità che venga poi in concreto istruito e formato ai fini dell’espletamento dell’attività nella nuova amministrazione, soprattutto se di un diverso comparto rispetto a quello di provenienza.

5.1. Le tutele esperibili dal dipendente illegittimamente escluso

Più complicata appare l’indagine circa le eventuali tutele esperibili nel caso in cui il lavoratore contesti la graduatoria e, dunque, il processo valutativo della p.a. E ciò, come rappresentato sopra, può avvenire non solo nel caso in cui vi sia un solo partecipante alla procedura, ma anche nell’ipotesi in cui siano state presentate più domande rispetto ai posti disponibili.

In primo luogo, occorre sgomberare il campo da possibili incertezze: il candidato pretermesso non potrà sempre ed in ogni caso ottenere il passaggio presso la pubblica amministrazione reclutante.

Sebbene il processo valutativo sia insindacabile nel merito, la giurisprudenza⁶⁵ ha più volte rimarcato che le tutele che il candidato può ottenere dipendono dal margine di discrezionalità adottato dalla p.a. reclutante.

In tema di mobilità, come noto, la giurisdizione spetta al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro posto che la p.a. agisce con le prerogative e i poteri del datore di lavoro privato⁶⁶, salvo nel caso in cui si contesti la legittimità degli atti amministrativi autoritativi con i quali l’amministrazione ha operato la scelta circa le modalità di copertura dei posti vacanti che compete al giudice amministrativo (*infra*

⁶⁴ Sull’atecnicità della locuzione e sul difetto di coordinamento v. OLIVELLI, *La professionalità in funzione della mobilità*, cit., 189.

⁶⁵ Si è pronunciata con particolare riguardo alle progressioni di carriera “i richiamati principi, condivisi e ribaditi dal Collegio, sebbene affermati in fattispecie nelle quali si discuteva della legittimità delle procedure selettive finalizzate alla progressione di carriera o all’attribuzione delle posizioni organizzative, ben possono essere estesi a tutti i casi nei quali venga in rilievo l’esercizio di un potere discrezionale del datore di lavoro pubblico, perché la discrezionalità non può legittimare scelte arbitrarie, che mortifichino immotivatamente ed ingiustificatamente l’interesse del prestatore e che, nell’impiego pubblico contrattualizzato, finiscano per risolversi nella violazione, oltre che dei canoni generali di correttezza e buona fede, dei principi di imparzialità e trasparenza imposti dall’art. 97 Cost.” cfr. Cass. sez. lav. 18 ottobre 2019, n. 26615, in *De Jure*; Trib. Lecco 24 luglio 2023 sul tema degli incarichi dirigenziali in sanità.

⁶⁶ Cass. sez. un. 13 novembre 2019, n. 29465, in *De Jure*; Cass. sez. un. 04 marzo 2020, n. 6076, in *De Jure*; Cass. sez. un. 13 marzo 2020, n. 7218, in *FA*, II, 2020, 7-08, 1356; Cass. sez. un. 15 gennaio 2021, n. 616, in *De Jure*.

par. 6). E la prospettiva non muta neanche a seguito della novella normativa posto che, come tentato di dimostrare, si verte sempre in una ipotesi di successione nel rapporto.

Ciò premesso, è agevole constatare che il rischio di una valutazione erronea si annulli nel caso in cui siano stati adottati punteggi specifici per i singoli titoli, dando luogo ad una graduatoria fondata su una mera somma algebrica⁶⁷.

In questo caso, essendo l'attività valutativa della pubblica amministrazione in sostanza vincolata, il candidato potrà ottenere il passaggio presso la nuova amministrazione essendo il margine di discrezionalità azzerato⁶⁸.

Diversamente, nel caso in cui il processo valutativo si connoti anche di elementi di discrezionalità, quale ad esempio la previsione di un colloquio orale, la soluzione proposta sembra difficilmente percorribile.

In questa ipotesi, il lavoratore potrà far valere la violazione dei principi di buona fede e correttezza da parte della p.a. qualora ravvisi una erronea o non motivata valutazione, ed ottenere una tutela meramente risarcitoria per la perdita di *chance*, da valutare in forma equitativa *ex art. 1226 c.c.*⁶⁹, in considerazione delle maggiori o minori probabilità di successo.

Il riconoscimento della perdita di *chance* deve essere comunque provato dal candidato pretermesso e sarà riconosciuta dal giudice soltanto qualora il dipendente dimostri il nesso causale tra la condotta della pubblica amministrazione e il danno in termini prossimi alla certezza e, dunque, di reali possibilità di vittoria⁷⁰.

Talune volte, tra l'altro, la giurisprudenza non esclude che il lavoratore possa agire per ottenere la ripetizione della valutazione. Sul presupposto che il lavoratore risulta titolare di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative⁷¹, qualora la p.a. abbia effettuato una valutazione irragionevole o illogica, valutando in modo inadeguato i titoli oppure non abbia valutando affatto i parametri di giudizio da lei stessa applicati, si ravvisa una violazione comportamentale non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, con la conseguenza che il giudice potrà ordinare di ripetere la valutazione effettuata dalla p.a. In questi casi, infatti il giudice adotta tutti i poteri di cui all'art. 63, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, ma vertendo comunque nell'ambito di scelte discrezionali non potrà sostituirsi alla valutazione della pubblica amministrazione.

⁶⁷ RICCOBONO, *La mobilità individuale volontaria e obbligatoria*, cit., 684.

⁶⁸ Cass. sez. lav. 14 settembre 2005, n. 18198, in questa *Rivista*, 2006, 6, 1182; Cass. sez. lav. 30 settembre 2009, n. 20979, in *GC*, 2010, 10, I, 2350; Cass. sez. lav. 12 luglio 2022, n. 22029, in *De Jure*.

⁶⁹ Cass. sez. lav. 1 giugno 2023, n. 15478, in *De Jure*; Cass. sez. VI 29 novembre 2022, n. 35108, in *De Jure*.

⁷⁰ Cass. sez. VI 17 febbraio 2022, n. 5231, in *RCP*, 2022, 4, 1152; Cass. sez. VI 29 novembre 2022, n. 35108, in *De Jure*.

⁷¹ Cass. sez. lav. 9 gennaio 2019, n. 268, in *De Jure*.

6. La prevalenza della mobilità sulle tecniche di reclutamento del personale

Un altro tema che risulta ancora controverso è il rapporto tra la procedura di mobilità e le altre modalità di reclutamento del personale.

E si badi che la p.a. non è obbligata a procedere alla mobilità: la scelta terminologica del legislatore “possono”⁷² induce a ritenere il contrario, potendo preferire trasferimenti interni oppure procedere all’adibizione a mansioni superiori nei limiti di quanto previsto dall’art. 52.

Tuttavia la p.a. ha un limitato potere discrezionale nella scelta della tecnica di reclutamento da adottare per ricoprire i posti vacanti⁷³ poiché nonostante sussistano numerosi strumenti oltre al concorso per soddisfare il fabbisogno di personale, la mobilità rappresenta la tecnica privilegiata per sopperire alla carenza di organico⁷⁴.

L’affermazione poggia le basi, come noto, sull’art. 30, c. 2 *bis*, d.lgs. n. 165/2001 introdotto dall’art. 5, c. 1 *quater*, d.l. n. 7/2005, convertito con l. n. 43/2005, che impone alle p.a. di procedere in via prioritaria con le procedure di mobilità prima di espletare nuove assunzioni e di preferire le domande dei lavoratori in comando o fuori ruolo⁷⁵. Al riguardo, i lavoratori assegnati in via temporanea potranno acquisire l’inquadramento presso la sede di destinazione evitando così le situazioni di incertezza e l’abuso al ricorso di tale strumento⁷⁶.

In altri termini, soltanto l’infruttuoso esperimento della procedura di mobilità consente alla p.a. di indire il concorso per una nuova assunzione. In tal modo, si garantisce non solo una ottimale gestione delle risorse pubbliche, ma anche l’acqui-

⁷² In relazione alla previgente disciplina ESPOSITO-SANTAGATA, *La mobilità del personale tra “autonomia negoziale” ed “evidenza pubblica”*, cit., 344.

⁷³ Tanto che la giurisdizione sul tema della modalità di reclutamento prescelta è di competenza del giudice amministrativo in quanto verte sul potere discrezionale dell’amministrazione, censurabile di fronte al Giudice Amministrativo per violazione di interesse legittimo. cfr. Corte App. Catanzaro 11 dicembre 2020, n. 999, in *De Jure*; T.A.R. Bologna sez. I 8 marzo 2019, n. 228, in *FA*, 2019, 3, 530.

⁷⁴ La giurisprudenza è unanime Cass. sez. lav. 13 ottobre 2023, n. 28568, in *De Jure*; Cons. Stato sez. IV 1 giugno 2016, n. 2318, in *De Jure*; Cons. Stato sez. V 6 novembre 2015, n. 5078, in *De Jure*; Cass. sez. lav. 25 settembre 2015, n. 19027, in questa *Rivista*, 2015, 5, 725. Sulle conseguenze in caso di violazione di tale regola la giurisprudenza afferma la nullità dell’atto di assunzione, cfr. Cons. Stato sez. V 6 febbraio 2024 n. 1222, in *De Jure*.

⁷⁵ In realtà la regola dalla priorità della mobilità sui concorsi risale alla l. n. 449/1997, art. 39. Sul punto anche ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, 129 ss. In tal modo è stato reso coerente il sistema anche rispetto a quanto previsto in merito alla mobilità collettiva per la quale il legislatore aveva già previsto tale regola, cfr. art. 34 e 34 *bis* d.lgs. 165/2001.

⁷⁶ In linea con quanto specificato, si pone la novella introdotta dall’art. 6, c. 2, d.l. n. 36/2022 convertito in l. n. 79/2022 che consente in via transitoria l’inquadramento dei dipendenti che alla data del 31 gennaio 2022 si trovano in comando o distacco.

sizione di personale di esperienza e, di conseguenza, il buon andamento della pubblica amministrazione.

Tale principio subisce, tuttavia, alcuni temperamenti sia da parte del legislatore che, soprattutto, ad opera della giurisprudenza.

Sotto il primo punto, la prevalenza della mobilità sui concorsi è venuta meno, per il periodo dal 2019 al 2021, successivamente prorogato sino al 31 dicembre 2024⁷⁷, a seguito dell'art. 3, c. 8, l. n. 56/2019 (c.d. "Legge Concretezza"), che ha previsto la possibilità di ricorrere ai concorsi piuttosto che alla mobilità. La disposizione è stata introdotta con il fine di garantire un *turn over* generazionale, con la conseguenza che l'espletamento della procedura di mobilità non diviene più obbligatoria, ma solo come facoltà discrezionale da esercitare⁷⁸.

Sul versante giurisprudenziale⁷⁹, invece, la possibilità di ribaltare la sequenza temporale è stata riconosciuta nel caso in cui sussistano motivate ragioni che non siano connotate da irragionevolezza e che giustifichino il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

In particolare, una simile conclusione è stata raggiunta con particolare riguardo al rapporto tra concorsi/mobilità e scorrimento delle graduatorie che rappresentano nella pratica le ipotesi più diffuse.

In via generale, lo scorrimento della graduatoria prevale rispetto all'indizione di un concorso pubblico per le ragioni finanziarie prima richiamate⁸⁰ ma diviene suvalente in relazione alla mobilità⁸¹. L'incremento di organico che ne deriverebbe, con conseguente aumento della spesa pubblica, giustifica la scelta della p.a. di prediligere la mobilità senza che sia tenuta ad indicarne le ragioni⁸².

⁷⁷ Art. 1, c. 14-ter, d.l. 80/2021 convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

⁷⁸ T.A.R. Sicilia 23 agosto 2021, n. 2420, in *De Jure*.

⁷⁹ Che derivano dalla natura di norma di principio cfr. RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, cit., 226 ss. sul presupposto che non esiste più nell'ordinamento la norma che sanzionava espressamente con la nullità l'elusione di tale regola. In tal senso anche D'APONTE, *Mobilità del pubblico dipendente e scorrimento della graduatoria dei concorsi pubblici: le incertezze del legislatore e l'incubo ricorrente del contenimento della spesa pubblica*, in questa *Rivista*, 2014, 1, 75 ss.

⁸⁰ Talvolta la giurisprudenza ha anche ammesso la prevalenza del concorso qualora il contenuto specifico del profilo professionale richiesto e le specifiche mansioni per le quali occorre procedere alla copertura siano diverse, unitamente al fatto che sia intervenuto "una modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, specie con riferimento alle prove di esame e ai requisiti di partecipazione", cfr. T.A.R. Campania 23 settembre 2022 n. 5913.

⁸¹ Cfr. Sulla prevalenza dello scorrimento delle graduatorie rispetto ai concorsi v. Cons. Stato Ad. plen. 29 luglio 2011, n. 14 e Cass. sez. lav. 18 maggio 2017 n. 12559, in *FA*, 2017, 7-08, 1515; Più di recente T.A.R. Salerno 27 settembre 2018, n. 1338, in *De Jure*; Sul rapporto tra procedura di mobilità e scorrimento della graduatoria invece Cons. Stato 23 agosto 2016, n. 3677, in *FI*, 2016, 11, III, 575.

⁸² T.A.R. Molise 28 novembre 2019, n. 425, in *FA*, 2019, 11, 1890; Cons. Stato sez. III 24 maggio

E parimenti, la mobilità diviene scelta secondaria rispetto alle procedure di stabilizzazione.

In questo caso, infatti, la necessità di correre ai ripari per porre rimedio al fenomeno del precariato nell'ambito della pubblica amministrazione induce a ritenere che la predetta procedura sia destinata ragionevolmente a prevalere. Del resto in questi casi oltre a non sussistere le ragioni finanziarie che giustificano il previo esperimento della procedura di mobilità, la normativa in tema di stabilizzazione è comunque speciale essendo volta a garantire la continuità del servizio mediante risorse interne, giustificandosi così la deroga al principio di cui all'art. 30, c. 2-bis, d.lgs. n. 165/2001⁸³.

Sul piano del riparto di giurisdizione la questione si complica ulteriormente essendo centrale individuare il *petitum* sostanziale del ricorrente.

Al riguardo, se il candidato si duole dell'esercizio del potere nella scelta operata dalla P.A. in merito alle modalità da adottare per la copertura del posto la giurisdizione spetta al giudice amministrativo⁸⁴ vertendosi in tema di esercizio del potere pubblico, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 165/2001⁸⁵. In questo caso, il ricorrente potrà ottenere un provvedimento di annullamento della procedura.

Al contrario, nel caso in cui il lavoratore faccia valere il diritto all'assunzione la giurisdizione spetterà al giudice ordinario, l'unico abilitato a conoscere delle controversie lavoristiche.

Certo, un distinguo non sempre agevole in tema di mobilità e che rischia di suscitare non poche ambiguità per i lavoratori, in bilico tra un'interpretazione caso per caso elaborata dalla giurisprudenza nel corso del tempo e le numerose normative settoriali.

2018, n. 3750; T.A.R. Abruzzo sez. I 11 febbraio 2014 n. 84, in *FA*, 2014, 2, 644; T.A.R. Campania sez. V 7 febbraio 2014, n. 900, in *FA*, 2014, 2, 665. Non mancano pronunce che hanno ritenuto necessaria la motivazione, cfr. Cons. Stato sez. III 13 dicembre 2016, n. 5230, in *FA*, 2016, 12, 2927. Peraltro si era affermato un orientamento contrario a quello oggi ritenuto prevalente che ha ritenuto in primo luogo l'obbligo per la p.a. di procedere allo scorrimento delle graduatorie sull'assunto che anche in questo caso si riduce la spesa pubblica, tenuto conto anche dei costi e del profilo temporale che l'indizione di una nuova procedura comporta, cfr. Cons. Stato 27 agosto 2014, n. 4361, in *De Jure*; Cons. Stato sez. V 31 luglio 2012, n. 4329 e n. 4361, entrambe in *De Jure*.

⁸³ Cons. Stato sez. III 13 gennaio 2020, n. 267, in *De Jure*; Cons. Stato sez. III 18 ottobre 2019, n. 7075, in *De Jure*; Cons. Stato sez. III 14 luglio 2015, n. 3513, in *De Jure*.

⁸⁴ T.A.R. Molise sez. I 16 marzo 2023, n. 80; T.A.R. Campania sez. V, 07 aprile 2021, n. 2301, in *De Jure*; T.A.R. Lazio II Stralcio 01 luglio 2021, n. 7824, in *De Jure*; Cass. sez. un. 22 agosto 2019, n. 21607, in *De Jure*; Cass. sez. un. 22 ottobre 2018, n. 26596, in *FI*, 2019, 1, I, 240; Cons. Stato sez. III 3 luglio 2018, n. 4078, in *De Jure*.

⁸⁵ Al contrario, nel caso in cui il ricorrente si duole dello scorrimento della graduatoria la competenza sarà del giudice ordinario, poiché volta ad ottenere l'assunzione come conseguenza della posizione di idoneità e dello scorrimento della relativa graduatoria (Cons. Stato sez. II 27 gennaio 2021, n. 824, in *FA*, 2021, 1, 23). In sostanza occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale del lavoratore.

7. Riflessioni conclusive

La semplificazione introdotta dal legislatore della riforma se da un lato consente di ridurre il contenzioso solleva, come visto, altre criticità derivanti dalla formulazione del vasto sistema delle eccezioni.

Certamente condivisibili sono le considerazioni che tendono a restringerne la portata della novella⁸⁶, posto che l'apparto di eccezioni interviene in una vasta gamma di ipotesi e settori.

Nonostante ciò sussiste una area per la quale non è previsto il consenso e che pone dubbi sulla qualificazione dell'operazione negoziale sino ad oggi ritenuta sempre quale cessione del contratto.

L'elisione dal testo normativo al consenso della p.a. di appartenenza incrina la predetta qualificazione, ma come si è cercato di dimostrare, nell'art. 30 sussistono elementi che conducono comunque a ritenere salvaguardati i diritti acquisiti dai lavoratori nel passaggio.

Le scelte terminologiche adottate dal legislatore (trasferimento e passaggio), unitamente alle altre ipotesi già presenti nell'ordinamento che non richiedono il nulla osta e, soprattutto, la disciplina in concreto applicabile volta a regolamentare tutte le ipotesi di mobilità, conducono l'interprete a ritenere immutate le conseguenze.

Anche le eccezioni al consenso si inseriscono in modo razionale nel nuovo contesto, volte a preservare la "qualità" della pubblica amministrazione (è il caso delle posizioni infungibili) e la "quantità" del personale, come nel caso della carenza di organico. Tra queste due ipotesi ben si inserisce la specifica eccezione per il personale assunto da meno di tre anni che risponde ad entrambe le esigenze appena rappresentate.

Seppure il nuovo sistema sia soltanto parzialmente più flessibile, si pone comunque in linea con l'esigenza di salvaguardare il buon andamento della p.a. affiancando alla generale ipotesi di liberalizzazione un sistema di eccezioni e cercando così di contemperare gli interessi in gioco.

Resta immutato, invece, il rilievo del consenso della p.a. reclutante. Tanto prima che a seguito della novella, la p.a. è chiamata ad effettuare una valutazione sulle competenze e sulle professionalità dei candidati, confermando così che il lavoratore interessato al passaggio non matura un diritto soggettivo. E tuttavia, la valutazione, all'esito della pubblicità dei criteri di selezione e dal rafforzamento della professionalità dei dipendenti pubblici, risulta sempre più pregnante per garantire il buon andamento e, soprattutto, l'efficienza della p.a.⁸⁷

⁸⁶ RICCOBONO, *La mobilità liberalizzata: molto rumore per nulla?*, cit., 74 ss. MASTINU, *La disciplina del rapporto di lavoro del dipendente pubblico in mobilità*, cit., 23-24; FIATA, *La mobilità dei dipendenti pubblici nelle recenti riforme*, cit., 218 ss.

⁸⁷ Cfr. FIORILLO, *La professionalità nel lavoro pubblico e le sfide del tempo presente*, cit., 51 ss.

Emerge, nel complesso, che l'istituto della mobilità non è più e soltanto stretto tra le maglie dell'interesse del lavoratore ad un riavvicinamento nella sede a lui più congeniale e quello della p.a. a ricoprire i posti in organico, ma si aggiunge un ulteriore elemento caratterizzato dalla necessità di far confluire personale "competente". Sarà il tempo a rilevare se effettivamente il cambio di paradigma auspicato nell'ambito del pubblico impiego, anche per il tramite i processi di mobilità, possa dirsi avverato.

L'intervento riformatore rimane, peraltro, ancora sulla carta poiché occorre attendere il superamento temporaneo della regola che sancisce la prevalenza della mobilità sui concorsi di cui all'art. 30, c. 2 *bis*, d.lgs. n. 165/2001 confermata sino al 31 dicembre 2024, auspicando che al termine di tale periodo il legislatore possa fare chiarezza anche in ordine al rapporto tra le tecniche di reclutamento, per superare gli ondivaghi orientamenti caratterizzati da un approccio caso per caso e da interventi normativi settoriali di cui ormai la disciplina del pubblico impiego è largamente abituata.