



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Il ruolo delle amministrazioni coinvolte nel passaggio diretto di personale

Marcella Miracolini

Assegnista di ricerca Università degli Studi di Palermo

Il contributo, a partire dall'inquadramento della natura dell'istituto della mobilità individuale volontaria di cui all'art. 30 D. Lgs. n. 165/2001, mette in evidenza i compiti delle amministrazioni coinvolte nella procedura del passaggio diretto di personale e i limiti alla loro discrezionalità. Ciò implica alcune inevitabili considerazioni sugli effetti dei più recenti interventi di riforma in materia, in particolare ad opera del cosiddetto "Decreto Reclutamento".

Starting from the framework of the nature of the institution of individual voluntary mobility under the article 30 of Legislative Decree No. 165/2001, this paper highlights the tasks and discretionary powers of the administrations, involved in the procedure of direct transfer of workers. This is done with particular attention to the effects of the most recent reform measures, as the so-called "Recruitment Decree".

Mobilità individuale - cessione del contratto - discrezionalità - "Decreto Reclutamento"

1. Natura dell'istituto della mobilità individuale volontaria e recenti interventi di riforma.

Nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con il termine mobilità ci si riferisce ad una pluralità di vicende circolatorie, eterogenee fra loro e soggette ad una serie di classificazioni in base al fattore di volta in volta considerato. Cosicché è possibile distinguere, ad esempio, la mobilità individuale da quella collettiva; la mobilità interna da quella esterna, e ancora la mobilità obbligatoria da quella volontaria. Minimo comune denominatore delle molteplici forme assunte dall'istituto è sempre la finalizzazione alla «migliore utilizzazione delle risorse umane» (art. 1, lett. c, d. lgs. n. 165 del 2001), secondo criteri di «ampia flessibilità» (art. 2, lett. b) e garantendo l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa (art. 2, lett. d).

In questa sede l'attenzione è posta sull'istituto della mobilità individuale volontaria, tra amministrazioni del medesimo o di altro comparto, prevista e disciplinata dall'art. 30, comma 1, d. lgs. n. 165/2001 sotto la rubrica «passaggio diretto di personale fra amministrazioni

diverse», oggetto di recenti interventi legislativi che ne hanno alterato alcuni tratti caratterizzanti, facendo riemergere questioni nuove ed altre, che avevano trovato invece soluzione, come ad esempio quella inerente alla natura della procedura e al ruolo delle amministrazioni coinvolte.

In particolare, a seguito della riforma intervenuta con la l. 6 agosto 2021, n. 113, che ha convertito con modifiche il 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», è tornato a essere attuale in primo luogo il problema della qualificazione della mobilità, assumendo contorni meno netti e definiti rispetto al più recente passato e potendo potenzialmente riaprire un dibattito, che aveva invece trovato un equilibrio prima di tutto nelle interpretazioni giurisprudenziali.

Sebbene, infatti, l'art. 4, comma 1, d. l. n. 90/2014 (conv. dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) avesse eliminato dall'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 il riferimento testuale alla “cessione” del contratto (introdotto qualche anno prima ad opera dell'art. 16, comma 1, l. 28 novembre 2005, n. 446), si era consolidata l'idea per cui il passaggio diretto dei dipendenti da un'amministrazione ad un'altra non configurasse una nuova assunzione, ma andasse correttamente inquadrata come ipotesi di successione a titolo particolare, con modifica della titolarità sul versante datoriale e consenso congiunto di tutti i soggetti coinvolti. Nella vigenza dell'art. 30 T.u.p.i., sia nella versione precedente alla modifica del 2014 che in quella successiva alla quarta riforma, la mobilità volontaria è stata dunque pacificamente considerata una vicenda negoziale trilaterale di natura privatistica del rapporto di lavoro, sussumibile sotto il modello civilistico della cessione di contratto¹ e - come tale - soggetta alla disciplina di cui agli artt. 1406-1410 c.c., propria dei rapporti di diritto privato e distinta dalle procedure di reclutamento per l'accesso alla p.a.².

¹ Di recente, *ex multis*, Cass. civ., ord. 7 gennaio 2021, n. 86 in *CED Cassazione*, 2021; Trib. Perugia, 11 marzo 2021 in *Pluris*; Cass. civ., sez.un., ord. 30 luglio 2020, n. 16452 in *Studium juris*, 2021, 3, 366 ss.; T.A.R. Liguria - Genova, 22 agosto 2020 n. 592 in *Pluris*; Cass. civ., 10 gennaio 2019, n. 431 in *CED Cassazione*, 2019; Cass. civ., sez.un., 17 dicembre 2018, n. 32624 in *CED Cassazione*, 2018; Cons. Stato, 26 ottobre 2009, n. 6541 in *Corriere del Merito*, 2010, 8-9, 888 ss.; ma già Cass. civ., sez.un., 12 dicembre 2006, n. 26420 in *Foro it.*, 2007, 4, 1, 1177 ss. e in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, 403 ss. con nota di ZITTI, *Modificazione soggettiva del rapporto di lavoro e patto di prova nel pubblico impiego*; Cass. civ., 13 settembre 2006, n. 19564 in *Mass. giur. it.*, 2006.

² RICCOBONO, *La mobilità individuale volontaria e obbligatoria*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Rimini, 2021, 674; BASENGHI, *Commento artt. 29 bis - 30*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, vol. III, Milano, 2011, 395 ss.; COSMAI, *La mobilità nel pubblico impiego ante e post Brunetta*, in *Lav. giur.*, 2010, 1, 56 ss.; LEONE, *La mobilità individuale e collettiva*, in CARBELLI, M.T. CARINICI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Milano, 2010, 239 ss.; MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in F. CARINICI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Tomo II, 2004, Torino, 720 ss.;

Certo va detto che non erano mancate differenti ipotesi di qualificazione dell'istituto, soprattutto all'indomani della seconda privatizzazione, ad esempio in termini di novazione del rapporto per modifica del datore di lavoro, con conseguente esclusione del vincolo della conservazione dell'anzianità di servizio e del livello retributivo raggiunto³. Tuttavia, l'inquadramento della vicenda circolatoria, disciplinata dall'art. 30, comma 1, d. lgs. n. 165/2001, allo schema civilistico della cessione del contratto era nettamente prevalso. D'altronde esso era rafforzato dalla previsione di un cosiddetto "nulla osta" dell'amministrazione di appartenenza, da leggersi in chiave di esplicitazione del consenso del contraente cedente ed oggetto di valutazione discrezionale di esso.

Di tal che la struttura della fattispecie non è stata per molto tempo messa in discussione.

La questione non è marginale, visto che da una simile qualificazione dell'istituto sono discese una serie di conseguenze. In primo luogo, sotto tale profilo, ad esempio, si spiega la riconducibilità delle domande inerenti alla procedura di mobilità volontaria sotto la giurisdizione del giudice ordinario. Questa trova giustificazione, infatti, proprio nell'esclusione di un'ipotesi di costituzione di nuovo rapporto di lavoro, assimilabile a quello derivante dall'esito di procedure concorsuali. Trovandosi dinanzi a quella che è stata interpretata come una mera modifica soggettiva, espressione dell'esercizio delle prerogative privatistiche inerenti alla gestione di rapporti già in atto⁴, la cognizione è devoluta alla giurisdizione ordinaria.

Non secondariamente all'interpretazione della fattispecie alla stregua di una modifica della titolarità del rapporto *ex latere creditoris*, come nell'ipotesi della cessione, sono stati associati in concreto altri effetti, quali il mantenimento dei diritti e degli obblighi già acquisiti dal dipendente (ad esempio la conservazione delle ferie e dei permessi maturati e non fruiti

FIORILLO, *Il trasferimento e la mobilità dei dipendenti*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, 2000, 1578 ss..

³ In tal senso, in dottrina SORDI, *Art. 18, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in DELL'OLIO, SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, 2000, Milano, 120 ss. In giurisprudenza Trib. Rimini, 20 maggio 2004, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 1183 ss. con nota di DE NICOLA, *La qualificazione del passaggio diretto, tra continuità e novazione del rapporto di lavoro*; Corte app. Bologna, 28 novembre 2003, in *De jure*; Trib. Parma, 5 giugno 2001, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 862 ss.

⁴ Tra le più recenti T.A.R. Campania - Napoli, 21 settembre 2020, n. 3932 in *Pluris*; T.A.R. Sardegna - Cagliari, 24 maggio 2018, n. 515 in *Foro it.*, 2018, 7-8, 3, 421 ss.; Cass. civ., sez.un., 17 dicembre 2018, n. 32624, cit.; nello specifico Cass. civ., sez.un., 21 dicembre 2018, n. 33213 in *CED Cassazione*, 2018, afferma che «in tema di pubblico impiego privatizzato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa al diritto all'assunzione all'esito di una procedura di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, atteso che nell'ambito di tale procedura non viene in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura concorsuale, ma una mera modificazione soggettiva del rapporto preesistente con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto»; e ancora, Cons. Stato, 17 gennaio 2014, n. 178 in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 4, 396 ss.; Cass. civ., sez.un., 9 settembre 2010, n. 19251 in *CED Cassazione*, 2010. Non mancano, tuttavia, alcune pronunce che riconducono anche le controversie in materia di mobilità alla giurisdizione amministrativa, qualora però la procedura presenti i tratti della concorsualità e finisca per attribuire al dipendente un inquadramento diverso. Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez.un., 12 maggio 2017, n. 11800, in *Pluris*.

presso l'amministrazione di provenienza⁵), o ancora l'impossibilità di essere sottoposti a nuovi periodi di prova⁶; nell'ottica, dunque, di un rapporto che prosegue presso la nuova sede senza soluzione di continuità.

Orbene, a fronte di un pressoché pacifico intendimento sul punto, l'art. 3, comma 7, d. l. n. 80/2021 (il cosiddetto «Decreto Reclutamento»), convertito con modifiche dalla l. n. 113/2021, è intervenuto - in attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che costituisce al contempo uno strumento di programmazione economico finanziaria ed un piano di riforme - anche in materia di passaggio diretto del personale. Lo ha fatto con un'operazione che è subito apparsa strutturale e rivolta nel senso di una liberalizzazione dell'istituto, in linea con la stagione di reclutamento avviata. La disposizione ha, infatti, eliminato dalla norma il vincolo del «previo assenso dell'amministrazione di appartenenza» e dunque della necessità del cosiddetto “nulla osta” per partecipare alle procedure e/o per transitare nei ruoli dell'amministrazione reclutante. Al contempo ha, però, previsto condizioni specifiche nonché una serie di eccezioni per le quali il consenso resta necessario⁷, e di cui si dirà a breve. Ciò ha sin da subito posto la questione di una possibile reinterpretazione del fenomeno successorio, per il venire meno di uno degli elementi da considerarsi essenziali della fattispecie della cessione, richiedendo inoltre alcune riflessioni in ordine al ruolo ed alla discrezionalità delle amministrazioni coinvolte, a partire da quella d'origine.

2. Ruolo dell'amministrazione di provenienza tra vecchie e nuove prospettive

L'intervenuta modifica suggerisce di affrontare immediatamente il nodo del ruolo dell'amministrazione cedente, *rectius* di provenienza.

Sino ad ora il requisito del nulla osta al trasferimento aveva posto invero diverse questioni interpretative. Tra queste, ad esempio, vi era quella inerente alla possibilità che l'amministrazione, dopo aver concesso l'assenso alla partecipazione alla procedura di mobilità, non lo confermasse al momento in cui doveva materialmente perfezionarsi il passaggio, a partire da quella prassi diffusa di prevedere nel bando già un nulla osta per “accedere” alla selezione. Gli spazi di discrezionalità riconosciuta dalla normativa all'amministrazione, però,

⁵ Ad esempio, Trib. Brindisi 10 novembre 2011, n. 4190 in *Arg. dir. lav.*, 2012, II, 461 ss. con nota di FERRARO, *Mobilità per passaggio diretto: presupposti, natura ed effetti*.

⁶ Su questo profilo, in particolare, Cass. civ., sez.un., 12 dicembre 2006, n. 26420 in *Lav. giur.*, 2007, 5, 522 ss..

⁷ RIVELLINI, *Il lavoro pubblico dopo il d.l. 9 giugno 2021, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2021, 3, 576 ss..

di fatto la lasciavano libera di determinarsi, ammettendo un ripensamento, in presenza di sopraggiunte ragioni per il diniego; per cui l'eventuale previo assenso non imponeva su di essa alcun obbligo successivo, non potendosi ritenere sussistente d'altro canto, in capo al lavoratore, un diritto soggettivo perfetto al trasferimento. Ulteriori questioni pratiche si erano poste ancora, ad esempio, in ordine alle eventuali inerzie degli enti di appartenenza, stante l'impossibilità di ritenere validamente applicabile alla vicenda (di natura privatistica) la tecnica del silenzio assenso ai sensi della l. n. 241/1990⁸.

Tuttavia, al di là dei dibattiti in merito alla sua concerta applicazione, un dato era certo: il «previo assenso dell'amministrazione di appartenenza» era stato interpretato come elemento costitutivo della fattispecie, presupposto imprescindibile per il perfezionamento della procedura, inquadrabile - anche in forza della sua sussistenza - nello schema civilistico della cessione, richiedente l'approvazione congiunta di tutti i soggetti coinvolti.

La riforma di cui al Decreto Reclutamento, da un lato, ha fatto venire meno - per lo meno in base alla regola generale - il requisito, con ciò riaprendo la discussione sulla corretta qualificazione dell'istituto della mobilità; dall'altro, è sembrato marginalizzare il ruolo dell'amministrazione di provenienza. Per la disciplina previgente, infatti, il consenso era oggetto di una valutazione totalmente discrezionale, da condurre caso per caso e da giustificare in relazione alle complessive esigenze degli uffici e della posizione rivestita dal soggetto richiedente, ma in ogni caso ampia prerogativa discendente della discrezionalità privatistica riconosciuta al datore di lavoro⁹, finalizzata al buon andamento della struttura di appartenenza.

Ciò che emerge da una prima lettura del nuovo testo è, invece, una sorta di liberalizzazione del ricorso allo strumento, svincolato da alcune condizioni necessarie¹⁰, mirante a garantire misure semplificate e di incentivo alla mobilità stessa.

⁸ Per più diffuse osservazioni, tra gli altri, BASENGHI, *La mobilità individuale e collettiva: principi generali*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, 2019, Milano, 499 ss.; RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, 2017, 165 ss..

⁹ MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, cit., 720 ss.; FIORILLO, *Il trasferimento e la mobilità dei dipendenti*, cit., 2744 ss.; ESPOSITO, *La disciplina della mobilità nel lavoro pubblico. Una storia di politiche e strumenti discontinui*, in *Sinappsi*, 2020, X, n.1, 88.

¹⁰ Un primo "tentativo" di eliminare l'elemento del nulla osta, ad opera della Riforma Brunetta, che aveva espunto, con l'art. 49, comma 1, d.lgs. n. 150/2009, il requisito dalla formulazione dell'art. 30 sostituendolo con quello del «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». L'infelice formulazione della disposizione, pertanto, non aveva modificato la qualificazione della fattispecie, così come confermato da un apposito parere interpretativo del Dipartimento della funzione pubblica (Parere Dipartimento funzione pubblica, 1 marzo 2013, n. 10295). La novella del 2014 ha poi reintrodotta il requisito del nulla osta preventivo dell'amministrazione di appartenenza, quale esplicitazione del consenso del contraente cedente. OLIVERI, *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico*, Rimini, 2012, 365 ss.; BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, vol. I, Torino, 2013, 460 ss.; RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, cit., 165 ss.

Invero, non è la prima volta che il legislatore esclude la necessità del nulla osta dell'amministrazione di provenienza: il d.p.c.m. 20 dicembre 2014 ha introdotto un istituto inedito, definito come mobilità "sperimentale", con applicazione riservata al trasferimento di lavoratori «tra sedi centrali di differenti ministeri, agenzie ed enti pubblici non economici nazionali». L'assenso dell'amministrazione *ad quem* non è richiesto neppure per il trasferimento a domanda delle vittime di violenza di genere, quale fattispecie di mobilità volontaria a carattere speciale regolata all'art. 30, comma 1 *ter*, d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 14, comma 6, l. 7 agosto 2015, n. 124.

Tali ipotesi, però, pur facendo sorgere dubbi sulla possibilità del trasferimento di tutti i diritti e gli obblighi del lavoratore, mancando un ancoraggio normativo che deponga per la continuità dell'originario rapporto, nascono come eccezioni ad una consolidata regola generale, e perciò sono destinate ad incidere in maniera ridotta.

La prospettiva attuale è, invece, sostanzialmente capovolta. La regola è che il «previo assenso» dell'amministrazione di appartenenza non è più necessario, a condizione che non si tratti di posizioni dichiarate motivatamente infungibili dall'amministrazione cedente; che non si tratti di personale assunto da meno di tre anni; e a condizione che la mobilità non determini una carenza di organico superiore al 20% nella qualifica corrispondente a quella del richiedente.

Ciò altera i consolidati riferimenti teorico concettuali e riapre con certi margini di incertezza e complessità i termini di dibattito che non è solo teorico, quello cioè circa la natura dell'istituto, ma è anche e principalmente pratico, e relativo alla continuità o meno dei rapporti, con i suoi numerosi corollari (ad esempio, mantenimento anzianità di servizio, ferie non godute, permessi maturati, periodo di prova).

Rimangono comunque valide, per espressa previsione legale, le previgenti regole per il personale sanitario, quello della scuola e per gli enti locali¹¹. Tale scelta sembrerebbe giustificata dalla volontà di evitare che in tali comparti i lavoratori vengano incentivati ad un utilizzo opportunistico dello strumento per allontanarsi dalle sedi lavorative una volta entrati nel circuito delle pubbliche amministrazioni, con conseguenti difficoltà per le sedi di prima assegnazione. Beninteso, una simile *ratio* sembra essere sottesa alla scelta di ancorare la necessità del nulla osta alla data di assunzione per accedere alla mobilità quando si sia stati assunti da meno di tre anni. La norma, però, ha posto sin da subito dubbi interpretativi,

¹¹ L'art. 15, comma 1, d.l. n. 80/2021 detta una disciplina speciale per il personale reclutato a tempo determinato all'interno dell'amministrazione della giustizia. La disposizione, rubricata «vincolo di permanenza nella sede e mobilità temporanea», prevede che il suddetto personale permanga nella sede di assegnazione per l'intera durata del contratto a tempo determinato. Resta inoltre in vigore la disciplina della mobilità sperimentale *ex art.* 30, comma 1, terzo periodo, d. lgs. n. 165/2001.

soprattutto nel raccordo con altre previsioni. Nello specifico, quanto al personale degli enti locali l'art. 3, comma 7 *bis* d. l. n. 80/2021 ha previsto un articolato sistema di soglie per calibrare l'accesso alla mobilità e in particolare al comma 7 *ter* ha riconfermato per i dipendenti neo assunti l'obbligo di permanenza nella sede di prima assegnazione per almeno cinque anni, già previsto dall'art. 35, comma 5 *bis*, d. lgs. n. 165/2001 che sanciva un vincolo di permanenza quinquennale nella sede di prima destinazione a carico dei vincitori di un concorso pubblico bandito dallo Stato, dalle Regioni o dagli Enti locali.

A dirimere il contrasto è intervenuto un parere del Dipartimento della Funzione Pubblica del 24 marzo 2022 che, nel prendere atto dei dubbi interpretativi sorti circa la compatibilità delle norme, definisce l'antinomia solo apparente e coglie l'occasione per chiarire che le stesse operano su piani e con finalità differenti. L'eliminazione, a determinate condizioni, dell'assenso da parte dell'amministrazione di appartenenza per l'attuazione del passaggio diretto del dipendente ad altra amministrazione costituirebbe, infatti, una delle misure di semplificazione ed incentivazione dei trasferimenti di personale in mobilità, secondo modalità ordinarie e più complete di quelle previste dall'art. 30 d. lgs. 165/2001; mentre, l'obbligo quinquennale di permanenza nella sede di prima destinazione, che esiste da tempo nell'ordinamento del lavoro pubblico, assicurerebbe che l'allocazione dei neo assunti sia effettivamente rispondente alle esigenze organizzative e funzionali che hanno determinato la rilevazione del fabbisogno professionale e l'attivazione delle procedure di reclutamento. Sicché dalla *ratio* di quest'ultima norma si evince come l'obbligo di permanenza nelle sedi di prima destinazione non abbia ragion d'essere qualora sia l'amministrazione stessa a rilevare che una diversa allocazione del personale non contrasti con le migliori scelte organizzative e funzionale, cui essa stessa mira. Ciò significa che una corretta interpretazione del comma 7 *ter* non impone un vincolo "automatico e paralizzante" sia durante sia dopo il periodo di permanenza del personale nella sede di prima destinazione¹².

In tale ottica sembrerebbe che l'amministrazione d'origine, a fronte della liberalizzazione accordata all'istituto, recuperi quello spazio di discrezionalità strettamente funzionale al perseguimento degli obiettivi primari di efficienza e buon andamento.

¹² Parere Dipartimento della Funzione Pubblica - Presidenza del Consiglio dei Ministri, del 24 marzo 2022, su "*Interpretazione delle disposizioni dettate in materia di mobilità volontaria dei dipendenti pubblici dagli art. 30 del d.lgs. 165/2001 e del d.l. 80/2021 convertito con modificazioni dalla L. 113/2021*" disponibile in www.aranagenzia.it.

3. L'interesse pubblico tra crescente liberalizzazione e sottoposizione a regole di evidenza pubblica

Quali che siano gli esiti cui perverrà il dibattito su questo delicato profilo, infatti, una considerazione appare necessaria e rimane di fatto inviolata, anche nell'evoluzione della disciplina, ovvero la necessità di garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 97 Costituzione. Da essa è discesa la sottoposizione di essa a regole di evidenza pubblica, che sono coesistite con l'istituto di diritto privato della cessione e con la coeva connotazione privatistica del potere esercitato dal datore di lavoro pubblico. Tale assunto non può essere messo in discussione.

Che esista un collegamento funzionale tra rapporto di lavoro e finalità istituzionali dell'organizzazione amministrativa è un dato certo¹³; la stessa privatizzazione delle fonti dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici non ha fatto venir meno il vincolo di strumentalità della p.a. alla realizzazione dell'interesse pubblico. L'amministrazione, pur quando è chiamata a produrre beni o a erogare servizi, è mossa dall'esigenza di perseguire interessi pubblici¹⁴. Da qui la distinzione tra organizzazione amministrativa, che quegli interessi deve presidiare, e organizzazione del lavoro, che invece, riguardando l'insieme di obblighi e diritti attribuiti ai lavoratori come singoli e come gruppi, deve ispirarsi a modelli comuni all'impresa. Distinzione che poi dà luogo a un intreccio di fonti regolative, che il legislatore nella seconda fase della privatizzazione ha ridefinito riconducendo parte della prima (quella cd. micro o bassa) all'area del diritto del lavoro, pur con tratti di specialità. Ciò non esclude che in molti casi permanga un collegamento funzionale tra il rapporto di lavoro e la finalità istituzionale dell'organizzazione amministrativa, come desumibile a chiare lettere dall'art. 1 dello stesso d.lgs. n. 165/2001, laddove collega l'organizzazione degli uffici ed i rapporti di lavoro, finalizzandoli all'attuazione dei principi di interesse pubblico all'efficienza, alla razionalizzazione del costo

¹³ Nel T.u.p.i. l'art. 5 d.lgs. n. 165/2001 prescrive che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, assunte con i poteri del privato datore di lavoro, devono osservare le disposizioni delle leggi e degli atti normativi in materia di macrororganizzazione amministrativa, sottolineando la necessaria coerenza degli atti di gestione dell'organizzazione del lavoro con le fonti di natura pubblicistica. Per più specifiche riflessioni si v., tra gli altri, GARILLI, *Continuità e discontinuità nella disciplina del trasferimento del personale*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, 3, 552 ss.

¹⁴ Già GIANNINI, *Impiego pubblico: profili storici e teorici* (voce), in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 293 ss.; D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI, D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario, I, Milano, Il ed., 2000, 89 ss..

del lavoro e alla migliore utilizzazione delle risorse umane; nonché dall'art. 5 D. Lgs. n. 165/2001¹⁵.

Questo collegamento funzionale della disciplina privatistica con l'interesse pubblico ha inevitabili ricadute su alcuni istituti, tra cui quelli che regolano la mobilità, nelle sue molteplici forme, la cui regolamentazione è espressamente finalizzata per l'appunto alla «migliore utilizzazione delle risorse umane» (art. 1, lett. c, D. Lgs. n. 165 del 2001).

Quanto alla fattispecie della mobilità individuale valgono le stesse considerazioni. La già richiamata eliminazione del riferimento alla “cessione” nell'art. 30 d.lgs. 165/2001, pur non comportando una modifica sostanziale, era stata già interpretata come espressione dell'intenzione di rimarcare proprio la specialità dei tratti della disciplina e di valorizzare le esigenze della p.a., cui anche questo istituto è inevitabilmente “asservito”¹⁶. Dal suo canto, in passato, la Consulta aveva sottolineato la possibilità di una pacifica convivenza tra i profili pubblicistici e la natura della mobilità in termini di mera modificazione soggettiva. Chiamati ad esprimersi sulla legittimità dell'art. 49, comma 1, d.lgs. n. 150/2009, i Giudici della Corte Costituzionale avevano sottolineato come, nonostante si vertesse nell'ambito di un rapporto privatizzato, eventuali oneri di evidenza pubblica imposti alla p.a. dovessero considerarsi legittimi, nella misura in cui fossero adeguati alla necessità di garantire l'attuazione dei principi costituzionali e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa¹⁷.

La via intrapresa dal legislatore riformista negli ultimi anni, più volte intervenuto sul corpo dell'art. 30 T.u.p.i., è stata quella, soprattutto a partire dalla seconda privatizzazione, di una progressiva procedimentalizzazione ad evidenza pubblica dell'istituto, proseguita con la riforma del 2014¹⁸.

¹⁵ GARILLI, *Continuità e discontinuità nella disciplina del trasferimento del personale*, cit., p. 552 ss.; BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 81 ss.

¹⁶ ESPOSITO, op. cit., 86.

¹⁷ Il riferimento è a Corte Cost., 12 novembre 2010, n. 324 in *Corr. giur.* 2011, 1, 118 ss. e in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 1197 ss. con nota di BOSCATI, *Ordinamento civile per incarichi dirigenziali ad esterni e per procedure di mobilità tra enti*.

¹⁸ BASENGHI, *La mobilità individuale e collettiva: principi generali*, cit., 499 ss.; ID., *La mobilità del dipendente pubblico*, cit., 449 ss.; F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, Milano, 2011, 138 ss.; GARILLI, NAPOLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 139 ss.; MASTINU, *La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge n. 114/2014*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, I, 602 ss. La materia è stata oggetto di numerosi successivi interventi, dal d.lgs. n. 75/2017 (cosiddetta riforma Madia) alla l. 56/2019 (cosiddetto decreto concretezza), che, pur adottando alcuni aggiustamenti, anche in tema di mobilità individuale volontaria, non hanno inciso sulla configurazione dell'istituto. Cfr. FIATA, *La mobilità dei pubblici dipendenti dopo le recenti riforme*, Torino, 2018, 23 ss.; ID., *La mobilità dei dipendenti pubblici*, Torino, 2020, 37 ss.; GENTILE, *La mobilità nelle pubbliche amministrazioni*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Tomo II, Milano, 2020, 3642 ss.; CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, Napoli, 2019, 34 ss. A questi si è aggiunto di recente il citato d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv. dalla l. n. 113/2021.

Da una parte, la mobilità è stata sempre più pensata come strumento strategico per un'efficiente allocazione del personale pubblico¹⁹, con conseguente ampliamento degli spazi di discrezionalità delle amministrazioni, con lo scopo di evitare dispersione di risorse²⁰. D'altronde in questa tendenza alla crescente liberalizzazione si muoverebbe - come già detto - anche il "Decreto Reclutamento", tenuto conto del generale obiettivo di snellimento e velocizzazione delle procedure per i nuovi ingressi e per le modifiche di carriera.

Dall'altra, si è avvertita l'esigenza di un rafforzamento dei criteri di trasparenza e selettività, per consentire un più mirato controllo di tale discrezionalità datoriale. Si spiega così, dunque, la previsione, ad opera dell'art. 4 l. n. 90/2014 (conv. con l. n. 114/2014), di un «bando»²¹, e non già di una mera richiesta di pubblicità delle informazioni (come già previsto a seguito dell'intervento dell'art. 49 D.lgs. n. 150/2009)²², che indichi i posti che l'amministrazione precedente intende ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, nonché i requisiti da possedere ed i criteri di selezione, improntati alla valorizzazione delle competenze professionali possedute dai lavoratori ed all'accertamento di quelle più aderenti alla copertura oggetto del bando. E, sempre in questa direzione, si giustificherebbe altresì la formulazione della norma, in tale parte rimasta immutata, che consente il passaggio di lavoratori in possesso di una «qualifica corrispondente» e non più di una stessa qualifica. La modifica renderebbe la verifica della corrispondenza tra profilo da ricoprire e quello di appartenenza del dipendente più elastica ed affrancata da eccessivi formalismi, legati ai sistemi di classificazione contrattuali²³.

3.1. La riforma del Decreto Reclutamento come prodotto del generale programma *Next Generation EU*

¹⁹ D'ONGHIA, *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni organiche*, in L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, LUCIANI, ESPOSITO (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, 83 ss.. Inoltre, MANNA, *La mobilità nel pubblico impiego: ammortizzatore sociale e strumento di razionalizzazione delle risorse*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 311 ss.

²⁰ Sul punto si v. D'AMURI, GIORGIANTONIO, *La distribuzione dei dipendenti pubblici in Italia: ruolo e funzione della mobilità*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 1,127 ss..

²¹ MASTINU, *La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014*, cit., 602 ss..

²² ESPOSITO, SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 335 ss..

²³ L'art. 29 bis d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 48 d.lgs. n. 150/09, aveva affidato ad un d.p.c.m. la definizione di una tabella di equiparazione fra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi relativi ai diversi comparti di contrattazione. Esso è giunto molto tempo dopo, il 26 giugno 2015, lasciando aperti tra l'altro notevoli dubbi circa la sua concreta applicazione. In primo luogo, questa si basa sui precedenti undici comparti, anziché sugli attuali quattro e, in ogni caso, rappresenta un parametro non vincolante per verificare la correttezza dell'inquadramento riconosciuto dopo il passaggio all'amministrazione ricevente. Cfr. GENTILE, op. cit., 3669 ss.; RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, cit., 197 ss.

A proposito delle modifiche più recentemente intervenute ad opera del cosiddetto Decreto Reclutamento, vale la pena chiarire in che termine le stesse rispondano ad un più ampio processo riformatore, e come mai non stupisca che questo abbia coinvolto anche la materia della mobilità, nello specifico quella individuale volontaria.

Con lo scoppio della pandemia e della crisi economico-sociale che ne è scaturita trasversalmente in tutti i contesti nazionali, le istituzioni dell'UE si sono mosse nel tentativo di offrire risposte coordinate tra gli Stati membri. Ciò è accaduto non solo attraverso misure per così dire congiunturali, per mezzo, ad esempio, di pacchetti di sostegno all'economia; ma anche in maniera più organica e strutturale. In questa seconda prospettiva si colloca l'adozione del programma *Next Generation EU* (NGEU), con cui sono state messe in campo una serie di risorse finanziarie destinate al rafforzamento delle prospettive di crescita e di sviluppo degli Stati membri nel medio-lungo periodo. In particolare, il *Recovery and Resilience Facility* è stato il principale strumento di ripresa previsto dal piano NGEU per fornire sostegno finanziario alle economie nazionali. Per poterne beneficiare ai Paesi dell'UE è stata richiesta l'adozione di un Piano di Ripresa e Resilienza, che proponesse investimenti finalizzati al sostegno della transizione essenzialmente in due aree considerate strategiche: quella climatica e quella digitale²⁴.

Tali Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR), tra cui quello presentato dall'Italia, non sono solo atti di programmazione economico-finanziaria, nell'ambito di un coordinamento delle politiche economiche che si fa sempre più stringente all'interno dell'Unione Europea, ma sono veri e propri piani di riforma, che tracciano una strategia orientata a migliorare le condizioni regolatorie e ordinamentali di contesto e a incrementare stabilmente l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese²⁵. In questo contesto che va inquadrata l'adozione di del d. l. n. 80/2021, convertito con modifiche dalla l. 113/2021, tra le cosiddette riforme abilitanti che, insieme a quelle orizzontali e settoriali, costituiscono le tipologie di azione per la modernizzazione della pubblica amministrazione

²⁴ Le regole per la definizione ed il processo di attuazione dello strumento RRF sono contenute nel Regolamento (UE) 2021/241. Mentre sulla valutazione del PNRR italiano, si v. Commissione europea, *Analisi del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, Bruxelles, 22 giugno 2021, SWD(2021) 165 final; disponibile su https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd_2021_it.pdf

²⁵ Sul punto si v. le riflessioni in D. GAROFALO, *Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 1, 114 ss.; A. TONETTI, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra realismo e idealismo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 4, 1021 ss.;

Il Decreto Reclutamento è funzionale, in particolare, a tre punti del Piano: la riforma delle procedure di selezione e accesso al pubblico impiego; il rafforzamento della qualificazione professionale dei pubblici dipendenti e, infine, lo smaltimento dell'arretrato processuale.

Minimo comune denominatore è l'intenzione di garantire la semplificazione ed una migliore gestione delle risorse nel settore pubblico. Motivo per cui, in questa direzione, il decreto è intervenuto sull'istituto della mobilità, da sempre considerato strumento per raggiungere, da un lato, un contenimento della spesa pubblica e, dall'altro, una migliore allocazione delle risorse umane nel settore pubblico.

Nel caso specifico l'obiettivo sembra essere perseguito attraverso una semplificazione della procedura che consenta non solo una velocizzazione dei processi di ingresso, ma anche di modifica delle carriere, intervenendo su uno strumento chiave del sistema, in altri termini puntando ad «una revisione dei percorsi di carriera della p.a., 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»

Vero è, però, che per dotarsi di un “capitale umano” di eccellenza, non bastano le misure di semplificazione, ma è necessario che queste vengano opportunamente integrate con il miglioramento dei processi di *upskilling* e di aggiornamento delle competenze stesse. Il raggiungimento degli obiettivi, dunque, evidentemente passa attraverso non solo le modifiche ma l'attuazione di disposizioni, tra cui anche quelle già presenti nell'ordinamento e talora non opportunamente “valorizzate”, come nel caso dell'art. 30, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, cui si tornerà a breve.

4. La discrezionalità dell'amministrazione di destinazione

Tenendo conto di tali elementi e del sistema prefigurato dall'art. 30 d.lgs. n. 165/2001, un problema sorto nell'applicazione in concreto delle procedure di mobilità volontaria attiene alla perimetrazione dei limiti a questo potere discrezionale questa volta della p.a. ricevente. Essa, infatti, sebbene sia chiamata a individuare e rendere pubblici requisiti e competenze professionali richiesti, opera inevitabilmente un giudizio che involve un apprezzamento soggettivo. La questione sta, in buona sostanza, nel capire fino a che punto l'amministrazione di destinazione possa spingersi, considerato che le istanze di mobilità coinvolgono soggetti che hanno già superato in origine un concorso, al momento del loro accesso alla pubblica amministrazione.

Invero, la norma impone all'amministrazione *ad quem* di individuare dei criteri di selezione, ma non ne specifica anche le modalità, lasciando così libertà alla p.a. sul grado di discrezionalità da riservarsi in sede valutativa. Sicché la previsione di prove "d'esami", quale ad esempio una prova orale aggiuntiva, non risulterebbe espressamente preclusa o vietata dalla disciplina legale, salvo il limite generale del ricorso a tecniche di selezione *stricto sensu* concorsuali e la necessità che essa sia strettamente funzionale alla verifica della compatibilità del profilo professionale posseduto dai lavoratori e quello richiesto per il posto da ricoprire, soprattutto nel delicato passaggio intercompartimentale, in ossequio alla più generale esigenza di una efficiente allocazione delle risorse.

Tale impostazione si scontra con un'interpretazione più rigorosa secondo cui, se è vero che la valutazione dell'idoneità professionale dell'aspirante alla mobilità volontaria è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, è vero anche che ciò non può giustificare la sottoposizione dei candidati a prove o a esami di idoneità, a partire dall'idea che chi avanza istanza di transito verso altra amministrazione ha già superato il vaglio concorsuale e, pertanto, è già stato ritenuto idoneo all'assunzione²⁶. Pertanto, il dipendente non potrebbe e anzi non dovrebbe essere sottoposto a nuova valutazione, a meno che ciò non sia reso necessario dal numero di istanze superiori al numero di posti disponibili, e ben che meno ad un inaccettabile eventuale nuovo periodo di prova. Una simile posizione, che ravvisa in buona sostanza una sorta di diritto all'immissione in ruolo per il solo possesso dei requisiti professionali richiesti dalla p.a. destinataria, troverebbe sostegno anche nell'art. 30, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, che consente all'amministrazione l'opportunità di riqualificazione professionale, rimettendo proprio all'ente di destinazione la predisposizione di specifici percorsi formativi riservati ai dipendenti trasferiti²⁷. Tuttavia, al di là della mera facoltatività della scelta tale disposizione ha posto non pochi problemi interpretativi, mal conciliandosi con la complessiva disciplina regolativa di cui all'art. 30 T.u.p.i., che da una parte consente un intervento di riqualificazione, dall'altra richiede alla p.a. la selezione a monte delle domande di trasferimento in base a competenze già predeterminate nell'avviso pubblico e da valutare in quanto già possedute dai candidati.

Ciò deporrebbe, dunque, a favore dell'ammissibilità di meccanismi di valutazione, che non sconfini in valutazioni strettamente concorsuali e che sia espressamente finalizzati

²⁶ In questo senso, ad esempio, MASTINU, *Il consenso dell'amministrazione cessionaria nella mobilità del dipendente pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 1, 11 ss..

²⁷ D'ONGHIA, *La formazione dei dipendenti pubblici ancora cenerentola tra esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, I, 585 ss..

all'accertamento dell'idoneità professionale a ricoprire un posto diverso, sebbene "corrispondente" a quello di provenienza, sempre in quell'ottica di buon andamento della p.a..

Esclusa, poi, la possibilità che in sede giudiziale si possa sindacare il merito delle scelte organizzative, permane comunque la possibilità - o meglio necessità - di un controllo dell'apprezzamento soggettivo operato dalla reclutante, che non deve comunque risultare irragionevole, arbitrario o pretestuoso. In tal senso i margini al potere discrezionale dell'amministrazione ricevente risiederebbero nel pieno rispetto dei criteri oggettivi, indicati nel bando, da valutare alla stregua dei principi civilistici sull'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 c.c.), declinati secondo i parametri della correttezza e della buona fede. Ciò imporrebbe un giudizio esterno (quello dell'autorità giudiziaria) che scrutini in concreto i profili della non arbitrarietà e della coerenza con i requisiti di valutazione che la stessa amministrazione si era data con l'avviso.

Una simile configurazione esclude che un dipendente che possenga i titoli, ma che sia stato ritenuto inidoneo, vanti un diritto soggettivo ad ottenere lo spostamento. D'altro canto, anche qualora si accertasse un'ingiustificata o non motivata estromissione, questi potrebbe invocare solo un interesse legittimo di diritto privato.

Stante proprio il limite dell'insindacabilità della valutazione dell'amministrazione *ad quem*, il dipendente che contesti gli esiti di un giudizio di idoneità può invocare tutt'al più una tutela risarcitoria, con richiesta di condanna alla riparazione per equivalente del pregiudizio sofferto (nello specifico nella forma del risarcimento da perdita di *chance*)²⁸. Le valutazioni arbitrarie, discriminatorie o irragionevoli sotto il profilo della conformità rispetto ai criteri di selezione possono cioè determinare la condanna della p.a. a riparare per equivalente il pregiudizio sofferto dal lavoratore, sotto forma di risarcimento per il danno da perdita di *chance*, da determinarsi in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.²⁹.

Ciò a meno che non sia il bando di mobilità a adottare meccanismi vincolanti di attribuzione dei punteggi, escludendo ogni sorta di discrezionalità, con conseguente possibilità di conseguire una tutela in forma specifica sotto forma di condanna della p.a. a disporre il

²⁸ Trib. Roma, ord. 19 febbraio 2010, in *Lav. prev. oggi*, 2010, 551 ss. con nota di DI CANDILO, *La mobilità volontaria nel lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni alla luce del D.Lgs. n. 150/2009*; Trib. Milano, 19 dicembre 2008, n. 487, in *Riv. it. prev. soc.*, 2009, 96 ss.; Cass. civ., 26 marzo 2014, n. 7107, in *Arg. dir. lav.*, 2014, II, 1061 ss. con nota di NICOLOSI, *Incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa e tutela risarcitoria prima della l. 182 del 2012 (riforma Balduzzi)*; Cass. civ., 23 settembre 2013, n. 21700, in *Mass. giust. civ.*, 2013.

²⁹ Cfr. Trib. Milano 28 luglio 2008, n. 3568 e Trib. Milano 18 luglio 2008, n. 3459, in *Riv. imp. e dir. pubbl.*, 2008, p. 61, con nota di BIANCHI, *Sulla mobilità interna del personale giudiziario. Trasferimento e perdita di chance*; Trib. Roma ord. 19 febbraio 2010, in *Lav. prev. oggi*, 2010, 551, con nota di DI CANDILO, *La mobilità volontaria nel lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni alla luce del D.Lgs. n. 150/2009*.

trasferimento o a ripetere la procedura. Il tipo di tutela, dunque, dipende dal grado di discrezionalità che si è originariamente riservata l'amministrazione procedente in sede di valutazione dei requisiti fissati nell'avviso di mobilità³⁰.

³⁰ RICCOBONO, *La mobilità individuale volontaria e obbligatoria*, cit., 684..