

Capitolo I

Il problema della mobilità del personale nel pubblico impiego privatizzato

SOMMARIO: 1. Prospettive e delimitazione dell'indagine. – 2. La mobilità nel lavoro pubblico privatizzato e il suo scarso utilizzo. – 3. Pubblico e privato nelle riforme della pubblica amministrazione. Le distanze incolmabili. – 4. L'intreccio tra le procedure di mobilità e la determinazione degli organici. Il d.lgs. n. 75 del 2017 ed il rilancio della programmazione del fabbisogno di personale.

1. Prospettive e delimitazione dell'indagine

La disciplina della mobilità dei dipendenti pubblici è da sempre oggetto di intervento, a vario titolo e nei diversi ambiti disciplinari, nelle riforme della pubblica amministrazione, perché si tratta di un istituto che risponde ad esigenze fondamentali quali il soddisfacimento del fabbisogno professionale delle amministrazioni, una più razionale distribuzione del personale all'interno dell'amministrazione o tra le amministrazioni, il contenimento della spesa pubblica, l'interesse del dipendente di trovare una collocazione lavorativa più consona alle proprie necessità professionali o personali.

L'importanza dell'istituto in esame è evidente già dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui le disposizioni contenute nel c.d. Testo Unico del pubblico impiego «disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», nel rispetto dell'art. 97, comma 1, della Costituzione¹al

¹ Sul fondamentale binomio imparzialità e buon andamento, cfr., senza pretesa di esaustività, M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, Roma, 1961, p. 52, secondo cui con il buon andamento di cui all'art. 97 Cost. è stato elevato «un principio di scienza dell'amministrazione, quello dell'efficienza, a canone dell'attività di organizzazione giuridicamente rilevante»; F. Satta, *Imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989; E. Cannada Bartoli, *Impar-*

fine di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni»².

Principio questo ribadito dall'art. 6, comma 2, del Testo Unico del 2001 che prescrive alle pubbliche amministrazioni di adottare il piano triennale dei fabbisogni di personale «allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini»³.

Si tratta di un tema⁴ di fondamentale importanza e, nel contempo, di particolare complessità per molteplici ragioni.

zialità e buon andamento, in *Foro amm.*, 1964, II, p. 73; M. Nigro, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 162; C. Pinelli, *Commento agli artt. 97 e 98*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Roma-Bologna, 1994; M. Martone, *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *Lav. pubb. amm.*, n. 5/6, 2016, p. 1423; F. Carinci, *Massimo D'Antona e la «contrattualizzazione» del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*, n. 80/2008; A. Garilli, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*, n. 49/2007.

²Cfr. art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 che, oltre all'obiettivo di una migliore utilizzazione delle risorse umane, contenuta nella lett. c), alle lett. a) e b), prevede anche l'obiettivo di «accrescere l'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi dell'Unione europea» e di «razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica». Ma vedi anche l'art. 16, comma 1, lett. d), legge 15 luglio 2011, n. 111 che prevede che «al fine di assicurare il consolidamento delle misure di razionalizzazione e contenimento della spesa in materia di pubblico impiego» può essere disposta «la semplificazione, il rafforzamento e l'obbligatorietà delle procedure di mobilità del personale tra le pubbliche amministrazioni».

³Il concetto di "efficienza" si carica di una valenza ulteriore, propria del contesto economico moderno. Come afferma P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 283, l'efficienza rappresenta qualcosa di più che un modello di validità dell'agire. L'efficienza sta a significare che «un fatto [economico] è così azzeccato, così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo ripetono, lo osservano» in modo tale da rendere quel fatto «meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole». Sulla possibilità che l'amministrazione pubblica possa essere, di per sé stessa, una componente dello sviluppo economico e di progresso sociale, si v. M.S. Giannini, *L'amministrazione pubblica come componente di sviluppo economico e progresso sociale, e l'azione degli enti internazionali*, in *Organizzazione internazionale*, Roma, 1962, ora in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 915 ss.

⁴Sulla disciplina della mobilità dei pubblici dipendenti, vedi E. Gragnoli, *La mobilità*, in M. Rusciano-L. Zoppoli, *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, p. 183 ss.; S. Mainardi-M. Miscione, *La mobilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995*, Commentario diretto da F. Carinci, Milano, 1995, p. 221 ss.; S. Mainardi, *Il passaggio diretto*,

Importante perché la mobilità è il crocevia nel quale si incontrano e si scontrano l'interesse individuale del lavoratore alla sua «storica» inamovibilità o alla realizzazione di esigenze personali e l'interesse pubblico all'imparzialità ed al buon andamento dell'amministrazione sancito dall'art. 97 della Costituzione⁵.

O, ancora, il terreno di scontro tra gli interessi di più lavoratori candidati a ricoprire il posto vacante; infine, il luogo del contemperamento tra l'interesse del lavoratore, dipendente di altra amministrazione, candidato a ricoprire il posto vacante e quello di cui potrebbero essere portatori i lavoratori già dipendenti dell'amministrazione ricevente.

Complesso anzitutto per i continui e disorganici interventi di riforma che, a partire dalla prima privatizzazione del pubblico impiego⁶, hanno

il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero, in F. Carinci-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, tomo II, p. 713 ss.; P. Sordi, *La mobilità volontaria nel pubblico impiego privatizzato*, in *Scritti in onore di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, p. 2917 ss.; F. Basenghi, *La mobilità del dipendente pubblico*, in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2013, p. 449 ss.; P. Cosmai, *La mobilità nel pubblico impiego ante e post Brunetta*, in *LG*, 2010, n. 1, p. 56; M. Lanotte, *Mobilità professionale e progressioni di carriera nel lavoro pubblico privatizzato*, Torino, 2012; L. Fiorillo, *Il trasferimento e la mobilità*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, p. 2736 ss.; G. Leone, *La mobilità individuale e collettiva*, in U. Carabelli-M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, 2010, p. 239 ss.; A. Riccobono, *La nuova disciplina della mobilità volontaria*, in M. Napoli-A. Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo. d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135) (Spending Review)*, Padova, 2013, p. 138 ss.; Id., *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, 2017.

⁵ In proposito, cfr. l'autorevole ricostruzione di M. Persiani, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del pubblico impiego*, in *Dir. lav.*, 1993, I, p. 250, che afferma che «la tutela dell'interesse del lavoratore pubblico ben potrebbe risultare attenuata a ragione della prevalenza che deve essere assegnata, a differenza di quanto avviene per l'interesse del datore di lavoro privato, all'interesse pubblico». Secondo l'Autore tale criterio ermeneutico «trova necessaria applicazione alla residua disciplina speciale del pubblico impiego che, per definizione, presuppone la particolare rilevanza del pubblico interesse nel rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. Quel criterio, però, può trovare applicazione anche quando si tratti di interpretare le disposizioni della legge che regolano il lavoro privato per applicarle al pubblico impiego. Ritenere che queste disposizioni si applichino alle pubbliche amministrazioni con le identiche modalità con le quali sono state tradizionalmente applicate all'imprenditore sarebbe, a mio avviso, opinione superficiale».

⁶ Sul processo di «privatizzazione» del pubblico impiego nelle sue varie fasi v., M. Dell'Olio, *Privatizzazione del pubblico impiego*, in *EGT*, 1995, p. 1 ss.; M. Rusciano-L. Zoppoli, *Il lavoro pubblico*, Bologna, 1993; U. Romagnoli, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *LD*, 1993, p. 231; G. Perone-B.

costantemente modificato e reso complicata la disciplina della mobilità⁷, senza peraltro raggiungere gli obiettivi prefissati⁸.

Interventi che, lungi dall'innestare le modifiche alla disciplina in un unico *corpus* normativo, fanno emergere anche la necessità di un provvedimento di riordino e semplificazione, peraltro auspicato già dall'art. 16, comma 1, lett. d), del d.lgs. 6 luglio 2011, n. 98 e, più di recente, oggetto di specifica raccomandazione da parte del Consiglio dell'Unione europea dell'11 luglio 2017⁹.

Sassani (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999; M. Dell'Olio-B. Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000; F. Carinci-M. 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.

⁷ Cfr. I. Piccinini, *Lavoro e valori, Prolusione tenuta il 14 dicembre 2011 a Roma, in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 2011-2012 della Lumsa*, p. 29 del dattiloscritto, reperibile sul sito www.lumsa.it, che definisce «il legislatore odierno un «calcolatore», costretto a far conti su conti, senza un punto di riferimento sistematico, che agisce sulla base di contingenti esigenze di cassa, in assenza di un progetto, con interventi incoerenti e contraddittori, propendendo verso la moltiplicazione di regole in rapida successione, senza un centro ordinatore, regole che non garantiscono né la sistematicità (così cara ai giuristi), né la certezza finanziaria (sollecitata dagli economisti)».

⁸ Sulla «ineffettività» delle disposizioni sulla mobilità, cfr. S. Mainardi, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in F. Carinci-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, tomo II, p. 713 ss.; M. Esposito, *Modelli e strumenti per la mobilità interna del lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, in *Adapt Labour Studies E-Book Series*, 2015, p. 445.

⁹ Vedi la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea dell'11 luglio 2017 sul programma nazionale di riforma 2017 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2017 dell'Italia (2017/C 261/11). Nello specifico, vedi il n. 17 dei considerando che evidenzia che «nel 2015 è stata adottata un'ampia legge delega di riforma della pubblica amministrazione, che potrebbe contribuire a migliorare l'efficienza e l'efficacia. Tuttavia, a seguito della sentenza della Corte costituzionale del novembre 2016, che ha dichiarato l'incostituzionalità della procedura seguita per l'adozione di alcuni decreti legislativi attuativi, è stata sospesa l'attuazione di parti essenziali della riforma. In particolare, la sentenza riguarda tre settori chiave della riforma: i servizi pubblici locali, il pubblico impiego e le imprese pubbliche. Occorrono nuove iniziative legislative per riformare i servizi pubblici locali e il pubblico impiego a livello dirigenziale, dato che i termini per l'adozione dei decreti è scaduto nel novembre 2016. Per quanto riguarda le imprese pubbliche, il decreto adottato prima della sentenza deve essere modificato. La riforma mira a ridurre il numero delle imprese pubbliche, a migliorarne l'efficienza e ad assicurare che operino nel rispetto delle stesse norme delle imprese private. L'attuazione delle opera-

In secondo luogo perché la disciplina della mobilità nel «lavoro (ormai solo) soggettivamente pubblico»¹⁰ è collocata in un'area dove alcuni atti di organizzazione degli uffici, sottoposti a regime di diritto amministrativo, convivono con atti di gestione del personale, aventi natura negoziale e parificati agli atti del «privato datore di lavoro»¹¹.

Ed infatti, come noto, l'estensione, ad opera del d.lgs. n. 80 del 1998, del regime di diritto privato agli atti della c.d. «bassa organizzazione» o «micro-organizzazione»¹², ha inevitabilmente influenzato i processi di mobilità del personale, visto che, fatta eccezione per la programmazione triennale del fabbisogno di personale e della definizione delle dotazioni organiche del personale, da annoverarsi tra gli atti di «macro-organizzazione» ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 39 della legge n. 449 del 1997, vengono definiti «espressione della capacità di diritto privato» gli «atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati»¹³ e «correlativamente, i poteri di gestione del personale

zioni programmate di privatizzazione contribuirebbe anch'essa alla razionalizzazione delle imprese pubbliche».

¹⁰ M. Dell'Olio, *La costituzione del rapporto di pubblico impiego*, in *Inediti*, Torino, 2007, p. 42.

¹¹ C. D'Orta, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci, seconda edizione, Milano, 2000, che definisce gli atti e le materie «dell'alta amministrazione» e della «bassa organizzazione», da considerarsi rispettivamente in regime pubblicistico ed in regime privatistico.

¹² Sulla distinzione tra atti di macro organizzazione e microrganizzazione, cfr. A. Orsi Battaglini-A. Corpaci, *Commento all'art. 2*, in A. Corpaci-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*. Commentario, in *NLCC*, Padova, 1999, p. 1068.

¹³ La frase di M. D'Antona, in *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «Leggi Bassanini»*, in *Lav. pubb. amm.*, 1998, 1, p. 36, secondo cui «l'unificazione normativa dei poteri di gestione del personale comporta che siano definitivamente ricondotte alla capacità di diritto privato le determinazioni riguardanti il funzionamento degli apparati, che si collocano al di sotto della configurazione strutturale degli uffici pubblici, la quale rimane riservata a fonti normative primarie o secondarie o atti organizzativi in regime pubblicistico» è ripresa testualmente da numerose ordinanze delle Sezioni unite della Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, nonché in alcune sentenze delle sezioni semplici. Ad es., Cass. 15 maggio 2003, n. 7621, in materia di conferimento di incarichi dirigenziali nel settore sanitario: «la disciplina dei rapporti di pubblico impiego [...] si impernia sul principio per cui gli atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati sono espressione della capacità di diritto privato e, correlativamente, i poteri di gestione del personale rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, ad

rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati»¹⁴.

Tra questi, evidentemente, gli atti organizzativi presupposti per l'attivazione dei processi di mobilità (dichiarazioni di eccedenza, rilevazioni di posti vacanti in organico, gestione dei bandi e delle graduatorie, ecc.).

In terzo luogo, perché l'istituto della mobilità deve fare i conti con i provvedimenti di contenimento della spesa pubblica, in particolare dei costi di gestione del personale, che costituiscono oramai il «leitmotiv» della legislazione degli ultimi anni e con i conseguenti meccanismi di

uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati»; nello stesso senso, Cass. S.U. 15 maggio 2003, n. 7623; Cass. S.U. ord. 27 giugno 2003, n. 10288; Cass. 20 marzo 2004, n. 5659.

¹⁴In tal senso Consiglio di Stato n. 6705 del 2011. L'attribuzione alla dirigenza pubblica dei «poteri del privato datore lavoro» è stata una delle emblematiche novità della riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni compiuta sin dalla prima privatizzazione. Infatti è con la emanazione del d.lgs. n. 546 del 1993, di correzione e integrazione del d.lgs. n. 29 del 1993, che è stato riformulato il testo originario dell'art. 4 del medesimo d.lgs. n. 29, con la espressa specificazione della natura dei poteri di gestione degli istituti del rapporto di lavoro che venivano equiparati a quelli del «privato datore di lavoro». In proposito, cfr. M. Dell'Olio, voce *Privatizzazione del pubblico impiego*, in *Enc. giur. Treccani*, aggiorn., Roma, 2000, secondo cui «datrici di lavoro sono rimaste e rimarranno le amministrazioni pubbliche, con la riconduzione, invece, dei rapporti di lavoro «sotto la disciplina» del diritto privato, anzi «civile», per essere «regolati contrattualmente», e correlativamente la devoluzione delle controversie al giudice ordinario». Cfr. anche F. Carinci, *Gli atti di gestione del datore di lavoro pubblico privatizzato sono atti privatistici, non amministrativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 655; P. Ferrari, *Il sistema delle fonti*, in *Amministrazioni pubbliche e diritto privato del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 16, 1995; P. Sordi, *Atti negoziali, procedimento amministrativo e contratti collettivi nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2005, I, p. 29 ss.; E. Ales, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro: interpretazione giuslavoristica tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002. Come noto, tale assimilazione pubblico-privato è stata ribadita con forza dal d.lgs. n. 150 del 2009. Sul punto, cfr. per tutti, M. Persiani, a cura di, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2697 ss. ed in particolare M. Martone, *La c.d. riforma Brunetta e il ruolo strategico del dirigente nella realizzazione dei suoi obiettivi*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 12, 2010, p. 2708 ss.; F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla l. n.133/2008 alla l. d.n.15/2009*, in *Lav. pubb. amm.*, 2008, p. 949 ss.; S. Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. pubb. amm.*, 2009, p. 729 ss.; A. Boscati, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività organizzativa*, in *Lav. pubb. amm.*, 2009, p.13 ss.; E. Ales, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. Zoppoli, a cura di, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p.109 ss. Sia altresì consentito il rinvio a E. Fiata, *Le funzioni e i poteri del dirigente nella valutazione della performance individuale: il riconoscimento dei meriti*, in *Giur. it.*, 2010, n. 12, p. 2725 ss.

sbarramento di accesso all'impiego e di fuoriuscita forzata del personale.

Si pensi, solo a titolo esemplificativo, al blocco delle assunzioni, al c.d. *turn over*, al divieto di trattenimento in servizio del personale che ha raggiunto i requisiti pensionistici, alla risoluzione unilaterale del rapporto e, più in generale, alle disposizioni che incidono sull'organizzazione degli uffici, a partire dalla programmazione triennale del fabbisogno di personale, rivisitata dal d.lgs. n. 75 del 2017.

Ciò ha comportato una «mutazione morfologica e funzionale» dell'istituto che, da strumento di «flessibilità organizzativa per la efficiente e razionale allocazione del personale», è divenuto «*in primis*, vincolo procedurale preventivo all'attivazione dei concorsi di assunzione»¹⁵, almeno fino alla recente legge n. 56 del 2019 che, seppure per il solo triennio 2019-2021, ha disposto che le procedure concorsuali e le conseguenti assunzioni possono essere effettuate senza il previo svolgimento delle procedure previste dall'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001¹⁶.

¹⁵ Così S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006, n. 80*, in WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT, 45/2006, pp. 8 e 9, che fa riferimento all'art. 7 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, che ha introdotto l'art. 34-bis del d.lgs. n. 165 del 2001 in materia di procedure obbligatorie costituite, nei processi di assunzione, per il personale collocato in disponibilità e l'art. 5, comma 1-*quater* del d.l. 31 gennaio 2005, conv. in legge n. 43 del 2005, che ha introdotto i commi 2-*bis*, *ter* e *quater* all'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 in materia di necessaria attivazione, per tutte le amministrazioni, delle procedure di mobilità per passaggio diretto prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico. Cfr. anche la Nota esplicativa dell'Uppa e del Ministero dell'Economia e delle Finanze in materia di dotazioni organiche, mobilità ed assunzioni ai sensi della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Legge finanziaria per l'anno 2005) dell'11 aprile 2005, che ritiene la mobilità «la principale modalità di reclutamento in uno scenario di contenimento delle assunzioni».

¹⁶ Vedi l'art. 3, comma 8, della legge 19 giugno 2019, n. 56, recante «Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo». Resta ovviamente fermo il disposto di cui all'art. 1, comma 399, della legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019) sui termini dilatori di decorrenza delle assunzioni nel corso del 2019. In particolare, l'art. 1, comma 399 citato dispone che dispone che, per il 2019, la Presidenza del Consiglio dei ministri, i Ministeri, gli enti pubblici non economici, le Agenzie fiscali e le Università, in relazione alle ordinarie facoltà di assunzione riferite al medesimo anno, non possono effettuare assunzioni di personale a tempo indeterminato con decorrenza giuridica ed economica anteriore al 15 novembre 2019. Per le Università la suddetta limitazione si applica con riferimento al 1° dicembre 2019 relativamente alle ordinarie facoltà di assunzione dello stesso anno. Sono inoltre fatti salvi gli inquadramenti nel ruolo di professore associato ai sensi dell'art. 24, comma 5, della legge n. 240 del 2010, che possono essere disposti nel corso dell'anno 2019 al termine del contratto di ricercatore a tempo determinato di cui all'art. 24, comma 3, lett. b), della stessa legge.

A ciò si aggiunga infine che con il termine «mobilità» nel lavoro pubblico privatizzato si indicano un insieme di vicende diverse per presupposti, finalità e disciplina.

Con tale termine, infatti, che compare nell'intitolazione del Capo III del Titolo II del d.lgs. n. 165 del 2001 (Uffici, piante organiche, mobilità e accessi), ci si riferisce ad una pluralità di mutamenti del rapporto di lavoro, del tutto eterogenei tra loro, quali: il passaggio del dipendente da un ente all'altro, appartenente o meno allo stesso comparto (c.d. mobilità individuale, volontaria, intracompartimentale e extracompartimentale); la cessione di personale da una pubblica amministrazione ad altra in conseguenza del trasferimento ad essa di parte o tutte le funzioni già svolte dalla cedente; il collocamento in disponibilità dei dipendenti in eccedenza e, in caso di mancata riallocazione, la risoluzione del rapporto di lavoro (c.d. mobilità collettiva o d'ufficio)¹⁷.

Inoltre, nell'accezione più ampia, il termine mobilità comprende ogni atto che determina uno spostamento, anche temporaneo, del personale.

Si pensi al trasferimento del dipendente da un'unità organizzativa all'altra all'interno della medesima amministrazione (c.d. mobilità interna), il comando, il distacco, lo svolgimento di servizio presso altra Amministrazione in posizione di fuori ruolo, l'assegnazione temporanea di dipendenti presso amministrazioni straniere (c.d. scambio di funzionari all'estero), il collocamento in aspettativa per lo svolgimento di incarichi presso altre Pubbliche Amministrazioni o soggetti privati.

Volendo schematizzare, sono dunque tre le aree, ovviamente interconnesse, che debbono essere tenute in considerazione quando si esamina la disciplina della mobilità: la sfera macro-organizzativa della Pubblica Amministrazione nei processi di riordino e riallocazione delle funzioni tra diversi livelli di governo e/o tra diverse Amministrazioni; l'organizzazione e pianificazione dell'attività di ciascuna Pubblica Amministrazione, in relazione alla programmazione del fabbisogno di professionalità; gli effetti della mobilità rispetto al rapporto individuale di lavoro con l'Amministrazione, le conseguenze sulle situazioni giuridiche soggettive e la tutela giurisdizionale.

L'indagine, muovendo da una ricostruzione evolutiva, avrà ad oggetto

¹⁷ Per un tentativo di introdurre una definizione legislativa dei vari «tipi» di mobilità, vedi l'art. 1, comma 2, del D.P.C.M. 20 dicembre 2014 recante «Definizione dei criteri di utilizzo e modalità di gestione delle risorse del fondo destinato al miglioramento dell'allocazione del personale presso le pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 30, comma 2.3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» che, all'art. 1, comma 2, dà una definizione di «mobilità volontaria», «mobilità volontaria sperimentale», «mobilità d'ufficio», «mobilità obbligatoria tra PA» e «mobilità funzionale».

le principali forme di mobilità «spaziale»¹⁸ applicabili al pubblico impiego privatizzato, mentre, giova precisarlo sin da ora, non verrà esaminata la mobilità delle categorie di personale che, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001, restano disciplinate dai rispettivi ordinamenti¹⁹.

Dopo aver esaminato la disciplina e le novità connesse alle più recenti riforme, l'indagine si propone di offrire un inquadramento sistematico del tema oggetto della trattazione e di esaminare le principali problematiche di carattere interpretativo e applicativo della disciplina che disincentivano la mobilità o generano attorno ad essa un articolato contenzioso.

Ci si soffermerà, in particolare, sulla disciplina della mobilità volontaria e di ufficio delineata nell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, delle eccedenze di personale di cui agli artt. 33 ss. del medesimo decreto e sulle principali questioni foriere di contenzioso, nel tentativo di individuare proposte operative finalizzate ad una migliore distribuzione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni.

Non senza tener conto, però, della «schizofrenia» dimostrata dalla legislazione lavoristica che, se per taluni istituti ha il dichiarato fine di

¹⁸ La mobilità «professionale» verrà esaminata solo limitatamente alla problematica dell'inquadramento, della corrispondenza tra i profili professionali e della conservazione del trattamento economico.

¹⁹ Cfr. art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001, che stabilisce che rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, il personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria. Per una ricognizione delle singole categorie di personale sottratto alla privatizzazione, cfr. A. Tursi, *L'ambito di applicazione della riforma: categorie e amministrazioni escluse dalla privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, vol. V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci, L. Zoppoli, tomo I, Torino, 2004, p. 31. Giova dunque precisare che la disciplina della mobilità contenuta nel d.lgs. n. 165 del 2001, che costituisce l'oggetto principale della presente indagine, non esaurisce affatto l'intera materia. Ed infatti, se matrice comune ad ogni struttura dei pubblici poteri è la provvista di titolari ed addetti agli uffici, in relazione al tipo di apparato corrisponde una differenziazione delle forme di organizzazione del lavoro. Si pensi alla funzione di regolazione che si avvale dell'apparato ministeriale e delle agenzie (d.lgs. n. 300 del 1999), dotata di un ordinamento del lavoro privatistico con elementi di specialità. O agli apparati incaricati dello svolgimento delle funzioni d'ordine (difesa, giustizia, ordine pubblico, diplomazia), e di talune funzioni ausiliarie (amministrazione consultiva e di controllo) conservano un ordinamento del lavoro pubblicistico. O, ancora, al «personale politico» dell'amministrazione, legati da un rapporto tradizionalmente definito «onorario» in cui il conferimento dell'ufficio avviene senza previo contratto di lavoro ed il cui titolo di legittimazione deriva da elezione o da nomina discrezionale politica.

uniformare lavoro pubblico e privato²⁰, per altri, realizza «l'accentuazione dei due binari paralleli sui quali sembrano viaggiare le discipline in materia di diritto del lavoro privato e pubblico privatizzato»²¹ confermando, sempre di più, la specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione²².

Il tutto nella consapevolezza delle diversità strutturale tra lavoro pubblico e lavoro privato e, dunque, della difficoltà di «trapiantare» nella disciplina del lavoro pubblico istituti e procedure che, alla lunga, sarebbero destinati ad una «crisi di rigetto».

²⁰ Come ad esempio afferma l'art. 2, comma 1, lett. a, legge n. 15 del 2009.

²¹ M. Ricci, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, in *Adapt Labour Studies E-Book Series*, 2015, p. 475.

²² Sulla specialità «di fattispecie più che di disciplina» del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, vedi M. Dell'Olio, *Privatizzazione del pubblico impiego*, cit.; M. D'Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.* 1997, n. 4, p. 68 sottolinea come «il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni non è un rapporto speciale ... anche se discipline speciali, in deroga al codice civile e alle leggi sul lavoro nell'impresa, possono essere richieste da qualche caratteristica dell'organizzazione pubblica». Per un'analisi dei profili di specialità del lavoro pubblico alla luce dell'evoluzione del sistema normativo, vedi A. Boscati, *La specialità del lavoro pubblico: fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *Lav. pubb. amm.*, 2018, n. 3, 1 ss. Si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla diversa disciplina in tema di conseguenze le modifiche dell'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 ad opera dell'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, con le quali è stato chiarito definitivamente il regime sanzionatorio da applicare ai licenziamenti illegittimi dei pubblici dipendenti e riaffermata la specialità del lavoro pubblico. In proposito, cfr. per tutti, M. Martone, *La riforma della riforma. La reintegrazione del dipendente pubblico tra contrasti dottrinali, incertezze giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 2, p. 366 ss.; Id., *Ancora sulla reintegrazione nel pubblico impiego a seguito della riforma Madia*, in *Arg. dir. lav.*, 3, p. 655.

Per la specialità del lavoro pubblico v. Corte cost. 16 maggio 2008, n. 146, secondo cui L'esigenza di salvaguardia della finanza pubblica sarebbe così generale che potrebbe giustificare qualsiasi differenziazione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico da quello privato; Corte cost. 9 novembre 2006, n. 367; Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199; Corte cost. 23 luglio 2001, n. 275, secondo cui il processo di omogeneizzazione incontra il limite «della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali». La pubblica amministrazione, infatti, «conserva pur sempre – anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato – una connotazione peculiare», essendo tenuta «al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa» (Corte cost., sentenza n. 82 del 2003).

2. La mobilità nel lavoro pubblico privatizzato e il suo scarso utilizzo

Nonostante gli innumerevoli interventi di riforma del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione²³, le relazioni allegiate al Conto Annuale della Ragioneria dello Stato²⁴ e le altre statistiche nei vari comparti del pubblico impiego dimostrano l'inefficacia della disciplina in materia di mobilità del personale.

I dati più recenti mostrano anzitutto una riduzione continua della forza lavoro impiegata nelle amministrazioni pubbliche, che si attesta al 6,3 per cento rispetto al valore registrato nel 2009 con una contrazione di 213.492 unità di personale.

Le politiche di contenimento della spesa, tra cui il blocco del *turn over* introdotto per la generalità dei comparti a partire dal 2008²⁵, se sono ri-

²³Tra i principali provvedimenti adottati solo nell'ultimo decennio, si ricordano: il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, poi convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133; la legge 4 marzo 2009, n. 15; il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150; il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, poi convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122; la legge 4 novembre 2010, n. 183; il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, poi convertito nella legge 15 luglio 2011, n. 111; il d.lgs. 1° agosto 2011, n. 141; il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, poi convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148; la legge 12 novembre 2011, n. 183; il d.l. 6 dicembre 2011, n. 2011, poi convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214; la legge 28 giugno 2012, n. 92; il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, poi convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135; la legge 6 novembre 2012, n. 190; il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, poi convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98; il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, poi convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 99; il d.l. 31 agosto 2013, n. 101, poi convertito nella legge 30 ottobre 2013, n. 125; il d.l. 24 giugno 2014, n. 14, poi convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114; legge 7 agosto 2015, n. 124 e i relativi decreti attuativi; Legge 19 giugno 2019, n. 56.

²⁴Ragioneria Generale dello Stato, Commento ai principali dati del conto annuale del periodo 2008-2017 (Dati aggiornati al 29 novembre 2019), in <http://www.contoannuale.tesoro.it> e Ragioneria Generale dello Stato, Commento ai principali dati del conto annuale del periodo 2008-2017 (Dati aggiornati al 26 novembre 2018), sempre in <http://www.contoannuale.tesoro.it>.

²⁵Sulla disciplina del *turn over* sia sufficiente in questa sede ricordare che per le amministrazioni dello Stato, le agenzie, gli enti pubblici non economici, l'art. 1, comma 227 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), nel distinguere tra personale dirigenziale e non, ha modificato le percentuali di *turn over* previste dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 90 del 2014 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114 del 2014). In particolare, per gli anni 2016, 2017 e 2018, le predette amministrazioni potevano procedere ad assunzioni a tempo indeterminato di personale di qualifica non dirigenziale nella misura del 25% della spesa relativa al personale della medesima qualifica cessato nell'anno precedente. A decorrere dall'anno 2019, la percentuale è del 100%. Inaugurando una nuova stagione in cui il parametro di riferimento per le assunzioni non è più costituito dalla spesa per il personale cessato nell'anno precedente, ma da un indice di bilancio che mette in rapporto le

sultate efficaci in termini di riduzione di personale e della spesa pubblica, hanno, tuttavia determinato un significativo incremento dell'età media dei dipendenti pubblici, che risultava, alla fine del 2016, di 50,3 anni e, alla fine del 2018, di 50,7 anni²⁶.

Si pensi che, nel medesimo periodo di riferimento, oltre 394.000 dipendenti, su un totale di circa 3.200.000, hanno già superato la soglia

spese di personale con alcune tipologie di entrate correnti. La legge di bilancio 2019 (art. 1, comma 399, della legge n. 145 del 2018) ha però disposto che, per il 2019, la Presidenza del Consiglio dei ministri, i Ministeri, gli enti pubblici non economici e le Agenzie fiscali, in relazione alle ordinarie facoltà di assunzione riferite al medesimo anno, non possano effettuare assunzioni di personale a tempo indeterminato con decorrenza giuridica ed economica anteriore al 15 novembre 2019. Per le Università la suddetta limitazione si applica con riferimento al 1° dicembre 2019 relativamente alle ordinarie facoltà di assunzione dello stesso anno. Sono inoltre fatti salvi gli inquadramenti nel ruolo di professore associato ai sensi dell'art. 24, comma 5, della legge n. 240 del 2010, che possono essere disposti nel corso dell'anno 2019 al termine del contratto di ricercatore a tempo determinato di cui all'art. 24, comma 3, lett. b), della stessa legge. Per quanto riguarda, invece, il personale dirigenziale, le facoltà assunzionali sono stabilite nella misura del 60% per l'anno 2016, dell'80% per l'anno 2017 e del 100% a decorrere dall'anno 2018. Il personale di diritto pubblico non contrattualizzato di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001 è escluso dalla disciplina, mentre i Corpi di polizia, i Vigili del fuoco, il comparto Scuola e le Università sono destinatari di una speciale normativa di settore. Il d.lgs. n. 218 del 2016 ha modificato sostanzialmente il regime assunzionale a decorrere dall'anno 2017 per gli enti pubblici di ricerca, mediante l'introduzione di uno specifico indicatore delle spese di personale da calcolare rapportando le spese complessive per il personale «di competenza dell'anno di riferimento alla media delle entrate complessive dell'ente, come risultante dai bilanci consuntivi dell'ultimo triennio». Ai sensi dell'art. 1, comma 584, lett. a), della legge n. 190 del 2014, per gli enti del Servizio Sanitario Nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2015, le spese di personale, in ciascuno degli anni dal 2013 al 2020, non possono superare il corrispondente ammontare del 2004 diminuito dell'1,4%, al netto dei rinnovi contrattuali successivi al 2004. Infine, per le regioni e gli enti locali sottoposti al patto di stabilità interno, l'art.1, comma 228, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), nel differenziare le percentuali di *turn over* tra personale dirigenziale e non dirigenziale, fissa al 25% delle economie relative al personale non dirigenziale cessato l'anno precedente l'entità del budget da utilizzare, per gli anni 2016, 2017 e 2018, per il reclutamento del personale con la medesima qualifica. Per il personale di qualifica dirigenziale, la predetta percentuale è fissata nella misura dell'80% negli anni 2016 e 2017 e del 100% a decorrere dall'anno 2018 (art. 3, comma 5, d.l. n. 90 del 2014).

²⁶ Nel 2001, l'età media dei pubblici dipendenti era di 44 anni. Con riferimento al dato del 2018 (età media 50,7 anni), giova inoltre rilevare che tra i fattori che hanno influenzato l'andamento dell'età media dei comparti si segnala il processo di stabilizzazione del personale precario, che ha comportato l'inserimento nei ruoli del tempo indeterminato di personale con un'età inferiore e, dunque, una lieve diminuzione dell'età media dei pubblici dipendenti.

dei 60 anni, mentre altri 658.000 hanno un'età compresa fra i 55 ed i 59 anni²⁷.

L'invecchiamento della forza lavoro e l'accelerazione nelle uscite per pensionamento potrebbe rendere progressivamente più difficoltoso l'affiancamento fra neo assunti e dipendenti esperti, necessario per la trasmissione della conoscenza dei complessi processi lavorativi propri dell'impiego pubblico.

L'età dei pubblici dipendenti è inoltre un dato non trascurabile ai fini dell'indagine, perché se tra le possibili cause della scarsa mobilità dei pubblici dipendenti vi è la percezione diffusa delle amministrazioni pubbliche come «corpi immobili»²⁸, appare evidente che, in linea generale e salve le dovute eccezioni, è più facile che un giovane sia predisposto al cambiamento rispetto ad un lavoratore che dopo aver superato nei decenni precedenti il concorso pubblico, ha lavorato sempre nello stesso ufficio e ha una famiglia nella città in cui lavora.

Considerando la distribuzione del personale in servizio nella Pubblica amministrazione, si evidenzia che il personale dipendente è concentrato per il 54,1 per cento nell'amministrazione centrale, per il 20,0 per cento in aziende o enti del Servizio sanitario nazionale e per l'11,8 per cento nei comuni²⁹.

Quanto alla distribuzione territoriale, il personale in servizio è concentrato per il 35,3 per cento in unità locali dislocate nel Mezzogiorno (il 22,6 per cento nelle regioni del Sud e il 12,7 per cento nelle Isole), per il 22,6 per cento nel Nord-ovest, per il 22,3 per cento nel Centro e per il 19,7 per cento nel Nord-est del Paese³⁰.

Infine, con particolare riferimento alla mobilità, i dati evidenziano oltre ventisettemila movimenti di personale tra amministrazioni appartenenti al medesimo comparto, ed un numero molto più esiguo di mobili-

²⁷ In generale, sulla costante diminuzione della quota di popolazione in età lavorativa in Europa, vedi EUROSTAT, *Over 27 million people aged 80 and over in the EU*, in *ec.europa.eu*, 30 settembre 2017; EUROSTAT, *Population structure and ageing*, in *ec.europa.eu*, maggio 2018. Nel periodo compreso tra il 2016 e il 2080, si prevede in Europa un considerevole aumento degli over 65. Se la percentuale della popolazione UE di età pari o superiore ai 65 anni era, nel 2016, pari al 19,3% della popolazione totale si prevede che raggiungerà il 28,5% nel 2050 e sfiorerà il 30% nel 2080 (di cui il 12,7% al di sopra degli 80 anni).

²⁸ S. Cassese, *Le prospettive*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 507.

²⁹ Mentre negli altri enti è presente il restante 14,1 per cento del personale. Dati estratti dall'Annuario Statistico Italiano, 2017. Fonte: Istat, Censimento permanente istituzioni pubbliche 2015.

³⁰ Istat, Censimento permanente istituzioni pubbliche 2015.