

## Le norme sulla mobilità

di SIMONETTA PASQUA<sup>1</sup>

1. Premessa. 2. Le fonti di disciplina dell'istituto. 3. La mobilità pubblico – privato e gli incarichi presso organismi pubblici. 4. La mobilità volontaria tra pubbliche amministrazioni. 4.1. La parziale procedimentalizzazione della mobilità volontaria. 4.2. La disciplina delle equiparazioni tra posizioni professionali. 5. La fattispecie disciplinare dell'ingiustificato rifiuto di trasferimento e della mancata presa di servizio.

### 1. Premessa.

Il decreto legislativo n. 150 del 2009 è intervenuto anche a modificare la disciplina relativa alla mobilità dei dipendenti pubblici. Le norme rilevanti sono collocate nel Titolo IV, Capo III, rubricato "*Uffici, piante organiche, mobilità e accessi*". Occorre poi tener conto degli artt. 54 e 69 del decreto, che riguardano la disciplina delle fonti di regolazione e di alcune fattispecie sanzionatorie disciplinari rilevanti per la mobilità. Si tratta per lo più di una novellazione delle disposizioni relative alla mobilità contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001.

In sintesi, le novità riguardano: le fonti di disciplina dell'istituto, la normativa relativa al collocamento in aspettativa per lo svolgimento di incarichi presso organismi pubblici e privati, la parziale procedimentalizzazione della mobilità, la previsione di strumenti di agevolazione della mobilità volontaria tra pubbliche amministrazioni, anche tra quelle appartenenti a differenti comparti di contrattazione, la disciplina del licenziamento disciplinare nei casi di ingiustificato rifiuto di trasferimento e di mancata presa di servizio.

### 2. Le fonti di disciplina dell'istituto.

Uno degli aspetti generali rilevanti della riforma riguarda la demarcazione fra le aree di disciplina delle fonti unilaterali (leggi, regolamenti, indirizzi e determinazioni organizzative dei dirigenti) e di quelle contrattuali. L'intento del Governo è quello di arginare gli "sconfinamenti" della contrattazione collettiva in settori di disciplina che dovrebbero ad essa essere preclusi, fissando o ribadendo dei paletti non valicabili.

---

<sup>1</sup> Dirigente del Dipartimento funzione pubblica.

In questo senso si trovano nel provvedimento sia affermazioni di principio sia norme puntuali e di garanzia per il funzionamento del sistema.

Per i principi, l'art. 32 del decreto attuativo apre il Capo I dedicato alle norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche affermando che le disposizioni contenute nel Capo stesso "definiscono la ripartizione delle materie sottoposte alla legge, nonché, sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma responsabilità del dirigente nella gestione delle risorse umane e quelle oggetto di contrattazione collettiva", facendo supporre l'esistenza di una "riserva di legge" e di una "riserva di contrattazione collettiva".

A garanzia del funzionamento del sistema delle fonti, l'art. 33 del medesimo decreto, modificando l'art. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, ha previsto espressamente il rinvio agli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. in caso di violazione di norme imperative o di limiti fissati ai contratti collettivi, facendo in tal modo operare il meccanismo della sostituzione automatica di clausole a presidio dell'applicazione della legge.

In questo contesto, l'art. 54 del d.lgs. n. 150 ha modificato l'art. 40 del d.lgs. n. 165 ed ha espressamente fissato le materie di pertinenza della contrattazione collettiva e quelle di competenza della legge e degli atti unilaterali. Per quanto di interesse, il comma 1 dell'art. 40 in questione prevede che la mobilità possa essere disciplinata dalla contrattazione collettiva "negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge". Si tratta di un'innovazione di principio rilevante che mette in luce la stretta connessione tra mobilità ed aspetti organizzativi. In effetti, in quanto strumento per l'acquisizione di risorse, emergono degli aspetti "macro" della mobilità che non possono che essere regolati mediante fonti unilaterali (si pensi ai processi relativi a passaggi di contingenti di personale o alla procedura per il passaggio da un'amministrazione all'altra), mentre l'aspetto più propriamente inerente il rapporto di lavoro dovrebbe essere disciplinato dal contratto collettivo (sempre secondo il nuovo art. 40 comma 1 "la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro ...). Vien da pensare in proposito alla regolamentazione del trattamento economico dovuto a seguito della mobilità, senonchè anche su questo aspetto si è già da tempo espresso il legislatore (l'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 già stabilisce la retribuzione spettante in caso di passaggio per mobilità volontaria). Peraltro, come si vedrà meglio in seguito, l'art. 29 *bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 48 del d.lgs. n. 150 del 2009, stabilisce che la tabella di equiparazione tra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi relativi ai diversi comparti di contrattazione sia definita con d.P.C.m., materia sino ad ora ritenuta di pertinenza

contrattuale, cosicchè viene spontaneo chiedersi quali margini effettivi possano residuare alla contrattazione nella materia in esame.

### 3. *La mobilità pubblico – privato e gli incarichi presso organismi pubblici.*

L'art. 43 del d.lgs. n. 150 riguarda la disciplina della cosiddetta "mobilità pubblico privato" e degli incarichi presso organismi pubblici. Si tratta della possibilità – introdotta per la prima volta dalla legge Frattini (la legge n. 145 del 2002) - per i dirigenti, gli appartenenti alla carriera diplomatica e prefettizia e, limitatamente agli incarichi pubblici, per i magistrati ordinari, amministrativi e contabili e gli avvocati e procuratori dello Stato, di svolgere attività presso soggetti pubblici o privati, anche internazionali, in deroga al divieto di cumulo di impieghi e previo collocamento in aspettativa non retribuita.

La disposizione in questione modica l'art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 nella parte in cui si prevede la possibilità per le categorie di soggetti indicate di essere collocati temporaneamente in aspettativa non retribuita per svolgere altro incarico pubblico o prestare servizio nel settore privato. La novella in particolare riguarda i commi 1 e 2 della suddetta disposizione. In sostanza, viene previsto che l'aspettativa possa essere concessa soltanto quando non sussistano preminenti esigenze organizzative dell'amministrazione di appartenenza. Ove tali esigenze siano presenti, l'amministrazione può (o, meglio, deve) esprimere un diniego motivato rispetto alla domanda dell'interessato.

La modifica normativa appare opportuna. Infatti, il testo della disposizione precedentemente in vigore nulla specificava circa la possibilità di un eventuale diniego dell'amministrazione creando in tal modo problemi interpretativi ed applicativi. Le amministrazioni, a fronte della domanda dell'interessato, non avevano a disposizione strumenti per rifiutare il collocamento in aspettativa e dovevano necessariamente privarsi della risorsa, a prescindere dalla delicatezza o essenzialità del compito che il dipendente stesse assolvendo. Con l'intervento normativo viene evidenziata la preminenza del pubblico interesse rispetto a quello personale-professionale del lavoratore e a quello professionale-lucrativo del soggetto di destinazione e viene imposto all'amministrazione di appartenenza destinataria dell'istanza di effettuare una valutazione.

La scelta si colloca nel nuovo contesto di valorizzazione della dirigenza della quale nella riforma si accentua la responsabilità anche in ordine alla gestione delle risorse umane e, quindi, nelle decisioni circa l'opportunità di privarsi di una risorsa professionale.

A tutela della posizione del dipendente e per evitare decisioni arbitrarie, la legge richiede che l'eventuale diniego venga motivato. Si tratta di una precisazione

importante perché, come noto, i provvedimenti inerenti il personale ad ordinamento privatistico non sono atti amministrativi e quindi, di norma, non debbono essere motivati. Attraverso l'imposizione di una motivazione, si fa in modo che la scelta dell'amministrazione sia trasparente e controllabile eventualmente anche in via giudiziale.

#### 4. *La mobilità volontaria tra pubbliche amministrazioni.*

L'art. 49 del d.lgs. n. 150 del 2009 ha modificato il comma 1 dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, che riguarda la disciplina della mobilità volontaria. La medesima disposizione ha poi introdotto un comma 1 *bis* nell'ambito del citato art. 30.

Si parla di mobilità volontaria per indicare quelle ipotesi in cui il dipendente viene trasferito da un'amministrazione all'altra a titolo definitivo e per sua volontà. Per il perfezionamento della procedura è necessario un accordo trilaterale tra le due amministrazioni interessate (l'una manifesta l'interesse a prendere la risorsa, l'altra esprime un nulla-osta alla cessione) e il dipendente (cessione del contratto di lavoro). Di regola, per lo spostamento in mobilità è richiesta la sussistenza di un posto vacante in organico corrispondente alla posizione professionale del dipendente. Il passaggio avviene "in orizzontale", cioè a parità di posizione professionale. Sino ad oggi la vigente disciplina non prevedeva particolari formalità o una procedura per l'attuazione della mobilità, ma la situazione cambia con approvazione della riforma.

4.1. *La parziale procedimentalizzazione della mobilità volontaria.* Le principali innovazioni riguardano la parziale procedimentalizzazione della mobilità volontaria. In particolare, viene per la prima volta previsto che, al fine di agevolare la mobilità, le amministrazioni devono rendere pubbliche le disponibilità di posti di organico da ricoprire mediante passaggio diretto di personale. Questa prescrizione pare veramente rilevante in quanto sino ad oggi agli interessati non era dato conoscere presso quali amministrazioni fossero disponibili dei posti per presentare eventualmente la domanda, con la conseguenza che, spesso, essa veniva indirizzata "al buio". Inoltre, la nuova norma prevede che debbano essere fissati preventivamente dei criteri di scelta. In tal modo risulta ridotta la "discrezionalità" dell'amministrazione nel momento dell'individuazione del dipendente "candidato" da acquisire in mobilità, la quale, eventualmente disancorata da parametri oggettivi, poteva rischiare di tradursi in un'indebita scelta basata solo sull'*intuitu personae*. Attraverso questa duplice previsione, quindi, le scelte delle amministrazioni dovrebbero risultare più trasparenti, anche qui consentendo agli interessati di ottenere eventualmente una tutela giudiziaria.

Altra modifica consiste nell'introduzione del parere vincolante dei responsabili dei servizi e degli uffici cui il dipendente è o sarà assegnato. Il parere riguarda la professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire. Si tratta di un'innovazione da inquadrare nel rafforzamento generale del ruolo del dirigente che la riforma ha voluto perseguire, attribuendo ai responsabili delle strutture maggiori poteri gestionali e prevedendo un più forte coinvolgimento da parte del vertice. Introducendo il duplice parere vincolante la scelta circa l'attivazione della procedura dovrebbe risultare più ponderata e, soprattutto, tener conto delle effettive esigenze di fabbisogno del personale.

Da notare che anche dopo la procedimentalizzazione della mobilità, essa continua a muoversi nell'ambito del diritto privato e, quindi, gli atti adottati in questo contesto perpetuano la loro natura di atti privatistici. Le posizioni soggettive degli interessati durante l'espletamento della fase procedurale potranno assumere i connotati dell'interesse legittimo di diritto privato o dell'aspettativa e saranno comunque tutelabili davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

Da segnalare che sempre l'art. 49 del d.lgs. n. 150 del 2009 ha introdotto un'ulteriore comma nel corpo dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 concernente l'adozione di misure per agevolare la mobilità. La norma demanda ad un decreto interministeriale l'individuazione di misure per facilitare i flussi di mobilità volontaria verso quelle amministrazioni che presentano maggiori vacanze di organico. Si conferma in tal modo l'idea di considerare la mobilità lo strumento preferenziale per il soddisfacimento del fabbisogno di professionalità secondo criteri di economicità ed efficienza. La disposizione tuttavia sembra troppo vaga e per questo il rischio è che rimanga lettera morta. Uno strumento di agevolazione potrebbe essere la messa in esercizio della banca dati sulla mobilità presso il Dipartimento della funzione pubblica, prevista dall'art. 9 del d.l. n. 4 del 2006 (*"Per agevolare l'attuazione del previo esperimento delle procedure di mobilità e la razionale distribuzione dei dipendenti tra le pubbliche amministrazioni, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica può istituire, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, una banca dati informatica, ad adesione volontaria, finalizzata all'incontro tra la domanda e l'offerta di mobilità"*).

#### 4.2. La disciplina delle equiparazioni tra posizioni professionali.

Una palese conferma del nuovo ruolo assegnato alle fonti pubblicistiche e del connesso "spodestamento" della contrattazione collettiva si rinviene nell'art. 48 del d.lgs. n. 150 del 2009, con il quale viene introdotto l'art. 29 *bis* nel corpo del d.lgs. n. 165 del 2001.

Uno degli ostacoli più grandi all'attuazione della mobilità è stato quello della carenza di una disciplina generale sulle equiparazioni professionali. E' noto che l'esistenza di tanti comparti di contrattazione ha comportato lo sviluppo di diversi ordinamenti professionali, ognuno con una differente articolazione delle posizioni. Da ciò l'insorgenza di notevoli dubbi sull'inquadramento dei dipendenti in caso di mobilità o, meglio, ancor prima, sull'esistenza di posti in organico vacanti corrispondenti alla professionalità dei dipendenti interessati allo spostamento in mobilità volontaria o da trasferire coattivamente, dubbi che hanno funzionato come deterrente per l'applicazione dell'istituto.

Un'esigenza, quindi, da tempo sentita è quella di disporre di una disciplina delle corrispondenze delle posizioni professionali appartenenti a comparti diversi in modo da disporre di una griglia di raffronto. L'art. 48 viene incontro a questa esigenza prevedendo l'adozione di un decreto interministeriale. La peculiarità della norma è evidente poiché quella degli ordinamenti professionali, come detto, è tipicamente una materia da contratto collettivo. Tuttavia, la scelta è stata diversa e si è orientata per la fonte pubblicistica. Le ragioni di questa scelta possono essere di due tipi: innanzi tutto la volontà di superare la ritrosia del sindacato a regolare questa materia e in secondo luogo il timore che affidando la regolamentazione alla contrattazione ne sarebbe derivato un sistema di inquadramento non orizzontale ma "al rialzo".

Non pare comunque che i problemi sul punto siano prossimi a risolversi; infatti, il decreto legislativo ha anche previsto il riordino dei comparti di contrattazione, riordino che, almeno nell'immediato, porterà nuovo scompiglio negli ordinamenti professionali e determinerà uno spostamento in avanti nel tempo della disciplina delle equiparazioni.

##### *5. Le fattispecie disciplinari dell'ingiustificato rifiuto di trasferimento e della mancata presa di servizio.*

Nell'ambito del nuovo spirito di rigore nei confronti dei pubblici dipendenti che ha contraddistinto la riforma, il decreto legislativo ha introdotto delle nuove fattispecie disciplinari che vanno ad affiancarsi o a sostituire le infrazioni regolate dalla fonte contrattuale. Occorre tener presente che, dopo la riforma, nella materia disciplinare vige un sistema misto di fonte legale e contrattuale: infrazioni e sanzioni sono regolate sia dalla legge sia dai contratti collettivi, il procedimento disciplinare ed i rapporti con quello penale sono di competenza della legge (tranne la possibilità per i contratti collettivi di regolamentare la conciliazione ante sanzione, una sorta di "patteggiamento anticipato"), così come il regime delle impugnazioni. A parte la considerazione circa la discutibilità della commistione delle fonti in quanto foriera di

confusione e problemi applicativi in un settore, quale quello sanzionatorio, che invece dovrebbe essere caratterizzato da certezza, la legislazione delegata non ha inteso attendere un eventuale intervento dei contratti collettivi ma, per le situazioni evidentemente ritenute più "pericolose", ha operato direttamente, fissando infrazioni e sanzioni. Tra queste ipotesi si trova la disciplina dell'ingiustificato rifiuto di trasferimento prevista nel neo art. 55 *quater* del d.lgs. n. 165 del 2001 tra altre fattispecie, tutte accomunate dalla sanzione del licenziamento. Per quel che interessa, la disposizione citata prevede: "*Art. 55- quater (Licenziamento disciplinare). — 1. Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi: (...) c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio;*". A differenza di altre ipotesi previste nella medesima disposizione, per le quali si commina il licenziamento senza preavviso, nel caso in esame la sanzione è quella del licenziamento con preavviso. La situazione considerata dalla norma è quella del "*trasferimento per motivate esigenze di servizio*". In base alla dizione utilizzata ("*trasferimento*") pare corretto riferirsi solo alle ipotesi di trasferimento all'interno dell'amministrazione, da un ufficio all'altro e da una sede all'altra, mentre sembra dubbio che la disposizione possa riferirsi al caso di trasferimento conseguente a mobilità, che comporta il passaggio dal ruolo di un'amministrazione a quello di un'altra.

Affinché ricorrano in concreto gli estremi della fattispecie, il rifiuto deve essere "ingiustificato". Da questo punto di vista, l'applicazione della norma potrà risultare problematica. Infatti, poiché la disposizione non fornisce i criteri di valutazione dell'eventuale giustificazione adottata dal dipendente, risulta ampia la discrezionalità dell'organo competente nel valutare l'ammissibilità della giustificazione stessa.

Per il caso di mobilità da un'amministrazione all'altra si potrebbe invece far ricorso all'altra ipotesi contenuta nel medesimo articolo alla lettera b), ove si sanziona, anche questa volta prevedendo il licenziamento con preavviso, l' "*assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione;*". L'applicazione di questa disposizione può in particolare ricorrere nel caso di mobilità per eccedenza, quando il dipendente non prende servizio nell'amministrazione alla quale è stato assegnato con il provvedimento del Dipartimento della funzione pubblica o delle strutture regionali o provinciali competenti.