

Dott. Riccardo LASCA
(7.5.2013)

Mobilità volontaria ex art. 30 D.Lgs. n. 165/2001:
quale giurisdizione sulle controversie sorte sulle relative procedure ?
*Nella ricerca della soluzione del quesito sta il COME ed il PERCHE' l'ordinamento del Pubblico
Impiego deve essere cambiato in fretta dal Legislatore!*

Come si vedrà meglio al termine della trattazione il presente quesito non è puramente accademico, ma la risposta ad esso condiziona non poco la materiale attività di stesura dei c.d. avvisi pubblici di "mobilità esterna" che molte PP.AA. stanno pubblicando in ossequio all'enigmatico **art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001** (e con esso anche il comma 4 dell'art. 63 dello stesso D.Lgs!), **che sicuramente deve essere presto riscritto meglio dal Parlamento italiano** e non da Circolari istituzionali, anche al fine di evitare di far intasare le aule giudiziarie amministrative con notevole spreco di tempo (e quindi di denaro pubblico!) dei Magistrati amministrativi italiani che hanno ben altre controversie cui dedicarsi per rilanciare l'economia italiana.

Viene subito spontaneo lasciare la parola al diritto vivente, quello che respira e dalla lettura ed applicazione [lo "*ius dicere inter cives romanos*" (= "giudicare tra cittadini romani") del diritto romano] della norma si concretizza dentro le aule giudiziarie sulla pelle dei ricorrenti, più chiaro e recente letto in materia (v. **Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania - Sezione Seconda - n. 3059 del 24.12.2102**) di quella parte d'Italia, la Sicilia, dove anche a Dicembre il clima mite rende le menti dei Giudici limpide:

*"Invero, a seguito dell'entrata in vigore dell'art 63 d.lgs. n.165/2001, il giudice della giurisdizione è costante nell'affermare la generalità della giurisdizione del G.O. per le controversie inerenti tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro e le determinazioni assunte con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro ex art 5 c. 2 d.lgs. n.165/2001 (c.d. atti di micro-organizzazione) (ex multis Cassazione civile, sez. un., 20 ottobre 2009, n. 22159, T.A.R. Lombardia Milano sez III 12 novembre 2009, n.5056), e pur negandone il carattere esclusivo (Cassazione sez. lav. 20 marzo 2004 n.5659), **esclude nel rapporto di lavoro privatizzato la stessa configurabilità di posizioni di interesse legittimo, e dunque la giurisdizione generale di legittimità del G.A.***

*Quanto alla residuale giurisdizione del GA in materia di concorsi pubblici, le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro e il conferimento di incarichi dirigenziali, **mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali**, "strumentali alla c-o-s-t-i-t-u-z-i-o-n-e del rapporto con la P.A." (Cassazione civile, Sez. Un., 20 ottobre 2009, n. 22159).*

*Per quanto attiene alla mobilità volontaria tra enti (categoria nella quale va sussunta la vicenda che ha dato origine alla controversia sulla quale il Collegio è chiamato a decidere) codificata dall'art 30 d.lgs. n.165/2001, la giurisprudenza ne ha affermato la natura privatistica, quale fattispecie di cessione del contratto e modificazione soggettiva del rapporto di lavoro (Cassazione Sezioni Unite 12 dicembre 2006, n. 26420, T.R.G.A. Trento 19 febbraio 2009, n.56) le cui controversie ricadono quindi a pieno titolo nella generale giurisdizione del G.O., **non essendo la mobilità esterna un concorso pubblico né istituto comunque equiparabile** (Cassazione Sezioni Unite, 6 marzo 2009 n. 5458).*

Anche nei casi in cui il procedimento di mobilità fosse caratterizzato da forme di pubblicità e dalla previsione di una comparazione delle posizioni di più "concorrenti", introdotti dalla nuova formulazione dell'art 30 d.lgs. n.165/2001 ad opera del d.lgs. 150/2009 in attuazione dei generali principi di trasparenza ed

imparzialità dell'attività amministrativa, ciò non sarebbe tuttavia sufficiente ad equiparare il procedimento de quo ad un concorso pubblico strumentale alla costituzione di un rapporto di lavoro con la P.A., nel senso inteso dal giudice della giurisdizione (Cassazione civile, Sez. Un., 20 ottobre 2009, n. 22159).

Né diversamente opinando potrebbe affermarsi la giurisdizione del G.A. qualificando la posizione sostanziale azionata dalla ricorrente sub specie di **"interesse legittimo di diritto privato"**, dal momento che tale posizione sostanziale non è altro che un diritto soggettivo perfetto (Cassazione Sezioni Unite, 1 ottobre 2003, n.14625).

D'altronde, l'attrazione del procedimento de quo al diritto privato non comporta (né deve comportare ai sensi degli art 24 e 113 Cost) un deficit di tutela giurisdizionale, dal momento che ben può il lavoratore sottoporre al sindacato del G.O., in funzione di giudice del lavoro, l'esercizio dei poteri privati discrezionali del datore di lavoro sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, applicabili anche all'attività di diritto privato alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento (Cassazione sez lavoro 14 aprile 2008 n 9814, Cassazione Sezioni Unite 23 gennaio 2004 n.1252), secondo il noto fenomeno di "osmosi" tra attività privatistica e pubblicistica.

Muovendo da tali considerazioni, la giurisprudenza amministrativa si è assolutamente consolidata nel senso della sussistenza della giurisdizione del G.O., dal momento che il procedimento di mobilità volontaria esterna tra Pubbliche amministrazione "è atto di gestione del rapporto di lavoro ed il relativo contenzioso rientra nella giurisdizione del giudice del lavoro dando luogo ad una semplice cessione del contratto di lavoro del dipendente tra una Amministrazione di provenienza e quella di destinazione, non determinandosi quindi la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione, ma semplicemente la modificazione soggettiva del rapporto di lavoro già esistente, con continuità del suo contenuto" (Consiglio Stato , sez. V, 26 ottobre 2009 , n. 6541, T.A.R. Puglia Bari sez III 24 giugno 2010, n.2660, T.A.R. Puglia Lecce sez II 26 ottobre 2010 n.2346, T.A.R. Sardegna Cagliari sez. II 28 giugno 2010 n. 1695, ,T.A.R. Lombardia Milano sez. IV 12 maggio 2009 n. 3714, T.A.R. Piemonte Torino sez. II 14 novembre 2008 n. 2897 , T.A.R. Campania Napoli sez. III 09 settembre 2008 n. 10060, T.A.R. Veneto Venezia sez. III 24 gennaio 2007 n. 192).”

Non a diversa conclusione addivene un anno prima la Magistratura d'Appello marchigiana (v. **C.App. Marche sent. n. 830/2011 del 14.10.2011**), dove il sole in inverno picchia meno, rispetto alla Sicilia, ma le menti giudicanti sono ancora lucide:

"7.6. Se poi si considera che l'invocata prioritaria procedura di mobilità realizza un passaggio non già tra aree professionali (diverse) ma più semplicemente il trasferimento dei dipendenti a diversa azienda sanitaria locale nell'ambito dello stesso comparto e nel rispetto del principio di equivalenza con l'inquadramento di provenienza, risulta evidente che gli atti incidenti sul diritto alla più favorevole sede di lavoro hanno natura di atti (non autoritativi) adottati nell'esercizio del potere di gestione del rapporto di lavoro secondo la capacità di diritto privato delle aziende sanitarie interessate, nella qualità di datore di lavoro.

7.7. In conclusione sul punto, va condiviso e recepito l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui il procedimento di mobilità volontaria esterna tra Pubbliche amministrazione è atto di gestione del rapporto di lavoro ed il relativo contenzioso rientra nella giurisdizione del giudice del lavoro dando luogo ad una semplice cessione del contratto di lavoro del dipendente tra una Amministrazione di provenienza e quella di destinazione; non determina quindi la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione, ma semplicemente la modificazione soggettiva del rapporto di lavoro già esistente, con continuità del suo contenuto (cfr., in termini, **Cass., civ., sez. unite, 12 dicembre 2006, n. 26420 per la quale la mobilità volontaria integra una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, con il consenso di tutte le parti, e quindi una cessione del contratto).**

8. La fattispecie in esame è disciplinata dal'art. 30, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001 secondo cui "...le Amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione del contratto di lavoro di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre Amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento..", di talché il descritto passaggio per mobilità non può configurare una nuova assunzione, permanendo, viceversa, la continuità dello stesso rapporto di lavoro, indicata peraltro dalla stessa disposizione con il termine **"trasferimento" descrittivo del mutamento di sede e di datore di lavoro per un servizio che, senza soluzione di continuità, prosegue presso la amministrazione di destinazione. Tale norma, pertanto, definisce l'istituto della mobilità come una ipotesi di cessione del contratto di lavoro di cui all'art. 1406 cod. civ. tra diverse Amministrazioni qualora trattasi – come nella fattispecie in esame – di dipendenti inquadrati nella medesima qualifica.**

8.1. Tuttavia la richiamata disposizione non può essere letta in maniera differente a seconda che la mobilità venga posta in essere mediante selezione del personale attraverso una procedura comparativa o mediante passaggio diretto, e ciò anche nella ipotesi in cui detta mobilità sia elusa o esclusa da parallele procedure di copertura dei posti vacanti in organico (nel caso, da assunzioni dirette oppure dalla stabilizzazione di precari locali) in quanto le diverse

modalità scelte dalla Amministrazione non possono snaturare l'essenza della mobilità esterna definita dalla norma citata.

8.2. Sta di fatto che il procedimento di mobilità esterna tra pubbliche amministrazioni (nel caso, territoriali appartenenti ambedue al comparto della sanità) è - e resta - atto di gestione del rapporto di lavoro, di talché il relativo contenzioso rientra, di conseguenza, nella giurisdizione del giudice ordinario poiché, per quanto già osservato, tale mobilità, dando luogo ad una semplice cessione del contratto di lavoro non può essere confusa ed assimilata ad una procedura per l'assunzione e ciò per il decisivo rilievo che la mobilità non è titolo per la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

8.3. In tale quadro normativo di riferimento, non è sostenibile che, ai fini del radicamento della giurisdizione, l'ipotesi di mobilità attuata mediante procedura comparativa sia diversa da quella attuata mediante passaggio diretto oppure che l'interferenza di altre procedure (nel caso, le assunzioni dirette o le procedure di stabilizzazione di precari locali) ponga in discussione la giurisdizione del Giudice ordinario a favore del Giudice amministrativo.

Infatti, la giurisdizione dell'uno o dell'altro non può dipendere dalle scelte della Amministrazione e, quindi, radicarsi in maniera diversa a seconda delle concrete modalità in cui la mobilità sia attuata (o disattesa) poiché, in ogni caso, trattandosi di contenzioso di soggetti già assunti dalla Amministrazione, resta ferma la natura gestionale degli atti incidenti sul rapporto di lavoro già costituito.

8.4. In definitiva il discrimine, ai fini del radicamento della giurisdizione, è individuato, nella fattispecie in esame, nella insorgenza della questione nell'ambito della costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della Amministrazione sanitaria, fermo restando che tutte le vicende che interessano la fase della gestione del rapporto di lavoro e, perciò, anche le modifiche soggettive ed oggettive che dovessero intervenire in costanza di rapporto di lavoro (compresa la procedura di scorrimento della graduatoria di mobilità) devono essere conosciute dal Giudice ordinario, posto che restano devolute alla giurisdizione del Giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali finalizzate alla assunzione (e non alla mobilità) dei dipendenti, vale a dire le controversie relative alla fase antecedente alla costituzione del rapporto di lavoro, secondo un discrimine che prescinde dalla consistenza della posizione giuridica fatta valere in giudizio (e ciò indipendentemente dal fatto che si faccia questione di interessi legittimi o diritti soggettivi)."

Tanta chiarezza sulla giurisdizione del Giudice Ordinario (o AGO) è assordante: stordisce! Ma forse solo lo scrivente, ma alcuni Giudici civili sono ancora refrattari (v. infra Gr. Cass. SS.UU. Civili!).

Rilevato, in disparte, come per detti Giudici sembra esistere anche una **mobilità per "passaggio diretto"** sul quale istituto chi scrive - art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001 (Tupi) alla mano! - deve dedicare un separata trattazione, stanti certe nebbie stagnanti in molti EE.LL. italiani in merito, non v'è dubbio che il 90% delle procedure di mobilità volontaria avviene nella prassi a mezzo avvisi pubblici attuativi del seguente passaggio normativo del comma 1 dell'art. 30 del Tupi:

*"1. Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione del contratto di lavoro di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano **domanda di trasferimento**. Le amministrazioni devono in ogni caso **rendere pubbliche** le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, **fissando preventivamente i criteri di scelta**."*

Non v'è dubbio, invero, che i passaggi normativi nerettati e sottolineati impongano alla PA reclutante personale in siffatto modo l'utilizzo di AVVISI PUBBLICI recanti (quale lex specialis della specifica procedura di reclutamento) e quindi, per dirla con le parole della cit. sent. 830/2011 C. App. Marche, "che la mobilità venga posta in essere mediante selezione del personale attraverso una procedura comparativa" che, essendo aperta a tutti coloro che hanno determinati requisiti, è una procedura concorsuale in senso atecnico, cioè non del tipo di cui all'art. 63, comma 4 del Tupi, cioè "**procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni**", il cui **ius dicere** è da detta stessa norma riservato al Giudice Amministrativo vertendosi in materia di interessi legittimi e non di diritti soggettivi. Più che una procedura concorsuale atecnica dovrebbe dire per non generare equivoci "**una comparazione delle posizioni di più "concorrenti"**, introdotti dalla nuova formulazione dell'art 30 d.lgs. n.165/2001 ad opera del d.lgs. 150/2009 in attuazione dei

generali principi di trasparenza ed imparzialità dell'attività amministrativa." (così TAR Catania 3059/2012, v. sopra estratto).

Conferma tale intuizione dello scrivente CdS Sez. V n. 8234/2010 (del 25.11.2010), tanto per completare un primo quadro della Gr. afferente, de ove si afferma:

"3. Il primo motivo dedotto di difetto di giurisdizione è fondato ed assorbente ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 2 luglio 2010 n.104.

Il Tar Puglia infatti ha assunto la illegittimità dell' intero giudizio sulla indizione del concorso pubblico per n.15 posti perché attivato senza il previo corretto espletamento della massima pubblicità della preliminare procedura di mobilità volontaria esterna.

Senonchè, come correttamente osservato dall'appellante, erano proprio le modalità di espletamento di tale preliminare procedura che andavano a ledere direttamente il ricorrente il quale infatti dichiaratamente ambiva al bene della vita rappresentato dal trasferimento per mobilità e si doveva di non averne potuto usufruire sulla scorta della delibera di GE n.130 del 2009.

*Il Tar quindi ha erroneamente equiparato le procedure di mobilità volontaria esterna, - riservate ai dipendenti pubblici e **comportanti, una mera variazione di un rapporto di lavoro pubblico già in essere mantenendo inalterati gli elementi originari e costitutivi** (la qualifica, il profilo e le mansioni), - a quelle concorsuali **aperte a tutti e finalizzate alla nuova assunzione di dipendenti pubblici e cioè alla costituzione di nuovi rapporti di pubblico impiego.***

Il fatto che le procedure di mobilità fossero in qualche misura collegate e propedeutiche a quelle concorsuali non era di per sé di idonea a spostare l'ambito del dictum del giudice che, ai sensi dell'articolo 63, comma 1 del d.lgs. n.165 del 2001, è proprio del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, non venendo in applicazione il comma 4 del medesimo articolo.

In tale senso si è pronunciata anche la Corte di Cassazione che ha qualificato la natura della mobilità esterna come mera cessione di un contratto già in essere e come tale, ricompresa nella cognizione del giudice ordinario "...che ha giurisdizione sull'unico rapporto al momento della lesione dei relativi diritti" (Corte di Cass. SS. UU. Civili 12 dicembre 2006 n.26420).

4. In conclusione l'appello merita accoglimento nei sensi indicati.

Pertanto in riforma della sentenza appellata deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo spettando la giurisdizione al giudice ordinario, salvi gli effetti della translatio iudicii di cui all'art. 11 comma 2 cod. proc. amm.."

Che dire? Tutto chiaro!? Ma neppure per sogno, siamo in Italia!

Infatti a qualche Avvocato che ha proposto dinanzi al TAR il c.d. regolamento preventivo di giurisdizione¹ è capitato e sta capitando di leggere nelle memorie ("*conclusioni scritte*) del PM

¹ In sintesi (v. <http://www.ildirittoamministrativo.net/il-regolamento-di-giurisdizione-nel-codice-del-processo-amministrativo.htm>): L'art. 9 del codice del processo amministrativo sembra aver corretto il tiro rispetto alla norma della Legge Tar in aderenza con gli indirizzi espressi dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

L'art 10 del codice, invece, regola, con rinvio esterno alle norme del codice del rito civile il regolamento preventivo di giurisdizione che, dunque, può essere promosso nei termini stabiliti dall'art. 41 cpc alle SSUU della Corte di cassazione secondo le norme di cui all'art. 367 cpc.

(omissis)

Il ricorso si propone alle Sezioni Unite della Cassazione Civile e deve essere sottoscritto da avvocato cassazionista e notificato a tutte le parti del processo amministrativo (ex art. 170 cpc per quelle costituite a mezzo di difensore). Successivamente alla notificazione del ricorso per regolamento di giurisdizione l'art. 367 cpc, 1° comma stabilisce che una copia del ricorso venga depositata nella cancelleria del giudice presso il quale pende la causa ai fini dell'eventuale sospensione del processo.

Il rito dinanzi alle Sezioni Unite della Suprema Corte prevede due modalità alternative ex art. 380 bis cpc; secondo la prima modalità semplificata, il presidente della Corte fissa con decreto l'udienza camerale che viene comunicata, almeno venti giorni prima dell'udienza, al PM e agli avvocati delle parti (a questi ultimi a mezzo di notificazione). Gli avvocati possono presentare memorie fino a cinque giorni prima dell'udienza camerale alla quale non possono partecipare. La seconda modalità, la cui eventuale scelta è rimessa al Presidente, prevede, invece, che il **PM rilasci prima le sue conclusioni scritte** e che solo successivamente sia fissata l'udienza camerale di discussione con la notifica agli avvocati del decreto del presidente e delle conclusioni del pubblico ministero almeno venti giorni prima dell'udienza. In tal caso, le parti, oltre a poter presentare memorie possono essere sentite all'udienza camerale, per il tramite dei difensori.

presso la Corte di Cassazione il richiamo alle seguenti due recenti sentenze (stranamente non citate dalla chiara Gr. sopra riportata: perché non condivise?) della Cassazione Civile e per di più a Sezioni Unite, per tentare di affermare (in sintesi) che per certe procedure di mobilità del pubblico impiego sussisterebbe la giurisdizione del Giudice Amministrativo perché tratterebbesi di concorsi pubblici determinanti la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro ! (?) **La cosa strana è che assolutamente non si comprende a quale tipo di mobilità alludano le SS.UU. civili della Cassazione!**

Gettando la spugna ed invocando l'urgente intervento chiarificatore del Legislatore (**basterebbe una norma di interpretazione autentica** inserita uno dei - si presume - tanti nuovi DECRETI (LEGGE) SALVA ITALIA che il Presidente Letta si accinge ad adottare: non vi sarebbero le ragioni d'urgenza previste dalla Costituzione?), chi scrive non può che chiudere la presente trattazione semplicemente riportando detta stravagante, ma autorevolissima, giurisprudenza contraria a quella cristallina, e con divisibilissima, sopra riportata:

a) (Cass. Sez. Unite civili 19251/2010):

"2. Nel merito il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione va deciso affermando la giurisdizione del giudice ordinario.

Questa Corte, con riferimento alle procedure di mobilità esterna nel lavoro pubblico privatizzato senza costituzione di un nuovo rapporto, ha già affermato (Cass., sez. un., 12 dicembre 2006, n. 26420) che la mobilità volontaria prevista dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 33, come modificato dalla L. 28 novembre 2005, n. 246, art. 16, integra una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, con il consenso di tutte le parti, e quindi una cessione del contratto.

Questa Corte (Cass., sez. un., 20 aprile 2006 n. 9164) ha poi precisato in generale che, in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative al pubblico impiego contrattualizzato solo le procedure selettive di tipo concorsuale per l'attribuzione a dipendenti di p.a. della qualifica superiore, che comportino il passaggio da un'area ad un'altra, hanno una connotazione peculiare e diversa, assimilabile alle "procedure concorsuali per l'assunzione", e valgono a radicare - ed ampliare - la fattispecie eccettuata rimessa alla giurisdizione del giudice amministrativo di cui al comma 4, dell'art. 63 citato D.Lgs.; fuori da questa ipotesi non opera detta fattispecie eccettuata del comma 4, dell'art. 63 e conseguentemente si riepande la regola del primo comma della medesima disposizione, che predica in generale la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie aventi ad oggetto il lavoro pubblico privatizzato.

Pertanto le procedure di mobilità volontaria interna, che comportino una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro e non già la costituzione di un nuovo rapporto mediante una procedura selettiva concorsuale, non rientrano nella residuale area di giurisdizione di giudice amministrativo di cui al comma 4, dell'art. 63 citato D.Lgs., ma in quella generale del giudice ordinario di cui al primo comma del medesimo art. 63.

Tale è il caso di specie, sicchè non può dirsi derogata la regola generale della giurisdizione del giudice ordinario; la quale pertanto deve ritenersi sussistente."

[NB: la Cass. delinea al § 3 una mobilità che "si conclude con l'instaurazione di un diverso contratto di lavoro fra l'ente pubblico ed il vincitore del concorso]

3. Diversa sarebbe l'ipotesi della mobilità esterna con costituzione di un nuovo rapporto mediante una procedura concorsuale; cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26021, secondo cui è attribuita alla giurisdizione amministrativa la controversia relativa ad una procedura concorsuale, bandita da un ente pubblico territoriale e riservata a dipendenti di altre amministrazioni del comparto degli enti locali, poichè siffatta procedura realizza una mobilità "esterna", che si conclude con l'instaurazione di un diverso contratto di lavoro fra l'ente pubblico ed il vincitore del concorso, ed è dunque attuata con finalità del tutto differenti da quelle proprie della mobilità per passaggio diretto fra le p.a.."

b) (Cass. Sez. Unite civili 26021/2008)

"3. In tema di lavoro pubblico contrattualizzato, come queste Sezioni unite hanno più volte precisato, il D.Lgs. n. 165 del 2002, art. 63, comma 4, si interpreta, alla stregua dei principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale in relazione all'art. 97 Cost., nel senso che per "procedure concorsuali di assunzione", ascritte al diritto pubblico con la conseguente attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, si intendono sia quelle preordinate alla costituzione ex novo dei rapporti di lavoro (essendo tali le procedure aperte ai candidati

esterni, ancorchè vi partecipino anche soggetti già dipendenti pubblici), sia i procedimenti concorsuali interni, destinati a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti di lavoro, mentre restano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative a procedure riguardanti le progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria (cfr. ex plurimis Cass., sez. un., n. 2693 del 2007; n. 10374 del 2007; n. 23075 del 2006; 10419 del 2006).

4. Nella specie, la procedura concorsuale bandita dal Comune di Tursi realizza, mediante una selezione riservata ai dipendenti di altre amministrazioni del comparto degli enti locali, una mobilità esterna che si conclude - come già ha accertato il Tribunale amministrativo regionale della Basilicata in sede di annullamento della prima graduatoria - **con la instaurazione di un nuovo contratto di lavoro tra il Comune e il vincitore del concorso**. Si tratta, all'evidenza, di una mobilità esterna attuata con modalità appunto, concorsuali - e finalità del tutto diverse da quelle proprie della mobilità per passaggio diretto fra diverse amministrazioni: mentre per quest'ultima si configura una mera modificazione soggettiva del medesimo rapporto di lavoro, qualificabile come cessione del contratto (cfr. Case., sez. un., n. 26420 del 2006), **nell'ipotesi in esame si realizza la costituzione di un diverso rapporto di lavoro, mediante una procedura concorsuale che è assimilabile a quella per l'assunzione mediante pubblico concorso poichè, ugualmente, implica una novazione del rapporto di lavoro**.

5. In applicazione dei principi sopra precisati, la Corte dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo.”

Ad onor del vero sulla sentenza sub b) nella utilissima banca dati della Giuffrè, DE JURE, un commentatore su Giust. Civile, impietosito, ha così scritto [mentre la stessa banca dati sulla sent. sub a) nessun commento riporta, scrivendo anzi - erroneamente - che : “(1) Non si rinvencono precedenti in termini.” Errato c’era Cass.SS.UU. Civili 26021/2008!]:

Note giurisprudenziali

27Giust. civ. 2009, 4-, PO, G114

(6) Pronuncia che desta qualche perplessità.

Non sembra, infatti, che le modalità (selettive) scelte dall'amministrazione per l'individuazione dei dipendenti pubblici da trasferire, siano idonee a mutare la natura giuridica della vicenda, trasformando il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse (art. 30 d. lgs. n. 165 del 2001) in un'assunzione mediante procedura concorsuale.

La mobilità «esterna», pur richiedendo la vacanza dei posti in organico - al fine di mantenere integro il principio che le dotazioni organiche sono determinate in funzione delle finalità di miglioramento dell'efficienza, di razionalizzazione del costo del lavoro e di miglioramento nell'utilizzazione delle risorse umane (art. 6 d. lgs. n. 165, cit.) -, non integra assunzione in senso tecnico, tanto che - in relazione alla copertura della spesa presso l'amministrazione di provenienza e alla consistenza complessiva degli oneri per il personale che gravano sulla finanza pubblica, che rimane inalterata - il legislatore ha sistematicamente sottratto le procedure di mobilità, anche intercompartimentale, dall'applicazione delle disposizioni di ordine finanziario che negli ultimi anni hanno vietato nuove assunzioni di pubblici dipendenti.

La Corte suprema, del resto, aveva già chiarito che la mobilità volontaria presso altra amministrazione integra una fattispecie diversa dall'assunzione e consiste nella modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, con il consenso di tutte le parti, e quindi in una cessione del contratto, con continuità del suo contenuto, che comporta conservazione dell'anzianità, della qualifica e del trattamento economico (Cass., sez. un., 12 dicembre 2006 n. 26420, ivi, 2007, I, 2976; qualifica il passaggio diretto tra amministrazioni come fattispecie trilatera, anche Cass., ord. 9 maggio 2008 n. 11593, in rassegna).

Del tutto consolidato, peraltro, è l'orientamento della giurisprudenza nel senso che la giurisprudenza amministrativa si radica esclusivamente sulle controversie concernenti le procedure concorsuali per l'assunzione, essendo invece devolute alla giurisdizione ordinaria quelle attinenti a selezioni non finalizzate all'assunzione. Sono, infatti, attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, le procedure concorsuali preordinate alla costituzione ex novo dei rapporti di lavoro e quelle interne destinate a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti lavorativi: ex plurimis, Cass., sez. un.,

ord. 25 novembre 2008 n. 28058; Cass., sez. un., 7 febbraio 2007 n. 2693; Cass., sez. un., 10 gennaio 2007 n. 220; Cass., sez. un., ord. 8 maggio 2006 n. 10419, in Mass. giur. lav., 2006, 790, con nota di Boghetich, Riparto di giurisdizione nelle procedure concorsuali dei dipendenti pubblici: i dirigenti scolastici. Nel senso che la riserva alla giurisdizione amministrativa prevista dall'art. 63, comma 4, d. lgs. n. 165, cit. comprende le procedure strumentali alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro, anche Cass., sez. un., ord. 7 novembre 2005 n. 21470.”

Questa è l'Italia, un esempio che vale per altri 100 che chi scrive potrebbe farne in materia di Ordinamento del Pubblico Impiego: si può andare avanti così !!?

Allora buon lavoro a tutti, ma soprattutto al Governo e al Parlamento (ai rappresentanti del Popolo!).

Ma in attesa che il Parlamento faccia il suo dovere, i colleghi che redigono materialmente i bandi, che ben conoscono la severità dei TAR nell'esaminare la legittimità dei bandi, ove attuino non mobilità per “*passaggio diretto fra le p.a.*” (parole della Cassazione SS.UU. Civili!) ma per “*procedura concorsuale*” (sempre parole della Cassazione SS.UU. Civili!), sono avvertiti! Alludo a certi bandi concorsuali “fotografici”, ove certi requisiti soggettivi professionali (es. n. x anni di anzianità di servizio nel profilo, titoli di studio specifici, etc.) anziché essere valutati (e rilevare) in sede di attribuzione di punteggio finale da attribuirsi agli aspiranti alla c.d. mobilità volontaria ex art. 30 Tupa, ne fanno condizioni di ammissibilità alla selezione pubblica stessa, con palese violazione dell'art. 97 Cost.. Saranno bandi deliberatamente finalizzati a ridurre il numero dei partecipanti? Insomma un gran guazzabuglio giuridico-operativo e con seri rischi di farsi seriamente male, per gli addetti ai lavori!

Al prossimo approfondimento sulla “*mobilità per passaggio diretto*”, allora: altro oscuro istituto del Pubblico Impiego.