

Dispensa relativa alla lezione tenuta su incarico dell’A.T.S. di Cagliari, in data 13 giugno 2018 (pomeriggio), dal titolo:

*“Reclutamento: mobilità, scorrimento graduatorie concorsuali e
stabilizzazione del personale”*

di Antonio Plaisant

Sommario

- | | |
|---|----|
| 1. Mobilità e scorrimento delle graduatorie | 1 |
| 2. Scorrimento delle graduatorie e indizione di un nuovo concorso | 8 |
| 3. Questioni pratiche e di dettaglio | 11 |

1. Mobilità e scorrimento delle graduatorie

L’istituto della mobilità è disciplinato dall’art. 30 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che al comma 1 descrive l’istituto nei seguenti termini: “1. Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti di cui all’articolo 2, comma 2, appartenenti a una qualifica corrispondente e in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, previo assenso dell’amministrazione di appartenenza. Le amministrazioni, fissando preventivamente i requisiti e le competenze professionali richieste, pubblicano sul proprio sito istituzionale, per un periodo pari almeno a trenta giorni, un bando in cui sono indicati i posti che intendono ricoprire attraverso passaggio diretto di personale di altre amministrazioni, con indicazione dei requisiti da possedere. In via sperimentale e fino all’introduzione di nuove procedure per la determinazione dei fabbisogni standard di personale delle amministrazioni pubbliche, per il trasferimento tra le sedi centrali di differenti ministeri, agenzie ed enti pubblici non economici nazionali non è richiesto l’assenso dell’amministrazione di appartenenza, la quale dispone il trasferimento entro due mesi dalla richiesta

dell'amministrazione di destinazione, fatti salvi i termini per il preavviso e a condizione che l'amministrazione di destinazione abbia una percentuale di posti vacanti superiore all'amministrazione di appartenenza. Per agevolare le procedure di mobilità la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica istituisce un portale finalizzato all'incontro tra la domanda e l'offerta di mobilità”.

Dunque **la mobilità è considerata dal legislatore alla stregua di una vera e propria “procedura di trasferimento”¹**, infatti la norma dianzi richiamata richiede che:

- il dipendente sia in servizio in altra amministrazione e sia assegnato, nel nuovo ufficio, a un posto di qualifica corrispondente a quella già occupata;
- la procedura si svolga mediante pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione di arrivo, per almeno 30 giorni, di un bando indicante i posti da ricoprire e i requisiti necessari per accedere alla procedura²;
- sia stato espresso il consenso al trasferimento da parte dell'amministrazione di appartenenza.

Inoltre la disciplina sopra richiamata, frutto di numerosi e stratificati interventi normativi, ha sancito *per tabulas* **il carattere prioritario della procedura di mobilità rispetto all'espletamento di nuove procedure concorsuali** e questo soprattutto per **ragioni di contenimento della spesa**, visto che la mobilità garantisce un'ottimale redistribuzione del personale pubblico già in servizio a “costo zero”, conformemente al relativo principio generale dettato dall'art. 1, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 165/2001, mentre il concorso

¹ Tale istituto, infatti, non dà luogo alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, bensì a un'ipotesi di “cessione del contratto di lavoro”, con il consenso delle parti coinvolte, che determina, dunque una modifica soggettiva dello stesso, senza estinguerlo per novazione: su questo presupposto è stato precisato che le controversie relative alle procedure di mobilità, ad esempio tra i partecipanti alla relativa procedura di selezione, sono devolute alla giurisdizione del G.O. (vedi Cassazione civile, Sez. Un., 9 settembre 2010, n. 19251); per la stessa ragione appartengono alla giurisdizione del G.A. le controversie aventi a oggetto la contestazione dell'esperimento della procedura di mobilità in luogo di quella di scorrimento della graduatoria (vedi Consiglio di Stato, Sez. II, 28 giugno 2016, n. 2929); si veda, da ultimo, Cassazione civile, Sez. lav., 23 febbraio 2018, n. 4435, ove si legge che “*Nell'ipotesi in cui un dipendente, per effetto di mobilità volontaria, passi da un'amministrazione ad un'altra, l'espressione di carattere atecnico “passaggio diretto”, contenuta nell'art. 30 d.lgs. n. 165 del 2001, non qualifica un particolare tipo contrattuale civilistico, ma solamente, nel campo pubblicistico, un particolare strumento attuativo del trasferimento del personale, da una Amministrazione ad un'altra, trasferimento caratterizzato da una modificazione meramente soggettiva del rapporto e condizionato da vincoli precisi concernenti la conservazione dell'anzianità, della qualifica e del trattamento economico, che è inquadrabile nella fattispecie della cessione di contratto disciplinata dagli artt. 1406 c.c. e segg., visto che comporta il trasferimento soggettivo del complesso unitario di diritti ed obblighi derivanti dal contratto, lasciando immutati gli elementi oggettivi essenziali”.*

² Sul punto assume rilievo la pronuncia del Consiglio di Stato 18 agosto 2010, n. 5830, con cui è stato escluso che l'obbligo di procedere a mobilità possa considerarsi assolto mediante “esame diretto” della domande di trasferimento presentate soltanto da alcuni dipendenti, ove ciò sia avvenuto senza la preventiva pubblicazione delle disponibilità di organico da parte dell'amministrazione interessata.

implica l'assunzione di nuovi dipendenti, con il conseguente aumento dei costi fissi a carico della pubblica amministrazione.

Tale impostazione sistematica è stata avallata dalla **Corte Costituzionale, con sentenza 12 novembre 2010, n. 324**, ove è stata dichiarata inammissibile, in riferimento all'art. 97 Cost., la q.l.c. sollevata in relazione all'art. 49, comma 1, d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, che aveva introdotto per la prima volta, in seno all'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001, il principio di prevalenza della mobilità sul concorso, nonché l'obbligo per l'amministrazione procedente, anche se regionale, di rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso mobilità, fissando preventivamente i "criteri di scelta" e statuendo il trasferimento richieda il parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato.

In quest'ottica si è poi inserita anche l'espressa previsione normativa leggibile al successivo comma 2-bis dello stesso art. 30, a mente del quale *"Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria"*.

All'esito di tali primi arresti si era, però formato, **un contrasto giurisprudenziale riguardo alla possibilità o meno di applicare i medesimi principi per regolare i rapporti tra procedure di mobilità e scorrimento di graduatorie concorsuali** già esistenti al momento in cui emerge il fabbisogno di nuovo personale.

Sul punto, dopo varie oscillazioni, l'opinione che sembra ora prevalere³ è che **la mobilità** costituisce il "sistema in assoluto preferito" dal legislatore al fine di coprire posti vacanti nelle PP.AA., come tale **prevalente** -non solo sull'indizione di un nuovo concorso, ma anche- **sullo scorrimento di una graduatoria concorsuale** già esistente, efficace e non esaurita; infatti lo scorrimento delle graduatorie concorsuali comporta, pur sempre, una "provvista aggiuntiva" di nuove risorse umane, con aggravio dei costi per la finanza pubblica, a fronte del "costo zero" assicurato.

In quest'ottica la disciplina dettata dall'art. 30 del T.U., ove si fa testualmente riferimento alla priorità della mobilità rispetto "all'espletamento di nuove procedure concorsuali",

³ Soprattutto a partire dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2011, n. 14.

deve essere correttamente interpretata in termini ampi ed estesi anche al meccanismo dello scorrimento di graduatorie concorsuali già in essere, proprio per le ragioni sostanziali in precedenza evidenziate.

In questi termini si è recentemente espressa la **Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con sentenza 18 maggio 2017, n. 12559**, valorizzando sia il sopra descritto tenore normativo dell'art. 30 del T.U. sia l'obiettivo risparmio di spesa che la mobilità garantisce rispetto a qualunque forma di "nuovo reclutamento"⁴.

È interessante soffermarsi brevemente sulla vicenda oggetto di quest'ultima pronuncia.

Il ricorso per Cassazione era stato proposto da alcuni dipendenti della Regione Abruzzo, i quali si erano visti respingere, nei gradi di merito, la propria domanda volta all'accertamento del diritto all'attribuzione della categoria D per scorrimento di una graduatoria concorsuale interna, dopo che l'amministrazione regionale aveva coperto i relativi posti, invece che attingendo a tale graduatoria, ricorrendo a una procedura di mobilità interna, in dichiarata applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001.

I ricorrenti deducevano la violazione di tale disposizione statale, nonché dell'art. 33 della legge Regione Abruzzo 2005, n. 6, e dell'art. 36 del bando di concorso, sostenendo che la previsione di vigenza triennale della suddetta graduatoria ivi contenute imponesse alla Regione di attingere le ulteriori vacanze dalla stessa; sostenevano, inoltre, che -essendo stata introdotta in data successiva alla pubblicazione del bando di concorso- la disposizione di cui all'art. 30, comma 2 bis, del T.U. sul pubblico impiego non potesse trovare applicazione nel caso specifico.

Ebbene i giudici di legittimità, nel respingere il ricorso, hanno evidenziato l'esistenza "nel sistema" di un principio di assoluto *favor* "per il passaggio di personale tra amministrazioni rispetto all'assunzione di nuovo personale, che non può non riverberarsi anche sul rapporto tra ricerca di personale mediante mobilità volontaria e scorrimento delle graduatorie; anche in quest'ultimo caso, infatti, pur

⁴ Dovrebbe risultare, così, superato l'orientamento opposto affermato in giurisprudenza, secondo cui lo scorrimento di una graduatoria ancora efficace assumerebbe carattere prioritario rispetto alla mobilità volontaria, che prevarrebbe soltanto rispetto all'espletamento di un nuovo concorso; orientamento, questo, che faceva leva sulle norme statuenti la sopravvivenza nel tempo delle graduatorie concorsuali (art. 15 del d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487 e art. 91 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267: vedi *infra*), nonché sulla ritenuta "estraneità" della modalità di assunzione mediante scorrimento di una graduatoria concorsuale già in atto rispetto al disposto normativo del citato comma 2-bis dell'art. 30, d.lgs. n. 165/2001 che testualmente si limita a prevedere la prevalenza delle procedure di mobilità volontaria rispetto all'indizione di nuove procedure concorsuali ma non invece rispetto allo scorrimento delle graduatorie approvate dall'amministrazione ancora in corso di efficacia (Consiglio di Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4329); peraltro, anche in seno alla giurisprudenza propensa a seguire questa tesi, già si era fatta strada la precisazione che "l'amministrazione, adeguatamente motivando, può comunque far ricorso alla mobilità -piuttosto che scorrere la graduatoria" (così Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 178).

trattandosi di procedure già espletate, rileva comunque la provvista “aggiuntiva” di nuove risorse umane, al contrario dell'altra modalità in cui la copertura dei posti si consegue attraverso un'ottimale redistribuzione di personale pubblico già in servizio”.

Altro passaggio della sentenza citata di assoluto interesse è quello successivo, in cui la Cassazione afferma che “la scelta tra copertura di posti vacanti tramite mobilità del personale ovvero scorrimento di graduatoria efficace poteva ritenersi rimessa, sino alla novella legislativa del novembre 2005 (L. n. 246 del 2005 innanzi riportata), al potere discrezionale della pubblica amministrazione; successivamente, la previsione di una espressa nullità della determinazione che decida il reclutamento di nuovo personale (nella cui accezione, secondo giurisprudenza consolidata, va incluso la progressione verticale dei dipendenti in categoria superiore) senza provvedere, prioritariamente, ad avviare la mobilità di personale proveniente da altra amministrazione configura un obbligo per l'amministrazione procedente”.

In questo modo il giudice di legittimità valorizza la previsione di cui all'ultima parte dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, introdotta dalla legge 28 novembre 2005, n.246, ove si prevedeva che *“In ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale”*; tale previsione è stata, poi, eliminata dagli interventi normativi successivi, ma anche sostanzialmente riproposta dal d.lgs. 25 maggio 2017, n.75 (che ha riscritto l'art. 30 nella versione tuttora vigente) al capoverso 2.2. di quest'ultimo, ove ora si prevede *che ...Sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi in contrasto con le disposizioni di cui ai commi 1 e 2”*.

Il richiamo operato dalla Corte a tale peculiare disciplina non pare, tuttavia, equivalere a una “dichiarazione di nullità” dell'atto di scorrimento, anche perché la sanzione di nullità è riferita dalla legge alle clausole dei contratti collettivi e non agli atti attuativi; piuttosto si tratta di un argomento utilizzato a conforto della conclusione sistematica finale leggibile nella sentenza, secondo cui *“Non sussisteva, pertanto, né sussiste un diritto soggettivo dei ricorrenti alla copertura di posti vacanti tramite scorrimento in graduatoria in via prioritaria rispetto al trasferimento di personale mediante mobilità intercompartimentale”*.

Vi è, poi, un ulteriore aspetto da considerare, che riguarda **l'applicazione, alle procedure di mobilità, di quanto disposto, in generale, dall'art. 35, comma 5 bis, del d.lgs. n. 165/2001**, a mente del quale *“I vincitori dei concorsi devono permanere nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a cinque anni. La presente disposizione costituisce norma non derogabile dai contratti collettivi”*.

Riguardo all'impatto di tale disposto normativo sulle procedure di mobilità, si rinviene soltanto la pronuncia, non appellata del **T.A.R. Liguria, Sez. II, 30 giugno 2016, n. 807**, che ha rilevato la cogenza della richiamata disposizione -quanto meno in assenza di

previsioni derogatorie di origine regionale, sulle procedure di mobilità, osservando, in particolare, che: “*Si tratta di una disposizione espressamente inderogabile e a carattere imperativo (cfr., sul punto, anche l’art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001) che -come tale- si impone a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1 comma 2 del medesimo d.lgs. n. 165/2001, ivi comprese- per quanto qui interessa- “le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale”. Né rileva -secondo quanto sostenuto dal Dipartimento della funzione pubblica nel parere 10.3.2006 (doc. 1 delle produzioni 20.5.2016 di parte ricorrente)- che la normativa di settore per le aziende sanitarie locali contenuta nel d.lgs. n. 502/1992 demandi “alla competenza normativa regionale la determinazione dei principi e dei criteri per l’organizzazione ed il funzionamento delle stesse, definiti poi con l’atto aziendale di diritto privato (art. 3, comma 1-bis), includendovi anche i criteri per la definizione delle dotazioni organiche (art. 3, comma 5)”. Difatti, in assenza di una specifica norma regionale che esenti espressamente le aziende sanitarie liguri dall’applicazione dell’art. 35 comma 5-bis del d.lgs. n. 165/2001, la norma si impone anche agli atti organizzativi emanati -ex art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001- da ciascuna amministrazione, secondo il rispettivo ordinamento, per definire le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, definizione che deve pur sempre avvenire “secondo i principi generali fissati da disposizioni di legge” e, in primis, di quelli di cui al d.lgs. n. 165/2001 (art. 1). Ciò che, del resto, trova conferma nell’art. 15, comma 2, del d.lgs. n. 502/1992, a mente del quale “la dirigenza sanitaria è disciplinata dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, salvo quanto previsto dal presente decreto”. Dunque, la disposizione di cui all’art. 35, comma 5-bis, del d.lgs. n. 165/2001 costituisce parametro di legittimità dell’avviso di mobilità 5 dicembre 2012, nel senso che questo è illegittimo laddove non ha previsto, quale requisito di partecipazione, la permanenza nella sede di provenienza per un periodo non inferiore a cinque anni. Nondimeno, poiché si tratta di una lacuna della lex specialis di gara agevolmente colmabile -ex art. 1339 cod. civ.- con la disciplina rigidamente predeterminata da una disposizione di carattere imperativo (il citato art. 35, comma 5-bis, del d.lgs. n. 165/2001), sussistono tutti gli estremi per fare luogo alla così detta eterointegrazione dei documenti di gara con i contenuti imposti dalla legge (cfr. Cons. di St. V, 9.3.2015, n. 1166; id., 3.2.2015, n. 512; id., III, 24.6.2014, n. 3195)”.*

Dunque, secondo il T.A.R. Liguria, in assenza di una previsione normativa regionale di segno differente, il limite dei cinque anni di permanenza nell’amministrazione di partenza è inderogabile dalle singole procedure di mobilità e, addirittura, integra i relativi bandi, ai sensi dell’art. 1339 c.c., analogamente a quanto accade in materia di eterointegrazione dei bandi di gara.

In assenza di altri precedenti specifici la questione resta, tuttavia, incerta, non potendosi escludere l’interpretazione opposta, che consenta, cioè, di ritenere derogabile il limite temporale in esame con riferimento alle procedure di mobilità, secondo una valutazione rimessa all’amministrazione di provenienza, unica chiamata, per legge, a valutare la compatibilità del trasferimento richiesto con le proprie esigenze organizzative.

Ciò tanto più alla luce del fatto che il vincolo di permanenza quinquennale risulta, in termini generali, contrastante con nuove tendenze sistematiche che emergono chiaramente dalla recente evoluzione normativa.

Si fa riferimento allo stesso comma 2 dell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001, a mente del quale *“Nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, i dipendenti possono essere trasferiti all'interno della stessa amministrazione o, previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altra amministrazione, in sedi collocate nel territorio dello stesso comune ovvero a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede cui sono adibiti. Ai fini del presente comma non si applica il terzo periodo del primo comma dell'articolo 2103 del codice civile”*, dal quale emerge chiaramente la tendenza ordinamentale a evitare regole formalistiche nella gestione del personale, che deve essere improntata a obiettivi di efficiente allocazione.

2. Scorrimento delle graduatorie e indizione di un nuovo concorso

Il c.d. scorrimento delle graduatorie, cioè la possibilità per le amministrazioni di attingere a graduatorie concorsuali efficaci e non ancora esaurite per l'assunzione di tutti i concorrenti risultati idonei, è meccanismo dotato di una specifica base normativa.

In particolare, l'art. 15, comma 7, del d.p.r. n. 487/1994 regola l'efficacia temporale delle graduatorie concorsuali, statuendo che le stesse *“rimangono efficaci per un termine di diciotto mesi dalla data della sopracitata pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili”*; per gli enti locali assume rilievo l'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000, secondo cui *“Le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo”*; esistono, poi, norme speciali riferite al tema, come nel caso dell'art. 16, comma 17, della legge Regione Sardegna 27 luglio 2016, n. 17, a mente del quale *“L'ATS utilizza ai fini delle assunzioni in ciascuna area socio-sanitaria locale le graduatorie in essa vigente, fino alla loro scadenza naturale. Ove nell'area socio-sanitaria locale non siano presenti graduatorie valide, sono utilizzate le graduatorie in vigore nelle altre aree socio-sanitarie locali secondo l'ordine cronologico di approvazione o le graduatorie vigenti nelle altre aziende sanitarie della Sardegna di cui all'articolo 1, comma 5, della presente legge che abbiano stipulato con l'ATS che procede all'assunzione o con l'incorporata azienda sanitaria locale una convenzione per il riconoscimento della facoltà di utilizzo delle rispettive graduatorie concorsuali. L'efficacia delle graduatorie dei concorsi delle aziende sanitarie, delle aziende ospedaliere e delle aziende ospedaliero-universitarie della Sardegna, con scadenza al 31 dicembre 2016, sono prorogate [sino al 30 giugno 2017], in conformità a quanto previsto dall'articolo 4, comma 4, del decreto legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito in legge 30 ottobre 2013, n. 125”*⁵.

Tali previsioni normative hanno il significato di attribuire al meccanismo dello scorrimento veste prioritaria rispetto all'indizione di un nuovo concorso e questo - non tanto e non solo per tutelare le aspettative degli idonei in graduatoria, ma soprattutto - per consentire all'amministrazione il conseguimento della copertura di organico in tempi più brevi e risparmiando i costi di una nuova procedura concorsuale; in sostanza, allo stesso modo in cui la mobilità (sistema da preferire in assoluto) prevale sullo scorrimento

⁵ Comma modificato, prima, dall'art. 5, comma 12, della legge regione Sardegna 13 aprile 2017, n. 5, e poi dall'articolo 7, comma 10, della legge Regione Sardegna 11 gennaio 2018, n. 1.

della graduatoria, quest'ultimo, a sua volta, prevale -e per ragioni non dissimili- rispetto all'indizione di un nuovo concorso.

L'assunto si è affermato in giurisprudenza soprattutto a partire da Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332, per poi essere confermato dalla **pronuncia dell'Adunanza Plenaria 28 luglio 2011, n. 14**, la quale, peraltro, ha esaminato *funditus* la questione, introducendo alcune importanti precisazioni.

Il Supremo Consesso **ha chiarito, in primo luogo**, che *“In presenza di una graduatoria concorsuale valida ed efficace, la p.a. gode di ampia discrezionalità sull'an della copertura di posti vacanti ulteriori a quelli banditi con il concorso, mentre deve sempre motivare in ordine alle modalità prescelte per il reclutamento, tenendo nel massimo rilievo il generale favore dell'ordinamento per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei in precedenti concorsi, che costituisce la modalità ordinaria di provvista del personale”*; dunque, secondo l'impostazione prescelta dall'Adunanza Plenaria, **l'amministrazione resta libera di valutare, in piena discrezionalità, l'an del reclutamento stabile**, senza che esista alcun “diritto degli idonei all'assunzione”; di conseguenza l'amministrazione conserva pienamente la possibilità di scegliere, invece che il reclutamento stabile, scegliere la copertura del posto vacante mediante conferimento di incarichi a termine o utilizzazione di personale interno (nei termini già chiariti da Cassazione., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5588, cit.); solo una volta che l'amministrazione abbia optato per il reclutamento stabile, il sistema da preferire è, per regola, quello dello scorrimento, con la conseguente possibilità per gli idonei di pretendere il rispetto di tale principio mediante idonea iniziativa giurisdizionale.

Inoltre l'Adunanza Plenaria ha precisato che **la generale “preferenza per lo scorrimento” può trovare deroga in situazioni particolari**, in particolare:

- l'operatività di speciali discipline che impongano una precisa cadenza periodica del concorso, collegata a peculiari meccanismi di progressioni nelle carriere, tipiche di determinati settori dell'impiego pubblico;
- una modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella applicabile alla procedura da cui deriva la graduatoria ancora efficace, con particolare riguardo al contenuto delle prove di esame e ai requisiti di partecipazione; in tal senso, assume rilevanza l'esatto contenuto dello specifico profilo professionale per il quale è indetto il nuovo concorso; per esempio, nel caso esaminato dalla Plenaria, l'indizione di nuovo concorso si giustificava per l'innovativa introduzione, rispetto alla procedura concorsuale precedente, cui si riferiva la graduatoria, delle prove di lingua straniera e di informatica;
- l'operatività di norme speciali che valorizzino l'esigenza preminente di determinare, attraverso nuove procedure concorsuali, la stabilizzazione del personale precario,

anche se, in questi casi, l'amministrazione non è esonerata dall'obbligo di *“valutare comparativamente anche le posizioni giuridiche e le aspettative dei soggetti idonei in graduatoria, atteso che la normativa speciale non impone l'indiscriminata precedenza delle procedure di stabilizzazione”*;

- l'esistenza di specifiche ragioni di interesse pubblico che rendano preferibile il nuovo concorso, delle quali l'amministrazione deve dare conto mediante analitica motivazione; anche se tale “criterio di chiusura”, affermato dalla Plenaria, non sembra essere facilmente applicabile, non essendo agevole immaginare ragioni di interesse pubblico, ulteriori rispetto a quelle oggetto dei capoversi precedenti, che giustificano la deroga alla regola dello scorrimento.

Ancora, l'Adunanza ha chiarito che **la regola dello scorrimento vale soltanto per i posti che “non siano di nuova istituzione o trasformazione, cioè istituiti in organico successivamente all'indizione del concorso da cui è scaturita la graduatoria”**, questo in applicazione delle relative precisazioni contenute agli artt. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000 e 15 del d.p.r. n. 487/1994.

Con sentenze della Sez. VI del Consiglio di Stato 9 aprile 2015, n. 1796 e 9 agosto 2016 n. 3557, nonché della Sez. III, 23 febbraio 2015, n. 909 (in termini, da ultimo, anche T.A.R. Catanzaro, Sez. II, 4 dicembre 2017, n. 1866), è stato, infine, precisato che **la regola dello scorrimento della graduatoria presuppone che vi sia identità dei posti messi a concorso tra la prima e la seconda procedura**: il che costituisce un ovvio sviluppo dei principi già affermati dall'Adunanza Plenaria.

3. Questioni pratiche e di dettaglio

Emergono alcune “questioni di dettaglio” che non sembrano trovare diretta risposta in pronunciati giurisprudenziali e che, pertanto, devono essere affrontate sulla base dei principi generali regolatori della materia.

Esse riguardano, in primo luogo, i rapporti tra mobilità e scorrimento.

Cominciamo dai **rapporti tra procedure di mobilità e scorrimento**.

Ci si chiede se -in presenza di più scoperture- la “priorità della mobilità” sia regola assoluta o sia, invece, possibile applicarla soltanto ad alcuni dei posti vacanti: ad esempio, se il numero di persone da reclutare è 4, è necessario procedere alla mobilità per tutti e 4, e poi allo scorrimento solo per i posti residui, ovvero è possibile limitare la previa mobilità solo ad alcuni dei posti disponibili?

L'interrogativo è particolarmente delicato e questo perché sulla materia incide l'art. 38 *bis* della legge Regione Sardegna 13 novembre 1998, n.31, introdotto dalla art. 1 della legge Regione Sardegna 15 gennaio 2014, n. 6, a mente del quale: **“1. L'Amministrazione, le agenzie e gli enti pubblici della Regione possono coprire i posti vacanti delle rispettive dotazioni organiche mediante cessione del contratto di lavoro di dipendenti a tempo indeterminato in servizio presso le pubbliche amministrazioni che facciano domanda di trasferimento. 2. Ai fini del comma 1, la Giunta regionale determina, nella programmazione triennale del fabbisogno, i posti che possono essere coperti mediante cessione del contratto, entro il 50 per cento di quelli destinati al reclutamento dell'Amministrazione regionale e di ogni altro ente, agenzia e altro comparto contrattuale della Regione, specificandone le categorie e le caratteristiche professionali riferite alle aree funzionali di destinazione. Le agenzie e gli enti della Regione provvedono analogamente con i rispettivi programmi di reclutamento. 3. Prima dell'espletamento delle procedure concorsuali per le assunzioni a tempo indeterminato, le amministrazioni di cui al comma 1 rendono pubblici i posti da ricoprire mediante cessione del contratto e i criteri per l'esame delle domande, nel rispetto delle procedure di informazione previste dai contratti collettivi. Per il dipendente il cui rapporto di lavoro sia regolato da contratto collettivo diverso da quello applicato nell'amministrazione presso cui egli chiede di essere trasferito, la corrispondenza della categoria o qualifica del medesimo con quella indicata nella procedura di mobilità è valutata secondo i contenuti delle prestazioni e del titolo previsto per l'accesso dall'esterno. Sono fatti salvi i concorsi banditi alla data di entrata in vigore della presente legge. 4. Per agevolare e semplificare le procedure di cui al comma 3, la Giunta regionale, su proposta dell'Assessore competente in materia di personale, sentite le organizzazioni sindacali, può definire una tabella di equiparazione delle categorie e i livelli retributivi previsti dai contratti collettivi regionali a quelli degli altri comparti di contrattazione collettiva delle amministrazioni pubbliche. 5. L'amministrazione adotta il provvedimento di trasferimento previo parere favorevole di quella di provenienza; applica il trattamento**

giuridico ed economico previsto nel contratto collettivo per il proprio personale, con attribuzione del livello economico di valore pari o immediatamente inferiore a quello posseduto nell'amministrazione di provenienza, assicurando, in tale ultimo caso un assegno personale riassorbibile atto a garantire l'importo del trattamento economico fisso e continuativo annuo in godimento. 6. Sono fatti salvi i concorsi pubblici banditi alla data di entrata in vigore della presente legge”.

Dunque tale norma regionale parrebbe porsi in parziale contrasto con la disciplina statale, limitando al 50% dei posti disponibili l'obbligo per le amministrazioni di esperire le procedure di mobilità prioritariamente rispetto alle nuove procedure concorsuali.

Sul punto è, prima di tutto, doveroso occorre osservare che la Corte Costituzionale - chiamata da lacune regionali a pronunciarsi sul preteso contrasto con l'art. 117, comma 4, Cost. (che afferma la competenza esclusiva residuale regionale) delle norme statali che imponevano lo svolgimento della mobilità in via preliminare rispetto all'indizione dei concorsi- con la già richiamata sentenza n. 324/2010 ha respinto tale prospettazione, affermando che *“L'istituto della mobilità volontaria altro non è che una fattispecie di cessione del contratto; a sua volta, la cessione del contratto è un negozio tipico disciplinato dal codice civile (artt. 1406-1410). Si è, pertanto, in materia di rapporti di diritto privato e gli oneri imposti alla pubblica amministrazione dalle nuove disposizioni introdotte dall'art. 49 del d.lgs. n. 150 del 2009 rispondono semplicemente alla necessità di rispettare l'art. 97 Cost., e, precisamente, i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione”*: secondo la Consulta, dunque, la disciplina della mobilità e dei suoi rapporti con il concorso esula dalle materie di competenza regionale, ascrivendosi a quella esclusiva statale.

Ciò comporta evidenti dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 38 bis della legge n. 31/1998 sopra citato, nella parte in cui esso deroga alla disciplina statale sui rapporti tra mobilità e concorso, riducendo al 50% l'obbligo di previa mobilità; e, tuttavia, resta il principio secondo cui la legge regionale deve essere applicata anche se incostituzionale, sino a quando venga dichiarata tale dalla Consulta.

Tanto è vero che il T.A.R. Sardegna, Sez. II, con sentenza 31 gennaio 2018, n. 76, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una procedura regionale per l'assunzione di nuovi dirigenti preceduta da mobilità solo (addirittura) per il 50% dei posti, ha affermato, in sintesi, che il principio statale di prevalenza della mobilità volontaria rispetto all'indizione di un concorso non esclude la persistenza di “spazi di manovra” per le regioni, le quali *“non possono declinare l'invito a fare uso della mobilità volontaria, né possono disciplinarne autonomamente gli effetti, ma restano titolari di un potere di organizzazione che si estrinseca attraverso l'uso di potere discrezionale nel determinare la quantità dei posti riservati alla mobilità volontaria rispetto a quelli riservati al pubblico concorso”*; ciò in dichiarato richiamo di quanto, a suo tempo, affermato da Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 178.

Ma tale pronuncia appare, francamente, ellittica rispetto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario cui si è fatto cenno; peraltro la pronuncia non è stata appellata, per cui non può neppure attendersi una pronuncia sul punto del Consiglio di Stato.

In ogni caso tale pronuncia non sembra vincolare le AA.SS.L. visto che la legge regionale n. 31/1998, notoriamente, non trova applicazione agli enti del servizio sanitario nazionale.

Pertanto, in tale contesto, sembra preferibile seguire l'orientamento maggioritario, affermato dall'adunanza Plenaria n. 14/2011, secondo cui la mobilità è *tout court* prevalente rispetto al nuovo concorso e anche rispetto allo scorrimento della graduatoria: la possibilità di saltare la mobilità, anche solo per 1 posto, è legata alle situazioni specifiche individuate dalla Plenaria, su cui l'amministrazione deve motivare puntualmente, tra cui l'assenza in organico di professionalità adeguate rispetto al posto da ricoprire; al riguardo non è ultroneo precisare che, ai fini dell'indizione di una nuova procedura concorsuale, l'inadeguatezza professionale del personale già in servizio ovvero idoneo in una graduatoria non esaurita deve essere "oggettiva" e "non sanabile" attraverso adeguate forme di formazione professionale; e deve ancora osservarsi come, nei rapporti tra mobilità e nuovo concorso, tale valutazione sia difficilmente operabile a priori, cioè senza avere svolto la procedura di mobilità, giacché prima di svolgerla non è dato sapere quali dipendenti presenteranno; pertanto il modo corretto per risolvere il problema è -non già saltare *tout court* la mobilità, bensì- predisporre un bando per mobilità che preveda dei requisiti di partecipazione stringenti sotto il profilo della qualificazione professionale e solo all'esito negativo di questo procedere al nuovo concorso.

Altro dubbio specifico riguarda l'ipotesi in cui si proceda a mobilità e non pervenga alcuna domanda, per cui si passa allo scorrimento di una graduatoria: laddove poco tempo dopo emergano scoperture ulteriori rispetto a quelle oggetto della precedente mobilità, occorre riproporre una nuova procedura mobilità, sebbene abbia avuto esito negativo poco tempo prima?

La risposta parrebbe essere positiva, giacché ciascuna vacanza nuova deve essere sottoposta a nuova mobilità; rimane solo il dubbio relativo al sé. Sapendo già che vi saranno scoperture in divenire per un certo lasso di tempo, l'amministrazione possa, per esigenze di economia amministrativa, indire un'unica procedura di mobilità relativa a quel lasso di tempo, condizionata all'effettiva liberazione dei posti nell'arco dello stesso.

Ulteriore interrogativo, sempre legato a repentine modifiche della situazione dell'organico, riguarda l'ipotesi in cui -mentre è già in atto una procedura di scorrimento- si manifesti la scoperta di ulteriori sedi rispetto a quelle già proposte agli idonei: viene, allora da chiedersi se l'amministrazione sia o meno tenuta a

proporre agli idonei anche le sedi ulteriori, liberatesi successivamente rispetto a quelle oggetto dell'iniziale proposta.

La risposta, questa volta, è negativa: in base al principio *tempus regit actum*, ciascuna fase procedimentale tiene conto della situazione di fatto e di diritto vigente al momento del suo espletamento, per cui è corretto che le sedi a disposizione del singolo idoneo restino quelle libere al momento della proposta: l'amministrazione può (per proprie esigenze organizzative) ma non deve riaprire la procedura di scelta, che altrimenti potrebbe teoricamente durare all'infinito; ovviamente diversa è la situazione che si verrebbe a creare laddove venissero proposte agli idonei solo alcune delle sedi già disponibili, lasciando le altre all'idoneo successivo: un simile comportamento si porrebbe in contrasto con i canoni di buona fede e imparzialità dell'azione amministrativa e potrebbe, dunque, tradursi, in atti illegittimi.

Quanto, poi, al tipo di graduatorie utilizzabili per lo scorrimento, ci si chiede, se si tratti solo di quelle concorsuali in senso stretto o anche di quelle derivanti da selezioni per titoli e/o colloquio.

La risposta non è univoca, perché legata al tipo di posto nuovo che si intende coprire: se anche questo, per legge, può essere legittimamente ricoperto con quel tipo di selezione la graduatoria potrà essere utilizzata, altrimenti no; a tal fine si dovrà, ovviamente, tenere conto del quadro normativo vigente nel momento in cui si deve operare lo scorrimento, in base al già citato principio secondo cui *tempus regit actum*