

STUDIO LEGALE

Lavoro -civile -amministrativo

Avv. GIUSEPPE TOMASSO

Patrocinante in Cassazione

Via Virgilio, 81/A-03043 CASSINO (FR)

Tel. e Fax 0776.24945 Pec: studiolegaletomasso@pec.avvotecassino.it

Al Direttore Generale ASL DI Frosinone
Dott.ssa Pierpaola D'Alessandro

Al Direttore Sanitario ASL Frosinone
Dott.ssa Simona Carli

Al Direttore UOC Risorse Umane ASL FR f.f.
Dott. V. Brusca

Oggetto: **DIFFIDA**

Richiesta modifica Delibera n 794 del 09.12.2020 avente ad oggetto "*Approvazione piano triennale 2018/2020 Indizioni: Avvisi di mobilità a livello nazionale per titoli e prova colloquio per complessivi 29 posti di dirigente medico varie discipline*" nella parte in cui prevede una prova colloquio addirittura con valenza idoneativa

Scrivo in nome, per conto e nell'interesse della OS Fials di Frosinone, in persona del segretario D'Angelo Francesco per richiedere quanto di seguito.

Nel prevedere, ex art 30 dlgo 165/2001 avvisi di mobilità riservata alla dirigenza medica di varie discipline, codesta Asl ha previsto in sede di valutazione dei partecipanti una valutazione comparata dei curricula ed una prova colloquio (che si attiverebbe solo nell'ipotesi in cui i candidati sono superiori al numero dei posti!)

Segnatamente, è previsto nel bando che la commissione ha a disposizione 100 punti, così ripartiti:

- **40 punti per i titoli** (così ripartiti: a) fino a un massimo di 20 per i titoli di carriera; b) fino a un massimo di 4 per titoli accademici e di studio ulteriori rispetto a quelli richiesti dal bando; c) fino a un massimo di 4 punti per pubblicazioni e titoli scientifici; d) fino a un massimo di 8 punti per il curriculum formativo e professionale; e) fino a un massimo di 4 punti per situazione familiare o sociale).

- **60 punti per la prova colloquio** che si **intende superata positivamente** se il candidato ottiene un punteggio di **almeno 36/60**, precisando, altresì, che il "*Colloquio tenderà ad accertare il grado di specifica competenza ed esperienza nelle materie oggetto dell'incarico da conferire*". Innanzitutto, va richiamato il quadro normativo e poi contrattuale che disciplina la cd. 'Mobilità'.

Segnatamente, **l'art. 30 del Dlgo n.165/2001, al riguardo, recita:**

"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.

2. I contratti collettivi nazionali possono integrare le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dai commi 1 e 2.

2-bis. 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.

2-ter. L'immissione in ruolo di cui al comma 2-bis, limitatamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero degli affari esteri, in ragione della specifica professionalità richiesta ai propri dipendenti, avviene previa valutazione comparativa dei titoli di servizio e di studio, posseduti dai dipendenti comandati o fuori ruolo al momento della presentazione della domanda di trasferimento, nei limiti dei posti effettivamente disponibili.

La disciplina contrattuale di riferimento, poi, alla quale fa espresso rinvio il c.2, dell'art. 30 dlgo n.165/2001, è rappresentata, per il comparto sanità, dall'art. 54 del CCNL 19 dicembre 2019, che si limita a precisare che: **a) la mobilità avviene nel rispetto della categoria e del profilo professionale dei dipendenti in relazione al posto da coprire; b) il bando indica procedure e criteri di valutazione; c) la partecipazione è consentita a tutti i dipendenti in possesso dei requisiti di esperienza e competenza indicati nel bando; d) la mobilità non comporta novazione del rapporto di lavoro; e) il fascicolo personale segue il dipendente trasferito; f) fermo restando che l'attivazione della mobilità richiede il consenso dell'ente o azienda di appartenenza.**

In particolare, la norma contrattuale sottolinea che nel 'trasferimento/passaggio diretto', non v'è novazione del rapporto.

D'altra parte, la continuità del rapporto è confermata dalla previsione dell'art. 30 dlgo n. 165, ove si utilizza il termine 'trasferimento' (..passaggio diretto di dipendenti...che facciano domanda di trasferimento"), descrittivo proprio del mutamento di sede e di datore di lavoro da parte di personale già dipendente, per un servizio che, senza soluzione di continuità, prosegue presso l'amministrazione di destinazione per l'espletamento delle medesime mansioni/funzioni (nella fattispecie di infermiere professionale); trasferimento per il quale necessita comunque il nulla osta finale dell'amministrazione di appartenenza

Di recente, la Suprema Corte di Cassazione, Ord. Sez. lavoro. n.15373 del 06 giugno 2019 (Pres. Napolitano, Rel. Marotta Caterina) ha ribadito che: <<...il 'passaggio diretto', di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001, nella sua formulazione originaria, è riconducibile all'istituto civilistico della cessione del contratto, sicché detto passaggio è caratterizzato dalla conservazione dell'anzianità e dal mantenimento del trattamento economico goduto presso l'amministrazione di provenienza...>>.

LA PREVISIONE DELLA 'PROVA COLLOQUIO' NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA DI 'MOBILITÀ'.

Va sottolineato che la procedura attivata dalla ASL non prevede, l'attribuzione di una nuova qualifica/categoria al candidato/dipendente trasferito, che, come requisito di ammissione, deve avere il profilo di dirigente medico, e non si instaura un diverso rapporto di lavoro in termini di un differente inquadramento giuridico ed economico, atteso che il dipendente è chiamato a svolgere le medesime funzioni di Dirigente medico nella disciplina di appartenenza propria dell'inquadramento (di già) posseduto.

Priva di alcuna logica è la previsione del colloquio allo scopo di accertare la *'il grado di specifica competenza ed esperienza nelle materie oggetto dell'incarico da conferire'*, atteso che è evidente il fraintendimento in cui si incorre, poichè essendo esattamente individuate le 'discipline' della dirigenza medica, la specifica professionalità è già quella propria della disciplina di appartenenza, nel mentre, le competenze ed esperienze si evincono (non dal colloquio), ma, al più, dai titoli e, dunque, dal percorso formativo, culturale e professionale che attiene all'attività evidentemente esercitata.

D'altra parte, il comma 2 bis del art. 30 cit) stabilisce che *<<...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.>>*

In sostanza, il LEGISLATORE non ha imposto alcuna prova selettiva intesa ad accertare l' idoneità o meno del personale da 'trasferire' o 'la specifica professionalità in base ai posti da ricoprire' o ha imposto che venissero scelti 'i più idonei e più meritevoli' e ciò in ragione del fatto che trattasi di un spostamento del dipendente .

Anche la Corte di Cassazione, Ord. Sez. lavoro. n. 6337 del 05 marzo 2019, -Pres. Napolitano, Rel De Felice Alfonsina- ha avuto modo di precisare (pagg.3/4, sent.) che :

<< -alla stregua dell'art. 30 del d.lgs. n.165, in capo all'amministrazione di destinazione non sussiste pertanto alcun obbligo di operare una comparazione tra le mansioni in concreto svolte e tra i profili professionali assegnati prima e dopo il trasferimento, atteso che la norma non prevede detto tipo di valutazione ma si limita a disporre che nel novero delle vacanze di organico "...il trasferimento è disposto con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso l'amministrazione di provenienza>>).

Potrebbe sostenersi che, all'amministrazione nell'ambito dell'esercizio dei poteri del datore di lavoro privato (ex art 5 dlgs 165/2991) 'residui', in ogni caso e comunque, un ambito di 'discrezionalità' per stabilire e prevedere una prova colloquio.

Sennonchè, l'esercizio di tale potere discrezionale potrebbe avvenire (proprio per la posizione assunta dal Legislatore) (solo) in un determinato ambito e, quindi, delimitato dai parametri di ragionevolezza/buona fede/imparzialità: nel nostro caso, tuttavia, se si stabilisce un punteggio minimo da raggiungere al colloquio, pena l'esclusione (36/60), è evidente che si sta attribuendo al colloquio una valenza selettiva/idoneativa sostanziale che, poichè pregiudica la posizione giuridica soggettiva del candidato/ partecipante (al pari di un 'divieto' di partecipazione, per intenderci, che in quanto tale deve essere previsto dalla norma) deve essere indicato espressamente dalla legge (che al riguardo, come visto, tace).

Ed ecco, quindi, che i parametri che valgono a definire detti limiti (entro i quali poter esercitare tale potere discrezionale con la previsione della prova colloquio senza che ciò comporti una violazione di altri 'principi' dell'ordinamento giuridico: ragionevolezza/buona fede/imparzialità) sono rappresentati dalla natura della procedura di mobilità che si distingue nettamente dalla assunzione/concorsuale e, condiziona necessariamente la funzione svolta dal colloquio che non può essere di natura idoneativa/selettiva al pari di una procedura di assunzione, atteso che i partecipanti esaminati sono già tutti dipendenti, seppure in servizio in altra azienda sanitaria, per cui risultano di

già 'assunti' dopo aver superato la prova concorsuale di accertamento della idoneità per quella determinata Disciplina.

Altrimenti opinando, si potrebbe giungere al paradosso di un accertamento negativo della idoneità all'esercizio delle funzioni di dirigente medico (risultante dall'attribuzione di un punteggio inferiore a 36) che risulta di già in servizio (e con una determinata anzianità di servizio) !!

La condotta datoriale quindi risulta ancor di più irrazionale e contraria ai principi di correttezza e buona fede che, invece, devono informare tutti gli atti di gestione del personale, se si tiene conto che si tratta di un mero 'trasferimento a domanda' da una azienda sanitaria locale ad altra.

Ed al proposito, non si comprende per quale ragione la Asl sente l'esigenza del colloquio teso ad accertare il maggior meritevole ma solo nel caso che vi siano (come previsto dal bando) più candidati rispetto al numero dei posti da coprire: come dire, in pratica, che se i cardiologi partecipanti sono pari al numero di tre oggetto di bando, il colloquio non deve essere fatto (risultando sufficienti gli altri criteri applicati) nel mentre se i candidati sono quattro e quindi in numero superiore ai posti disponibili scatta la necessità del colloquio per accertare il più meritevole (per scegliere i tre invece non interesserebbe chi sia il più meritevole, sic!!!)

Va rammentato che applicando gli altri criteri previsti dal bando si forma comunque una graduatoria e quindi alla stessa può farsi riferimento consentendo di acquisire i candidati sulla base della relativa collocazione.

Piuttosto, il colloquio potrebbe avere la funzione di accertare e verificare il possesso di una qualificazione professionale/competenza particolare e/o specifica finalizzata alla copertura di determinati posti di cui ha necessità l'azienda nei termini indicati nel bando, ma trattandosi di dirigenza medica che si distingue per la disciplina di appartenenza e la mobilità avviene per determinate discipline (ad es. in cardiologia, rianimazione ecc.) le particolari competenze possedute sono insite nella disciplina stessa di appartenenza (riportate nel bando senza alcuna ulteriore specifica) ed evincibili dai curricula

E' significativo che (anche) la giurisprudenza amministrativa resa in materia di procedure concorsuali interne abbia stabilito il principio della illegittimità della previsione di un punteggio preponderante del colloquio rispetto alla valutazione formativa/professionale/curriculare. **E' utile, in proposito, richiamare le argomentazioni svolte da CONSIGLIO DI STATO, sezione V, sentenza del 26 gennaio 2010 n.04313: <<.....Per altro verso, ed in presenza di una sola prova di selezione (il colloquio), il punteggio attribuibile ai titoli (che, in quanto predeterminato, quanto ai titoli valutabili ed ai criteri di valutazione, costituisce garanzia di imparzialità) risulta tale da potere incidere in misura limitata sull'esito del colloquio. D'altra parte, se è" vero che, nell'ambito di un concorso, il punteggio attribuibile ai titoli non può essere superiore a 10/30 o equivalente (art. 8 DPR n. 487/1994), è altrettanto vero che tale proporzione presuppone una articolazione delle prove comprendente la prova scritta, quella orale e, se del caso, la prova pratica o teorico-pratica. In definitiva, una previsione di bando (e di regolamento) che attribuisce al colloquio una incidenza pari al 60% del punteggio attribuibile si pone in contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento (principi che, come si è detto, in attuazione degli**

artt. 3, 51 e 97 Cost., devono trovare applicazione quale che sia la tipologia di procedura competitiva), ed è quindi viziata da eccesso di potere per irragionevolezza, posto che non è idonea a salvaguardare la par condicio dei candidati, né consente la selezione dei soggetti più idonei secondo procedure obiettive. ...>>.(cfr del medesimo tenore, Cons. Stato, Sez. IV, n. 1739 del 27/03/2002; TAR Campania -Salerno, II[^] Sez, 31101/2001, Cons. Stato sez. V, n. 2230/2000).>

Se il Legislatore non ha previsto la prova colloquio nella procedura riguardante i trasferimenti a domanda (cd. Mobilità) ciò non significa affatto che dinanzi a tale 'silenzio' è possibile prevederla.

Il cd 'principio di libertà', secondo cui tutto ciò che non è vietato è permesso non può trovare ingresso nella fattispecie in esame: il Legislatore ha disciplinato varie <<procedure>> : quella concorsuale (di natura pubblicistica), quella para concorsuale (di natura pubblicistica-privatistica) e quella di 'passaggio diretto di personale' (cd mobilità, di natura privatistica), recando per ognuna una diversa disciplina.

In pratica, quello che si vorrebbe ritenere il silenzio del Legislatore, in realtà non è tale e non è un << vuoto >> o << un mancato divieto >>, ma, piuttosto, una consapevole diversa disciplina rispetto a varie procedure appositamente regolamentate.

Occorre, infatti, attribuire un significato pregnante e precipuo a ciascuna delle locuzioni utilizzate dalla legge; così, una cosa è fare riferimento:

- a) alle «procedure di reclutamento» necessarie per l'accesso alla P.A. mediante concorso pubblico (artt. 35 e 70 D.lgs. n. 165/2001),
- b) cosa in parte diversa è riferirsi alle «procedure comparative», di natura para-concorsuale, necessarie per il conferimento di incarichi professionali a soggetti esterni all'amministrazione (art. 7, commi 6 e 6-bis, D.lgs. n. 165/2001),
- c) altra cosa, ancora, diversa dalle prime due, è il riferimento (art. 30 D.lgs. n. 165/2001) all'obbligo di riportare negli avvisi di mobilità «i posti che intendono ricoprire attraverso passaggio diretto di personale di altre amministrazioni, con indicazione dei requisiti da possedere >>.

Va, in sostanza rigorosamente applicato il principio "lex tam dixit quam voluit".

Pertanto, se nel caso delle «procedure di reclutamento» è abbastanza evidente il totale rinvio (operato dal D.lgs. n. 165/2001) alle procedure concorsuali disciplinate in buona parte dal D.P.R. n. 487/1994 (ossia un concorso pubblico per titoli ed esami o per soli esami, salvi i casi in cui sia ammesso il reclutamento attraverso le liste di collocamento) e se ben diverse sono le «procedure comparative», evidentemente consistenti in un "minus" rispetto alle prime, per cui in tal caso dovrà attuarsi una procedura "paraconcorsuale" (con valutazione dei candidati "per titoli e colloquio" o "per soli titoli"), allora la «l'indicazione dei posti che intendono ricoprire attraverso passaggio diretto di personale di altre amministrazioni, con indicazione dei requisiti da possedere » per le procedure di mobilità deve intendersi come qualcosa di ancora più ristretto, giacché, vertendosi in materia di "rapporti di lavoro già costituiti con le garanzie di cui all'art. 97 Cost." (ossia attraverso il pregresso superamento di un pubblico concorso già espletato), la norma di cui all'art. 30 D.lgs. n. 165/2001, anche alla luce dei principi in materia di accesso al pubblico impiego rinvenibili nella Sentenza C. Cost. n. 108/2011, deve essere applicata secondo

una stretta interpretazione letterale, ossia deve essere intesa come la previa indicazione di requisiti oggettivi (plausibilmente “meccanici”) che consenta al massimo una “valutazione comparativa per soli titoli” (titoli di servizio, titoli di studio, anzianità di servizio, esperienza professionale maturata, età anagrafica, carichi di famiglia, ecc.), senza che la stessa possa essere soggetta a ulteriore discrezionalità (o peggio, al mero arbitrio) nella valutazione di ciascun candidato.

Ne consegue che, in nessun caso, la “procedura di mobilità” può equipararsi (o ritenersi equiparabile) a quelle concorsuali, essendo tale procedura relativa alla copertura di un posto equivalente a quello per il quale i dipendenti che chiedono la mobilità hanno già superato la relativa procedura concorsuale e per il quale essi hanno conseguito il corrispondente status giuridico (qualifica o categoria).

Tanto premesso si INVITA –DIFFIDA a voler modificare il Bando/Bandi di mobilità escludendo il colloquio ovvero attribuendo allo stesso solo una semplice funzione conoscitiva

Quantò sopra al fine di evitare che all’esito di detti avvisi possano essere attivate apposite azioni giudiziarie con possibili annullamenti di determinazioni assunte.

Frosinone 10 dicembre 2020

IL Segretario Provinciale Fials
D'Angelo Francesco

avv. Giuseppe Tomasso