

**GESTIONE DELLE RISORSE UMANE  
STRUMENTI ED ORIENTAMENTI**



**L**a nuova rivista "Gestione delle risorse umane: orientamenti e strumenti" rappresenta un ulteriore contributo del Formez - Centro di Formazione Studi -, come Agenzia istituzionale del Dipartimento della Funzione Pubblica, a sostegno dei processi di modernizzazione della Pubblica Amministrazione. Essa si inserisce nella tradizione delle pubblicazioni "Quaderni regionali", "Quaderni Formez", ma più in particolare delle riviste "Problemi di gestione", "Problemi di Amministrazione Pubblica", "Europa e Mezzogiorno". Queste pubblicazioni hanno perseguito l'obiettivo di fornire gli strumenti interpretativi per consentire al sistema amministrativo, e in particolare alle autonomie locali, di attuare le innovazioni introdotte dalle leggi di riforma. D'altro canto, esse sono state la sede di approfondimenti che hanno spesso anticipato le riforme o hanno offerto spunti per migliorarle. In questa duplice ottica, il Formez, in coerenza con il ruolo che il d.lgs 285/99 gli assegna, ha inteso rilanciare le proprie attività editoriali, al fine di "promuovere l'innovazione amministrativa, organizzativa e tecnologica della Pubblica Amministrazione e favorire il ruolo e le competenze delle Regioni e degli enti locali". Lo sviluppo delle risorse umane è per le Amministrazioni una condizione indispensabile per il successo dei processi di innovazione. Gli spunti per modificare le modalità di gestione delle risorse umane sono molteplici con il varo della c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro e con l'attribuzione di un più incisivo ruolo datoriale alle Amministrazioni e alla loro dirigenza. Ciononostante il passaggio dalla mera amministrazione del personale alla gestione delle risorse umane non è purtroppo un dato generalizzato. Infatti, alla luce della copiosa normativa degli ultimi anni, uno dei principali impegni delle direzioni del personale sarà la sperimentazione di strumenti gestionali, la condivisione e lo scambio di esperienze, il consolidamento di expertise e metodologie finalizzate a una gestione e valorizzazione delle risorse umane coerente con una attività finalizzata al risultato. Per accompagnare le Amministrazioni in questo difficile percorso di innovazione, il Formez sta sviluppando da tempo, d'intesa con il Dipartimento, iniziative di formazione ed assistenza per lo sviluppo di strumenti di gestione delle risorse umane i cui risultati e prodotti sono consultabili sul canale tematico "Lavoro Pubblica" del sito [www.formez.it](http://www.formez.it). La rivista vuole essere un supporto per orientare la dirigenza nell'utilizzo dei più innovativi istituti introdotti dalla normativa e dalla contrattazione collettiva, alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali. Il percorso verso una effettiva privatizzazione del pubblico impiego è difficile, anche per la presenza di una prassi gestionale e una cultura amministrativa vecchie ormai di un secolo, ma la sensibilità che le Amministrazioni stanno dimostrando negli ultimi anni ci rendono più fiduciosi sulla possibilità che, anche con l'impegno del Formez e attraverso ausili come la rivista, questo obiettivo possa essere raggiunto.

Carlo Flamment  
Presidente Formez





# 1

## I SISTEMI DI PROGRESSIONE PROFESSIONALE NEI CONCORSI INTERNI



Direttore Responsabile

*Giuseppe Iannicelli*

Coordinatori Comitato Scientifico

*Carlo D'Orta e Francesco Verbaro*

Comitato Scientifico

*Caterina Cordella, Bruno Cossu, Filippo Curcuruto, Donatella De Vincentiis,  
Bartolo Gallitto, Franco Liso, Valentina Lo Storto, Sandro Mainardi,  
Antonio Martone, Paolo Matteini, Giancarlo Perone, Gian Piero Profeta,  
Massimo Salvatorelli, Luca Soda, Paolo Sordi, Valerio Talamo,  
Angelo Trovato, Vincenzo Veneziano*

Direttore Editoriale

*Anna Mura*

Coordinatori di redazione

*Donatella De Vincentiis, Vincenzo Veneziano*

Redazione

*Antonio Aurilio, Maria Branchi, Maria Elena Iaverone, Gaetana Micci,  
Massimo Raffa, Genoveffa Vitale*

Coordinamento organizzativo

*Paola Pezzuto*



*Lo sviluppo delle politiche di gestione delle risorse umane negli ultimi anni, coerentemente con gli interventi normativi intervenuti nel quadro del più generale processo di riforma della P.A., è divenuto una delle leve organizzative e gestionali più rilevanti per introdurre l'innovazione. Con la privatizzazione del pubblico impiego è cambiata non solo la disciplina del rapporto di lavoro ma è anche cambiato il concetto di organizzazione. Ciò pone la necessità di introdurre nuove tecniche di gestione delle risorse umane che, coerentemente, contribuiscano ad orientare l'azione amministrativa verso il raggiungimento degli obiettivi, utilizzando gli strumenti e le opportunità che, rispetto al passato, la normativa ed i contratti, offrono.*

*Le risorse umane rappresentano la principale ricchezza delle amministrazioni. Lo stesso termine "risorse umane" attiene ad un concetto più evoluto della prestazione di lavoro, che contempla l'insieme delle qualità, delle caratteristiche, e degli aspetti motivazionali ed emotivi, oltre che professionali, che attengono ad una nuova e complessa visione dell'organizzazione. L'obiettivo è, dunque, quello di implementare una cultura di gestione dei rapporti di lavoro che vada al di là della semplice gestione giuridico-economica della prestazione lavorativa e la consideri, invece, come strumento e fattore strategico di cambiamento e modernizzazione dell'Amministrazione.*

*Alla luce delle considerazioni esposte, l'ambizioso obiettivo che ci prefiggiamo con la nostra rivista è di affrontare, con approccio interdisciplinare, e quindi mettendo a confronto i diversi aspetti giuridico, economico, sociologico ed organizzativo, le tematiche trattate,*

*e di fornire uno strumento di supporto ed un orientamento per l'eliminazione del "deficit di competenze", da parte delle Amministrazioni, nella gestione delle risorse umane.*



8

*Al processo di trasformazione, in questa nuova ottica di gestione del "capitale umano" come patrimonio a disposizione della stessa organizzazione amministrativa, consegue la necessità di valorizzare e sviluppare i percorsi professionali.*

*Questo primo numero è dedicato ai sistemi di progressione professionale, sia verticale che orizzontale, nei concorsi interni, analizzati anche alla luce della recente giurisprudenza costituzionale ed i conseguenti problemi di compatibilità con la contrattazione, strumento di regolamentazione oramai libero da forme di eterodeterminazione.*

Giuseppe Iannicelli



# INDICE



<b>EDITORIALE</b>	13
di Carlo D'Orta	
<b>CAPITOLO 1</b>	
I nuovi sistemi di progressione professionale nel lavoro pubblico tra Corte Costituzionale e contrattazione collettiva	19
di Valerio Talamo	
<b>CAPITOLO 2</b>	
La progressione verticale	49
di Filippo Curcuruto	
<b>CAPITOLO 3</b>	
La progressione economica orizzontale	67
di Caterina Cordella	
<b>CAPITOLO 4</b>	
Le procedure di riqualificazione professionale e la Corte Costituzionale	79
di Antonio Martone	
<b>CAPITOLO 5</b>	
I rapporti tra i contratti di comparto, i contratti integrativi e la giurisprudenza costituzionale	87
di Angelo Trovato	
<b>CAPITOLO 6</b>	
Le progressioni professionali e i concorsi interni nella giurisprudenza	
il giudice ordinario di Filippo Curcuruto	107
il giudice amministrativo di Massimo Salvatorelli	127
<b>CAPITOLO 7</b>	
Il diritto al risarcimento del danno per l'adibizione a mansioni inferiori	133
di Massimo Salvatorelli e Bruno Cossu	





## EDITORIALE





Il processo di riforma che ha investito il sistema amministrativo italiano negli ultimi dieci anni ha senza dubbio puntato sull'organizzazione e sulla gestione delle risorse umane come fattori strategici dell'innovazione.

In particolare, uno dei capisaldi della riforma è stata la reintroduzione, dopo circa cento anni, del diritto privato nella organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni e nel rapporto di lavoro del personale. Abbandonato, a favore del diritto amministrativo, quando nel 1908 fu adottato il primo statuto del pubblico impiego, il diritto privato è tornato oggi a costituire uno strumento essenziale per gestire l'apparato delle amministrazioni pubbliche.

Si è trattato, per altro, di un percorso articolato e per fasi. Nel breve volgere di dieci anni, dal 1993 ad oggi, si sono succeduti numerosi interventi legislativi, che hanno integrato le scelte originarie effettuate dal decreto legislativo n. 29/1993 anche in maniera profonda, tanto che da più parti si è parlato di stagioni diverse della privatizzazione del lavoro pubblico.

Il risultato è, comunque, un sistema misto. L'assetto odierno, anche alla luce dell'ultimo intervento legislativo con la legge 145/2002, lungi dal riportare in maniera meccanica alla disciplina civilistica l'organizzazione amministrativa, rende concreta la coesistenza tra regime pubblicistico e regime privatistico. Al primo è sottoposta quella che è stata definita organizzazione "alta" o macro-organizzazione; il secondo si applica all'organizzazione "bassa" (o micro-organizzazione) e alla regolazione dei rapporti di lavoro.

Di questa demarcazione e della necessità di un'azione amministrativa che sappia coniugare obiettivi dell'uno e dell'altro livello organizzativo occorre prendere piena coscienza.

Sempre nell'ottica di attuare i principi ispiratori della riforma, particolare



attenzione occorre porre all'autonomia della dirigenza nell'utilizzazione dei fattori produttivi. Costante deve essere, negli organi di governo e negli stessi dirigenti, l'impegno a valorizzare questa autonomia: tanto più autonomi nella gestione delle risorse e responsabili per i risultati saranno i dirigenti, tanto più essi saranno indotti ad operare per il migliore raggiungimento degli obiettivi definiti dagli organi di governo o di indirizzo. In questo ambito è fondamentale lo sviluppo di una capacità di gestione delle risorse umane adeguata e coerente.

Realisticamente si deve, peraltro, riconoscere che, finora, questo scenario è rimasto in larga parte inattuato. Troppe volte, le amministrazioni hanno continuato ad operare con modalità di azione attente più alla formale (talora formalistica) applicazione delle norme che alla realizzazione sostanziale degli obiettivi.

E ciò è stato dovuto non alla insufficienza o inadeguatezza della legislazione, ma al fatto che si è fin qui rinunciato ad attivare adeguatamente tre importanti leve della riforma: il potere di indirizzo da parte degli organi di governo, un sistema efficace di controllo dei risultati, coerenti politiche di gestione delle risorse umane.

Ecco perché, dopo tante norme, spesso anche importanti e ben costruite, siamo convinti che sia necessario passare all'azione, alla sperimentazione, al consolidamento di prassi gestionali innovative e rispondenti alle esigenze di una Amministrazione che deve essere sempre più orientata ai bisogni del cittadino/impresa utente.

Proprio per accompagnare il processo di innovazione organizzativa ed amministrativa, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha, negli ultimi anni, varato progetti di assistenza/affiancamento alle Pubbliche Amministrazioni che vi erano impegnate. Si è puntato a sostenere le Amministrazioni nella sperimentazione e nel consolidamento di strumenti gestionali innovativi coerenti con lo spirito delle riforme amministrative. E si è puntato a superare le evidenti disomogeneità tra aree diverse del sistema amministrativo e del territorio attraverso lo scambio e la diffusione delle "buone pratiche", ossia attraverso il trasferimento e diffusione di esperienze gestionali significative dalle Amministrazioni che le stavano realizzando ad Amministrazioni meno avanti nell'innovazione.

Nell'ambito di queste iniziative di affiancamento può senz'altro essere utile – è in tal senso si è mosso il Dipartimento della Funzione Pubblica, con la collaborazione del Foromez – una rivista di orientamento per i dirigenti e i funzionari delle Amministrazioni impegnati nella gestione delle risorse umane. Un appuntamento monografico quadrimestrale, finalizzato all'analisi

degli strumenti gestionali più innovativi, alla valutazione del loro impatto organizzativo ed economico-finanziario, alle implicazioni dell'applicazione della disciplina civilistica nell'organizzazione del lavoro pubblico, nella sua dimensione individuale e collettiva.

Ci auguriamo che questo strumento di supporto, tradizionale ma sempre fondamentale, affiancato ai servizi di assistenza on line che il Dipartimento della Funzione Pubblica da tempo offre direttamente o attraverso il Formez, possa contribuire al definitivo sviluppo di una nuova capacità di gestione delle risorse umane nell'ambito delle Pubbliche Amministrazioni.

L'obiettivo è valorizzare le numerose professionalità e abilità presenti nelle Amministrazioni, tanto da trasformare realmente la gestione delle risorse umane in una leva – anzi, nella leva principale – del cambiamento.

Carlo D'Orta

*Capo Dipartimento Funzione Pubblica*







---

## CAPITOLO 1





I nuovi sistemi di progressione  
professionale nel lavoro pubblico  
fra Corte Costituzionale e  
contrattazione collettiva  
di Valerio Talamo\*



1. Gli artt.35, comma 1 e 52, comma 1 del d.lgs n.165 del 2001, nel testo derivante dal d.lgs n.80 del 1998<sup>1</sup>, distinguendo fra accesso all'impiego e progressione professionale, hanno inteso differenziare due diverse fasi del rapporto di pubblico impiego che, per il legislatore della "seconda privatizzazione"<sup>2</sup>, si presentano logicamente e giuridicamente diverse. In forza del nuovo assetto normativo l'accesso alle pubbliche amministrazioni avviene tramite procedure a carattere concorsuale mentre l'acquisizione della qualifica superiore può avvenire (fra l'altro) a seguito dei percorsi di sviluppo professionale definiti in sede contrattuale.

Solo nel caso dell'accesso, quindi, si esplica l'ipoteca costituzionale dell'art.97, negli altri casi, in cui si determina, più correttamente, solo una modificazione della posizione giuridica ed economica dell'impiegato, la disciplina dell'inquadramento e dei percorsi di carriera, risulta pienamente delegificata (*rectius* contrattualizzata). Detto diversamente, il principio del concorso pubblico copre solo la fase di accesso, mentre la disciplina della progressione nelle pubbliche amministrazioni può bene essere regolata in modo pattizio, fermo restando che, nei casi in cui l'avanzamento del dipendente si intreccia con il regime dell'accesso dall'esterno, quest'ultimo deve essere salvaguardato "in misura adeguata".

Il legislatore del 1998 infrangeva così un doppio dogma: quello dell'intangibilità della dotazione organica, una vera gabbia normativa radicata nella riserva costituzionale di atto unilaterale per la materia organizzativa, e quello della contrattabilità del regime della carriera. Ma sfidava anche, e abbastanza inconsapevolmente, quella giurisprudenza

---

\*Responsabile delle Relazioni Sindacali presso il Dipartimento della Funzione Pubblica.

<sup>1</sup>Il d.lgs n.80 del 1998 ha novellato il d.lgs n.29 del 1993, poi confluito nel d.lgs n.165 del 2001 che attualmente regola la materia.

<sup>2</sup>L'espressione è, naturalmente, di Massimo D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in LPA, 1998, 48 ss..



costituzionale consolidata che più volte si era premurata di ribadire il principio per cui ogni posto della dotazione organica equivale ad un “nuovo accesso” di per sé non sottraibile al pubblico concorso<sup>3</sup>. Affermazione che, pur storicizzata, facendo riferimento al regime delle qualifiche funzionali, non avrebbe tardato a riverberare i propri effetti anche sul nuovo regime “doppiamente privatizzato” introdotto dal d.lgs n.80 del 1998.

La contrattazione collettiva successiva alla modifica legislativa (quadriennio 1998-2001) ha utilizzato ampiamente la possibilità offertale dalle norme del d.lgs n.80 del 1998 ed ha costruito un nuovo ordinamento professionale, secondo un modello articolato e complesso, in cui un’ampia delega è conferita alla contrattazione di secondo livello, a sua volta liberata da lacci, laccioli e vincoli centralistici del precedente regime, nonché dall’ingerenza pervasiva della legge.

In questo scritto, dopo aver ricostruito il nuovo modello di classificazione professionale definito dalla contrattazione collettiva, si analizzeranno i principali fattori di criticità connessi all’attuazione delle nuove norme fino alle più recenti evoluzioni, per certi versi clamorose, determinate da una serie di sentenze della Corte Costituzionale che hanno ripercussioni importanti anche sugli assetti normati dai contratti collettivi. Nella parte finale, si proveranno ad ipotizzare gli scenari in corso di formazione, atteso che è imminente la nuova tornata contrattuale che dovrà necessariamente confrontarsi sia con la giurisprudenza costituzionale, sia con la prima controversa fase di messa in campo dei nuovi istituti. A tale fine si cercherà di individuare un quadro di regole minimo – ma a prova di ... Corte Costituzionale – che le amministrazioni dovrebbero rispettare per evitare gli errori ed i rischi del passato.

2. I nuovi sistemi di classificazione individuano tre o quattro aree o categorie<sup>4</sup>, nel cui ambito sono accorpate diverse posizioni retributive. Nella categoria apicale si prevede la costituzione di un’area delle posizioni organizzative per funzioni di alta qualificazione e professionalità.

Tutte le aree sono definite tramite declaratoria e tutte le mansioni ascritte al profilo di appartenenza, nonché quelle complementari o strumentali, sono esigibili, in quanto sono considerate contrattualmente fungibili. Tuttavia,

---

<sup>3</sup>Così, testualmente, la sentenza della Corte Costituzionale 4 gennaio 1999, n.1, su cui mi sia consentito il rinvio a V. Talamo, *Concorsi interni: prassi vecchie e nuove del legislatore davanti alla Corte Costituzionale. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale 4 gennaio 1999, n.1*, in GDA, n.6/1999, 536.

<sup>4</sup>La differenza è puramente terminologica: alle aree fanno riferimento i CCNL di Ministeri e Enti

mentre in alcuni comparti l'equivalenza è stabilita a livello dell'intera categoria (es. enti locali)<sup>5</sup>, in altre si verifica solamente nell'ambito della posizione retributiva<sup>6</sup>.

Con tale previsione si è inteso ovviare ad uno dei più palesi fattori di disfunzionalità del precedente regime delle qualifiche funzionali, in cui gli atti regolamentari con cui venivano fissate le funzioni di ogni profilo, agivano come altrettanti vincoli, in grado di paralizzare ogni ipotesi di *mobilità orizzontale*, in quanto, in assenza di esplicite dichiarazioni di equivalenza, le diverse mansioni della medesima qualifica risultavano inesigibili. D'altra parte, il preesistente sistema vincolava anche i percorsi di *mobilità verticale*, richiedendo ai dipendenti, per ascendere alle qualifiche superiori, l'espletamento di un concorso pubblico. Con la conseguenza ulteriore che, per reazione alle rigidità del sistema, si è fatto un uso anomalo dell'istituto delle mansioni superiori, ma in via di mero fatto, senza, ancorarlo, cioè, a quei presupposti di diritto che le norme e la giurisprudenza del Consiglio di Stato richiedevano affinché le più pregiate funzioni esercitate dessero luogo alla pretesa pecuniaria.

Il mansionismo superiore appariva tuttavia una necessità oggettiva, diretto riflesso della discrasia sussistente fra organico di diritto ed organico reale e, parallelamente, delle difficoltà di intervenire in modo diverso. In maniera analoga, per soddisfare le aspettative di carriera dei dipendenti, il principio del concorso pubblico veniva di frequente aggirato, perlopiù con provvedimenti *una tantum* (nelle forme di reinquadramenti *ex lege*), ma che determinavano, a loro volta, galleggiamenti, trascinamenti, scivoli alle posizioni superiori, ovvero veniva eluso attraverso concorsi interni e riservati, vale a dire con strumenti e provvedimenti che apparivano altrettante elaborazioni del diritto "creativo" del pubblico impiego, zona ad alto rischio clientelare e corporativo, in cui non di rado le pressioni dei dipendenti piegano l'organizzazione e forzano le costruzioni giuridiche.

Da questo secondo punto di vista, per superare le rigidità in materia di mobilità verticale, una volta liberata per via contrattuale "la leva" delle progressioni, i nuovi sistemi di classificazione hanno previsto una *tripla* tipologia di sviluppo professionale, che si esercita attraverso passaggi interni da un'area all'altra del nuovo sistema classificatorio (*progressione verticale*) ovvero nell'ambito della stessa area, fra le posizioni retributive, o verso le

pubblici non economici, di categorie parlano i CCNL Autonomie ed enti locali e Sanità.

<sup>5</sup>Nel comparto Regioni ed autonomie locali "tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria in quanto professionalmente equivalenti sono esigibili" (art.3, comma 2 CCNL 1998-2001).

<sup>6</sup>Art.13, comma 4 CCNL Ministeri: "ogni dipendente ... è tenuto a svolgere ... tutte le mansioni considerate equivalenti nel livello economico di appartenenza nonché le attività strumentali e





cosiddette posizioni *super* (*progressione orizzontale*).

Il primo tipo di progressione (passaggio fra un'area all'altra) configura una procedura selettiva che è considerata assimilabile (dalla Corte Costituzionale) ad un concorso interno; per tale motivo, da un lato la contrattazione collettiva si è dovuta autolimitare, dovendo comunque garantire una quota all' "adeguato accesso dall'esterno" (come prescritto dallo stesso art.35, comma 1 del d.lgs n.165 del 2001), dall'altro la giurisprudenza, nei casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi su procedure selettive ed insieme di concorsi pubblici, ha stabilito la prevalente competenza del giudice amministrativo<sup>7</sup>.

Il passaggio all'interno dell'area (*progressione orizzontale*), come si è detto, si *sub* articola in due diverse ipotesi di passaggio (fra le posizioni economiche e nelle cd. posizioni *super*) che si strutturano diversamente, rispettivamente, nei CCNL dei Ministeri e Enti pubblici non economici e Regioni ed enti locali e Sanità. Più precisamente, il passaggio interno fra le posizioni economiche nel comparto Ministeri e Enti pubblici non economici sembra configurare una progressione a carattere normo-retributivo, caratterizzata dall'acquisizione di un diverso *status* professionale oltre che un diverso livello retributivo. Non altrettanto avviene negli altri due comparti, in cui, data l'equivalenza fra le mansioni dell'area, il passaggio interno acquisisce solo rilievo agli effetti retributivi.

Il passaggio interno avviene a seguito di percorsi di qualificazione ed aggiornamento ed è tenuto al rispetto della dotazione organica e dei contingenti di profilo in essa previsti, ma non nei comparti Sanità ed Enti locali, in cui, come si è detto, la dotazione che si ha a riferimento è quella complessiva dell'area.

Il passaggio interno sulla posizione *super*, dov'è prevista, infine, configura uno sviluppo meramente economico i cui criteri sono definiti nel contratto integrativo, senza vincolo di contingente.

3. Descritto succintamente il modello, occorre verificarne l'attuazione. A tale fine l'analisi deve necessariamente tener presenti gli svolgimenti della contrattazione integrativa, cui la contrattazione nazionale delega la gestione dei sistemi di progressione professionale (*orizzontale*) di cui, in prima

---

complementari a quelle inerenti lo specifico profilo attribuito.". Spetta alla contrattazione collettiva stabilire l'equivalenza ai sensi dell'art.52, comma 1 del d.lgs n.165 del 2001.

<sup>7</sup>Corte Costituzionale, ordinanza 4 gennaio 2001, n.2, annotata da Gagnoli, *Concorsi "riservati" e giurisdizione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2001, 367. Più in generale sul regime della giurisdizione in materia di concorsi interni e progressioni professionali si veda A.



battuta, detta le impostazioni e l'architettura portante.

La contrattazione di secondo livello nel pubblico impiego è un fenomeno tradizionalmente poco verificabile e conoscibile. Tale caratteristica è ulteriormente accentuata dopo le riforme degli anni 1997-98, in quanto la contrattazione integrativa non è più soggetta al precedente sistema di controlli esterni e centralizzati (tranne che in poche ipotesi, che riguardano, segnatamente, i contratti integrativi di Ministero e dei grandi enti pubblici, di cui si dirà dopo). A ben vedere, la più significativa soggezione per la contrattazione integrativa, che scaturisce dall'attuale quadro legale, dovrebbe discendere da quella disposizione, contenuta ora nell'art.40, comma 3 del d.lgs n.165 del 2001, che, dal principio base dell'interdipendenza dei due livelli contrattuali, fa discendere un vincolo cogente per il contratto decentrato, di cui si assicura la coerenza al contratto nazionale attraverso la sanzione della nullità delle clausole difformi. È stato rilevato come questa disposizione sia finalizzata ad attivare un controllo diffuso in luogo dei precedenti controlli preventivi di legittimità, centralistici ed impeditivi, che nel nuovo sistema sono scomparsi<sup>8</sup>, ma si tratta di una norma la cui efficacia appare più teorica che reale, atteso che il più delle volte manca nell'ordinamento il soggetto interessato a farla valere.

Prendendo atto dell'oggettiva difficoltà di monitorare gli andamenti della contrattazione integrativa e di intervenire ogni qualvolta la stessa deroghi al regime delle competenze, soprattutto con riferimento al rispetto del vincolo di bilancio, ogni legge finanziaria, dal 1999 in poi, ha stabilito regole e contrappesi al fine di costruire nuovi e più cogenti controlli che sembrano per certi versi restaurare l'antica ingerenza centralistica sull'assetto della contrattazione di secondo livello<sup>9</sup>.

Il complesso dei controlli introdotti dalle leggi finanziarie costituisce una reazione dell'ordinamento agli sviluppi imprevisti della contrattazione integrativa. La gestione in sede decentrata dei sistemi di classificazione professionale ha, infatti, evidenziato una serie di tendenze distoniche con la *ratio* e la lettera delle norme che regolano il fenomeno:

- sia con riferimento al rispetto del vincolo di bilancio e, più in generale con riferimento alla gestione dei fondi unici di amministrazione;
- sia in relazione al sistema di relazioni sindacali, come disciplinato dalle norme di legge e di contratto, che si caratterizza per i frequenti

---

Aurilio, *Concorsi interni e riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2000, 1151.

<sup>8</sup>Viscomi, *La contrattazione integrativa*, in Carinci e M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1281, ss.

<sup>9</sup>Cfr. V. Talamo, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, in GDA, n.5, 2002, pag.571 ss.



straripamenti della contrattazione collettiva in materie estranee alla sua specifica competenza;

- sia, infine, con riferimento alla concreta gestione in sede negoziale dei sistemi di progressione professionale, che, oltre a determinare pericolose ricadute sull'organizzazione della pubblica amministrazione, hanno a volte ignorato i criteri enunciati dalla Corte Costituzionale in decenni di elaborazione giurisprudenziale in tema di pubblici concorsi.

Esaminiamo, quindi, distintamente i tre aspetti, in cui più palese appare la deviazione rispetto al quadro legale<sup>10</sup>.

3.1. Sotto il primo profilo, atteso che ogni passaggio di livello, fra le aree o all'interno della stessa area, si traduce automaticamente in un costo per l'amministrazione, destinato a diventare fisso e continuativo, la legge finanziaria per l'anno 2000 ed i contratti collettivi hanno distinto fra la spesa destinata a gravare sui bilanci degli enti (per la progressione verticale fra le aree) e quella a carico del fondo unico di amministrazione (per la progressione interna alle aree).

In questa maniera si è inteso porre un argine alle spese incontrollate. Il fondo unico, infatti, ha un ammontare predeterminato, che deriva dall'afflusso di una serie di risorse individuate dal contratto nazionale. Fra tali risorse, solo alcune hanno carattere di continuità, sono cioè "entrate" fisse, destinate a ripetersi con carattere di ciclicità, solo su queste e non anche sulle risorse variabili, è destinata a gravare la spesa per progressioni.

Nei fatti, tuttavia, l'imputazione al fondo unico di amministrazione dei costi per progressione, quale spesa per stipendi, si rivela una vera propria *finzione*, ed, in ogni caso, i costi derivanti dalla gestione dell'istituto si sono rivelati troppo alti, e comunque poco misurabili.

Sotto tale aspetto occorre preliminarmente evidenziare che, come dianzi osservato, la spesa per progressioni, anche quella per le progressioni orizzontali, è destinata a stabilizzarsi nel tempo, per cui, l'ammontare del fondo unico di amministrazione, dopo il primo anno, dovrà essere necessariamente e stabilmente decurtato delle somme occorrenti a retribuire la spesa per progressioni contrattata gli anni precedenti. Ciò determina un paradosso: il fondo unico, che riunisce tutte le somme contrattabili in sede integrativa, conterrà *ad libitum* una quota-parte destinata a non essere più

<sup>10</sup>Per alcune analisi a campione degli andamenti della contrattazione integrativa, con specifico riferimento alla gestione dei nuovi sistemi di classificazione professionale, si rinvia, principalmente, a Bordogna (a cura di), *Contrattazione collettiva e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni: un'indagine sull'esperienza del quadriennio 1998-2001*, Franco Angeli, 2002 ed al rapporto FORMEZ, *Dalla contrattazione decentrata alla contrattazione*



contrattabile, in quanto finalizzata continuativamente a remunerare le più alte retribuzioni corrisposte ai dipendenti transitati alle posizioni superiori per progressione orizzontale. Con la conseguenza che le organizzazioni sindacali, spingeranno o per un considerevole rifinanziamento del fondo unico ovvero per il trasferimento della medesima spesa ai bilanci degli enti, in modo da recuperare la piena disponibilità del fondo ai fini della successiva contrattazione<sup>11</sup>. D'altra parte, *ab inizio*, proprio questa era stata la soluzione avallata dai primi contratti integrativi stipulati dai grandi enti del Parastato (INPS, INAIL, ACI). Questi stabilivano che solo nel primo anno la spesa per progressioni orizzontali sarebbe gravata sul fondo unico di amministrazione, per gli anni successivi al primo la stessa, essendo spesa per stipendi, sarebbe transitata sui bilanci dell'ente nei ruoli di spesa fissa, reintegrando nei suoi importi complessivi il fondo di ente. Questa tesi non fu accettata dal Ministero del Tesoro e dal Dipartimento della Funzione Pubblica e, proprio per scongiurare questo esito, come ricordato, ogni legge finanziaria si è premurata di ribadire che le iniziative di attuazione del nuovo ordinamento professionale, ad eccezione dei passaggi da un'area all'altra, vanno finanziati in via esclusiva dal fondo di amministrazione (cfr l'art.19, comma 1, della legge n.488 del 1999, confermato dall'art.50, comma 1 della legge n.388 del 2000 e, successivamente, dall'art.16, comma 1 della legge n.488 del 2001. Analoghe previsioni sono contenute nel ddl di legge finanziaria per l'anno 2003). Né basta. Per controllare l'esattezza dell'adempimento, l'effettività della norma ed il rispetto del vincolo di bilancio, la stessa legge ha introdotto un controllo speciale, perché esterno e centralizzato, sui costi della contrattazione integrativa di Enti pubblici con organico superiore a 200 unità e Ministeri (art.20, comma 1), successivamente esteso agli enti ed amministrazioni pubbliche ricomprese nel campo di applicazione dell'art.70, comma 4 del d.lgs n.165 del 2001 (ex art.16, legge n.488 del 2001)<sup>12</sup> e, da ultimo (forse), anche agli enti di ricerca (una tale previsione è, infatti, contenuta nel ddl di legge finanziaria per l'anno 2003).

Da ultimo, l'art.17 della legge finanziaria per l'anno 2002 disegna un sistema di controlli esterni ed a campione sulla contrattazione integrativa, in cui, a diverso titolo, intervengono comitati di settore, Ragioneria dello Stato,

---

*integrativa*, 2001, nonché, se vuoi, a V. Talamo, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in DA, 4, 2001, 557.

<sup>11</sup>Talamo, *Contratti integrativi*, cit., 569.

<sup>12</sup>Si tratta di enti ed amministrazioni pubbliche individuate nominativamente dalla norma: ENAC, CONI; CNEL, ASI, ENEA, Unioncamere, Cassa depositi e prestiti (il CONI, a seguito del completamento processo di privatizzazione, dovrebbe essere estromesso da tale elenco).





Dipartimento della Funzione Pubblica e Governo<sup>13</sup>.

Va comunque considerato che, pur evitando l'effetto di traslazione della spesa per progressioni orizzontali sui bilanci degli enti, la circostanza che il fondo unico debba essere decurtato per gli anni a venire dei relativi importi, determina l'obliterazione di una delle strategie più importanti delle politiche pubbliche miranti al conseguimento degli obiettivi di efficienza dell'azione amministrativa, vale a dire l'adeguato finanziamento della parte accessoria della retribuzione collegata alla produttività, collettiva o individuale, secondo una pianificata programmazione degli obiettivi perseguibili. E' chiaro che tale programma, a prescindere dei controversi risultati fino ad oggi conseguiti attraverso questa politica salariale<sup>14</sup>, rischia di risultare "strozzato nella culla" per la mancanza di un sufficiente orizzonte finanziario.

Sotto il secondo versante, il costo aggiuntivo della progressione professionale, nonostante i tentativi della legge di circostanziarlo, ha assunto proporzioni significative e, per certi versi, preoccupanti. Nel solo INPS, nel biennio 1999-2000, le retribuzioni medie sarebbero incrementate del 10,14 %, mentre altre stime quantificano per ogni passaggio di livello un aumento di spesa di circa il 10% e complessivamente del 2,5% sull'intera spesa per il personale<sup>15</sup>.

**3.2** Le violazioni del sistema di relazioni collettive in materia di progressioni professionali da parte della contrattazione collettiva si avverano in circostanze diverse. Alcune volte la contrattazione integrativa viola il modello relazionale definito dalla contrattazione di comparto, che stabilisce un preciso assetto di competenze. In altri casi la contrattazione integrativa tende ad espandersi in materie sottratte alla fonte negoziale. Altre volte, infine, la violazione del quadro legale si configura piuttosto nei termini di una mancata attuazione.

Il primo caso di contravvenzione del sistema di relazioni collettive si

<sup>13</sup>Attraverso tali disposizioni, con le quali viene aggiunto al d.lgs n.165 del 2001 un art.40 bis, viene previsto: a) che i comitati di settore ed il Governo procedano a verifiche congiunte in merito alle implicazioni finanziarie complessive della contrattazione integrativa di comparto, definendo metodologie e criteri di riscontro, anche a campione, sui contratti integrativi delle singole amministrazioni; b) che gli organi di controllo interno previsti nelle singole amministrazioni inviino annualmente specifiche informazioni sui costi della contrattazione integrativa al Ministero dell'Economia e delle Finanze, che predisporre, allo scopo, uno specifico modello di rilevazione, d'intesa con la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica; c) che, nel caso in cui i controlli e le rilevazioni evidenzino costi non compatibili con i vincoli di bilancio, le relative clausole dell'accordo integrativo siano nulle di diritto.

<sup>14</sup>In realtà l'esperienza dell'incentivazione della produttività nelle pubbliche amministrazioni, quanto meno statali, si è rivelata per buona parte fallimentare. Per alcuni dati e considerazioni cfr. V. Talamo, *Contratti integrativi*, cit., 562, ss..

<sup>15</sup>Dati Ministero dell'Economia e delle Finanze e Corte dei Conti.

verifica ogni qual volta il contratto nazionale determina le materie riservate alla competenza dei vari modelli partecipativi (informazione, consultazione, concertazione), ma il contratto integrativo, forzando i limiti di materia, giunge a contattare gli istituti ad esso sottratti, in quanto sottoposti agli altri modelli partecipativi. Ulteriori e diffuse violazioni del CCNL si verificano sia quando (e la tendenza è diffusissima) i CCNI preconstituiscono anomale code contrattuali integrative, rinviando a sequenze negoziali successive la trattazione di determinati istituti trasgredendo alle regole dei contratti nazionali che impongono la trattazione di tutti gli istituti (e quindi anche di quelli rinviati) in un'unica sessione negoziale<sup>16</sup>. In altri casi, i contratti integrativi scompongono in ulteriori *sub* livelli negoziali la contrattazione di secondo grado, laddove la struttura della contrattazione è definita, senza eccezioni, dai contratti nazionali che non prevedono una tale *sub* articolazione.

In tutti questi casi, è appena il caso di rammentarlo, tali contratti dovrebbero essere nulli ai sensi dell'art.40, comma 3 del d.lgs n.165 del 2001.

Un altro tipo di scostamento, qualitativamente rilevante, si determina quando, in maniera perlopiù indiretta, la contrattazione integrativa giunge a negoziare le dotazioni organiche, materia organizzativa sottratta finanche alla contrattazione nazionale ai sensi dell'art.2, comma 1, lettera c), n.5 della legge n.421 del 1992 (cfr. l'art.6 del d.lgs n.165 del 2001, che ne riserva la definizione ad atti unilaterali pubblicistici). Alla base di questa violazione della ripartizione delle competenze fra contrattazione ed atti unilaterali non vi è solamente la naturale tendenza espansiva ed acquisitiva della contrattazione, ma la stessa dinamica sottesa all'attuazione dei nuovi percorsi di sviluppo professionale. Poiché l'attuazione dei nuovi sistemi di classificazione determina generalizzati movimenti di personale verso l'alto, essa giunge a variare la quantità di personale nelle varie aree, definita, al momento delle trattative, dalla dotazione organica vigente. Si pone quindi la necessità di rideterminare la dotazione organica in essere, per consentire la ricollocazione del personale secondo i passaggi previsti dai CCNI. Esclusa, come si è detto, la contrattabilità della materia, i CCNL si sono limitati a prevedere, in sede decentrata, una generica informazione, nonché la concertazione sull'individuazione dei contingenti di ciascuna posizione economica destinata a selezione. Orbene spesso i CCNI ricollocano il personale, non sulla base della dotazione organica storica, ma di una nuova



<sup>16</sup>Tranne che per le materie che richiedono tempi di negoziazione diversi, come avviene per la ripartizione del fondo unico di amministrazione il quale, mutando periodicamente nella sua capienza, viene contrattato anno per anno.



pianta organica che contestualmente l'amministrazione si impegna ad approvare, spesso tramite dichiarazioni congiunte allegate agli stessi contratti. Gli effetti che discendono sono di due tipi: il primo è che il CCNI non è immediatamente applicabile, ma è sottoposto alla condizione sospensiva dell'approvazione della nuova dotazione organica; il secondo, più grave, è che in questa maniera, sia pure implicitamente, viene contrattata la dotazione organica, eludendo il disposto normativo.

Non meno grave nei comparti Ministeri ed Enti pubblici, per gli effetti sulla spesa per progressioni, è la collocazione dei dipendenti nelle varie posizioni economiche dell'area. Sia per la progressione orizzontale che per quella verticale, occorre che vi sia un posto vacante nel contingente di profilo. Ma sulla base della lettera non chiara del CCNL<sup>17</sup>, la contrattazione integrativa ha interpretato questa condizione come esistenza di un posto nella dotazione dell'area e non della fascia retributivo funzionale in cui accede il dipendente a seguito del passaggio di livello. Non richiedendosi più il rispetto del contingente della singola posizione, ma solo quello della dotazione organica complessiva dell'area, si è favorito il reinquadramento nella fascia retributiva più alta della stessa area, con effetti stabili sul piano finanziario.

Tutte queste violazioni del sistema di relazioni collettive ricorrono nel caso delle *posizioni organizzative*, in cui si verifica, più propriamente, un aggiramento e la sostanziale inattuazione delle norme dettate dalla legge e dalla contrattazione nazionale.

La costituzione delle posizioni organizzative nelle pubbliche amministrazioni trova il proprio presupposto normativo nella previsione contenuta nell'art.40, comma 2 del d.lgs n.165 del 2001 che prevede la definizione, ad opera dei contratti di comparto, di un'apposita disciplina applicabile alle *“figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità, svolgono compiti di direzione, tecnico scientifici e di ricerca ovvero che comportino l'iscrizione ad albi”*.

In questa maniera, per le elevate professionalità al servizio delle amministrazioni pubbliche, si sarebbe potuta costituire un'anomala area quadri, sia pure caratterizzata da cospicui margini di peculiarità. La categoria dei quadri – prevista per il settore privato dalla legge n.190 del 1985 – nel pubblico impiego non ha trovato finora riscontro. Era, tuttavia, ovvio che, con la riconduzione delle regole del rapporto di lavoro pubblico al diritto dei privati<sup>18</sup>, il problema dell'applicabilità della legge sui quadri si ponesse in modo non differibile anche per il pubblico impiego.

<sup>17</sup>Cfr. l'art.15, comma 2 Ministeri e l'art.15, comma 6 Enti pubblici non economici.

<sup>18</sup>Ora vedi principalmente l'art.2, comma 2 del d.lgs n.165 del 2001.

L'art.40, comma 2, prevedendo per via contrattuale il riconoscimento della specifica professionalità delle figure professionali che espletano prestazioni di eccellenza nelle amministrazioni pubbliche, si sarebbe costituito quale norma speciale, sostitutiva per il pubblico impiego della disciplina generale prevista dal codice civile e dalla legge n.190 del 1985, in ragione delle peculiari condizioni organizzative e di lavoro sussistenti nelle amministrazioni pubbliche<sup>19</sup>.

La contrattazione collettiva, nazionale ed integrativa, non ha però adempiuto l'indicazione della legge, non costituendo, tranne qualche caso, tali apposite discipline. In particolare, le posizioni organizzative, previste dai contratti nazionali, non sono mai realmente decollate. In realtà, anche in questo caso la situazione va, nuovamente, adeguatamente differenziata. Nella Sanità e negli Enti locali l'istituto ha funzionato, è stato adeguatamente finanziato ed ha costituito un incentivo consapevole ed uno strumento di valorizzazione dei dipendenti. Non altrettanto può dirsi, in via generale, per il comparto Stato e gli Enti pubblici. Qui i CCNL e, soprattutto, i contratti integrativi nazionali, hanno vanificato la finalità dell'istituto: i primi non finanziandolo adeguatamente, i secondi rinviandone *sine die* l'attivazione, perlopiù attraverso la previsione di anomale code contrattuali integrative, alcune volte differendo l'attuazione dell'istituto alla ridefinizione delle dotazioni organiche, in altri casi non destinando a tale scopo quote del fondo unico di amministrazione<sup>20</sup>.

Alla base della (non) scelta dei contratti integrativi vi sono essenzialmente motivazioni di ordine finanziario. Le posizioni organizzative si risolvono in



<sup>19</sup>Conformemente a questa opinione cfr. P. Matteini, *Le amministrazioni pubbliche ed i quadri: un problema che non ha bisogno di facili semplificazioni*, in LPA, 2, 2002, 440 ss., contra, invece, Sgarbi, *La vicedirigenza, dattiloscritto*, 2002. In materia di posizioni organizzative e quadri nel lavoro pubblico si possono vedere anche F. Curcuruto, *Quadri e pubblico impiego*, in *Il contenzioso nel lavoro pubblico*, FORMEZ, 1, 2001, 41 ss., L. Soda, *Le posizioni organizzative: un caso di middle management nel lavoro pubblico*, in *Il contenzioso*, cit., FORMEZ, 1, 2001, 31 ss., nonché, V. Talamo, *Contratti integrativi*, cit. 580 ss..

<sup>20</sup>La contrattazione integrativa non ha rinunciato, tuttavia, a garantirsi la propria sfera di codeterminazione, contrattando i criteri di conferimento e revoca della posizione organizzativa ovvero la valutazione dell'incarico ai fini della corresponsione della relativa indennità, aspetti che le erano preclusi, o in quanto formanti oggetto di diretta regolamentazione ad opera della contrattazione nazionale ovvero perché rientranti nella potestà di autorganizzazione della pubblica amministrazione. È appena il caso di evidenziare come la contrattazione di tali aspetti riduca l'area gestionale della dirigenza e deformi il sistema, perché il conferimento dell'incarico è funzionale alle strategie organizzative del management e costituisce uno strumento offerto al dirigente per fidelizzare i suoi collaboratori ad obiettivi da raggiungere rispetto ai quali rimarrebbero altrimenti indifferenti. Si tratta dunque di istituti che afferiscono almeno in parte alla sfera organizzativa e che, comunque, tollerano una disciplina essenzialmente di principio ed a carattere generale come quella che può essere definita in sede di CCNL (così anche L. Soda, op. cit.). La sensazione, per questi contratti, è che le parti sociali si siano premurate di garantire la propria sfera di ingerenza senza, tuttavia, attivare un istituto a cui sono poco interessate.



un costo che grava sul fondo di amministrazione, in quanto nei contratti di comparto le norme prevedono, fra i vincoli di destinazione del fondo unico, la finalizzazione dello stesso fondo al finanziamento delle posizioni organizzative<sup>21</sup>. La scelta dei CCNI è stata, tuttavia, quella di finanziare attraverso le risorse del fondo, perlopiù, il sistema delle progressioni orizzontali (passaggi di tipo economico interni all'area).

Le scelte della contrattazione collettiva in tema di posizioni organizzative comportano una serie di conseguenze. Innanzitutto, la mancata valorizzazione delle alte professionalità nelle pubbliche amministrazioni accresce i conflitti organizzativi all'interno della stessa amministrazione fra il personale giovane, e spesso con titoli di studio elevati, e quello "storico". Il primo risulta penalizzato dal doppio attrito determinato, da un lato, dalla scarsa valenza premiale delle politiche di incentivazione sostenute dalle pubbliche amministrazioni, dall'altro dalla concreta attuazione dei nuovi sistemi di classificazione del personale. Sotto il primo versante, la prassi di distribuire la retribuzione premiale "a pioggia" determina appiattimenti e disincentiva le prestazioni di eccellenza; sotto il secondo, i dipendenti apicali sono stati sottratti dai benefici del nuovo sistema, giacché, agendo sotto la soglia della dirigenza, non possono trarre profitto da questo sistema di progressione se non in misura marginale. Questi fattori critici, che si traducono nella frustrazione delle aspettative di valorizzazione professionale e retributiva di tale categoria di personale, si accompagnano alla pronunciata tendenza dei CCNI a favorire il reinquadramento dei livelli inferiori, anche in deroga ai titoli di studio, verso posizioni professionali più elevate. Quindi non solo i funzionari direttivi sono sostanzialmente esclusi dal sistema di progressione professionale, ma sono spesso, e "in deroga ai titoli di studio", raggiunti e scavalcati "per saltum" da dipendenti inquadrati in posizioni gerarchicamente subordinate a seguito dei processi di riqualificazione in base a criteri di selezione irragionevolmente basati sull'anzianità di servizio. Tali reinquadramenti, si presentano il più delle volte generalizzati e antimeritocratici, sottolineando, per altri versi, il disinteresse dell'amministrazione alla valorizzazione dei dipendenti dotati di titoli e professionalità.

Occorre, fra l'altro, evidenziare come tale valorizzazione risponda in realtà ad un'esigenza che dovrebbe essere propria dell'amministrazione prima ancora che del personale interessato. Detto diversamente, la costituzione delle posizioni organizzative non costituiva solo un fisiologico sbocco per le aspettative di miglioramento professionale e retributivo dei funzionari

<sup>21</sup>Si vedano, ad es., l'art.32 del CCNL Ministeri o l'art.17, comma 2 lett.c) del CCNL Enti locali.

direttivi, ma era, altresì, preposto a garantire il processo di innovazione dell'amministrazione nell'ambito del quale il tradizionale lavoro amministrativo si è definitivamente evoluto in relazione alla riduzione dell'attività autoritativa ed alla tendenziale compressione degli spazi dell'amministrazione politica. In questo contesto, i funzionari direttivi sono destinati sempre più ad esercitare un ruolo diverso rispetto a quello, tradizionale, di anello della catena gerarchica, funzionale alla trasmissione di ordini e informazioni. Essi esercitano, invece, in misura sempre maggiore rispetto al passato, attività qualificate di studio, consulenza, spesso in posizione di *staff*, in modo autonomo e discrezionale, e dovrebbero costituire il vero capitale critico ed intellettuale dell'amministrazione, funzionale al successo delle missioni istituzionali. La frustrazione e la demotivazione di tale categoria di personale ridonda quindi direttamente sui rendimenti delle pubbliche amministrazioni e, in ultimo, deforma il sistema. Questo, dopo le ultime riforme della dirigenza pubblica, caratterizzate dall'attribuzione di un regime di responsabilità di risultato particolarmente rigoroso, dovrebbe recepire un'istanza di collegamento funzionale fra la stessa dirigenza ed i funzionari direttivi. Invece, nel sistema attuale, sussiste una sorta di sconnessione fra le due categorie di personale, che si interfacciano solo in virtù della tradizionale catena gerarchica, che, come si è detto appare anacronistica rispetto ai processi organizzativi in corso. La conseguenza a questo ordine di cose è che i funzionari direttivi sono sostanzialmente indifferenti rispetto agli obiettivi che il dirigente si impegna a conseguire e che costituiscono oggetto della sua obbligazione di risultato, né lo stesso dirigente possiede gli strumenti per fidelizzare i propri funzionari a tali obiettivi.

Le reazioni a questo stato di cose sono state, a loro volta, di due tipi: la prima di tipo soggettivo, determinata direttamente dallo stesso personale, la seconda di tipo ordinamentale e politico.

Il disagio del personale ha determinato *in primis* un diffuso contenzioso per il riconoscimento della categoria del quadro nel pubblico impiego.

Dopo una prima fase, in cui i giudici hanno dubitato della configurabilità della categoria dei quadri nel lavoro pubblico, più recentemente le Corti sembrano più propense a riconoscere la diretta applicabilità della figura, anche a prescindere dall'intermediazione contrattuale<sup>22</sup>. Più volte, infatti, le parti negoziali, interpellate dai giudici nell'ambito della speciale procedura per l'accertamento pregiudiziale ex art.64 del d.lgs n.165 del 2001, hanno



<sup>22</sup>Tribunale di Lodi, sent. 24 ottobre 2002.





dichiarato di non aver voluto costituire – attraverso le previsioni contrattuali sulle posizioni organizzative – la categoria dei quadri nelle pubbliche amministrazioni<sup>23</sup>.

In questa maniera il giudice privato, alle prese con il problema della diretta configurabilità della categoria dei quadri nelle pubbliche amministrazioni sembra pervenire a soluzioni analoghe a quelle del settore privato, in cui la Corte di Cassazione in una prima fase aveva ritenuto necessario l'intermediazione di un contratto collettivo<sup>24</sup> mentre, successivamente, ha stabilito un vero e proprio “diritto alla categoria di quadro”, anche in assenza di indicazioni della contrattazione collettiva<sup>25</sup>.

Il disagio dei funzionari direttivi ha infine trovato un'eco significativa in sede parlamentare con la previsione per legge della categoria della vicedirigenza che sembra presentare tutte le caratteristiche di quella dei quadri di cui alla legge 195 ed all'art.2095 (cfr. gli artt. 7, comma 3 e 10, comma 3 della legge n.145 del 2002)<sup>26</sup>.

<sup>23</sup>Cfr., innanzitutto, i Tribunali di Campobasso (ord. 31 ottobre 2000) e di Treviso (ord. 10 novembre 2000), che, chiamati a pronunciarsi con riferimento alle fattispecie dei contratti collettivi che disciplinano le posizioni organizzative (dei Ministeri e degli Enti locali) ed a decidere se tali norme siano sufficienti a costituire la categoria dei quadri per il lavoro pubblico, considerate la serialità, la rilevanza e la pregiudizialità della questione, hanno rimesso all'ARAN ed alle Oo.Ss. firmatarie del relativo CCNL, ai sensi dell'art.64 del d.lgs n.165 del 2001, la questione relativa alla configurabilità nell'ambito del comparto Enti locali e dei Ministeri della categoria dei quadri. In sede di interpretazione autentica, l'ARAN e le Oo.Ss. sottoscrittrici dei due CCNL hanno chiarito i propri intenti negoziali, precisando che con le disposizioni sulle posizioni organizzative non avevano inteso riconoscere la categoria dei quadri. A seguito di tale dichiarazione contrattuale mentre il giudice di Campobasso si è limitato a prendere atto della decisione delle parti (sentenza n.205 del 2002), il giudice di Treviso, con l'ordinanza del 29 ottobre 2001, ha rimesso la questione dell'art. 64 del d.lgs n.165 del 2001 alla Corte costituzionale, ipotizzando nella specie una violazione dell'art.24 Cost. (in quanto la norma di cui si dubita priverebbe il giudice del potere di “misurare” la validità di una previsione contrattuale con i principi dell'ordinamento) e dell'art.39 Cost. (nella parte in cui la stessa norma, attraverso il rinvio al contratto di interpretazione autentica, permette alle Oo.Ss. di disporre retroattivamente dei diritti delle parti di un rapporto di lavoro, impedendo che le stesse possano farli valere in giudizio). Per un indirizzo diverso rispetto a quello affacciato attraverso le due ordinanze in precedenza citate, si veda Tribunale di Trieste, ord. 13-27 luglio 2000, con la quale si è ritenuto che la legge n.190 non si applichi alle pubbliche amministrazioni, in cui i rapporti di lavoro “seppure privatizzati sono caratterizzati da una dimensione professionale ove, di fatto, il solo tipo di prestazione concretamente resa risulta essere quella impiegatizia ed anche se si ritenesse (la legge n.190 del 1985) applicabile al pubblico impiego spetta alla contrattazione collettiva determinare il tema, essendo precluso al giudice di merito esplicitare ogni intervento integrativo trattandosi di un'indebita ingerenza”. Cfr., infine, il Tribunale di Milano, che, con l'ordinanza del 24 maggio 2002, ha rimesso nuovamente l'interpretazione autentica di un contratto collettivo all'ARAN, in relazione alla configurabilità nel comparto scuola della categoria di quadro, con riferimento specifico ai profili professionali di responsabile amministrativo e di direttore dei servizi generali ed amministrativi.

<sup>24</sup>Cass. 9 luglio 1987, n.6006.

<sup>25</sup>Cass, 27 febbraio 1995, n.2246 e Cass, 12 gennaio 1999, n.275.

<sup>26</sup>Sgarbi, op cit.



3.3. Uno degli aspetti più importanti dell'attuazione dei nuovi sistemi di classificazione professionale riguarda i profili di contrasto con i principi desumibili dalla consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di concorsi pubblici.

I contratti integrativi presentano alcune caratteristiche comuni, in parte già evidenziate:

- in primo luogo le progressioni sono spesso scarsamente selettive e non di rado si risolvono in automatiche promozioni di massa<sup>27</sup>;
- appare evidente la propensione a considerare l'esperienza professionale come anzianità di servizio e ad attribuirle un valore preponderante, nonostante tale elemento presenti carattere automatico, e, contestualmente, a sottovalutare i titoli culturali e professionali<sup>28</sup>;
- viene, inoltre, consentito il cd. *doppio passaggio*, vale a dire il reinquadramento mediante progressione interna alla posizione due volte superiore a quella di appartenenza<sup>29</sup>.

I più delicati problemi sono tuttavia determinati dal rapporto sussistente fra i sistemi di classificazione del personale ed il principio costituzionale del



<sup>27</sup>In conseguenza della scarsa selettività delle progressioni si determina un incremento quantitativo del personale nelle aree e nelle posizioni più elevate. La dotazione organica viene, di conseguenza, ad assumere la caratteristica forma del "fungo" o della "piramide rovesciata", con una duplice conseguenza negativa. In primo luogo tale disegno organizzativo è disfunzionale, in quanto prescinde dall'organizzazione del lavoro ed è calibrata sulle persone e non sulle funzioni; inoltre esso, poiché ingolfa le posizioni più alte con personale interno, le preclude al personale esterno. Per cui, tranne le qualifiche più basse, e quindi meno appetibili, nell'amministrazione si fa carriera solo dall'interno, sulla base dell'attivazione periodica di questi "ascensori" automatici, poiché la progressione non è selettiva, mentre per i posti per i quali è consentito l'accesso dall'esterno richiedono l'espletamento di concorsi e non è dato conoscere se questi saranno mai espletati.

<sup>28</sup>Sotto l'aspetto della valorizzazione dell'anzianità di servizio a discapito del requisito culturale, la deroga ai titoli di studio per la progressione interna si coniuga con il peso abnorme conferito all'anzianità di servizio, considerata fungibile rispetto ai titoli di studio.

<sup>29</sup>Con riferimento a quest'ultima problematica, i contratti integrativi scontano sicuramente la poca chiarezza delle norme. A tale proposito, mentre una norma di una legge (l'articolo 11 del d.lgs. 30 luglio 1999, n.287), ha previsto che la riqualificazione del personale in servizio presso le amministrazioni interessate ai processi di riordino di cui alla legge n.59 del 1997, avvenga permettendo il reinquadramento del personale solo in quanto lo stesso sia iscritto alla posizione immediatamente inferiore, i CCNL di Ministeri ed Enti pubblici non economici non escludono la possibilità del doppio passaggio. Essi si limitano ad assicurare ai dipendenti appartenenti alla posizione economica immediatamente inferiore a quella per cui si concorre solo una priorità di inquadramento, considerando elemento decisivo la posizione economica di provenienza, ma, nel contempo ammettono alla riqualificazione solamente i dipendenti in possesso di un'adeguata anzianità di servizio, cosicché tale requisito torna ad assumere un ruolo decisivo nel processo di riclassificazione del personale. La norma legislativa, più rigorosa e quella contrattuale più permissiva, quindi, impattano fra loro, e, nella loro concorrenza, i contratti integrativi hanno optato per quella contrattuale più favorevole. In particolare, la norma di legge, facendo riferimento al processo di riordino delle amministrazioni, è stata interpretata come applicabile una tantum nell'occasione dell'attuazione dei processi di ristrutturazione funzionale-organizzativa previsti dalla legge n.59.



concorso pubblico. I CCNL generalmente aprono agli esterni solo per l'accesso alle posizioni economiche iniziali delle singole aree, stabiliscono una riserva totale a favore del personale dipendente su talune posizioni e per quelle di scivolo retributivo, consentono l'accesso dall'esterno per tutta l'area intermedia solo ove la selezione interna abbia avuto esito negativo, ovvero manchino del tutto le professionalità da selezionare.

L' "adeguato accesso dall'esterno", cui fa riferimento l'art.35, comma 1 del d.lgs n.165 del 2001, è stato definito in via convenzionale nella percentuale del 30%, calcolata sul contingente dei posti avviati a selezione<sup>30</sup>. Tuttavia, da un lato, l'accesso dall'esterno è stato garantito solo con riferimento ai passaggi fra un'area all'altra e non a quelli interni all'area; dall'altro, anche questa ipotesi non risulta sempre rispettata dai CCNL<sup>31</sup>.

Chi scrive, interrogandosi in altra data sulla compatibilità degli assetti definiti dalla contrattazione integrativa con i principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di concorsi pubblici, aveva fortemente dubitato che i nuovi sistemi di classificazione avrebbero passato indenni un eventuale giudizio di costituzionalità<sup>32</sup>. Tale affermazione derivava dalla considerazione che la Corte, pur pronunciandosi in rapporto ad un assetto profondamente diverso dall'attuale (in quanto ancora basato sulle qualifiche funzionali), aveva, in ogni caso, dettato principi generali capaci di implicazioni anche nei confronti del nuovo sistema. Né, d'altra parte, poteva essere d'ostacolo la circostanza che la Corte Costituzionale si pronuncia su leggi o atti aventi forza di legge mentre il nuovo sistema è disciplinato da contratti collettivi. Sarebbe infatti paradossale che ciò che è inibito ad una legge sia per altro verso consentito alle parti sociali<sup>33</sup>.

In particolare, dalla pluricitata sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del

<sup>30</sup>Tale percentuale è stata quantificata per riparare alle conseguenze della sentenza n.1 del 1999, di seguito più volte citata, con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità di concorsi riservati ai dipendenti presso il Ministero delle finanze per la totalità dei posti disponibili e messi a concorso. Per un commento alla sentenza, anche per i riferimenti giurisprudenziali ivi contenuti, cfr. Talamo, *Concorsi interni*, cit., 536. Successivamente, in sede di valutazione delle leggi regionali che disciplinano concorsi con riserva di posti agli interni, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha ritenuto che il principio enunciato dalla Corte costituzionale fosse rispettato allorché almeno il 50% dei posti fosse riservato a candidati esterni.

<sup>31</sup>Solo quale esempio si possono vedere il punto 1 dell'Accordo stralcio del Ministero del commercio estero sottoscritto il 17-12-1999; l'art.7 CCNI 1998-2001 del Ministero della sanità; il CCNI 1998-2001 INPS (sezione III - sviluppo professionale e la tabella I); il CCNI 1998-2001 dell'INAIL; il CCNI 1998-2001 del Ministero degli affari esteri (che prevede l'accesso alla categoria C2 di ben 375 unità di personale in forza di passaggi interni e di sole 35 unità a seguito di nuove assunzioni).

<sup>32</sup>Cfr., nuovamente, V. Talamo, *Contrattazione integrativa*, cit., 588, ss e ibidem, *Concorsi interni*, cit..

<sup>33</sup>Cfr. Tribunale di Salerno, sez. lavoro, ord. n.4084 del 17 luglio 2001.

1999, praticamente coeva alla definizione delle nuove norme in tema di classificazione, potevano estrapolarsi una serie di principi, applicabili direttamente, e senza ulteriori mediazioni, agli assetti definiti dai nuovi sistemi di classificazione. Nell'occasione la Corte aveva, infatti, ribadito:

- 1) che l'accesso ad una fascia funzionale superiore non può essere sottratto al principio del pubblico concorso, costituendo comunque un nuovo accesso e, quindi, una forma di reclutamento e che, anche le promozioni, e non solo l'accesso alle pubbliche amministrazioni, soggiacciono al principio del concorso pubblico;
- 2) che viola il buon andamento una procedura che dissimuli un generale scivolamento verso l'alto di tutto il personale;
- 3) che è contraria al principio di ragionevolezza una procedura di reinquadramento che valorizzi in maniera ingiustificata l'anzianità di servizio;
- 4) che è contraria al buon andamento, ma anche al principio di uguaglianza, la deroga al titolo di studio prescritto per l'accesso dall'esterno, nelle ipotesi di concorso interno per l'accesso al posto superiore;
- 5) che è analogamente irragionevole una selezione talmente generica da porre legittimi dubbi circa l'idoneità della verifica ai fini dell'accertamento della formazione professionale richiesta per la qualifica messa a concorso;
- 6) che è illegittimo l'accesso al posto messo a concorso anche per appartenenti alla qualifica non immediatamente inferiore.

Si trattava, a mio avviso, di vere e proprie mine collocate sulla strada della contrattazione dei nuovi sistemi di progressione professionale.

Le parti negoziali hanno tuttavia ignorato il messaggio scaturente dalla sentenza citata, che è, si ripete, espressione di una giurisprudenza largamente consolidata, forse sopravvalutando il dato che tale sentenza faceva riferimento al diverso sistema delle qualifiche funzionali. I nuovi sistemi di classificazione professionale, quanto meno per i Ministeri e gli Enti pubblici, riproducono, infatti, puntualmente tutte le soluzioni censurate dalla Corte (*violazione del concorso pubblico, non riservando adeguate quote per l'accesso dall'esterno e comunque limitando lo stesso solo ad alcune posizioni; reinquadramenti di massa; sopravvalutazione del requisito dell'anzianità di servizio; deroga ai titoli di studio; sostanziale inidoneità delle selezioni ai fini dell'accertamento della formazione professionale richiesta per la qualifica messa a concorso; doppio e, a volte, triplo salto*).

In particolare, anche se nel nuovo sistema non esistono più qualifiche funzionali, sicuramente si possono identificare dei posti non sottraibili





all'accesso dall'esterno, che, in un certo senso, corrispondono alle vecchie qualifiche funzionali. Più precisamente, in alcuni comparti la "qualifica funzionale" sembra pienamente coincidente con l'area o la categoria, perché all'interno della stessa le posizioni orizzontali si configurano come posizioni meramente retributive. In queste ipotesi, il movimento di personale interno all'area non costituisce acquisizione di una diversa posizione professionale, ma realizza solo una modificazione dello stato economico alla quale non dovrebbe corrispondere un posto nel senso ipotizzato dalla sentenza della Corte, ma uno scatto retributivo che matura a determinate condizioni. La stessa situazione non sembra verificarsi, invece, in altri comparti (Ministeri o Enti Pubblici), in cui ogni posizione possiede una propria declaratoria cui corrisponde un corredo di mansioni ed una diversa professionalità: qui ogni passaggio ha effetti giuridici ed economici. In questi casi, a stare alla sentenza della Corte, sarebbe illegittima la progressione interna che inibisse o, comunque, che non consentisse l'adeguato accesso dall'esterno.

Non devono quindi stupire le ulteriori prese di posizione della Corte Costituzionale che, con tre recentissime sentenze (9 maggio 2002, n.194; 29 maggio 2002, n.218; 23 luglio 2002, n.373), ha, nei fatti, (ri)costruito un vero e proprio argine contro le consuete prassi della legislazione in tema di concorsi interni, ora "esportate" dalla contrattazione collettiva nell'ambito dei sistemi di progressioni di carriera.

Con la prima di queste sentenze (la n.194 del 2002), la Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta sulla questione delle procedure di riqualificazione per il personale dell'ex Ministero delle Finanze, per dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art.3, commi 205, 206 e 207 della legge n.549 del 1995, come modificati dalla legge n.133 del 1999, per violazione degli artt.3, 51 e 97 della Costituzione<sup>34</sup>.

Ancora una volta la Corte ha ribadito:

- che il *principio del pubblico* concorso deve trovare applicazione anche nel passaggio ad una *fascia funzionale superiore*, in quanto tale passaggio comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate, mentre sono da considerarsi contrari ai principi costituzionali i concorsi interni;
- che le *limitazioni dei soggetti legittimati a partecipare ai concorsi pubblici* sono ragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano

---

<sup>34</sup>I commi 205, 206 e 207 dell'art.3 della legge n.549 del 1995, come sostituiti dall'art.6 del decreto legge n.669 del 1996, erano stati già colpiti dalla dichiarazione di incostituzionalità della sentenza n.1 del 1999. Successivamente l'art.2 della legge n.133 del 1999 era intervenuto nuovamente a disciplinare la materia, colmando la lacuna provocata dalla sentenza costituzionale.

giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione;

- che non può essere attribuito un valore determinante al *criterio dell'anzianità* nell'ambito delle procedure concorsuali per l'accesso a fasce funzionali superiori, a maggior ragione ove lo stesso non sia accompagnato dalla previsione di prove selettive idonee a consentire una seria verifica della professionalità richiesta.

Indirettamente, inoltre, la Corte ha censurato anche la prassi del doppio salto<sup>35</sup>.

Il primo problema che si è posto per gli interpreti, successivamente alle citate pronunce, ha riguardato la ricaduta della pronuncia rispetto agli assetti in essere. In effetti, la dichiarazione di incostituzionalità, riferendosi nuovamente alla particolare procedura di riqualificazione prevista in via sperimentale per l'ex Ministero delle Finanze riguarda direttamente soltanto il personale dell'attuale Ministero dell'Economia e delle Finanze (Dipartimento per le politiche fiscali e Agenzie fiscali)<sup>36</sup>. Ma la sentenza ha sicuramente un'incidenza giuridica, sebbene indiretta, anche in relazione ai sistemi di classificazione definiti dalla contrattazione collettiva. In particolare, pare da verificare proprio la "resistenza" dei contratti integrativi del comparto Ministeri rispetto ad un eventuale contenzioso davanti al giudice ordinario, che potrebbe individuare profili di contrasto con i principi desumibili dalla citata sentenza.

Il quadro di regole definito dai contratti integrativi è divenuto, dunque,

<sup>35</sup>Cfr. il punto 3.1 ove si legge che "...sebbene (la legge n.133) abbia escluso la previsione di una progressione per saltum, prima prevista per una delle qualifiche, risulta ancora attribuita al criterio dell'anzianità una funzione già censurata nella sentenza n. 1 del 1999, in quanto "del tutto abnorme". Le altre due sentenze riguardano questioni e situazioni specifiche. Con la sentenza n.218 del 2002 la Corte, ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa (art.12, comma 1, legge n.140 del 1999) che, in deroga al principio del concorso pubblico, consentiva una sorta di inquadramento automatico (a semplice domanda degli interessati), nella qualifica dirigenziale dei dipendenti delle Camere di commercio in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legge 23 settembre 1994, n.547, i quali, alla data del 12 luglio 1982, rivestivano la qualifica di capo servizio. Anche in questo caso la Corte ha ribadito il divieto di disporre il passaggio a fasce funzionali superiori, in deroga alla regola del pubblico concorso (senza prevedere una selezione o verifiche attitudinali adatte a garantire l'accertamento dell'idoneità dei candidati in relazioni ai posti da ricoprire). La norma censurata, invece, realizzava una sorta di automatico e generalizzato scivolamento verso l'alto del personale, fra l'altro in assenza di posti vacanti in dotazione organica. Con la successiva sentenza 23 luglio 2002, n.373, la Corte ha giudicato illegittime la disposizioni di due leggi della Regione Puglia (artt.32, comma 1 della legge n.7 del 1997 e 39, della legge n.26 del 1984), che, nella parte in cui riservavano la copertura della totalità dei posti messi a concorso a personale interno, si ponevano in chiaro contrasto con l'art.97 Cost. Anche ove si prevedano concorsi completamente riservati agli interni, infatti, si verifica una violazione del principio del concorso pubblico.

<sup>36</sup>Dovrebbe tuttavia essere coinvolto anche il personale del Ministero della Difesa, le cui riqualificazioni sono disciplinate dal decreto legislativo n.265 del 1997, che applica e richiama espressamente le procedure previste per il Ministero delle Finanze dichiarate incostituzionali.





obiettivamente instabile. Esso è fra l'altro particolarmente differenziato, sia con riferimento all'eterogeneità delle situazioni regolate, sia con riferimento ad eventuali profili di contrasto degli stessi contratti con i principi derivanti dai principi contenuti nella sentenza della Corte Costituzionale, sia con riferimento, infine, all'iter di attuazione dei contratti medesimi, che solo in alcuni casi si è completato<sup>37</sup>.

Per sanare gli eventuali profili di illegittimità sarebbe stato necessario, quantomeno in alcuni casi, la riapertura delle trattative relativamente ai contratti integrativi conclusi, al fine di adeguarli ai precetti della Corte Costituzionale. Ma il più delle volte le organizzazioni sindacali si sono mostrate contrarie a questa soluzione, considerando i contratti integrativi ormai perfezionati e pienamente efficaci, e, analogamente, non hanno consentito l'attivazione della particolare procedura di cui all'art.49 del d.lgs n.165 del 2001, per un'interpretazione autentica dei contratti integrativi conforme alla sentenza della Corte Costituzionale, che, avendo effetto retroattivo, avrebbe potuto avere un effetto di "regolarizzazione" degli stessi.

Non sembra, invece, possibile l'esercizio di un potere di autotutela da parte delle singole amministrazioni, ai sensi dell'articolo 14, comma 3 ultimo periodo del d. lgs. n.165 del 2001, in quanto il vizio ipotetico concerne un atto di natura negoziale, pertanto non suscettibile di essere travolto dalla pubblica amministrazione tramite un atto unilaterale. La scelta, perlopiù generalizzata, è stata in definitiva quella di dare esecuzione ai contratti integrativi, attendendo l'esito di eventuali contenziosi, con il proseguimento dei percorsi di riqualificazioni in atto, l'avvio di quelli ancora non iniziati e la stipula dei contratti individuali con i soggetti vincitori dei corsi di riqualificazione<sup>38</sup>.

Si è quindi accettata, quasi come dato acquisito e ineluttabile, l'intrinseca precarietà delle situazioni giuridiche create dai contratti collettivi, che sono *sub iudice*, e, dunque, naturalmente instabili<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup>Occorre cioè distinguere fra le situazioni maturate in cui gli effetti si sono già determinati e quelle in cui le situazioni sono in itinere.

<sup>38</sup>Resta, ad avviso di chi scrive, il rischio di incorrere in responsabilità da parte dei soggetti che, nelle rispettive amministrazioni, sono competenti alla stipula dei contratti con i singoli dipendenti.

<sup>39</sup>In alcuni casi le singole amministrazioni hanno richiesto un parere all'Avvocatura dello Stato in funzione di organo di alta consulenza sulla legittimità dei contratti integrativi sulle progressioni professionali. Si è infine fatta strada in alcuni settori della maggioranza governativa l'intenzione di addivenire ad un intervento legislativo atto a "sanare" le procedure di qualificazioni già espletate. Tale soluzione oltre a comportare in ogni caso un rischio di invasione in materie demandate alla contrattazione collettiva, non esclude il rischio di ulteriori interventi della Corte Costituzionale.

4. La nuova tornata contrattuale nasce, quindi, con una doppia ipotesi: da un lato le ripercussioni delle sentenze della Corte Costituzionale, che pesano sugli assetti determinati nel precedente quadriennio, dall'altro l'esperienza, quantomeno contraddittoria, del primo periodo di gestione dell'istituto.

I primi atti di indirizzo per la contrattazione collettiva del quadriennio 2002-2005, in effetti, si assumono tutte responsabilità che il caso richiede, richiamando puntualmente la nuova contrattazione collettiva al rispetto puntuale dei principi della sentenza della Corte Costituzionale (principalmente il congruo accesso dall'esterno per ogni qualifica; la non prevalenza del criterio dell'anzianità per le progressioni; l'esclusione di progressioni "per saltum"; l'idoneità delle prove selettive ai fini di una reale verifica dei requisiti attitudinali allo svolgimento delle mansioni più elevate). Ma non si fermano qui, ipotizzando nuovi sistemi di classificazione articolati diversamente rispetto al passato.

La cosiddetta "direttiva madre"<sup>40</sup>, valida per tutti i comparti di contrattazione e propedeutica alla contrattazione collettiva per il quadriennio 2002-2005, dopo aver ribadito la necessità di riarticolare le politiche d'incentivazione del personale connesse alla produttività attraverso l'adeguata valorizzazione del merito professionale in relazione al conseguimento di obiettivi di efficienza e sulla base di criteri di tipo soggettivo e meritocratico, che disincentivino la tendenza alla distribuzione delle risorse indiscriminata e generalizzata, dedica un intero paragrafo ai nuovi ordinamenti professionali. Dichiara in premessa che i percorsi di carriera sono subordinati alla professionalità acquisita ed alla produttività. Recepisce, poi, puntualmente le indicazioni della sentenza della Corte Costituzionale n.194 del 2002, che viene ampiamente citata.

Principalmente, si sottolinea la necessità che l'anzianità di servizio non si risolva "nel parametro determinante per le progressioni". Tale "pericolo" dovrebbe essere evitato attraverso l'opportuna valorizzazione, agli effetti delle progressioni, della professionalità e del merito dei dipendenti, individuati attraverso parametri oggettivi (maggiori attribuzioni di ruolo, partecipazione a corsi di formazione, possesso di titoli di studio ed esercizio di mansioni superiori, esperienze lavorative qualificate di particolare rilievo, quanto ad autonomia, responsabilità e durata).

Con riferimento ai criteri di selezione, si invita l'ARAN a circostanziare i contenuti delle valutazioni, evitando la "genericità dei contenuti della prova scritta di ammissione al corso di riqualificazione". La preoccupazione sul



<sup>40</sup>Documento sulle linee generali e sulle priorità dei rinnovi contrattuali, approvato dall'Organismo di coordinamento dei Comitati di settore in data 12 maggio 2002.





punto è quella che la progressione non assuma il particolare carattere di selettività richiesto dalla Corte, che aveva censurato i concorsi del Ministero delle Finanze in quanto determinanti “*un generale scivolamento di tutto il personale verso l'alto*”. Alla stessa finalità è preordinato il principio per cui la progressione dovrà coinvolgere percentuali predeterminate di personale.

Si ribadisce, inoltre, la necessità di salvaguardare l'accesso dall'esterno nell'ambito dei posti disponibili a livello di singola posizione messa a concorso. L'intento qui è quello di evitare che, attraverso la riserva agli interni, la progressione verticale si trasformi da “*concorso pubblico con riserva dei posti a concorso interno totalmente riservato*”, non conforme a Costituzione.

Si esclude, inoltre, la possibilità di “doppi salti” di livello e di ogni forma di automatismo contrattuale ai fini delle progressioni professionali, nell'ottica della valorizzazione della professionalità e della meritocrazia nonché dell'effettiva selettività dei procedimenti di sviluppo di carriera.

L'atto di indirizzo si preoccupa anche di “blindare” dalle intrusioni esterne la determinazione delle dotazioni organiche, direttamente o indirettamente contrattata in violazione delle norme di legge e, più in generale, di assicurare la tenuta del sistema di relazioni collettive con riferimento alla “*confusione fra le materie oggetto, distintamente, di partecipazione sindacale e materie oggetto di contrattazione integrativa*”. Nella stessa direzione, la “direttiva madre” richiama la contrattazione integrativa a non derogare alle indicazioni del contratto nazionale, attesa l'interdipendenza ed il rapporto vincolato intercorrente tra i due livelli contrattuali.

Infine, per ciò che riguarda gli aspetti finanziari, si ipotizza l'applicazione generalizzata (a tutti i comparti di contrattazione) delle norme che fanno gravare gli oneri relativi ai passaggi all'interno delle aree sui fondi unici di amministrazione, e, comunque, sulle risorse destinate alla contrattazione integrativa. In particolare, si suggerisce alla contrattazione nazionale di prevedere l'istituzione di un fondo separato per le progressioni economiche e si vincola la stessa a definire un tetto alla destinazione delle risorse per i passaggi connessi alla progressione, onde evitare che questi ultimi assorbano quote rilevanti dei fondi a discapito delle risorse che dovrebbero essere destinate alla produttività del personale.

L'atto, tuttavia, si esime dall'intervenire direttamente sulla struttura della classificazione professionale (limitandosi, come si è visto, a ribadire il necessario rispetto dei principi della giurisprudenza costituzionale, del vincolo di bilancio e del sistema di relazioni sindacali).

Da tale punto di vista esso contiene solo un invito ad omogeneizzare i diversi criteri di classificazione professionale adottati nei vari comparti, con riguardo,



in particolare, alla numerosità delle aree ed ai relativi sviluppi, evitando le ambiguità, spesso presenti nei diversi sistemi di inquadramento, tra progressioni meramente economiche e progressioni tra qualifiche (giuridiche).

Spetterà, quindi, agli atti d'indirizzo relativi ai singoli comparti, nell'ambito di queste indicazioni, individuare concretamente i principi base per la nuova contrattazione dei sistemi di progressione del personale.

Al momento in cui si scrive, l'unico atto di indirizzo di comparto formalizzato ed impartito all'ARAN è relativo al comparto Ministeri, che aderisce pienamente al programma enunciato. In esso è prevista la revisione del sistema di classificazione professionale, sia per riarticolare le precedenti posizioni "orizzontali", interne alle aree, trasformandole da posizioni miste, normative e retributive insieme, a posizioni meramente economiche, sia, più in generale, per declinare adeguatamente i principi desunti dalla giurisprudenza costituzionale.

Per il primo aspetto, una volta chiarito che la progressione orizzontale si svolge esclusivamente fra posizioni retributive, l'accesso all'area dovrebbe poter avvenire solo nella posizione iniziale dell'area stessa, poiché i successivi passaggi all'interno dell'area non configurano modificazioni nello stato giuridico ma hanno solo carattere retributivo. Sotto il secondo aspetto, viene garantito l'accesso dall'esterno almeno in misura non inferiore al 50 per cento della complessiva dotazione organica dell'area.

Per garantire il carattere selettivo dei corsi di riqualificazione, le medesime procedure di riqualificazione, economica e fra le aree, vengono vincolate a percentuali predeterminate di personale (quindi non vi dovrebbero essere più reinquadramenti di massa). Analogamente, si richiama la contrattazione a garantire un'effettiva verifica dei requisiti attitudinali. Inoltre, il requisito dell'anzianità viene ridotto ad un elemento non prevalente che può concorrere, con gli altri, al fine della determinazione del punteggio per l'ammissione al corso-concorso per il passaggio fra le aree e per l'ammissione alla selezione per la progressione economica interna all'area. Assumono a tali fini un ruolo nuovo e prevalente i requisiti costituiti da: titoli di studio e culturali, partecipazione a corsi di formazione con verifica finale, esercizio di mansioni superiori, svolgimento di prestazioni qualificate e di particolare rilievo quanto ad autonomia, responsabilità e durata, qualità delle esperienze lavorative.

Il rovesciamento della prassi precedente viene confermata dalla previsione per cui, di norma, l'accesso all'area apicale è garantita al solo personale in possesso del diploma di laurea (con ciò adeguando, nei fatti, la progressione verso le aree apicali, alle norme a regime in tema di vicedirigenza<sup>41</sup>).



<sup>41</sup>Vedi l'art.7, comma 3 della legge n.145 del 2002 che inserisce nel d.lgs n.165 del 2001, l'art.17-bis.

Infine, viene espressamente escluso il doppio “salto”, sia all’interno delle aree, fra posizioni economiche, sia fra le aree, con riferimento al passaggio nella posizione economica di accesso dei dipendenti non collocati nella posizione economica apicale dell’area inferiore.



42

5. Dall’esame dell’esperienza maturata risulta peraltro evidente che, una cosa sono gli indirizzi per la contrattazione, che hanno una caratteristica di necessaria generalità ed astrattezza, un’altra i contratti nazionali stipulati, ed un’altra ancora i comportamenti delle parti in sede di contrattazione integrativa. La storia recente dimostra che vi è un notevole scarto, anche cospicuo, fra i tre livelli.

Sarà quindi indispensabile che la contrattazione nazionale declini in modo più chiaro rispetto al passato le regole, sulla base di cogenti indicazioni degli atti di indirizzo, e che gli attori operanti a livello decentrato si facciano interpreti dei nuovi assetti senza quei “cedimenti” che ne hanno, a volte, caratterizzato l’azione.

Si prova, allora, ad esclusivi fini pratici, sulla base delle indicazioni scaturenti dalle prassi contrattuali decentrate e dalla coeva giurisprudenza costituzionale, ad enucleare un decalogo di comportamenti per le delegazioni trattanti di parte pubblica a livello decentrato, da osservare sia a fini di opportunità che di legittimità.

1) Le prime indicazioni hanno carattere finanziario. Qui la “direttiva madre” fornisce un’indicazione importante. Il fondo unico va “interpretato”, a prescindere dalla costituzione di due distinti fondi, come auspicato dalla stessa, come se fosse composto di due parti; solo su quella cui affluiscono risorse stabili e continuative deve essere destinata a retribuire le progressioni “orizzontali”.

2) La “direttiva madre” vincola, inoltre, la contrattazione nazionale a distinguere la negoziazione dalle altre forme di partecipazione sindacale che, senza dar luogo alla sottoscrizione di contratti collettivi, sono dirette a realizzare il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali dei dipendenti. La preoccupazione, già segnalata, è quella che, fra le materie oggetto, distintamente, di informazione, concertazione e consultazione e le materie oggetto di contrattazione, si verifichi la “confusione” del passato. Alla base delle denunciate prassi vi è la stessa composizione del tavolo negoziale. Il tavolo sindacale è, infatti, unico e contestualmente vi si definiscono sia le materie oggetto di contrattazione che quelle destinate alla concertazione; d’altra parte, spesso, le materie sono collegate, come è avvenuto nel comparto Ministeri per la determinazione della dotazione per i passaggi (oggetto di concertazione) ed il finanziamento e la fissazione dei criteri relativi agli

stessi passaggi (oggetto di contrattazione), ed in questi casi si finisce con il contrattare entrambi gli istituti.

Non deve sfuggire però la gravità di questi cedimenti. Per esempio, l'evoluzione del negoziato informativo nel modello della concertazione non è esente da pericoli, poiché la concertazione si conclude con un verbale considerato vincolante e che, in forza della riconduzione del quadro delle regole al diritto civile nonché della devoluzione del contenzioso in materia di rapporto di lavoro al giudice ordinario, verrà sicuramente equiparato ad un contratto, avente, in base dalle regole generali, effetti obbligatori fra le parti. È quindi importante "spezzare" il tavolo: una cosa sono le forme di partecipazione sindacale, un'altra la contrattazione integrativa; esse devono essere distinte, se non fisicamente, almeno concettualmente e giuridicamente.

3) Occorre assicurare il puntuale rispetto dei principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, in primo luogo garantendo l'adeguato accesso esterno. A tale fine è controverso il "parametro" di adeguatezza. Non sembra, tuttavia, si possa consentire l'accesso esterno in misura inferiore alla percentuale del 50%, anzi sarebbe buona regola assicurare la prevalenza dell'accesso dall'esterno che dovrebbe avvenire – qualora il sistema classificatorio configuri all'interno delle aree posizioni meramente retributive, fungibili ed equivalenti – sempre alla posizione iniziale dell'area. Tale percentuale poi dovrebbe essere calcolata a livello di contingente di profilo.

4) Il secondo principio declinato dalla Corte Costituzionale riguarda il peso da attribuire all'anzianità di servizio, nell'ambito della somma dei requisiti che contribuiscono a costituire il punteggio per l'accesso alla classificazione professionale. Tale requisito non dovrà mai avere prevalenza, ma potrà eventualmente contribuire insieme agli altri (titoli di studio e culturali; esercizio di mansioni superiori; crediti formativi; esercizio di funzioni di rilevante responsabilità; reggenze, ecc.) alla formazione del punteggio.

5) La selezione deve essere effettiva in modo da non "dissimulare generali scivolamenti di tutto il personale verso l'alto". Ciò importa, da un lato che la selezione coinvolga quote predeterminate di personale, dall'altro che sia realmente selettiva, con riferimento alle "prove" di esame, quantomeno per le progressioni fra le aree. Per i percorsi di mobilità orizzontale, invece, occorre distinguere fra progressione solo economica e normo-retributiva (la scelta è naturalmente operata dai contratti nazionali). Quest'ultima dovrebbe essere soggetta alle stesse regole della progressione verticale.

6) Anche la possibilità di cd. doppio salto deve essere adeguatamente circostanziata. Non sembra possa essere esclusa a priori quando i sistemi di classificazione sono costituiti in aree articolate in posizioni meramente



economiche (ma l'atto del comparto Ministeri, come abbiamo visto, dispone diversamente). In questi casi sarà tuttavia necessario quantificare anche... il "doppio" costo della progressione.

7) Per ciò che riguarda il riconoscimento delle posizioni organizzative occorre fare una premessa. La costituzione della vicedirigenza, che nei fatti surroga e sostituisce la norma sui quadri delle amministrazioni private, è, infatti, disposta a partire dalla tornata successiva a quella in corso, per cui, nelle more dell'attuazione dell'indicazione legislativa, non è affatto preclusa la costituzione delle posizioni organizzative che, naturalmente, dovrà previamente essere prevista dai contratti nazionali. A tale fine già l'atto di indirizzo del comparto Ministeri, memore dell'esperienza del passato, indica all'ARAN l'obiettivo della valorizzazione delle categorie di personale dell'art. 40, comma 2 del d.lgs n. 165 del 2001 (figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità, svolgono compiti di direzione o che comportano iscrizioni ad albi oppure compiti tecnico-scientifici e di ricerca), dei quadri direttivi e dei funzionari laureati delle pubbliche amministrazioni. Nello specifico delle posizioni organizzative, poi, oltre ad incentivarne la costituzione, l'atto espressamente indica la necessità di "garantire" l'istituto attraverso adeguati riconoscimenti retributivi.

8) Si sono viste, le ragioni, nella fase pregressa, della mancata attuazione delle posizioni organizzative. Si tratta di un'opzione dovuta prevalentemente a "preoccupazioni" di tipo finanziario, in quanto l'istituto concorre con la spesa per progressioni sul fondo di amministrazione. A tale problema potrebbe fornire soluzione la previsione di due distinti fondi per amministrazione (uno destinato in via esclusiva alle progressioni), ma una possibilità per il finanziamento delle posizioni organizzative sussiste anche a fronte di un fondo unico, che retribuisce, insieme, passaggi orizzontali, produttività e posizioni organizzative. Infatti, come si è evidenziato, la spesa per progressioni è finanziata solo dalle risorse fisse del fondo e, in quanto tale, almeno tendenzialmente, non entra in conflitto con quella per posizioni organizzative. Quest'ultima, infatti, non essendo spesa fissa – in quanto l'attribuzione dell'incarico di posizione organizzativa è a tempo – può ben ricadere nella parte variabile del fondo, la quale, a sua volta, non può finanziare la spesa per progressione, anche se permane un potenziale conflitto con la spesa per produttività, che i CCNI non dovranno distribuire "a pioggia". La relazione tecnica, che accompagna il contratto integrativo illustrandone il sistema di copertura, dovrà in ogni caso dimostrare che la parte variabile del fondo unico di amministrazione è in grado di coprire la spesa per le posizioni organizzative per il periodo di attribuzione.

9) Connessa alla problematica riferita, è quella del buon utilizzo della



retribuzione premiale. Gli atti di indirizzo citati insistono molto sul carattere meritocratico dell'istituto che esclude, quindi, erogazioni "a pioggia" non collegate ad effettivi miglioramenti dei servizi. Si evidenzia fra l'altro come un indiscriminato utilizzo della produttività sia potenzialmente in grado, da un lato, di provocare demotivazione e disincentivazione del personale di qualità, dall'altro, di indurre una generalizzata aspettativa che le somme del fondo destinate alla produttività siano dovute e non conquistabili attraverso impegno e capacità professionali.

10) Infine, pare opportuna un'indicazione di ... chiusura. Il sistema di relazioni collettive presuppone un antagonismo fra le parti del tavolo negoziale. Presuppone, cioè, che la delegazione pubblica possa assumere posizioni non coincidenti con quelle della controparte, in quanto portatrice di interessi che si possono presentare come contrapposti. Essa va, quindi, educata a diventare controparte, a pronunciare, in nome e per conto dell'interesse generale di cui assume rappresentanza, dei "no impopolari".

Per questo è essenziale che la parte pubblica assuma realmente le consapevolezze, il ruolo e le responsabilità del datore di lavoro. Anche nella gestione del tavolo decentrato.





---

## CAPITOLO 2







---

## La progressione verticale di Filippo Curcuruto\*



1. Nel definire le modalità con cui le amministrazioni pubbliche possono garantirsi la provvista del proprio personale, l'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della amministrazioni pubbliche (T.U. sul pubblico impiego) esordisce affermando che l'assunzione nelle amministrazioni avviene con contratto individuale di lavoro. Si tratta, evidentemente, di una conferma della regola fondamentale che assegna al contratto individuale il ruolo di regolazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., fissata dal comma 3 dell'art. 2 dello stesso testo. Ma l'importanza dell'enunciato normativo deve essere valutata soprattutto alla luce delle difficoltà incontrate nel faticoso processo di privatizzazione del lavoro pubblico. Dove, anche a prescindere dalla netta chiusura iniziale espressa nel noto parere 31 agosto 1992 dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato (vedilo riportato in Caringella, *Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Napoli, 1999, p. 617-631) anche più recenti interventi della Corte Costituzionale, pur assecondando complessivamente le scelte del legislatore sul nuovo assetto dei rapporti di lavoro con la P.A., avevano comunque lasciato trasparire un orientamento non favorevole alla esclusiva operatività di norme civilistiche, additando piuttosto il modello dell'equilibrato dosaggio fra norme regolatrici di matrice pubblicistica e norme regolatrici di origine negoziale (v. Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, 131, chiamata a pronunciarsi proprio sulla legittimità costituzionale della stessa privatizzazione del rapporto e sulla consequenziale regolazione di questo a mezzo di contratti collettivi, dei quali il giudice rimettente aveva denunciato la surrettizia efficacia *erga omnes* al di fuori del meccanismo dell'art. 39 Cost.).

---

\*Consigliere della Corte di Cassazione Sez. lavoro.



2. Affermata la piena contrattualizzazione del rapporto (con la quale – come è stato esattamente notato – il legislatore ha positivizzato “la progressiva erosione, ad opera della giurisprudenza della Corte di Cassazione del principio tradizionale secondo cui il provvedimento di nomina rappresenta prima dell’entrata in vigore del d.lgs. 29/93 elemento costitutivo del rapporto di impiego”: così, Figorilli, in Dell’Olio-Sassani, *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, p.181) il legislatore indica, come canali principali per la individuazione del contraente, da un lato le procedure selettive, dall’altro modalità di reclutamento nelle quali la scelta è sostanzialmente esterna all’amministrazione.

Questa seconda categoria, come previsto nell’art. 35 del T.U., si articola a sua volta nell’avviamento degli iscritti alle liste di collocamento, e nell’assunzione obbligatoria degli appartenenti alle categorie protette, secondo il nuovo assetto della materia a seguito della legge 12 marzo 1999 n. 68.

Nel primo caso, la disposizione rinvia alle modalità di avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento “secondo la legislazione vigente”. Il quadro essenziale di riferimento è costituito quindi dalla legge 28 febbraio 1987 n. 56, e in particolare dall’art. 16 della stessa legge, che contiene le specifiche disposizioni concernenti lo Stato e gli altri enti pubblici; dal d.p.c.m. di attuazione, 18 settembre 1987 n. 392, sostituito dal d.p.c.m. 27 dicembre 1988, poi ulteriormente modificato; dalla legge 28 novembre 1996 n. 608, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 1 ottobre 1996, n. 510 (art. 9-bis, commi 11 e 12); dal d.lgs. 23 dicembre 1997 n. 469, sul conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro; e dal d.p.r. 7 luglio 2000 n. 442 contenente norme regolamentari per la semplificazione del procedimento per il collocamento ordinario dei lavoratori (v. Fiorillo, *La costituzione del rapporto di lavoro pubblico*, in G. Santoro Passarelli, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, III ed., Milano, 2000, p.1474).

La regola fondamentale, stabilita dal cit. art. 16 della legge n. 56/1987, è che le assunzioni dei lavoratori da immettere in posizioni lavorative per le quali è sufficiente, quale requisito di accesso, il titolo di studio non superiore alla scuola dell’obbligo vanno effettuate sulla base di selezione tra gli iscritti nelle liste di collocamento e in quelle di mobilità. La disposizione in esame, riflettendo l’assetto professionale che le amministrazioni avevano all’epoca, ha riguardo ai livelli retributivo-funzionali di inquadramento mentre l’art. 35 del T.U. fa riferimento alle qualifiche e ai profili. Vale notare che la fonte di disciplina dei requisiti di accesso è oggi costituita dai contratti collettivi (v.

ad es. l'allegato A del CCNL 16 febbraio 1999 comparto Ministeri, il quale prevede per l'accesso alla posizione economica A 1 dell'area funzionale A il solo requisito della scuola dell'obbligo rinviando quanto alle modalità di accesso alle " procedure di cui alla legge 56/87 e successive modificazioni"). A questi si dovrà fare riferimento anche per accertare quale sia la professionalità "eventualmente richiesta per la posizione lavorativa da ricoprire", che tanto la legge n. 56/87 cit. quanto l'art. 35 del T.U. (quest'ultimo riferendosi più precisamente, con variazione solo lessicale, agli "eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità") fanno salvi. Norme di dettaglio in proposito sono contenute nell'art. 1 del cit. d.p.c.m 18 settembre 1987 n. 392, il quale circoscrive l'ambito delle assunzioni in argomento al personale da adibire a "mansioni per le quali non sia previsto un titolo professionale nella declaratoria dei profili professionali".

Di rilievo è nel d.p.c.m appena citato, la regola che impone alle amministrazioni pubbliche la programmazione periodica del fabbisogno di personale da assumere attraverso il canale indicato (art. 2).

Il procedimento in esame mantiene, in relazione a quanto stabilito dal regolamento di attuazione, un momento selettivo consistente nell'accertamento dell'idoneità del lavoratore a svolgere le mansioni proprie della qualifica, categoria o profilo professionale "seppure ciò non possa comportare valutazione emulativa", scelta, questa, il cui fondamento viene identificato nei " criteri di imparzialità e trasparenza che devono informare in ogni caso il sistema delle assunzioni nel settore pubblico" (Fiorillo, *op.cit.*, p. 1475).

Quanto all'assunzione degli appartenenti alle categorie protette, la materia, come noto, è stata profondamente riformata dalla cit. legge 12 marzo 1999 n. 68, che ha abrogato la precedente legge 2 aprile 1968, n. 482, dettando, per quel che qui rileva, una regolamentazione sostanzialmente unitaria, per il lavoro pubblico e per il lavoro privato, almeno entro un certo limite.

Vale la pena osservare, in proposito, che, in linea generale, la legge individua i destinatari del beneficio nei soli soggetti disabili (persone che per minorazione fisiche psichiche e sensoriali o per handicap intellettuale vedono la loro capacità lavorativa ridotta in misura superiore al 45%; persone invalide dal lavoro con un grado di invalidità superiore al 33%; non vedenti e sordomuti; invalidi di guerra, invalidi civili di guerra e invalidi per servizio con minorazione dalla prima all'ottava categoria delle tabelle annesse al T.U. delle pensioni di guerra). Tale esclusivo orientamento alla protezione dei disabili ha comportato l'abrogazione di una serie di disposizioni concernenti particolari categorie di soggetti beneficiari del diritto all'assunzione, quali il





coniuge e i figli delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (v. in proposito l'art. 22 della legge cit. 68/99, il quale abroga gli art. 12 della legge 3 agosto 1980 n. 466 e 14 della legge 20 ottobre 1990, n. 302). Tuttavia, per quanto concerne le amministrazioni pubbliche, queste categorie mantengono il privilegio precedente, visto il rinvio dell'art. 7 della legge all'art. 36 del d.lgs. 29/93 e successive modificazioni, e quindi ora all'art. 35 del T.U., dove tali categorie sono richiamate quali titolari del diritto alla chiamata diretta nominativa, insieme ai figli del personale delle forze armate, delle forze dell'ordine, del corpo nazionale dei vigili del fuoco e del personale della polizia municipale deceduto nell'espletamento del servizio. Si è evidentemente ritenuto che la collettività dovesse continuare a farsi carico di un onere compensativo del sacrificio sopportato dagli stretti congiunti dei beneficiari.

A norma dell'art. 35, comma 2, le assunzioni obbligatorie nelle P.A. avvengono per chiamata numerica, previa verifica delle compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere. L'assunzione degli appartenenti alle speciali categorie sopra menzionate avvengono invece per chiamata nominativa. Non si pone per esse un problema di verifica di compatibilità non trattandosi di invalidi. Resta invece l'accertamento dei requisiti professionali necessari per una assunzione comune.

L'art. 3 della legge 68/99 cit., con novità di estremo rilievo nel lavoro pubblico, stabilisce che i datori di lavoro (pubblici o privati) debbano avere alle loro dipendenze i soggetti appartenenti alle categorie protette, definite nell'art. 1, in una determinata proporzione rispetto al livello degli occupati. Poiché non è stata riprodotta la precedente disposizione dell'art. 12 comma 2, della legge 482/68, si deve ritenere che quest'obbligo prescindendo dalla vacanza del posto in organico (Fiorillo, *op.cit.*, 1477)

È da notare poi che in favore dei disabili la legge cit. (art. 7 comma 2) prevede una riserva, nei limiti della complessiva quota d'obbligo e fino al cinquanta per cento dei posti messi "a concorso", nel caso delle procedure selettive di cui alla lettera a) dell'attuale art 35 del T.U. e attribuisce loro il diritto di partecipare a "tutti i concorsi per il pubblico impiego da qualsiasi amministrazione pubblica banditi".

In queste forme di reclutamento che, apparentemente, sembrano apportarvi una deroga, la dottrina vede invece rispettato sostanzialmente il principio della concorsualità (Miscione, *Le assunzioni e la mobilità nel pubblico impiego* in AA.VV. *Organizzazione amministrativa e pubblico impiego*, Rimini, 1995, p. 243) anche se esso opera nella formazione della graduatoria di avviamento, ossia in una fase alla quale l'amministrazione come datore è

sostanzialmente estranea. Non è da trascurare, però, il fatto che attualmente, con le sostanziali modifiche subite dalla materia del rapporto di lavoro dei disabili ad opera della legge 12 marzo 1999, n. 68, la funzione di gestione del collocamento obbligatorio è stata attribuita alle regioni. Scelta questa che, se è opportuna quale premessa del necessario coordinamento di tale funzione con quella della formazione professionale, apre tuttavia la possibilità di differenziazioni anche profonde nei criteri per la formazione delle graduatorie (così Ichino, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2000, pp.134-135) che a loro volta si rifletterebbero anche su un buon numero di amministrazioni pubbliche, restando estranee alla nuova competenza regionale solo le amministrazioni centrali dello Stato e gli uffici centrali degli enti pubblici.



3. Un breve excursus semantico mostra che al testo attuale dell'art. 35 T.U. si è giunti superando precedenti formulazioni dell'art. 36 del d.lgs. 29/93, dove con precisione analitica, erano indicate, quali modalità di assunzione, il concorso pubblico per esami, il concorso pubblico per titoli ed esami ed accanto ad essi la selezione. Ora il concorso pubblico (indicato come tale solo nei commi 3, 5 e, e come procedura concorsuale nel comma 7) sembra considerato solo species della più ampia categoria delle procedure selettive.

Ad ogni modo, e con riferimento in genere ai procedimenti di accesso al rapporto di lavoro pubblico, la questione che si pone per solito innanzitutto in materia è quella delle fonti di disciplina.

Qui, la base di partenza, costituita dall'art. 97 Cost., si trova evidentemente riflessa in uno dei principi fondamentali della legge-delega 421 del 1992, che devolveva da un lato al giudice ordinario un'ampia gamma di rapporti di lavoro pubblico ma nell'ambito di essi ritagliava una zona non devoluta identificata con il criterio della materia. All'interno di tale zona erano collocati fra l'altro "i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro" (n. 4 della lett. c dell'art. 2). Questa come le altre allora non devolute, erano materie per la disciplina delle quali il decreto rinviava alla legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, ad atti normativi o amministrativi: in sostanza a fonti di rango pubblicistico, secondo una delle direttive di fondo della complessiva operazione, individuabile nello stretto collegamento fra nuova disciplina delle fonti del rapporto e giudice chiamato a decidere delle relative controversie.

Come è noto, l'elenco delle materie della prima legge delega non è stato riprodotto nella seconda delega (l. 15 marzo 1997, n. 59). Tuttavia, secondo un non trascurabile orientamento dottrinale, quelle materie, tutte coperte da

riserva relativa di legge, resterebbero intangibili da parte della contrattazione collettiva (Caringella, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, p. 61).



54

Per quanto attiene specificamente al tema del reclutamento si può, almeno finora, considerare prevalente una interpretazione che non vede l'art. 97 Cost. come un ostacolo invalicabile all'operatività di fonti diverse da quelle autoritative e unilaterali, e valorizza a questo fine l'indicazione di fondo della norma costituzionale, la quale conterrebbe solo la direttiva di una "selezione idonea a garantire la scelta imparziale degli aspiranti all'impiego le cui modalità possono esser disciplinate con atti che siano espressione della capacità di diritto privato del datore di lavoro pubblico" (Fiorillo, *op. cit.*, p.1465).

In favore di questa tesi può essere sicuramente addotto il carattere solo relativo della riserva di legge contenuta nella Costituzione. Tenendo conto, da un lato di esso, dall'altro della serie dettagliata di principi che, come vedremo, sono fissati dall'art. 35 del T.U. in materia di procedimenti selettivi in genere, si è autorizzati a concludere che i valori presidiati dal legislatore costituzionale attraverso la riserva di legge sono pienamente garantiti dall'osservanza di quei principi, e che quindi una disciplina dei procedimenti selettivi conforme ad essi non potrà esser considerata invalida solo perché dettata, con atti unilaterali o tramite contratti collettivi, nell'esercizio della capacità e dei poteri privatistici ormai riconosciuti all'amministrazione quale datore di lavoro (Fiorillo, *op. cit.*, p. 1466).

Venendo ora alla disciplina dell'art. 35 T.U., quel che la nuova formulazione, soprattutto se confrontata con quelle precedenti, mette in rilievo, è per un verso la eliminazione del principio dell'unicità della forma concorsuale quale esclusiva modalità di accertamento dei requisiti professionali e dell'attitudine, per altro verso il tentativo del legislatore di equiparare, per quanto possibile, apparati pubblici e imprese private in quel momento fondamentale che è la scelta del proprio personale (Figorilli, *op.cit.* 182; Clarich-Iaria, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 2000, 356). La selezione – si è detto – “diviene oggi il modello privilegiato di reclutamento del personale” (così Fiorillo, *op.cit.*, p.1467).

Ne risulterebbe confermata l'utilizzabilità di forme selettive non concorsuali, ma egualmente idonee alla valutazione del futuro dipendente pubblico (Fiorillo, *op.cit.* 1468; nello stesso senso, Clarich-Iaria, *op.cit.*,p. 355). In verità, se il principio ha una sicura portata innovativa, non è poi troppo agevole individuare nel sistema forme selettive sostanzialmente diverse dalla scelta di tipo concorsuale. Si è prospettato ad es. (v. Clarich-

Iaria, *op.cit.*, 357) la possibilità di un avviso pubblico accompagnato dalla previsione di una selezione mediante colloquio orale con i candidati, ma non sembra che in tal modo si vada troppo lontano da una selezione concorsuale solo semplificata.

Tuttavia, il significato della disposizione sta proprio nel legittimare la introduzione di tali alternative selettive, il cui essenziale elemento di diversità rispetto a quelle concorsuali è l'assenza del momento comparatistico. Naturalmente rispetto ad esse si porrebbe subito un problema della compatibilità costituzionale, ma, secondo un orientamento condivisibile, qui la deroga per legge al principio del pubblico concorso sarebbe pienamente conforme a quanto richiesto dall'art. 97 Cost. data "l'ampiezza e la completezza dei principi enunciati dall'art. 35 quali condizioni di legittimità di tali procedure" (Luciani, in Corpaci-Rusciano-Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, fasc. V-VI, p. 1273). E quindi con il rispetto di quei principi (dei quali si dirà fra breve) sarebbe possibile l'introduzione anche di tali forme di reclutamento, il che, secondo un'opinione accreditata e meritevole di adesione potrebbe avvenire anche attraverso l'autonomia collettiva.

Va d'altra parte, notato che le selezioni professionali quali strumento alternativo ai concorsi sono ulteriormente legittimate dall'art. 52, laddove esso obbliga le amministrazioni datrici di lavoro ad attribuire la mansioni corrispondenti alla qualifica superiore acquisita per effetto di sviluppo professionale, procedura concorsuale e, appunto, procedura selettiva.

Di sfuggita, e per chiudere sul punto, si può anche osservare che queste procedure benché dirette all'assunzione dovrebbero restar fuori dalla giurisdizione del giudice amministrativo, proprio perché non concorsuali (così Luciani, *op.loc cit.*; Fiorillo, *op. cit.*, p. 1468).

4. È opportuno mettere in rilievo che le regole fissate dall'art. 35 del T.U. hanno ad oggetto, come si legge nella rubrica, il "reclutamento del personale", sintagma il cui significato immediato va posto in relazione con l'acquisizione di nuovo personale, ossia con l'ingresso nell'organizzazione della P.A. di chi è ad essa estraneo. D'altra parte, come abbiamo visto, il testo in esame esordisce indicando nel contratto individuale lo strumento per l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni, e nel comma 3 stabilisce i principi ai quali devono conformarsi le procedure di reclutamento. Dovremmo quindi trovarci nel campo delle forme di costituzione del rapporto con il datore di lavoro e non in quello delle





ulteriori vicende del rapporto costituito.

Si è tuttavia osservato che già nella lettera a) del comma primo dell'articolo in esame, il legislatore, benché indirettamente, estende il campo di applicazione delle norme anche alle progressioni dei dipendenti. Viene infatti stabilito che "l'assunzione avvenga con procedure selettive aperte all'accesso dall'esterno in misura adeguata". Quindi è facile concludere che queste procedure selettive debbano riguardare anche i passaggi interni, perché solo così si può spiegare il riferimento alla concorrenza di personale esterno.

Nonostante le posizioni prevalentemente critiche della dottrina, nemmeno in occasione dell'attuazione della seconda legge delega il legislatore avrebbe dunque abbandonato "l'impostazione pubblicista anche per le progressioni in carriera, preferendo un modello che assicuri una gestione imparziale nello sviluppo della carriera, ancorché inevitabilmente poco flessibile", in ciò ricevendo, del resto, l'avallo del giudice delle leggi che, nella nota sentenza 4 gennaio 1999 n. 1 (in *LPA*, 1999, II, 119) ha considerato quale figura di reclutamento soggetta alle medesime regole dell'assunzione anche il passaggio alla qualifica superiore (lo riconosce Luciani, *op.cit.*, p.1274; per una critica assai netta dell'impostazione della Corte, v. Rusciano, *Carriere per concorso del dipendente pubblico: "imparzialità o buon andamento"?* in *LPA*, 1999, p.215 ss.).

Passiamo ora in rapida rassegna il contenuto della norma in esame.

Una delle novità da porre in luce è innanzitutto il suo carattere di norma di principio. Non vi sono fissate regole dettagliate circa l'accesso, destinate ad operare in tutte le amministrazioni, ma solo criteri di ordine generale alle quali le procedure di reclutamento dovranno conformarsi.

In termini generali, vengono indicati lo scopo di queste procedure, costituito dall'accertamento della professionalità e l'ambito nel quale una tale professionalità può esser ricercata. E qui la legge si presenta quale direttiva alle amministrazioni, nel senso di non limitarsi a ricercare tali professionalità esclusivamente all'interno, anche se il legislatore rinuncia a scrivere percentuali, evidentemente convinto che esse contrasterebbero con la flessibilità che necessariamente si deve richiedere in materia.

L'obiettivo dell'accertamento della professionalità è poi declinato in vario senso.

Innanzitutto, attraverso la (anche qui) "adeguata" pubblicità della selezione, evidente garanzia per i possibili aspiranti contro selezioni "occulte" e sostanzialmente cooptative, e per l'amministrazione, di una più vasta base di scelta.



Poi, vincolando a modalità di svolgimento che garantiscano imparzialità, oltre che consentire recuperi sul versante dell'efficienza (economicità e celerità). Di rilievo è per questo profilo il richiamo contenuto nella norma ai sistemi automatizzati e alle preselezioni, riguardo ai quali è opportuno chiarire, anche se forse può sembrare ovvio, che la previsione di una fase preselettiva, sicuramente legittimata dalla disposizione in esame, non deve necessariamente esser rigidamente collegata con gli strumenti che consentono il trattamento informatico. La norma autorizza in sostanza l'uso di questi strumenti allo scopo di realizzare forme di preselezione. Ma la preselezione rimane, in se e per se, un mezzo legittimamente messo a disposizione dell'amministrazione reclutante, e lo strumento informatico è solo uno dei mezzi che la rende possibile. Questa impostazione può a sua volta fornire un utile criterio di interpretazione anche delle norme contrattuali in materia di percorsi selettivi, ed è stata, in sostanza, accolta, in talune decisioni sulle selezioni avviate di recente dal Ministero della Giustizia in risposta al rilievo circa la illegittimità degli avvisi di selezione nella parte in cui prevedevano una graduatoria preliminare, non espressamente contemplata dal contratto di comparto. Si è, esattamente, osservato, in taluni provvedimenti, che l'assenza di previsione non era equiparabile a divieto, e questa osservazione può esser ulteriormente corroborata tenendo presente che un divieto contrattuale, (non esplicitato dai contraenti e, in ogni caso, non desumibile dal complessivo tenore del contratto) è difficilmente ricavabile in via sistematica quando, come in questo caso, la norma sovraordinata alla fonte negoziale, nonché imporre un divieto, attribuisce al riguardo, una facoltà. Completezza di informazione vuole peraltro che si ricordi anche la presenza di altre decisioni, in senso diametralmente opposto.

Oltre alle regole che si potrebbero definire di garanzia estrinseca (pubblicità e svolgimento imparziale) la norma contiene un direttiva più strettamente collegata con lo scopo generale delle selezioni, imponendo che i relativi meccanismi siano intrinsecamente idonei, e che tale idoneità vada di pari passo con il loro carattere oggettivo e trasparente.

Ancora ai meccanismi di garanzia, va ascritta la regola sulla composizione delle commissioni esaminatrici, e, per un diverso profilo, quella sulla parità tra lavoratrici e lavoratori.

Chiude la serie, la disposizione sul carattere decentrato delle procedure di reclutamento, che in sostanza è, o vorrebbe essere, espressione del principio di efficienza (fare, con il minimo dispendio di mezzi) perché dovrebbe contribuire a ridurre la successiva mobilità territoriale del personale assunto,





oltre a consentire uno svolgimento più rapido della procedura per il presumibilmente minore numero dei candidati (Fiorillo, *op.cit.*, p. 1468).

Il rilievo di queste regole in sede di controllo sullo svolgimento della procedura concorsuale è difficilmente contestabile. Ma il problema è se esse operino tutte allo stesso modo, ossia se la loro violazione determini sempre la medesima conseguenza.

La soluzione di questo problema era relativamente semplice quando il rapporto di lavoro con le P.A. era strutturato secondo il modello del pubblico impiego, dati i penetranti poteri del giudice amministrativo.

Ora il quadro è più complesso, anche perché le disposizioni di cui abbiamo parlato esprimono non regole dettagliate, ma principi. Quindi la domanda è: fino a quale punto il loro rispetto è controllabile dal giudice ordinario, e qual è l'effetto dell'eventuale esito negativo del controllo?

Qualche cenno di risposta sarà offerto più avanti (v. n. 6).

5. Veniamo ora ai profili di legittimità costituzionale del sistema del reclutamento, messi in dubbio dalla Corte Costituzionale con la recentissima sentenza 194 del maggio 2002.

Bisogna riconoscere innanzitutto che questa sentenza non costituisce affatto una novità rispetto ai precedenti orientamenti del giudice delle leggi.

Vale la pena di ricordare infatti come la Corte si fosse già occupata in passato di leggi regionali che prevedevano concorsi interni e ne avesse dichiarato l'illegittimità mettendo in rilievo "gli effetti distorsivi che il criterio dei concorsi interni totalmente riservati al personale dell'amministrazione che li bandisce è in grado di introdurre sul nuovo quadro di pubblica amministrazione regionale basata, quanto al rapporto di pubblico impiego, precipuamente sulla qualifica funzionale e sui profili professionali. Tale criterio dà luogo a fenomeni che oltre a reintrodurre surrettiziamente il modello di carriera in una nuova disciplina che ne presuppone invece il superamento, si riverberano negativamente anche sul principio del buon andamento dell'amministrazione regionale rendendo problematico il rapporto fra attitudini professionali e svolgimento effettivo delle mansioni" (Corte Cost. 20 luglio 1994 n. 313, *Giur. Cost.* 1994, p. 2660).

Ma soprattutto è con la fondamentale pronuncia 5 gennaio 1999 n. 1 (cit. supra al n. 4) dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 3 commi 205, 206 e 207, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), come modificato dall'art. 6, comma 6-bis, del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in legge 28 febbraio 1997, n. 30 (Disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria

e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997), limitatamente alle procedure di riqualificazione per l'accesso alla settima qualifica professionale), che la Corte, definisce la linea alla quale si atterrà poi sino alla recentissima decisione di cui s'è detto.

Le più significative affermazioni di quella sentenza, per quanto rileva ai fini del nostro discorso, sono che:

- 1) “in un ordinamento democratico — che affida all'azione dell'amministrazione, separata nettamente da quella di governo (*politica* per definizione), il perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento — il concorso pubblico quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni d'imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione”;
- 2) “deroghe alla regola del concorso, da parte del legislatore, sono ammissibili soltanto nei limiti segnati dall'esigenza di garantire il buon andamento dell'amministrazione ...o di attuare altri principi di rilievo costituzionale, che possano assumere importanza per la peculiarità degli uffici di volta in volta considerati: ad esempio, quando si tratti di uffici destinati in modo diretto alla collaborazione con gli organi politici o al supporto dei medesimi”;
- 3) a codesto regime “non si sottrae nemmeno il passaggio ad una fascia funzionale superiore, nel quadro di un sistema, come quello oggi in vigore, che non prevede carriere, o le prevede entro ristretti limiti, nell'ambito dell'amministrazione: in tale passaggio è stata, infatti, ravvisata una forma di reclutamento che esige anch'essa un selettivo accertamento delle attitudini” affermazione quest'ultima per la quale la corte richiama diverse proprie sentenze (cfr. sentenze n. 320 del 1997, nn. 134 e 528 del 1995, n. 314 del 1994, n. 487 del 1991 e n. 161 del 1990).

È da notare che, secondo la Corte, in determinate condizioni il possesso di una precedente esperienza nell'ambito dell'amministrazione, ove questa si configuri ragionevolmente quale requisito professionale può diventare condizione di accesso al concorso, ma, al di fuori di tale ipotesi, evidentemente specifica e, sostanzialmente, secondo la Corte, marginale se non eccezionale “la sostituzione al concorso di meccanismi selettivi esclusivamente interni ad un dato apparato amministrativo non si giustifica alla luce degli accennati principi costituzionali”.

Non vi è dunque da meravigliarsi se l'ultimo intervento della Corte in materia, sostanzialmente riprende le indicazioni essenziali appena menzionate.





È vero che, come si è fatto osservare da varie parti, le decisioni della Corte hanno avuto ad oggetto ipotesi peculiari (Occhipinti-Mimmo, *Mansioni superiori e mansioni equivalenti*, Milano, 2002, 324) ma non è meno vero che ciò non impedisce di ricondurle a regola generale. O, per meglio dire, è vero che la loro trasformabilità in regola generale potrebbe obiettivamente esser discutibile, ma la lettura di quei precedenti indica con una certa chiarezza che la Corte ha inteso trarne occasione proprio per quell'opera di puntualizzazione del proprio pensiero in materia, così attribuendo essa stessa inevitabilmente alle decisioni menzionate un valore che travalica (e ampiamente) lo specifico oggetto di quei giudizi di costituzionalità. Atteggiamento confermato in modo nettissimo nell'ultima decisione del maggio scorso, la quale, non a caso, sembra avere avuto un sostanziale effetto di blocco non solo di molti procedimenti selettivi interni, di "matrice" contrattuale, ancora in corso, ma, in taluni casi, a quanto risulta, anche di quelli per i quali le operazioni di selezione e la formazione della conseguente graduatoria erano già concluse.

È tuttavia opportuno notare che nell'ultima sentenza della Corte, riprendendo ma anche sviluppando un punto di vista già presente nelle decisioni precedenti, viene affermato che: "Il pubblico concorso è altresì un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione".

In tal modo la Corte introduce una considerazione che, sebbene discutibile nel merito (in proposito v. Rusciano, *op. cit.*) è interessante per il criterio che la ispira.

Si tenga presente infatti che nell'accezione accreditata presso gli studiosi di amministrazioni pubbliche il criterio di efficienza equivale all'ottenimento del risultato con il minimo mezzo (e in ciò si differenzia dal criterio dell'efficacia, che si risolve solo nella realizzazione del risultato voluto, a prescindere dal costo).

Si consideri, poi, che la Corte afferma, in definitiva, che il concorso pubblico è lo strumento più idoneo ad assicurare la provvista dei migliori in relazione alle esigenze di coperture delle singole amministrazioni, e lo è proprio perché aperto a tutti o, per meglio dire non caratterizzato da "arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi".

Ora, da una tale impostazione, dovrebbe facilmente desumersi che se, in concreto, quello strumento di scelta si palesa meno idoneo a garantire la ottimale copertura di determinate posizioni professionali, non vi è ragione di privilegiarlo rispetto a soluzioni alternative. In altri termini, se la norma costituzionale trova la sua “ratio” nell’efficienza, il rispetto della norma richiederà una complessiva valutazione del meccanismo prescelto per la copertura delle vacanze di organico. Questo punto di vista non pare affatto estraneo all’orizzonte di idee della Corte, dal momento che, dopo avere escluso la legittimità di “arbitrarie” restrizioni nella partecipazione, essa aggiunge che tali restrizioni possono considerarsi non irragionevoli “solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell’amministrazione”.

In tale modo la Corte evita di chiudersi in una considerazione solo formale dei mezzi di selezione, e pur restringendone l’ambito, sembrerebbe mantenere aperte le possibili alternative al concorso.

Questa potrebbe essere dunque la prospettiva entro la quale presumibilmente in breve tempo dovranno muoversi i giudici del lavoro, quando saranno ancora una volta chiamati a decidere dei vari percorsi selettivi avviati dalle amministrazioni.

Ed in proposito appare utile tener presente che, se è indiscutibile che le norme costituzionali, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte, sarà chiamata a fornire in ultima analisi il parametro di validità delle norme, quasi tutte di origine collettiva, sulle quali si fondano le selezioni, è anche vero che, come già più volte notato, il modello concorsuale, privilegiato dalla Corte, trova in realtà il proprio paradigma in disposizioni che per la loro stessa natura hanno il valore più di principi che di regole. Da ciò per il giudice ordinario la necessità di un’attenta valutazione, caso per caso, delle situazioni portate al suo esame, proprio per verificare se, nel discostarsi dalla regola generale del concorso pubblico aperto alla generalità, l’amministrazione non abbia mirato alla soddisfazione di un’esigenza non realizzabile diversamente, o non realizzabile con quel grado di efficienza che la Corte Costituzionale attribuisce presuntivamente al pubblico concorso, ma che questo strumento potrebbe invece, in determinati casi, non possedere.

Non vi sono state sinora esplicite indicazioni della Corte Costituzionale sul problema delle fonti autorizzate a disporre in materia di selezioni interne, e ciò perché finora la Corte è stata investita di problemi di costituzionalità di norme di legge che regolavano direttamente determinati percorsi di accesso a qualifiche superiori. Ma, come si è appena detto, non





appare difficile immaginare un intervento delle Corte anche sulle legittimità costituzionali del complesso sistema di norme che finisce per attribuire alla fonte collettiva il potere di disciplinare percorsi selettivi eventualmente in senso difforme dalle indicazioni costituzionali che dovrebbero presidiarli, una volta che essi, nella sostanza, altro non sono che strumenti di selezione concorsuale.

Del problema si è invece occupata la dottrina, esprimendo orientamenti contrapposti, ossia talvolta ammettendo, talaltra negando che le selezioni interne possono esser regolate contrattualmente.

A favore della prima tesi viene addotto che le selezioni interne sono nient'altro che avanzamenti in carriera, ossia materia estranea alla riserva di legge, riguardante solo l'accesso al pubblico impiego, distinzione che si trova riflessa, e al tempo stesso confermata, nella norma relativa alla giurisdizione del giudice amministrativo, riservata solo alle "procedure concorsuali per l'assunzione" (art. 63 comma 3 del T.U.).

La seconda tesi (avallata, come detto, dal giudice delle leggi) non nega in effetti che i due procedimenti siano distinti ma ne postula, per i fini in discorso la sostanziale assimilabilità. Saremmo in sostanza di fronte a fattispecie aventi in comune un elemento rilevante ai fini della disciplina. Si può allora osservare che questa premessa condurrebbe alla utilizzabilità dello strumento analogico. Senonché l'analogia richiede oltre alla identità di "ratio" anche l'assenza di disciplina per una delle due situazioni confrontate. Ma qui la disciplina non pare assente o carente, sicché semmai si potrebbe porre un problema di costituzionalità per il diverso irragionevole trattamento di fattispecie: simili dal punto di vista dei valori costituzionali che ciascuna di esse mette in gioco. Che potrebbe esser come anticipato il sistema per rimettere alla Corte l'esame della questione nei suoi termini reali.

6. Veniamo infine al tema che potremmo definire come "le procedure selettive davanti al giudice" e prima di vedere quali poteri di controllo siano consentiti al giudice ordinario (una volta stabilito che di giudice ordinario debba trattarsi) vediamo chi possa agire per provocare tale controllo e chi debba contraddire.

Sul primo tema la risposta è abbastanza agevole: si tratta del soggetto che nello svolgimento di una di tali procedure lamenti di esser stato leso in una posizione giuridica riconosciutagli dall'ordinamento a tutela di un suo interesse.

Quanto alla legittimazione a contraddire si può utilmente far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, il cui orientamento,

sostanzialmente consolidato, tiene conto in definitiva del diverso contenuto che le parti hanno dato alla loro domanda.

Infatti se il partecipante ad un concorso agisce per ottenere l'accertamento dell'illegittimità della relativa graduatoria finale, fondando su tale accertamento il proprio diritto ad essere collocato in posizione utile per l'assunzione, la Corte ritiene sussistere un'ipotesi di litisconsorzio necessario, che esige la partecipazione al giudizio dei vincitori del concorso e degli altri concorrenti che precedono in graduatoria l'attore, in quanto l'azione predetta coinvolge le posizioni di diritto soggettivo dei candidati vincitori, nonché di quelli risultati idonei (essendo giuridicamente rilevante anche l'interesse alla mera posizione in graduatoria), sicché la pronuncia giurisdizionale richiesta sarebbe "inutiliter data" ove resa senza che tali soggetti abbiano partecipato al giudizio per contraddire le ragioni dell'attore.

Questa ipotesi differisce da quella in cui il lavoratore miri solo a conseguire il risarcimento dei danni, pur implicando l'accertamento di irregolarità verificatesi nel corso della procedura concorsuale o dello svolgimento della medesima in modo non conforme alle regole di correttezza e buona fede (v. fra le molte, Cass. 10 aprile 1990 n. 3038).

Lo stesso principio è stato ribadito anche di recente, con estrema chiarezza, nei seguenti termini:

"Nell'ipotesi in cui un lavoratore, dopo aver partecipato senza successo ad una selezione concorsuale per la promozione ad un livello superiore, deduca di essere stato ingiustamente pretermesso dalla promozione e chieda l'accertamento giudiziale del suo diritto ad essere promosso al livello superiore, il giudizio deve svolgersi in contraddittorio con gli altri partecipanti al concorso coinvolti dai necessari raffronti, e pertanto il giudice, ove riscontri la non integrità del contraddittorio, deve ordinarne l'integrazione nei confronti di tutti i controinteressati; tale integrazione non è necessaria, invece, quando il lavoratore non chieda l'annullamento del concorso e la riformulazione della graduatoria, ma si limiti a chiedere il risarcimento del danno" (Cass 28 novembre 1998 n. 12128; sostanzialmente conforme, insieme a molte altre Cass 7 giugno 1996 n. 5315).

È difficile sostenere che nei casi sin qui venuti in esame si tratti di qualcosa di diverso dal tentativo di partecipazione alla selezione non coronato da successo. Del resto, se dell'esclusione dal percorso selettivo ci si duole assumendo l'illegittimità delle regole che lo disciplinano siano esse cristallizzate in una previsione contrattuale, siano esse individuabili attraverso i parametri della buona fede e della correttezza) e si chiede al giudice in definitiva la propria inclusione nel percorso, ciò non può non





significare esclusione di un altro partecipante, quanto meno nei non pochi casi in cui oggetto di contestazione è proprio la regola che permette, o addirittura privilegia, la partecipazione di una determinata categoria a detrimento di un'altra.

Dovrà esser tenuto presente anche che molte di queste controversie, sono destinate a trasformarsi in questioni di interpretazione pregiudiziale e ad esser portate all'esame della Corte di Cassazione. Ora, dato che il difetto di integrità del contraddittorio può essere denunciato in ogni stato e grado del processo, e rilevato d'ufficio anche dal giudice di legittimità, incontrando il solo limite della formazione del giudicato (v., per tutte, Cass. 30 marzo 2001 n. 4765) regola che non pare certo destinata a subire deroghe nel particolare procedimento ex art. 64 del T.U., la Corte non potrà non valutare, preliminarmente, anche d'ufficio, come è consentito anzi imposto, questo aspetto con l'indubbio beneficio della chiarezza su un tema al quale sinora i giudici di merito non hanno dato risposte soddisfacenti.

Infine, circa i poteri di verifica e controllo del giudice ci si può limitare a ricordare con la giurisprudenza, anche qui fermissima, della Corte di Cassazione, che il controllo giurisdizionale relativo allo svolgimento delle procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale è limitato a verificare che il datore di lavoro, nell'esercizio del potere di gestione concernente l'assunzione di nuovi lavoratori o la promozione dei più validi professionalmente – rientrando nella libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. – sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede (i quali si traducono, fra l'altro, sia nell'obbligo di adottare regole concorsuali che pongano i candidati in una condizione di assoluta parità sia nell'obbligo di imparzialità dei criteri valutativi) e non ponga in essere comportamenti manifestamente inadeguati o irragionevoli (come, ad esempio, la sottoposizione dei candidati a prove palesemente incongruenti rispetto alle mansioni di destinazione). Al di là di tale verifica non è, invece, consentito al giudice di ingerirsi nella valutazione del contenuto del bando di concorso, nella determinazione delle relative procedure attuative, nella scelta dei criteri di selezione né, ancora, nel merito dei giudizi espressi sui singoli candidati (Cass. 10 agosto 2001 n. 10514).



---

## CAPITOLO 3





---

## La progressione economica orizzontale di Caterina Cordella\*



1. Più che luci, emergono ombre sull'applicazione dell'istituto della progressione economica orizzontale da un'importante ricerca condotta dall'ARAN<sup>1</sup> sulla prima tornata di contrattazione integrativa e sulla gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni nel quadriennio 1998-2001.

L'indagine, significativa dal punto di vista quantitativo poiché svolta su un campione di 360 amministrazioni appartenenti ai diversi comparti, ha fotografato l'applicazione in sede locale dei principali istituti previsti dai rispettivi contratti nazionali e le dinamiche delle relazioni sindacali; in generale ha misurato la capacità delle singole pubbliche amministrazioni di realizzare in concreto la privatizzazione del rapporto di lavoro con conseguente passaggio da una amministrazione burocratica e leguleia del personale ad una direzione strategica delle risorse umane.

Gli studi di caso (due nella sanità, due negli enti locali e uno nei ministeri) sviluppati nella seconda parte della ricerca, disegnano una realtà nella quale, purtroppo, il riconoscimento di una migliore posizione economica, lungi dal rappresentare uno strumento per valorizzare una reale maggiore competenza di singoli dipendenti, funzionale ad una migliore organizzazione, ha costituito una "sanatoria generalizzata" di situazioni pregresse. Ciò evidenzia di fatto la mancanza totale, nella pubblica amministrazione, della consapevolezza di quanto sia dannosa una politica di gestione delle risorse umane indifferenziata, ispirata alla costante distribuzione a "pioggia", a cui si unisce la riluttanza, o in alcuni casi la difficoltà nel creare validi strumenti di valutazione.

In linea con l'ambizioso obiettivo che si prefigge questa rivista ovvero

---

\*Avvocato, esperta in materia di organizzazione della gestione delle risorse umane.

<sup>1</sup> Lorenzo Bordogna, *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni. Un'indagine sull'esperienza del quadriennio 1998-2001*. Quaderni ARAN, Franco Angeli, 2002.



contribuire a rimuovere gli ostacoli culturali ed eliminare il deficit di competenze esistente nella gestione delle risorse umane, lo scopo del seguente approfondimento sarà quello di individuare le ragioni profonde che impediscono al datore di lavoro pubblico, ai sindacati, ai politici, di puntare sulla gestione delle risorse umane per cambiare il volto della P.A.

Gli interventi normativi ed i contratti collettivi, se non sono sorretti e condivisi dalle parti in gioco per le finalità che essi perseguono e sono solo applicati con il solito approccio giuridico, sono destinati ad essere sterili: vuote scatole cinesi, innovazioni mancate.

Si è oramai persuasi che l'approccio giuridico alle tematiche del personale è ciò che impedisce il reale superamento di una amministrazione inefficiente e nemica dei cittadini e delle imprese. Le amministrazioni sono ancora intrise della cultura del formalismo sotto la quale celare la mortificazione sostanziale della professionalità, del merito, dell'impegno, valori di una evoluta organizzazione del lavoro. Vi sono troppi giuristi e pochi esperti nella materia dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane<sup>2</sup>. Ciò che manca è la comune convinzione che l'elemento chiave di un'organizzazione non è un edificio o un insieme di politiche o procedure; le organizzazioni sono fatte dalle persone e dalle loro reciproche relazioni. Un'organizzazione esiste quando le persone interagiscono le une con le altre nell'esercizio di funzioni che aiutano a conseguire degli obiettivi.

Nelle recenti tendenze del management privato si riconosce l'importanza delle risorse umane e gli approcci più nuovi sono concepiti per responsabilizzare (empowering) i lavoratori fornendo loro maggiori opportunità per apprendere e contribuire, mentre lavorano insieme in vista di un obiettivo comune. La tendenza è verso l'empowerment dei dipendenti nell'intera organizzazione, che consiste nel dare loro il potere, la libertà e le informazioni per prendere decisioni e partecipare all'organizzazione<sup>3</sup>. Più responsabilità nel raggiungimento degli obiettivi, maggiori riconoscimenti economici: una equazione di elementare semplicità che nel settore pubblico stenta a consolidarsi come leit motiv delle politiche di gestione delle risorse umane. L'atteggiamento diffuso tra le pubbliche amministrazioni nell'utilizzo delle progressioni economiche orizzontali ha impedito un utilizzo funzionale dell'istituto, introdotto per riconoscere, a singoli dipendenti, a parità di mansioni con altri colleghi appartenenti alla stessa fascia o categoria, una

<sup>2</sup>Si segnala sull'argomento la ricerca a cura dell'Istituto Guglielmo Tagliacarne P.A. *DUEMILA I nuovi profili professionali per le Pubbliche Amministrazioni*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, 2001.

<sup>3</sup>*Organizzazione aziendale*, Richard L. Daft, Apogeo 2001

migliore posizione economica dopo aver valutato la reale esistenza di un arricchimento di competenze e quindi di un miglioramento dell'organizzazione.

L'esperienza applicativa delle progressioni orizzontali si rivela tanto più deludente solo che si consideri che anche nel 1980 il legislatore fu mosso dalla stessa esigenza di superare un'organizzazione del lavoro "ingessata", allorché sostituì il sistema di inquadramento costituito dalle carriere con quello delle qualifiche funzionali. Con l'introduzione delle qualifiche funzionali si voleva infatti superare il sistema delle quattro carriere, all'interno delle quali vi era un'ulteriore articolazione in qualifiche, che corrispondevano a qualifiche diversificate e gerarchicamente ordinate. Questa suddivisione in qualifiche era in realtà formale e si sostanziava in una progressione di retribuzione automatica.

Allo stesso modo, con l'introduzione del nuovo ordinamento professionale e dello strumento delle progressioni orizzontali, si intendeva perseguire una chiara finalità: riconoscere uno sviluppo della retribuzione correlato alle competenze professionali del lavoratore, idoneamente verificate attraverso un sistema di valutazione, nel rispetto del fondamentale principio d'equità che prevede una retribuzione uguale per un lavoro uguale. La promozione di una politica retributiva differenziata anche all'interno della stessa area o categoria, anche a parità di mansioni, in considerazione delle qualità personali, conferisce un nuovo volto al lavoro pubblico.

Oggi, come ieri, la fase applicativa ha rivelato un profondo scollamento tra quanto auspicato con la riforma e ciò che è stato realizzato. La storia si ripete: tutto cambia per rimanere uguale. Approfondiamola questa storia. Potrebbe aiutare nel focalizzare le ragioni del fallimento e suggerire gli interventi necessari per creare quella "tela amministrativa" dove tessere una nuova organizzazione del lavoro pubblico.

2. Come accennato, i CCNL del quadriennio 1998-2001 hanno eliminato il vecchio sistema delle qualifiche funzionali, introdotte dalla legge n. 312 del 1980 che aveva svolto, comunque, un ruolo importante di semplificazione e riordino rispetto alla moltitudine di posizioni stipendiali che provenivano dal precedente iniquo sistema delle carriere. Tale normativa aveva classificato i dipendenti pubblici su otto-dieci livelli, esclusi i dirigenti, con diversi profili professionali all'interno di ciascun livello retributivo.

La possibilità di una progressione economica era costituita solo ed esclusivamente dal passaggio alla qualifica superiore, previo superamento di un concorso pubblico. L'interesse sotteso all'introduzione di questa struttura





era, oltre al superamento della preesistente “polverizzazione gerarchico professionale”,<sup>4</sup> di introdurre maggiore flessibilità attraverso una maggiore qualificazione professionale e responsabilizzazione del personale, superando la ripetitività dei compiti e l'estrema parcellizzazione delle mansioni. Attraverso un collegamento tra la qualifica funzionale e l'organizzazione si sperava di rompere l'allora vigente rigidità del sistema.

Dal punto di vista tecnico, la qualifica funzionale consentiva di ordinare le mansioni all'interno dell'organizzazione secondo modalità che avrebbero dovuto tener conto dei compiti effettivamente svolti dal lavoratore e delle caratteristiche del soggetto chiamato a svolgerli.

Il sistema presentava indubbi limiti oggettivi: la scarsa fungibilità del personale nella medesima qualifica; le sperequazioni sostanziali tra dipendenti che, pur svolgendo medesime attività, erano inquadrati a livelli diversi; il limite del concorso per accedere alle qualifiche superiori, puntualmente aggirato da concorsi interni e reinquadramenti per legge, da cui poi derivavano galleggiamenti, trascinamenti, scivoli e quant'altro. Oltre ai limiti intrinseci al modello costruito, sull'efficacia dello stesso hanno poi pesato le modalità applicative, che hanno segnato il fallimento del raggiungimento degli obiettivi che il legislatore si era prefissato.

Infatti, non vi fu prima un inquadramento funzionale, ovvero l'analisi, nel contesto organizzativo dell'ente, delle prestazioni lavorative dei dipendenti e dopo il conseguente inquadramento economico: il personale fu inquadrato a partire dal salario percepito e non dalla funzione svolta. Il reinquadramento è stato gestito con l'obiettivo fondamentale di garantire, attraverso il solito meccanismo degli automatismi, le maggiori possibilità di avanzamento del personale, svuotando i livelli più bassi, senza operare alcuna differenziazione reale tra le professionalità esistenti<sup>5</sup>.

Sulla scorta della precedente esperienza, i CCNL del quadriennio 1998-2001, con l'introduzione di nuovi sistemi di classificazione, che prevedono per ogni comparto tre o quattro aree o categorie al cui interno sono previste diverse posizioni retributive, hanno tentato di superare i limiti del sistema delle qualifiche funzionali. In particolare, la contrattazione collettiva ha superato il problema della infungibilità delle mansioni<sup>6</sup>; ha previsto inoltre

<sup>4</sup>Ricciardi M., 1999 *I nuovi sistemi di classificazione del personale nei rinnovi contrattuali 1998-2001*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n.2, vol.2.

<sup>5</sup>Mauro Bonaretti e Lino Codarda, *Ripensare il lavoro pubblico. Come gestire le risorse umane e la contrattazione nelle pubbliche amministrazioni* Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica - Ufficio per l'innovazione delle Pubbliche Amministrazioni, Rubettino 2001.

<sup>6</sup>Nei contratti collettivi ogni area è stata definita tramite declaratorie e tutte le mansioni ascritte

un doppio sistema di progressione interna per i dipendenti : verticale, fra le aree, e orizzontale all'interno dell'area fra le sole posizioni retributive. Le posizioni economiche all'interno delle categorie non sono omogenee per alcune sono possibili anche accessi dall'esterno; il dato qualificante però è costituito dal fatto che per gli interni sono previste corsie preferenziali talvolta esclusive, è il caso delle posizioni retributive cosiddette "super". L'istituto della progressione orizzontale presenta, tuttavia, un carattere straordinariamente innovativo anche rispetto alle progressioni verticali. Quest'ultime consistono in passaggi tra profili con diverso trattamento tabellare sempre all'interno della stessa categoria, e in passaggi tra categorie. Nella progressione verticale all'interno della categoria o area il diverso trattamento economico è la conseguenza di una nuova posizione funzionale, dello svolgimento di diverse mansioni, e, infatti, i problemi che si pongono sono quelli afferenti il rapporto fra sistemi di classificazione del personale e il principio del concorso pubblico<sup>7</sup>. La logica della progressione economica orizzontale, invece, è quella delle competenze, delle capacità e delle conoscenze personali; le difficoltà che si pongono in questo caso sono legate alla realizzazione per gli enti di validi processi di valutazione.

Con il nuovo sistema di classificazione, nei diversi comparti, si è cercato di soddisfare la necessità di maggiore flessibilità operativa delle amministrazioni, attribuendo ad esse la possibilità di esigere dal lavoratore un ventaglio di prestazioni più ampio; per i lavoratori, il nuovo ordinamento ha sancito il "diritto" ad essere premiati per il maggiore impegno e l'accresciuta professionalità. L'auspicio dichiarato dalle amministrazioni e dal sindacato è stato dunque quello di fendere il luogo comune di un lavoro pubblico caratterizzato da un basso salario, da un'assenza di valutazione e di incentivi.

Sebbene i diversi contratti<sup>8</sup> si siano posti l'obiettivo comune di superare la rigidità dell'organizzazione del lavoro, le differenze tra i comparti non hanno riguardato solo il numero dei livelli, ma altresì il meccanismo di

---

al profilo di appartenenza, quelle complementari o strumentali, sono esigibili in quanto contrattualmente fungibili. In particolare alcuni comparti l'equivalenza è stata stabilita a livello dell'intera categoria, come per gli enti locali, in altre solamente nell'ambito della posizione retributiva, i ministeri.

<sup>7</sup>Sul punto si segnala Talamo, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Annali dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo*, 2001.

<sup>8</sup>La contrattazione collettiva nel quadriennio 1998-2001 ha abbandonato la caratteristica del precedente quadriennio di pressoché omogeneità di contenuti. I contratti sono diversi perché hanno cercato di aderire alle specificità dell'organizzazione del lavoro dei settori che andavano a disciplinare.





funzionamento del nuovo ordinamento. Le diversità sono evidenti nei criteri individuati per le progressioni, in particolare per quelle orizzontali. Per quanto concerne i criteri generali, alcuni contratti hanno previsto criteri molto oggettivi, mortificando la valorizzazione della qualità della prestazione individuale; gli enti locali invece, hanno indicato criteri di carattere soggettivo, con un giudizio sulle qualità individuali per le qualifiche più alte: *“diverso impegno e qualità delle prestazioni svolte, con particolare riferimento ai rapporti con l’utenza; grado di coinvolgimento nei processi lavorativi dell’ente, capacità di adattamento ai cambiamenti organizzativi, partecipazione effettiva alle esigenze di flessibilità. Iniziativa personale e capacità di proporre soluzioni innovative o migliorative dell’organizzazione del lavoro”*. Il comparto Università ha individuato criteri precisi “pesandoli” in una scala che dà maggiore importanza alla qualità della prestazione.

Per tutti, la contrattazione integrativa periferica avrebbe dovuto specificare i criteri di selezione per le progressioni interne all’area, nell’ambito delle regole definite dagli stessi contratti collettivi.

Tuttavia, la gestione dell’istituto operata dalla contrattazione di secondo livello ha nuovamente riproposto una burocrazia incapace di gestire il personale: nuovi strumenti, vecchie logiche.

Sebbene con la contrattazione collettiva nel quadriennio 1998/2001 si sia realizzato il passaggio da un sistema contrattuale centralizzato ad un sistema decentrato, fortemente voluto sia dai sindacati che così hanno ottenuto la possibilità di incidere sulle decisioni amministrative sia dalle amministrazioni, che così hanno potuto conformare i poteri del privato datore di lavoro alle specifiche esigenze organizzative, sul piano applicativo si sono verificati i soliti automatismi.

Infatti, le amministrazioni si sono rivelate deboli sul tavolo contrattuale decentrato, per la mancanza di risorse umane in grado di gestire con professionalità le relazioni sindacali; così quella sana conflittualità tra distinte posizioni che in un rapporto di lavoro vedono il confronto tra le esigenze organizzative e gestionali del datore di lavoro a quelle del lavoratore, appare pressoché sfumata. Le amministrazioni hanno rinunciato a politiche di gestione del personale fondate sulla valorizzazione della competenza e del merito; il sindacato ha perso l’occasione di smettere i soliti abiti della mediocrità piatta nelle politiche retributive. Naturalmente se la “partita” contrattuale non ha visto vincitori, di certo vi sono i soliti vinti: i cittadini, perché anche se nulla è mutato in termini di competenza e di organizzazione e quindi di efficienza della macchina amministrativa, vi è stato comunque un aumento complessivo della spesa del personale



che purtroppo pesa sull'economia del Paese.<sup>9</sup>

3. La contrattazione collettiva integrativa ha dunque segnato l'applicazione del nuovo sistema di classificazione professionale. Dai dati forniti dalla ricerca ARAN<sup>10</sup> è emerso che nel campione e in tutti i comparti, la materia che più di frequente è stata oggetto di regolazione negli accordi integrativi è stata la progressione economica orizzontale, anche per gli ampi spazi negoziali permessi dai CCNL. Ciò conferma che la progressione economica orizzontale è stato l'istituto più rilevante introdotto dalla contrattazione nazionale 1998-2001.

I criteri individuati per le progressioni orizzontali nella contrattazione integrativa nei diversi comparti sono perlopiù quello dell'anzianità cui segue quello delle prestazioni e delle capacità individuali dei dipendenti. Gli altri criteri: maggiori attribuzioni di ruolo, partecipazione a corsi di formazione, possesso di titoli di studio sono stati utilizzati complessivamente meno. Anche se vi sono delle differenze tra i diversi comparti, sono prevalsi un po' ovunque criteri tradizionali ovvero lo storico e "sempreverde" criterio dell'anzianità.

Le amministrazioni hanno optato per l'adozione di criteri che non hanno comportato la necessità di elaborati processi di valutazione, anche perché, nell'ottica della "sanatoria generalizzata" alla quale abbiamo già fatto riferimento, attraverso le progressioni economiche orizzontali, in diversi comparti sono stati gestiti passaggi di numerosi dipendenti. Per la maggior parte delle amministrazioni, l'istituto in esame ha risolto "situazioni pregresse accumulate nel tempo"; per altre è servito a riconoscere nuovi ruoli professionali, a rispondere all'esigenza di un cambiamento istituzionale o di una riorganizzazione del lavoro.

Il prevalente criterio della anzianità risulta tuttavia maggiormente utilizzato nei ministeri laddove la gestione della progressione economica ha assecondato gli automatismi voluti dai più anziani spesso con titoli di studio inferiori rispetto a dipendenti più giovani, ma laureati e specializzati, che di fatto ricoprono ruoli di maggiore qualificazione. Per le aspettative di questo personale più aggiornato e professionalizzato, uno sviluppo basato sul merito è ancora una chimera che porta ad un inevitabile depauperamento e dequalificazione e ad una fuga da una amministrazione che non sa valutare.

<sup>9</sup>Sui riflessi del nuovo sistema di classificazione sulla spesa pubblica e sulle problematiche relative al fondo unico di amministrazione si rinvia a Talamo op.cit., pag. 567ss.

<sup>10</sup>Bordogna, op. cit.





Se l'impegno e la professionalità, anziché consentire una maggiore soddisfazione economica, sono discriminati o, nella migliore delle ipotesi, irrilevanti, non deve stupire che l'innovazione e il cambiamento siano ancora oggi solo oggetto di forbiti dibattiti, accese tavole rotonde e eleganti discettazioni. Nei fatti, la dirigenza che opera nelle pubbliche amministrazioni non ha tempo per valutare, e se lo fa non sempre utilizza tecniche di valutazione adeguate che comunque costano impegno, lavoro e una scelta da parte del datore di lavoro che dovrebbe essere orientata a soddisfare l'interesse pubblico. Si preferiscono invece logiche clientelari, più semplici, meno impegnative e chissà forse meno impopolari. Anche perché, ed è difficile sostenere il contrario, se non si è valutati perché valutare?

In questo modo, naturalmente, si è tradito lo spirito dell'istituto, che ha previsto per i dipendenti di un'area o categoria la possibilità di un passaggio a un livello retributivo più elevato, a parità di mansioni, in virtù di una valutazione da parte della dirigenza del valore aggiunto dell'apporto individuale; se fosse stato applicato correttamente, avrebbe potuto innescare un meccanismo di virtuosa competizione tra i dipendenti, finalizzato al miglioramento continuo. La novità introdotta nel sistema dalla progressione economica orizzontale sta proprio nel consentire alla dirigenza di differenziare la retribuzione sulla scorta delle concrete competenze delle risorse umane correttamente valutate.

Anche nell'esperienza<sup>11</sup> del comparto regioni ed enti locali, tale strumento è stato utilizzato per sanare situazioni pregresse. Appare evidente la preferenza per criteri oggettivi, quali l'anzianità, che implicano una minore assunzione di responsabilità nella scelta da parte dei vertici. In linea generale si riscontra l'adozione di meccanismi di gestione e di valutazione pensati seguendo la logica dell'adempimento normativo, con un inquietante scollamento tra gli obiettivi strategici dell'ente e le risorse umane. Ciò equivale a dire che le logiche di sviluppo delle risorse non sono, in molti casi, connesse alle attività dell'ente. Quanto affermato si riferisce agli enti locali di medie o grandi dimensioni. Per i comuni con meno di 5000 abitanti, circa 5900, con una incidenza del 72% sul totale, la esiguità del numero di dipendenti, che spesso sono chiamati a svolgere più attività, ha impedito una reale comparazione tra dipendenti che svolgono le stesse mansioni finalizzata alla progressione economica del migliore. Nella maggior parte dei "comuni polvere", la commistione tra politica e amministrazione, nonché la totale mancanza di spersonalizzazione della funzione dei dipendenti, hanno

---

<sup>11</sup>Bonaretti e Codarda op. cit.

consentito di derogare, in sede di contrattazione integrativa, a quasi tutti i criteri necessari per una valutazione comparativa. In queste realtà, i meccanismi di valutazione non sono nemmeno stati applicati burocraticamente perché strutturare una metodologia che abbia dei costi superiori a quanto occorra attribuire è impensabile. Per i dipendenti di questi comuni vi è il diritto ad acquisire progressioni economiche che assumono la veste di vere e proprie elargizioni immotivate. D'altro canto, questa è la conseguenza di una contrattazione collettiva disegnata sui comuni medio-grandi e che nella pratica ha mostrato un impianto non applicabile alle piccole realtà dove mancano le risorse umane e professionali e dove alle politiche di gestione si contrappongono le difficoltà di garantire ogni giorno l'ordinaria amministrazione.

Anche per il comparto sanità per il quale vi è stata una forte "aziendalizzazione" rispetto ad altre amministrazioni, la progressione economica orizzontale è stata inizialmente utilizzata per passaggi collettivi sostanzialmente indiscriminati e basati su criteri non qualitativi, ma sulla anzianità.

I diversi comparti non differiscono di molto, nemmeno per quanto attiene il processo di valutazione strettamente collegato alla gestione della progressione orizzontale. Come detto, la forza dello strumento consiste nel coniugare un aumento retributivo fisso alle competenze e alle prestazioni, a parità di mansioni.

Il legame con le competenze, ovvero con l'insieme di capacità e conoscenze che consentono al lavoratore di raggiungere i risultati richiesti, implica un sistema di valutazione dinamico in grado di misurarle, che utilizzi fattori di valutazione specifici e non generici, da ponderare rispetto alla mansione valutata. Valutare le competenze dovrebbe significare per l'ente "dimensionare" le conoscenze richieste rispetto ai servizi che occorre fornire ai cittadini; individuare i processi più importanti posti all'interno dell'ente, per individuare i risultati ai quali tende l'organizzazione e le risorse umane necessarie per raggiungerli.

Il processo di valutazione invece è stato costruito in modo farraginoso, artificiale, tant'è che nella maggior parte dei contratti analizzati non vi è l'indicazione di una specifica finalità per la quale viene utilizzato, ma solo un elenco di indicatori. Dal quadro emerge un sistema di valutazione statico con un approccio della dirigenza di puro adempimento del dettato contrattuale.

In definitiva, la fase di attuazione ha visto le amministrazioni indirizzare i propri comportamenti non per risolvere le criticità pregresse orientandoli



con coerenza verso l'innovazione, ma le politiche di gestione del personale hanno ricalcato la prassi amministrativa del passato.



76

4. *“Sarebbe imperdonabile se anche questa volta, come troppe volte è accaduto in passato, la vicenda inquadramento fosse soltanto l'occasione per un'operazione di natura retributiva”*, così scriveva il Prof. Ricciardi<sup>12</sup>, all'indomani dei primi rinnovi contrattuali.

Oggi lo scongiurato è realtà. Probabilmente le innovazioni introdotte dall'ultima tornata contrattuale sono intervenute in contesti organizzativi poco sviluppati nei quali se, per un verso, il datore di lavoro, alias dirigenza, ha dimostrato una scarsa propensione per una gestione moderna delle risorse, è del pari inconfutabile che il sindacato abbia continuato a promuovere le solite logiche che puntano a politiche retributive di appiattimento e non di crescita professionale e organizzativa del personale e dell'ente.

A questo punto, però, per il futuro dobbiamo decidere in quale contesto organizzativo si vuole operare: un'organizzazione amministrativa dell'ente burocratica in senso tecnico (fatta di atti, pratiche, procedure ecc.) o in una organizzazione professionale costruita sui professionisti?

Dobbiamo decidere se da grandi vogliamo essere dei funzionari diligenti, ordinati, rispettosi delle norme; ovvero professionisti, qualificati, attivi, creativi, propositivi, innovativi.

Alle amministrazioni e ai sindacati il potere e la responsabilità di scegliere, oltre che l'assetto normativo, il volto da dare al lavoro pubblico.

---

<sup>12</sup>Ricciardi, op.cit. pag 282.

---

## CAPITOLO 4





---

Le procedure di riqualificazione  
professionale  
e la Corte Costituzionale  
di Antonio Martone\*



79

1. Mentre il settore del lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni tentava, tra incertezze e, a volte, contraddizioni, di pervenire ad un assetto stabile, è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 16 maggio 2002 che ha dichiarato incostituzionale, perché in contrasto con gli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione, il sistema di selezione interna attraverso corsi di riqualificazione professionale originariamente previsto dall'art. 3, commi 205, 206 e 207 della legge 28 dicembre 1995, n.549 (già dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 1 del 1999), come modificato dal primo comma, lettere a), b) e c) dell'art. 22 della legge 13 maggio 1999, n. 133 e integrato dal secondo comma di tale articolo.

A distanza di pochi giorni (il successivo 23 luglio), poi, è stata pubblicata la sentenza n. 373 che egualmente ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un analogo sistema di progressione nelle diverse qualifiche previsto da due distinte leggi della Regione Puglia.

E nello stesso senso va anche richiamata la sentenza n. 218 del 29 maggio 2002 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 della legge 11 maggio 1999, n. 140 nella parte in cui prevedeva, per il personale delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, con qualifica di capo servizio, l'inquadramento a semplice domanda nella qualifica immediatamente superiore.

2. Anche se relative a sole previsioni legislative destinate comunque a perdere efficacia a seguito del completamento del procedimento di "privatizzazione" del rapporto dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, le decisioni ora richiamate – oltre a costituire un significativo esempio (in particolare la sentenza n.194) di quella alternanza

---

\*Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.



tra interventi del legislatore, della Corte Costituzionale e, a volte, del giudice ordinario e amministrativo che è alla base del “diritto vivente” e dove non sempre è agevole delineare il ruolo e la funzione svolti dai singoli protagonisti – presentano particolare interesse in quanto:

- a) sono destinate, per i principi esposti, ad incidere pesantemente sul sistema delle relazioni sindacali nel pubblico impiego, atteso che il sistema di progressione previsto dalle citate disposizioni legislative, è stato recepito, nelle sue linee essenziali, dalla contrattazione collettiva nazionale e integrativa, e ha dato già luogo a un diffuso contenzioso davanti al giudice ordinario caratterizzato dall’adozione di provvedimenti cautelari non sempre uniformi;
- b) pongono il problema della verifica della diretta applicazione dei principi costituzionali anche dopo la definitiva trasformazione del rapporto di pubblico impiego;
- c) impongono di verificare se la operata qualificazione della selezione del passaggio ad una fascia superiore non assuma anche rilievo per risolvere le questioni di giurisdizione ai sensi del primo e quarto comma dell’art. 63 del T.U. n. 165 del 2001.

3. Senza ripercorrere le vicende processuali che hanno dato luogo agli incidenti di costituzionalità (le sentenze, del resto, ne riferiscono puntualmente) è opportuno, in primo luogo, individuare i principi enunciati o ribaditi dalla Corte e che possono essere così sintetizzati:

- a) “il passaggio ad una fascia funzionale superiore” comporta l’accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla “regola del pubblico concorso” che, in quanto offre le migliori garanzie di selezione dei soggetti più capaci, corrisponde al canone di efficienza dell’amministrazione;
- b) la previsione non già di un concorso pubblico con riserva di posti, ma di un concorso “interno” riservato ai dipendenti dell’amministrazione, deve trovare la sua giustificazione in particolari esigenze dell’amministrazione interessata e, in ogni caso, non soltanto non può riguardare la totalità dei posti vacanti, ma deve avere ad oggetto una percentuale dei posti (da coprire con il concorso interno o riservata in quello aperto anche agli esterni) contenuta entro limiti di ragionevolezza;
- c) in ogni caso deve essere esclusa la possibilità della progressione *per saltum*, nonché quella del conferimento, sia pure in via transitoria, delle



- funzioni connesse alla qualifica superiore per la quale si concorre;
- d) il ricorso ai fini della selezione a corsi di formazione professionale riservati ai dipendenti e per l'ammissione dei quali, anche in mancanza del titolo di studio prescritto per la qualifica superiore, assume peso determinante l'anzianità, soprattutto se accompagnata dalla genericità della previsione di una prova di carattere teorico pratico alla fine del corso, non è idonea a garantire una seria verifica della professionalità e a impedire "una sorta di automatico e generalizzato scivolamento verso la qualifica superiore che si risolverebbe in una surrettizia "reintroduzione dell'ormai superato sistema delle carriere in contrasto con il canone del buon andamento dell'amministrazione".



4. Questi, in sintesi, i principi enunciati dalla Corte con riferimento a una ormai superata disciplina legislativa e in relazione ai quali si può osservare come:

- a) il sistema dei "concorsi interni" – e di riflesso lo stesso concetto di carriera che per lungo tempo ha costituito un elemento distintivo del lavoro pubblico da quello privato – deve ritenersi in contrasto con i principi costituzionali, soprattutto se non accompagnato dalla contestuale apertura verso gli "esterni" alla amministrazione;
- b) i valori sottesi a tali principi consentono, poi, alla stessa Corte Costituzionale (e, deve ritenersi anche al giudice ordinario o amministrativo) di operare un sindacato (sul merito?) dei criteri dettati per la selezione per verificarne l'idoneità ad una seria verifica della professionalità.

5. Ciò premesso, il primo problema che si pone è quello di esaminare se i principi enunciati dalla Corte trovino diretta applicazione anche nei confronti della contrattazione collettiva (nazionale e integrativa) cui, a decorrere dal precedente quadriennio, è stata rimessa la disciplina dell'accesso a un posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate.

Al quesito deve essere data risposta positiva.

Soprattutto in relazione agli artt. 51 e 97 della Costituzione, sembra indiscutibile che i medesimi impongano alle pubbliche amministrazioni (anche nella nuova veste di soggetti della contrattazione collettiva) un preciso modo di operare e possano di riflesso, rilevando in tema di rapporti intersoggettivi, determinare la nullità, ai sensi dell'art. 1418 del codice civile, di eventuali accordi in contrasto con i principi costituzionali.

Ne consegue che alla luce dei detti principi (così come interpretati dalla



Corte) deve operarsi la valutazione di legittimità dei sistemi introdotti dalla contrattazione collettiva nazionale. Mentre per quanto riguarda la contrattazione integrativa (che in concreto ha disciplinato, con varie modalità, la materia) è preliminare l'accertamento della sua conformità ai principi del contratto nazionale.

6. Le conclusioni ora esposte possono trovare, peraltro, alcuni temperamenti.

In primo luogo si deve ritenere che il mutamento del sistema di classificazione del personale (operato dalla contrattazione collettiva nazionale) con il passaggio dalla “qualifica funzionale” al sistema delle aree e delle diverse posizioni all'interno delle stesse, può indubbiamente costituire quella situazione di carattere eccezionale (attesa la necessità di operare il nuovo inquadramento del personale in servizio) che secondo il pensiero della Corte consente di derogare, sia pure in parte, al sistema del concorso pubblico aperto agli esterni.

Va, inoltre, considerato che la determinazione delle diverse aree (e delle corrispondenti mansioni), nonché delle singole posizioni all'interno delle medesime è rimessa direttamente all'autonomia negoziale.

Ne deriva che l'eventuale previsione dell'equivalenza delle mansioni all'interno della singola area rende possibile l'individuazione di diversi livelli retributivi (in ipotesi ancorati anche all'anzianità di servizio), senza che possa ravvisarsi un contrasto con i ricordati principi costituzionali ai quali, invece, la contrattazione collettiva non può non ispirarsi per quanto riguarda l'accesso alle diverse aree.

Sotto questo profilo le scelte si presentano particolarmente delicate attesa la difficoltà di predeterminare:

- a) i “limiti di ragionevolezza” richiesti nel rapporto tra posti riservati ai concorsi interni e quelli oggetto di un concorso aperto agli esterni (nonché l'eventuale quota di posti riservati agli interni in questi ultimi concorsi);
- b) le modalità attraverso le quali garantire quella “seria verifica della professionalità” cui la Corte Costituzionale subordina l'ammissibilità del ricorso ai corsi di formazione professionale.

Il problema non è irrilevante se si considera che, nel sistema del T.U. n. 165 del 2001, la verifica del rispetto di queste condizioni è rimessa al giudice ordinario e può dar luogo a contrastanti decisioni giurisprudenziali (salvo il ricorso, che in questa materia è altamente auspicabile, all'accertamento pregiudiziale sulla validità delle clausole del contratto collettivo nazionale,

ai sensi dell'art. 64 del citato T.U. e sempre che i detti limiti e le dette modalità siano stabiliti in questa sede e non rimessi alla contrattazione integrativa).

7. Non sembra, infatti, che le sentenze della Corte Costituzionale (se si prescinde da un solo profilo che si esaminerà in seguito) abbiano inciso sui criteri del riparto di giurisdizione.

Premesso che l'art. 2, primo comma del T.U., per quanto qui interessa, riserva al momento per c.d. "pubblico", la sola determinazione delle "dotazioni organiche complessive" nonché l'individuazione degli "uffici di maggior rilevanza", sembra incontestabile che ogni decisione in ordine alle modalità di copertura dei posti vacanti nelle singole aree e all'interno delle medesime venga adottata, come dispone il secondo comma del successivo art. 5, con la "capacità e i poteri del privato datore di lavoro" e nel rispetto degli obblighi assunti in sede contrattuale nell'esercizio della capacità negoziale. Le relative controversie rientrano, pertanto, a pieno titolo nella previsione di cui al primo comma dell'art. 63 del T.U.

A diversa conclusione sembra, invece, doversi pervenire per quanto riguarda le eventuali controversie relative alle concrete modalità seguite nella valutazione comparativa degli aspiranti, quanto meno con riferimento all'accesso alla singola area.

Se l'accesso ad una fascia funzionale superiore non si risolve, come in passato, in un ordinario sviluppo di carriera ma costituisce, come ha precisato la Corte Costituzionale, l'accesso a un nuovo posto di lavoro soggetto, quale figura di reclutamento, alla "regola del pubblico concorso", sembra incontestabile, nel caso di concorso aperto agli esterni, che si sia in presenza di una "procedura concorsuale per l'assunzione" ai sensi del quarto comma del citato art. 63.

Ma anche nelle ipotesi in cui, in presenza di particolari esigenze, l'amministrazione possa ricorrere a corsi di formazione professionale, la selezione per l'ammissione ai detti corsi sembra egualmente integrare una valutazione concorsuale come tale rimessa al giudice amministrativo.

Indubbiamente questa soluzione può suscitare alcune perplessità, per la singola concorrenza della giurisdizione ordinaria in ordine alla scelta della procedura per la copertura dei posti e di quella amministrativa relativamente alla successiva valutazione comparativa tra gli aspiranti. Ma forse questa incongruenza è soltanto apparente se si riflette sulla permanente operatività nei rapporti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni dei principi di cui agli artt. 51 e 97 della Costituzione.





---

## CAPITOLO 5





---

I rapporti tra i contratti di  
comparto, i contratti integrativi e  
la giurisprudenza costituzionale  
di Angelo Trovato\*



87

La Corte Costituzionale con le recenti sentenze n. 194, n. 218 e n. 373 del 2002 è intervenuta sulle problematiche relative all'accesso alla pubblica amministrazione, con specifico riferimento ai concorsi interni. Tali questioni assumono un particolare rilievo in quanto le progressioni verticali – strettamente interconnesse al tema dei concorsi interni – costituiscono uno dei momenti portanti dei vigenti CCNL, che disciplinano il rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Tali progressioni verticali si pongono, peraltro, in stretta correlazione anche alle tematiche legate all'avvenuta completa privatizzazione del rapporto di impiego.

In via preliminare, bisogna, pertanto, esaminare gli elementi di maggior rilievo, derivanti dalla sopracitata giurisprudenza della Consulta.

Con la sentenza n.194/2002 il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, commi 205, 206 e 207 della legge 28 dicembre 1995, n.549, come modificato dall'articolo 22, comma 1, lettere a), b) e c) della legge 13 maggio 1999, n.133. Con tale legge – intervenuta a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n.1/1999 – era stata disposta la riqualificazione del personale del Ministero delle Finanze, operata mediante specifici corsi con riserva a favore del personale interessato, del settanta per cento di posti disponibili nella qualifica superiore.

È stato, così, ritenuto dalla Corte Costituzionale che, secondo la propria consolidata giurisprudenza, il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporti "l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso" (vedi sentenze Corte Costituzionale n. 320/1997 e n. 1/1999), in quanto proprio questo metodo offre le migliori garanzie di selezione dei soggetti più capaci. Così, il pubblico concorso diviene un

---

\*Direttore settore personale Enti locali, Ministero dell'Interno.



meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, che può dirsi pienamente rispettato solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi, formule che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, le quali possano giustificarle, per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione.

Una procedura, pertanto, che preveda forme di restrizione per i partecipanti, può considerarsi costituzionalmente legittima solo nell'ipotesi in cui, data la particolarità del profilo interessato o l'impossibilità per l'ente di acquisire una professionalità esterna, sia giustificata solo ed esclusivamente a migliore garanzia del buon andamento della stessa P.A., ovvero nell'ipotesi in cui una progressione professionale del personale già in servizio risulti strutturalmente funzionale agli interessi di buon andamento della pubblica amministrazione, perché, ad esempio, l'interessato ha svolto mansioni superiori o perché ciò porta, nell'interesse dell'amministrazione medesima, ad una valorizzazione delle professionalità già esistenti.

Peraltro, in materia, deve rilevarsi come l'articolo 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165, nel dettare la disciplina delle mansioni dei dipendenti pubblici, stabilisca il principio in base al quale "il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive".

Da tale contesto normativo – che in via prioritaria sancisce l'equivalenza delle mansioni all'interno della categoria di appartenenza – si deduce come venga ad essere ipotizzato un accrescimento delle professionalità del dipendente pubblico attraverso gli strumenti "dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive", procedure tutte che, di fatto, vengono ad essere poste su un piano di sostanziale parità, o, meglio, di sostanziale equivalenza.

La Corte Costituzionale, nella citata sentenza n.194/2002, esamina il contenuto della legge in questione, pronunciandosi, altresì, sulle procedure selettive previste, e rileva come, anche se sia stato escluso che la totalità dei posti vacanti nelle dotazioni organiche delle varie qualifiche prese in considerazione possa essere attribuita all'esito di corsi di formazione professionale, riservati ai soli dipendenti dell'amministrazione medesima, di fatto tale riserva attribuisce loro la totalità dei posti messi a concorso, pari a



gran parte dei posti disponibili, realizzando una duplice sostanziale elusione dei principi costituzionali precedentemente enunciati.

Peraltro, rileva la Corte Costituzionale, che all'epoca non risultava bandito il concorso pubblico per la residua parte dei posti, mentre, perché si realizzi il corretto modello concorsuale, è necessario che la selezione avvenga con criteri tali "da prevedere e consentire la partecipazione anche agli estranei, assicurando così il reclutamento dei migliori". A tale schema si deve ricorrere anche per scongiurare "gli effetti distortivi" che il criterio dei concorsi interni può produrre (v. sentenza n.313 del 1994).

Pertanto, prosegue la Corte, la previsione, nella disciplina censurata non già di un concorso pubblico con riserva dei posti, bensì, di un concorso interno, riservato ai dipendenti dell'amministrazione, per una percentuale di posti disponibili particolarmente elevata – e, comunque, priva di quelle motivazioni legate al buon andamento della pubblica amministrazione che potevano legittimarle – diviene incongrua, appare irragionevole e si pone in contrasto con gli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione.

Viene, altresì, ad essere criticato il principio dell'anzianità, che è posto a base dei criteri selettivi, metodo che, di per sé, non appare idoneo a garantire una seria verifica dei requisiti attitudinali, nonché ad evitare una sorta di automatico e generalizzato scivolamento verso la qualifica superiore. Quanto sopra esclude, come già indicato nella sentenza della stessa Corte Costituzionale n. 1 del 1999, l'idoneità di una tale selezione a consentire una seria verifica della professionalità richiesta.

Tali motivazioni hanno, così, portato alla declaratoria di incostituzionalità dell'articolo 22, comma 2, della legge n. 133/1999.

Tale sentenza – come peraltro indicato nell'ambito enucleativo della stessa – va letta, al fine di verificarne l'impatto con i vigenti CCNL, alla luce della precedente giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale, la quale aveva considerato ammissibile il c.d. concorso interno solo se rispondente ad una serie di principi enucleati dalla stessa Corte tali da renderlo compatibile al fondamentale principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

Risultano particolarmente rilevanti, altresì, le sentenze n. 320 del 1997 e n. 234 del 1994.

Il giudice delle leggi con la sentenza n.320 del 1997 aveva precisato che il passaggio, nel pubblico impiego, ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è quindi soggetto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso. Il legislatore, peraltro, nell'esercizio della sua



discrezionalità, può ragionevolmente derogare a tale regola, in presenza di peculiari situazioni giustificatrici e con il limite della necessità di garantire il buon andamento dell'amministrazione pubblica.

Con l'ordinanza n. 234 del 1994 la Corte Costituzionale si era pronunciata sulla legittimità della legge della Regione Lombardia n. 60/1984, ritenendo che la stessa non contrastasse con i criteri di salvaguardia del buon andamento della pubblica amministrazione, e di congruità dei requisiti concorsuali, posti a limite della discrezionalità legislativa spettante alle regioni. Infatti, l'articolo 11 della precitata normativa regionale prevede che, nei concorsi pubblici per l'accesso a qualifiche funzionali vi sia una riserva di posti (pari al 50% di quelli messi a concorso) a favore del proprio personale di ruolo, il quale appartenga alla qualifica immediatamente inferiore, con anzianità quinquennale di servizio effettivo in essa ed in possesso del titolo di studio stabilito per l'accesso alla medesima oppure del titolo richiesto per il concorso pubblico (nella specie diploma di laurea), indipendentemente dall'anzianità di servizio. Tale riserva, infatti, secondo la Corte Costituzionale, non presenta caratteri di manifesta irragionevolezza, poiché si prescinde dal titolo di studio necessario al concorso pubblico solo per chi possiede il requisito dell'anzianità e, da quest'ultimo, solo per chi abbia tale titolo.

Ben diversamente, come successivamente esamineremo, hanno disciplinato le progressioni verticali i vigenti CCNL, specie quando è stato utilizzato lo strumento dei contratti integrativi decentrati.

Ulteriori elementi di valutazione sono forniti dalla sentenza della Corte Costituzionale n.218 del 2002, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 1, della legge 11 maggio 1999, n.140, che inquadrava nella qualifica immediatamente superiore il personale con la qualifica di capo servizio presso le Camere di Commercio, attribuendo allo stesso una legittima aspettativa, tutelabile, all'inquadramento nella qualifica dirigenziale.

In merito, il giudice delle leggi ha osservato che, ai fini dello scrutinio di legittimità della predetta norma, occorre tenere presente che la stessa Corte ha costantemente affermato come nell'accesso a funzioni più elevate, ossia nel passaggio ad una fascia funzionale superiore, nel quadro di un sistema, come quello oggi in vigore, che non prevede carriere o le prevede entro ristretti limiti, deve essere "ravvisata una forma di reclutamento". Tale forma di assunzione è, perciò, soggetta alla regola del pubblico concorso, che, in quanto "meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci", resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie



funzioni in condizioni di imparzialità, costituendo ineludibile momento di controllo, funzionale al miglior rendimento della pubblica amministrazione (vedi sentenze n.1/1999, n.320/1997, n.1/1996).

Proprio per la contraddizione con tali principi, la giurisprudenza costituzionale è stata costante nel censurare norme che stabiliscano il passaggio a fasce funzionali superiori, in deroga alla regola del concorso pubblico, o che, comunque, non prevedano alcun criterio selettivo, o verifiche attitudinali atte a garantire l'accertamento dell'idoneità dei candidati in relazione ai posti da ricoprire, realizzando, così, una sorta di automatico e generalizzato scivolamento verso l'alto del personale.

In questo contesto, la norma in esame, così impugnata, appare in contrasto con l'articolo 97 della Costituzione, non prevedendo, peraltro, alcuna verifica del possesso dei requisiti richiesti per l'attribuzione della qualifica superiore.

Di estremo rilievo, in questo quadro giurisprudenziale, si pone la recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 373 del 2002 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'articolo 32, comma 1 della legge n. 7/1997 e dell'articolo 39 della legge n. 26/1984 della Regione Puglia, nella parte in cui riservano la copertura del 100% dei posti messi a concorso al personale interno, ricostruisce e chiarisce i limiti nell'ambito dei quali è legittimamente possibile espletare concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni.

La Consulta ribadisce, preliminarmente, la propria consolidata giurisprudenza in base alla quale il passaggio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ad una fascia funzionale superiore – comportando l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate – è soggetto alla regola del pubblico concorso enunciata dal terzo comma dell'articolo 97 della Costituzione.

Prosegue, confermando la propria recente giurisprudenza, di cui alla precitata sentenza n. 194/2002, precisando, peraltro, che il pubblico concorso è un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente osservato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme le quali possono considerarsi ragionevoli, solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle, per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione.

Da un tale contesto normativo si traggono i limiti, in base ai quali è possibile effettuare selezioni interne nelle pubbliche amministrazioni e la Corte Costituzionale precisa che: "l'accesso al concorso può, ovviamente,





essere condizionato al possesso di requisiti fissati dalla legge, e non è da escludere a priori che possa stabilirsi anche il possesso di una precedente esperienza nell'ambito dell'amministrazione, ove ragionevolmente configurabile quale requisito professionale. Ma quando ciò non si verifichi, la sostituzione al concorso di meccanismi selettivi esclusivamente interni ad un dato apparato amministrativo non si giustifica rispetto ai citati parametri costituzionali.

In particolare, questi principi sono stati ritenuti violati nel caso di riserva di tutti i posti disponibili di una data qualifica ai dipendenti in servizio ad una certa data, pur se non appartenenti alla qualifica immediatamente inferiore (sentenza n. 1/1999); mentre la riserva limitata al 50% dei posti messi a concorso, in favore del personale della qualifica immediatamente inferiore con almeno cinque anni di servizio, è stata ritenuta non irragionevole e non lesiva del ricordato precetto costituzionale” (vedi citata sentenza n.234/1994).

Da questa pronuncia possiamo, quindi, trarre i principi in relazione ai quali – per la parte qui in esame – leggere i vigenti contratti del personale delle pubbliche amministrazioni, in modo tale da interpretarli compatibilmente ai principi costituzionali, al fine di evitare ipotesi di nullità dei contratti medesimi.

Tali principi sono sostanzialmente identificabili nel divieto di procedere a progressioni di soggetti non appartenenti alla qualifica immediatamente inferiore (il c.d. principio del divieto del doppio salto) e nel rispetto delle regole generali di buon andamento della pubblica amministrazione. Tali regole sono enucleate all'articolo 35 del decreto legislativo n. 165/2001, e sono identificabili, sostanzialmente, nell'obbligatorietà dello svolgimento di procedure selettive *volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno, nel rispetto dei principi* di: adeguata pubblicità della selezione, modalità di svolgimento che assicurino l'imparzialità, adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire, rispetto delle pari opportunità, composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, che non siano componenti dell'organo di direzione politica e che non ricoprono cariche politiche o sindacali.

Pertanto, bisogna esaminare prioritariamente il contenuto dei principali contratti collettivi, lo sviluppo delle progressioni verticali, ed, infine, verificare se i precitati principi costituzionali siano applicabili ai medesimi

contratti collettivi, in relazione alla natura pattizia dei medesimi ed al ruolo loro attribuito, nella gestione privatizzata del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Preliminarmente, è necessario esaminare il quadro normativo in cui opera la contrattazione collettiva.

L'articolo 40 del decreto legislativo n. 165/2001, al comma 1 prevede che la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali. La precedente dizione del decreto legislativo n. 29/1993 escludeva dall'ambito della contrattazione collettiva tutte quelle materie coperte dalla c.d. riserva di legge.

È stato così ridefinito l'ambito e il ruolo della contrattazione collettiva, in modo tale che la stessa possa espandersi fino a coprire anche alcune aree coperte da riserva di legge, come per esempio l'accesso. Infatti, erano stati formulati nel passato dei rilievi, da parte della Corte dei Conti, sul fatto che alcuni contratti avessero disciplinato anche la normativa di accesso agli impieghi, ritenendo tale area coperta da riserva di legge, e, in quanto tale, non disciplinabile dalla contrattazione collettiva. Tali rilievi erano stati superati, talvolta, chiedendo, da parte del Governo, la registrazione con riserva, altre volte facendo oggetto di apposito decreto legge, poi convertito, la materia che era stata oggetto di rilievo da parte della Corte dei Conti.

Al riguardo, deve rilevarsi come la giurisprudenza costituzionale abbia inteso la predetta riserva di cui all'articolo 97, terzo comma della Costituzione, come una riserva non assoluta ma relativa. Pertanto, l'aver indicato in una legge ordinaria, come il precitato decreto delegato, la fattispecie per la quale la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro (e, quindi, anche sull'accesso) permette a quest'ultima di espandersi anche sulle predette aree, precedentemente ritenute escluse dall'ambito della contrattazione, rispettando, in tal modo, la normativa costituzionale che copre con la riserva di legge l'accesso, e ciò, in quanto è la legge medesima a dare tale specifica facoltà alla contrattazione collettiva<sup>1</sup>.

L'aver ricondotto in un tale ambito, in senso ampio di legislazione delegata, il ruolo svolto dalla contrattazione collettiva nel disciplinare le normative di accesso, permette di rispondere ai numerosi quesiti che si sono posti nell'esaminare i rapporti tra le norme costituzionali e le norme dei contratti collettivi, norme che assumono, nel loro divenire, chiaramente il ruolo di



<sup>1</sup>A. Trovato, in *Enti Locali. Il personale. Organizzazione gestione amministrazione*. Volume 1, IPSOA Editore, Milano, 1998, voce Le relazioni sindacali pag. 437/3.

norme pattizie di natura meramente privatistica, rivestenti, tra le parti, un ruolo contrattuale, teso a disciplinare i reciproci rapporti tra lavoratori e datore di lavoro pubblico.

Alcuni autori<sup>2</sup> riferiscono di tesi tendenti ad escludere qualsiasi riflesso della giurisprudenza costituzionale sulla contrattazione collettiva ritenendo che le sentenze della Corte Costituzionale abbiano riguardato specifiche leggi, e non la contrattazione collettiva; che i contratti collettivi non possano mai essere oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale, non essendo leggi; che il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione sia stato privatizzato, sicché la progressione in carriera non va trattata alla stregua di un accesso ad un posto di lavoro, per cui non è applicabile l'articolo 97 della Costituzione; che altro è il concorso interno o riservato, rispetto al quale si sottende una disciplina pur sempre pubblicistica, altro sono le progressioni verticali, mezzi previsti dal contratto per progredire in carriera, che fanno emergere posizioni equiordinate tra datore di lavoro e lavoratore, e, dunque diritti soggettivi, tanto che la giurisdizione va assegnata al giudice ordinario.

A tali tesi è stato ribadito<sup>3</sup> come la contrattazione collettiva non possa agire come se fosse assolutamente autonoma dalla legge e dai principi dell'ordinamento giuridico. E "sembra abnorme sostenere che mentre la legge deve rispettare i principi posti dalla Costituzione, il contratto collettivo, che resta fonte di autonomia privata e dunque privo dei fini generali della legge, invece possa superarli o contrastare con tali principi".

Nell'ambito di un tale dibattito giuridico si pongono, anche se apparentemente contrastanti, l'ordinanza della Corte Costituzionale n. 2 del 4 gennaio 2001 e la sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 128 del 22 marzo 2001<sup>4</sup>.

Nella precitata ordinanza n.2/2002, la Corte Costituzionale si pronuncia, ritenendola infondata, sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 68 del decreto legislativo n.29/1993, con riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, per la parte in cui creerebbe una disparità di trattamento tra il dipendente già assunto, che concorre ad un concorso pubblico per l'accesso all'impiego presso un'amministrazione, avvalendosi della quota di riserva prevista dal bando, il quale dovrebbe ricorrere

<sup>2</sup>L. Oliveri, *Progressioni verticali, concorsi interni e Corte Costituzionale nel sito Internet Giust.it.*, articoli e note n. 9-2002.

<sup>3</sup>L. Oliveri, *op. cit.*

<sup>4</sup>v. rassegna giurisprudenza in *Giornale di diritto amministrativo*, marzo 2002, n.3, IPSOA Editore, Milano.



all'autorità giudiziaria ordinaria nel caso di lamentele sulla procedura, rispetto a colui che partecipi allo stesso concorso quale esterno, per il quale solamente si tratterebbe di procedura per l'assunzione ricadente sotto la giurisdizione del giudice amministrativo. La Corte Costituzionale ritiene, quindi, erroneo, il presupposto interpretativo secondo cui la procedura concorsuale di cui si tratta avrebbe natura differente per i concorrenti in quota di riserva e per quelli esterni, trattandosi viceversa, sia per gli uni che per gli altri, di una procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata dal bando, ed in quanto tale, ricadente nella giurisdizione del giudice amministrativo.

La Corte di Cassazione, a sezioni unite, nella citata sentenza n. 128/2001, ha ritenuto che siano attribuite alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, ai sensi dell'articolo 68, comma 1, del decreto legislativo n. 29/1993, anche le controversie riguardanti le procedure finalizzate alla progressione in carriera dei dipendenti interni, le quali, anche se realizzate mediante selezioni di tipo concorsuale, consentono passaggi di qualifica non riconducibili al concetto di assunzione e sono regolate da atti da qualificarsi come atti di gestione espressione della capacità ed esercizio dei poteri del privato datore di lavoro.

Tali orientamenti giurisdizionali sono espressioni diametralmente opposte di una stessa realtà<sup>5</sup> da una parte la Corte Costituzionale che ritiene che il buon andamento della pubblica amministrazione sia garantito attraverso la scelta dei più meritevoli mediante l'utilizzo dello strumento concorsuale, cui partecipano sia interni che esterni; dall'altra la Corte di Cassazione la quale ritiene che la restituzione ai datori di lavoro pubblico della possibilità di promuovere i lavoratori che si siano distinti per capacità o impegno contribuisca a realizzare il buon andamento della stessa pubblica amministrazione attraverso i poteri datoriali di "privato datore di lavoro", nella logica della piena privatizzazione del rapporto di pubblico impiego.

La caratterizzazione delle progressioni come atti espressivi dei poteri di privato datore di lavoro, o, viceversa, come momenti espressivi della facoltà pubblicistica di accesso alla pubblica amministrazione sono, di fatto, ininfluenti sulle problematiche oggi in esame sotto un duplice profilo.

Se riteniamo prevalente l'aspetto giuspubblicistico, è indubbio come una qualsiasi procedura di accesso o progressione non possa non rispondere ai requisiti chiaramente indicati dalla Corte Costituzionale. Ma, anche se



<sup>5</sup>L. Sgarbi, commento alle precitate in *Giornale di diritto amministrativo*, IPSOA editore, Milano, marzo 2002, n.3, pag. 283.



riteniamo prevalente il profilo della progressione privatistica nell'ambito di un rapporto di impiego precedentemente instaurato con connotazioni pubblicistiche, che ormai, segue in ogni sua fase di sviluppo i dettati del codice civile, non possiamo non ignorare i principi dati dalla Corte Costituzionale e, conseguentemente, porre in essere attività, anche di natura contrattuale, in contrasto con gli stessi.

In via preliminare, bisogna ricordare come l'articolo 35 del decreto legislativo n.165/2001 abbia previsto che sia il contratto individuale di lavoro la fonte del rapporto; come al contenuto del contratto individuale di lavoro facciano riferimento le norme che disciplinano l'esercizio delle mansioni all'interno del rapporto di impiego e determinano l'equivalenza delle mansioni svolte all'interno della categoria di appartenenza<sup>6</sup>; come i vigenti CCNL in tutti i casi di passaggi di categoria, di progressione verticale, di inserimento in un nuovo profilo a seguito di un concorso, prevedano la stipula di un nuovo contratto individuale di lavoro, che disciplini i rapporti tra la parte pubblica ed il lavoratore, determinandone reciproci diritti e doveri.

Pertanto, bisogna verificare come da una fonte contrattuale privata possano derivare comportamenti contrastanti con i principi posti dalla nostra Costituzione, principi che, come noto, essendo fondamentali nel nostro ordinamento giuridico, assumono la piena valenza, in senso ampio, di principi di "ordine pubblico" ed in quanto tali non derogabili da alcuna delle parti che si sono impegnate contrattualmente.

Premesso, pertanto, che il contratto individuale di lavoro, in quanto strumento di diritto privato, va letto alla luce delle disposizioni dettate dal codice civile, bisogna, a tal fine, esaminare le norme di riferimento.

Il comma 1 dell'articolo 1418 del c.c. stabilisce che "il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative".

Sicuramente le norme della Costituzione non possono che essere considerate tali.

In un tale ambito, la Corte di Cassazione ha ritenuto di essere in presenza di elementi di valutazione oggettiva della nullità.

La sentenza 12 gennaio 1968, n. 72<sup>7</sup> ha stabilito il principio che "la

---

<sup>6</sup>A tal fine il CCNL in data 31.3.1999 del comparto autonomie locali all'articolo 3, comma 2 stabilisce che "ai sensi dell'articolo 56 del decreto legislativo n. 29 del 1993, come modificato dal decreto legislativo n. 80 del 1998, tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili. L'assegnazione di mansioni equivalenti costituisce atto di esercizio del potere determinativo oggetto del contratto di lavoro".

<sup>7</sup>In Giust. Civ., 1968, I, 393.



valutazione della nullità di un contratto va compiuta soltanto alla stregua del dato oggettivo costituito dall'esistenza di una norma imperativa alla quale il contratto è contrario, essendo del tutto irrilevante che la volontà dei contraenti fosse o meno diretta a violarla". La successiva sentenza della stessa suprema Corte (Cass. 30 aprile 1969, n.1392) ha precisato che quando sia in contestazione la nullità di un negozio per contrarietà alla legge, il riconoscimento della parte di una situazione che valga ad escludere la causa di nullità è giuridicamente irrilevante, perché l'oggetto non è disponibile e non rimane influenzato dalle opinioni che i soggetti interessati manifestano in relazione ad esso.

In un tale ambito, i CCNL, e i derivati contratti individuali di lavoro, che hanno previsto o che si sono avvalsi di clausole di accesso in contrasto con le norme costituzionali, rischiano una declaratoria di nullità.

Pertanto, nell'ipotesi di nullità del contratto di lavoro, il c.c. all'articolo 2126 comma 1 ha, comunque, previsto una clausola di salvaguardia per i lavoratori dipendenti, stabilendo che "la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità non derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa".

Intervenendo in fattispecie in cui erano contestate le procedure applicative, derivanti dal contratto decentrato del Ministero della Giustizia, una recentissima sentenza, in data 10.10.2002 del Tribunale di Lametia Terme – proprio in correlazione alla citata giurisprudenza costituzionale – ha dichiarato l'illegittimità e la conseguente nullità dell'avviso di selezione interna per direttore di cancelleria, area C, posizione economica C3, (con il quale era dato un sostanziale privilegio all'anzianità di servizio, consentendo l'accesso alla posizione C3 di personale precedentemente collocato in posizione C1, nonostante la presenza in servizio di personale collocato in posizione C2) nonché dei criteri generali disciplinanti la selezione all'interno delle aree contenute nel contratto integrativo di quel ministero. Nel corpo della sentenza il giudice dichiara, altresì, l'illegittimità e la conseguente nullità della disposizione di cui all'articolo 15, punto B, del CCNL del comparto Ministeri (pubblicato sulla G.U. n. 46 del 25.2.1999) nella parte in cui riserva esclusivamente al personale dipendente i passaggi all'interno dell'area.

Il giudice motiva rilevando che la materia per cui è causa è stata oggetto di varie pronunce della Corte Costituzionale (sentenze n. 1/199, n.194/2002 e n.373/2002) dalle quali possono evincersi una serie di criteri che debbono essere rispettati nell'ambito dei passaggi interni del personale delle



pubbliche amministrazioni, da un livello ad altro più elevato, al fine di rendere conformi le procedure stesse con i principi dettati dagli articoli 97, 98 e 51 della Costituzione.

Il tribunale di Lametia, nella sentenza in data 10.10.2002, così, rileva che non appare conforme ai principi costituzionali riservare la copertura delle vacanze tramite corsi riservati agli interni per tutti i posti disponibili nell'ambito di una certa qualifica; prevedere che la partecipazione a tali corsi sia consentita anche a coloro che non appartengono alla qualifica immediatamente inferiore a quella da ricoprire; conferire all'anzianità di servizio una funzione abnorme nel passaggio alla fascia funzionale superiore, pur in mancanza del titolo di studio ed a prescindere dal criterio dell'esercizio di fatto di mansioni superiori (sentenza n.1/1999); nonché espletare non già un unico concorso pubblico con riserva di posti al personale interno, bensì un concorso interno riservato ai dipendenti dell'amministrazione (sentenza n. 194/2002).

Alla luce delle predette osservazioni della Corte Costituzionale, il Tribunale in questione ritiene che il bando di selezione impugnato, i criteri generali per la selezione approvati con il contratto collettivo integrativo 1998/2001, del personale del Ministero della Giustizia, nonché le disposizioni in tema di passaggi interni dettate dall'articolo 15 del CCNL<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup>L'articolo 15 del CCNL del comparto Ministeri 1998-2001 prevede che: "i passaggi interni nel sistema di classificazione possono avvenire: A) tra le aree con le seguenti procedure: a) i passaggi dei dipendenti da un'area alla posizione iniziale dell'area immediatamente superiore avviene dall'interno nel rispetto del punto 2, mediante procedure selettive volte all'accertamento dell'idoneità e/o della professionalità richiesta previo superamento di corso-concorso con appositi criteri stabiliti dall'amministrazione con le procedure indicate nell'articolo 20 (contrattazione collettiva integrativa). b) alle predette procedure selettive è consentita la partecipazione del personale dipendente in deroga ai relativi titoli di studio - fatti salvi i titoli abilitativi previsti da norme di legge - purché in possesso di requisiti professionali richiesti per l'ammissione al concorso pubblico indicati nelle declaratorie di cui all'allegato A (recante le declaratorie dei profili professionali). B) all'interno dell'area con le seguenti procedure: a) i contingenti corrispondenti a ciascuna delle posizioni economiche interne all'area sono modificabili, in relazione alle esigenze organizzativo/funzionali dell'amministrazione o a obiettivi di riorganizzazione generale in correlazione alle risorse disponibili, con le procedure previste dall'articolo 20. b) il passaggio dei dipendenti da una posizione all'altra all'interno dell'area avverrà nei limiti dei posti dei contingenti previsti dal primo comma, mediante percorsi di qualificazione ed aggiornamento professionale con esame finale, al termine del quale sarà definita una graduatoria per la cui formulazione sarà considerato, in ogni caso, elemento determinante la posizione economica di provenienza. Sono considerati, altresì, elementi utili l'esperienza professionale acquisita e il possesso di titoli di studio e professionali coerenti con i processi di riorganizzazione o innovazione tecnologica. c) le amministrazioni possono bandire concorsi pubblici o avviare gli iscritti nelle liste di collocamento anche per i posti di cui alla presente lettera b) solo se la selezione stessa ha avuto esito negativo o se mancano del tutto all'interno le professionalità da selezionare. d) sono riservati esclusivamente al personale dipendente i passaggi interni all'area C, per la posizione economica C3 sulla base dei criteri previsti dall'amministrazione con le procedure di cui all'articolo 20. I passaggi di cui alle lettere



relativo al personale del comparto Ministeri per il quadriennio normativo 1998-2001, si pongano in contrasto con le disposizioni costituzionali in tema di pubblici concorsi, con conseguente nullità delle menzionate fattispecie.

Tale sentenza, la prima emessa dopo le già analizzate decisioni della Consulta, assume un particolare rilievo in quanto risolve, le problematiche accennate, relative all'applicabilità diretta – da parte del giudice ordinario – dei principi detraibili dalla giurisprudenza costituzionale a norme contrattuali, e, quindi di rango pattizio, nate dall'incontro tra la volontà delle parti pubblica e delle rappresentanze sindacali nella gestione del rapporto di lavoro, con conseguente nullità delle norme ritenute illegittime.

In tal modo, la giurisprudenza costituzionale diviene momento ermeneutico, e nello stesso tempo, limite esterno invalicabile, nell'interpretazione e nell'applicazione dei contratti collettivi di lavoro, potendone l'autorità giudiziaria ordinaria dichiararne la nullità, derivante dal contrasto delle norme contrattuali con i principi costituzionali.

In un tale ambito va, pertanto, esaminato il contenuto della vigente contrattazione collettiva, e soprattutto, della contrattazione collettiva decentrata, che di fatto ne ha determinato le modalità applicative, in virtù dei rinvii alla medesima, effettuati dai CCNL; avendo, di fatto, il CCNL demandato ai contratti integrativi il compito di definire i criteri generali relativi alle procedure delle selezioni per le progressioni interne all'area.

In via preliminare, comunque, bisogna ricordare il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva integrativa dal comma 2 dell'articolo 40 del decreto legislativo n. 165/2001, il quale prevede che la contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, e che le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Conseguentemente, le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate.

Deve, peraltro, rilevarsi, come i risultati della contrattazione collettiva decentrata siano spesso andati oltre il ruolo alla stessa affidata, e come, spesso, la parte contrattuale pubblica si sia dimostrata inidonea a svolgere il ruolo di datore di lavoro privato, alla stessa attribuito.

---

A e B avvengono nei limiti della dotazione organica e dei contingenti in essa previsti, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno del personale per le assunzioni dall'esterno in base alle vigenti disposizioni e con le medesime regole di cui all'articolo 6 del decreto legislativo n. 29/1993.





Dall'esame della contrattazione collettiva decentrata sono emerse chiaramente due tendenze<sup>9</sup>: da una parte la scarsa selettività delle progressioni, che spesso diventano automatiche promozioni in massa, dall'altra "la propensione a considerare l'esperienza professionale come anzianità di servizio e ad attribuirle un valore preponderante, nonostante tale elemento presenti carattere automatico, con contestuale sottovalutazione dei titoli culturali e professionali".

Ovviamente, tali orientamenti della contrattazione decentrata integrativa si pongono in posizione diametralmente opposta ai principi chiaramente indicati dalla giurisprudenza costituzionale.

Ad esempio, presso il Ministero degli Esteri<sup>10</sup> il livello C2 ha registrato un incremento percentuale pari quasi al 400%, in forza dello slittamento dei C1, dei nuovi inquadrati nel livello C2 solo meno di un decimo è relativo a nuove assunzioni.

Nell'INPS, a seguito delle riqualificazioni effettuate, 29.878 dipendenti sono collocati nell'area C, 4480 in B e solo 300 in C<sup>11</sup>.

Sono facilmente immaginabili le disfunzioni organizzative che possono nascere da una simile organizzazione del lavoro, che gli studiosi dell'organizzazione definiscono "a piramide rovesciata".

Anche in riferimento alle problematiche collegate alla necessità di garantire l'adeguato accesso esterno ai posti della pubblica amministrazione, i contratti collettivi decentrati hanno, in genere, fatto riferimento a percentuali di gran lunga superiori a quella del 50%, percentuale che è stata ritenuta dalla citata sentenza della Corte Costituzionale, la soglia massima utilizzabile al fine di garantire e premiare lo sviluppo delle professionalità interne, rapportata al diritto di ogni cittadino ad accedere a tutti i profili della pubblica amministrazione, così come garantito dall'articolo 97 della nostra carta fondamentale.

Peraltro, il contratto integrativo di una grande amministrazione statale, addirittura, prevede che "rispetto alle vacanze di organico accertate, nell'ambito della stessa area, successivamente all'espletamento delle procedure di riqualificazione, i posti disponibili riservati all'accesso dall'esterno sono individuati nella misura del 30%". In tal modo, all'accesso dall'esterno risulta riservata solo la quota del 30% dei posti residuali, che si sono resi disponibili dopo che siano state ultimate le procedure di

<sup>9</sup>V. Talamo, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Diritto Amministrativo*, anno IX fasc.4 – 2001. Ed. Giuffrè. Milano. pag. 557 e seg.

<sup>10</sup>V. Talamo, op. cit.

<sup>11</sup>Zucaro, *L'attuazione della riforma del pubblico impiego*, IPSOA, Milano, 51.

riqualificazione; per cui, in una prima fase scatta una riserva agli interni pari al 100% dei posti disponibili, e, su quelli che, alla fine delle operazioni di riqualificazioni sono ancora disponibili, un'ulteriore quota del 70% è riservata agli interni, e destinata ad una successiva fase di ulteriore riqualificazione.

In un ambito formalmente diverso si è mosso il contratto del comparto autonomie locali.

L'articolo 4 del CCNL in data 31.3.1999 ha previsto che “gli enti disciplinano, con gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 36 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n.29, come modificato dagli articoli 22 e 23 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n.80 (oggi articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165), e tenendo conto dei requisiti professionali indicati nelle declaratorie di cui all'allegato A, le procedure selettive per la progressione verticale finalizzate al passaggio dei dipendenti alla categoria immediatamente superiore del nuovo sistema di classificazione, nel limite dei posti vacanti che non siano destinati all'accesso esterno”.

Tale norma contrattuale sembra formalmente rispondere ai requisiti richiesti dalla Corte Costituzionale nel disciplinare le progressioni dei dipendenti pubblici.

Infatti, la norma contrattuale preliminarmente richiama, per tutti gli enti, l'obbligo di rispettare i principi posti in tema di accesso alle pubbliche amministrazioni dall'articolo 35 del decreto legislativo n. 165/2001, per cui diviene principio non derogabile per gli enti medesimi lo svolgimento di procedure selettive, conformi ai principi di cui al successivo comma 3 (pubblicità della selezione, modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità, adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire, rispetto delle pari opportunità, composizione delle commissioni esclusivamente con esperti, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione e che non ricoprano cariche politiche o sindacali) volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno.

Deve rilevarsi, pure, come, nel rispetto dei principi sanciti dalla giurisprudenza costituzionale l'articolo 4 del CCNL limiti la progressione verticale alla categoria immediatamente superiore, vietando, in tal modo, il c.d. “doppio salto”.

Tale richiamo al rispetto delle procedure di cui all'articolo 35, se





formalmente fa sì che la norma contrattuale risponda ai principi posti dalla recente giurisprudenza della Corte Costituzionale, nei fatti non risulta essere stata correttamente applicata.

Si evidenzia che la gran parte degli enti, tramite un uso sostanzialmente disinvolto degli strumenti della contrattazione collettiva integrativa hanno considerato come percentuali di adeguato accesso esterno quote anche superiori al 70% dei posti disponibili, e, che gli strumenti selettivi più che essere rivolti all'accertamento delle professionalità richieste in relazione al posto da ricoprire si siano limitati a recepire lo strumento della valutazione della professionalità pregressa come mero requisito di anzianità, o abbiano recepito automaticamente il risultato di corsi di formazione privi di elementi di valutazione finale, con evidenti effetti distorsivi nello strumento selettivo scelto, e conseguente piena violazione dei principi posti dalla giurisprudenza costituzionale.

Deve, altresì, rilevarsi come l'uso non corretto dello strumento della contrattazione decentrata integrativa, di fatto, per esplicita sanzione contrattuale, porta alla nullità del contatto decentrato stesso; infatti, ai sensi dell'articolo 4, comma 5 del CCNL del comparto autonomie locali in data 1.4.1999, i contratti collettivi decentrati integrativi non possono essere in contrasto con i vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o comportare oneri non previsti. "Le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate".

Ne deriva, anche in questo caso, la necessità di riesaminare eventuali momenti applicativi "diversi" dai principi costituzionali e contrattuali, al fine di evitare ipotesi di nullità delle procedure di riqualificazione.

Bisogna, altresì, segnalare come il CCNL del comparto autonomie legghi sostanzialmente le progressioni verticali alle procedure di accesso all'amministrazione, per cui, ai sensi dell'articolo 14, comma 1 del CCNL in data 31.3.1999, le procedure selettive di cui all'articolo 4 "sono indette, ai sensi delle vigenti disposizioni, nel rispetto della programmazione in tema di gestione delle risorse umane, utilizzando le risorse a tal fine disponibili nei bilanci degli enti".

In tal modo, di fatto, sono state equiparate le progressioni verticali alle nuove assunzioni.

In conclusione, bisogna rilevare come i principi posti dalla recente giurisprudenza della Corte Costituzionale siano applicabili alla pubblica amministrazione anche se il rapporto di lavoro dei dipendenti è stato privatizzato e l'intera disciplina del rapporto di lavoro è da ricercare nell'ambito della contrattazione collettiva nazionale e integrativa.

La Corte Costituzionale non ha escluso la compatibilità costituzionale delle progressioni interne dei dipendenti della pubblica amministrazione, purché le stesse rispondano ad alcuni principi identificati dalla stessa Corte, che ne permettano una lettura conforme ai principi costituzionali.

Tali principi, come sopra detto, sono da estrapolare dal contenuto delle più recenti sentenze della Corte stessa, e sono sostanzialmente identificabili nel divieto di procedere a progressione di soggetti non appartenenti alla qualifica immediatamente inferiore (il c.d. principio del divieto del doppio salto) e nel rispetto delle regole generali di buon andamento della pubblica amministrazione, così come enucleate all'articolo 35 del decreto legislativo n. 165/2001, ed identificabili, sostanzialmente, nell'obbligatorietà dello svolgimento di procedure selettive volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno, nel rispetto dei principi.

Ne deriva la necessità di una rilettura dei vigenti CCNL e, soprattutto, dei contratti collettivi decentrati, al fine di evitarne le ipotesi di nullità derivanti dal contrasto con gli anzidetti criteri ermeneutici.

Per quanto riguarda le problematiche di diritto transitorio derivanti dall'applicazione dei principi costituzionali appena illustrati, applicazione che può essere disposta anche in via di autotutela dalle amministrazioni interessate o a seguito di sentenze che dichiarino la nullità di norme contrattuali (vedi ad esempio la sentenza del Tribunale di Lametia Terme), potrà farsi riferimento, al disposto dell'articolo 2126 del codice civile – sicuramente applicabile a seguito dell'avvenuta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego – il quale prescrive che “la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione”.

Sarebbe, comunque, auspicabile un intervento legislativo che faccia luce sulle delicate problematiche qui trattate, dettando principi univoci alla contrattazione collettiva – nazionale e decentrata integrativa – alla quale, comunque, ne è demandata l'applicazione, nel rispetto dei ruoli affidati alla pubblica amministrazione, che nella fattispecie costituisce il “datore di lavoro privato”, cui è demandato l'esercizio dei correlativi poteri datoriali.







---

## CAPITOLO 6





---

## Le progressioni professionali e i concorsi interni nella giurisprudenza

Il giudice ordinario  
di Filippo Curcuruto\*



107

1. I paragrafi che seguono sono dedicati ad un breve bilancio della giurisprudenza dei giudici ordinari sul tema del titolo. Non costituiscono però oggetto di esame le, del resto non numerose, pronunzie della Corte di Cassazione, poiché esse hanno finora affrontato l'argomento dal punto di vista della giurisdizione e sono quindi oggetto, in questo stesso fascicolo, di altro contributo.

Le decisioni esaminate riguardano, senza eccezioni, controversie relative allo specifico percorso selettivo che, per quanto consta, ha sinora prodotto il più cospicuo contenzioso in materia. Esse, inoltre, sono state rese in sede di urgenza: di qui la necessità di esaminare anche gli orientamenti giurisprudenziali sul tema dei presupposti per riconoscere, in materia di procedure concorsuali, gli estremi del pregiudizio imminente e irreparabile, e su quello, connesso, del contenuto delle cautele adottabili dal giudice.

Le controversie in esame sono sorte in relazione all'avviso di selezione interna, su base nazionale, pubblicato sul Bollettino Ufficiale del Ministero della Giustizia n. 3, del 15 febbraio 2001, per la copertura di 477 posti disponibili nella figura professionale di direttore di cancelleria, area C, posizione economica C3.

Si tratta, per lo più, di impugnative contro l'esclusione (spesso solo temuta) da tale percorso selettivo, fondate sulla dedotta illegittimità di alcuni dei criteri sui quali esso è basato.

Pur nella loro peculiarità, esse hanno sottoposto ai giudici problemi di carattere generale, ed hanno indotto quindi soluzioni il cui interesse va al di là della particolare vicenda che le ha determinate.

È opportuno precisare, per una migliore comprensione dei problemi in esame, che il procedimento selettivo di cui si tratta, avviato in prima

---

\*Consigliere della Corte di Cassazione Sez. lavoro.



attuazione del contratto collettivo integrativo 5 aprile 2000 per il personale del Ministero della Giustizia, secondo l'avviso, si sarebbe svolto su base nazionale e avrebbe dovuto esser "espletato" come previsto dagli art. 16, 17 e 18 del contratto integrativo e nel rispetto del contratto collettivo nazionale di comparto 16 febbraio 1999 e di ogni obbligo di legge".

La partecipazione al concorso era stata estesa a tutti i lavoratori collocati nell'area C, per le posizioni economiche C1 e C2, indipendentemente dalla figura professionale di provenienza.

Questa disposizione richiede qualche chiarimento.

Come è noto, il contratto collettivo nazionale di lavoro - comparto Ministeri 16 febbraio 1999, nel definire le linee generali del nuovo sistema di classificazione, fondato sull'accorpamento delle precedenti qualifiche funzionali in tre aree (individuate mediante le declaratorie dell'allegato A che, secondo il testo contrattuale, "descrivono l'insieme dei requisiti indispensabili per l'inquadramento nelle aree corrispondenti a livelli omogenei di competenze") distribuisce all'interno della stessa area i profili caratterizzati da mansioni e funzioni contraddistinte da differenti gradi di complessità e contenuto su posizioni economiche diverse.

Ma il contratto (art. 13, comma 5) assegna anche alla contrattazione integrativa, al livello delle singole amministrazioni, il compito di individuare nuovi profili ovvero di denominare diversamente o ricollocare quelli esistenti nella aree.

Non è facile definire l'esatta portata di questa competenza. Qui è solo da ricordare che nel menzionato contratto collettivo integrativo 5 aprile 2000, per ragioni che non rileva ora chiarire, si è ritenuto di introdurre "a fini classificatori specifiche figure professionali che prefigurano percorsi di mobilità verticale articolati su varie posizioni economiche, anche appartenenti a diverse aree funzionali" (v. art. 22, comma 2). Nel loro ambito è stata definita la figura del cancelliere, accorpando in essa, dal basso, la precedente qualifica di assistente giudiziario, e scorporandone dall'alto, onde assegnarle specifico rilievo autonomo, la posizione apicale dell'ex direttore di cancelleria, che, mantenendo la medesima denominazione, costituisce ora una separata figura professionale.

Tali scelte non potevano ovviamente incidere sulle regole contrattuali di livello nazionale : quindi la partecipazione alla procedura per conseguire tale livello apicale è stata aperta a tutti gli appartenenti all'area C quale che fosse la posizione economica e la nuova figura professionale di inquadramento.

2. Premessa condivisa dalla quasi totalità delle decisioni (siano esse

favorevoli o contrarie alle ragioni dei ricorrenti) è il riconosciuto carattere privatistico degli atti costituenti la disciplina collettiva e la gestione individuale del personale, e la riconducibilità delle selezioni in questione a tale categoria di atti.

Queste affermazioni appaiono pienamente in linea con principi ormai consolidati nella giurisprudenza di legittimità, la quale una volta che il rapporto da costituire (o all'interno del quale svolgere il procedimento selettivo) sia soggetto al regime privatistico vede nelle valutazioni discrezionali proprie della procedura concorsuale anche se indette da un ente pubblico non l'esercizio di una potestà pubblica di autorganizzazione, ma un'attività privatistica tipica dell'imprenditore ovvero una prestazione procedimentale dovuta dall'imprenditore medesimo nell'ambito del rapporto obbligatorio attinente al concorso, e ritiene che si tratti di atto sindacabile dal giudice ordinario sia sotto il profilo delle norme regolamentari e delle disposizioni collettive, che sotto il profilo dell'osservanza del principio generale di correttezza di cui all'art. 1175 cod.civ. (per tutte, Cass. 25 novembre 1999, n. 13138; Cass. 8 agosto 1998, n. 7810). Questi principi sembrano destinati ad operare anche nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle P.A., come la Corte di Cassazione ha chiaramente indicato attraverso alcune recenti pronunce sulla giurisdizione.

Amesso il carattere di atto di gestione privatistica proprio dei procedimenti selettivi, le decisioni che propendono per la illegittimità del procedimento avvertono tuttavia che la assimilazione della P.A. al privato datore di lavoro non toglie che nell'ambito dell'esercizio del potere di gestione restino intatti i vincoli di scopo ai quali l'amministrazione deve conformarsi. Tali vincoli sono rappresentati dal criterio dell'efficienza e del razionale impiego delle risorse umane, espressione dell'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione ed ai principi di imparzialità e trasparenza (Trib. Milano 27 luglio 2001).

È dunque in questo particolare contesto argomentativo che può effettivamente apprezzarsi la portata dell'affermazione secondo cui questi atti sono sindacabili per la violazione dei limiti sostanziali e procedurali posti dalla legge e dai contratti nonché per la violazione dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, affermazione anche questa ricorrente pressoché in tutti i provvedimenti in esame (v., in modo particolarmente chiaro, ancora Trib. Milano 27 luglio 2001, cit.). Ed infatti queste premesse, in sé pienamente ed ovviamente condivisibili, e, lo si ripete, sostanzialmente comuni ad entrambi i contrapposti orientamenti, possono comportare, in concreto, un sindacato giudiziario di ben diversa





intensità, a seconda che si abbia o no sullo sfondo quale parametro di verifica controllo sulla conformità a buona fede del comportamento datoriale l'insieme dei dati normativi, anche di livello costituzionale, che mantengono inalterate le caratteristiche speciali che la controparte del rapporto, del cui comportamento deve giudicarsi, conserva in quanto pubblica amministrazione.

Vale infatti ricordare, circa il potere di sindacato riconosciuto in genere nei confronti del datore di lavoro interamente soggetto alle regole del diritto comune, che il controllo giurisdizionale relativo allo svolgimento delle procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale è limitato a verificare che il datore di lavoro, nell'esercizio del potere di gestione concernente l'assunzione di nuovi lavoratori o la promozione dei più validi professionalmente – rientrando nella libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. – sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede (i quali si traducono, fra l'altro, sia nell'obbligo di adottare regole concorsuali che pongano i candidati in una condizione di assoluta parità sia nell'obbligo di imparzialità dei criteri valutativi) e non ponga in essere comportamenti manifestamente inadeguati o irragionevoli (come, ad esempio, la sottoposizione dei candidati a prove palesemente incongruenti rispetto alle mansioni di destinazione). Al di là di tale verifica non è, invece, consentito al giudice di ingerirsi nella valutazione del contenuto del bando di concorso, nella determinazione delle relative procedure attuative, nella scelta dei criteri di selezione, né, ancora, nel merito dei giudizi espressi sui singoli candidati. (v. per tutte fra le più recenti Cass. 1 agosto 2001, n. 10514; Cass. 10 marzo 2000, n. 2280, la quale, non è inutile tenerlo presente, come esempio del modo in cui il principio può operare in concreto, ha ad esempio ritenuto che, con riferimento ai cosiddetti “concorsi a quiz”, restano sottratti al controllo del giudice e lasciati al potere discrezionale del datore di lavoro – salvo il limite del rispetto dei criteri suddetti – sia l'individuazione delle materie nell'ambito delle quali scegliere le domande da porre ai concorrenti, sia la regolamentazione delle specifiche e concrete modalità di espletamento del concorso, sia la determinazione delle penalità per la mancata soluzione dei quesiti).

3. I capisaldi dell'argomentazione che ha condotto in molti casi all'accoglimento dei ricorsi sono costituiti essenzialmente dalla sostanziale assimilabilità della procedura di progressione all'interno delle aree ad una ordinaria procedura concorsuale pubblica, con tutte le relative caratteristiche e garanzie (v. in particolare ord. Trib. Salerno 17 luglio 2001; Trib. Milano

ord. 27 luglio 2001 cit., dove è richiamato l'art. 36, comma 1, del d.lgs 29/93 (ora art. 35 del d.lgs 165/2001 quale modello applicabile non solo al reclutamento del personale "ma anche al passaggio alla qualifica successiva"). Viene poi in questione, nella più parte delle decisioni, il problema del contrasto fra la specifica regola specifica del contratto di comparto Ministeri, alla cui stregua in ogni area di inquadramento l'accesso alla posizione apicale, mediante percorsi di qualificazione ed aggiornamento professionale, deve esser consentito a tutti gli appartenenti all'area, anche se non in posizione economica immediatamente subordinata a quella per la quale è indetta la selezione, e la particolare regola di fonte legale fissata dall'art. 11, primo comma del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 287 e dall'art. 12, lett. s) della legge 15 marzo 1997, n. 59, il cui combinato disposto imporrebbe di riservare le procedure selettive per la posizione apicale dell'area C "esclusivamente al personale proveniente dalla posizione immediatamente inferiore".

Ampio spazio è dato, infine, nelle decisioni di accoglimento, all'analisi specifica del percorso formativo e, in particolare, della graduatoria preselettiva e dei criteri della sua formazione, valutati negativamente sia per quel che essi prevedono sia, in taluni casi, per quel che avrebbero dovuto prevedere e non hanno previsto (v. ad es., in modo accentuato, Trib. Oristano 13 luglio 2001).

**3.1** Particolarmente impegnata nella dimostrazione della sostanziale assimilabilità della procedura di progressione all'interno delle aree ad una ordinaria procedura concorsuale pubblica è la cit. ord. Trib. Salerno 17 luglio 2001, la quale per l'ampiezza e la completezza della motivazione può esser considerata in certo modo il paradigma delle decisioni sfavorevoli all'amministrazione. Non a caso il giudice salernitano prende le mosse dalla giurisprudenza costituzionale che nel "concorso pubblico quale meccanismo di selezione tecnica dei più capaci" aveva individuato "il modo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità e a servizio esclusivo della nazione". Questa premessa comporta come corollario che la selezione deve avvenire solo in base al merito e senza alcuna considerazione di situazioni personali dei concorrenti, ed è quindi subito chiaro che l'elemento personale individuato come una fonte di alterazione indebita del meccanismo selettivo è l'anzianità di servizio.

Stabilito che la procedura concorsuale pubblica, aperta all'esterno, è il modello, e che il percorso selettivo interno è, come detto, assimilabile ad un concorso, la giurisprudenza costruisce facilmente in termini di eccezione un





tal percorso ritenendo che esso sia ammissibile ma solo in presenza di ragioni specifiche idonee a giustificarlo. Attraverso gli spunti offerti dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare le sentenze n. 313 del 1994, 333 del 1993 e 453 del 1990) viene messo in rilievo che “la deroga... alla regola del pubblico concorso è stata ritenuta ammissibile soltanto nei limiti segnati dall’esigenza di garantire il buon andamento dell’amministrazione attraverso la valutazione della peculiarità delle funzioni e della necessità di una precedente esperienza nell’ambito dell’amministrazione” (Trib. Milano 27 luglio 2001, ) e che se “ non è da escludere a priori che possa stabilirsi anche il possesso di una precedente esperienza nell’ambito dell’amministrazione, ove questo si configuri ragionevolmente quale requisito professionale”, quando “ciò non si verifichi la sostituzione al concorso dei meccanismi selettivi esclusivamente interni ad un apparato amministrativo non si giustifica alla luce degli accennati principi costituzionali.” (Trib. Salerno cit.).

Il criterio di indagine, posta tale premessa, è quindi chiaramente individuato: esso consiste nell’accertare se, in concreto, la procedura selettiva delineata risponda alle vincolanti indicazioni del giudice delle leggi.

La risposta negativa viene data attraverso una specifica analisi di ciascuno dei criteri del procedimento, della quale si dirà conto più avanti: qui basta aver cercato di individuare le linee portanti del paradigma argomentativo.

**3.2** Benché con accentuazioni diverse, numerose decisioni affrontano anche il problema dell’impatto che sui percorsi selettivi sono destinate ad avere le disposizioni dell’art. 11, primo comma del d.lgs 30 luglio 1999, n. 287 e dell’art. 12, lett. s) della legge 15 marzo 1997, n. 59 in combinato disposto.

Quest’ultimo articolo prevede “procedure finalizzate alla riqualificazione professionale per il personale di tutte le qualifiche e i livelli per la copertura dei posti disponibili a seguito della definizione delle piante organiche e con le modalità previste dall’art. 3 commi 205 e 206 della legge 28 dicembre 1995 n. 549”. Si tratta di uno dei criteri che il Governo deve seguire nell’attuazione della delega di cui alla lettera a) del comma 1 dell’art. 11 della stessa legge. Se si va a guardare questa disposizione vi si trova scritto che “Il Governo è delegato ad emanare .... uno o più decreti legislativi diretti a: razionalizzare l’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri e dei ministeri, anche attraverso il riordino, la soppressione e la fusione di Ministeri, nonché di amministrazioni centrali, anche ad ordinamento autonomo”.



L'art. 11 del d.lgs 297/99 ha, a sua volta, disposto che “ la riqualificazione professionale del personale in servizio presso le amministrazioni interessate dai processi di riordino, prevista dall'art. 12 comma 1 lett. s) della legge 15 marzo 1997 n. 59, avviene applicando le medesime modalità previste dal CCNL per le progressioni professionali, assicurandosi in ogni caso la selettività delle procedure da riservare al personale proveniente dalla posizione immediatamente inferiore”.

Si tratta, come dovrebbe essere chiaro, di una disposizione che, mentre per un verso rinvia al modello di progressione professionale contenuta nel contratto collettivo, contiene poi una disposizione antinomica rispetto a quest'ultimo sul punto, fondamentale, della legittimazione a concorrere alla selezione, essendo questa aperta a tutti i dipendenti dell'area secondo il contratto e riservata invece, ai soli appartenenti alla posizione economica immediatamente inferiore a quella da coprire mediante la selezione secondo la legge.

In un certo numero di decisioni questa antinomia viene risolta, in sostanza, secondo il criterio della prevalenze della norma di legge in relazione al suo rango e alla sua posteriorità rispetto al contratto.

Ad. es., Trib. Roma 14 giugno 2001, muovendosi in tale direzione osserva che la norma trova applicazione, in quanto: “Il decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 300 ha provveduto alla ristrutturazione del Ministero della Giustizia e con il decreto ministeriale 6 marzo 2001 è stata completata la riorganizzazione del Ministero con le rideterminazione delle piante organiche del personale”. Analogamente, secondo Trib. Cagliari ord. 3 luglio 2001 si deve ritenere “la piena applicabilità al caso di specie del disposto dell'art. 11 legge 287/99”.

Talune decisioni si pongono peraltro qualche interrogativo circa la singolarità di un così forte contrasto fra le regole generali in materia di selezione interna, fissate pochi mesi prima dal contratto di comparto Ministeri 16 febbraio 1999, e rinvenibili in molti altri contratti della stessa tornata, e un provvedimento normativo di pochi mesi dopo, che trova pur sempre nel governo il suo autore. Tale dubbio viene risolto con la valorizzazione della dichiarazione congiunta allegata al cit. contratto collettivo Ministeri, dove le “parti concordano nel senso che sono fatti salvi i processi di riqualificazione del personale in fase di riforma e di riorganizzazione ai sensi, fra l'altro, “dell'art. 12 comma 1 lett. s) delle legge 59 del 1997”(cfr. in particolare Trib. Salerno più volte cit.). “Questa dichiarazione”- viene osservato - “dovrebbe infatti ritenersi del tutto superflua ove non si ravvisi l'ovvia incidenza dei meccanismi concorsuali di





cui al contratto con la generale riorganizzazione della pubblica amministrazione e quindi la necessità di rispettare anche per tali meccanismi contrattuali la normativa di salvaguardia di cui all'art. 11 del d. lgs. 287/99" posta del resto, secondo il provvedimento, "al fine di scongiurare contrasti con principi di rango costituzionale".

Resta tuttavia, come accennato, il problema della esatta individuazione del presupposto in presenza del quale è chiamata ad operare la selezione di cui alla lett. s) richiamata nella dichiarazione congiunta. Stando al tenore delle disposizioni in gioco (ancora un volta: art.11 lett a), che definisce, per quel che qui interessa, l'oggetto della delega; art. 12 comma 1 lett, s) che individua i casi in cui dovrà farsi luogo alle riqualificazioni, con riguardo ai posti disponibili a seguito della definizione delle piante organiche nelle amministrazioni centrali interessate dai procedimenti di trasferimento di cui all'art. 1 della legge, nonché di razionalizzazione riordino e fusione di cui all'art. 11 della legge stessa) non pare che tale presupposto sia individuabile in una generale riorganizzazione della amministrazione pubblica, anche perché, coinvolgendo il processo riorganizzatorio, inteso in senso generale, ogni aspetto dell'apparato delle pubbliche amministrazioni si dovrebbe concludere per il sostanziale svuotamento della norma contrattuale, e non si potrebbe attribuire alcun senso alla stessa dichiarazione congiunta.

Occorre tuttavia prendere atto che più di una pronuncia fa leva sul richiamato art. 11 del d.lgs 297/99 quale parametro di validità delle selezioni indette in base al contratto (oltre a Trib. Cagliari e a Trib Salerno, v., Trib. Oristano 13 luglio 2001 e, ampiamente Trib. Roma 14 giugno 2001, tutte cit.). Evidentemente è stato ritenuto possibile (ma l'operazione desta qualche perplessità) unificare in sostanza la ristrutturazione dell'amministrazione centrale del Ministero ad un processo di riordino dell'amministrazione giudiziaria nel suo complesso, processo che, in verità finora nonché realizzato non pare neppure progettato (e non è facilmente progettabile date le sue ricadute sulla giurisdizione). In questa prospettiva si è anche ritenuto non essenziale per l'applicazione delle disposizioni del d.lgs 297/99, l'ulteriore circostanza che dalla ristrutturazione derivino ricadute sulla consistenza degli organici, diversamente da quel che sembrerebbe desumersi dal criterio di delega sul quale lo stesso decreto legislativo, per questa parte, trova fondamento.

**3.3** Il ragionamento della giurisprudenza si snoda in generale muovendo dalla descrizione del percorso selettivo delineato nell'avviso, e mettendo in luce essenzialmente che ad esso accedono tutti i dipendenti dell'area, e che

nella graduatoria di accesso che precede il percorso formativo vero e proprio il criterio essenziale è costituito dall'anzianità del dipendente (v., per tutte, ad es. Trib. Milano ord. 26 luglio 2001, cit.; Trib. Salerno ord. 17 luglio 2001).

Il rilievo dato dal contratto integrativo e dagli avvisi di selezione all'anzianità di servizio è censurato sostanzialmente come adesione ad un modello obsoleto e inidoneo a garantire efficienza. Viene messo in luce che si tratterebbe di un elemento importante (solo) "in un'eventuale ottica premiale che abbia riguardo alla durata del rapporto e alla fedeltà del dipendente ma che non appare in linea con l'obiettivo di un servizio più efficiente e con i traguardi di adeguamento della pubblica amministrazione alle esigenze della società contemporanea" (così, ad esempio, Trib. Milano ord. coll.7 settembre 2001). In termini analoghi, Trib. Salerno cit. denuncia l'assurdità di un sistema di punteggi che premia il personale rientrante nella posizione meno elevata "senza un'adeguata considerazione per il titolo di studio e per la pregressa esperienza professionale maturata nello svolgimento di mansioni si maggiore ampiezza e complessità".

Trib. Oristano 13 luglio 2001, cit. (e già Trib. Cagliari 3 luglio 2001), considera contraria "al principio dell'efficienza della P.A. voluto dal legislatore e ben evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza 1 del 1999 la abnorme valorizzazione del requisito dell'anzianità di servizio rispetto ad altro quali ad es. il titolo di studio e i corso di perfezionamento post-laurea". La stessa decisione aggiunge che, una volta previsto un punteggio per l'anzianità di servizio sarebbe in ogni caso illegittimo pesare tale anzianità in modo eguale per tutto il periodo da prendere in considerazione, perché si valuterebbero in modo identico "servizi prestati in posizione C1 e C2, nonostante l'evidente diversità delle esperienze maturate e di responsabilità assunte nella qualifica superiore rispetto a quella inferiore".

Si tratta di una prospettiva di decisione nella quale in definitiva il giudice ritiene di poter, per così dire, declinare direttamente il parametro costituzionale dell'efficienza. Non può quindi meravigliare che in questo ordine di idee ci si spinga a considerare elemento di illegittimità dei criteri selettivi il fatto che in essi "in nessun conto è tenuto lo svolgimento di fatto di mansioni superiori e delle specifiche esperienze pregresse degli aspiranti" (così Trib. Oristano cit.; Trib. Roma 14 giugno 2001 cit. un accenno anche in Trib. Salerno cit.). Questa omissione viene infatti considerata quale sintomo di svalorizzazione della professionalità concretamente acquisita dai concorrenti, attraverso la quale si sarebbero potuti in sostanza introdurre correttivi rispetto al ruolo assegnato all'anzianità di servizio.





Il problema dei correttivi viene anche prospettato, sotto un più specifico profilo, quale elemento in grado di contribuire a rendere ammissibile il ricorso alle selezioni puramente interne che, come s'è detto, secondo la giurisprudenza in esame, ha e deve mantenere carattere eccezionale. In questa prospettiva si assume quindi che, qualora nell'accesso al percorso selettivo l'indiscriminata ammissione degli appartenenti all'area C (che peraltro si riconosce esser contrattualmente dovuta) fosse accompagnata da correttivi che tenessero "conto delle diverse posizioni di partenza" verrebbe eliminato il contrasto, altrimenti esistente, "con la finalità che condiziona la legittimità del concorso interno, di consentire l'utilizzo di professionalità necessarie per specifiche esigenze dell'amministrazione" (Trib. Milano 27 luglio 2001, cit.).

La premessa implicita di questo argomento è evidentemente che attraverso i criteri generali delle selezioni da dettarsi con il contratto collettivo integrativo, in base all'art. 20 lett. B, b, del contratto di comparto, si possano introdurre norme tali da garantire il mantenimento dei distacchi nelle posizioni di partenza, intervallo ritenuto, da questa giurisprudenza, essenziale anche nella fase del percorso preselettivo, sicché non varrebbe replicare che l'esigenza così posta in luce sia stata soddisfatta direttamente dal contratto di comparto attraverso la previsione del carattere determinante della posizione economica di provenienza nella graduatoria finale.

Va toccato quindi, infine, proprio il tema, molto controverso, della introduzione di un percorso preselettivo, previsto dal contratto integrativo del Ministero della Giustizia.

Mentre talune pronunzie rilevano senz'altro che tale preselezione non è affatto prevista nel contratto di comparto e ne deducono che essa sarebbe per ciò stesso vietata in altre un tale momento preliminare all'ammissione al percorso formativo non è considerato precluso di per sé, ma solo in quanto caratterizzato da criteri diversi da quelli che devono presiedere alla formazione della graduatoria finale. In altri termini, una volta che il contratto di comparto attraverso "l'esperienza professionale acquisita e il possesso di titoli di studio e professionali coerenti con i processi di riorganizzazione e di innovazione tecnologica" detta "criteri diretti a favorire la presenza di elevati contenuti conoscitivi ed una reale esperienza professionale", anche se, letteralmente, la previsione riguarda la graduatoria finale, sarebbe evidente secondo questa lettura del contratto, che "in tanto i suddetti criteri sono suscettibili di assumere rilievo in quanto gli aspiranti che hanno titolo per invocarli superino la fase di ammissione al percorso formativo", il che non potrebbe accadere quando questo percorso fosse centrato tutto sulla sola

anzianità (Trib. Milano ord coll. 7 settembre 2001 cit.).

Altre pronunzie constatano, più sinteticamente che attraverso la preselezione “il personale in posizione economica C2, laureato e selezionato a mezzo di pubblico concorso, verrebbe di fatto ad essere estromesso a vantaggio del personale in posizione economica C1, privo di titolo di studio richiesto in via principale per l’accesso alla posizione C3 in ragione della maggiore anzianità posseduta” (Trib. Teramo ord. 29 giugno 2001).

A tale modo di argomentare pare, quindi, completamente estranea la considerazione della professionalità connessa all’anzianità di servizio, che è elemento assai spesso valorizzato nelle organizzazioni private non (o non solo) quale elemento di fedeltà aziendale ma, soprattutto, di acquisizione di professionalità attraverso il fare. L’esclusione di un tale profilo, da parte del giudice del lavoro, cui in quanto giudice specializzato non può sfuggire il peso di tale dimensione nei rapporti di lavoro privato, porta a ritenere che alla base di tale orientamento possa esservi una certa sfiducia nel significato da riconnettere all’anzianità di servizio nei rapporti di lavoro “pubblico”. Se tale rilievo sia giustificato o meno in proposito non è quesito cui si possa rispondere in questa sede. Ciò che può dirsi è che appare quantomeno dubbio che nella sede giudiziaria si possano avere elementi per una adeguata valutazione.

4. Come è facile comprendere, anche le decisioni che hanno riconosciuto la legittimità dei percorsi selettivi si muovono, benché con segno rovesciato, intorno ai temi e agli argomenti messi in luce nei paragrafi precedenti. Ci si atterrà dunque alle linee essenziali dei provvedimenti, dando per scontato il quadro di riferimento ed utilizzando, senza riprodurre le relative ripartizioni formali, la sequenza dei temi evidenziata nei precedenti nn. 3.1. 3.2, e 3.3.

Anche qui, fra le molte decisioni favorevoli alle ragioni dell’amministrazione talune hanno assunto il ruolo di modello, sicché per brevità si farà, prevalentemente, riferimento ad esse. Si tratta in particolare di Trib. Napoli ord. 2 luglio 2001 e di Trib. Roma ord. coll.21 giugno 2001 (nonché della quasi totalmente conf. Trib. Roma ord. coll. 19 luglio 2001).

Il primo, e non poco rilevante, punto di dissenso fra i due orientamenti sta proprio nel ruolo assegnato alla procedura di qualificazione di cui si tratta. Riconosciuto che si ci si trova di fronte ad un procedura di carattere meramente interno il Trib. Napoli cit. osserva che la sua legittimità trova fondamento “nella grande riforma della pubblica amministrazione e che la relativa disciplina trova la sua fonte esclusiva nella contrattazione collettiva a norma dell’art. 2 del d.lgs 1993/29 e successive modifiche” contrattazione





alla quale la stessa legge riconosce esplicitamente “una ampia possibilità derogatoria” rispetto alle fonti normative sovraordinate.

La materia delle progressioni interne è d'altra parte attribuita interamente alla fonte collettiva, a norma dell'art. 45 del d.lgs cit.(ora 40 del T.U.) e, in coerenza con tale attribuzione, l'art. 56 (ora 52 T.U.) nel disciplinare le mansioni fa riferimento anche a quelle successivamente acquisite per effetto di sviluppo professionale o procedure concorsuali o selettive.

La progressione di carriera degli interni in luogo del reclutamento del nuovo personale, inoltre, “risponde a criteri di economicità ed efficienza realizzando il principio costituzionale del buon andamento”.

La differenza di impostazione rispetto ai provvedimenti esaminati in precedenza è netta e non richiede particolare commento. Vale solo la pena di mettere in luce come in tale modo di argomentare, diversamente da quel che s'è visto nelle decisioni di segno contrario, la progressione degli interni verso posizioni più elevate non è più un fatto eccezionale da giustificare con specifiche ragioni ma diviene un modulo operativo di valenza non minore rispetto a quello concorsuale per realizzare gli obiettivi anche costituzionalmente assegnati alla P.A.

Un più sintetico accenno alla questione, in termini sostanzialmente analoghi, si trova anche nella cit. ord. coll. 21 giugno 2001 Trib. Roma, dove viene osservato che trattandosi di selezione interna non possono entrare in gioco “i principi relativi ai procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro” i quali “attengono al reclutamento del personale”. Riceve quindi conferma il giudizio di non pertinenza delle varie norme attinenti alla procedure concorsuali di accesso (e in particolare dell'art. 36 del d.lgs ) già formulato da Trib. Roma ord. 4 maggio 2001, oggetto del reclamo deciso con la ord. coll. sopra menzionata.

Un' impostazione siffatta implica ovviamente la necessità di confrontarsi con (quelli che all'epoca delle decisioni erano) i dati della giurisprudenza costituzionale, ampiamente utilizzata, come s'è visto, nelle pronunzie esaminate nel paragrafo precedente, in particolare con la sentenza n. 1 del 1999 (su v. cui Martone *Le procedure di riqualificazione professionale e la Corte Costituzionale* in questo numero, p. 79).

In proposito, Trib. Napoli cit., operando in certo modo una riduzione della portata della citata pronunzia di illegittimità costituzionale, osserva che la sentenza non rilevarebbe nella controversia poiché le argomentazioni della Corte sarebbero state sviluppate sul presupposto della illegittimità di concorsi riservati ai soli interni. Ad ulteriore rinalzo di tale osservazione viene anche posto in evidenza, che se si ammette la legittimità delle

procedure interne la sede naturale della loro disciplina è la contrattazione collettiva, “con tutte le conseguenze che ciò comporta”. Non ammettere che possa operare tale fonte, con la logica che le è propria, equivale a dire sostanzialmente che le stesse procedure interne sono illegittime senz’altro e che “qualunque procedura di riqualificazione del personale debba necessariamente prevedere l’accesso degli esterni a garanzia del buon andamento della P.A.”.

Quale che sia il giudizio da dare circa l’esatta individuazione dei principi già fissati dalla Corte nella sentenza n. 1 del 1999 e, quindi, circa la validità del ragionamento rivolto ad attenuarne l’impatto sul caso all’esame, è indubbio che la decisione del tribunale napoletano finisce con il cogliere uno dei nodi principali e più aggrovigliati del sistema della progressioni professionali, mettendo esattamente in luce la difficoltà di far coesistere percorsi selettivi di origine contrattuale e regole tipiche della concorsualità per l’accesso. Altrettanto indubbio è, tuttavia, che, come la giurisprudenza costituzionale si è incaricata di dimostrare con la recente sentenza 194 del 16 maggio 2002, non sembra che le difficoltà del problema possano comportarne una soluzione che separi nettamente i criteri propri della procedura di reclutamento da quelli dei percorsi finalizzati all’attribuzione, al personale già in servizio, delle posizioni professionali superiori.

Circa il contrasto fra le regole contrattuali e le regole legali relativamente alla partecipazione al percorso selettivo anche dei dipendenti inquadrati nella posizione iniziale dell’area C, molte decisioni lo escludono ponendo innanzitutto in rilievo le differenze tra le procedure selettive regolate dal contratto e quella cui si riferisce la legge, trattandosi, in quest’ultimo caso, di procedura “in stretta connessione con i processi di riordino soppressione e fusione dei Ministeri, rispetto ai quali assume un’evidente funzione strumentale, posto che l’individuazione dei posti disponibili da coprire deve effettuarsi sulla base della (nuova) definizione della pianta organica delle amministrazioni (Trib. Roma ord. coll. 21 giugno 2001; Trib. Roma ord. 4 maggio 2001, entrambe cit.).

Viene anche messo in luce il collegamento contenuto nel cit. art. 11 del d.lgs 287/99, fra indicazioni della Corte Cost. nella cit. sentenza n.1 del 1999, selettività della procedura e salvaguardia dell’accesso dall’esterno, e si conclude quindi nel senso che la norma (con lo specifico divieto di progressione *per saltum*) dovrebbe ritenersi rivolta “alle ipotesi di riordino delle amministrazioni di cui alla legge delega 15 marzo 1997, n. 59 e alla necessità di promuovere, in questi casi, sulla scorta di quanto affermato dalla Corte Costituzionale (nella sentenza cit.) procedure concorsuali con accesso







di esterni, e riservata quanto agli interni al personale proveniente dalla posizione immediatamente inferiore” (Trib. Napoli cit.).

Quanto al problema dei criteri di accesso alla selezione, le pronunzie che hanno riconosciuto la legittimità dei procedimenti, si caratterizzano per un approccio particolarmente cauto nell’indagine sul contenuto delle regole stabilite in proposito dalla contrattazione.

Viene innanzitutto riconosciuto che la clausola del cit. contratto integrativo del Ministero della Giustizia (art. 16 punto 1.1) che ammette tutti gli appartenenti all’area C al percorso per la posizione apicale C 3, ha un contenuto reso necessario dalle regole del livello contrattuale superiore, sicchè le eventuali censure sul punto riguarderebbero il direttamente il contratto nazionale senza che “emergano ragioni di nullità del contratto integrativo per contrasto con il contratto nazionale “ (Trib. Napoli cit.; Trib. Roma ord. coll. 21 giugno 2001 cit.; v. anche Trib. Roma ord. 17 giugno 2002).

Inoltre, seppure in modo sintetico (ma in tal caso si può dire forse che la sintesi è indicativa di un consapevole atteggiamento di autolimitazione) le pronunzie in esame rifiutano, in genere, di addentrarsi nell’esame dei criteri di accesso, e in particolare di quello concernente l’anzianità, limitandosi a constatare che “sul punto della legittimità e ragionevolezza di tale previsione e cioè di un peso maggiore assegnato dai punteggi all’esperienza professionale acquisita rispetto al titolo di studio non sembrano emergere, *prima facie*, ragioni che dimostrano la totale irragionevolezza del criterio” (Trib. Napoli cit.).

Nella stesso ordine di idee, a supporto di tale conclusione viene anche il rilievo (sviluppato da Trib. Roma ord coll. 21 giugno 2001, cit.) della piena “conformità della contrattazione collettiva e dell’avviso di selezione che ne applica concretamente i criteri, all’art. 15 CCNL che non contiene alcuna riserva nell’ambito della medesima area in favore dei dipendenti con posizioni economiche immediatamente inferiori a quella da ricoprire attraverso la procedura selettiva” e che anzi “mostra (v. punto b comma 1) di considerare come “naturali“ i passaggi nell’ambito della stessa area”. È facile concludere quindi (anche se nell’ord. questo ulteriore passaggio non è esplicitato) che se questo è il significato del criterio generale in questione, le parti collettive, sviluppandolo anche nella direzione dell’anzianità, quale sintomo di esperienza professionale, non sono andate oltre i limiti che segnano la loro competenza.

Non mancano tuttavia, neppure nel versante giurisprudenziale ora in esame, provvedimenti che affrontano direttamente, e per così dire, “nel merito” il controverso tema dell’anzianità di servizio.



Così ad es. Trib. S.M. Capua Vetere ord. 14 giugno 2002, osserva che, mancando nel contratto di comparto “una previsione che attribuisca rilevanza esclusiva ai titoli di studio ed escluda totalmente il criterio dell’anzianità di servizio” deve operare il rinvio, fatto dall’art. 20 di tale contratto, ai criteri generali per la definizione delle procedure selettive, affermazione che appare corretta sul piano metodologico, anche se si tratterebbe, forse, di vedere se, pur di fronte ad una delega così ampia, qualche limite non sia da trarre da regole di fonte sovraordinata.

Molto opportunamente, comunque, il provvedimento in esame prosegue con l’osservare che, in ogni caso, anche nel contratto di comparto non è assente la considerazione del valore dell’anzianità, ed argomenta poi dettagliatamente tale conclusione ponendo in luce che l’art. 15 lett. b) parte 2 oltre ad attribuire, nell’esame finale, un ruolo determinante alla “posizione economica di provenienza” annette rilievo anche all’esperienza professionale acquisita considerando poi anche i titoli di studio.

Quindi, afferma in sostanza il provvedimento, se l’esperienza professionale è considerata separatamente dal titolo e dalla posizione di provenienza essa “ben può essere riferita anche all’esperienza professionale acquisita nel corso del servizio prestato e quindi correlata al decorso dell’anzianità lavorativa”.

Sempre nella prospettiva della valutazione dell’anzianità di servizio, la decisione pone in rilievo, infine, che, essendosi tenuto conto nel contratto integrativo anche di una varia tipologia di titoli di studio post-universitario, quali corsi di perfezionamento e master, neppure si potrebbe affermare che le esperienze professionali siano state parametrare sulla sola anzianità: argomento, però, meno persuasivo di quello precedente, perché esposto all’obiezione che i titoli di studio e professionali “coerenti con i processi di riorganizzazione e innovazione tecnologica” sono previsti dal contratto di comparto come elementi diversi dalla esperienza professionale.

Una più radicale prospettiva di esclusione di ogni illegittimità delle procedure di selezione in esame è assunta infine da Trib. Roma 17 giugno 2002, il quale, dopo una puntuale ricognizione delle disposizioni legali e contrattuali rilevanti (individuata nell’art. 52 del d.lgs 165/2001, in tema di sviluppo professionale di dipendenti anche mediante procedure selettive; nell’art. 40 stesso d.lgs che fissa i livelli di contrattazione e i loro rapporti; nell’art. 15 del CCNL Ministeri, negli art. 16, 17 e 18 del contratto integrativo 5 aprile 2000, attuativi dell’art. 20 del CCNL di comparto; nell’art. 4 di quest’ultimo contratto, che individua le materie affidate alla contrattazione integrativa richiamando l’art. 20 dello stesso testo) constata che in sostanza nelle procedure in oggetto non vi sono per la contrattazione integrativa





”vincoli e oneri posti dal CCNL”, onde viene meno lo stesso presupposto per poter parlare di nullità ai sensi dell’art. 40 terzo comma del d.lgs 165/2001. Se ne deduce ulteriormente, secondo la decisione in commento, che, in assenza di un vincolo specifico nella fonte sovraordinata e in presenza di una piena attribuzione della materia al contratto integrativo, a quest’ultimo deve esser riconosciuta, sulle materia di sua esclusiva competenza “ piena dignità e forza normativa”.

5. Finché non sia adottato nei confronti del ricorrente un formale provvedimento di esclusione o di non ammissione al percorso formativo i giudici hanno in prevalenza ritenuto che manchi il requisito del *periculum*. “Non risulta provato” si legge ad es. in Trib. Firenze ord. 7 maggio 2001, “che all’esito delle domande presentate ... sia stata formulata la graduatoria degli aspiranti alla procedura selettiva o che gli odierni ricorrenti possano essere esclusi in quanto superati nella graduatoria da partecipanti alla selezione provenienti”

D’altra parte, secondo Trib. Trani 10 agosto 2001, “ non è ammissibile per carenza di interesse concreto e attuale l’impugnativa di un bando di concorso proposta prima che il concorso venga espletato da un candidato che si limiti a prospettare che l’Amministrazione con una clausola del bando abbia illegittimamente ampliato la sfera dei concorrenti”.

Sempre in tale ordine, il Tribunale di Catanzaro (ord. coll. 19 settembre 2001) facendo applicazione alla materia concorsuale del principio per cui sotto il profilo dell’interesse ad agire, “la proposizione di una domanda giudiziale postula imprescindibilmente la sussistenza di una lesione concreta e attuale del diritto o comunque della situazione giuridica soggettiva della quale si chiede la tutela” ha osservato che “in materia concorsuale (sia concorsi esterni che interni) la lesione di una posizione giuridicamente rilevante che legittimi l’accesso alla tutela giurisdizionale trae origine dalla mancata ammissione o dall’esclusione dalla partecipazione al concorso indetto oppure, a conclusione del medesimo, dall’essere stati pretermessi o posposti nella graduatoria finale rispetto ad un altro candidato”.

In sostanza, come affermato da Trib. Latina ord. coll. 11 settembre 2001, non può concedersi il provvedimento d’urgenza se “la tutela richiesta dalle parti appare preventiva e non attuale in relazione alla lesione lamentata”.

Il tema dell’interesse ad agire di idee viene ripreso in una delle pronunce più articolate sul punto (Trib. Lanciano ord. 26 luglio 2001) dove si osserva

che quella lamentata dai ricorrenti è non lesione attuale del loro diritto ma piuttosto “una mera valutazione prognostica circa il più o meno probabile verificarsi di una tale lesione”.

Notevole è anche, nel provvedimento appena cit., il rilievo secondo cui una volta che si prospetti quale fatto lesivo non la propria esclusione dalla selezione ma l'ammissione di altri soggetti in relazione ai requisiti che consentono la loro partecipazione e ai criteri predeterminati per l'assegnazione dei punteggi non si potrebbe ritenere che la lesione derivi direttamente dal bando selettivo, dovendosi attendere a tal fine che sia stata effettuata la valutazione comparativa delle posizioni di tutti i candidati. In tal modo, come è ovvio, anche se il provvedimento in esame non lo dice esplicitamente, si torna alla esclusione o non ammissione degli interessati, che è in sostanza il presupposto prevalentemente ritenuto necessario per la concessione della cautela.

Sulle medesime linee si colloca, in sostanza, anche il cit. Trib. Trani il quale ritiene che “l'interesse alla immediata impugnazione del bando sussiste per le clausole che escludendo dalla relativa procedura una determinata categoria di soggetti comportano una lesione diretta ed attuale di coloro che non possono partecipare al concorso” mentre “le doglianze proposte contro le disposizioni del bando che impediscono di raggiungere nella procedura concorsuale un risultato utile diventano rilevanti solo all'atto terminale della procedura stessa”.

Interessante è anche il rilievo che, per escludere l'attualità del *periculum*, la decisione in ult. cit., assegna alla possibilità che prima della approvazione della graduatoria degli ammessi l'amministrazione assuma iniziative per la modifica delle clausole sospette di illegittimità con ciò prevenendo la possibile lesione del diritto di quanti si ritengono da essi pregiudicati”.

Formulato con generico riferimento alle “clausole sospette di illegittimità” esso può in linea di massima esser condivisibile. Si può ritenere infatti che anche nell'ambito di una procedura selettiva di stampo privatistico il datore di lavoro possa modificare clausole del bando, pur dovendosi precisare che questa possibilità può ammettersi con riferimento alle clausole palesemente nulle unilateralmente predisposte, la radicale invalidità delle quali non dovrebbe consentire a nessun interessato di fondarvi un affidamento tutelabile. Molto più complessa sembra essere invece la valutazione di un tale comportamento quando si tratti di clausole traenti origine da impegni contrattuali di fonte collettiva. Non è questa la sede per i necessari approfondimenti del tema, ma è quantomeno dubbio che un'iniziativa di tal genere possa esser unilateralmente adottata, visto che essa presuppone una





interpretazione della clausola collettiva (sulla quale poggia quella del bando selettivo) e che la stessa pendenza di un giudizio relativo ad essa implica una controversia di interpretazione della clausola e quindi dovrebbe rendere attuale l'obbligo contrattuale che impone alle parti contraenti di (tentare di) definire consensualmente il significato della clausola controversa (v., nella specie art. 12 del CCNL comparto ministeri 16 febbraio 1999).

Più di un provvedimento, nel rigettare le domande sotto il profilo del *periculum* sottolinea poi l'esigenza che questo elemento venga puntualmente valutato con riferimento a ciascuno dei ricorrenti (v. ad es. in tal senso molto chiaramente Trib. Catanzaro ord. coll. cit.): osservazione particolarmente rilevante in una situazione caratterizzata non solo dalla concorrenza verso un'unica posizione apicale di dipendenti provenienti da due diversi livelli, ma dalla compresenza nel medesimo livello C2 di concorrenti con anzianità diversissime.

E tale esigenza è stata talvolta riconosciuta, essendosi negata in situazioni analoghe a quelle oggetto dei provvedimenti sinora cit., la tutela cautelare una volta constatato che il ricorrente, in base a concreti indizi documentali, sarebbe stato escluso dal percorso selettivo per effetto non della partecipazione di dipendenti appartenenti alla posizione economica inferiore ma per la concorrenza di altri colleghi inquadrati nella sua stessa posizione economica, ma di soverchiante anzianità (v. Trib. Latina 11 settembre 2001).

5.1 Le pronunzie che hanno ritenuto sussistente il *fumus* e che quale strumento di cautela hanno fatto ricorso o all'ammissione con riserva dei dipendenti (o, ma assai più raramente, alla sospensione dell'intero procedimento selettivo) si sono, naturalmente, date carico anche di chiarire come fosse possibile riconoscere il *periculum* in un momento anteriore alla decisione riguardante il singolo ricorrente .

L'irrelevanza dell'assenza di provvedimenti di esclusione è motivata in genere (v. ad es. Tribunale di Milano ord. 26 luglio 2001 cit.) con l'osservazione che “gli elementi prospettati in ricorso riguardo alla composizione dei destinatari della selezione e alla incidenza sulle singole posizioni dei criteri di valutazione per l'accesso al percorso formativo”, ossia, in sostanza, l'incidenza, ritenuta dal giudice determinante dell'anzianità di servizio su ogni altro criterio “rendono evidente infatti che tutti i ricorrenti non hanno alcuna possibilità di essere ammessi”. Ad avviso del Tribunale quindi “il solo dato del punteggio per sommatoria, riconoscibile per l'anzianità di servizio ad un numero rilevante di possibili

candidati è di per se causa di estromissione “in limine” che non necessita per la particolarità della situazione dell’atto ricognitivo dell’approvazione della graduatoria ed individua un pregiudizio non riparabile se non attraverso una anticipata tutela.”

Le stesse linee vengono seguite dal medesimo Tribunale nella decisione di conferma del citato provvedimento monocratico, reclamato dall’amministrazione (ord. coll. 7 settembre 2001) e sono sostanzialmente comuni anche a Trib. Oristano 13 luglio 2001, cit., e a Trib. Roma 14 giugno 2001 cit.

Si tratta, come è facile comprendere, di un argomento di per se non censurabile, dal momento che se si raggiunge una probabilità di esclusione tale da equivalere praticamente a certezza la tutela cautelare non può esser negata. Tuttavia si tratta anche di un argomento utilizzabile, in concreto, con difficoltà proprio perchè esso richiede un’informazione adeguata su ogni aspetto del problema, in particolare sulla circostanza che l’esclusione cui si vuol porre, sia pure provvisoriamente, rimedio sia effettivamente determinata dalla compresenza di altri concorrenti la cui legittimazione è dubbia e non invece da quella di altri partecipanti, indiscutibilmente legittimati. Tale informazione non è esibita nella motivazione delle ordinanze in esame, il che, di per se, getta un decisivo dubbio sulla loro congruità motivazionale per l’aspetto in questione. Del resto, l’alto numero dei candidati in gioco (dato questo che talora invece emerge) nei procedimenti di cui si tratta rende dubbio che essa fosse acquisibile.

Infine, deve segnalarsi che mentre nella assoluta maggioranza dei casi il tipo di provvedimento adottato è consistito in un ordine di ammissione con riserva al percorso selettivo, la più volte cit. ord. Trib Salerno ha ritenuto che “non essendo il procedimento selettivo un atto amministrativo ma un atto di gestione a regime privatistico” il giudice ordinario “riscontrandone l’illegittimità può in sede cautelare sospenderlo”. Questa decisione, dato il suo rilievo richiederebbe un più ampio commento. Si deve qui almeno osservare come essa apra sicuramente un problema di tutela dei concorrenti aventi interesse contrario alla sospensione, la cui presenza nel giudizio è stata sempre ritenuta non necessaria dalla giurisprudenza proprio sul rilievo che non si potrebbe ravvisare un interesse giuridicamente tutelato dei partecipanti alle procedure di selezione di prendere parte al giudizio promosso da uno dei candidati per la mancanza di rischio di un pregiudizio definitivo connesso alla mera ammissione con riserva di altro candidato (v. per tutti, Trib. Roma 17 giugno 2002). Argomento questo destinato a perdere ogni peso quando l’esito del procedimento promosso dal singolo possa





tradursi nella interruzione, per tutti, dello stesso percorso di avanzamento professionale, come recentemente riconosciuto da talune pronunzie (v. Trib. Vibo Valentia 12 luglio 2002; Trib. Lucera 2 maggio 2002). Trib. Vibo, in particolare, in un caso nel quale erano state proposte in via cautelare una domanda di sospensione dell'intero percorso selettivo ed una domanda, subordinata, di ammissione ad esso, con riserva, ha dichiarato inammissibile la prima per la mancata notifica del ricorso introduttivo ad alcuno dei controinteressati, osservando che essa incideva "necessariamente sulle posizioni giuridiche soggettive di tutti i candidati ammessi al corso di formazione", trattandosi di atti, quali l'avviso di selezione e la graduatoria di ammissione, "la cui sospensione potrebbe vanificare le legittime aspettative di tali candidati alla partecipazione al percorso formativo e al successivo inquadramento professionale", ed aggiungendo che la declaratoria di inammissibilità del ricorso, era imposta dalla "connaturata ristrettezza dei tempi propria del procedimento cautelare, non potendosi procedere nel corso di tale giudizio ad una integrazione del contraddittorio".

## Il giudice amministrativo di Massimo Salvatorelli\*



127

### **Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, 6.8.2002, n.520**

(Pres. Trovato – Est. Turco).

Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Riparto di giurisdizione – Concorsi interni – Giurisdizione dell'AGO

La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta costituito, ha carattere generale; pertanto anche la materia dei concorsi interni è devoluta al giudice ordinario, trattandosi di una vicenda di quel rapporto, e non della costituzione di un rapporto nuovo (1).

### **Consiglio di Stato, IV, ord. 5.4.2002, n.1266**

(Pres. LaMedica – Est. Russo).

Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Riparto di giurisdizione – Concorsi interni – Giurisdizione dell'AGO.

La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta costituito, ha carattere generale, comprendendone ogni fase modificativa, fino all'estinzione del rapporto; pertanto anche la materia dei concorsi interni è devoluta al giudice ordinario, trattandosi di una vicenda di quel rapporto, e non di una procedura strumentale alla costituzione di un rapporto nuovo (1).

### **TAR per il Lazio, Sez.I, 14.3.2002, n.2104**

(Pres. Calabrò – Est. Gaviano).

Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Riparto di giurisdizione – Concorsi interni – Giurisdizione dell'AGO

La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta costituito, ha carattere generale; pertanto anche la materia dei concorsi interni è devoluta al giudice ordinario, trattandosi di una vicenda

---

\*Avvocato dello Stato.

*modificativa di quel rapporto, e non della costituzione di un rapporto nuovo (1).*

**TAR per il Lazio, Sez.I, 20.2.2002, n.1155**

*(Pres. Calabrò - Est. Gaviano).*

*Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.*

*Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Riparto di giurisdizione - Concorsi interni - Giurisdizione dell'AGO.*

*La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta costituito, ha carattere generale; pertanto anche la materia dei concorsi interni è devoluta al giudice ordinario, trattandosi di una vicenda di quel rapporto, e non della costituzione di un rapporto nuovo (1).*

**TAR per la Puglia, Sez. Lecce, 22.1.2002, n.122**

*(Pres. Cavallari - Est. Cavallari).*

*Riferimenti normativi: artt. 35 e 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.*

*Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Riparto di giurisdizione - Concorsi interni e concorsi con riserva di posti - Giurisdizione del giudice amministrativo.*

*Le procedure concorsuali e le relative determinazioni dell'amministrazione devono essere ricondotte al potere di autorganizzazione della amministrazione; tanto nei concorsi interni (riservati a soggetti già dipendenti), quanto nei concorsi con un'aliquota di posti riservati ai dipendenti, l'assunzione dei vincitori importa l'incardinamento in una posizione diversa da quella precedentemente goduta. Non vi è pertanto ragione di distinguere tra le due procedure, per le controversie relative alle quali sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo (2).*

**TAR per le Marche, 21.12.2001, n.1254**

*(Pres. Amoroso - Est. Ranalli).*

*Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.*

*Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Riparto di giurisdizione - Concorsi interni - Giurisdizione dell'AGO.*

*La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta costituito, ha carattere generale; pertanto anche la materia delle procedure interne, finalizzate alla progressione in carriera e realizzate mediante selezione concorsuale, è devoluta al giudice ordinario (1).*

**TAR per la Toscana, Sez.II, 21.12.2001, n.2147**

*(Pres. Radesi - Est. Radesi).*

*Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.*

*Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Riparto di giurisdizione - Concorsi interni - Giurisdizione dell'AGO.*

*La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta*





*costituito, ha carattere generale; pertanto anche la materia dei concorsi interni è devoluta al giudice ordinario, trattandosi di una vicenda di quel rapporto, e non della costituzione di un rapporto nuovo (1).*

**TAR per la Basilicata, 14.12.2001, n.894**

*(Pres. Camozzi – Est. Ferrari).*

*Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.*

*Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Riparto di giurisdizione – Concorsi interni – Giurisdizione dell'AGO.*

*La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta costituito, ha carattere generale; pertanto anche la materia dei concorsi interni è devoluta al giudice ordinario, trattandosi di procedura selettiva per l'avanzamento di carriera o per il mutamento della qualifica o del profilo posseduto, che presuppongono un rapporto di lavoro in atto (1).*

**TAR per la Calabria, Sez. II - Catanzaro, 13.12.2001, n.2081**

*(Pres. Brandileone – Est. Fedullo).*

*Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.*

*Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Riparto di giurisdizione – Concorsi interni – Giurisdizione dell'AGO.*

*La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta costituito, ha carattere generale; pertanto anche la materia dei concorsi interni è devoluta al giudice ordinario, trattandosi di una vicenda di quel rapporto, e non della costituzione di un rapporto nuovo (1).*

**TAR per la Lombardia, Sez. Brescia, 10.11.2001, n.870**

*(Pres. Mariuzzo – Est. Bacosi).*

*Riferimenti normativi: art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.*

*Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Riparto di giurisdizione – Concorsi interni – Giurisdizione dell'AGO*

*La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di impiego, una volta costituito, ha carattere generale; pertanto anche la materia dei concorsi interni è devoluta al giudice ordinario (1).*

(1) (2) Dopo le ripetute pronunzie delle Sezioni Unite della Cassazione, anche il giudice amministrativo si va uniformando, spesso con motivazioni di stile o con la mera riproduzione dei principali passi motivazionali delle decisioni del Supremo Collegio, alla lettura dell'art.68, I co., d.lgs. 29/93 (ora art.63 del d.lgs.165/2001) fatta propria dalla Suprema Corte. Secondo questo orientamento, laddove sia già esistente un rapporto di pubblico impiego, la procedura concorsuale "riservata" che porti a una progressione di carriera, anche con passaggio a una nuova posizione economica o funzionale, non





deve ritenersi finalizzata alla *costituzione* di un *nuovo rapporto* (per la quale sussisterebbe la giurisdizione amministrativa), ma realizza solamente *una delle vicende del rapporto stesso* (nella specie: modificativa). Il tenore letterale dell'art.63 e l'eccezionalità e residualità delle norme che fanno sopravvivere la giurisdizione del giudice amministrativo – norme non suscettibili di interpretazione estensiva – fanno sì che le controversie in materia restino dunque sottoposte alla cognizione (“generale”) del giudice ordinario.

Unica recente voce dissenziente è TAR Puglia, Sez. Lecce, 22.1.2002, n.122, pure riportata, secondo la quale la giurisdizione in materia spetta al giudice amministrativo. In detta ultima pronuncia si sottolinea, per un verso, la natura di atto organizzativo generale che caratterizza tutte le procedure concorsuali (contenenti valutazioni tecnico-discrezionali), evidenziando quindi la permanenza di una sfera di attività “autoritativa” con conseguente insussistenza di posizioni di diritto soggettivo tutelabili dinanzi all'AGO. Per altro verso, si valorizza la circostanza che, all'esito della procedura concorsuale, il vincitore – anche se già dipendente – stipula comunque un *nuovo contratto di lavoro*; si richiama, infine, il noto *obiter dictum* di Corte Cost. (ord. 4.1.2001, n.2), a mente del quale sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di concorsi aperti a concorrenti esterni, ma con posti riservati ai dipendenti. È ingiustificato e irrazionale, secondo il TAR pugliese, diversificare le due situazioni (concorso interno, concorso pubblico con posti riservati agli interni) in carenza di una differenza sostanziale delle due procedure.

Da ultimo è doveroso segnalare che la decisione del giudice delle leggi è richiamata anche da alcune delle altre pronunzie riportate, che concludono per la sussistenza della giurisdizione ordinaria in caso di concorso interno, evidenziando che a soluzione diversa dovrebbe però giungersi per l'ipotesi di concorso con riserva di posti. In quest'ottica, tuttavia, oltre alle perplessità dipendenti dalle osservazioni del TAR Puglia in ordine alla mancanza di una ontologica differenza tra le due procedure, occorre rilevare che suscita comunque incertezza lo spostamento di giurisdizione per motivi di connessione che si verrebbe a verificare per i concorrenti-dipendenti nel caso di devoluzione di tutta la procedura concorsuale alla cognizione del giudice amministrativo (giudice, questo, a sua volta “naturale” per il concorrente non-dipendente). Sarebbe d'altro canto estremamente difficile accettare l'idea che, anche per la medesima doglianza (in ipotesi, un vizio di composizione della commissione), si possa realizzare un “doppio binario”, con tutti gli immaginabili problemi di contrasto di giudicati.

---

## CAPITOLO 7





---

Il diritto al risarcimento del danno  
per l'adibizione a mansioni inferiori  
di Massimo Salvatorelli\*  
e Bruno Cossu\*\*



1. I principi generali in materia di attribuzione delle mansioni al lavoratore sono posti dal Codice civile all'art.2103.

Nel testo attualmente vigente, risultante dalla modifica introdotta dall'art.13 dello Statuto dei Lavoratori, è previsto, per quanto qui interessa, che *“il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. ... Ogni patto contrario è nullo”*. Tali disposizioni incidono, dunque, sul generale, unilaterale ius variandi del datore di lavoro, che, originariamente, nella disciplina codicistica, era tendenzialmente illimitato, salvo il diritto del lavoratore alla conservazione della retribuzione. Ciò deriva da un radicale mutamento dell'ottica nella quale il legislatore si è posto: per il lavoratore, infatti, lo svolgimento delle mansioni costituisce non solo un obbligo, ma anche un preciso diritto, che va ad incidere sensibilmente sullo stesso potere organizzativo del datore di lavoro.

Da quanto precede consegue, in linea di principio, la illiceità del provvedimento datoriale che destini il lavoratore allo svolgimento di mansioni inferiori (cd. dequalificazione), con conseguente diritto per il lavoratore ad ottenere l'adempimento dell'obbligo contrattuale (destinazione alle mansioni pattuite, o ad altre equivalenti) ed il risarcimento del danno. Si dubita, invece, se sia legittimo l'atteggiamento del lavoratore che, sulla base dell'*exceptio inadimpleti contractus*, rifiuti la propria prestazione lavorativa.

Mentre, malgrado qualche voce contraria in dottrina (cfr. C. Assanti, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*; si veda anche, in un'ipotesi

---

\*Avvocato dello Stato.

\*\*Avvocato esperto in materia di diritto del lavoro.



di rotazione in mansioni inferiori, Tribunale Milano, 29.10.1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994, 516) si deve ritenere che la nullità dei patti in deroga sancita dall'ultimo comma dell'articolo sia applicabile anche agli accordi collettivi (cfr., tra le tante, Cass., 24.01.1987, n. 672), eccezioni specifiche possono invero derivare da precise norme di legge.

Basterà rammentare, a titolo esemplificativo, la temporanea adibizione, a scopo di tutela della salute, a mansioni diverse per i lavoratori esposti ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro (d.lgs. n.277/91, art.8: “*Nel caso in cui il lavoratore per motivi sanitari inerenti la sua persona, connessi all'esposizione ad un agente chimico o fisico o biologico, sia allontanato temporaneamente da un'attività comportante esposizione ad un agente, in conformità al parere del medico competente è assegnato, in quanto possibile, ad un altro posto di lavoro nell'ambito della stessa azienda ... Il lavoratore di cui al comma 1 che viene adibito a mansioni inferiori conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria*”); l'assegnazione a mansioni compatibili con il sopravvenuto stato fisico dell'invalido (l. n.68/99, che, qualora si riscontri una condizione di aggravamento incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, prevede la sospensione non retribuita del rapporto di lavoro e l'utilizzo temporaneo dell'invalido in tirocinio formativo; art.31 DPR 28.12.1970, n.1077; cfr. TAR Campania, I, 13.1.1994, n.31); la riduzione delle mansioni per la lavoratrice madre (art.7 d.lgs. 26.3.2001, n.151: “*La lavoratrice è addetta ad altre mansioni per il periodo per il quale è previsto il divieto ... La lavoratrice adibita a mansioni inferiori a quelle abituali conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originale*”); gli accordi collettivi nell'ambito della mobilità (art.4, co.11, l. n.223/91: “*Gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di cui al presente articolo, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire, anche in deroga al secondo comma dell'articolo 2103 del codice civile, la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte*”).

Per quanto riguarda, invece, la modifica delle mansioni con assegnazione di mansioni equivalenti, il relativo provvedimento non può essere arbitrario, ma, secondo l'orientamento prevalente, deve essere sorretto da ragioni tecniche, organizzative o produttive (la norma codicistica peraltro riferisce il requisito, testualmente, al solo trasferimento); le nuove mansioni devono appartenere alla medesima area professionale delle precedenti e devono

essere in ideale continuità con l'attività fino a quel momento svolta, tendere, cioè, a valorizzare e ulteriormente sviluppare la professionalità acquisita.

La giurisprudenza di legittimità e di merito ha sviluppato, nel corso del tempo, orientamenti sempre più dettagliati in ordine allo *ius variandi*, con riferimento al quale, pone l'accento sulla necessità che le mansioni attribuite salvaguardino il livello professionale acquisito dal lavoratore e garantiscano lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali (cfr. Cass., 10.80.1999, n.8577) nonché le *“possibilità di progressione di carriera sussistenti al momento del mutamento di mansioni o ragionevolmente prevedibili”* (Cass.3.7.2001, n.9002, nonché nello stesso senso Cass.21.7.2000, n.9623). Così, si è affermato che *“la equivalenza delle mansioni, che condiziona la legittimità dell'esercizio dello ius variandi, a norma dell'art. 2103 c.c. ... va verificata sia sul piano oggettivo, e cioè sotto il profilo della inclusione nella stessa area professionale e salariale delle mansioni iniziali e di quelle di destinazione, sia sul piano soggettivo, in relazione al quale è necessario che le due mansioni siano professionalmente affini, nel senso che le nuove si armonizzino con le capacità professionali già acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi; tuttavia, nel rispetto di dette condizioni, non è richiesta l'identità delle mansioni, né costituisce elemento ostativo la necessità di un aggiornamento professionale in relazione ad innovazioni tecnologiche”* (Cass., sez. lav., 01.09.2000, n. 11457; v. anche Cass., 28.3.1995, n.3623; Tribunale Reggio Calabria, 29.9.1999, in *Giur. Lav.*, 2000, 147; Pretura Pisa, 15.11.1994, in *Toscana lavoro Giur.*, 1995, 61). In particolare, l'indagine sull'equivalenza non deve arrestarsi al profilo meramente formale e astratto del livello di categoria, ma deve spingersi a verificare la specifica competenza tecnico-professionale del dipendente (Cass., 3.11.1997, n.10775; v. anche Pretura Firenze, 29.7.1994, in *Toscana lavoro Giur.*, 1995, 38), ed anche la modifica quantitativa delle prestazioni, ove comporti *“un abbassamento del globale livello delle prestazioni del lavoratore con una sottoutilizzazione delle capacità dallo stesso acquisite e un conseguenziale impoverimento della sua professionalità”* (Cass., 19.5.2001, n.6856) può sostanziare una dequalificazione professionale.

Di fronte alla doglianza del dipendente che assuma essersi verificata una dequalificazione, l'indagine del giudice del merito *“si articola in varie direzioni e afferisce: a) all'eventuale violazione del livello retributivo raggiunto; b) all'accertamento delle mansioni previste nell'atto dell'assunzione e concretamente poi svolte, nonché all'esatto inquadramento delle stesse nel corrispondente livello del contratto collettivo di categoria; c)*





*alla rigorosa individuazione delle nuove mansioni affidate al lavoratore, inquadrandole come da contrattazione collettiva; d) all'equivalenza o meno delle nuove mansioni a quelle precedentemente espletate, rispetto all'inquadramento astratto e formalistico di categoria secondo il CCNL; e) all'accertamento comparativo delle stesse in concreto, sotto il profilo della loro equivalenza o meno in relazione alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto e all'utilizzazione del patrimonio professionale acquisito nella pregressa fase del rapporto e nella precedente attività svolta; f) all'applicazione del principio secondo cui il lavoratore deve essere adibito a funzioni confacenti alle proprie qualità, nell'ottica di un costante loro affidamento e di una progressiva evoluzione delle stesse" (Cass., sez. lav., 17.03.1999, n. 2428).*

Si è altresì chiarito in quali casi, per contro, il demansionamento non rivesta i richiamati caratteri di inadempimento.

Così, è stata affermata la legittimità della dequalificazione concordata ad evitare la inevitabile risoluzione del rapporto di lavoro, che consegua, ad esempio, alla soppressione del posto o alla sopravvenuta inidoneità fisica (Cass., 2.8.2001, n.10574; Cass., 5.8.2000, n.10339). Il datore di lavoro, peraltro, non ha il potere di procedere unilateralmente a detta dequalificazione (Pretura Frosinone, 28.5.1991, in *Dir. e pratica lav.*, 1991, 3049), né ha l'obbligo di proporre un demansionamento concordato in alternativa al licenziamento (*"Deve ritenersi legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo basato sulla soppressione del posto al quale era addetto il lavoratore licenziato (per la cui configurabilità non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore suddetto, ben potendo le stesse essere diversamente ripartite e attribuite nell'ambito dell'azienda) nonostante che nella ricerca di possibili nuovi impieghi non sia stata presa in considerazione la possibilità di ricorrere ad una dequalificazione concordata, sempreché il lavoratore non dimostri che tale soluzione sia dipesa da ostacoli alla conclusione di un patto di demansionamento frapposti dal datore di lavoro con un comportamento non improntato a buona fede"*: Cass., 20.12.2001, n.16106; v. anche Cass., 14.9.1995, n.9715).

Parimenti, alla luce dei principi di diligenza e buona fede, il lavoratore non può rifiutare di svolgere mansioni promiscue (purché non prevalenti rispetto a quelle proprie), o quelle che – pur corrispondenti ad una qualifica inferiore – rivestano il carattere di accessorietà e strumentalità rispetto alle mansioni pattuite (cfr. Consiglio di Stato, V, 21.7.1995, n.1116). È inoltre da escludere che incorra nella violazione del divieto di dequalificazione il datore che



adibisca (evidentemente non in via definitiva) il lavoratore a mansioni inferiori obiettivamente necessarie affinché lo stesso acquisisca quella competenza professionale indispensabile per lo svolgimento della attività propria della qualifica.

Una volta accertata la sussistenza della illegittima dequalificazione – che è ravvisabile anche allorquando il datore di lavoro lasci il dipendente inoperoso posto che, “*in attuazione dell’art.4 Cost.*”, l’art.2103 c.c. riconosce al lavoratore subordinato non solo “*il diritto a svolgere le mansioni corrispondenti alla qualifica di assunzione o a quella superiore successivamente acquisita*” ma “*Più in generale ... il diritto al lavoro, nel senso che il datore di lavoro, salvo alcune eccezioni non può legittimamente esonerare il dipendente dall’espletamento della prestazione lavorativa*” (Cass. 3.7.2001, n.9002 cit.) – come sopra si diceva, il lavoratore ha diritto ad ottenere la condanna del datore di lavoro all’adempimento dell’obbligo contrattuale consistente nella reintegrazione nelle originarie mansioni. Trattasi, tuttavia, di obbligo insuscettibile di esecuzione coattiva di tal che si deve ritenere che il protrarsi dell’illecito (permanente) possa portare solo al risarcimento del danno ulteriore.

Un momento fondamentale della trattazione giurisprudenziale è appunto quella dedicata ai criteri per la identificazione e la liquidazione del danno.

Va premesso che, secondo i criteri generali, l’onere della prova dello stesso grava sull’attore, che, benché ne sia possibile una liquidazione equitativa (Cass. 2.1.2002, n.10, Cass. 14.11.2001, n.14199 cit., Cass. 2.11.2001, n.13580, Cass. 23.10.2001, n.13033, Cass. 6.11.2000, n.14443, Tribunale Roma, 4.4.2000, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, I, 370), non può limitarsi a dedurre la mera, astratta, potenziale lesività, ma deve fornire la prova – che, ovviamente, può essere data anche per presunzioni – dell’esistenza concreta di un danno (Cass. 13.7.2002, n.10203, Cass. 14.5.2002, n.6992; cfr. però in senso contrario Cass. 13033/2001 e Cass. 14443/2000 cit.). Il cd. “danno professionale” “*può assumere aspetti diversi, in quanto può consistere sia nel danno patrimoniale derivante dall’impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, sia nel pregiudizio subito per perdita di chance ossia di ulteriori possibilità di guadagno sia in una lesione del diritto del lavoratore all’integrità fisica o, più in generale, alla salute ovvero all’immagine o alla vita di relazione; è compito del giudice del merito – le cui valutazioni, se sorrette da congrua motivazione, sono incensurabili in sede di legittimità – accertare se in concreto il suddetto danno sussista, individuarne la specie e determinarne l’ammontare eventualmente procedendo anche ad una*





*liquidazione in via equitativa*".

Secondo l'orientamento, pressoché unanime, della giurisprudenza sia di legittimità che di merito, ai fini della quantificazione del danno, assumono rilievo, e devono, quindi, essere presi in considerazione, vari elementi quali:

- la retribuzione percepita dal lavoratore, in quanto la stessa costituisce espressione (anche) del contenuto professionale della prestazione;
- la natura, il livello e la tipologia delle mansioni svolte, che, in taluni casi, è particolarmente suscettibile di impoverimento per effetto del mancato esercizio;
- il tempo che è stato necessario al lavoratore per acquisire la propria professionalità;
- la durata del periodo nel corso del quale lo stesso è stato costretto a non esercitare la professionalità acquisita nella precedente esperienza lavorativa;
- il divario tra la qualità delle mansioni precedentemente e successivamente svolte;
- le modalità con le quali la dequalificazione professionale ha avuto attuazione;
- l'inesistenza di ragioni organizzative che potessero imporre tale provvedimento;
- la perdita di chance che la dequalificazione può cagionare.

Si dubita, invece, che il lavoratore, oltre a poter chiedere l'adempimento del contratto ed il risarcimento del danno, possa legittimamente rifiutare la propria prestazione in forza dell'eccezione di inadempimento e ciò in quanto, se pure è stato affermato che "*l'illegittimo comportamento del datore di lavoro consistente nell'assegnare il dipendente a mansioni inferiori a quelle corrispondenti alla sua qualifica può giustificare il rifiuto della prestazione lavorativa in forza dell'eccezione di inadempimento di cui all'art.1460 c.c.*" sempre che "*tale reazione risulti proporzionata e conforme, come avviene nel caso in cui continui ad offrire le prestazioni corrispondenti alla qualifica originaria*" (Cass.12.10.1996 n.8939), è stato, altresì ritenuto che "*a seguito di una ritenuta dequalificazione di mansioni, non può il lavoratore rendersi totalmente inadempiente sospendendo ogni attività lavorativa, se il datore di lavoro assolve a tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa, assicurazione del posto di lavoro), potendo una parte rendersi totalmente inadempiente e invocare l'art. 1460 c.c. soltanto se è totalmente inadempiente l'altra parte, non quando vi sia controversia, egualmente già sub iudice, solo su di una delle obbligazioni facenti capo ad una delle parti,*

*obbligazione peraltro non incidente sulle immediate esigenze vitali del lavoratore*” (Cass., sez. lav., 07.02.1998, n. 1307, cfr. anche Tribunale Torino, 22.11.99, in Dir. lav., 2000, II, 37).

Va tuttavia segnalato che da un diverso angolo visuale, in senso contrario, è stato sostenuto che *“A norma dell’art.2103 c.c., l’illegittimo comportamento del datore di lavoro consistente nell’assegnazione di mansioni non equivalenti, si colloca del tutto al di fuori del contenuto contrattuale. Ne consegue che il rifiuto del dipendente di svolgere mansioni estranee al contratto non è qualificabile in termini di eccezione di inadempimento ex art.1460 c.c.”*.

2. Tutto quanto si è fin qui brevemente illustrato riguarda il rapporto di lavoro privato. Con la (impropriamente detta) privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, è sorto pertanto il problema dell’applicabilità dei detti principi al dipendente pubblico, il cui regime è stato per lungo tempo, come si passerà ora sinteticamente ad illustrare, profondamente differente.

Il quadro normativo sul punto ha conosciuto una profonda evoluzione.

Occorre prendere le mosse dal T.U. degli impiegati civili dello Stato (DPR n.3/57), che prevedeva, all’art.31, che *“l’impiegato ha diritto all’esercizio delle funzioni inerenti alla sua qualifica ... Può essere destinato a qualunque altra funzione purché corrispondente alla qualifica che riveste ed al ruolo cui appartiene. Quando speciali esigenze di servizio lo richiedano, l’impiegato può temporaneamente essere destinato a mansioni di altra qualifica della stessa carriera”*.

La giurisprudenza amministrativa, chiamata in via pressoché esclusiva a dare applicazione alla disposizione, l’aveva inizialmente interpretata in maniera estremamente restrittiva. Veniva, infatti, precisato che, se in linea di principio poteva ritenersi sussistente una (mera) aspettativa del lavoratore a svolgere le mansioni per le quali era stato assunto, poteva comunque essergli richiesto, sia pur eccezionalmente, di eseguire temporaneamente mansioni diverse (ivi comprese quelle inferiori), purché di affine qualifica e profilo professionale. Gli atti con i quali la P.A. destinava il dipendente a dette mansioni erano comunque provvedimenti meramente discrezionali, in linea di massima non richiedenti motivazione (cfr. Consiglio di Stato, V, 18.12.75, n.1121; VI, 6.10.86, n.767).

Successivamente si andava consolidando un orientamento parzialmente diverso. Il lavoratore non vantava diritti soggettivi perfetti, ma interessi, pur sempre recessivi di fronte all’esercizio del potere discrezionale di autoorganizzazione dell’Amministrazione. Essa, per il perseguimento delle





finalità pubbliche delle quali era attributaria, ben poteva incidere su tali posizioni soggettive. L'attribuzione di mansioni inferiori, in quanto eccezionale, doveva aver durata temporanea, non poteva comunque mai alterare lo *status* giuridico e il trattamento economico dell'impiegato, e doveva essere motivata in ordine alle esigenze oggettive che ne avevano imposto l'adozione, al fine di consentire il controllo del Giudice amministrativo sul corretto esercizio del potere (tra le tante, cfr. Consiglio di Stato, V, 20.5.1992, n.448 e, più di recente, la paradigmatica decisione Consiglio di Stato, V, 26.3.1999, n.336, che, riassumendo gli orientamenti fino al momento maturati, chiarisce che, “*sebbene in linea di principio i lavoratori subordinati pubblici devono essere adibiti alle mansioni riferibili alla loro qualifica funzionale d'inquadramento o di assunzione, essi possono espletare anche mansioni inerenti ad una qualifica inferiore, qualora ne sussistano esigenze di servizio, fermo però restando che la P.A. datrice di lavoro non ha al riguardo un potere liberamente esercitabile, ma i suoi atti organizzativi sono sempre sindacabili per la loro rispondenza all'interesse pubblico e, più in generale, per eccesso di potere*”). Restava comunque ferma e pacifica l'inapplicabilità della disciplina dell'art.2103 al pubblico impiego (cfr. Consiglio di Stato, IV, 28.10.96, n.1157).

In questo contesto, come è evidente, rimaneva altresì esclusa, di fatto, ogni risarcibilità di eventuali danni patiti dal dipendente. Si continuava, infatti, generalmente, a parlare di interessi, e non di diritti (in quest'ultimo senso: Consiglio di Giustizia Amm.va Reg. Sicilia, 29.10.1994, n.371, in un *obiter dictum*; e qualche isolata pronuncia di giudici del lavoro, come Trib. Cagliari, 23.11.1990, che ritiene conseguentemente il dipendente pubblico legittimato ad agire dinanzi al giudice ordinario per il danno che derivi dalla lesione del diritto; poi, più di recente, TAR Lazio, II, 2.5.2000, n.3551, secondo il quale l'art.31 T.U. n.3/57 costituisce un vero e proprio diritto soggettivo, la cui lesione sostanzia un illecito contrattuale): e, così facendo, il giudice amministrativo precludeva, in concreto, la possibilità di ottenere un risarcimento. La giurisprudenza di legittimità era infatti fermissima, fino al 1999, nell'escludere il diritto al ristoro di qualunque danno patito, anche dopo la rimozione del provvedimento amministrativo illegittimo, laddove lo stesso avesse inciso (non su preesistenti diritti soggettivi “affievoliti”, ma) su altre posizioni giuridiche soggettive; è, questo, il ben noto principio della irrisarcibilità per lesione di interessi legittimi.

In questo quadro si inserisce, con il suo profondo, generale contenuto innovativo, il d.lgs. 29/93.

In materia di attribuzione di mansioni, in particolare, l'art.56 prevedeva

che “*il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni proprie della qualifica di appartenenza, nelle quali rientra comunque lo svolgimento di compiti complementari e strumentali al perseguimento degli obiettivi di lavoro. Il dipendente può essere adibito a svolgere compiti specifici non prevalenti della qualifica superiore, ovvero, occasionalmente e ove possibile con criteri di rotazione, compiti o mansioni immediatamente inferiori, se richiesto dal dirigente dell'unità organizzativa cui è addetto, senza che ciò comporti alcuna variazione del trattamento economico*”. Pur in un'ottica completamente rovesciata (il rapporto di impiego è ormai regolato dalle norme di diritto comune) rimane dunque ben presente la possibilità che esigenze di interesse pubblico conducano alla legittima attribuzione di mansioni inferiori, nell'ambito di una perdurante potestà organizzativa dell'Amministrazione.

Anche su tale situazione – contenente un evidente residuo della visione “pubblicistica” nell'approccio al problema dello svolgimento di mansioni diverse da quelle originarie nell'impiego pubblico – si è tuttavia radicalmente inciso con il nuovo testo dell'art.56 (ora recepito nell'art.52 del d.lgs. 30.3.2001, n.165), introdotto dall'art.25 del d.lgs. 80/98. Nella sua ultima formulazione è infatti del tutto assente qualsiasi espresso riferimento alla possibilità, per così dire astratta e generica, di attribuzione di quell'ampio *ius variandi* a favore del datore di lavoro pubblico che ricomprenda le mansioni inferiori, limitandosi il legislatore a ribadire che “*il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi*”.

La situazione appare pertanto, oggi, profondamente mutata.

Il lavoratore vanta ora un preciso diritto soggettivo allo svolgimento delle mansioni (significativo il riferimento alle “mansioni equivalenti”, sulle quali tanto si è affaticata la dottrina e la giurisprudenza civilistica: ma con la sostanziale distinzione sulla quale v. *infra*): diritto sorgente dalla norma speciale del d.lgs. n.165/2001, tutelabile – così come ogni altra pretesa nascente dal rapporto di lavoro pubblico – dinanzi al giudice ordinario. La violazione dello stesso non può non dar luogo al risarcimento del danno, secondo i medesimi criteri affinati nel corso degli anni dalla giurisprudenza sopra brevemente richiamata.

E, invero, le prime pronunzie in materia sembrano seguire questo orientamento.

Così, Tribunale La Spezia (28.1.2001, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2001, 433) chiarisce lapidariamente che la P.A. “*non può assegnare al dipendente*





*mansioni rientranti in una categoria inferiore*". Tribunale Treviso (4.10. 2000, in *Rass. Giur. Lav. Veneto*, 2000, 2, 54) ribadisce che "l'assegnazione a mansioni inferiori comporta l'obbligo di risarcire il danno alla professionalità e alla integrità morale del dipendente, equitativamente determinata". Tribunale Milano (5.5.2000, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2000, 758) precisa invece, correttamente distinguendo, che "al dipendente pubblico privatizzato che lamenti un'illegitima dequalificazione professionale non si applica l'art. 2103 c.c. bensì l'art. 56 d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, norma che, pur ricalcando apparentemente quella codicistica, se ne differenzia profondamente: in particolare l'indicata norma del decreto citato utilizza il principio di equivalenza con riferimento alle mansioni di assunzione (e non alle mansioni da ultimo svolte), e consente al datore di lavoro pubblico l'esercizio dello *ius variandi* nell'ambito delle mansioni da considerarsi "equivalenti in base alla classificazione fornite dalla contrattazione collettiva, limitando pertanto l'ambito sul successivo controllo giudiziale". (Concorda una più remota Pretura Napoli, 24.3.1999, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 3504. In senso contrario, invece, Tribunale Parma, 28.3.2001, in *Giustizia Amm.va*, 2001, 626, che fonda l'integrale applicabilità dell'art.2103 sul rinvio operato dal d.lgs. 29/93 al codice civile ed allo Statuto dei lavoratori). Tribunale Monza (20.2.2001, in *Lavoro nella P.A.*, 2001, 678) evidenzia poi un ulteriore elemento di differenziazione tra art.2103 c.c. e art.56, ravvisando la legittimità di quei patti contrari la cui nullità è invece sancita dalla norma codicistica.

Ancora, una peculiare disciplina deve ritenersi regolare il rapporto di impiego del dirigente pubblico. Allo stesso non appare infatti applicabile la normativa civilistica in materia di dequalificazione di cui all'art. 2103 per l'espressa esclusione contenuta nell'art.19 d.lgs. 29/93, perfettamente coerente, d'altronde, con i principi di temporaneità e mobilità negli incarichi dirigenziali già evidenziati fin dalla L. n.127/97 (così Tribunale Milano, 5.5.2000 cit. ; Tribunale Milano 23.11.2000, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2001, 152; Tribunale Catania, 9.5.2000, in *Giust. Civ.*, 2000, 3032; Tribunale Palermo, 11.3.99, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 917).

Infine, Tribunale Trieste 13.8.99 (in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2428) ha fatto applicazione di noti principi civilistici ai fini della individuazione della equivalenza delle mansioni, evidenziando, però, alcune fondamentali peculiarità tuttora sussistenti nel rapporto di lavoro con la P.A. "In tema di esercizio dello *ius variandi* nel lavoro pubblico, l'equivalenza delle nuove mansioni a quelle in precedenza svolte sussiste quando le prime consentano l'utilizzo ed il perfezionamento del corredo di nozioni, esperienza e perizia

*acquisito nella fase pregressa del rapporto e, di conseguenza, non è configurabile solo se le nuove mansioni comportino uno stravolgimento e depauperamento del patrimonio professionale del lavoratore; spetta a quest'ultimo l'onere di allegare l'impossibilità di utilizzare la professionalità acquisita in relazione al particolare tipo di specializzazione conseguito. Poiché l'intento perseguito dal datore di lavoro pubblico non è meramente egoistico, ma indirizzato a tutelare il corretto funzionamento della singola amministrazione, la garanzia del buon andamento della P.A. costituisce il bene contrapposto alla dignità, costituzionalmente garantita, del lavoratore”).*

Conclusivamente, anche in questo campo si assiste oggi ad una tendenziale equiparazione tra lavoratore pubblico e privato. Ciò, tuttavia, si ritiene, dovrà avvenire con inevitabili temperamenti, poiché appare irragionevole non tener presente, nel considerare le ragioni “tecniche, organizzative e produttive” richiamate dal codice civile, la perdurante, peculiare natura del datore di lavoro che, giova rammentare, non è un soggetto che agisce a fine di lucro, ma persegue finalità di interesse collettivo, anche costituzionalmente sancite, ed alla luce delle stesse deve agire.

Né potrà omettersi di tener conto, nell'esame dell'esercizio del potere di *ius variandi* in sede giurisdizionale, che se il datore di lavoro pubblico oggi opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, il giudice ordinario, che pur può disapplicare gli atti amministrativi illegittimi, tuttora incontra dei limiti nel conoscere degli atti dell'Amministrazione aventi contenuto organizzatorio, e pertanto sottratti al suo diretto sindacato (cfr. Corte Cost. [ord.], 04.01.2001, n. 2.).

Sul punto – che non può essere qui approfondito – esiste, come noto, ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale, che è ben lungi, al momento, dall'essere sopito. A puro titolo esemplificativo, sarà fondamentale vedere come la giurisprudenza applicherà i richiamati principi che giustificano la inapplicabilità del divieto di dequalificazione in caso di soppressione del posto alla ipotesi che l'Amministrazione, con valutazione discrezionale improntata a criteri di efficienza e buon andamento dell'attività amministrativa, si determini in ordine alla necessità di accorpate uffici pubblici o eliminare posti in organico, con evidenti conseguenze sui dipendenti ivi destinati. Ferma pacificamente restando la giurisdizione amministrativa in sede di legittimità, potrà tuttavia anche il giudice ordinario, adito dal dipendente, conoscere dell'atto, a tutela dei diritti soggettivi? E come potrà una pronuncia eventualmente favorevole al dipendente avere “efficacia solo tra le parti”, laddove, nel sanzionare un



demansionamento, imponga all'Amministrazione di mantenere un ufficio o una determinata pianta organica?

Si tratta, è evidente, di problemi di non facile soluzione, tra i più gravi posti dalla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego. Sarà dunque anche nella materia di cui ci si è qui occupati che si potrà vedere alla prova il nuovo giudice del rapporto di lavoro pubblico fornendo un contributo fondamentale alla definizione dei suoi poteri.





**Formez**

Centro di Formazione Studi

**Presidenza e Direzione Generale**

*via Salaria 229, 00199 Roma*

*tel. 06 84891*

**Sede di Roma**

*via Rubicone 11, 00198 Roma*

*tel. 06 84891*

**Sede di Napoli**

*Comprensorio Olivetti*

*via Campi Flegrei 34, 80072 Arco Felice, Napoli*

*tel. 081 5250111*

**Sede di Cagliari**

*via Roma 83, 09124 Cagliari*

*tel. 070 679561*

[www.formez.it](http://www.formez.it)

*Stampa Tipografia Edigraf - Roma*

*Finito di stampare nel mese di Dicembre 2002*

*Pubblicazione non in vendita*