

PROGRESSIONE IN CARRIERA E SELEZIONI INTERNE

GIORGIO CONTI

SOMMARIO. Sezione I 1. Premessa introduttiva. La Progressione in carriera e il problematico rapporto con l'art. 97 della Costituzione. 2. Necessità del canone del concorso anche per la progressione in carriera. Orientamenti della Corte Costituzionale e della giustizia amministrativa sui concorsi interni. 3. Il problema del riparto di giurisdizione sulle controversie relative ai meccanismi di progressione in carriera: le interpretazioni dell'art. 63 d. lgs. 165/2001. 4. L'attuale posizione della Cassazione: sintesi sulle posizioni giurisprudenziali. 5. Se la posizione della giurisprudenza sia da ritenere corretta in base ai principi normativi. Importanza della contrattazione collettiva. La riserva dei posti agli interni. 6. Limiti di validità dei concorsi interni per la progressione in carriera. 7. Le previsioni di alcuni contratti collettivi relativamente alla progressione in carriera e la loro sostanziale rispondenza ai principi affermati dalla giurisprudenza. 8. La riforma del titolo V della costituzione; la legislazione regionale ed i suoi limiti anche in base ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale. Possibili deroghe del principio del concorso attraverso la costituzione di rapporti di lavoro privato in ambito locale. Conclusioni. Sez. II 9. Mansioni superiori e loro rilevanza. Il quadro normativo fino all'art. 52 D.lgs. 165/2001. L'inquadramento e le mansioni dei pubblici dipendenti e la classificazione del personale. 10. La rilevanza della contrattazione collettiva. I passaggi del personale da un'area ad un'altra. Inapplicabilità all'impiego pubblico dell'art. 2103 cod.civ. 11. Sintesi sullo svolgimento di mansioni superiori.

SEZIONE I

1. Premessa introduttiva – La progressione in carriera e il problematico rapporto con l'art. 97 della Costituzione..

L'argomento della progressione in carriera verrà qui affrontato prevalentemente in relazione agli strumenti attraverso i quali esso può realizzarsi: segnatamente il concorso, che, non necessariamente, come vedremo, dovrà valere per i semplici miglioramenti di carattere economico.

Non dedicheremo particolare attenzione al concetto di progressione nella carriera, anche se, il parametro da considerare, anche ai fini di questo studio, è l'evoluzione della carriera in senso migliorativo per il dipendente rispetto alla situazione lavorativa che lo riguardava al momento della costituzione del rapporto di lavoro. Progressione, quindi, intesa sia come passaggio di qualifica, sia anche come semplice miglioramento economico.

Diciamo subito che, a stretto rigore, non necessariamente l'art. 97 della Costituzione, per la parte relativa al pubblico impiego, è destinato a risolvere il problema.

Basti considerare a questo proposito che il terzo comma della norma dispone che *"agli impieghi alle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge"*. Coticchè, sulla base di un'interpretazione legata al testo della disposizione, si potrebbe affermare che sarebbe essenziale (salvo espresse deroghe) la partecipazione a un concorso, solo per l'accesso "iniziale" ad un rapporto di pubblico impiego, ma non necessariamente per la progressione nell'ambito della carriera una volta che il rapporto si sia costituito.

Per l'accesso al pubblico impiego, il principio generale resta quello del concorso (nonostante alcune aperture contenute nel d.lgs. 165/2001 - art. 35) sancito dall'art. 97 Costituzione.

Non è detto tuttavia che la stessa regola debba valere per la progressione in carriera stante anche gli attuali contenuti dell'art. 52 del d.lgs. 165/2001 che per quanto formalmente dedicato alla *"Disciplina delle mansioni"* contiene indicazioni certamente importanti anche per la progressione in carriera quando, nel precisare che il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, aggiunge, *"o alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive"*. La progressione in carriera, almeno formalmente potrebbe quindi avvenire anche senza concorso.

Nè pare in contrasto con questa conclusione l'art. 97 della Cost. che (come anticipato) consente deroghe alla regola del concorso per la costituzione del rapporto di lavoro e nulla dispone per la progressione in carriera, a meno di non intendere

quest'ultima come costituzione di un nuovo posto di lavoro, il che imporrebbe di rispettare la regola del concorso.

Resta comunque il fatto, come tra breve vedremo, che la normativa sul punto lascia aperte varie possibilità (sviluppo professionale, procedure concorsuali o selettive) per cui la soluzione del problema andrà ricercata *aliunde*, ed in particolare nella contrattazione collettiva, che però non potrà travalicare i principi affermati soprattutto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Cassazione e del Consiglio di Stato che hanno colmato alcune incertezze legislative o dubbi interpretativi legati all'attuale quadro normativo.¹

2. Necessità del canone del concorso anche per la progressione in carriera.

Orientamenti della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa sui concorsi interni.

¹ Sulla riforma del pubblico impiego avviata a partire dalla legge n. 421 del 1992 dal D. Lgs. N. 29 del 1993 si vedano: RUSCIANO e ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico*, Bologna 1993; RUSCIANO e ZOPPOLI (a cura di) *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993; CECORA e D'ORTA, *La riforma del pubblico impiego*, Bologna, 1994; CATELLANI, *Il pubblico impiego*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova 1995; VISCOMI, *I rapporti di lavoro nelle Regioni e nelle Autonomie locali dopo la privatizzazione: commento al Contratto collettivo nazionale di lavoro del 6 luglio 1995*, Torino, 1996; BATTINI e CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997; ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Torino, 1998; CARINCI e D'ORTA (a cura di), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, Milano 1998; FORLENZA e TERRACCIANO e VOLPE, *La riforma del pubblico impiego*, Milano, 1998; CORPACI, RUSCIANO e ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (Commento al d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1999; VIDETTA, *Impiego pubblico*, in *Digesto discip. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 323; DELL'OLIO e SASSARI, *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000; DI GESU', MARICA, MONTANARI (a cura di), *Il rapporto di pubblico impiego*, Padova, 2000; BATTINI, *Il personale*, su CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2000, 335 e ss; VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2000; BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000; CARINCI e D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Commentario*, Milano, 2000. Per una rassegna di giurisprudenza sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dopo la privatizzazione, si veda il numero monografico della rivista *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* su "La giurisprudenza sul lavoro pubblico dopo la privatizzazione" (vol. 5 del 2001) Sulla progressione in carriera, SGARLI, *Le procedure per la progressione di carriera dei dipendenti pubblici*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, n. 3, 180; A MARI, *Principio del concorso pubblico e legislazione regionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/2004, 100 e ss.

Dagli orientamenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale e dei giudici amministrativi, emerge come regola generale la necessità, anche per la progressione in carriera che non sia meramente economica, di rispettare il metodo del concorso, posto che la progressione in carriera è ritenuta come costituzione di un nuovo posto di lavoro che determina, da parte di un dipendente già assunto, l'occupazione di un ruolo diverso e cioè (essenzialmente) di un posto diverso. Tale orientamento non è sempre condiviso in dottrina².

Si è ad esempio sostenuto che, essa (la regola del concorso n.d.r.) *"risulta, in primo luogo, smentita dalle vigenti previsioni di matrice legislativa e contrattuale"*. Ed infatti, innovando rispetto alla originaria versione del d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (che trattava insieme dei *"procedimenti di selezione per l'accesso e per la progressione del personale nei pubblici uffici"* prescrivendo criteri valevoli per entrambi), con modifiche apportate dal d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 lo *"sviluppo professionale"* è contemplato come cosa diversa dal reclutamento del personale ammettendosi una autonoma disciplina del primo rispetto al secondo. Significativo della diversità è la collocazione delle due norme di riferimento. Mentre l'una si trova ora inserita nel capo IV del d. lgs. N. 165/2001, dedicato al rapporto di lavoro e, più in particolare, tratta delle mansioni e dello *jus variandi*; l'altra ne sta fuori ed è compresa nel titolo dedicato alla organizzazione e, in tale ambito, nel capo III rubricato *"uffici, piante organiche, modalità e accessi"*.

² A. CORPACI, *Una sentenza importante in uno scenario in assestamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2004, 146. La distinzione tra reclutamento e sviluppo professionale ha avuto seguito e trovato specificazione nei contratti collettivi dei vari comparti che, non abilitati a disciplinare il reclutamento, coperto da riserva di fonte normativa, hanno previsto e regolato, nel quadro dei nuovi sistemi di classificazione del personale, la progressione quale modalità di accesso a ciascuna categoria riservata al personale in servizio inquadrato nella categoria immediatamente inferiore.

D'altra parte l'art. 52 d. lgs. 165/2001, indica diversi meccanismi per la progressione in carriera, consentendo il passaggio alla qualifica superiore del pubblico dipendente, acquisita per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive.

Venendo agli indirizzi giurisprudenziali esaminati, la Corte Costituzionale, prima della privatizzazione, ha sempre manifestato la sua preferenza per il rispetto della regola del concorso anche in ordine alla progressione in carriera. Si pensi alle sentenze 15 ottobre 1990, n. 453 e 161³ del 1990, nelle quali il giudice costituzionale sottolinea che il concorso è la regola da seguire anche per il passaggio ad aree funzionali superiori essendo esso "*il mezzo maggiormente idoneo ed imparziale per garantire la scelta dei soggetti più capaci ed idonei ad assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione*". Non era scontato che tali principi, affermati prima della privatizzazione, dovessero trovare conferma anche dopo, come invece è avvenuto. D'altra parte, nel d.lgs 165/2001, il principio del concorso non è certo venuto meno.

Ciò, sia con riferimento all'instaurazione del rapporto di lavoro cui è dedicato l'art. 35 che, al comma 7, parla espressamente di concorsi pubblici per le assunzioni, sia con riferimento alla progressione in carriera che, per l'art. 52, può avvenire anche a seguito di procedure concorsuali oltre che per procedure selettive e per sviluppo professionale⁴.

³ Pubblicate rispettivamente in Foro it., 1991, I, 395 con nota di *Cariola* e Foro it., 1990, I, 2130.

⁴ Tra le diverse pronunce che impongono il meccanismo concorsuale, si possono segnalare le sent.: 30 ottobre 1997 n. 320, 324 del 20 luglio 1994, n. 313 del 20 luglio 1994, n. 134 del 27 aprile 1995, n. 478 del 31 ottobre 1995, e soprattutto la n. 1 del 4 gennaio 1999 che si trovano rispettivamente pubblicate in *Funzione Pubbl.*, 1998, p. 3, 438; in Foro It. 1994, I, 2595; in Foro It. 1995, I, 2048; in Foro it., 1995, I, 2048, e in Cons.Stato 1999, II, 1.

Con la sentenza n. 320 del 30.10.1997 la Corte aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 97 della Costituzione, cioè per violazione del principio di buon andamento e imparzialità, l'art. 1 c.1 e 2 della L.R. Molise riaffermata il 7 maggio 1996, che per il personale della Ersam inquadrato in forza della L.R. n. 40/77 prevedeva che fosse interamente riconosciuto agli effetti giuridici il servizio comunque prestato e che per il medesimo personale in possesso di diploma di laurea e con un'anzianità di dieci anni di servizio, disponeva un inquadramento di livello funzionale ottavo.

La normativa veniva ritenuta incostituzionale in quanto la generalizzata e uniforme, ricostruzione dell'anzianità di servizio, che non teneva conto del diverso contenuto giuridico dei rapporti di lavoro preesistenti all'inquadramento in ruolo, nonché l'automatico reinquadramento all'ottavo livello del personale, violavano il principio del buon andamento.

Nella sentenza n. 1 del 4 gennaio 1999 (v. nota 4) vi sono importati passaggi. La Corte, intervenendo su una norma della legge n. 549/1995 (*Legge finanziaria per l'anno 1996*) - che prevedeva la regola del concorso riservato al solo personale interno ai fini dell'avanzamento di carriera dei dipendenti del Ministero delle Finanze - ha ribadito il principio per cui la procedura selettiva aperta all'esterno costituisce lo strumento unico per il passaggio ad una fascia funzionale superiore, affermando che deroghe a tale regime sono ammissibili *"soltanto nei limiti segnati dall'esigenza di garantire il buon andamento dell'amministrazione"*, atteso che la selezione interna, *"oltre a reintrodurre surrettiziamente il modello delle carriere in una nuova disciplina che ne presuppone il superamento, viola il principio del buon andamento della pubblica amministrazione ed arreca grave pregiudizio allo stesso principio dell'efficienza"*.

La Corte riconfermava il proprio pensiero, precisando che l'accesso all'impiego può ovviamente essere condizionato *"al possesso di requisiti fissati dalla legge, e in tal senso non è da escludere a priori che possa stabilirsi anche il possesso - tra i requisiti richiesti -*

Con la sentenza 20 luglio 1994 n. 313 la Corte dichiarava illegittimo l'art. 1.2 della L.R. del Lazio 23 ottobre 1992 che nei limiti dei posti vacanti, prevedeva l'inquadramento automatico alla qualifica immediatamente superiore a quella rivestita dai dipendenti non dirigenti dell'Ente di Sviluppo Agricolo del Lazio che avessero diretto di fatto per almeno tre anni strutture a livello di funzionario formalmente esistente alla data dell'1.1.83. La Corte così testualmente si esprimeva: "Come altre volte chiarito da questa Corte, il legislatore può, in presenza di peculiari situazioni giustificatrici, derogare il principio del pubblico concorso -previsto dall'art. 97 Cost. secondo una regola riferibile anche al passaggio ad una fascia funzionale superiore- purché i diversi criteri seguiti soddisfino le esigenze di buon andamento della Pubblica Amministrazione". In quel caso la norma della Regione Lazio era stata ritenuta incostituzionale proprio perché non teneva conto dei principi costituzionali ora richiamati.

Con la sentenza n. 134 del 27 aprile 1995 la Corte riteneva illegittima, per violazione degli artt. 3 e 97, la legge della Regione Basilicata approvata dal Consiglio regionale il 15.11.94 che nel prevedere il reinquadramento del personale trasferito alla Regione per effetto del d.p.r. 616/77 appartenente ai ruoli tecnici o atipici degli enti di provenienza con mansioni di educatori o di assistenti sociali, ne disponeva l'immissione negli stessi livelli funzionali del personale dirigente di formazione professionale.

Con la sentenza n. 478 del 31 ottobre 1995 la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale della Legge della Regione Lombardia approvata l'8.3.95 (norme transitorie concernenti il personale assunto a norma dell'art. 3 della L.R. 16.12.88 n. 59 per l'attuazione dei progetti finalizzati) ritenuta in contrasto con l'art. 97 del Cost. pur con la precisazione che *"La regola del concorso pubblico non è assoluta, consentendosi deroghe legislativamente disposte per singoli casi e secondo criteri appartenenti alla discrezionalità del legislatore. Tale regola dunque, non esclude forme diverse di reclutamento e di copertura dei posti, purchè rispondano a criteri di ragionevolezza e siano comunque in armonia con le disposizioni costituzionali e tali da non contraddire i principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione. Tali ultimi principi costituiscono la base comune della previsione concorsuale-selettiva"*.

di una precedente esperienza nell'ambito dell'amministrazione, ove questo si configuri ragionevolmente 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 alla luce dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità. Secondo la Corte, la selezione dei più capaci non può essere garantita laddove venga riservata al solo personale interno in quanto sia le assunzioni sia gli avanzamenti in carriera esigono un accertamento selettivo delle attitudini professionali che solo il concorso aperto a tutti può garantire⁵.

La Corte inoltre ha ritenuto che i principi di imparzialità ed efficienza dell'agire dell'amministrazione, fossero contraddetti "nel quadro di una sorta di globale scivolamento

⁵ Tale orientamento, contrario al concorso interno per promozione, è stato poi confermato nella decisione della C. Cost. 28 luglio 1999, 364 (Foro It., 1999, I, 3113; Giust. It., 2000, 896, con note di CAVINO e di MEZZANOTTE) in cui si ribadisce la derogabilità del principio generale del concorso pubblico solo per motivi eccezionali e comunque assicurando il pieno rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione. TALAMO, *Concorsi interni, prassi vecchia nuova del legislatore davanti alla Corte Costituzionale*, GDA, 1999, 536. Inoltre, hanno affermato gli stessi principi Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 646, LPA, 1998, 881, con nota di SGARBI; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. Giur., 16 settembre 1998, n. 486, CS, 1998, I, 1406; Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 1996, n. 587, CS, 1996, I, 866; Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1996, n. 1307, CS, 1996, I, 1724; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1995, n. 307, CS, 1995, I, 341; Cons. Stato, 18 gennaio 1995, n. 89, in CS, 1995, I, 45; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1995, n. 452, CS, 1995, I, 367; TAR Lazio, sez. III, 12 luglio 1999, n. 2125, TAR, 1999, I, 3112). Lo stesso principio è stato ribadito più recentemente dalla Corte anche con la sentenza 14 dicembre 2005 n. 465 secondo cui "L'art. 4, commi 2 e 3, della legge della Regione Marche 13 maggio 2004, n. 10 ("Modifica alla legge regionale della Regione e alla legge regionale 30 giugno 2003, n. 14 sulla riorganizzazione della struttura amministrativa del Consiglio Regionale") è costituzionalmente illegittimo in quanto viola l'art. 97 della Costituzione. Le norme impugnate prevedevano che il personale dipendente dalla Regione inquadrato ai sensi dell'articolo 20, undicesimo comma, della legge della Regione Marche 24 novembre 1979, n. 41 ("Ristrutturazione organica e funzionale dell'Ente di sviluppo nelle Marche"), anche se in quiescenza, purché avente determinati requisiti, potesse avvalersi, a domanda, dei benefici dell'art. 86 della legge della Regione Marche 1° giugno 1980, n. 47 ("Disposizioni sull'ordinamento dei livelli funzionali e sul trattamento giuridico ed economico dei dipendenti regionali") con l'effetto di essere inquadrato automaticamente "nel livello superiore a quello assegnato in sede di primo inquadramento".

La Corte ribadisce tali principi anche con la sentenza 25 ottobre-9 novembre 2006 n. 363 per la quale è stata ritenuta la illegittimità costituzionale della legge della Provincia autonoma di Bolzano 20 giugno 2005 n. 3 art. 1 comma 3 che "E' all'esame della Corte la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri, dell'art. 1, comma 3, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 20 giugno 2005, n. 3 (Modifiche di leggi provinciali in vari settori e altre disposizioni) – che ha sostituito la rubrica e l'art. 23, comma 1, della legge provinciale 23 aprile 1992, n. 10 (Riordinamento della struttura dirigenziale della Provincia Autonoma di Bolzano) – per violazione degli artt. 3, 51, primo comma, e 97, primo e terzo comma, della Costituzione. La disposizione impugnata prevedeva che il personale dirigente nominato a tempo determinato per chiamata dall'esterno – qualora avesse prestato servizio per almeno sei anni, svolgendolo <con particolare successo> - potesse essere iscritto con delibera della Giusta provinciale, nella sezione A) dell'albo degli aspiranti dirigenti, e che tale iscrizione comportava la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con inquadramento nella qualifica funzionale corrispondente al titolo di studio richiesto per l'incarico dirigenziale ricoperto.

verso l'alto di quasi tutto il personale dell'amministrazione finanziaria, essa realizza un'anacronistica forma di generalizzata cooptazione, che proprio per quanto concerne in particolare l'accesso alla settima qualifica – oggetto del presente scrutinio di costituzionalità – pone in evidenza ulteriori elementi di irragionevolezza. Infatti l'ammissione ai corsi, non solo riguarda tutti i posti disponibili nella detta qualifica ed è riservata ai soli dipendenti in servizio ad una certa data, ma è consentita perfino a quanti, fra questi, non appartengono alla qualifica immediatamente inferiore: così finendosi col conferire all'anzianità di servizio una funzione del tutto abnorme. Il dipendente, anche in mancanza del titolo di studio prescritto – e prescindendo perfino dal criterio dell'esercizio di fatto delle mansioni superiori – viene ammesso al corso di riqualificazione soltanto con il superamento di una prova scritta di contenuto più che mai generico, con l'ulteriore possibilità di esercitare subito dopo, sia pure in via provvisoria, le funzioni connesse alla qualifica superiore. E tale genericità si estende ai contenuti del corso stesso e dell'esame finale; il che suscita fondati dubbi anche sull'idoneità di un tale modo di selezione a consentire una seria verifica della professionalità richiesta per detta qualifica. Ma, a parte ciò, si tratterebbe comunque di formazione professionale somministrata proprio attraverso i corsi cui i (soli) dipendenti vengono abilitati ad accedere e, che dunque prescinde dalle effettive attitudini antecedentemente poste in luce dai dipendenti medesimi'.

La giurisprudenza amministrativa è a sua volta orientata nello stesso modo quando afferma che i concorsi interni, riservati esclusivamente al personale dell'amministrazione, a meno che non servano alla valorizzazione di professionalità preesistenti, contrastano col principio di buon andamento dell'amministrazione⁶.

⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 5 giugno 1998, n. 646, LPA, 1998, 88; Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 1996, n. 587.

Anche più recentemente la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁷ ha "indirettamente" ribadito il concetto. Muovendo da un problema connesso al riparto di giurisdizione, ha affermato che essa è del giudice amministrativo quando si passa da un'area all'altra e ha accolto il ricorso di un lavoratore candidato al concorso interno per dipendenti del ministero delle Finanze contro la sentenza del Tar Lazio che aveva stabilito che la competenza fosse del giudice ordinario. Contro il verdetto del Tribunale, in appello, il dipendente sosteneva, che la giurisdizione appartenesse al giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato ha condiviso il punto di vista del lavoratore conformandosi all'ordinanza 10183/04 delle Sezioni unite della Cassazione. E' vero che spetta al giudice ordinario dirimere le controversie sorte in seguito a concorsi interni – hanno affermato i giudici di appello – ma se la selezione determina il passaggio ad una posizione diversa, la giurisdizione è del giudice amministrativo, perchè è come se si costituisse un rapporto di lavoro nuovo.

La Corte Costituzionale, a sua volta, ha avuto ulteriori occasioni di intervenire sul problema della necessità del concorso anche in relazione alla progressione di carriera e ciò con la sentenza 16 maggio 2002 n. 194. In quel caso si discuteva di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

⁷ Cons. St. Sez. IV, 7107/2004, in D. e G., n. 44/2004, con nota di De Giorgi. Inoltre hanno affermato gli stessi principi Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 646, LPA, 1998, 881, con nota di SGARBI; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. Giur., 16 settembre 1998, n. 486, CS, 1998, I, 1406; Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 1996, n. 587; CS, 1996, I, 866; Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1996, n. 1307, CS, 1996, I, 1724; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1995, n. 307, CS, 1996, I, 341; Cons. Stato, 18 gennaio 1995, n. 89, in CS, 1995, I, 45; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1995, n. 452, CS, 1995, I, 367; TAR Lazio, sez. III, 12 luglio 1999, n. 2125, TAR, 1999, I, 3112. Gli stessi concetti anche, di recente, sono stati ribaditi da Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2005 n. 2872 che, "*condividendo pienamente l'interpretazione di recente proposta dal Giudice della giurisdizione (Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3948), osserva come essa sia coerente con la prospettiva imposta dall'art. 97 Cost., che richiede un selettivo accertamento delle attitudini per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e, quindi, l'espletamento di un pubblico concorso. Di conseguenza, il modulo pubblicistico deve essere applicato non solo alle procedure concorsuali finalizzate alla costituzione, per la prima volta, del rapporto del lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore, atteso che il termine "assunzione", deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire, come avviene, p.e., nel caso di procedure concorsuali per il passaggio dall'area direttiva a quella dirigenziale (Sez. IV, 3 novembre 2004, n. 7107; sez. VI, 7 ottobre 2004, n. 6510).*

relativamente all'art. 22 della legge 13 maggio 1999 n. 133 (disposizioni in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale), il quale – con il comma 1 lettera a, b, c, - ha modificato i commi 205, 206 e 297 dell'art. 3 della legge 28 dicembre 1995 n. 549 (misure di razionalizzazione della finanza pubblica) che disciplinavano la copertura del 70% dei posti disponibili nelle dotazioni organiche dell'amministrazione finanziaria per i livelli dal quinto al nono mediante apposite procedure di riqualificazione riservate al personale appartenente alle qualifiche funzionali inferiori, e con il comma 2 ha fatto salvi gli atti e i procedimenti già adottati.

Il giudice remittente sollevava la questione di legittimità costituzionale, tra l'altro, per violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione ma anche per violazione di un preteso giudicato costituzionale tenuto conto del fatto che la Corte aveva già dichiarato la illegittimità della normativa contenuta nella legge 549/95 con la sentenza n. 1 del 1999.

La Corte con la sentenza 194 del 2002, pur rilevando che erano state introdotte, con l'art. 22 e con la legge 133 del 1999, significative modifiche, e in particolare l'esclusione di una progressione "*per saltum*" e l'impossibilità di esercitare, subito dopo l'ammissione al corso, sia pure in via provvisoria, le funzioni connesse alla qualifica superiore, e che tali modifiche, per quanto avessero contenuto innovatore al punto da non fare ritenere la stessa questione coperta dal giudicato formatosi con la sentenza n. 1 del 1999, esse apparivano comunque contrastanti con le disposizioni contenute negli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione.

La Corte testualmente ha affermato: "*va ricordato che, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, 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 (cfr. per tutte sent. 320 del 1997 e sent. n. 1 del 1999) in quanto proprio questo metodo offre la migliore garanzia di selezione dei soggetti più capaci. 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".

Gli stessi principi sono stati confermati anche con la sentenza 26 gennaio 2004 n. 34. In quel caso si discuteva di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Presidente del Consiglio dei Ministri con riferimento all'art. 2 della legge Regione Calabria 8 gennaio 2002 n. 4° avente ad oggetto la definizione del rapporto precario del personale operante presso il centro ricerca applicata in oncologia, farmacia, tossicologica dell'Azienda Ospedaliera Ciaccio Pugliese di Catanzaro in riferimento agli art. 51 1° comma. 97 1° e 3° comma e 117 della Costituzione. La legge regionale autorizzava l'Azienda Ospedaliera Ciaccio Pugliese a coprire l'aumento di organico di cinque posti di biologo e due posti di medico mediante un concorso riservato al solo personale che aveva già operato con l'assegnazione di borse di studio nell'ambito di taluni progetti di ricerca attivati presso il presidio ospedaliero.

La Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale precisando: *"In riferimento a questi parametri costituzionali la questione è fondata. Questa Corte ha riconosciuto nel concorso pubblico (art. 97, terzo comma, della Costituzione) la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo*

strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione (sentenze n. 194 del 2002, n. 1 del 1999, n. 333 del 1993, n. 453 del 1990 e n. 81 del 1983) ed ha ritenuto che possa derogarsi a tale regola solo in presenza di peculiari situazioni giustificatrici, nell'esercizio di una discrezionalità che trova il suo limite nella necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, primo comma, della Costituzione), ed il cui vaglio di costituzionalità non può che passare attraverso una valutazione di ragionevolezza della scelta operata dal legislatore".

La Corte, inoltre, ha sottolineato che *"la regola del pubblico concorso possa dirsi pienamente rispettata solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi"* (sentenza n. 194 del 2002). In particolare la Corte ha riconosciuto che l'accesso al concorso possa essere condizionato al possesso di requisiti fissati in base alla legge, anche allo scopo di consolidare pregresse esperienze lavorative maturate nell'ambito dell'amministrazione, ma ciò *"fino al limite oltre il quale possa dirsi che l'assunzione nell'amministrazione pubblica, attraverso norme di privilegio, escluda o irragionevolmente riduca, le possibilità di accesso, per tutti gli altri aspiranti, con violazione del carattere "pubblico" del concorso, secondo quanto prescritto in via normale, a tutela anche dell'interesse pubblico, dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione"* (sentenza n. 141 del 1999).

Solo in peculiari ipotesi la Corte ha ritenuto legittime procedure concorsuali integralmente riservate a personale interno e specificamente qualificato (cfr. sentenze n. 228 del 1997, n. 477 del 1995 e ordinanza n. 517 del 2002). In tali ipotesi, peraltro, la Corte, dopo avere confermato l'indirizzo interpretativo sopra ricordato, ha ritenuto non

irragionevoli tali previsioni in considerazione della specificità delle fattispecie in questione, e comunque coerenti con il principio del buon andamento.

In particolare con la sentenza n. 228 del 4 luglio 1997 la Corte ha respinto la doglianza di legittimità costituzionale dell'art. 20 comma 4 della legge 29 dicembre 1990 , n. 408, nella parte in cui limitava (in via peraltro meramente transitoria) l'accesso alla nomina a primo dirigente dei ruoli centrali e periferici del Ministero delle Finanze con la procedura dello scrutinio per merito comparativo (di cui alla risalente legge 10 luglio 1994 n. 301), a soli funzionali delle qualifiche cosiddette ad esaurimento e non anche ai dipendenti di nona qualifica funzionale, sebbene aventi tutti lo stesso tipo di reggenze, perché non in contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., essendo stato, semmai, riconosciuto un più elevato profilo attitudinale, derivante dalla maggiore esperienza e dalla qualifica rivestita. Con la sentenza n. 477 del 1995 la Corte aveva ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge della regione Basilicata riapprovata il 6 marzo 1995, concernente "abrogazione della legge regionale 17 aprile 1985 n. 20" sollevata con ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri in riferimento agli articoli 97 e 117 della Costituzione. Con quella legge in particolare due unità di personale già dipendenti del Consorzio Lucano Universitario in precedenza disciolto venivano assunte dalla regione. In quel caso la questione di legittimità costituzionale è stata ritenuta infondata sul presupposto che *"lo scrutinio di congruità e ragionevolezza della procedura cui ha fatto ricorso il legislatore regionale per l'inquadramento nei ruoli organici della regione Basilicata delle due unità di personale in questione, non può che avere esito positivo, avuto riguardo la circostanza che si tratta non di un inquadramento ope legis di unità assorbite dalla regione ed in inquadrate come nel*

testo originario, ma di una previsione di procedura concorsuale anche se riservata alle sole due persone dipendenti dell'ente disciolto che prevede, come forma di selezione e verifica dei requisiti attitudinali, oltre alla valutazione dei titoli l'espletamento di prove d'esame volte all'accertamento dell'idoneità dei candidati ai posti da ricoprire, per i quali rimane ferma l'esigenza del titolo di studio corrispondente al livello funzionale".

Più recentemente, con la sentenza 5 luglio 2004 n. 205, e con la sentenza n. 190 del 2005 sono stati espressi gli stessi concetti e cioè limitatissime possibilità di deroga del meccanismo concorsuale, in presenza di situazioni del tutto peculiari. Con la pronuncia n. 205 del 2004 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli art. 1 e 2 della legge della Regione Valle d'Aosta 14 novembre 2002 n. 23 recante "*disposizioni in materia di personale del dipartimento delle politiche del lavoro dell'amministrazione regionale*". I due articoli prevedevano l'inquadramento nel ruolo unico regionale del personale a suo tempo assunto con contratto di lavoro di natura privatistica per consolidarli in contratti a tempo indeterminato.

Per tale risultato era prevista una procedura interna di corso-concorso riservata per il 100% a chi era da almeno tre anni in servizio e fosse in possesso del titolo di studio previsto. La Corte, con riferimento a tale normativa ha affermato che "*conformemente a tali principi (imparzialità ed efficienza n.d.r.) risulta dunque palese l'illegittimità delle norme impugnate, in quanto prevedono la procedura di corso-concorso totalmente riservato a personale che è in servizio presso la medesima amministrazione non reclutato a suo tempo mediante pubblico concorso. Nè i termini della questione possono ritenersi modificati per il fatto che il corso-concorso in questione non mira ad attribuire funzioni più elevate di quelle già espletate ma solo a trasformare rapporti contrattuali non di ruolo in*

rapporti di ruolo senza alcun mutamento di funzioni'. La Corte, espressamente aggiunge che, anche nel regime di lavoro privatizzato, il collocamento in ruolo costituisce la modalità attraverso la quale si realizza l'inserimento stabile dell'impiegato in un posto della pianta organica, attribuzione per la quale occorre necessariamente seguire la strada del concorso.

Su tale pronuncia torneremo in seguito perchè fornisce alcuni spunti in relazione ai casi in cui si potrebbe prescindere dal concorso e sulla rilevanza, in argomento, della legislazione regionale.

In via di prima conclusione è possibile affermare che per la Corte Costituzionale, il passaggio da un'area ad una superiore può avvenire solo attraverso il concorso, che è il mezzo maggiormente idoneo ed imparziale per garantire la scelta dei soggetti più capaci ed idonei ad assicurare il buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Con la sentenza n. 1 del 1999 la Corte ha precisato: *"A codesto regime (quello del concorso n.d.r.) non si è ritenuto sottratto 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 (cfr. sentt. Nn. 320 del 1997, 134 e 528 del 1995, 314 del 1994, 487 del 1991 e 161 del 1990). In particolare nella sentenza n. 314 del 1994 viene osservato come l'abnorme diffusione del concorso interno per titoli nel passaggio da un livello all'altro produce una distorsione che, oltre a reintrodurre surrettiziamente il modello delle carriere in una nuova disciplina che ne presuppone invece il superamento, si riflette negativamente anche sul buon andamento della pubblica amministrazione"*.

3. Il problema del riparto di giurisdizione sulle controversie relative ai meccanismi di progressione in carriera: le interpretazioni dell'art. 63 d.lgs. 165/2001.

Una particolare attenzione è certamente necessario averla anche per la copiosa giurisprudenza civile che, in presenza della privatizzazione del pubblico impiego e della previsione contenuta nell'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001 (relativo al riparto della giurisdizione per le controversie relative al pubblico impiego), ha più volte preso posizione sugli argomenti di cui stiamo discutendo⁸.

⁸ In generale sul tema del riparto di giurisdizione si segnalano: F. PATRONI GRIFFI, *Lavoro pubblico e giurisdizione*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2000, 205; P. SORDI, *La giurisdizione ordinaria nelle controversie di pubblico impiego* (nota a Pret. Monza – Desio, 20 gennaio 1999, Piantoni c. Comm. Nova Milanese), in *Corriere giur.*, 2000, 103; L. BISI, *Il nuovo sistema di gestione delle controversie individuali di lavoro: prime riflessioni*, in *Riv. personale ente locale*, 1999, 173; A. E. APICELLA, *Osservazioni sulla disciplina transitoria della giurisdizione in tema di condotta antisindacale della pubblica amministrazione secondo il d. lgs. n. 80 del 1998* (nota a Pret. Roma 22 settembre 1998, Federaz. rappresentanze base pubblico impiego c. ARAN) in *Giust. civ.*, 1999, I, 305; A. BRIGUGLIO, *La cassazione e le controversie in materia di pubblico impiego trasferite alla giurisdizione ordinaria*, in *Riv. dir. pro.*, 1998, 1027; A. CORPACI, *La revisione del d. lgs. n. 29 del 1993 con riferimento al sistema delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro e dell'organizzazione degli uffici e ai relativi riflessi di ordine giurisdizionale*, in *Funzione pubbl.*, 1997, fasc. 2, 165; L. SGARBI, *La difesa delle pubbliche amministrazioni nelle controversie di lavoro*, in

Cominciamo col dire che allo stato la giurisprudenza civile, muovendo dal significato dell'art. 63 del d. lgs. n. 165 del 2001 circa il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo sta affermando, con una giurisprudenza che può ormai ritenersi consolidata e che prende le mosse da Cassazione, Sez. unite 5 ottobre 2003 n. 15403 per passare alla sentenza 3948 del 26 febbraio 2004, per arrivare infine alla ordinanza 26 maggio 2004 Sezioni unite n. 10183, la necessità del concorso anche per i passaggi di carriera⁹.

Con la sentenza 15403 del 5 ottobre 2003 le Sezioni unite hanno mutato il precedente orientamento, affermando la giurisdizione del giudice amministrativo anche per le controversie relative alla progressione della carriera e, con motivazione ampia ed articolata, hanno anche affermato che pure per la progressione della carriera occorre il concorso.

In precedenza, la giurisprudenza e parte della dottrina¹⁰, affermavano la giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 63 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 a

Lavoro nella giur., 1998, 1019; C. DE MARCO, *Il trasferimento al giudice del lavoro delle controversie in materia di pubblico impiego*, in *Giur. amm. sic.*, 1995, 920; A.M. ALBERTI, *La devoluzione delle controversie in materia di rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti alla giurisdizione del giudice ordinario*, in *Riv. personale ente locale*, 1994, 203

⁹ Le pronunce richiamate nel testo si vedano rispettivamente in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2004, p. 143, e ss.; *Foro it.*, 2004, I, 1755, in *Corte dei Conti*, 2004, p. 3, 324. Anche i giudici di merito paiono seguire l'orientamento della Cassazione, così il Tribunale di Roma, Sez. Lavoro, con sentenza 19 aprile 2004 in *Guida al diritto*, 45, 10 novembre.2004, p. 51.

¹⁰ cfr. Cons. Stato, ord., sez. V, 10 aprile 2001, n. 2245, in *Ragiusan*, 2000, f. 204-5, 250; Trib. Napoli, 10 febbraio 2001, in *OGI*, 2001, I, 203; Trib. Modena, 2 agosto 2000, in *Lavoro nella P.A.*, 2000, 11222; Trib. Pordenone, 21 ottobre 1999, in questa *Giust. Civ.*, 2000, I, 916; Pret. Ancona, 27 luglio 1998, in *Lavoro nella P.A.*, 1999, I, 1870. In dottrina, cfr. TISCINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni di fronte al giudice ordinario*, in *RDP*, 2000, 472; SASSANI, *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, Cedam, 1999; PANARIELLO – GIUGLIANO – AMIRANTE, *Giurisdizione, Commento sub art. 68, d. lgs. N. 29/1993*, in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e le procedure nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, Cedam, 1999, 1454; IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in questa *Rivista*, 1999, 283 ss.; MATTEINI – TALAMO, *Il d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80: il completamento della riforma del lavoro pubblico in attuazione delle deleghe contenute nella legge n. 59/1997. Prime analisi*, in *Lavoro nella P.A.*, 1998, 391; TORCHIA, *Giudice amministrativo e pubblico impiego dopo il d. lgs. N 80/1998*, in questa *Lavoro nella P.A.*, 1998, 1060.

fronte dell'attribuzione, anche di qualifiche superiori, di tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto, dalla sua instaurazione fino all'estinzione.

Per tale orientamento, la giurisdizione del giudice amministrativo prevista nel 4° comma dell'art. 63 d. lgs. n. 165/2001, andava intesa come concernente esclusivamente le procedure concorsuali prodomiche alla costituzione del rapporto di lavoro e all'assunzione e, quindi, non era invocabile per i casi di selezione finalizzata alla progressione in carriera del personale già in servizio, in quanto relativa ad un rapporto già costituito per cui, al più, vi era soltanto una modificazione del rapporto di lavoro che non poteva che partecipare alla natura privatistica del rapporto medesimo¹¹.

La Suprema Corte, nonostante i ripetuti e contrapposti messaggi inviati dalla Corte costituzionale per riaffermare e ricordare il proprio costante pensiero in merito alla qualificazione dei concorsi interni come vere e proprie procedure concorsuali, non perdeva occasione per andare di contrario avviso e per ribadire che tra le vicende modificative del rapporto di lavoro, quindi ad esso relative, era da ricomprendere – ai fini della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria – lo svolgimento di un concorso interno, il quale non ineriva ad una procedura concorsuale poichè il bando di concorso riservato al personale interno ed il conseguente svolgimento della procedura selettiva rappresentavano atti di gestione del rapporto, espressione della capacità di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, di cui all'art. 5 d. lgs. n. 165.

A confortare il ragionamento della Cassazione si richiamava anche una sentenza della Corte costituzionale (relativa però al tema degli incarichi dirigenziali), secondo la quale il legislatore ha voluto fondare e modellare tutti i rapporti delle amministrazioni

¹¹Cfr tra le tante Corti di Cassazione 21 febbraio 2002 n. 2515 in *“Lavoro nella P.A.”*, 2002, 587 con nota di G. Gentile sul riparto di giurisdizione nei concorsi riservati al personale della pubblica amministrazione.

pubbliche (compresi i dirigenti) secondo il regime di diritto privato del rapporto di lavoro, traendone le conseguenze anche sul piano del riparto di giurisdizione a tutela degli stessi dipendenti, in base ad un'esigenza di unitarietà della materia.

Tuttavia è da sottolineare come la citata sentenza della Corte costituzionale, pronunciandosi in senso negativo circa l'eccesso di delega dell'art. 68 d. lgs. n. 29, come novellato dall'art. 18 d. lgs. n. 387, ha stabilito la legittimità del conferimento alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie afferenti il rapporto di lavoro dei dirigenti, comprese quelle relative al conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, senza pronunciarsi in alcun modo, neppure indiretto, sulla materia dei concorsi interni o delle progressioni di carriera. L'insegnamento della Cassazione veniva ripreso dalla gran parte della giurisprudenza ordinaria di merito ed amministrativa come notato in precedenza.

Quindi, prima della sentenza della Cassazione dell'ottobre 2003, la giurisprudenza e la dottrina, affermavano che dal momento di indizione del bando di concorso e fino al termine della procedura concorsuale, la giurisdizione era del giudice amministrativo, atteso che la fase prodromica alla costituzione del rapporto si realizzava con atto amministrativo di fonte pubblicistica, mentre, dal momento del superamento della prova del concorso sorgeva in capo all'aspirante un vero e proprio diritto all'assunzione, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

La giurisprudenza ribadiva il principio secondo il quale le procedure comparative relative ai concorsi interni, essendo relative alla progressione in carriera dei dipendenti, non erano assimilabili al reclutamento di nuovo personale e pertanto avevano l'effetto di determinare una semplice modificazione di un preesistente rapporto di lavoro con atti di

natura privatistica che, come tali, non avrebbero potuto che essere conosciuti dal giudice ordinario¹².

4. L'attuale posizione della Cassazione. Sintesi sulle posizioni giurisprudenziali.

Con la sentenza 15 ottobre 2003, le Sezioni Unite hanno mutato radicalmente orientamento.

Partendo dalla constatazione per la quale "*l'art. 35 1° comma d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 prescrive che l'ingresso nella pubblica amministrazione deve avvenire tramite procedure selettive che sono dirette ad accertare la professionalità richiesta e che garantiscono in misura adeguata l'accesso dall'esterno*", ha ritenuto applicabile, in via generale, questa regola anche con riferimento all'attribuzione al dipendente di una qualifica superiore in base alle disposizioni contenute nei contratti collettivi cui rinvia l'art. 40 1° comma del medesimo d. lgs. dato che, a norma dell'art. 52 1° comma, la qualifica superiore viene acquisita dal lavoratore per effetto dello sviluppo professionale, di procedure concorsuali o selettive. Pertanto, considerato che mediante gli accordi collettivi stipulati nel pubblico impiego è stato previsto un sistema di inquadramento del personale

¹² Cass., sez. un., 11 giugno 2001, n. 7859, in CS, 2001, II, 1469; Cas., sez. un., 22 marzo 2001, n. 128, in *Lav. nella P.A.*, 2001, I, 1975. cfr. Trib. Salerno, 17 luglio 2001, in *Lav. nella P.A.*, 2001, II, 854; Trib. Trapani, 2 gennaio 2001, in G.C., 2001, I, 848; Trib. Venezia, 15 dicembre 1999, *ivi*, I, 2000, 267; trib. Nocera Inferiore, 18 novembre 1999, in *Lav. nella P.A.* I. 2000, 2153; Trib. Roma, 2 novembre 1999, in *Nuovo Dir.* 2000, 151; Trib. Roma, 12 ottobre 1999, *ivi*, I. 2000, 267; Trib. Roma 11 ottobre 1999, in *Fi.*, 2000, I, 282; Trib. Agrigento, 29 luglio 1999, in *GC*, 2000, i, 268; Trib. Roma, 2 febbraio 1999, in *ND*, 2000, 151; Pret. Trieste, 19 gennaio 1999, in *Glav*, 1999, 35; Pret. Roma, 26 novembre 1998, in *Lav. nella P.A.*, 1999, I, 801; Pret. Bari, 13 ottobre 1998, in *GC*, 1999, I, 1870; Pret. Bari, 3 ottobre 1998, in *Lav. nell P.A.*, 1999, I, 801. Analogamente nella giurisprudenza amministrativa T.A.R., Veneto, sez. III, 3 settembre 2001, n. 2509, in GDA, 2001, 1165; T.A.R. Toscana, sez. II, 27 dicembre 2000, n. 2693, in TAR., 2001, 614; T.A.R. Piemonte, sez. II, 15 dicembre 2000, n. 1320, in TAR. 2001, 555; T.A.R. Lombardia, Brescia, 20 ottobre 2000, n. 628, in TAR 2000, 4220; T.A.R. Basilicata, 21 giugno 2000, n. 373, in *Ragiusan*, f. 204-5, 279; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 22 ottobre 1999, n. 2104, in GC, 2000, I, 709.

articolato in aree o fasce all'interno delle quali sono contemplati diversi profili professionali, si deve ritenere che le procedure che consentono il passaggio da un'area inferiore a quella superiore integrano un vero e proprio concorso – tali essendo anche le procedure che vengono denominate selettive – qualunque sia l'oggetto della prova che il candidato è chiamato a sostenere.

Nella parte conclusiva, la Corte precisa: "*quando l'art. 63 d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso al personale già assunto ad una fascia o area superiore: il termine assunzione d'altra parte deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire non al suo ingresso iniziale nella pianta organica del personale dal momento che, oltre tutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno ed esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica*".¹³

In conclusione si può affermare che, in base ai principi elaborati dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti, la giurisdizione deve essere attribuita al giudice ordinario, od a quello amministrativo, a seconda che ricorra una delle diverse seguenti ipotesi: a) giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative a concorsi per soli candidati esterni; b) identica giurisdizione nelle controversie relative a concorsi misti, restando irrilevante che il posto da coprire sia

¹³ Si confronti la nota 9 per le ulteriori conformi decisioni della Cassazione.

compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, poichè in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata alla presenza di possibili vincitori esterni; c) giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area funzionale ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito, la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura all'esterno (salvo stabilire se la violazione del principio costituzionale in tema di concorso aperto all'esterno, risolvendosi in carenza di potere perpetrato attraverso atti di autonomia contrattuale, fondi, per questo stesso fatto, la giurisdizione del giudice ordinario, una volta negata la natura esclusiva della giurisdizione amministrativa in materia); d) residuale giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area funzionale¹⁴, o semplicemente progressione economica.

¹⁴ Tale sintesi e classificazione la si ricava da Cons. di St. Sez. IV, n. 7107/04 in D.eG. N. 44/2004 e ord. Sez. un. Cass. N. 10183/04 in Giur. Corte dei Conti 2004, p. 3, 324.

5. Se la posizione della giurisprudenza sia da ritenere corretta in base ai principi normativi. Importanza della contrattazione collettiva. La riserva dei posti agli interni.

Cerchiamo ora di verificare, sulla base della normativa e anche della contrattazione collettiva, se l'orientamento giurisprudenziale sopra riportato sia da condividere oppure no. Intanto, si può ribadire come non necessariamente, ed almeno da un punto di vista formale, l'orientamento giurisprudenziale sopra riportato sia imposto dall'art. 97 della Costituzione, o dall'art. 35 del d. lgs. n. 165/2001. Perchè, facendo salva la facoltà di deroga, l'art. 97 della Costituzione impone il concorso, ma è altrettanto vero che questa regola va rispettata per la costituzione del rapporto di lavoro. Nulla, infatti, la norma costituzionale precisa per la progressione in carriera.

Per il passaggio a mansioni superiori, e cioè, in definitiva per la progressione in carriera, l'art. 52 d. lgs. 165/2001, precisa che esso può avvenire per, sviluppo professionale, o per procedure concorsuali o selettive.

Nella genericità del dettato normativo, delle possibili interpretazioni che si possono dargli, non sempre si è condiviso l'attuale orientamento giurisprudenziale che richiede il concorso anche per la progressione in carriera.

Così ad esempio è stato sostenuto che in modo innovativo, rispetto alla originaria versione del d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (con le modifiche apportato col d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80), lo sviluppo professionale è contemplato come cosa diversa dal reclutamento per cui per le due situazioni potrebbero valere discipline diverse. Ciò troverebbe significativa conferma nella diversità della collocazione delle due norme di riferimento e cioè l'art. 35 e l'art. 52 d. lgs. 162/2001, poichè "mentre l'art. 52 è inserito nel cap. IV dedicato al rapporto di lavoro e, più in particolare, tratta delle mansioni e dello *ius variandi*, l'art. 35 ne resta fuori ed è compreso nel titolo dedicato all'organizzazione, e in tale ambito, nel capo III rubricato, "uffici, piante organiche, mobilità e accessi"¹⁵.

Su tali notazioni, almeno nella parte in cui distinguono tra costituzione del rapporto di lavoro e sua evoluzione, non si può che essere d'accordo, così come si può affermare che la legge considera un obiettivo lo sviluppo delle professionalità se è vero che, nell'art. 1 l°. comma d. lgs. 165/2001, tra le finalità della legge, sono previste quelle volte a *"realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici e ai lavoratori applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato"*.

La necessità del concorso anche per il passaggio tra qualifiche era certamente affermabile prima della privatizzazione ed in relazione al sistema di qualifica del personale.

¹⁵ A. CORPACI op. cit. 145 e sgg..

Prima della privatizzazione la classificazione del personale era affidata a fonti pubblicistiche e articolata in carriere e qualifiche (art. 1, 153, 171, T.U. imp civ. st.), e successivamente in qualifiche funzionali e profili professionali (art. 1, 13 e 10, l. 11 luglio 1980 n. 312). Ora, l'art. 52, VI comma d. lgs. 165/2001, affida alla contrattazione collettiva la classificazione del personale, ciò che è avvenuto con la previsione e la costituzione di aree, previsione che, tra gli scopi, aveva anche quello di eliminare dal vecchio sistema legato alla qualifica funzionale, l'eccessiva rigidità soprattutto con riferimento agli sviluppi di carriera e quindi alla mobilità in senso verticale e in senso orizzontale. Anche con tale riforma, le aspettative appaiono un pò deluse perchè, come detto, anche il passaggio tra le attuali aree, per avvenire, deve passare attraverso un concorso.

Conclusione che per certi aspetti è quasi avvalorata dall'art. 52 d. lgs. 165/2001; il primo comma di tale norma prevede che il prestatore di lavoro debba 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.

Ora, a prescindere dal fatto se le procedure selettive possano effettivamente essere diverse dalle procedure concorsuali, circostanza che può seriamente mettersi in dubbio anche alla luce del contenuto dell'art. 35 dello stesso d. lgs. 165/2001 che parla di procedure selettive (*rectius*, concorsuali, con l'attuale sistema normativo per la costituzione del rapporto di lavoro), resta il fatto che l'art. 52 parrebbe ammettere un

passaggio da una mansione all'altra (*rectius* da un'area ad altra) sia attraverso una procedura concorsuale ma anche attraverso una professionalità successivamente acquisita.

Cosa sia quest'ultima fattispecie è difficile dirlo. Ciò che si può dire è che, a parte la possibilità di classificazione del personale riconosciuta alla contrattazione collettiva dal comma 6 dello stesso art. 52, in considerazione degli attuali principi giurisprudenziali, appare difficile ammettersi un passaggio da un'area ad un'altra senza concorso. D'altra parte lo stesso art. 52 sembra avvalorare tale impostazione quando, col 5° comma, sanziona con la nullità l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, salvo i casi eccezionali in cui ciò può avvenire ai sensi del 2° comma dello stesso articolo.

E' tuttavia sostenibile che in base ad una corretta interpretazione ed applicazione del 6° comma dell'art. 52, la stessa contrattazione collettiva potrebbe forse prevedere casi in cui sia possibile passare da un'area ad un'altra, senza un concorso, o comunque si potrebbero ipotizzare casi in cui potrebbe essere derogato il principio del concorso. Il 6° comma, infatti, dispone che *"i medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4"*. Si aggiunge poi, in modo assai significativo, per quanto qui interessa, che in nessun caso *"lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore"*. Quindi, attraverso la contrattazione collettiva, si possono modificare e derogare le previsioni e i limiti di cui all'art. 52 relativo alle mansioni superiori così come la contrattazione, in presenza di certi presupposti, potrebbe prevedere avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore.

Il legislatore del 2001 insomma, pur con incertezze e non senza contraddizioni, ha gettato le basi per il superamento del principio del concorso nell'avanzamento della carriera. Ciò non è ancora avvenuto, nè ad opera della contrattazione collettiva, nè appare consentito dalla giurisprudenza soprattutto della Corte Costituzionale. Ciò forse è determinato, anche dal notevole rigore che, almeno in apparenza, l'art. 52 riserva al raggiungimento delle qualifiche superiori, come meglio vedremo nella sezione II di questo lavoro¹⁶.

¹⁶ I contratti integrativi, del comparto ministeri, ad esempio, confermano quanto qui sostenuto perchè riservano alla progressione di carriera quote di posti, il 70% per la posizione B1, l'80% per le posizioni successive B2 e B3, il 70% per le posizioni C1, l'85% per le posizioni C2, il 100% per le posizioni C3 posto che, con l'attuale sistema di classificazione e con la previsione dell'art. 52 potrebbe essere consentito qualcosa di più.

Questa riserva di posti tuttavia per i passaggi infra aree, non fa certo venir meno del tutto il concorso posto che il passaggio avviene attraverso la verifica dell'idoneità e/o professionalità richiesta, previo superamento di corso-concorso. In ogni caso, in applicazione dei principi fissati dalla Corte Costituzionale, non sarebbero legittimi concorsi riservati interamente agli interni. Ciò che avvicina ancor più il corso – concorso ad un vero e proprio concorso. Battini, *Il personale* cit. in *Giornale di diritto amministrativo* 7/04 pag. 787 “pretendere che alcuni livelli di inquadramento siano accessibili esclusivamente per concorso come avveniva nel vecchio ordinamento per carriere che ammetteva la promozione per i passaggi interni di ciascuna carriera ma esigeva il concorso per il passaggio da una carriera all'altra”. In questo senso può essere interpretata la recente sentenza della Corte di Cassazione in tema di concorsi interni: “le procedure di sviluppo professionale, definite dai contratti, sono ammissibili per passaggi di posizioni economiche interne alle aree; ma i passaggi alle aree superiori costituiscono nuovi accessi e presuppongono il superamento di un concorso aperto agli esterni e assegnato alla giurisdizione del giudice amministrativo”

6. Limiti di validità dei concorsi interni per la progressione in carriera.

La disposizione attualmente contenuta nell'art. 52 del d. lgs. 165/2001 ha stabilito che i dipendenti possano accedere alle qualifiche superiori, oltre che per concorso, anche per "*sviluppo professionale*". La norma rimette alla contrattazione il compito di temperare reclutamento e carriera.

La contrattazione nazionale ha disciplinato, in generale, il sistema di inquadramento professionale, articolandolo, ad esempio nel caso dei ministeri, in tre aree e, all'interno di queste, in varie posizioni economiche: a ciascuna posizione economica diversa da quella iniziale si può accedere sia per concorso, sia per progressione professionale ma con i limiti visti in relazione al rispetto del principio del concorso, che viceversa, ed in presenza di certe situazioni potrebbe essere superato anche considerati alcuni principi fissati dalla Corte Costituzionale che, in alcune pronunzie, pare consentire qualche deroga. Tra queste, la sentenza 51 del 23 febbraio 1994 nonché la sentenza n. 1 del 9 gennaio 1996¹⁷ per

¹⁷ in *Foro it.*, 1999, I, 2596, e n. 1, 9 gennaio 1996, ivi, I, 1.

le quali, pur ribadita la difesa del concorso, venivano ammesse possibilità di autonomi percorsi di carriera salvo affermare la necessità che ne fosse data una disciplina coerente coi principi di ragionevolezza e buon andamento e che fossero assicurate serie verifiche della professionalità, e dall'altro, che non fosse pregiudicato il reclutamento dall'esterno. Il che, sostanzialmente, sta a significare validità dei concorsi interni nel senso di concorsi riservati ai soggetti che già appartengono alla Pubblica Amministrazione ma con un'apertura verso l'esterno.

La stessa impostazione, è condivisa anche da una parte della dottrina¹⁸, secondo cui *"il concorso aperto al pubblico anche nel caso in cui sia prevista riserva agli interni di una quota dei posti banditi, non perde per tale parte i caratteri ed i connotati, che gli sono propri, di strumento di accesso all'impiego. In difetto di veri e propri percorsi di carriera, al personale in servizio non era data altra possibilità per il passaggio a qualifiche superiori che quella di utilizzare l'ordinario canale di accesso dall'esterno.*

Al fine di non pretermettere del tutto le esigenze di valorizzazione delle professionalità maturate all'interno, nonchè gli interessi e le aspirazioni del personale in servizio non rimaneva che operare su due versanti: riserva di posti nell'ordinaria procedura di reclutamento, e requisiti di ammissione al concorso pubblico (generalmente, esonero per il personale con una certa anzianità di servizio dal possesso del titolo di studio richiesto ai concorrenti esterni). Le variazioni tra esterni e interni non toccano viceversa le modalità di selezione, che rimangono le medesime per gli uni e gli altri e non incidono sulla natura della procedura che si configura unitariamente quale concorso pubblico per l'accesso all'impiego in posti di una certa qualifica".

¹⁸ cfr A. Corpaci, *Una sentenza*, cit. 150.

Ciò che in sostanza accade sulla base dei principi giurisprudenziali sopra riportati . Quindi sono senz'altro da condividere quelle pronunce della Corte Costituzionale, *in primis* la n. 34 del 26 gennaio 2004, con cui ha dichiarato la illegittimità costituzionale della legge della Regione Calabria per la quale il concorso interno sarebbe stato giustificato dall'esigenza di consolidare le specifiche professionalità acquisite dal personale assegnatario delle borse di studio presso i centri e le ricerche e i laboratori dell'Azienda Ospedaliera. La Corte però ha correttamente respinto tale giustificazione "*stante l'esistenza sul piano nazionale di più centri e lavoratori, nonché di ricercatori per lo studio delle patologie in questione*"; dunque l'Azienda Ospedaliera avrebbe dovuto e potuto acquisire anche all'esterno le specifiche professionalità di cui aveva bisogno ciò che rendeva irragionevole quella previsione per cui riservava soltanto agli interni il posto di lavoro e ciò che ha portato inevitabilmente alla incostituzionalità della legge.

In definitiva anche alla luce di quest'ultima notazione i concorsi interni, intesi come esclusivamente riservati al personale già in forza presso la Pubblica Amministrazione, sono ammissibili soltanto in ipotesi eccezionali¹⁹ e comunque necessitano di una specifica e peculiare situazione giustificatrice non essendo sufficiente a questo scopo la semplice esigenza di soddisfare aspettative di carriera del personale in servizio, come abbiamo precisato nel paragrafo 2 cui si rimanda.

Anche più di recente, con la sentenza n. 190 del 2005 la Corte Costituzionale ha ribadito che il concorso non può essere derogato se non in presenza di situazioni eccezionali.

¹⁹ Si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 477 e 228 rispettivamente del 3 ottobre 1995 e del 4 luglio 1997 in Giust. Cost. 1995, 3652 e in Giur. Cost., 1997, 2207.

La Corte era chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della Legge della Regione Marche 24 febbraio 2004 n. 4 (Disposizioni eccezionali e straordinarie in attuazione del piano straordinario regionale 2003-2006 relative al personale delle strutture sanitarie private titolari di accordi contrattuali col servizio sanitario regionale) in riferimento agli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione.

L'articolo 1 della legge prevedeva l'inserimento nei ruoli regionali del servizio sanitario nazionale del personale già assunto con contratto a tempo indeterminato da unità operativa o strutture sanitarie private risultanti in esubero.

La Corte, ribadendo principi ormai consolidati, ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa considerata ribadendo che *"Ai fini della risoluzione della questione di legittimità costituzionale proposta dallo Stato appare, inoltre, necessario premettere che la giurisprudenza di questa Corte è costante nell'affermare che il concorso rappresenta la forma generale ed ordinaria di reclutamento di personale nel pubblico impiego, in quanto meccanismo idoneo a garantire il canone dell'efficienza dell'azione amministrativa (tra le altre, sentenze n. 205 e n. 34 del 2004; n. 1 del 1999). Questa Corte ha, inoltre, ritenuto che una deroga a siffatto principio sia possibile soltanto in presenza di peculiari situazioni giustificatrici individuate dal legislatore nell'esercizio di una discrezionalità non irragionevole, che trovi il proprio limite specifico nella necessità di meglio garantire il buon andamento della pubblica amministrazione (sentenza n. 194 del 2002). Nella specie, a prescindere dalle finalità indicate dal legislatore regionale, non può ritenersi utilizzabile la valorizzazione delle specifiche professionalità acquisite dal personale in discorso, al fine di legittimare la deroga al principio del concorso pubblico; e ciò non solo perché si è in presenza di una generica indicazione di ragioni giustificative, ma anche*

per il fatto che non si tratta di consentire il consolidamento di pregresse esperienze maturate nella stessa amministrazione" (cfr. sentenza n. 205 del 2004).

In precedenza, con la sentenza 477 del 31 ottobre 1995 la Corte Costituzionale, nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale della legge regionale Basilicata approvata il 6 marzo 1995 relativa all'abrogazione della legge regionale 17 aprile 1985 n. 50 ha ribadito il principio che la regola del pubblico concorso, come forma generale di reclutamento nel pubblico impiego secondo la giurisprudenza della Corte può essere derogata in presenza di peculiari situazioni giustificatrici adottando criteri diversi con una discrezionalità che *"trova pur tuttavia il suo limite nella necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione"*. Veniva sollevata questione di legittimità costituzionale perchè la normativa impugnata consentiva l'inquadramento *ope legis* nel ruolo regionale del personale di due unità che avevano operato per il disciolto Consorzio Lucano Universitario alla data del 10 gennaio 1994 perchè ciò avrebbe violato i principi fondamentali della legislazione statale in materia di accesso agli impieghi presso le pubbliche amministrazioni.

La Corte ritenne legittima la normativa regionale perchè comunque non prevedeva un inquadramento *ope legis* delle unità lavorative ma il tutto avveniva sulla base di un concorso, per quanto esclusivamente riservato agli interni. Interni che venivano ritenuti portatori di una qualifica effettivamente molto particolare per cui si era in presenza di una circostanza che di per sè giustificava la riserva integrale dei posti.

Gli stessi principi sono stati utilizzati dalla Corte Costituzionale 4 luglio 1997 n. 228 che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 97, 35 e 36 della Costituzione dell'art. 20 comma 4, legge 29 dicembre 1990, n. 408 (disposizioni tributarie in materia di rivalutazioni di beni delle imprese, di smobilizzo di

riserve e fondi in sospensione di imposta nonché disposizioni di razionalizzazione e semplificazione. Delega al Governo per la revisione di trattamento tributario della famiglia e delle rendite finanziarie per revisione delle agevolazioni tributarie), nella parte in cui limitava in via transitoria l'accesso alla nomina a primo dirigente nei ruoli centrali e periferici del Ministero delle Finanze, con la procedura dello scrutinio per merito comparativo ai funzionari delle qualifiche ed esaurimento che alla data di entrata in vigore della legge avessero svolto nell'ultimo quadriennio per almeno due anni dietro formale incarico funzione di reggente di ufficio di livello dirigenziale.

L'esigenza di reclutare il personale in possesso di specifiche competenze professionali acquisibili esclusivamente all'interno dell'amministrazione che bandisce il concorso è pertanto situazione idonea, in astratto, a giustificare il concorso interno, anche se la sussistenza di tale situazione giustificatrice deve essere accertata in concreto. A tal fine la Corte indica un metodo rigoroso, ritenendo in particolare che il concorso interno riservato sia irragionevole ove siano presenti sul territorio nazionale altre Amministrazioni e istituzioni, il cui personale abbia acquisito competenze professionali equivalenti a quelle dei dipendenti interni che godono della riserva.

Probabilmente, il punto di equilibrio è legato alla determinazione del contingente da riservare alle progressioni interne: in tal modo, infatti, l'attuale sistema, composto da concorsi pubblici aperti solo agli esterni, concorsi pubblici con riserva di posti agli interni e progressioni interne, che tutti concorrono a coprire posti vacanti, trova il suo equilibrio in relazione ai principi enunciati dalla normativa in vigore e dalla Corte costituzionale.

In particolare, la riserva di posti agli interni non dovrà coprire l'intera disponibilità di posti vacanti, fatti salvi casi eccezionali come appena visto.

Si tratta poi di valutare l'adeguatezza della percentuale variamente fissata dalla contrattazione collettiva. Normalmente la riserva dei posti riguarda un terzo come ha confermato anche l'art. 1 dpr 27.3.01 n.210 (*"Nuovo regolamento per la disciplina concorsuale del personale non dirigenziale al Servizio Sanitario Nazionale"*). La norma, infatti, afferma che le procedure concorsuali previste dal regolamento riguardano una percentuale non inferiore al 70% dei posti disponibili per ciascuna categoria nel suo complesso ed aggiunge che la copertura della restante percentuale sarà effettuata mediante le selezioni interne previste dal contratto collettivo nazionale di lavoro, con esclusione di ogni ulteriore riserva di posti a favore del personale interno.

La percentuale del 30% è comunque stata di recente ribadita dal dpr 24.9.04 n. 272 (*Regolamento di disciplina in materia di accesso alla qualifica di dirigente ai sensi dell'art. 28 c.5 del Dlgs. 30.3.01 n. 165*) che, nell'art. 3 relativo a *"concorso pubblico per esami nel commercio merci"* precisa *"la percentuale dei posti da riservare al personale dipendente dell'Amministrazione che indice il concorso è pari al 30% dei posti messi a concorso"*. Ove i contratti nulla prevedano, nè la normativa nulla prevede, soccorreranno i principi fissati dalla Corte costituzionale che con la sentenza 23.7.02 n. 373 ha fissato quale soglia massima da riservare agli interni quella del 50%.

Ciò chiarito, è opportuno aggiungere come il più delle volte per gli interni l'evoluzione della carriera avvenga attraverso un corso-concorso selettivo di formazione. Il corso-concorso si sviluppa, attraverso una selezione per titoli, un concorso di ammissione, un periodo di formazione seguito da un esame finale. I corsi, in altri termini, sono delle

fasi preparatorie che servono per accedere a concorsi riservati in una certa percentuale al personale interno e ciò, sia per la progressione intra che infra aree²⁰ .

²⁰ A proposito di corsi-concorsi pare opportuno riportare quanto esposto da A. POZZI, Giust. Civ., 2003, 5, 181 “*I contratti collettivi di comparto, enfatizzando il ruolo della formazione, compresa quella relativa ai “percorsi di qualificazione e di aggiornamento professionale con esame finale collegati ai passaggi dei dipendenti all’interno delle aree” ovvero ai “percorsi di carriera”, la collocano nell’ambito di specifici strumenti operativi, costituiti da “programmi di addestramento, aggiornamento e qualificazione, secondo percorsi formativi definiti in conformità delle linee di indirizzo concordate nell’ambito della contrattazione integrativa” (c.c.n.l. comparto ministeri, art. 26, comma 3, lett. a e comma 2; art. 26 contratto nazionale enti pubblici n.e.; art. 23 c.c.n.l. regioni-autonome locali stipulato il 1° aprile 1999). Anche la legislazione speciale si muove nella stessa ottica. Ad esempio, Il d. P.R. 16 gennaio 2002 n. 18, recante le disposizioni regolamentari per garantire l’autonomia tecnica del personale delle agenzie fiscali, nel fissare, all’art. 2, le condizioni di organizzazione e funzionamento, stabilisce che le predette agenzie, al fine di promuovere le condizioni per la piena autonomia professionale dei dipendenti, assicurano un’adeguata attività di formazione ed aggiornamento permanente, da realizzare nell’ambito di programmi di formazione che assicurino, anche attraverso la periodica verifica dei risultati, il costante aggiornamento del personale in relazione all’evoluzione della normativa, della tecnologia e ai programmi di attività. Quale fondamentale atto di organizzazione dei corsi di formazione, la disciplina patrizia e le norme legislative prevedono, a carico delle amministrazioni, la redazione di specifici programmi, in relazione ai quali un primo problema che si pone alla dirigenza responsabile dell’organizzazione dei corsi è quello del loro contenuto didattico. Al riguardo, un primo principio sembra potersi agevolmente individuare in quello di differenziazione dei percorsi di apprendimento in relazione alla categoria ed alla posizione economico-funzionale da ricoprire. Il suddetto principio si traduce in un criterio quantitativo-temporale, per il quale i corsi richiedono l’approfondimento di materie più numerose e complesse ed hanno durata diversa e sempre maggiore con il crescere della posizione da conferire. Anche sul piano dell’apprendimento si passa per gradi crescenti di conoscenza ed impegno personale, pur nell’ambito delle stesse materie, le quali verranno insegnate con sempre crescente completezza e complessità. Il problema organizzativo di fondo, tuttavia, rimane quello di assicurare, soprattutto nei corsi di riqualificazione ed aggiornamento professionale che sono destinati potenzialmente a tutto il personale in possesso dei requisiti generali d’accesso (servizio di ruolo e anzianità minima), la parità di trattamento. Pertanto è anzitutto condivisibile la soluzione, adottata da quasi tutti i contratti integrativi, per cui i corsi devono essere svolti durante il normale orario di servizio, trattandosi di un’esigenza funzionale della pubblica amministrazione ritenuta di fondamentale importanza per il nuovo modello di organizzazione pubblica, in quanto tesa a “realizzare la miglior utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni”, attraverso la cura della formazione e dello sviluppo professionale dei dipendenti (art. 1, comma 1, lett. c, d. lgs. N. 165, cit.) La predetta regola, in quanto di natura diffusa per le sue dichiarate finalità di buon andamento complessivo riferita a tutte le risorse umane, dev’essere accompagnata con quella della necessaria partecipazione anche di coloro che, per l’insostituibilità o la non fungibilità delle funzioni svolte, non possono allontanarsi dal luogo di lavoro. In casi particolari, pertanto, l’amministrazione potrà organizzare dei corsi aggiuntivi da svolgersi anche fuori dell’orario ordinario, al fine di assicurare pari opportunità a tutti i dipendenti. Tale soluzione, seppure coerente con il principio di imparzialità dell’azione amministrativa, necessiterebbe tuttavia di un’adeguata copertura finanziaria per coprire prestazioni personali che sono erogate fuori dell’orario d’ufficio e che sono non solo rispondenti ad un interesse personale del dipendente a proseguire nella sua posizione di lavoro, ma anche e soprattutto funzionali alla maggior efficienza dell’amministrazione attraverso una figura di funzionario più preparato e più motivato. A tal proposito le giù ricordate disposizioni della contrattazione hanno sottolineato il ruolo fondamentale svolto dalla formazione del personale nell’ambito dei processi di riforma e modernizzazione della pubblica amministrazione. La formazione, infatti, viene qualificata come una leva strategica fondamentale per lo sviluppo professionale dei dipendenti e per il necessario sostegno agli obiettivi di cambiamento degli apparati e delle funzioni pubbliche. Essa, dunque, è funzionale anzitutto ad esigenze dell’amministrazione, la quale, perciò dovrebbe compensare la frequenza ai corsi svolta in ore straordinarie. Un aspetto particolarmente delicato è quello dell’individuazione dei soggetti legittimati a svolgere i corsi. In particolare, ci si chiede se tali soggetti possono essere anche diversi dall’amministrazione interessata. Una risposta positiva la riguardo pare possa ritrovarsi nel d.m. 25 maggio 2001 (in G.U. 14 luglio 2001 n. 162, suppl. ord. N. 185), che ha posto specifiche disposizioni in materia di accreditamento delle sedi formative e delle sedi orientative. Dopo aver chiarito, con l’art. 1, che l’accreditamento è l’atto con cui l’amministrazione pubblica competente riconosce ad un organismo, pubblico o privato, la possibilità di proporre e realizzare interventi di formazione-orientamento finanziati con risorse pubbliche, compresi gli interventi di prequalificazione, qualificazione, riqualificazione, specializzazione,*

7. Le previsioni di alcuni contratti collettivi relativamente alla progressione in carriera e la loro sostanziale rispondenza ai principi affermati dalla giurisprudenza.

Vediamo brevemente come la contrattazione collettiva, con le facoltà riconosciute dall'art. 52 d. lgs. 165/2001, affronti il problema della progressione in carriera, inserendosi nel quadro sinora delineato. La più recente disciplina "negoziale", relativa al quadriennio 2002/2005 (assai simile alla precedente 1998/2001), al fine di fornire alle amministrazioni poteri organizzativi più incisivi e, al contempo, di introdurre una effettiva prospettiva di carriera ai dipendenti pubblici, recuperando così una maggiore flessibilità gestionale del personale sottesa alla stessa privatizzazione del lavoro pubblico, ammette dei percorsi di miglioramento professionale per i dipendenti già in servizio, determinando almeno in parte il superamento delle questioni in esame.

I nuovi contratti hanno predisposto un sistema di inquadramento professionale che prevede tre aree: ogni area raggruppa diverse posizioni economiche al cui interno si individuano una pluralità di livelli professionali. I contratti collettivi non prevedono prove identiche per l'assunzione dall'esterno e per la progressione in carriera dei dipendenti: l'assunzione avviene attraverso procedure concorsuali pubbliche ovvero mediante quelle di avviamento al lavoro di cui alla legge n. 56/1987, mentre per la progressione interna bisogna distinguere a seconda che si tratti di un passaggio ad una posizione economica superiore all'interno della stessa area, che può avvenire mediante percorsi di qualificazione ed aggiornamento professionale con esame finale, o invece che la progressione riguardi il

aggiornamento realizzati con sistemi che utilizzano metodologie in presenza e/o a distanza, il decreto stabilisce altresì che non sono soggetti all'accreditamento, tra gli altri, i datori di lavoro pubblici che svolgono attività formative per il proprio personale, comunque tenuti a rispettare le specifiche condizioni attuative, da definirsi da parte delle amministrazioni titolari delle forme di intervento o dell'amministrazione alla quale ne è affidata la gestione. Dalle riportate disposizioni mi pare possa ricavarsi un principio di flessibilità nell'organizzazione dei corsi di qualificazione, in base al quale gli stessi possono essere affidati alla stessa amministrazione, nonché ad altri soggetti pubblici o privati purché formalmente accreditati in base alla ricordata normativa".

passaggio all'area professionale superiore, nel qual caso la contrattazione collettiva impone all'amministrazione di ricorrere alle procedure concorsuali ovvero al superamento di un corso-concorso (cfr. tra i vari Ccnl 1998/2001, Ministeri artt. 13 a 15; Enti pubblici non economici artt. 13 a 15; Università artt. 54 a 59; Sanità art. 13 a 19, come modificati dagli artt. 4 e 5 del Ccnl integrativo siglato il 20 settembre 2001); Regioni ed Autonomie locali contratto di revisione del sistema di classificazione professionale siglato il 31 marzo 1999).

Quanto ad alcuni comparti della contrattazione collettiva, ad esempio al contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto Enti pubblici non economici, si rileva che *"le procedure di passaggio per la posizione iniziale dell'area immediatamente superiore a quella di appartenenza si svolgono su base regionale in relazione ai contingenti di carenza territorialmente rilevati nel rispetto delle procedure previste dall'art. 19 lettera B secondo una procedura di corso – concorso"*.

Al riguardo la parte concorsuale si realizza attraverso la partecipazione di tutto il personale in possesso dei requisiti previsti ai percorsi di professionalizzazione definiti nei piani di formazione sulla base delle linee di indirizzo generale della formazione professionale e si realizza ancora attraverso un concorso per titoli la cui graduatoria fa riferimento a diversi criteri. Lo stesso discorso avviene per esempio per i contratti integrativi del ministero della sanità ove, l'art. 8 afferma che *"le procedure per i passaggi da un area funzionale all'altra saranno attivati – in base alle vacanze di pianta organica. I passaggi dei dipendenti da un area alla posizione iniziale dell'area immediatamente superiore a quella di appartenenza si svolgono attraverso procedure selettive volte all'accertamento dell'idoneità e/o della professionalità richiesta previo superamento di*

corso-concorso alla cui partecipazione sono ammessi i dipendenti in possesso dei requisiti culturali e professionali previsti per l'accesso al profilo al quale si riferisce la selezione.

La preselezione per l'accesso al corso sarà effettuata sulla base della valutazione dei criteri contenuti nell'allegato C".

Più in dettaglio osserviamo ad esempio che nel contratto collettivo per il personale del comparto della Presidenza del Consiglio dei Ministri (quadriennio normativo 2002/2005 biennio economico 2002/2003) con decorrenza al 1° gennaio 2002 con riferimento alle progressioni all'interno del sistema classificatorio l'art. 17 conferma quanto poco sopra affermato, così in particolare dispone: *"il sistema di classificazione del personale improntato al criterio di flessibilità correlate ad esigenze connesse ai modelli organizzativi della presidenza è articolato in tre aree: prima area: comprendente la ex posizione A1; seconda area: comprendente la ex B1, B2, B3; terza area: comprendente la ex posizione C1, C2, C3"*

L'art. 21, relativo all'accesso dall'esterno dispone: *"Le modalità di reclutamento del personale avvengono attraverso procedure concorsuali pubbliche ovvero mediante quelle di avviamento al lavoro di cui alla legge 56 del 1986 e successive modificazioni e integrazioni, ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. 165 del 2001, le quali devono garantire adeguati percentuali di accesso dall'esterno".*

Alla determinazione della percentuale provvede il secondo comma sempre dell'art. 21 per il quale: *"In considerazione di quanto previsto dal comma 1, la presidenza, a regime, è tenuta a riservare all'accesso dall'esterno una quota delle vacanze organiche pari al 50% dei posti disponibili di ciascun profilo, calcolata sulla base dei posti disponibili per l'accesso ai sensi del comma 3 nel rispetto della programmazione del fabbisogno del*

personali e dei suoi eventuali aggiornamenti e tenuto conto dell'art. 20 comma 3 nuovo ordinamento".

L'art. 22 "*Progressione all'interno del sistema classificatorio*" dispone che vi siano progressioni verticali tra aree attraverso una selezione di carattere concorsuale ed uno sviluppo economico all'interno delle aree. A sua volta, l'art. 23 relativo al passaggio tra aree, prevede che il passaggio da un'area all'altra debba avvenire garantendo un'adeguato ed equilibrato accesso dall'esterno, ed una valutazione ponderata di tutti i titoli presentati dai candidati.

Tali principi sono a loro volta ribaditi dal contratto collettivo per il personale dipendente del comparto ministeri per il quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2003 con decorrenza 1° gennaio 2002 il quale, nell'art. 8 relativo al sistema classificatorio, riconferma il sistema già previsto nel contratto collettivo del 16 febbraio 1999 e impone nel regolamentare l'accesso al lavoro di garantire un'equilibrato accesso dall'esterno. Anche il contratto collettivo per lo stesso Comparto dei Ministeri, per il quadriennio 2006/2009, biennio economico 2006-2007, ripropone gli stessi principi e, all'art. 14 relativo a "*Procedure per la progressione tra le aree*", al 1° e 2° comma precisa che: "*1. Le procedure relative alle modalità di svolgimento delle selezioni per i passaggi tra le aree e l'integrazioni dei relativi criteri di cui all'art. 13 (progressioni tra le aree) sono preventivamente individuate dalle Amministrazioni con atti di organizzazione improntati a principi di imparzialità, trasparenza, tempestività, economicità e celerità di espletamento delle selezioni interne, ai sensi di quanto previsto dall'art. 35, comma 3 del d. lgs. n. 165 del 2001, previa concertazione con le OO.SS. 2. Nel caso in cui le selezioni interne del presente articolo abbiano avuto esito negativo i posti già disponibili per dette selezioni*

possono essere coperti mediante l'accesso dall'esterno". Principi analoghi si trovano nel contratto collettivo per il personale dipendente dal comparto Aziende e amministrazioni dello stato di ordinamento autonomo, quadriennio normativo 2002-2005, biennio economico 2002-2003 con decorrenza 1° gennaio 2001. Anche tale contratto nell'art. 29 enuncia principi identici a quelli poco sopra richiamati, come pure il contratto collettivo nazionale di lavoro 28 maggio 2004 relativo alle agenzie fiscali.

L'art. 21 disciplina l'accesso dall'esterno e impone di rispettare e di riservare in favore dei soggetti provenienti dall'esterno almeno il 50% dei posti disponibili.

L'art. 22 relativo alla progressione all'interno del sistema classificatorio chiarisce, come già il contratto collettivo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che la progressione avviene in modo verticale tra le aree nel rispetto dei limiti consentiti per l'accesso dall'esterno e con sviluppi economici all'interno delle aree.

Nel 3° comma afferma *"I passaggi da un'area all'altra immediatamente superiore avvengono nel rispetto dei seguenti principi: a) garanzia di un adeguato accesso dall'esterno; b) valutazione ponderata di tutti i titoli presentati dai candidati"*.

Le previsioni della contrattazione integrativa quindi corrispondono ai principi poco sopra enunciati. D'altra parte la necessità, da parte della contrattazione collettiva, di rispettare i principi costituzionali, è più che ovvia e la stessa giurisprudenza, anche più recente, e pur con conclusioni non sempre condivisibili, lo ha affermato²¹.

La sentenza ora richiamata, partendo dalla valutazione dei sistemi di selezione contenuti nei contratti collettivi, ha affermato taluni principi rilevanti anche per questo studio.

²¹ TAR Lazio, Sez. I, sentenza 14 luglio.2004 n. 12370 in DeG n. 45, pag. 50

In particolare, ha osservato che: *"deve anzitutto rilevarsi che il contestato regolamento della selezione, così come delineato dal bando impugnato, costituisce attuazione della disciplina contenuta nel contratto collettivo nazionale del comparto ministeri relativo al quadriennio 1998-2002 nel successivo contratto integrativo relativo al Ministero della Giustizia del 2000 e negli ulteriori accordi sindacali del 25.3.02 e del 14.10.03"*. In particolare si trattava di un concorso per diventare cancelliere, riservato a persone che già erano pubblici dipendenti. In quella stessa pronuncia si poneva il problema del riparto della giurisdizione e si osservava come siano devolute al giudice amministrativo le controversie relative a concorsi interni i quali comportano il passaggio dei vincitori a mansioni concrete diverse da quelle precedentemente svolte, a nulla rilevando che tali mansioni restino comunque all'interno dell'originaria area funzionale.

"Sono devolute al giudice ordinario, invece, le controversie relative a concorsi interni che comportino una mera progressione economica all'interno della medesima area funzionale".

Inoltre, la stessa sentenza aggiunge: *"La questione della validità - invalidità di tali disposizioni, costituisce rispetto alla questione principale oggetto del giudizio -vale a dire quella della legittimità degli atti amministrativi disciplinanti la selezione e in particolare del bando di selezione- antecedente logico della decisione"*.

Più in specifico, con riferimento ai contratti collettivi ha precisato: *"Deve anzitutto rilevarsi come i contratti collettivi in questione pretendano di regolamentare una materia - quella dei procedimenti di selezione per accesso a lavori e di avviamento al lavoro- che l'art. 2 c.1° lett.C n.4 della L. 421/92 riserva alla legge, ovvero sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, ad atti normativi o amministrativi; riserva che,*

con specifico riferimento ad una delle questioni poste dal ricorso è anche giustificata dalla circostanza che le deroghe alla regola costituzionale dell'accesso al pubblico impiego mediante concorso pubblico, possono essere introdotte soltanto dalla legge".

Prosegue la sentenza rilevando come sussistesse in quel bando di selezione un primo vizio che lo rendeva sostanzialmente nullo. Il vizio riguardava l'oggetto "*essendo la materia in esame sottratta alla autonomia collettiva, non potendo pertanto formare oggetto di regolamentazione ad opera dei contratti collettivi, questi sono viziati da nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c.*". Ed inoltre, ripercorrendo le tappe e i principi enunciati dalla Corte Costituzionale, circa l'obbligatorietà del concorso da seguirsi anche per la progressione di carriera, affermava ulteriormente "*tali principi –ricollegandosi e costituendo diretta applicazione della norma costituzione che sancisce l'accesso a pubblico impiego mediante concorso pubblico, salvo l'eccezione stabilita dalla legge (che ben può essere intesa come norma imperativa per il suo contenuto immediatamente precettivo) e della norma costituzionale che stabilisce i principi di imparzialità e buon andamento- si atteggiano a veri e propri principi di ordine pubblico che, oltre a fungere a parametro di costituzionalità delle leggi, costituiscono anche parametro per la verifica della validità dei contratti collettivi, che sono comunque assoggettati al limite del rispetto delle norme imperative, nell'ordine pubblico del buon costume secondo quanto dispone l'art. 1418 c.c.*".

In base a tali principi, sul presupposto che nel caso concreto era stata prevista la copertura di tutti i posti di direttore di cancelleria mediante ricorso a concorso interno e che tale previsione non poteva non porsi in contrasto con l'art. 97 della Costituzione,

veniva dichiarato nullo il bando perchè traeva fonte da una contrattazione collettiva a sua volta, illegittima per avere invaso un campo riservato alla legge.

Così si concludeva: *"la procedura in esame appare preordinata –attraverso la violazione della regola costituzionale del pubblico concorso- a garantire lo scivolamento verso una qualifica più alta del personale più anziano anche indipendentemente dal possesso dei prescritti requisiti di studio in mancanza di un meccanismo di oggettiva e trasparente verifica delle capacità"*. La sentenza, nel confermare l'importanza della contrattazione collettiva con funzione anche integrativa dei principi fissati dalla legge, ribadisce comunque come essa non possa superare certi contenuti ed i principi fissati dalla Corte Costituzionale.

La pronuncia è interessante quando perviene al giudizio di nullità di clausole della contrattazione collettiva che si pongono in contrasto con i principi fondamentali in materia posti da norme inderogabili e imperative quali sono quelle del buon andamento e dell'imparzialità dell'agire della Pubblica Amministrazione, e del concorso.

8. La riforma del Titolo V della Costituzione, la legislazione regionale ed i suoi limiti anche in base ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale. Possibili deroghe del principio del concorso attraverso la costituzione di rapporti di lavoro privato in ambito locale.
Conclusioni.

Prima di abbandonare le vicende connesse alla progressione in carriera, resta da valutare se la riforma del titolo V della Costituzione possa avere delle conseguenze anche nella materia che stiamo trattando. Se, in altri termini, possa ipotizzarsi una legislazione regionale capace di fissare principi diversi da quelli ora indicati e se la modifica del titolo V

della Costituzione ad opera dell'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 possa aver inciso in questa materia.

A questo proposito, riteniamo di potere affermare che tale modifica non dovrebbe implicare soluzioni diverse rispetto a quanto poco sopra affermato, quanto meno con riferimento alle Amministrazioni e agli enti pubblici nazionali se è vero che, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, lo Stato ha legislazione esclusiva in diverse materie, e tra queste, quella relativa a "ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli Enti pubblici nazionali". In tale locuzione riteniamo certamente di poter ricomprendere anche le regole in materia di pubblico impiego anche perchè, come risulta evidente, l'espressione ha uno stretto collegamento e assonanza con gli stessi articoli 97 e 98 della Costituzione.

E' quindi giocoforza concludere che, ai sensi del novellato art. 117 per quanto concerne, ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli Enti pubblici nazionali, e quindi anche del pubblico impiego, si tratta di materia riservata allo Stato.

Ciò però non esclude che per gli Enti non nazionali, e quindi per Enti locali anche di carattere territoriale, Comuni, Province, Regioni, Città metropolitane ed altri enti pubblici a carattere locale, sia possibile, per la legislazione regionale individuare e fissare norme specifiche anche diverse rispetto a quelle fissate dalla legislazione nazionale.

Tale possibilità non è nemmeno esclusa dal decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 che, nel suo art. 1, I comma afferma espressamente *"le disposizioni del presente decreto disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, tenuto conto delle autonomie locali e di quelle delle regioni, delle province autonome, nel rispetto dell'art. 97, I comma della Costituzione"*.

Abbiamo tuttavia in precedenza notato che in molte occasioni la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di leggi regionali che dettavano discipline particolari per l'accesso al pubblico impiego in ambito regionale. Il più delle volte, e anche di recente, la Corte è pervenuta alla conclusione della illegittimità costituzionale di quella normativa.

E' evidente quindi che anche il Giudice costituzionale, fino ad oggi, ha certamente e sempre ritenuto ed affermato che le norme delle Regioni, per quanto non sia da escludere una loro potestà in materia, debbono comunque rispettare i principi nazionali e segnatamente il principio del concorso non potendo derogarsi all'art. 97 della Costituzione, né potendosi discostare dall'art. 117, co. 1 che impone alla legislazione regionale il rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato.

Tali principi sono stati affermati anche nell'ultima sentenza di cui ci siamo occupati (la n.- 205 del 5 gennaio 2004) che dichiarava l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge Valle d'Aosta 14 novembre 2002 n. 23 recante "*disposizioni in materia di personale del dipartimento delle politiche del lavoro dell'amministrazione regionale*".

Pronuncia a nostro avviso interessante perchè pone in evidenza alcuni problemi, pur senza risolverli o approfondirli e così, i rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale, così come non chiarisce se sia legittima l'instaurazione di rapporti di natura privatistica anche da parte di enti pubblici. Situazione che in effetti è di per sè, o può essere di per sè, in grado di frustrare significativamente il principio del concorso.

Non si avrà infatti la instaurazione di un rapporto pubblico, ma ciò non significa che la questione non sia comunque egualmente e particolarmente rilevante. Tanto più che, di

tale possibilità, pare si faccia ampia utilizzazione se circa il 50% dei rapporti di lavoro all'interno di enti pubblici sarebbero costituiti come rapporti di natura privatistica.

Tra l'altro con aspetti ancor più negativi se si considera che la costituzione di tali rapporti potrebbe avvenire, e di fatto avviene, sulla base di regole di volta in volta fissate, non necessariamente rispettose dei principi del buon andamento e dell'imparzialità. Il legislatore regionale dovrà comunque farsi carico del rispetto di principi derivanti dalla Costituzione osservando, ove necessario, le stesse disposizioni sulla riserva di legge, che non potranno essere derogate nemmeno dalla contrattazione collettiva, anche integrativa, e relativa al rapporto di pubblico impiego con enti locali²².

²² A questo proposito un rimando lo abbiamo ad esempio all'interno della legge regionale dell'Emilia Romagna del 26 settembre 2001 n. 43 in materia di organizzazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti regionali. L'art. 14 di tale legge, nel disciplinare le modalità di accesso stabilisce che la copertura dei posti vacanti²² nell'amministrazione regionale avviene tramite: a) l'assunzione dall'esterno mediante procedure selettive ovvero chiamata diretta dalle liste di collocamento; b) mobilità da altre amministrazioni pubbliche; c) procedure selettive per la progressione verticale, ai sensi della normativa contrattuale. La legge regionale del Trentino Alto Adige n. 3 del 21 luglio 2000 fissa sostanzialmente gli stessi principi intanto chiarisce con un'affermazione di carattere generale e abbastanza innovativa che i rapporti di lavoro (si conf. l'art. 3) *“ed impiego del personale della regione sono disciplinati dal capo I, titolo II del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, compresa la legge 20 maggio 1970 n. 300, salvo i limiti stabiliti con legge per il perseguimento degli interessi generali o l'organizzazione all'azione amministrativa sono indirizzati”*. Quanto all'accesso agli impieghi l'art. 5 precisa che esso avviene *“a) mediante concorso pubblico per esami per titoli o per titoli ad esami; b) mediante corso – concorso; c) mediante selezione pubblica volta all'accertamento della professionalità richiesta; d) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento presenti nelle sezioni circoscrizionali per l'impiego e per le qualifiche nelle figure professionali per le quali è richiesto solo il requisito della scuola d'obbligo previo accertamento della professionalità richiesta, e mediante chiamata numerica dei lavoratori disabili di cui alla legge 12 marzo 1999 n. 68 previo accertamento della professionalità richiesta; mediante attuazione della mobilità tra la regione e gli altri enti pubblici secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti, mediante utilizzo delle graduatorie di concorsi pubblici approvata dal consiglio regionale delle camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura di Trento e Bolzano, per le province autonome di Trento e di Bolzano e dei relativi consigli qualora nei rispettivi regolamenti sia prevista un'analogia possibilità”*. Per le mansioni superiori poi fissa il principio (si conf. l'art. 6) per il quale *“fino a quando il contratto collettivo non disciplinerà completamente la materia, per l'assegnazione a mansioni superiori si applicano le disposizioni della legge statale”*. La Regione Abruzzo con la n. 77 del 14 settembre 1999 tra le finalità (conf. art. 1) precisa che le disposizioni di quella legge sono state determinate sulla base dei principi del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 99 e successive modificazioni ed integrazioni, *“disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento della struttura organizzativa della regione, i rapporti di lavoro, le attribuzioni alle responsabilità del personale dirigente”*. Aggiunge sulla base delle norme già in vigore all'epoca anche nelle legislazione regionale (confr. l'art. 32) *“nel rispetto delle fonti individuate a norma dell'art. 2 rapporti di lavoro del personale regionale sono regolati contrattualmente”*. Per lo svolgimento di mansioni superiori precisa che esso può avvenire ad opera del dirigente del servizio solo ed esclusivamente nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 56 del d. lgs. n. 29 del 1993, cioè con le limitazioni che sostanzialmente possono ora rinvenirsi nell'art. 52 del d.lgs. 165 del 2001. La legge della Regione Marche, (n. 2 del 25 gennaio 2005) precisa che *“la regione esercita le proprie competenze legislative ed amministrativa in materia di occupazione, tutela e qualità del lavoro nel rispetto della costituzione, dei principi della legislazione statale, dello statuto regionale e dell'ordinamento dell'unione europea”*.

In conclusione quindi, la riforma del titolo V della Costituzione non pare avere innovato in relazione alla materia del pubblico impiego che, per quanto concerne lo Stato e gli enti nazionali è riservata alla competenza della legislazione statale. La legislazione regionale ha certo una sua potestà, ma dovrà essere esercitata nel rispetto dei principi costituzionali tra cui il concorso, non dimenticando che fino ad ora la Corte Costituzionale ha sempre ritenuto incostituzionali le leggi regionali che non rispettano tali principi.

SEZIONE II

9. Mansioni superiori e loro rilevanza. Il quadro normativo fino all'art. 52 d. lgs. 165/2001. L'inquadramento e le mansioni dei pubblici dipendenti e la classificazione del personale.

Un profilo senz'altro connesso al tema della progressione in carriera è quello della rilevanza e dell'ammissibilità dello svolgimento di mansioni superiori.

Il punto di arrivo, se così si può dire del processo normativo, è oggi rappresentato dall'art. 52 del d. lgs. 165 del 2001 che, nella sua prima parte afferma una regola di

carattere generale per la quale il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, 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. Va poi ricordato che il 5° comma, che pur sanziona con la nullità i casi in cui il pubblico dipendente sia adibito allo svolgimento di mansioni superiori al di fuori dei casi espressamente e tassativamente previsti dallo stesso articolo 52 fa salva la possibilità di significative integrazioni alla disciplina legale, da parte della contrattazione collettiva.

La norma inoltre precisa che *"l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione"*. Aggiunge inoltre che *"per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore nel caso di vacanza di posto e nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto di conservazione del posto con esclusione dell'assenza per ferie per la durata dell'assenza"*. In sostanza nonostante l'intervenuta privatizzazione, lo svolgimento da parte del dipendente di mansioni diverse rispetto a quelle per le quali è stato assunto, non produce gli effetti propri che si riscontrano nel rapporto di lavoro privato perchè non è applicabile nè l'art. 2103 del codice civile, nè l'art. 13 della legge 300 del 1970, che, pressochè in via automatica, assegnano al dipendente la qualifica superiore per il sol fatto di avere esercitato le mansioni superiori.

Da tale constatazione, risulta comunque evidente il legame che potrebbe esservi tra la progressione in carriera e l'esercizio di mansioni superiori di fatto; se nel pubblico

impiego valesse la regola del lavoro privato, si potrebbe senz'altro affermare che con lo svolgimento di fatto di mansioni superiori si potrebbe realizzare la progressione in carriera. Nel pubblico impiego la normativa afferma principi opposti.

L'indagine tuttavia, ciò nonostante, non appare inutile, soprattutto in relazione alle previsioni della contrattazione collettiva che potrebbero avvicinare, anche su questo argomento, il lavoro pubblico a quello privato.

Cominciamo quindi col dire che, anche prima della privatizzazione (e a maggior ragione, si potrebbe dire) si è sempre ritenuto inapplicabile al lavoro pubblico la disciplina di cui all'art. 2103 cod. civ.. Nel lavoro pubblico, infatti, qualifiche e mansioni hanno giuridico rilievo in quanto relative ad un posto previsto in organico e sono individuate in base a tale corrispondenza; così pure le assunzioni, le progressioni e i passaggi da una qualifica all'altra debbono essere effettuate sulla base di criteri predeterminati onde lo svolgimento di fatto di mansioni superiori non può comportare, l'attribuzione della relativa qualifica come è chiaramente indicato nell'art. 52 D. Lgs. 165/2001²³.

²³ Anche prima della privatizzazione la Giurisprudenza affermava tali principi. Corte Cost., n. 313/94; Cons. Stato, Sez. V, n. 1166/96 cit.; 18 giugno 1996, n. 720; n. 587/96 cit.; 12 luglio 1996, n. 851; Cons. reg. sic., 5 luglio 1996, n. 240; Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 1995, n. 452; 9 marzo 1995, n. 307; Sez. IV, 13 giugno 1994, n. 492; 2 novembre 1993, n. 961; 9 giugno 1993, n. 589; 14 maggio 1993, n. 536; 29 gennaio 1993, n. 119; Sez. V, 23 gennaio 1995, n. 94; 13 febbraio 1993, n. 253; 10 novembre 1992, n. 1228; 14 ottobre 1992, n. 753; 30 settembre 1992, n. 884; 31 marzo 1992, n. 268; Sez. VI, 29 maggio 1992, n. 426; TAR Lazio Sez. I, 12 maggio 1993, n. 732; Sez. II, 9 novembre 1994, n. 1402; 15 dicembre 1993, n. 2091; Sez. III, 1° giugno 1994, n. 1225; Sez. Latina, 7 marzo 1995, n. 261; 13 gennaio 1995, n. 27; TAR Piemonte, Sez. II, 16 luglio 1992, n. 210; TAR Marche, 26 marzo 1993, n. 219; TAR Campania, Sez. II, 10 ottobre 1994, n. 538. “Deve escludersi che lo svolgimento di fatto di mansioni superiori comporti, per ciò stesso, l'attribuzione della relativa qualifica, poichè nel vigente ordinamento – salvo casi da ritenersi, comunque eccezionali – le assunzioni e le progressioni nel pubblico impiego ed i passaggi da una qualifica all'altra devono essere effettuati sulla base di obiettivi criteri selettivi” TAR Piemonte, sez. II, 16 luglio 1992, n. 210 per il quale “Deve concludersi che lo svolgimento di fatto di mansioni superiori comporti, per ciò stesso, l'attribuzione della relativa qualifica, poichè nel vigente ordinamento – salvo casi da ritenersi, comunque, eccezionali – le assunzioni e le progressioni nel pubblico impiego ed i passaggi da una qualifica all'altra devono essere effettuati sulla base di obiettivi criteri selettivi”. Quanto al quadro normativo prima della privatizzazione, la prima norma in materia era rappresentata dall'art. 31 del Testo Unico sugli impiegati civili dello stato del 1957 che disponeva “l'impiegato ha diritto all'esercizio delle funzioni inerenti alla sua qualifica, non può essere privato del suo ufficio tranne che nei casi previsti dalla legge”. “Può essere destinato a qualunque altra funzione purchè corrispondente alla qualifica che riveste ed al ruolo cui appartiene. Quando speciali esigenze di servizio lo richiedono l'impiegato può temporaneamente essere destinato a mansioni di altra qualifica della stessa carriera. L'impiegato ha diritto di essere qualificato, tanto nei rapporti di servizio

Con la privatizzazione, e la contrattualizzazione del rapporto del pubblico impiego, la qualifica comincia a perdere i rigidi connotati di classificazione del personale e l'art. 56 del d. lgs. 29 del 1993, prima della modifica introdotta col d. lgs. 80 del 1998, precisava che il dipendente doveva essere adibito alle mansioni proprie della qualifica di appartenenza rientrando in essa lo svolgimento di compiti complementari e strumentali al perseguimento degli obiettivi di lavoro. Secondo la formulazione originaria di tale norma, il pubblico impiegato poteva essere adibito a compiti specifici non prevalenti della qualifica superiore ovvero, occasionalmente, ove possibile, a rotazione, a compiti o mansioni immediatamente inferiori, se richiesto dal dirigente dell'unità organizzativa cui era addetto. Veniva in altri termini riconosciuta al datore di lavoro la possibilità di uno *ius variandi* che però non determinava particolari conseguenze. Infatti, in entrambi i casi, non vi era alcuna variazione del trattamento economico. La norma affermava infine, la possibilità di adibire il dipendente a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte come previsto per il rapporto privato dall'art. 2103 c.c.. Il d. lgs. 80 del 1998 ha a sua volta ridisciplinato la materia.

In esso sono scomparse le qualifiche funzionali che vigevano in precedenza, e che, a loro volta, avevano sostituito il sistema delle carriere creato col T. U. del 1957²⁴.

come nelle pubblicazioni ufficiali, col titolo conferito nell'atto di nomina di ultima promozione. Egli può usare il titolo ufficiale anche nella sua vita privata”.

Successivamente, la legge 312 del 1980, “Nuovo assetto retributivo funzionale” e poi la legge quadro sul pubblico impiego, hanno introdotto la qualifica funzionale. Per tale sistema i lavoratori erano raggruppati non più secondo carriere gerarchicamente organizzate ma classificati secondo profili professionali fondati sulla tipologia della prestazione lavorativa in base ad una valutazione del contenuto oggettivo del rapporto di servizio, dei requisiti culturali e di esperienza professionale del dipendente, del grado di responsabilità e della sfera di autonomia.

²⁴ Lo statuto degli impiegati civili aveva istituito quattro carriere e cioè, la direttiva, di concetto, esecutiva ed ausiliaria. Con il riassetto del 1980 si pervenne al sistema dei livelli, e vennero abolite le carriere e tutto il personale venne classificato in nove livelli nell'ambito dei quali si distinguevano vari profili caratterizzati dalla tipologia della prestazione lavorativa. Infine, dai livelli si è passati, con la privatizzazione e soprattutto con la contrattazione collettiva degli anni 1998-2001, alle posizioni organizzative perchè i precedenti livelli furono ristretti a un numero di categorie o aree contrassegnate dalle lettere dell'alfabeto, A, B, C. Tali categorie si distinguono, a loro volta, in relazione al titolo di

I cambiamenti, con l'introduzione dei profili, non pare abbiano mutato radicalmente la situazione perché il passaggio da uno a un'altro non può avvenire, come recita anche l'art. 52 del d. lgs. 165/2001, che per effetto dello sviluppo professionale, di procedure concorsuali o selettive.

studio richiesto per l'accesso, ad esempio, scuola dell'obbligo per la categoria A, licenza media inferiore integrata da un'attestato professionale per la categoria B, laurea o diploma universitario per la categoria C. Nelle categorie poi, vi sono le differenziazioni tra posizioni organizzative che vengono contrassegnate dai numeri, C1, C2, C3 con sottocategorie che si distinguono solo sotto l'aspetto retributivo. Ogni categoria è poi legata dalla declaratoria legata al contratto collettivo che descrive l'insieme dei requisiti professionali necessari allo svolgimento delle mansioni che possono essere richieste dall'amministrazione a prescindere dalla collocazione nelle posizioni economiche della categoria stessa.

Nell'ambito della stessa categoria vi sono poi delle differenziazioni per posizioni economiche contrassegnate da numeri, C1, C2, C3 che si distinguono solo sotto questo profilo. In ogni categoria vi sono poi delle posizioni retributive super che garantiscono lo sviluppo economico delle categorie sottostanti, nell'area A, è stata istituita la posizione 1super, nella B, la posizione B3 super ecc..

Va anche aggiunto che non tutto il vecchio sistema è stato abbandonato e infatti si può osservare come nell'area A, siano compresi livelli dal primo al terzo, nella B i livelli dal quarto al sesto, nella C, dal settimo al nono.

L'art. 56 d. lgs. N. 29 del 1993 dispone 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”*.

²⁴ L'art. 56 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, è sostituito dal seguente: Art. 56 (Disciplina delle mansioni).

1. L'art. 25 del D. Lgs. N. 80 dispone *“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. L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione. 2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza. 3. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni. 4. Nei caso di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. 5. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente se ha agito con dolo o colpa grave. 6. Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore”*.

Come abbiamo già osservato, la stessa impostazione dell'art. 52, non lascia incertezze su questo argomento, prevedendo, come ipotesi del tutto eccezionale, il fatto che un dipendente pubblico possa essere adibito a mansioni superiori, ma solo nei casi espressamente previsti dalla legge salvo eventuali deroghe o modifiche apportate dalla contrattazione integrativa. Altrettanto inequivoco è poi il fatto che, per il 5° comma della stessa norma, all'infuori dell'ipotesi di cui al comma 2 *"è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansione propria di una qualifica superiore"*. Pertanto, come si è già detto, il passaggio dalle aree o qualifiche non può avvenire che attraverso concorso, che, in parte, potrà essere riservato a soggetti già pubblici dipendenti. Viceversa, il passaggio ad aree stipendiali diverse può avvenire anche attraverso percorsi diversi e come evoluzione della carriera. Ciò grazie al fatto che, anche nell'ambito dei singoli profili professionali dalla contrattazione collettiva, sono stati creati, in applicazione del sesto comma dell'art. 52 d. lgs. 165/2001, dei sottoprofili che consentono la progressione in carriera senza passare necessariamente attraverso il concorso.²⁵

²⁵ Per la progressione verticale secondo il contratto di lavoro degli enti locali per il triennio 1999-2000 si confronti Nuzzolo, *Brevi note sulla progressione verticale*, in *Rivista degli enti locali*, 1999, 2, 187, Barusso, *Selezione e carriera del Personale*, Milano 1999, 197.

10. La rilevanza della contrattazione collettiva. I passaggi del personale da un'area ad un'altra. Inapplicabilità all'impiego pubblico dell'art. 2103 cod.civ.

L'art. 52 d. lgs. n. 165/2001 riconosce una certa libertà alla contrattazione collettiva: infatti, stabilisce che *"le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali previsti dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore"*²⁶. La norma però

²⁶ I commi 2, 3 e 4 dell'art. 52 d. lgs. 165/2001 in qualche misura derogabili dalla contrattazione collettiva, dispongono "2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza, 3. Si considera svolgimento di mansioni superiori ai fini del presente articolo, soltanto

lascia salva la possibilità per i contratti collettivi, di modificare le previsioni di cui al comma 2, 3 e 4 dello stesso articolo.

E' ovvio che il riferimento è soprattutto alla contrattazione collettiva integrativa che deve, ex art. 40 d.lgs. 165/2001, uniformarsi ai contenuti della contrattazione collettiva nazionale, e come in effetti avviene, come abbiamo visto nel par. 7.

I contratti, come si è detto (cfr retro par. 7) hanno abrogato il vecchio sistema delle qualifiche funzionali risalente alla legge 312 del 1980 che si era rivelato eccessivamente rigido e hanno individuato delle aree e definito le mansioni ascritte al profilo di appartenenza nonché quelle complementari o strumentali che sono richiedibili in quanto sono considerate contrattualmente fungibili. E' consentita poi la mobilità per funzioni equivalenti; la mobilità verticale è stata disciplinata dal sistema delle progressioni. I contratti collettivi hanno previsto un doppio sistema di progressione interna per i dipendenti: verticale tra le aree, orizzontale all'interno dell'area per le sole posizioni retributive²⁷. Il passaggio da un'area a un'altra avviene tramite procedure selettive e deve

l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale dei compiti propri di dette mansioni. 4. Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti".

²⁷ Così infatti, se si esamina il contratto collettivo nazionale di lavoro 31 marzo 1999 relativo ai dipendenti delle Amministrazioni del comparto Regioni e Autonomie Locali si può notare che il suo articolo 5 dedicato alla progressione economica all'interno della categoria prevede espressamente "1) All'interno di ciascuna categoria è prevista una progressione economica che si realizza mediante la previsione, dopo il trattamento tabellare iniziale, di successivi incrementi economici secondo la disciplina dell'art. 13. 2) La progressione economica di cui al comma 1 si realizza nel limite delle risorse disponibili nel fondo previsto dall'art. 14, comma 3 e nel rispetto dei seguenti criteri: a) per i passaggi nell'ambito della categoria A, sono utilizzati gli elementi di valutazione di cui alle lettere b) e c) adeguatamente semplificati in relazione al diverso livello di professionalità dei profili interessati; b) per i passaggi alla prima posizione economica successiva ai trattamenti tabellari iniziali delle categorie B e C., gli elementi di cui alla lettera c) sono integrati valutando anche l'esperienza acquisita; c) per i passaggi alla seconda posizione economica, successiva ai trattamenti tabellari iniziali delle categorie B e C, previa selezione in base ai risultati ottenuti, alle prestazioni rese con più elevato arricchimento professionale, anche conseguenti ad interventi formativi e di aggiornamento collegati alle attività lavorative ed ai processi di riorganizzazione, all'impegno e alla qualità della prestazione individuale; d) per i passaggi all'ultima posizione economica delle categorie B e C nonché per la progressione all'interno della categoria D, secondo la disciplina dell'art. 12, comma 3, previa selezione basata sugli elementi di cui al precedente punto c), utilizzati anche disgiuntamente, che tengano conto del: - diverso impegno e

rispettare il principio dell'adeguato accesso tra l'esterno, come richiesto dall'art. 35 comma del d. lgs. 165/2001 e dalla giurisprudenza sopra richiamata.

A tal fine i contratti collettivi ipotizzano un percorso selettivo di qualificazione e di aggiornamento con esame finale in cui devono comunque essere considerati, quali elementi ai fini del punteggio per formare la graduatoria, l'esperienza professionale acquisita e il possesso del titolo di studio e professionale. Gli stessi contratti poi cercano di creare corsie preferenziali per coloro che sono già dipendenti. Ciò crea, ovviamente alcuni problemi.

Ed infatti, la gestione contrattata della progressione professionale, in funzione dei dipendenti cui assicura spazi di carriera, lascia limitata possibilità di accedere dall'esterno ai posti delle amministrazioni pubbliche creando quindi un evidente conflitto tra due principi, e cioè quello della progressione della carriera e quello di poter accedere all'impiego pubblico.

Ad oggi, per tutto quanto abbiamo esposto pare si sia ancora alla ricerca di un equilibrio. A volte si esalta infatti il principio del concorso ma si lasciano prosperare situazioni che lo annullano (rapporto privato non di ruolo) e la contrattazione collettiva non ha risolto i problemi, come si è visto nel paragrafo 7²⁸.

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 successivo articolo 6 individua il sistema di valutazione per stabilire chi possa effettivamente avere incrementi stipendiali e dispone: "In ogni ente sono adottate metodologie permanenti per la valutazione delle prestazioni e dei risultati dei dipendenti, anche ai fini della progressione economica di cui al presente contratto; la valutazione è di competenza dei dirigenti, si effettua a cadenza periodica ed è tempestivamente comunicata al dipendente, in base ai criteri definiti ai sensi dell'art. 16, comma 2".

²⁸ In ogni caso, anche per la contrattazione collettiva, lo svolgimento di mansioni superiori di fatto non determina la nascita di particolari diritti in capo al dipendente. Ciò si desume dall'esame dei contratti. Il testo dell'accordo 16 febbraio 1999, a seguito del quale è stato sottoscritto il contratto collettivo nazionale di lavoro del personale del comparto dei ministeri per il quadriennio normativo 98-01 e il biennio economico 98-99 ha impostazione normativa analoga a quella degli altri contratti collettivi, i quali pure fanno registrare talune difformità rispetto al predetto paradigma, come tra breve vedremo. Il citato contratto ministeri 1998-02, ha dettato una serie di

disposizioni, riguardanti espressamente i passaggi interni, distinguendoli in due tipologie. I passaggi interni nell'ambito del nuovo sistema di classificazione possono avvenire a) tra aree, ovvero b) all'interno di ciascuna area. I primi avvengono con le seguenti procedure: passaggi dei dipendenti da un'area alla posizione iniziale dell'area immediatamente superiore avvengono nel rispetto del punto secondo cui tutti i passaggi debbono rispettare i 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 con le medesime regole di cui all'art. 6 d. lgs. n. 29 (oggi art. 6 d. lgs. 165/2001) concernente l'organizzazione e disciplina degli uffici e la dotazione organica. I passaggi consistono in procedure selettive, volte all'accertamento dell'idoneità e/o della professionalità richiesta previo superamento di corso - concorso con appositi criteri stabiliti dalla Amministrazione secondo i procedimenti sindacali indicati nel successivo art. 20 del medesimo contratto.

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, purchè in possesso dei requisiti professionali richiesti per l'ammissione a concorso pubblico.

I passaggi all'interno dell'area avvengono, in tal modo: i contingenti corrispondenti a ciascuna delle posizioni economiche interne dell'area secondo un principio di organizzazione flessibile, sono modificabili in relazione alle esigenze organizzative-funzionali dell'amministrazione o ad obiettivi di organizzazione generale in correlazione alle risorse disponibili, con le previsioni previste dall'art. 20.

Si può quindi affermare che i passaggi intra aree e quelli infra aree sono caratterizzati da procedure distinte: più simile a quella concorsuale la prima, più simile ad un procedimento di aggiornamento professionale la seconda. La prima si caratterizza, infatti, come visto, per una vera selezione oggettiva e comparativa, previo superamento del corso concorso, cioè secondo un modulo organizzativo prettamente concorsuale.

Nell'ambito di questo procedimento dovrebbero assumere particolare rilievo gli elementi di merito, con scarsa rilevanza delle anzianità di servizio maturate nelle posizioni di provenienza.

La seconda, al contrario, si distingue per la frequenza da parte dei dipendenti di percorsi di qualificazione e di aggiornamento professionale con esame finale, nell'ambito della quale gli elementi di valutazione del merito risultano ridotti, poichè elemento determinante, ai fini della redazione delle graduatorie finali, è la posizione economica di provenienza senza ulteriore specificazione. Ciò sta a significare ampio riconoscimento della qualifica posseduta. Evidenziato come alcuni contratti del comparto del medesimo quadriennio 98-01 come quello della sanità, stipulato nell'aprile '99, (ovvero quello del comparto Regioni e Autonomie Locali relativo alla revisione del sistema di classificazione del personale del 31 marzo 1999 art. 4 c.1), hanno stabilito che le procedure di svolgimento delle selezioni per il passaggio di categorie di inquadramento, e cioè le aree del comparto ministeriale sono "preventivamente individuate dalle aziende o enti con atti regolamentari improntati a principi di imparzialità, trasparenza, tempestività, economicità e celerità di espletamento a sensi di quanto previsto dall'art. 36 c.3 d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29.

Analogamente dispone il ricordato art. 4 del contratto collettivo nazionale del comparto Regioni e Autonomie Locali relativo alla revisione del sistema di classificazione del personale stipulato e sottoscritto il 31 marzo 1999 (in G.U. 24 aprile 1999 n. 81) che pure fa rinvio, per la disciplina delle progressioni verticali, agli atti previsti dai rispettivi ordinamenti nel rispetto dei principi concorsuali.

Ciò probabilmente perchè, come abbiamo cercato di evidenziare all'inizio di questo lavoro, la progressione è considerata equivalente alla creazione di un nuovo posto di lavoro per cui pare corretto che le relative procedure selettive, per la progressione interna, consentendo il passaggio da un'area ad un'altra, debbano avvenire attraverso procedure selettive previste dagli accordi decentrati che dovranno rispettare i principi generali in materia di concorsi pubblici, per il rispetto delle regole di imparzialità e par condicio e cioè i principi tipici delle regole concorsuali²⁸. Però possiamo dire come anche la contrattazione collettiva integrativa, che cerca evidentemente di allontanarsi un po' dai limiti fissati dalla legislazione, poi in buona sostanza non fa che confermarne la validità. Ciò vale anche per i rinnovi contrattuali del periodo 2002-05. Le esperienze maturate in questi contratti non fanno che confermare le precedenti previsioni. Così, ad esempio, con riferimento al comparto scuola, in relazione allo svolgimento di mansioni superiori, si ritrova espressa la regola secondo cui il personale docente utilizzato, a domanda o d'ufficio, in altro tipo di cattedra o posto, ha diritto al trattamento economico superiore (art. 10), ma non all'avanzamento di carriera e/o al passaggio al posto o cattedra di utilizzazione. In sostanza si ripropone il riconoscimento economico ma non quello normativo.

Per i Ministeri, val la pena ricordare che viene confermato il sistema di classificazione previsto nel precedente contratto collettivo, (art. 8). Al di là delle enunciazioni di carattere teorico, "proseguire nel processo di valorizzazione professionale dei lavoratori", anche nell'ottica della piena armonizzazione con il settore privato, l'assetto esistente resta invariato.

Da segnalare che viene istituita una commissione paritetica per verificare e migliorare il sistema (art.9) e vengono indicate delle linee guida alla contrattazione integrativa collettiva per una gestione ottimale delle risorse umane. Tra queste è interessante osservare come le parti sociali propongano un metodo che garantisca un equilibrato accesso

In conclusione, la contrattazione collettiva, per quanto sia facoltizzata dall'art. 52 d. lgs. 165/2001 ad introdurre deroghe, non ha sostanzialmente modificato le previsioni legislative. Resta quindi inapplicabile all'impiego pubblico la norma di cui all'art. 2103 cod. civ., con qualche rischio anche di costituzionalità dell'art. 52 d. lgs. 165/2001 per le disparità di trattamento con il lavoro privato. Incostituzionalità prevedibilmente inesistente se si condivide l'idea che il passaggio da un'area ad un'altra dovrebbe equivalere a copertura di un nuovo posto, cosicchè, non potrebbero esservi automatismi, nè sarebbe viziata la normativa che magari imponesse il concorso, perché, per la costituzione del rapporto, cui andrebbe equiparata, in tale prospettiva, la progressione in carriera, lo stesso art. 97 della Costituzione impone il concorso.

11. *Sintesi sullo svolgimento di mansioni superiori.*

Ferma la sostanziale irrilevanza delle mansioni superiori svolte di fatto dal dipendente come conseguenza dei principi affermati sia in tema di costituzione del rapporto di lavoro sia in tema di evoluzione della carriera, va aggiunto che lo svolgimento di mansioni superiori da comunque diritto al compenso quale diretta applicazione del canone costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost., come è stato affermato dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento proprio alla particolare disciplina dettata per il personale sanitario (cfr. C.Cost. n. 57 del 1989; n. 101 del 1995)²⁹.

Questo principio peraltro è stato esteso anche al pubblico impiego in generale, pur se la Corte Costituzionale ha precisato che la garanzia dell'art. 36 Cost. non si traduce

dall'esterno, ma anche una valorizzazione dell'esperienza professionale e delle partecipazioni ai corsi di aggiornamento e qualificazione professionale nella determinazione del punteggio delle prove selettive

²⁹ Tali pronunce si vedano rispettivamente in *Cons. Stato*, 1989, II, 182 e in *Riv. Corte dei Conti*, 1996, fasc. 3, 236.

necessariamente in un rigido automatismo per cui al pubblico dipendente spetta esattamente il trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori (C.Cost. n. 115 del 2003)³⁰.

Con questa pronuncia la Corte era chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 3, della legge Regione Lombardia, 26 aprile 1990, n. 25 (modifiche ed integrazioni alla legge Regionale 7 gennaio 1986, n. 1 "Riorganizzazione e programmazione dei servizi sottoassistenziali della Regione Lombardia") sul presupposto che esso confliggesse con l'art. 36 della Costituzione nella parte in cui prevedeva, relativamente all'assistente sociale coordinatore che avesse svolto le mansioni di dirigente responsabile del servizio di assistenza sociale l'attribuzione soltanto del trattamento economico spettante per la qualifica di appartenenza e dell'indennità connessa all'esercizio delle mansioni concernenti alla qualifica superiore, e non anche del trattamento fondamentale corrispondente a tale ultima qualifica. La Corte così risolve il caso: *"Questa Corte ha avuto occasione di affermare che il principio di proporzionalità della retribuzione, di cui all'art. 36 della Costituzione, richiede che il temporaneo svolgimento delle mansioni superiori sia sempre aggiuntivamente compensato rispetto alla retribuzione della qualifica di appartenenza (sentenze n. 101 del 1995, n. 296 del 1990 e n. 57 del 1989), ma non impone la piena corrispondenza al complessivo trattamento economico di chi sia titolare di quelle funzioni appartenendo ad un ruolo diverso ed essendo stata oggettivamente accertata con apposita selezione concorsuale la maggiore qualificazione professionale, significativa di una più elevata qualità del lavoro prestato" (sent. n. 273 del 1997). In altri termini, lo svolgimento di mansioni superiori non implica l'automatica applicazione del*

³⁰ Tale pronuncia si veda in *Ragiusan*, 2003, p. 231 2, 493.

*corrispondente trattamento economico, ben potendo essere non pienamente omogenee le prestazioni lavorative effettuate”.*³¹

La giurisprudenza civile³² ha a sua volta affermato gli stessi principi precisando *“In materia di pubblico impiego, ai sensi dell’art. 56, comma 6, d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (nel testo sostituito dall’art. 25 d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, così come successivamente modificato dall’art. 15 d. lgs. 29 ottobre 1998 n. 387) deve essere retribuito l’espletamento di mansioni superiori alla qualifica, in ossequio al principio della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 cost. (come affermato, in particolare con riferimento alla disciplina del personale sanitario, da Corte cost. n. 57 del 1989, Corte Cost. n. 296 del 1990 e Corte Cost. n. 101 del 1995), applicabile anche al pubblico impiego senza dovere necessariamente tradursi in un rigido automatismo di spettanza al pubblico dipendente del trattamento economico esattamente corrispondente alle mansioni superiori espletate (come precisato da Corte cost. n. 115 del 2003), ma ben potendo risultare diversamente osservato il precetto costituzionale mediante la corresponsione di un compenso aggiuntivo rispetto alla qualifica di appartenenza (Corte cost. n. 273 del 1997)”.*

Peraltro, e come abbiamo visto, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell’inquadramento professionale del lavoratore, secondo un principio che, pur se datato e forse destinato ad essere superato dalla normativa contrattuale che potrebbe prevedere fattispecie di *“avanzamenti automatici”* (art. 52, comma 6, d. lgs. N. 165 del 2001), trova non di meno giustificazione nelle perduranti peculiarità (riconosciute, seppure con riferimento alla diversa questione della parimenti perdurante disciplina differenziata in

³¹ Analoghi principi sono stati ribaditi da Corte Cost. 25 luglio 1997, n. 273, in *Cons. Stato*, 1997, II, 1157.

³² Cass. Civile, Sez. Lavoro, 25 ottobre 2003, n. 16078 in *Giut. Civ. Mas.*, 2003, f. 10

materia di crediti di lavoro, da Corte cost. n. 82 del 2003) del rapporto di lavoro pubblico "privatizzato".

Anche il Consiglio di Stato afferma gli stessi principi quando³³ sostiene che *"rispetto alle conseguenze che l'art. 2103 c.c. annette all'assegnazione del lavoratore a mansioni superiori, risulta incompatibile con l'ordinamento del pubblico impiego sinora in vigore la sola "promozione automatica", (cioè l'acquisizione di una qualifica superiore), ma non il trattamento economico corrispondente all'attività svolta che, in quanto ancorato alla preposizione del dipendente ai compiti esercitati, deriva da un'attività direttamente imputabile all'amministrazione e quindi connessa all'ordinario funzionamento dell'organizzazione"*. In altre pronunce del Consiglio di Stato³⁴ si affermano sostanzialmente gli stessi principi ma si rimanda prevalentemente, per stabilire il tipo di trattamento, alle previsioni di legge. Si afferma in particolare: *"Nell'ambito del pubblico impiego la circostanza che le mansioni svolte da un dipendente pubblico siano di livello e dignità superiori rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento è irrilevante sia ai fini economici che per la progressione di carriera salvo che non sia direttamente stabilito dalla legge"*.

L'attuale disciplina normativa racchiusa nell'art. 52 del d. lgs. 165 del 2001 è la sostanziale riproposizione dei principi giurisprudenziali sopra riportati.

³³ Cons. Stato, sez IV, 16 marzo 1999, n. 281, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 3505.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 1999, n. 175. Tali principi sono ribaditi anche da Cons. Stato Adunanza Plenaria che con la decisione 23 marzo 2006 n. 3 ha affermato *"L'esercizio di fatto di mansioni superiori da parte del dipendente di pubblica amministrazione non determina l'insorgere di alcun diritto, salvo quello alle differenze retributive per il periodo successivo all'entrata in vigore dell'art. 15 d. leg. 29 ottobre 1998, n. 387 che ha modificato l'art. 56 d. leg. 3 febbraio 1993 n. 29"*.

Principi ribaditi ancor più recentemente da Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007 n. 644 secondo cui *"In mancanza di una diversa previsione di legge, lo svolgimento da parte del dipendente pubblico di mansioni superiori a quelle dovute secondo il provvedimento di inquadramento non è rilevante ai fini della progressione in carriera ovvero dell'emanazione di un provvedimento di preposizione ad un ufficio, non essendo sotto tale aspetto il rapporto di pubblico impiego assimilabile a quello privato, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2103 c.c.; conforme a TAR Campania, Napoli, Sez. V, 9 gennaio 2007 n. 147"*.

Si può quindi concludere affermando che nel lavoro pubblico lo svolgimento di fatto di mansioni superiori ha una rilevanza molto diversa rispetto al lavoro privato, (fatta eccezione per il solo trattamento economico) ed il passaggio da un'area ad un'altra, può avvenire solo per concorso.

Né la contrattazione collettiva pare in grado di eliminare queste differenze posto che *"i limiti costituzionali (del concorso n.d.r.) si impongono a qualsiasi fonte regolativa della materia in questione; di conseguenza, se la disciplina sospetta di incostituzionalità è contenuta in una legge, della questione deve essere investita la Corte Costituzionale; se essa è invece contenuta in un regolamento, quest'ultimo formerà oggetto di sindacato da parte del giudice amministrativo ai fini del suo annullamento o della sua disapplicazione; se infine la disciplina sospetta d'incostituzionalità è contenuta, come avviene, nella fattispecie in esame, in un contratto collettivo e i suoi contenuti siano stati trasfusi in un provvedimento amministrativo oggetto di impugnazione, il giudice amministrativo dovrà verificare incidenter tantum la validità del contratto collettivo"* ³⁵.

³⁵ T.A.R. Lazio, Sez. I, sentenza 14 luglio 2004 n. 12370 in DeG, 11 dicembre 2004, pg. 50.

