

CONSIGLIO DI STATO

Adunanza Commissione Speciale Pubblico Impiego del 9 novembre 2005

PREMESSO E CONSIDERATO:

1. La scrivente amministrazione dell'economia e delle finanze riferisce che la Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento della funzione pubblica ha chiesto di conoscere il suo avviso "in ordine alla possibilità di considerare le cd. progressioni verticali (i passaggi tra le aree di inquadramento), conseguenti alle procedure di riqualificazione del personale dipendente, della stessa natura giuridica delle procedure di reclutamento che consentono l'accesso dall'esterno"; si chiede, altresì, se le stesse progressioni "siano da ritenere soggette alle limitazioni imposte dalla disciplina vigente in materia di assunzioni nel pubblico impiego".

In particolare, il quesito della funzione pubblica è inteso ad accertare se, nella previsione del legislatore, i citati passaggi tra le aree, in analogia con le assunzioni derivanti dalle procedure selettive pubbliche, siano inclusi nel cd. "blocco delle assunzioni" di cui all'art. 1, comma 95, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005) e, quindi, assoggettabili sia alla disciplina autorizzatoria di spesa prevista dalla stessa legge per le assunzioni dall'esterno sia alla procedura prevista dal successivo comma 104, che subordina l'avvio delle stesse procedure all'emanazione di un apposito d.P.C.M. di autorizzazione.

Su tale questione, il Ministero dell'economia propende, in ultima analisi, per la soluzione positiva per i passaggi da un'area all'altra, da tenere distinti rispetto ai passaggi interni alla stessa area. Prima di pronunciarsi definitivamente, il suddetto Ministero ha però ritenuto opportuno acquisire il parere di questo Consiglio di Stato. L'affare in oggetto è stato deferito alla Commissione speciale per il pubblico impiego, rilevato che le questioni poste con il suddetto quesito risultano di interesse generale per la materia.

2. Il menzionato comma 95 della legge finanziaria per il 2005 dispone, tra l'altro, che: "Per gli anni 2005, 2006 e 2007 alle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, alle agenzie, incluse le agenzie fiscali di cui agli articoli 62, 63 e 64 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni, agli enti pubblici non economici, agli enti di ricerca ed agli enti di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, è fatto divieto di procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato, ad eccezione delle assunzioni relative alle categorie protette. Il divieto si applica anche alle assunzioni dei segretari comunali e provinciali nonché al personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. ... È consentito, in ogni caso, il ricorso alle procedure di mobilità, anche intercompartimentale."

Ad avviso della Commissione speciale, va esaminato il significato del lemma "assunzioni di personale" chiarendo se – ai fini della applicazione del riportato comma 95 che impone il blocco delle suddette "assunzioni" – con tale termine si intenda, oltre al reclutamento di nuovo personale da inserire in organico tramite concorsi pubblici aperti a tutti, anche il reclutamento, in una determinata area di inquadramento, di personale "interno" alla stessa amministrazione proveniente da un'area inferiore, a seguito delle procedure di "riqualificazione o di altro tipo di progressione di carriera di una posizione lavorativa già esistente".

3. Questo Consiglio di Stato – condividendo l'impostazione della stessa Amministrazione richiedente – ritiene necessario fare riferimento all'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione e di questo Consiglio di Stato che è intervenuta con riguardo all'art. 63, comma 4, del decreto legislativo n. 165 del 2001, secondo cui le controversie in materia di procedure

concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono devolute al giudice amministrativo.

3.1. Al riguardo, come è noto, un iniziale orientamento della Corte di Cassazione distingueva tra le procedure dirette all'instaurazione del rapporto di lavoro (per le quali la giurisdizione veniva attribuita al giudice amministrativo) e le procedure volte a consentire la progressione di carriera di lavoratori già dipendenti dall'amministrazione (per le quali la giurisdizione veniva attribuita al giudice ordinario).

Secondo tale impostazione, il comma 1 dell'art. 63 del citato d.lgs. n. 165 del 2001 attribuiva alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all'estinzione, compresa ogni fase intermedia, relativa a qualsiasi vicenda modificativa, anche se finalizzata alla progressione in carriera e realizzata attraverso una selezione di tipo concorsuale. La residuale riserva di giurisdizione amministrativa, prevista dal comma 4, concerneva esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la pubblica amministrazione.

In tale ottica, i concorsi interni andavano qualificati come procedimenti negoziali di esercizio dello ius variandi della pubblica amministrazione e quindi come atti gestionali o di micro-organizzazione di cui all'art. 5 comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001. Essi, infatti, non comportavano l'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro con i vincitori, ma esclusivamente la modifica dell'inquadramento contrattuale e delle prestazioni esigibili in un rapporto preesistente (Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 2954; Cass. sez. un., 26 giugno 2002, n. 9334; Cass., sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2514; Cass., sez. un., 11 giugno 2001 n. 7859; Cass., sez. un., 22 marzo 2001, n. 128; Cass., sez. un., ord. 23 novembre 2000, n. 1203).

In tale contesto interpretativo, in definitiva, al vocabolo "assunzione" veniva data un'accezione restrittiva, limitata ai soli procedimenti riguardanti la prima immissione del pubblico dipendente nell'Amministrazione.

3.2 L'orientamento della Corte di Cassazione era però destinato a collidere con quello della Corte costituzionale, la quale ha interpretato la disposizione dell'art. 97, comma 3, Cost. – secondo cui "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge" – nel senso di riferirla tanto al primo accesso quanto al passaggio alla qualifica funzionale superiore.

In sostanza, la Corte costituzionale, anche dopo la cd. privatizzazione del rapporto di impiego, aveva ribadito che il passaggio ad una fascia funzionale superiore costituisce l'accesso ad un nuovo posto di lavoro e che la selezione, come le altre forme di reclutamento, è soggetta alla regola del pubblico concorso (Corte cost. 4 gennaio 1999, n. 1; Corte cost. 16 maggio 2002, n. 194; Corte cost. 23 maggio 2002, n. 218; Corte cost. 23 luglio 2002 n. 373; Corte cost. 24 luglio 2003, n. 274).

In particolare la Corte costituzionale, investita della questione concernente la legittimità dell'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 in relazione ai cd. concorsi misti, cioè aperti ai candidati esterni ed interni, ma con una quota di posti riservata a questi ultimi, ha rilevato che la procedura concorsuale non ha diversa natura per i concorrenti in quota di riserva e per quelli esterni, trattandosi per gli uni e per gli altri di procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando (concludendo che l'intera controversia deve essere attribuita al giudice amministrativo: Corte cost. 4 gennaio 2001, n. 2).

3.3. Per effetto di tale orientamento della Corte costituzionale si è quindi verificato un revirement da parte della Corte di Cassazione.

La sentenza delle Sezioni unite civili 15 ottobre 2003, n. 15403 ha, infatti, ritenuto che il quarto comma dell'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel riservare 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 del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore, posto che tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso, al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni; ne consegue che le controversie riguardanti la legittimità delle graduatorie relative a tali procedure selettive sono anch'esse devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La Cassazione ha, invece, confermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario quando si tratta di semplice passaggio di livello, senza variazione di area o di categoria ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro, in quanto si è in presenza di concorsi inerenti la gestione del rapporto di lavoro (Cassazione Civile, Sez. Unite, ordinanza n. 18886 del 10 dicembre 2003).

Tale indirizzo ha trovato poi definitiva sistemazione in Cass. sez. un. civ. n. 3948 del 26 febbraio 2004, secondo cui, in base ai principi elaborati dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza di legittimità 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 o a quello amministrativo a seconda che ricorra una delle diverse ipotesi di cui al seguente quadro complessivo:

- 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 compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, poiché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni;
- c) ancora 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 funzionale. (v. anche Cass. 26 maggio 2004, n. 10183; Cass., 23 marzo 2005 n. 6217; Cass. 20 maggio 2005, n. 10605).

3.4. A tale impostazione si è successivamente conformata la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (ex multis: Sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2988; Sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2881; Sez. IV, 3 novembre 2004, n. 7107; Sez. VI, 7 ottobre 2004, n. 6510, Sez. V, 10 dicembre 2003, n. 8143), il quale ha anche avuto modo di approfondire ulteriormente il nuovo orientamento.

In particolare, la decisione n. 6510 del 2004 della VI Sezione ha fornito alcune precisazioni circa l'applicazione concreta dei principi sopra richiamati, con riferimento ai concorsi interni senza variazione di area o di categoria, chiarendo alcuni dubbi esegetici derivanti dalle diverse terminologie utilizzate nei contratti collettivi dei diversi comparti (mentre a volte si fa riferimento al concetto di "area" per distinguere tra area dirigenziale ed area non dirigenziale, altre volte il termine viene utilizzato per la classificazione del personale non dirigenziale).

4. Alla stregua di quanto esposto, questo Consiglio di Stato ritiene necessario recepire anche con riferimento al quesito in oggetto gli esiti interpretativi cui prima la Corte costituzionale e poi la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato sono giunti

nell'interpretazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Va, pertanto, ritenuto che rientrino nel blocco delle "assunzioni" di cui all'art. 1, comma 95, della legge n. 311 del 2004 anche le progressioni cd. verticali da un'area ad un'altra poiché, anche in tal caso, si verifica una novazione del rapporto di lavoro, in quanto si tratta di accesso a funzioni più elevate, qualsiasi sia il nomen della posizione funzionale attribuita dalla contrattazione collettiva, che può divergere da contratto a contratto.

Tale interpretazione appare, peraltro, necessitata alla stregua del vigente quadro costituzionale come derivante dall'art. 97 Cost. nella lettura di "diritto vivente" operata dalla Corte costituzionale, secondo la quale la norma ivi contenuta, secondo cui ai pubblici uffici, che debbono essere organizzati in modo da assicurare il buon andamento della Pubblica amministrazione, si accede "mediante concorso salvi i casi stabiliti dalla legge", impone che il concorso costituisca la regola generale per l'accesso ad ogni tipo di pubblico impiego, anche a quello inerente ad una fascia funzionale superiore, essendo lo stesso "il mezzo maggiormente idoneo ed imparziale per garantire la scelta dei soggetti più capaci ed idonei ad assicurare il buon andamento della Pubblica amministrazione" (cfr. le sentenze 487/91, 453/90, 161/90).

In altre parole, nel nostro contesto costituzionale "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", deve essere attuato mediante una forma di reclutamento che permette "un selettivo accertamento delle attitudini", anche laddove si tratti di progressione verticale di carriera. Per questa ragione – come ha rilevato anche la Cassazione con la citata sentenza n. 15403 del 2003 – è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di plurime disposizioni di legge (alcune delle quali relative ai corsi-concorso per la riqualificazione del personale del ministero delle Finanze: articolo 3, commi, 205, 206 e 207 legge n. 549 del 1995 e successive modificazioni) nella parte in cui le stesse prevedevano il passaggio a fasce funzionali superiori "in deroga alla regola del pubblico concorso" o comunque non prevedevano "alcun criterio selettivo", ovvero riservavano, esclusivamente o in maniera ritenuta eccessiva, al personale interno l'accesso alla qualifica superiore.

In termini ancora più espliciti si pone l'ordinanza n. 2 del 2001 della Consulta, con la quale è stata dichiarata la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 68 decreto legislativo n. 29 del 1993 e successive modificazioni (ora articolo 63 d.lgs. n. 165 del 2001), in cui si è affermato che la procedura selettiva diretta all'accesso ad una qualifica superiore – e riservata sia al personale interno all'amministrazione, sia a candidati esterni – integra "una vera e propria procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando". La necessaria selettività, imposta dal vigente assetto costituzionale, del passaggio di personale "interno" ad una data amministrazione ad una fascia superiore costituisce quindi – ad avviso di questa Commissione speciale – una conferma alla interpretazione che estende l'applicabilità del termine "assunzioni" di cui alla legge finanziaria per il 2005 anche a tali fattispecie.

In altri termini, il lemma "assunzione" – come da ultimo confermato anche dalla recente sentenza delle s.u. della Cassazione n. 14259 del 7 luglio 2005 – deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che, oltretutto l'accesso nell'area superiore del personale interno o esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica.

5. A tali conclusioni non può ostare l'obiezione che l'elaborazione giurisprudenziale sopra menzionata riguarderebbe una dimensione squisitamente "giuridica" del termine "assunzioni", laddove invece l'accezione voluta dalla legge n. 311 del 2004 atterrebbe

ad una dimensione strettamente "finanziaria", relativa al solo impatto delle "assunzioni" stesse sul bilancio dello Stato, con il distinto obiettivo di contenerne la spesa entro i vincoli di finanza pubblica.

Secondo tale possibile obiezione, si potrebbe sostenere che, in tale seconda accezione, il termine "assunzioni" andrebbe riferito soltanto alle assunzioni che provocano un onere finanziario rilevante, ovvero quelle di personale esterno all'amministrazione, mentre per il personale interno l'onere economico della sola "riqualificazione" è di gran lunga inferiore.

Tale obiezione deve essere disattesa, ad avviso di questo Consiglio di Stato, per almeno due ragioni.

Da un punto di vista più letterale, si fornirebbero al medesimo termine "assunzione", già di per sé non privo di ambiguità, due significati fortemente difforni, che avrebbero ambiti di applicazione troppo diversi (concorsi sia interni che esterni per il d.lgs. n. 165 e concorsi solamente esterni per la legge n. 311) per non incorrere in un'antinomia del sistema (antinomia che, peraltro, la citata giurisprudenza della Cassazione ha voluto espressamente evitare, ritenendo "come non fosse ragionevole immaginare", a fronte della sostanziale necessità, in ogni caso, di una "procedura selettiva", "giurisdizioni diverse a seconda della qualità dei partecipanti alla selezione").

D'altro lato, e forse soprattutto, tale interpretazione risulterebbe in contrasto con i principi costituzionali meritocratici sopra esposti, che fondano il buon andamento degli uffici pubblici ex art. 97 Cost. su una maggiore selettività del loro personale e che si ispirano ad un favor per l'accesso esterno alle carriere pubbliche. Essa finirebbe invece per favorire, anche se soltanto per ragioni finanziarie, proprio quelle forme di "promozioni interne" che il quadro costituzionale ritiene del tutto eccezionali (e giustificabili solo in poche occasioni) rispetto alle procedure selettive pubbliche con prevalente partecipazione dall'esterno.

In altri termini, la pur fondamentale esigenza di "buon andamento" della finanza pubblica non può, ad avviso di questo Consiglio di Stato, comportare interpretazioni che si pongano in contrasto con il "buon andamento" della amministrazione pubblica, costituzionalmente garantito dall'art. 97 Cost. .

6. Parimenti priva di pregio risulta, poi, l'altra possibile obiezione che potrebbe paventare una portata "paralizzante" sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni di una interpretazione estensiva della norma sul blocco delle assunzioni.

Va, infatti, ricordato che – come ricordato dalla stessa amministrazione richiedente – la stessa legge finanziaria prevede un consistente temperamento a tale blocco, consistente nella possibilità di "autorizzazioni in deroga" a carico di un apposito fondo ai sensi dei commi 96 e 97 e, inoltre, nell'applicazione del regime autorizzatorio fissato dal comma 104 dello stesso articolo.

L'atteggiamento delle amministrazioni competenti (e, in particolare, del Dipartimento della funzione pubblica) dovrà tener conto della interpretazione del termine "assunzioni" prospettata da questo Consiglio di Stato (e, quindi, della necessità estensione dell'ambito di operatività del loro "blocco" ad opera del comma 95) nell'attivare, volta per volta, il meccanismo derogatorio sopra richiamato. È infatti attraverso tale meccanismo (e soltanto attraverso di esso) che si potrebbe, se del caso, tener conto del minore onere finanziario delle eventuali richieste di autorizzazione in deroga in relazione a procedure di riqualificazione (laddove, ovviamente, esse siano giustificate da uno specifico regime legislativo).

7. Va, infine, ricordato che la suddetta ricostruzione si riferisce esclusivamente al passaggio da un'area all'altra e non si estende ai passaggi interni alla stessa area. La ricordata giurisprudenza della Cassazione è stata, di recente, ribadita in termini

ancora più espliciti con una pronuncia specifica su tale fattispecie (la già ricordata sent. n. 14259 del 7 luglio 2005 delle s.u., relativa ad un passaggio interno all'area "C" e precisamente alle procedure di passaggio dalle categorie C1 e C2 alla categoria C3).

In tale sede è stata confermata la diversa natura di tali procedure interne alla stessa area – sulle quali permane la giurisdizione del giudice ordinario – ancorché anche esse possano prevedere prove selettive: non sussistendo, infatti, un passaggio di area, secondo le sezioni unite si è in presenza di una mobilità verticale funzionalizzata unicamente a consentire il transito dei dipendenti dotati di specifica professionalità e capacità ad una qualifica superiore e ad un più adeguato trattamento economico nell'ambito di una gestione del singolo rapporto lavorativo assoggettabile al generale regime privatistico, in assenza di contrarie ragioni che ne giustifichino la disapplicazione.

È evidente che in tale ottica, come pure ribadisce la Suprema Corte, assume rilevanza determinante ai fini dell'indicato criterio di ripartizione della giurisdizione – e, correlativamente, dell'ambito di applicazione del termine "assunzione" – il contenuto della contrattazione collettiva nazionale (applicabile ai diversi comparti ministeriali riguardanti settori omogenei ed affini) che definisce con apposita procedura i comparti e le aree contrattuali (cfr. art. 40, comma 2, e 41, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001) e non quello della contrattazione integrativa.

Tale differente disciplina dei passaggi interni alle aree professionali appare, da ultimo, confermata anche dalla legge finanziaria per il 2006, la legge n. 266 del 23 dicembre 2005, pubblicata sulla G.U. n. 302 del 29 dicembre 2005, nelle more della pubblicazione del presente parere.

Difatti, il comma 193 dell'art. 1 di tale legge dispone che "gli importi relativi alle spese per le progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria continuano ad essere a carico dei pertinenti fondi [si tratta dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa di cui al precedente comma 189] e sono portati, in ragione d'anno, in detrazione dai fondi stessi per essere assegnati ai capitoli stipendiali fino alla data del passaggio di area o di categoria dei dipendenti che ne hanno usufruito, o di cessazione dal servizio a qualsiasi titolo avvenuta. A decorrere da tale data i predetti importi sono riassegnati, in base alla vigente normativa contrattuale, ai fondi medesimi".

Lo specifico riferimento alle "progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria" conferma, ad avviso di questo Consiglio di Stato, la diversa disciplina giuridica di tali procedure, che non rientrano nelle "assunzioni" di cui alle progressioni tra un'area e un'altra e proseguono senza che su di esse incida il "blocco" di cui al comma 25 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2005.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere della Commissione speciale.

Per estratto dal verbale

Il Segretario della Commissione

Antonio Natale

Visto

Il Presidente della Commissione

Giovanni Ruoppolo