

Ar2



*Vai al contenuto multimediale*

# La riforma del pubblico impiego privatizzato

Commento breve al d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75

*a cura di*

Gennaro Iacone

*Contributi di*

Arturo Avolio

Anna Maria Beneduce

Marco Bottino

Barbato Rosario Capolongo

Maria Caroppi

Federica Acquaviva Coppola

Gennaro Iacone

Arturo Pizzella

Ida Ponticelli

Vincenzo Trinchillo





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXVIII  
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.gioacchinoonoratieditore.it](http://www.gioacchinoonoratieditore.it)  
[info@gioacchinoonoratieditore.it](mailto:info@gioacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1531-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2018

## Indice

- 7 Il reclutamento del personale  
*Barbato Rosario Capolongo, Vincenzo Trinchillo*
- 65 Il quadro normativo sul lavoro flessibile nel pubblico impiego  
*Gennaro Iacone*
- 85 La tutela dei lavoratori disabili nel pubblico impiego alla luce  
delle novità introdotte dall'art. 10 del d.lgs. 75/2017  
*Marco Bottino*
- 115 La retribuzione e la valutazione della performance organizza-  
tiva della amministrazione e di quella individuale  
*Arturo Pizzella, Annamaria Beneduce*
- 179 La responsabilità disciplinare  
*Ida Ponticelli, Federica Acquaviva Coppola, Maria Caroppoli*
- 221 L'estinzione del rapporto di lavoro pubblico  
*Arturo Avolio*
- 267 Autori



# Il reclutamento del personale

BARBATO ROSARIO CAPOLONGO\*, VINCENZO TRINCHILLO\*\*

## **I. L'accesso al pubblico impiego tramite il concorso. La portata del precetto costituzionale e la sua concreta attuazione**

La materia dell'accesso al pubblico impiego è caratterizzata da una forte integrazione tra fonti normative aventi diversa natura (legislativa, amministrativa e negoziale). In base all'art. 2 co. 2 d.lgs. 165/2001, infatti, i rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. sono disciplinati non solo dalle norme di diritto comune vigenti per il lavoro privato ma anche dalle disposizioni legislative inderogabili previste dal decreto legislativo in esame nonché dalle norme dei contratti collettivi e dalle disposizioni amministrative riguardanti la struttura organizzativa della P.A.

Il legislatore ha inteso regolare questo concorso tra diverse fonti introducendo un sistema di riparto di competenza per materie tra norme pubblicistiche<sup>1</sup> e contrattazione collettiva.

In base all'art. 40 d.lgs. 165/2001, infatti, la contrattazione collettiva disciplina i rapporti di lavoro e le relazioni sindacali nonché, nei limiti previsti dalla legge, le sanzioni disciplinari, la valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio e della mobilità mentre sono di competenza esclusiva delle fonti pubblicistiche le mate-

\* Magistrato ordinario assegnato alla Sezione Lavoro del Tribunale di Napoli Nord.

\*\* Magistrato ordinario assegnato alla Sezione Lavoro del Tribunale di Napoli Nord.

1. La Corte Costituzionale si è occupata anche del riparto della potestà legislativa per il pubblico impiego privatizzato precisando come le modalità di instaurazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione rientrano nella materia dell'organizzazione amministrativa, di competenza regionale residuale ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. (sentenze n. 251 e n. 202 del 2016, n. 272 del 2015, n. 277 del 2013, n. 141 del 2012, n. 156 e n. 7 del 2011, n. 235 del 2010, n. 380 del 2004) mentre la disciplina del rapporto rientra nella competenza legislativa statale esclusiva perché è *sumsumibile* nella materia dell'ordinamento civile *ex art. 117 co. 2 lett. l)* Cost (cfr. Corte Cost. n. 175 del 2017, n. 160 del 2017, n. 121 del 2017, n. 72 del 2017; n. 257 del 2016; n. 180 del 2015; nn. 269, 211 e 17 del 2014).

rie attinenti all'organizzazione degli uffici, alla dirigenza nonché quelle di cui all'art. 2 co. 1 lett. c) della legge 23 ottobre 1992, n. 421<sup>2</sup>.

Tutte le disposizioni negoziali che violano tale regola di riparto od altre norme imperative sono affette da nullità virtuale parziale ex art. 2 co. 2<sup>3</sup> e 3bis<sup>4</sup> d.lgs. 165/01.

Una delle materie dove maggiori sono le frizioni tra la disciplina pubblicistica e la contrattazione collettiva e più intensa è l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale è sicuramente rappresentata dalla disciplina delle nuove assunzioni e delle progressioni di carriera.

Il dato normativo di riferimento è rappresentato dall'art. 97 ult. co. Cost. secondo cui “agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”<sup>5</sup>.

2. Secondo la disposizione in esame, sono escluse dalla contrattazione collettiva: 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva. Le dotazioni complessive di ciascuna qualifica sono definite previa informazione alle organizzazioni sindacali interessate maggiormente rappresentative sul piano nazionale; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici.

3. La norma in esame è stata interessata dalla recente riforma del pubblico impiego attuata con il d.lgs. 75/2017. Tra le altre cose, tale decreto ha ridefinito i rapporti tra fonti pubblicistiche e contrattazione collettiva in quanto, superando il principio introdotto dalla c.d. riforma Brunetta, consente alla contrattazione collettiva nazionale di poter derogare alle norme di legge, regolamento o statuto che contengano disposizioni *ad hoc* per i pubblici dipendenti purché si tratti di materie rientranti nella competenza della contrattazione collettiva ex art. 40 co. 1 d.lgs. cit. e tali norme pubblicistiche, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili.

4. Cass. civ. sez. lav. 08/07/2016, n. 14032 con nota di R. DULIO, *L'incostituzionalità della legge istitutiva del concorso ha efficacia retroattiva e travolge anche il contratto individuale di lavoro*, in *Diritto & Giustizia*, Milnao, Giuffrè, 2016, fasc.31, p. 77, evidenzia che anche nell'ipotesi in cui venga dichiarata l'illegittimità costituzionale della legge che aveva consentito lo svolgimento di una determinata procedura concorsuale, il conseguente rapporto di lavoro deve ritenersi nullo in quanto “il limite alla naturale retroattività della pronuncia non può essere costituito dalla definitiva approvazione della graduatoria, posto che quest'ultima definisce solo la fase prodromica alla costituzione del rapporto, che, anche successivamente, resta condizionato, quanto alla validità, dall'atto presupposto. Non può, quindi, essere ravvisata una situazione giuridica irrevocabile o esaurita a fronte di un rapporto che sia ancora in atto e che sia sorto per effetto della norma dichiarata incostituzionale”.

5. La costituzionalizzazione della regola del concorso come modalità di selezione dei pubblici dipendenti rappresentò, al momento dell'approvazione del testo costituzionale,



La regola del concorso si collega a numerose disposizioni costituzionali poiché, da un lato, costituisce il logico corollario dei principi di uguaglianza

e di parità di accesso dei cittadini agli uffici pubblici *ex artt.* 3 co. 1 e 51 co. 1 Cost. e, dall'altro lato, rappresenta il presupposto dei principi di imparzialità e di buon andamento della P.A nonché di funzionalizzazione dell'attività dei pubblici dipendenti al servizio esclusivo della nazione *ex artt.* 97 co. 2 e 98 co. 1 Cost.

Solo una selezione basata sul merito, infatti, può garantire l'assunzione dei soggetti con più elevata professionalità e dovrebbe evitare i condizionamenti tipici dei sistemi di nomina fiduciari<sup>6</sup>.

Tali esigenze, d'altra parte, giustificano le differenze rispetto al lavoro privato, caratterizzato tendenzialmente dall'assunzione mediante chiamata diretta da parte del datore di lavoro.

Il dato letterale dell'art. 97 ult. co. Cost., però, pone una serie di problematiche applicative che riguardano, in particolare, la nozione di concorso pubblico, il suo ambito, soggettivo ed oggettivo, di applicazione nonché le eccezioni alla regola del concorso.

Per quanto riguarda il primo profilo, il testo costituzionale non fornisce nessuna norma definitoria di concorso ma tale nozione può essere ricostruita in base alla *ratio legis*.

Secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>7</sup>, infatti, per concorso si intende una selezione trasparente, basata su criteri oggettivi e prefissati, aperta a tutti i candidati che possiedono i requi-

una dirompente novità nell'ordinamento italiano in quanto gli artt. 6, 65 e 69 dello Statuto Albertino conferivano al Re il potere di nominare tutte le cariche dello Stato, compresi i magistrati. Tale principio costituzionale fu discusso dalla terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione già il 20 settembre 1946 e fu poi inserito nell'art. 91 del testo definitivo del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei c.d. settantacinque. Per la ricostruzione dell'origine e dell'evoluzione storica del testo dell'art. 97 Cost. cfr. R. CARANTA, *Commentario alla Costituzione*, in *Leggi d'Italia*. Miliano, De Agostini, 2014, Utile per la ricostruzione diacronica dell'art. 97 Cost. è la consultazione della pagina web [www.nascitacostituzione.it](http://www.nascitacostituzione.it). Per approfondimenti sullo Statuto Albertino cfr. G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, Bologna, 2003, pp. 68 ss.

6. M. ROSSI, *Il reclutamento del personale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: Privato e Pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, Utet, 2017, pp. 2740-2743.

7. Cfr. *ex multis* C. cost. 10 novembre 2011 n. 299; C. cost. 11 aprile 2011 n. 123, in *Giur. cost.*, 2011, 1686; C. cost. 1 aprile 2001 n. 108, cit.; C. cost. 17 marzo 2010 n. 100; C. cost. 13 novembre 2009 n. 293.

siti indicati nel bando e finalizzata all'accertamento delle capacità tecnico-professionali richieste.

Tali caratteristiche strutturali della procedura comparativa sono stati poi positivizzati dal legislatore sia nell'art. 1 D.P.R. 487/1994, che costituisce il regolamento sull'accesso agli impieghi pubblici e sulle modalità di svolgimento dei concorsi, sia nell'art. 35 co. 3 d.lgs. 165/2001, in materia di pubblico impiego privatizzato.

Altro profilo di indagine riguarda l'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo di indizione di una procedura concorsuale. Il che impone, da un lato, l'individuazione degli enti tenuti all'indizione di una procedura comparativa per l'assunzione di personale e, dall'altro, l'ammissibilità di eventuali limitazioni alla partecipazione dei candidati a tali procedure.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'art. 97 co. 3 Cost. utilizza la locuzione "impieghi nella pubblica amministrazione" ma non definisce il concetto di P.A.<sup>8</sup>.

Il dato normativo da cui partire per la ricostruzione di tale nozione è l'attuale secondo comma della norma costituzionale in commento che prevede la riserva di legge su tutte le vicende, costitutive, modificative ed estintive di qualsiasi soggettività giuridica pubblica. Per tali ragioni, l'ente pubblico è costituito per legge od in base a legge per il perseguimento doveroso di un determinato interesse pubblico ed è caratterizzato dall'indisponibilità del fine perseguito poiché solo una legge successiva e mai una scelta autonoma dell'ente può modificarne lo scopo<sup>9</sup>.

Ulteriore conferma di tale ricostruzione si desume dall'art. 1 co. 2 d.lgs. 165/2001 il quale, nel delimitare l'ambito soggettivo di applicazione del testo unico sul pubblico impiego, definisce per pubblica amministrazione:

Tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le

8. Il testo dell'art. 91 del progetto definitivo della Costituzione era più preciso in quanto si riferiva agli impieghi negli enti di diritto pubblico, oltre che nelle P.A.

9. A tal proposito, l'art. 4 l. 70/1975 sul c.d. Parastato, sancisce che "Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge".

Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agazia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

Tale definizione, però, è incompleta in quanto non tiene conto né degli enti pubblici non economici, per i quali il rapporto di lavoro aveva natura contrattuale anche prima del processo di privatizzazione del pubblico impiego, né degli enti pubblici a forma societaria o delle società in mano pubblica, ora disciplinati dal d.lgs. 175/2016<sup>10</sup>.

Tale decreto delegato è stato adottato in attuazione dell'art. 18 l. 124/2015 e disciplina tutte le società a partecipazione pubblica, diretta od indiretta, totalitaria, maggioritaria o minoritaria.

L'art. 19 d.lgs. cit., infatti, impone alle società a controllo pubblico di stabilire i criteri e le modalità di reclutamento del personale ispirandosi ai principi di cui all'art. 35 co. 3 d.lgs. 165/2001, che trova applicazione diretta in caso di inerzia da parte dell'ente societario<sup>11</sup> nella predisposizione di un'autonoma disciplina. La stessa norma prevede, inoltre, che il riassorbimento delle unità di personale transitate alle dipendenze di

10. Per un primo commento al nuovo testo normativo cfr. G. ASTEGIANO, *Le linee guida della riforma*, in *Azienditalia*, Milano, Ipsosa, 2016, n. 10, p. 841, il quale pone l'accento sulla distinzione tra le società partecipate e quelle sottoposte a controllo pubblico chiarendo come solo a quest'ultime si applicano le principali norme e deroghe alle disposizioni civilistiche contenute nel nuovo testo unico (ad es. materia di organizzazione delle società — art. 6 —, in materia di nomina degli amministratori, limiti ai compensi — art. 11 — assunzioni di personale — art. 19).

11. H. BONURA e G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, Milnao, Ipsosa, 2016, 6, p. 722 chiariscono che “ tale criterio (integrale assoggettamento alla disciplina privatistica), tuttavia, vale solo per la fase di gestione dei rapporti; alla costituzione degli stessi, infatti, occorre pervenire attraverso procedure selettive da indire nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e di quelli di cui all'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165/2001. Per il caso di mancata adozione dei relativi regolamenti interni ovvero di mancato espletamento delle procedure selettive è prevista la conseguenza della nullità dei contratti di lavoro stipulati in assenza dei presupposti di legge, salvo quanto previsto dall'art. 2126 c.c. in materia di salvaguardia delle prestazioni di fatto”. Per maggiori approfondimenti cfr. anche F. MORETTI, *Il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica ed il personale: le nuove linee in tema di reclutamento, controllo delle spese e gestione degli esuberanti*, in *Azienditalia – Il personale*, Milano, Ipsosa 2016, 5, p. 271.

società interessate da processi di reinternalizzazione avvenga secondo le procedure di mobilità previste dal testo unico sul pubblico impiego.

Il secondo profilo problematico relativo all'ambito soggettivo di applicazione dell'art.97 co. 3 Cost. attiene all'individuazione dei limiti alla partecipazione alle procedure concorsuali.

I requisiti generali per la partecipazione ai concorsi pubblici, infatti, erano già indicati dall'art. 2 D.P.R. 3 del 10 gennaio 1957, rubricato "Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato". Il dato normativo di riferimento è attualmente rappresentato dall'art. 2 D.P.R. 487/1994. Secondo tale disposizione sono richiesti a ciascun candidato otto requisiti generali, che devono sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande<sup>12</sup>.

Tali requisiti, però, non violano l'art. 97 co. 3 Cost. poiché consentono la partecipazione solo ai candidati aventi l'idoneità fisica all'impiego<sup>13</sup>, moralmente integri<sup>14</sup> ed in possesso dei requisiti professionali richiesti.

12. Consiglio di Stato, sez. III, 17/06/2016, n. 2689, infatti, ha chiarito che "l'art. 2 comma 7, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 — per il quale i requisiti prescritti devono essere posseduti alla data di scadenza del termine stabilito nel bando di concorso per la presentazione della domanda di ammissione — testualmente riguarda l'“accesso” agli impieghi civili delle Pubbliche amministrazioni, ma deve ritenersi espressione di un principio generale, strettamente connesso ai principi di imparzialità dell'Amministrazione e di parità di trattamento dei candidati; infatti, in coerenza col *favor participationis* nelle procedure di selezione pubbliche, la regola della necessità del possesso dei requisiti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande comporta di per sé la trasparenza della determinazione amministrativa e la parità di trattamento di chi faccia parte della categoria di persone che possa partecipare alla selezione; mentre la determinazione di una data diversa, non coincidente con quella di scadenza del termine per la presentazione delle domande, implica di per sé il concreto rischio che possano esservi vantaggi solo per alcuni degli appartenenti della categoria, con esclusione degli altri e, dunque, ingiustificate disparità di trattamento; pertanto, il principio della maturazione dei requisiti alla data di scadenza della presentazione della domanda (a parte i casi espressamente previsti da una disposizione normativa) può essere derogato solo ove vi siano specifiche e comprovate ragioni di interesse pubblico, ad esempio quando si tratti di dare una ragionata esecuzione a statuizioni dei giudici ovvero qualora vi sia l'esigenza di rispettare una successione cronologica tra procedimenti collegati, o di salvaguardare posizioni legittimamente acquisite dai soggetti interessati a concorsi interni". Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. IV, 02/12/2016, n. 5057.

13. Secondo l'art. 16 co. 3 l. 68/1999 "salvi i requisiti di idoneità specifica per singole funzioni, sono abrogate le norme che richiedono il requisito della sana e robusta costituzione fisica nei bandi di concorso per il pubblico impiego".

14. Si pensi, ad esempio, all'insussistenza di cause di esclusione dall'elettorato politico attivo o di precedente dispensa o destituzione presso una P.A. per persistente insufficiente rendimento nonché di una precedente decadenza da un impiego statale ovvero all'assenza di licenziamento per motivi disciplinari od all'assolvimento dell'obbligo di leva. Per le

Le maggiori criticità, invece, hanno interessato, da un lato, il limite anagrafico e, dall'altro, il possesso della cittadinanza italiana.

Il requisito anagrafico era previsto dal testo originario della norma ma è stato poi abrogato dall'art. 13 co. 6 l. 124/1997, salvo le ipotesi eccezionali per i quali i limiti di età sono giustificati dalla natura del servizio ovvero dalle necessità delle P.A.<sup>15</sup>

Molto più complessa è la *quaestio iuris* relativa al requisito della cittadinanza italiana poiché è necessaria un'interpretazione sistematica delle norme nazionali con le disposizioni comunitarie, le quali, al fine di tutelare la libera circolazione dei lavoratori, prevedono il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza.

Se, infatti, i cittadini italiani possono partecipare a qualsiasi concorso pubblico, per gli stranieri il diritto sovranazionale impone di differenziare la posizione dei cittadini comunitari da quelli extracomunitari<sup>16</sup>.

L'art. 2 D.P.R. 487/1994, infatti, consente ai cittadini comunitari la partecipazione ai concorsi pubblici ma solo limitatamente agli impieghi non indicati dal D.P.R. 174 del 7 febbraio 1994<sup>17</sup>. Tale disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 38 d.lgs. 165/2001, il quale,

assunzioni presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e le amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia e di giustizia è altresì richiesto il possesso del requisito della condotta e delle qualità morali stabilite per la partecipazione al concorso in magistratura.

15. Per una recente applicazione di tale norma si pensi alla sentenza 29/01/2016, n. 345 con cui il Consiglio di Stato ha chiarito che “è legittimo il bando di concorso per l'assunzione di operatori addetti all'assistenza di base di persone disabili ed anziane, che fissi il limite massimo di età di cinquanta anni, in considerazione sia della natura del servizio, l'espletamento del quale richiede notevole sforzo fisico da parte dell'operatore, sia delle esigenze dell'amministrazione, correlate alla sensibile incidenza di limitazioni nell'impiego di personale ultracinquantenne dovute a patologie connesse a tale sforzo”. Per ragioni di completezza si evidenzia come l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 21 del 2 dicembre 2012 ha chiarito come il limite di età si supera alla mezzanotte del giorno di compleanno. Tali considerazioni sono condivise anche da Corte giustizia UE grande sezione 15 novembre 2016 n. 258, con nota di G. MILIZIA, *Leciti i limiti di età nei concorsi se il ruolo richiede particolari attitudini fisiche*, in *Diritto & Giustizia*, Milano, Giffrè, 2016, fasc. 83, p. 4.

16. A tal proposito si evidenzia come l'art. 2 D.P.R. 3/1957 non ammetteva nessuna eccezione al requisito della cittadinanza italiana.

17. Si pensi, ad esempio, alle posizioni dirigenziali apicali negli enti pubblici od all'attività di magistrato. La problematica della partecipazione degli stranieri a procedure concorsuali nazionali è stata recentemente affrontata dalla giurisprudenza amministrativa in ordine al conferimento degli incarichi di direttori di musei. A tal proposito cfr. T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 24/05/2017, (ud. 28/02/2017, dep.24/05/2017), n. 617 poi sospesa in via cautelare da C. d. S. 2471/2017.

a sua volta, si ricollega al contenuto dell'art. 45 § 4 T.U.E.. Il diritto comunitario, infatti, consente la libera circolazione dei lavoratori con l'esclusione dei pubblici impieghi (la c.d. *public service exception*)<sup>18</sup>.

Per tali ragioni, l'art. 38 d.lgs. 165/01 consente a tutti i cittadini comunitari, nonché agli extracomunitari in casi tipici e tassativi<sup>19</sup>, di partecipare ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale<sup>20</sup>, così come indicati nel D.P.R. 174/1994.

Per i cittadini extracomunitari, invece, secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>21</sup>, non è possibile la partecipazione ai concorsi pubblici per diverse ragioni.

18. A tal proposito, Consiglio di Stato, sez. IV, 10/03/2015, n. 1210, con nota di L. PRUDENZANO, *Sulla "nazionalità" della funzione pubblica e la libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Riv. It. di Dir. Pubbl. Comunit.*, Milano, Giuffrè, 2015, n. 3-4, p. 977, propone una lettura evolutiva dell'art. 51 Cost. alla luce dell'integrazione europea in quanto "l'art. 51 Cost. non richiede alcuna disapplicazione, poiché va piuttosto letto in conformità all'art. 11, nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione europea agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone ex art. 45 TFUE, salvo gli eventuali limiti espressi o legittimamente ricavabili dal sistema, con riguardo alla concreta partecipazione all'esercizio di pubblici poteri o comunque alle circostanze poste in rilievo nella sentenza della Corte di giustizia 10 settembre 2014, n. C-270/13".

19. L'art. 38 d.lgs. 165/2001 ai fini dell'equiparazione tra cittadino comunitario ed extracomunitario richiede, in via alternativa, la titolarità dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria ovvero il possesso di un permesso di soggiorno CE di lungo periodo ovvero la sussistenza di un rapporto di coniugio o di parentela con un cittadino comunitario.

20. Cfr. B. GAGLIARDI, *Libertà di circolazione dei lavoratori, concorsi pubblici e mutuo riconoscimento dei diplomi*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 735.

21. Cassazione civile, sez. lav., 02/09/2014, n. 18523 con nota di C. MARRACA, *L'accesso degli extracomunitari agli impieghi pubblici tra esigenze garantiste e scelte legislative*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milano, Giuffrè, fasc.2, 2015, p. 467. Cfr. anche Cassazione civile sez. lav. 13 novembre 2006 n. 24170 così massimata: "il requisito del possesso della cittadinanza italiana, richiesto per accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'art. 2 d.P.R. n. 487 del 1994 — norma legificata dall'art. 70, comma 13, d.lgs. n. 165 del 2001 — e dal quale si prescinde, in parte, solo per gli stranieri comunitari (nonché per casi particolari), si inserisce nel complesso delle disposizioni che regolano la materia particolare dell'impiego pubblico, materia fatta salva dal d.lgs. n. 286 del 1998, che sancisce, in generale, parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti per i lavoratori extracomunitari rispetto ai lavoratori italiani. Né l'esclusione dello straniero non comunitario dall'accesso al lavoro pubblico (al di fuori delle eccezioni espressamente previste dalla legge) è sospettabile di illegittimità costituzionale, atteso che si esula dall'area dei diritti fondamentali e che la scelta del legislatore è giustificata dalle stesse norme costituzionali (art. 51, 97 e 98 cost.), anche con riferimento alla legislazione di sostegno ai lavoratori disabili" e con note di F. DI PIETRO, *Pubblico impiego solo per i cittadini Ue*, in *DeG — Dir. e giust.*, fasc.44, 2006, p. 19 e di M. AGOSTINI, *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, Milano, Giuffrè, fasc.2, 2007, p. 302.

In primo luogo, il principio di parità di trattamento e piena uguaglianza con i lavoratori italiani *ex art. 2 co. 3 d.lgs. 286/1998* si applica solo ai lavoratori stranieri già occupati in Italia e non riguarda le condizioni di accesso al lavoro. Queste ultime sono, invece, disciplinate dall'*art. 27 co. 3 d.lgs. cit.* il quale, nell'indicare le attività che gli stranieri possono svolgere in Italia rinvia genericamente a tutte le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività.

Allo stesso modo, non può essere definita discriminatoria tale restrizione all'accesso al pubblico impiego perché si fonda sugli *artt. 51, 97 e 98 Cost.* Se, quindi, nel lavoro privato opera pienamente la parità di trattamento tra cittadini italiani, comunitari ed extracomunitari, con riguardo agli impieghi pubblici, la particolarità dell'attività svolta giustificano la preferenza per i cittadini italiani e per quelli comunitari entro certi limiti.

L'ultimo profilo problematico attiene all'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'*art. 97 Cost.* e, quindi, all'individuazione della tipologia di rapporti giuridici per i quali la P.A. deve necessariamente indire una procedura selettiva.

Per lungo tempo, infatti, la giurisprudenza di legittimità<sup>22</sup> ha ritenuto che il principio del concorso riguardasse solo ed esclusivamente le nuove assunzioni e non anche le progressioni di carriera in quanto l'attribuzione di una nuova qualifica rappresentava una mera vicenda modificativa del rapporto di lavoro.

Tale *ratio decidendi*, però, si poneva in aperto contrasto con il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale<sup>23</sup> secondo cui ogni passaggio da una fascia funzionale a quella superiore costituisce l'accesso ad un nuovo posto di lavoro che richiede l'indizione di un

22. Cassazione civile, sez. un., 22/03/2001, n. 128, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, aveva dichiarato la giurisdizione ordinaria sulle controversie relative alle progressioni di carriera in ragione della natura privatistica di tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro già instaurato.

23. Cfr. *ex multis* Corte Cost. n. 37 del 2015 e Corte Cost. n. 218 del 2012 con nota di M. D'APONTE, *La centralità del concorso pubblico quale unica modalità di accesso all'impiego: una rassegna di giurisprudenza*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Milano, Ipsoa, fasc.2, 2004, p. 475D nonché Corte Cost. sent. n. 1 del 1999, n. 320 del 1997, nn. 134 e 528 del 1995, n. 314 del 1994, n. 487 del 1991 e n. 161 del 1990. La Consulta, infatti, ha sempre censurato le disposizioni nazionali e regionali che prevedessero progressioni verticali automatiche o concorsi riservati esclusivamente ai dipendenti. Per una sintetica ricostruzione della disciplina vedi A. DIBITONTO, *Reclutamento e progressione di carriera nella P.A.: le posizioni di Corte Costituzionale e Cassazione*, 2015, in [www.ilgiuslavorista.it](http://www.ilgiuslavorista.it)

concorso pubblico in quanto tutte le progressioni verticali presuppongono il possesso di capacità professionali diverse ed ulteriori rispetto a quelle possedute dal pubblico dipendente e, quindi, comportano la novazione del rapporto di lavoro.

Solo in un secondo momento<sup>24</sup> la Corte di Cassazione ha mutato il proprio orientamento precisando come le controversie su tali procedure rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo in quanto l'art. 68 co. 3 d.lgs. 165/2001 riguarda non solo le procedure concorsuali strumentali alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro ma anche le progressioni verticali. Il concetto di assunzione, infatti, deve essere correlato non all'inserimento ed alla permanenza del candidato all'interno della pianta organica di quel determinato ente pubblico ma alla specifica qualifica che intende conseguire<sup>25</sup>.

Per le progressioni orizzontali, invece, non è necessaria l'indizione di un concorso pubblico proprio perché si ha un mero passaggio di livello del dipendente all'interno della stessa area funzionale e le relative controversie rientrano nella giurisdizione ordinaria; non si assiste alla novazione ma alla mera modifica del rapporto di lavoro già instaurato ed i bandi di concorso costituiscono mero atto di gestione del rapporto di lavoro con conseguente sussistenza della giurisdizione ordinaria e non amministrativa<sup>26</sup>. Tale orientamento giurisprudenziale è stato poi

24. Cassazione civile, sez. un., 15/10/2003, n. 15403.

25. A tal proposito Cass. civ. s.u., 12/11/2007, n. 23439 precisa come assume un ruolo determinante la contrattazione collettiva, la quale individua sia le qualifiche sia le categorie professionali.

26. Cfr. Cassazione civile sez. un. 20 dicembre 2016 n. 26270 secondo cui "l'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, si interpreta, alla stregua dei principi enucleati, ex art. 97 Cost., dal giudice delle leggi, nel senso che per "procedure concorsuali di assunzione", ascritte al diritto pubblico ed all'attività autoritativa dell'amministrazione, si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione "ex novo" dei rapporti di lavoro (come le procedure aperte a candidati esterni, ancorché vi partecipino soggetti già dipendenti pubblici), ma anche i procedimenti concorsuali interni, destinati, cioè, a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, con novazione oggettiva dei rapporti di lavoro. Le progressioni, invece, all'interno di ciascuna area professionale o categoria, sia con acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive, sia con il conferimento di qualifiche (livello funzionale connotato da un complesso di mansioni e di responsabilità) superiori (art. 52, comma 1 del d.lgs. n. 165 del 2001), sono affidate a procedure poste in essere dall'amministrazione con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2 dello stesso d.lgs.)" nonché Cassazione civile, s.u., 25/05/2010, n. 12764 con nota di A. ASTENGO, *Concorsi interni e giurisdizione: una nuova pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. lav.*, Milano, Giuffrè, fasc. I, 2011, p. 93.



positivizzato con l'inserimento del comma *ibis* nell'art. 52 d.lgs. 165/2001 da parte della c.d. riforma Brunetta. Secondo tale disposizione, infatti, le progressioni orizzontali si ispirano al principio di selettività mentre quelle verticali avvengono per concorso con la possibilità per la P.A. di riservare ai propri dipendenti un numero di posti non superiore al 50% di quelli messi a concorso.

L'indizione di una procedura concorsuale, inoltre, si impone non solo per i rapporti di impiego a tempo indeterminato ma anche per tutte le forme di lavoro flessibile *ex art.* 36 d.lgs. 165/2001, per il conferimento di incarichi dirigenziali<sup>27</sup>, per il passaggio di dipendenti da un ente privato ad una P.A.<sup>28</sup> nonché per l'affidamento di incarichi a soggetti esterni alla P.A. *ex art.* 7 d.lgs. 165/2001<sup>29</sup>.

La costituzionalizzazione dell'obbligo di reclutamento mediante concorso produce, infine, una serie di conseguenze su una pluralità di istituti della disciplina del pubblico impiego.

Si pensi, ad esempio, alla sottrazione della disciplina del reclutamento del personale alla contrattazione collettiva *ex art.* 40 d.lgs. 165/2001, al riparto di giurisdizione tra giurisdizione amministrativa ed ordinaria *ex art.* 63 d.lgs. 165/2001 a seconda che la controversia riguardi, da un lato, i concorsi per l'assunzione e gli atti di macro-organizzazione ovvero, dall'altro lato, gli atti di micro-organizzazione e di gestione del rapporto, al diverso regime giuridico delle progressioni, verticali od orizzontali, ed alla disciplina speciale e derogatoria rispetto al diritto

27. Secondo Corte Cost. 17/03/2015, n. 37 "il conferimento di incarichi dirigenziali nell'ambito di un'amministrazione pubblica deve avvenire previo esperimento di un pubblico concorso, anche nel caso si tratti di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio, in quanto anche il passaggio a una fascia funzionale superiore comporta l'accesso a un nuovo posto di lavoro integrando una forma di reclutamento soggetta alla regola del pubblico concorso".

28. Cfr. Corte Cost. n. 248 del 2016, n. 7 del 2015, n. 134 del 2014, n. 227 e n. 167 del 2013, n. 62 del 2012, n. 299 e n. 52 del 2011, n. 267 del 2010, n. 190 del 2005).

29. Cfr. F. MATALUNI, *L'affidamento degli incarichi di consulenza nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il foro amministrativo*, Milano, Giuffrè, fasc. I, 2015, p. 245 e APICELLA, *Conferme e novità in tema di incarichi dirigenziali dopo la «riforma Brunetta»*, in *Foro amm.*— CDS, 2010, 1335 sulla giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie in materia di procedura per il conferimento di un incarico di collaborazione da parte di un ente pubblico cfr. Consiglio di Stato sez. IV 15 marzo 2017 n. 1176 e Cassazione civile sez. un. 01 luglio 2016 n. 13531 con commento di V. LUCIANI, *Conferimento di incarichi individuali nella pubblica amministrazione e pervasività del principio concorsuale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milano, Giffrè, 2016, fasc. 4, p. 899.

comune prevista per le mansioni superiori dall'art. 52 d.lgs. cit. In caso di svolgimento di mansioni superiori, infatti, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore ma è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore<sup>30</sup>.

## 2. I limiti legittimi alle deroghe del principio di cui all'art. 97 Cost. nella evoluzione legislativa

Il principio costituzionale del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego non è assoluto ed inderogabile poiché l'art. 97 co. 3 Cost. prevede, a differenza di quanto disposto dall'art. 106 Cost. per l'accesso in magistratura, la possibilità che il legislatore ordinario possa introdurre delle eccezioni.

Nell'ordinamento italiano, però, non esiste un *corpus* normativo che elenchi in modo sistematico tutte le deroghe, nazionali e regionali, a tale principio ma si impone uno sforzo ricostruttivo che tenga conto, altresì, dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale<sup>31</sup>.

Il dato normativo di riferimento è rappresentato dall'art. 35 d.lgs. 165/2001 che prevede, oltre al principio del concorso, l'assunzione me-

30. Per approfondimenti cfr. M. VENDRAMIN, *L'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico privatizzato all'indomani della riforma Brunetta tra modelli negoziali ed interpretazioni giudiziali*, in *Lavoro nelle p.a.*, Milano, Giuffrè, fasc.6, 2009, p. 997.

31. P. Barrera, *Riflessioni e qualche idea sul reclutamento del personale*, 2010, su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) evidenzia come "anche questa non è una novità, se è vero che si stima che "fra il 1977 e il 1992 circa il 60 per cento degli impiegati sia entrato nell'amministrazione statale senza concorso", riducendo il precetto costituzionale ad un ipocrita simulacro. In tempi più recenti, la "fuga" ha seguito quattro strade concorrenti: anzitutto il ricorso abnorme a forme di lavoro flessibile e "precario", non come legittimo strumento per fronteggiare emergenze o "picchi" di attività, ma come via normale di reclutamento (rapido, e spesso del tutto discrezionale: si pensi al caso estremo del c.d. "lavoro interinale") di nuove risorse sostanzialmente stabili; la creazione e la proliferazione di società strumentali, di solito rispettose del principio dell'*in house providing*, e tuttavia utilizzate proprio per selezionare staff tecnici con modalità più semplici (e meno trasparenti) di quelle imposte per i "normali" impieghi pubblici; le esternalizzazioni non necessarie (cioè l'*outsourcing* di attività e funzioni che ben potrebbero, e forse dovrebbero, essere rese dagli apparati pubblici), per assicurarsi una qualità professionale, e la capacità di rapido adeguamento alle mutevoli esigenze dell'amministrazione, troppo difficili da perseguire all'interno dell'amministrazione; la "tracimazione di fatto" delle ipotesi di *spoils system* stabilite dalla legge (i "casi stabiliti dalla legge"), ad esempio affidando ad apparati fiduciari – uffici di gabinetto, uffici di diretta collaborazione – compiti di amministrazione attiva, o moltiplicando gli incarichi dirigenziali "esterni" ben oltre l'eccezionalità quantitativa e qualitativa".

dante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento limitatamente alle qualifiche ed ai profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo nonché mediante chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento per le ipotesi previste dalla l. 68/1999<sup>32</sup>.

Altre ipotesi derogatorie sono poi previste dalla legislazione nazionale e regionale e sono state oggetto di diverse questioni di illegittimità costituzionale.

Secondo la Consulta<sup>33</sup>, infatti,

32. Secondo Cassazione civile, sez. lav., 15/07/2016, n. 14592 “in tema di accesso al pubblico impiego, sono consentite deroghe al principio generale del pubblico concorso solo con forme di reclutamento alternative — quali l'avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento, le assunzioni obbligatorie delle persone disabili o la cd. stabilizzazione — previste da leggi la cui “ratio” sia volta a contemperare il meccanismo di selezione dei migliori con l'esigenza di ricoprire posizioni di non rilevante contenuto professionale o con il principio della tutela delle categorie protette o — nel caso di conversione a tempo indeterminato di rapporti a tempo determinato — per l'opportunità di valorizzare l'esperienza lavorativa già maturata. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto illegittima un'assunzione a tempo indeterminato presso il Comune di Napoli in quanto effettuata non in virtù di una legge ma a seguito di un'ordinanza del subcommissario delegato per l'emergenza rifiuti in Campania)”.

33. Cfr. Corte Costituzionale, 09/11/2006, n. 363 con nota di L. FLORE, *La regola concorso nel pubblico impiego privatizzato e le sue eccezioni*, in *Foro amm.* Cds, Milano, Giuffrè, fasc.I, 2007, p. 52 e di B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso negli ordinamenti autonomi*, in *Foro amm.* Cds, Milano, Giuffrè, fasc.I, 2007, p. 41. Recentemente la Consulta ha ribadito il proprio consolidato orientamento con la sentenza n. 113 del 2017, specificando che “la regola costituzionale della necessità del pubblico concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni va rispettata anche da parte di disposizioni che regolano il passaggio da soggetti privati ad enti pubblici (sentenza n. 248 del 2016; nello stesso senso, sentenze n. 7 del 2015, n. 134 del 2014, n. 227 e n. 167 del 2013). Con specifico riguardo alla possibilità di inquadramento nel ruolo dei dirigenti regionali con incarico a tempo indeterminato di personale proveniente da una società a partecipazione pubblica, che svolgeva incarichi dirigenziali a tempo determinato, ha precisato che un interesse pubblico per la deroga al principio del pubblico concorso, al fine di valorizzare pregresse esperienze professionali dei lavoratori assunti, può ricorrere solo in determinate circostanze (sentenza n. 167 del 2013), indicando, in particolare, che la legge subordini la costituzione del rapporto a tempo indeterminato all'accertamento di specifiche necessità funzionali dell'amministrazione e preveda procedure di verifica dell'attività svolta (sentenza n. 167 del 2013 e, tra le tante, sentenza n. 189 del 2011 e n. 215 del 2009) e che la deroga sia contenuta entro determinati limiti percentuali (ancora sentenza n. 167 del 2013). In altri termini, si è ripetutamente osservato che, se il principio dettato dall'art. 97 Cost. può consentire la previsione di condizioni di accesso intese a consolidare pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione (sentenza n. 189 del 2011), occorre, tuttavia, che l'area delle eccezioni alla regola del concorso sia rigorosamente delimitata e non si risolva in una indiscriminata e non previamente verificata immissione in ruolo di personale esterno attinto da bacini predeterminati (sentenza n. 227 del 2013). Questa Corte, muovendo da tali presupposti, ha, tra l'altro, dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma di una legge regionale che disponeva il trasferimento automatico del personale di una società a totale partecipazione

il concorso pubblico — quale meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito — costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni. Esso è posto a presidio delle esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa. Le eccezioni a tale regola consentite dall'art. 97 cost., purché disposte con legge, debbono rispondere a “peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico”. Altrimenti la deroga si risolverebbe in un privilegio a favore di categorie più o meno ampie di persone. Perché sia assicurata la generalità della regola del concorso pubblico disposta dall'art. 97 Cost., l'area delle eccezioni va, pertanto, delimitata in modo rigoroso.

In altre parole, le deroghe al principio del concorso non possono essere arbitrarie ma devono essere giustificate dall'esigenza di salvaguardare, in via eccezionale ed estemporanea, ulteriori interessi pubblici.

I principali ambiti di indagine riguardano, da un lato, i limiti di ammissibilità alla riserva di posti a favore del personale già dipendente e, dall'altro lato, la tematica della stabilizzazione dei precari.

Per quanto riguarda il primo aspetto, una P.A. può riservare ai propri dipendenti una quota dei posti messi a concorso. In tal caso, infatti, si realizza un concorso misto in quanto la procedura comparativa consentirà la progressione verticale dei candidati che siano già dipendenti dell'ente, nei limiti dei posti riservati, nonché l'assunzione dei candidati estranei per i posti residui. Appare, quindi, chiaro che quanto più sono i posti riservati ai dipendenti tanto minori saranno quelli disponibili per i nuovi assunti e più alto è il rischio di ridurre od azzerare il livello di competitività della procedura, pregiudicandone così la natura aperta<sup>34</sup>.

pubblica nel ruolo dei dirigenti regionali, in quanto non erano stati forniti elementi precisi (si prevedeva solo una ricognizione dei requisiti per accedere ai ruoli dell'amministrazione regionale ed ipotetica prova selettiva), idonei a indurre a ritenere più adeguato al fine del buon andamento dell'amministrazione regionale il reclutamento diretto dei dipendenti già utilizzati dalla disciolta società in house [...], facendo esclusivo assegnamento, per la dimostrazione dell'assunto, sulla *ratio* di tutela dei lavoratori occupati nella società in liquidazione, ritenuta non [...] idonea a giustificare una deviazione dal principio generale del pubblico concorso (sentenze n. 52 del 2011 e n. 195 del 2010) (sentenza n. 227 del 2013)”.

34. Cfr. Corte Costituzionale, 05/01/2011, n. 7; Corte Costituzionale, 11/04/2011, n. 123 nonché Corte Costituzionale 23 luglio 2002 n. 373 con nota di M. MONTINI, *Progressioni in carriera, concorsi aperti agli esterni e “buon senso”*, in *Lavoro nelle p.a.* Milano, Giuffrè., fasc. 3-4, 2002, p. 578. Secondo la Consulta, infatti, la riserva integrale dei posti messi a concorso a favore del personale della P.A. viola gli artt. 51 e 97 Cost.