
LE CARRIERE COLLETTIVE CONTRATTATE DEI DIPENDENTI PUBBLICI: CRITICITÀ E PROSPETTIVE (*)

DI VALERIO TALAMO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Carriera e amministrazioni pubbliche: l'antefatto della riforma. — 3. L'assetto declinato dalle norme della seconda privatizzazione. — 4. Un sistema di carriere collettive contrattate: dalla poesia del modello alla prosa della prassi. — 5. La « reazione » dell'ordinamento. Owerò i conti con l'oste (la finanza pubblica) (segue). — 6. (segue) ..e con il Giudice costituzionale. — 7. I riflessi sulla giurisdizione. Il *revirement* della Corte Suprema. — 8. Segue Gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali: Cass. n. 10183 del 2004 e TAR Lazio n. 12370 del 2004. — 9. *The day after*: la crisi del sistema. — 10. Fra pessimismi e speranze quasi una conclusione.

1. Premessa.

In questa riflessione si cercherà preliminarmente di definire gli spazi normativi della progressione professionale nelle pubbliche amministrazioni. A tale fine, giacché le cose del presente non si possono frequentare adeguatamente se non si hanno bene a mente quelle del passato, si impone innanzitutto una pur succinta digressione diretta alla ricostruzione del modello preesistente. Si ricomporrà, quindi, nei suoi tratti fondamentali, il quadro normo-comportamentale sul quale si è esercitato il legislatore della seconda privatizzazione del pubblico impiego, allorché ha costruito gli spazi per una progressione di carriera nel pubblico impiego che prima nei fatti non c'era o, almeno, non

(*) Il presente scritto riproduce, con varie integrazioni ed approfondimenti anche alla luce degli ulteriori svolgimenti della materia, la relazione al Convegno CNEL su « *La mobilità del personale pubblico* », tenutosi a Roma, il 9 dicembre 2003 ed organizzato dal CNEL e dal Consorzio MIPA per lo sviluppo delle metodologie e delle innovazioni nelle pubbliche amministrazioni.

I esisteva nei termini in cui attualmente la si considera. Successivamente si proverà, sia pure brevemente, a valutare l'attuazione dell'istituto anche alla luce dei diversi profili di criticità che derivano dalle varie ricadute in materia di una giurisprudenza, anche costituzionale, incisiva e latamente normativa e, secondo alcuni, fin troppo pervasiva.

Infine, si tenterà di disegnare le prospettive evolutive in relazione alla tornata contrattuale in corso, effettuando qualche considerazione finale di sintesi.

Non si riferirà invece, per motivi di tempo e spazio, di un quadro dottrinario appassionato ed appassionante che, come in una guerra fra religioni, si frastaglia in una tendenziale duplicità di posizioni rispetto alle scelte della legge, alle opzioni della contrattazione ed alle soluzioni giurisprudenziali, confermando nelle posizioni finali (seppur con qualche eccezione) la *summa* divisio, sempre più imperante dopo la cd. privatizzazione del pubblico impiego, fra giuslavoristi e giuspubblicisti, favorevoli i primi ad un'attività contrattuale non funzionalizzata ed ad un'applicazione potenzialmente integrale del codice civile nella materia *de qua*, memori ed interpreti i secondi della lettura costituzionale che armonizza e quasi stempera il principio dell'art. 39, nell'art. 97 cost., che presiede l'attività legale delle pp.aa. ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ **In generale, sul nuovo sistema classificatorio e sulla sua attuazione, per una ricostruzione del quadro normativo, riferito all'assetto specifico dei Ministeri e degli Enti locali, si possono vedere RICCIARDI, *Z nuovi sistemi di classificazione del personale nei rinnovi 1998-2001*, in *Questa Rivista*, 1999, 2, 262, nonché SGARBI, *Nuovi modelli di classificazione del personale e ld. Inquadramento attività esigibili e progressione professionale nelle pubbliche amministrazioni*, entrambi in *Questa Rivista*, rispettivamente 1998, 733 e 1999, 71 e, successivamente, A. Pozzi, *Principi concorsuali delle progressioni verticali dei pubblici dipendenti*, in *GC*, 2003, 5, 102. Sul tema è anche la monografia di SGARBI, *Mansioni ed inquadramento dei dipendenti pubblici*, Cedam; Padova, 2004. Nel dicembre 2002 è stato pubblicato un numero monografico della rivista del FORMEZ, *Gestione delle risorse umane dal titolo « Z sistemi di progressione professionale nei concorsi interni »*, con i saggi (fra gli altri) di: MARTONE, *La procedura di riqualificazione professionale e la Corte Costituzionale*; TALAMO, *I nuovi sistemi di progressione professionale nel lavoro pubblico tra Corte costituzionale e contrattazione collettiva*; CURCURUTO, *La progressione verticale*; SALVATORELLI e CURCURUTO, *Le progressioni professionali e i concorsi interni nella giurisprudenza (il giudice ordinario ed il giudice amministrativo)*. **Per una ricostruzione di sistema, con un riepilo-****

2. *Carriera e amministrazioni pubbliche: l'antefatto della riforma.*

La tradizione normativa del pubblico impiego, com'è noto, è caratterizzata da un'enorme rigidità, che impediva o limitava fortemente la carriera. Da un lato, agiva il dogma dell'intagibilità della pianta organica, dall'altro campeggiava l'insidiosa l'ipoteca dell'art. 97 cost. in materia di concorsualità e riserva di atto unilaterale pubblicistico per le determinazioni in materia organizzativa (2).

Le due predette condizioni, concorso e dotazione organica, nel loro intrecciarsi reciproco, incrementavano la massa critica complessiva fino alla creazione di una vera e propria « gabbia » normativa. Il dipendente, entrato nell'amministrazione a seguito di pubblico concorso in un particolare posto della dotazione organica, era condannato a permanervi fino al superamento di un ulteriore concorso.

Almeno agli effetti della progressione di carriera, quindi, il lavoratore pubblico era vincolato alla qualifica di inquadramento, considerato che agli effetti retributivi era invece garantito, oltre che dagli aumenti decisi in sede di contrattazione collettiva, anche da incrementi automatici (scatti di anzianità, indennità di contingenza ...) e dalle leggi che il Parlamento licenziava periodicamente a vantaggio di categorie limitate di dipendenti pubblici e che contribuivano a rendere rigogliosa la

logo delle soluzioni che si sono storicamente successe, dal sistema delle carriere alle qualifiche funzionali, utile appare DE FELICE, *L'inquadramento dei pubblici dipendenti*, Franco Angeli, Milano, 1990, ma anche ZUCARO, *Il nuovo sistema di classificazione del personale delle pubbliche amministrazioni*, in *INPDAP*, 1998, 6, 65 e TURSI, *La progressione di carriera nel pubblico impiego privatizzato*, in *RIDL*, 1995, 241. Denso di spunti critici, anche oltre la tematica in discorso, è, infine, ancora ZUCARO, *Relazioni sindacali e carriere del personale nelle amministrazioni pubbliche*, in *questa Rivista*, 2004, 1, 314. In una prospettiva comparata è poi DELLA ROCCA, *Gli ordinamenti professionali a fasce larghe o « broad banding »; l'esperienza in Gran Bretagna e in Italia*, in *questa Rivista*, 2003, 2, 271.

(2) Tale ipoteca normativa, com'è altrettanto noto, si è esercitata anche dopo l'introduzione del sistema delle « qualifiche funzionali », operata dalla legge n.312 del 1980, che sostituì il diverso sistema delle « carriere », in cui gli avanzamenti professionali erano, invece, consentiti sotto forma di « promozioni » (formalmente solo nel contesto della medesima carriera).

I « giungla » dei trattamenti normo-retributivi del pubblico impiego ordinata sul principio della sperequazione.

L'ipertrofia normativa descritta ha determinato una doppia reazione dell'ordinamento.

In primo luogo una dilatazione abnorme del mansionismo superiore di fatto ⁽³⁾, frutto della patologica discrasia tra organico di diritto e organico di fatto, vale a dire tra organico teorico e organico reale che determinava, a sua volta, una doppia conseguenza negativa.

Innanzitutto un'enorme lievitazione del contenzioso dovuto alle richieste di riconoscimento della retribuzione corrispondente alla superiore qualifica effettivamente ricoperta, attesa l'impossibilità, normativamente sanzionata, del reinquadramento ai sensi dell'art. 2103 c.c.. Ma di questa pretesa giudicava il giudice amministrativo, ancora totalmente calato nell'ottica dell'interesse legittimo. La pubblica amministrazione, per tale giurisprudenza, conferiva la mansione superiore per tutelare un interesse pubblico di cui assumeva la cura nell'ambito di uno speciale rapporto di supremazia gerarchica, tutto compreso nell'ordinamento separato del pubblico impiego nel quale risultava negato proprio il profilo scambistico della prestazione. In questo contesto rimaneva sullo sfondo anche l'immediata precettività dell'art. 36 cost., la cui diretta applicabilità per il pubblico impiego continuava ad essere sostanzialmente esclusa, negandosi conseguentemente anche l'operatività delle disposizioni civilistiche che di quel precetto costituzionale costituiscono il precipitato, a partire dagli artt. 2103 e 2126 c.c..

Finanche la Corte costituzionale, chiamata a rispondere in merito all'applicabilità al pubblico impiego del principio di retribuzione proporzionata e sufficiente con riferimento all'isti-

⁽³⁾ **Su cui, per tutti, ALLEVA, *Lo ius variandi*, in F. CARINCI e D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, 1536; SGARBI, *Mansioni, qualifiche e categoria*, in F. CARINCI e L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, UTET, Torino, 633 e CAMPANELLA, *Mansioni e ius variandi nel lavoropubblico*, in questa *Rivista*, 1999, 49, nonché, per una rassegna giurisprudenziale, TALAMO, *Giudice amministrativo e mansioni superiori nel lavoro pubblico*, in *GDA*, 2000, 10, 1006 (a cui si fa riferimento anche per i richiami alla giurisprudenza costituzionale).**

tuto delle mansioni superiori, non ha saputo risolvere il problema, pronunciandosi « pilatescamente » attraverso una serie di sentenze interpretative di rigetto che, com'è noto, fanno stato nel caso concreto e si limitano sostanzialmente a *suggerire* al legislatore un dato comportamento interpretativo, lasciando il quadro normativo sostanzialmente immutato (4). Di tale quadro, come si è avvertito l'artefice e l'interprete esclusivo continuava ad essere il giudice domestico della pubblica amministrazione che, chiudendo il cerchio, continuava a considerare l'adibizione alle superiori funzioni secondo i canoni della discrezionalità amministrativa.

L'altra reazione dell'ordinamento alle rigidità descritte era costituito dall'enorme proliferazione di concorsi interni, totalmente (*esclusivamente riservati*) o solo in parte (*con parte dei posti riservati*), scivolamenti, reinquadramenti *ex lege*, ricompattamenti.... Tutte formule giuridiche che riguardano istituti accomunati da una doppia caratteristica: da un lato quella di determinare in ogni caso il reinquadramento alle superiori categorie dei dipendenti pubblici, dall'altro quello di non rispettare (*rectius aggirare*) il principio del concorso pubblico come configurato dall'art. 97 della Costituzione.

3. *L'assetto declinato dalle norme della seconda privatizzazione.*

È questo lo specifico contesto in cui si cala la riforma della seconda privatizzazione del lavoro pubblico.

Il legislatore delegato (5) ha preliminarmente riconosciuto la retribuità delle mansioni superiori anche se esercitate in via di fatto (cfr. ora l'art. 52 comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001) (6).

(4) TALAMO, *Giudice amministrativo* cit., 1008 ss.

(5) Cfr. la delega contenuta nell'art. 11, commi 4-6, della legge n. 59 del 1997 ed i conseguenti dd.lgs. n. 396 del 1997 e nn. 80 e 387 del 1998.

(6) Più complesso appare argomentare circa il superamento del divieto di reinquadramento automatico di cui all'art. 2103 c.c., attese in tal caso le conseguenzereali e stabili (incidenza sulla dotazione organica ed effetto ai fini della spesa pubblica), nonché l'elusione *de facto* del principio costituzionale di concorsualità. Siffatta opinione potrebbe invece sostenersi sulla base del comma 6 dell'art. 52. La nuova norma, infatti, stabilisce espressamente che « l'esercizio di

I

Non rileva più, in effetti (tranne i casi di dolo e malafede), che le mansioni superiori siano attribuite in presenza dei requisiti e dei presupposti formali e procedurali richiesti dalle norme, perché non può ricadere sul dipendente pubblico l'effetto di un comportamento colpevole ascrivibile in senso lato al datore di lavoro.

Una volta chiarito che prestatore e datore di lavoro pubblico si trovano su un piano di parità (corollario ed effetto della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico), può risaltare pienamente il profilo scambistico e sinallagmatico della prestazione lavorativa. La posizione soggettiva di mero interesse non è più riconoscibile e nemmeno possono esservi più dubbi circa la diretta applicabilità dei principi costituzionali e civilistici che presidiano la materia, sia pure con i limiti che derivano dal rilievo costituzionale dell'attività della pubblica amministrazione, che implicano tuttavia una finalizzazione solo esterna e complessiva (all'imparzialità, al buon andamento) e non anche la funzionalizzazione pubblicistica di ogni singolo atto (7). Anche il dipendente pubblico, quindi, ha sempre diritto alla retribuzione corrispondente alla prestazione resa e, in questo caso, alla differenza tra la retribuzione ascritta alla mansione di inquadramento e quella corrispondente alla mansione più pregiata esercitata (8).

fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore », ribadendosi quindi il divieto di reinquadramento, ma solo con riferimento all'affidamento *di fatto* e non a quello avvenuto nel rispetto dei requisiti legali. Ma, soprattutto, la norma in discorso differisce l'applicabilità del nuovo regime all'entrata in vigore della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi, stabilendo che (solo) « *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* » (lasciando intendere che, *successivamente a tale data*, si dispiega la piena operatività dell'art. 2103 c.c., secondo le opzioni della contrattazione collettiva). Dato testuale (favorevole alla piena applicabilità dell'art. 2103 c.c.) e dato sistematico (che colloca la disposizione nel complesso del regime di fonti, anche costituzionali del pubblico impiego) in questo caso, quindi, collidono.

(7) Su cui *amplius* D'ANTONA, *Autonomia discrezionalità e vincolo di scopo*, in, *ADL*, 1997.

(8) V. significativamente, per tutte, Cons. stato, ad. plen., sent. 28 gennaio 2002, n. 10.

In secondo luogo, per ciò che riguarda la progressione in carriera, con una serie di norme da assumersi in combinato disposto, la seconda privatizzazione ha rotto l'identificazione tra costituzione e svolgimento del rapporto di lavoro.

Da un lato si situa l'accesso alle pubbliche amministrazioni, che avviene tramite procedure concorsuali o selettive, è tenuto a garantire « in misura adeguata l'accesso dall'esterno » (art. 35, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001) e di cui conosce il giudice amministrativo (art. 63, comma 4); dall'altro la progressione di carriera, che dovrebbe avvenire mediante meccanismi di « sviluppo professionale », derivanti dalla disciplina degli ordinamenti professionali definita in via collettiva (art. 52, commi 1 e 6) che, in quanto costituenti una vicenda modificativa del rapporto di lavoro già in corso di svolgimento, ricadrebbero nella riserva di giurisdizione ordinaria (ai sensi dell'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001).

Secondo la legge, quindi, solo l'accesso alle pubbliche amministrazioni risulterebbe coperto dall'art. 97 cost.; la progressione o « sviluppo » professionale, configurerebbe — e salvo ciò che verrà detto in seguito — una mera modificazione del rapporto di lavoro già costituito e non una novazione dello stesso.

L'esperienza successiva si incaricherà di dimostrare quanto nei fatti sia labile il confine fra accesso e progressione professionale, quasi ulteriormente a testimoniare il fallimento dell'illusione dei positivisti ottocenteschi, che proclamavano un diritto ridotto a sistema quando invece la continua tensione dinamica degli assetti normativi, razionali in astratto, prefigura in concreto un diritto riducibile ad una gran messe di problemi da risolvere, inipotizzabili in un sistema normativo teoricamente autoconcluso.

4. *Un sistema di carriere collettive contrattate: dalla poesia del modello alla prosa della prassi.*

Dall'assetto normativo prefigurato deriva la piena devoluzione della disciplina ai contratti collettivi di lavoro. La sistematizzazione recata in materia dalla tornata negoziale successiva alla seconda privatizzazione (1998-01) è stata resa possibile da questa ristrutturazione normativa, che prefigura un vero e proprio sistema di carriere collettive contrattate.

I

In via di dovuta sintesi i nuovi sistemi di classificazione professionale definiti dai contratti collettivi hanno accorpato le vecchie qualifiche funzionali in categorie oppure in macro aree, al cui interno viene prevista una progressione « orizzontale » per fasce retributive ovvero sviluppi « super » di mero scivolo retributivo. Tra un'area e l'altra (o fra una categoria e l'altra) è invece possibile una progressione « verticale ».

Occorre a questo punto valutare come il modello normativo sia stato concretamente attuato, oltre l'assetto preconizzato da norme e contratti nazionali, e quali reazioni tale attuazione abbia determinato.

Si affrontano in questa sede le criticità più che le virtù del modello, perché sulle criticità occorre ancora intervenire, costruendo uno strumentario di soluzioni normative o contrattuali virtuose e coerenti, in grado di temperare un sistema che altrimenti rischia di essere squilibrato.

L'attuazione concreta dei passaggi all'interno delle aree, sulla base dei principi di massima individuati dai contratti nazionali, è stata rinviata dalla contrattazione collettiva nazionale alla contrattazione integrativa.

La contrattazione di secondo livello, tuttavia, non ha fatto solo quello che avrebbe dovuto fare, ma « *anche cose che non poteva fare* », cose « *che non era opportuno fare* », e cose che « *non si potevano fare* ».

Per esempio, *forse non* era legittimo prevedere un passaggio multiplo tra le fasce retributive (interne alle aree). Nei Ministeri, vi era una norma di legge che lo inibiva espressamente⁽⁹⁾, mentre il contratto collettivo nazionale di comparto sembrava consentirlo⁽¹⁰⁾. E, assecondato indirettamente da questa poca chiarezza, il cosiddetto *doppio salto*, ed a volte *triplo*, è stato permesso diffusamente in sede integrativa.

Non era opportuno, invece, prevedere progressioni di massa, come in diverse occasioni è stato fatto, spesso premiando un elemento automatico e non meritocratico come l'anzianità di

⁽⁹⁾ Cfr. l'art. 11 del d.lgs. n. 287 del 1999.

⁽¹⁰⁾ Cfr. l'art. 15, comma 1, lett. B) b.

servizio, a discapito di altri requisiti, come titoli culturali o professionali ⁽¹¹⁾.

Non si poteva sicuramente, infine, inibire l'accesso dall'esterno, prevedendo passaggi interamente riservati ai dipendenti interni ⁽¹²⁾.

Si tratta di tutti fenomeni collegati e in un certo senso anche abbastanza prevedibili.

La gestione contrattata delle progressioni professionali è in funzione prevalente dell'interesse dei dipendenti cui assicura spazi di carriera. Era dunque abbastanza normale che la contrattazione collettiva, liberata infine da lacci e laccioli pubblicistici, assicurasse quei percorsi di sviluppo professionale che per lungo tempo non erano stati permessi, sanando contestualmente situazioni pregresse accumulate nel tempo e rispondendo ad aspettative consolidate. Non, quindi, in funzione dell'organizzazione amministrativa, ma dei dipendenti, inibiti da decenni di blocco delle carriere, e che, per le naturali tendenze espansive della contrattazione collettiva, nonché, fatalmente, a causa di un'amministrazione pubblica ancora poco avvezzata culturalmente ad assumere le vesti e le responsabilità del datore di lavoro privatistico (come suona icasticamente ora il secondo comma dell'art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001), hanno avuto buon gioco, inevitabilmente, a piegare l'organizzazione (degli uffici, del lavoro, delle competenze). Con la conseguenza ultronea che quest'ultima non *determina*, ma *consegue* alle riclassificazioni, con almeno un triplice effetto negativo.

In *primo luogo*, una progressione di massa che utilizza le progressioni come un sistema di « ascensori automatici » causa

⁽¹¹⁾ Si veda, per esempio, la relazione della CORTE DEI CONTI, Sezione Unite, adottata con deliberazione 22.7.2004, n. 28/contr./cl/04. Solo nel comparto Regioni ed autonomie locali, nel biennio 2000-2001, ha fruito di una progressione, orizzontale o verticale, oltre il 150 per cento del personale.

⁽¹²⁾ Queste prassi e tendenze sono confermate da tutte le analisi svolte su base aggregata (cfr. per esempio il Quaderno ARAN "*Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni. Un'indagine sull'esperienza del quadriennio 1998-2001*", curato da BORDOGNA ed edito nel 2002 da Franco Angeli. Rinvio, in ogni caso, anche ai dati contenuti nel mio saggio, che deriva da uno studio dei singoli contratti integrativi di Ministero ed Ente pubblico, TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Diritto Amministrativo*, 2001, 4, 257).

I il classico effetto della « piramide rovesciata » o del « fungo », con il personale tutto riallocato ai piani alti della piramide classificatoria, con costi per stipendi enormemente dilatati ed conseguenze che incidono negativamente sull'organizzazione del lavoro. È inoltre fatale che periodicamente ad ogni tornata contrattuale i dipendenti, anche se già transitati ad un livello più alto per progressione, eserciteranno pressioni per ottenere un ulteriore reinquadramento; con la conseguenza che ad ogni rinnovo quadriennale la piramide si allungherà, le fasce si moltiplicheranno, le categorie lieviteranno di numero e posizioni ⁽¹³⁾.

In secondo *luogo*, se troppo viene azionata la leva delle progressioni, si determinano i presupposti per selezioni molto generiche, al limite del reinquadramento di massa.

Vi è di più: se la selezione è blanda, se è fondata perlopiù sulla mera anzianità di servizio in assenza dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno⁽¹⁴⁾, è evidente che i dipendenti reinquadrati difficilmente saranno in grado di svolgere le mansioni formali corrispondenti alla nuova qualifica ottenuta: si romperà il sinallagma e si spezzerà il legame fra prestazione di lavoro e retribuzione ⁽¹⁵⁾.

In terzo *luogo*, se un numero eccessivo di dipendenti accede alle qualifiche superiori, le stesse vengono precluse all'accesso dall'esterno, e quindi si impatta con il principio costituzionale

⁽¹³⁾ Questa tendenza è già awertibile nei contratti collettivi per il quadriennio **2002-05** (cfr., ad es., l'art. **35** del CCNL Regioni ed autonomie locali del **22 gennaio 2004**).

⁽¹⁴⁾ È fin troppo intuibile la *ratio* della soprawalutazione del requisito dell'anzianità di servizio, segnalato da tutte le analisi di settore: esso è un parametro « comodo », specialmente nel caso di reinquadramenti di massa, in quanto non richiede complicate procedure di valutazione e comparazioni, è funzionale all'esigenza di risolvere le situazioni pregresse accumulate nel tempo, rispondendo alle aspettative consolidate dei dipendenti pretermessi del preesistente regime, ma, nondimeno, sacrifica in modo irreparabile — come più volte si cerca di mettere in evidenza in questo scritto — la razionale organizzazione di lavoro ed è totalmente estraneo da ogni intento meritocratico (cfr. il saggio di BORDOGNA, *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, in ARAN, *Contrattazione*, cit., soprattutto pag. 51-52).

⁽¹⁵⁾ Cfr. anche ZUCARO, *Relazioni sindacali e progressioni del personale nelle amministrazioni pubbliche*, cit., 1, 314.

del concorso pubblico ⁽¹⁶⁾. Tutto ciò omettendo di considerare l'attrito interno che si determina in relazione al conflitto potenziale, intra-organizzativo, fra dipendenti reinquadrati e funzionari direttivi (che accedono per concorso esterno alla qualifica di inquadramento), spesso in possesso di titoli di studio elevati, che sono esclusi dalla riqualificazione atteso che « sopra » di essi la dirigenza non è acquisibile per via contrattuale. I funzionari direttivi, numericamente esigui rispetto al complesso del personale e scarsamente sindacalizzati, assumono un rilievo obiettivamente marginale nella prospettiva della tutela di categoria perseguita dalla contrattazione collettiva a matrice confederale. Solo molto parzialmente tali dipendenti qualificati — vera « spina dorsale » e snodo decisivo nel funzionamento delle amministrazioni pubbliche, sempre più partecipi ed interpreti di processi decisionali e responsabilità amministrative — hanno trovato valorizzazione attraverso l'introduzione dell'istituto della « posizione organizzativa », previsto dalla stessa tornata contrattuale 1998-01 che ha, però, avuto una diffusione abbastanza rapsodica ⁽¹⁷⁾.

5. *La « reazione » dell'ordinamento. Ovvero i conti con l'oste (la finanza pubblica) (segue).*

Era quindi altresì immaginabile che al dispiegarsi del de-

⁽¹⁶⁾ Secondo la ricerca ARAN, più volte citata, in tre casi su quattro le selezioni verticali sono state esclusivamente interne.

⁽¹⁷⁾ Le posizioni organizzative (il cui conferimento presenta in ogni caso carattere transitorio e revocabile e non stabile come avviene per le riqualificazioni), sono state concretamente previste nelle amministrazioni *molto grandi*, per compensare la complessità organizzativa, che può richiedere la creazione di livelli o quadri intermedi fra dirigenza e restante corpo di dipendenti, e in quelle *molto piccole*, per sopperire alla mancanza di dirigenti. La diffusione viene segnalata perlopiù nel settore delle autonomie locali e molto meno nei ministeri e negli enti del parastato. Alcune amministrazioni hanno utilizzato indiscriminatamente l'istituto, istituendo posizioni organizzative in proporzione particolarmente elevata rispetto al complesso dei dipendenti (tali dati sono in BORDOGNA, cit.). In questi ultimi casi, vale la pena di rilevare, il personale giunge nuovamente a piegare l'organizzazione, perché un istituto organizzativo viene utilizzato in funzione premiale e non per soddisfare esigenze specifiche dell'Ente pubblico.

I scritto complesso di criticità facesse riscontro una reazione dell'ordinamento.

Tale reazione ha agito a due livelli, utilizzando due strumenti giuridici diversi: più propriamente normativo il primo, di carattere giurisprudenziale il secondo.

La reazione legislativa è stata feroce, ma esclusivamente finalizzata al contenimento della spesa pubblica, giacché il legislatore è sempre più mosso da questa esigenza, nell'ottica delle drastiche politiche di risanamento che dagli anni '90 in poi si sono succedute nel nostro Paese, collegate essenzialmente al raggiungimento (ed al mantenimento) dei parametri di Maastricht.

Per comprenderne l'intento occorre una breve premessa sulle regole della contrattazione integrativa nonché sul sistema di controlli e vincoli ipotizzato dalle norme vigenti.

Nel nostro ordinamento per la contrattazione integrativa — alla quale è stato rimesso dagli stessi contratti nazionali il compito della concreta disseminazione, implementazione ed attuazione delle regole definite al livello centrale (*) — è previsto dal d.lgs. n. 165 del 2001 un doppio sistema di controllo.

Un primo controllo, interno, viene effettuato dai collegi di revisione o dai servizi di controllo interno comunque denominati (es. i collegi dei sindaci o gli uffici centrali di bilancio); un secondo tipo di controllo autorizza tutti i soggetti che ne hanno interesse ad impugnare un contratto integrativo e a farne dichiarare la nullità qualora lo stesso risulti difforme rispetto a quanto previsto dal contratto nazionale.

Questo secondo controllo « diffuso », che presenta quasi il carattere di un controllo sociale e che non ha riscontri né nelle passate esperienze normative della contrattazione decentrata né, tantomeno, nel « gemello » sistema privatistico, è lo specifico effetto della scelta del legislatore di delegare la « regia » del sistema contrattuale al contratto nazionale. In questa direzione viene assicurata la conformazione del secondo livello contrat-

(18) La contrattazione di secondo livello, a differenza che nel settore privato, prima ancora che giuridicamente obbligatoria (cfr. il comma 3 dell'art. 40 del d.lgs. n. 165 del 2001, per il quale « *Le pubbliche amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa* ») è, in un certo senso, « dovuta » ed ha diffusione ed estensione quasi universale.

tuale al primo attraverso la sanzione della nullità delle clausole difformi⁽¹⁹⁾. Si tratta di una clausola detta (un pò impropriamente) di « nullità reale » *ex art. 1418 c.c.*, perché una regola difforme in queste ipotesi è nulla *ab initio*, e questa nullità può essere fatta valere in ogni tempo da chiunque ne abbia interesse (cfr. gli artt. 1421 e 1422 c.c.).

Le due forme di controllo (interno e diffuso), però, non si sono dimostrate sufficienti a garantire il controllo della contrattazione collettiva agli effetti del rispetto del vincolo di bilancio⁽²⁰⁾. Il controllo interno, in effetti, per lo più ridonda in semplici avvisi ai titolari della funzione gestoria e quindi manca di effettività, in quanto non possiede la capacità giuridica di imporsi agli organi della decisione (anche se taluni CCNL dispongono diversamente). Spesso, inoltre, i titolari del controllo sono nominati dall'autorità di governo dell'amministrazione: non sembrano sufficientemente autonomi ed a volte nemmeno sufficientemente autorevoli. In ogni caso, comunque, non si mostrano in grado di garantire l'applicazione dei propri avvisi⁽²¹⁾.

Il controllo « diffuso » poi, appare un rimedio più teorico che reale, per l'assenza di soggetti con un effettivo interesse a farlo valere. Non lo presentano certo i dipendenti pubblici, se vi lucrano gli effetti di contratti integrativi anche se *extra ed ultra* CCNL (e tranne ciò che verrà detto in seguito); non certo, e per ovi motivi, le parti che lo hanno stipulato.

Tale complesso di controlli ha palesato la propria insufficienza proprio a partire dall'attuazione dei sistemi di classificazione professionale, soprattutto per gli effetti sulla spesa, considerato che ogni passaggio, anche interno alle aree/categorie, rileva come spesa per stipendi, destinata a consolidarsi quale spesa obbligatoria⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Tale ordine di argomentazioni è ottimamente sviluppato da VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, in F. CARINCI e D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, Giuffrè, Milano, 2000, 547.

⁽²⁰⁾ Cfr. l'art. 40, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001.

⁽²¹⁾ D'AURIA, *I controlli amministrativi*, in F. CARINCI e D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro*, cit., 409 ss.

⁽²²⁾ Nel quinquennio 1998/2002 il costo medio del personale negli enti locali e nelle regioni si è incrementato del 21% (cfr., ancora, la relazione della CORTE DEI CONTI, Sezione Unite, n. 28/contr./cl/04), confermando le più pessi-

I primi CCNI sulle progressioni stipulati dai grandi enti del parastato, fra altro, consideravano i passaggi interni alle aree come destinati a gravare sui fondi unici di amministrazione, e quindi come costi contrattuali solo per il primo anno, con restaurazione dell'importo del fondo dall'anno successivo al primo⁽²³⁾. In questa maniera le progressioni contrattate a livello decentrato, divenivano un costo fisso e stabile, non gravante sulla parte accessoria del salario, ma definito al di fuori della cornice di controllo della contrattazione nazionale a cui spetta « per sistema » quantificare la retribuzione fondamentale. Ma, soprattutto, le progressioni avrebbero così finito con l'essere finanziate in via stabile (dall'anno successivo al primo) dai bilanci dell'ente pubblico, diventando fra l'altro un effettivo fattore di sperequazione, perché amministrazioni con bilanci ricchi avrebbero potuto autorizzare senza limiti, anno per anno, riclassificazioni del personale, al contrario di amministrazioni con bilanci più poveri.

A partire dalla legge finanziaria per l'anno 1999⁽²⁴⁾ sono state quindi introdotte ulteriori e diverse forme di controllo, che si affiancano, senza sostituirle, ai controlli interni ed a quelli « diffusi », ma che vanno in senso esattamente opposto rispetto a questi, perché si tratta di controlli centralistici, impeditivi, ancora appartenenti al *genus* dei controlli preventivi di legittimità e di compatibilità economica. Sono controlli che fanno praticamente tutto quello che, si diceva, non avrebbe più do-

mistiche previsioni che quantificavano per ogni passaggio di livello un aumento di spesa di circa il 10% e complessivamente del 2,5% sull'intera spesa per il personale, compreso quella consolidata (ZUCARO, *L'attuazione della riforma del pubblico impiego*, IPSOA, Milano, 52; TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, cit., 567).

(23) I fondi unici di amministrazione (comunque essi siano stati denominati nei diversi comparti) hanno unificato in un unico contenitore i vari fondi per la retribuzione accessoria prima preesistenti, proprio a partire dalla tornata negoziale 1998-2001, e ciò per garantire una maggiore flessibilità nell'utilizzazione in sede integrativa delle relative somme, che altrimenti subivano gli effetti del vincolo di destinazione connesso alle diverse finalità dei distinti fondi cui erano ascritte [es. per il lavoro straordinario, per finalità incentivanti individuali o collettive, per indennità varie (di rischio, disagio, per compensare particolari condizioni di lavoro e responsabilità), ecc.. Cfr., per tutti, gli artt. 31 e ss. del CCNL Regioni ed autonomie locali 1994-1997].

(24) Cfr. l'art. 20, comma 1, legge 23 dicembre 1999, n. 488.

vuto fare l'apparato centrale sulla contrattazione integrativa ⁽²⁵⁾. Questi controlli, effettuati congiuntamente dal Dipartimento della funzione pubblica e dalla Ragioneria generale dello Stato, valutano gli oneri del contratto, debitamente certificati dagli organi di controllo previsti dai rispettivi ordinamenti (*si è così restituita doverosità e cogenza ex lege alle certificazioni effettuate dagli organi del controllo interno*) e coinvolgono le Amministrazioni dello Stato centrale e gli Enti pubblici con organico superiore a 200 unità di personale, ivi compresi i « monocomparti » dell'art. 70, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001. Altri controlli dello stesso tipo, anche se eventuali, successivi ed a ... « campione » (ma che determinano lo stesso effetto reale), sono stati introdotti successivamente, ed hanno riguardato l'intero universo delle pubbliche amministrazioni ⁽²⁶⁾.

I nuovi controlli *ex lege* per lo Stato e gli Enti pubblici, in definitiva cercano di valutare il contratto integrativo agli effetti del vincolo di bilancio, nei limiti degli stanziamenti dei fondi unici di amministrazione ed in relazione alle esigenze conseguenti e connesse alle compatibilità di spesa complessiva determinate dal contratto nazionale. Questo, com'è noto, viene a tale fine esaminato direttamente dal Consiglio dei Ministri e successivamente dalla Corte dei conti, e rientra, quindi, in un contesto di controllo fortemente centralistico e proprio per tale motivo non dovrebbe determinare costi occulti o comunque eccedenti le congruità definite nei documenti di programmazione della spesa pubblica, primo fra tutti la legge finanziaria. Non la stessa cosa, invece, come si è detto, vale per i contratti di secondo livello, per i quali il d.lgs. n. 165 del 2001 stabilisce come si è visto un vincolo di conformazione con il contratto nazionale, assistito da sanzioni tanto importanti quanto ineffettive e forse illuministiche.

Giacché attraverso ogni singolo passaggio di fascia si determina una spesa che diventa fissa e continuativa e che, come

⁽²⁵⁾ Che, secondo il d.lgs. n. 165 del 2001, è *autonoma e integrativa*: è rimessa, cioè, all'*autonomia* delle singole amministrazioni, che possono *integrare* ciò che è disposto dal livello centrale (nei limiti previsti dal contratto nazionale).

⁽²⁶⁾ Cfr. l'art. 40-bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, aggiunto dal comma 2, dell'art. 17 della legge 28 dicembre 2001, n. 448.

I avvertito, incide sulla retribuzione fondamentale — per sistema affidata alla contrattazione nazionale — deve essere garantito anche sui contratti integrativi un controllo centralizzato. Il nuovo controllo è preordinato a valutare quanto meno che la spesa per progressioni (orizzontali, cioè interne alle aree o alle categorie) gravi sul fondo unico (anzi sulla parte fissa del fondo unico, considerato che la spesa per progressioni è destinata a consolidarsi). Da tale fondo deve essere poi stornato l'importo delle progressioni dall'anno successivo al primo: il fondo deve essere cioè decurtato dei relativi importi per gli anni a venire.

6. (segue) ... e con il *Giudice costituzionale*.

L'altra reazione, accanto a quella legislativa, è di tipo giurisprudenziale. Questa era stata anticipata dalla Corte costituzionale da una sentenza del 1999, quindi antecedente alla contrattualizzazione delle progressioni professionali (27).

In quell'occasione il Giudice delle leggi ebbe modo di ribadire, sulla scia di una giurisprudenza costituzionale tanto consolidata quanto inascoltata, che ogni accesso ad una fascia funzionale superiore deve essere assimilato ad un nuovo posto, che non può quindi essere sottratto al concorso pubblico quale strumento « normale » per la selezione dei capaci e meritevoli, garanzia ad un conto dell'imparzialità e buon andamento dell'amministrazione e dell'uguaglianza sostanziale nell'accesso ad uffici pubblici. Affermò poi, che violava il *buon andamento* uno scivolamento generalizzato verso l'alto di gran parte del personale pubblico, ed il *principio di ragionevolezza*, sia l'esperimento di procedura tutta tesa a valorizzare indiscriminatamente l'anzianità di servizio, sia una selezione talmente generica da porre

(27) Corte cost., sentenza 4 gennaio 1999, n. 1, su cui si possono leggere, fra i vari commenti, quelli di MONTINI, *Il nuovo ordinamento professionale dei pubblici dipendenti alla luce della sentenza n. 1/1999 della Corte costituzionale*, in questa Rivista, 1999, 1, 119; LUCIANI, *Mercato del lavoro, carriere e concorsi pubblici*, in DML, 2, 1999 e RUSCIANO, *Carrieraper concorso del dipendente pubblico: imparzialità o buon andamento?*, in questa Rivista, 1999, 2, 215, nonché, se vuoi, TALAMO, *Concorsi interni, prassi vecchie e nuove davanti alla Corte costituzionale*, in GDA, 536, 6, 1999.

legittimi dubbi circa l'idoneità della valutazione medesima ai fini della realizzazione del principio del *merit system*, che rifluisce nuovamente sul principio di buon andamento.

All'epoca questa sentenza fu abbastanza sottovalutata, nonostante potesse vere e proprie « mine », pronte ad esplodere sulla strada della contrattualizzazione dei percorsi di carriera dei dipendenti pubblici.

Fu valutata poco e male l'incidenza *pratica* della sentenza, in quanto si ritenne che la stessa riguardasse un sistema in corso di liquidazione, quello delle qualifiche funzionali cui si rivolgeva, senza rilevare su quello contrattualizzato delle categorie o aree, in corso di definizione.

In realtà, se quest'obiezione era senz'altro corretta dal punto di vista giuridico-formale, è anche vero che nell'occasione non fu effettuato alcuno sforzo di « storicizzazione » delle affermazioni della Corte.

La sentenza andava « storicizzata » perché, pur rivolgendosi al sistema delle qualifiche funzionali in via di superamento, recava un indubbio effetto di ricaduta, sia pure indiretta, sul nuovo modello classificatorio. Tale incidenza andava attentamente valutata.

È vero che le qualifiche funzionali non esistevano più, ed a queste si riferivano le osservazioni del Giudice costituzionale, purtuttavia sarebbe stato saggio e previdente porsi il problema conseguente di cosa costituisse nel nuovo sistema la « qualifica funzionale » cui riferire le medesime conclusioni, per evitare l'impatto di eventuali pronunce della Corte costituzionale nei mutati assetti.

In via di principio si potrebbe dire che solo il passaggio da un'area all'altra configura un mutamento di qualifica funzionale. In questo caso, infatti, vi sarebbe sicura novazione oggettiva del rapporto e muterebbe il corredo delle mansioni e delle funzioni attribuite al dipendente pubblico.

In realtà, però, ciò non è sempre vero.

Nel comparto ministeri e nel comparto enti pubblici non economici, per esempio, anche il passaggio di mera posizione economica comporta un mutamento della prestazione. In questi casi i nuovi contratti collettivi hanno gattopardescamente riprodotto le vecchie qualifiche funzionali, facendole corrispondere con le nuove fasce retributive.

I Quindi in questi casi il passaggio orizzontale (nell'area), e non solo il passaggio verticale (fra le aree), configurerebbe un passaggio di qualifica.

In altri casi (si pensi al contratto delle università ed in parte a quello delle regioni e delle autonomie locali), la categoria coincide con una sorta di « *macroqualifica* », perché nel suo ambito tutte le mansioni di profilo sono fungibili, per cui il passaggio da una fascia retributiva all'altra all'interno della macroqualifica configurerebbe un mero « scatto » retributivo che matura a determinate condizioni, ma non anche una modificazione della prestazione dovuta. In queste ipotesi, di conseguenza, solo il passaggio di categoria determinerebbe anche un passaggio fra qualifiche.

Tale criterio, che si potrebbe definire « funzionale », perché afferisce alle funzioni svolte in concreto e non alle qualificazioni astratte della contrattazione collettiva, sembra avvalorato dalla giurisprudenza costituzionale ed ora anche di legittimità che, per l'applicazione del principio di concorsualità, non fa riferimento al dato formale (passaggio orizzontale o verticale), né ascrive meccanicamente il passaggio fra aree/categorie alla procedura concorsuale, ma più correttamente fa riferimento al passaggio fra « fasce funzionali » (infra § 8).

In definitiva, si potrebbe correttamente intendere che non si verifica novazione oggettiva del rapporto solo nei casi di mero avanzamento retributivo privo di connotazione mansionistica. Si verificherebbe, invece, novazione del rapporto (nuovo posto equivalente a nuovo accesso, non sottraibile alla concorsualità) quando il nuovo inquadramento comporta un *quid pluris* prima non richiesto sotto il profilo mansionistico e funzionale, configurando delle vere e proprie posizioni professionali autonome, che corrispondono ad un diverso ruolo ordinamentale ⁽²⁸⁾.

Non deve stupire, quindi, che la Corte costituzionale, in

⁽²⁸⁾ Aderisce a questa tesi PASQUA, *Ordinamento del personale e sviluppo professionale*, in TALAMO (a cura di), *La riforma del lavoropubblico: progressioni di carriera e relazioni collettive*, Ipsoa, Milano, 2004, 106, e, più di recente, anche LO STORTO, *La riqualificazione e ipercorsi di carriera*, in FORMEZ, *Gestione delle risorse umane*, n. 5, 2004. Ho sostenuto più diffusamente questa interpretazione in TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, cit. e, ancora prima, in *Concorsi interni*, cit.

applicazione dei suddetti criteri, sia nuovamente intervenuta, con una serie di sentenze, più gravi perché totalmente calate nei nuovi assetti contrattualizzati, con le quali ha ribadito con particolare forza i principi già declinati attraverso la sent. n. 1 del 1999 (29).

La più importante è la n. 194 del 2002, la prima sul tema dopo la pronuncia del 1999, in cui la Corte ha ancora una volta censurato, *sia* la funzione abnorme del criterio di anzianità per la progressione, chiarendo come tale criterio non possa ricoprire alcuna efficacia selettiva, non concorrendo all'attuazione del criterio del *merit system*, *sia* la mancanza del titolo di studio prescritto invece per l'accesso dall'esterno che, oltre a violare l'art. 97 della Costituzione, elude il principio di eguaglianza nei confronti dei concorrenti esterni; ha ravvisato inoltre l'illegittimità della genericità dei contenuti delle prove scritte di ammissione al corso di riqualificazione, che non è idonea ad impedire un generale scivolamento di tutto il personale verso l'alto, e della ridotta percentuale riservata all'accesso dall'esterno, in quel caso prevista nella misura massima del 30%, che è sembrata

(29) Cfr. Corte cost. 16 maggio 2002, n. 194 (commentata, fra gli altri, da ZUCARO, *Ancora sull'accesso mediante concorso a posti di lavoro pubblico*, in *GDA*, 2002, 9, 953; da GIGLIONI, *Concorsi interni nell'amministrazione finanziaria: la Corte costituzionale si ripete*, in *GC*, 2002; 3, 1529; da BOLOGNINO, *La Corte costituzionale fissa i limiti dei concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni*, in *DL*, 2002, II, 533, nonché, molto criticamente, da F. CARINCI, *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *questa Rivista*, 2002, 2, 201); Corte cost., 29 maggio 2002, n. 218 (annotata, unitamente a Corte cost, n. 194 del 2002, da ZUCARO, *Ancora sull'accesso mediante concorso, a posti di lavoro pubblico*, cit., nonché da D'APONTE, *La centralità del concorso pubblico quale unica modalità di accesso all'impiego: una rassegna di giurisprudenza*, in *questa Rivista*, 2004, 2, 471); Corte cost., 23 luglio 2002, n. 273 (su cui sono i commenti di MONTINI, *Progressioni di carriera, concorsi aperti all'esterno e « buon andamento »*, in *questa Rivista*, 2002, 1, 578 e di OLIVIERI, *Le concrete indicazioni operative derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2002, n. 273, tra miraggi e riflessi*, in *www.lexitalia.it*); Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274 (sulla quale si può leggere il commento di SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e il nuovo art. 117 Cost. all'esame della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2003, 3-4, 595); Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 34 (su cui sono le riflessioni di S. BATTINI, *Concorsi interni e cittadini esterni, la difficile coabitazione fra reclutamento e carriera*, in *GDA*, 2004, 6, 611) e, infine, Corte cost., 5 luglio 2004, n. 205 (con il commento di MARI, *Principio del concorso pubblico e legislazione regionale*, in *GDA*, 11, 2004, 1199).

I incongrua ed elevata ed in grado di trasformare la selezione da concorso pubblico con riserva dei posti a concorso interno totalmente riservato e perciò contrario a Costituzione. La Corte nell'occasione ha ulteriormente chiarito la propria giurisprudenza in materia, evidenziando come tutte le tipologie di concorsi riservati reintroducano surrettiziamente sistemi di promozione, tipici del modello delle carriere, di cui il nuovo assetto postula il superamento, con ciò determinando una distorsione che incide negativamente sul buon andamento della pubblica amministrazione.

Nulla di nuovo quindi, alla luce di quanto già dichiarato dalla sentenza n. 1 del 1999. Ma sia pure nella sua sostanziale non novità, la sentenza della Corte costituzionale è stata dirompente proprio perché ha ribadito i consolidati principi giurisprudenziali con riferimento ad un assetto completamente modificato e regolato dai contratti collettivi.

Da un certo di vista anche per la terminologia usata, ormai totalmente calata nel contesto dei nuovi modelli classificatori, la sentenza n. 194 sembra quasi essere affetta da un incipiente strabismo di fondo, in quanto, pur riferendosi formalmente alla famosa vicenda dei concorsi interni del Ministero delle finanze, già alla base della sentenza n. 1 del 1999, guarda altrove, e sembra concepita per colpire gli assetti definiti in sede contrattuale proprio con riferimento al complesso delle criticità prima denunciate (doppio salto, violazione accesso dall'esterno, anzianità di servizio ecc..).

7. I riflessi sulla giurisdizione. Il revirement della Corte Suprema.

Naturalmente la natura concorsuale della procedura preordinata al passaggio di fascia funzionale risolve anche il problema relativo alla spettanza della giurisdizione.

Se le progressioni per « fasce funzionali » — non costituenti mero avanzamento per *steps* economici — sono assimilabili a vere e proprie procedure concorsuali, sulle stesse è « naturalmente » competente il giudice amministrativo - AGA, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001.

Al contrario, com'è ampiamente noto, la Corte di cassazione aveva inizialmente negato la competenza dell'AGA nei casi di progressione professionale, anche verticale, sulla base dell'inter-

pretazione letterale della norma in questione, che sottopone alla giurisdizione amministrativa solo le « procedure per l'assunzione », lasciando intendere che le procedure concorsuali di riqualificazione, che si riferiscono a rapporti di lavoro già instaurati, non rientrano nell'eccezione alla competenza del giudice ordinario - AGO, che si dispiega per tutti i rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti (ex art. 63, comma 1 d.lgs. n. 165 del 2001).⁽³⁰⁾

Nel caso di concorsi interni, invece, si vertirebbe su vicende modificative di un rapporto già in atto, che non subisce alcuna interruzione ed in cui non viene in rilievo l'esercizio di pubbliche potestà ma l'esercizio di poteri di gestione del rapporto di lavoro, espressione dell'autonomia organizzativa del datore di lavoro secondo il diritto privato⁽³¹⁾.

Tale orientamento implicava che restassero devolute alla giurisdizione amministrativa solo le controversie relative ai concorsi destinati a soggetti non già dipendenti dell'amministrazione che li bandisce, nonché quelli misti (con riserva di posti a favore di candidati già dipendenti⁽³²⁾), mentre venivano attratte nella giurisdizione dell'AGO le controversie sui concorsi interamente riservati a interni, indipendentemente dal fatto

⁽³⁰⁾ Cfr., principalmente, Cass. n. 128 del 2001; n. 1562 del 2001; n. 7859 del 2001; n. 2514 del 2002; n. 2954 del 2002; n. 9334 del 2002. In dottrina si vedano la rassegna di D'APONTE, *La centralità del concorso pubblico quale unica modalità di accesso all'impiego: una rassegna di giurisprudenza*, in questa Rivista 2004, 2, 471 e GARILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in questa Rivista, 2003, 3.

⁽³¹⁾ **Secondo la S.C.:** «La vicenda modificativa del rapporto di lavoro con un'Amministrazione Pubblica, quale quella attinente allo svolgimento di un concorso interno, è attribuita all'AGO, non inerendo ad una procedura concorsuale, in considerazione del fatto che il bando di concorso riservato al personale interno ed il conseguente svolgimento della procedura selettiva rappresentano atti di gestione del rapporto di lavoro, espressione della capacità di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro » (Cass.sez.un., ord. 26 giugno 2002, n. 9334).

⁽³²⁾ **Non potendosi ammettere la dislocazione della medesima vicenda selettiva innanzi a due diverse giurisdizioni a seconda della conduzione degli attori.** Cfr. Corte cost., ord. 4 gennaio 2001, n. 2, su cui si vedano GRAGNOLI, *Concorsi riservati e regime della giurisdizione*, in questa Rivista, 2001, 2, 372 e SGARBI, *Le procedure per la carriera dei dipendenti pubblici*, in GDA, 2002, 3, 275.

I che implicassero o meno il passaggio da un'area o fascia funzionale all'altra.

Alla lettura della S.C. si è nei fatti opposta la richiamata giurisprudenza costituzionale che, continuando ad assimilare tutte le procedure per l'accesso ad una « fascia funzionale superiore » a procedure concorsuali, finisce con « allargare » la categoria dell'assunzione. Se, come afferma il Giudice delle leggi, costituisce procedura concorsuale anche il passaggio alla fascia funzionale superiore, questa finisce con il rientrare nell'eccezione del comma quarto dell'art. 63, che riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo “*le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*”: non quindi solo le procedure concorsuali strumentali alla instaurazione, per la prima volta, del rapporto di lavoro con la p.a., ma anche le selezioni dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore (laddove, secondo la lettura qui suffragata, l'accesso alla « fascia o area superiore » è da riconoscersi in ogni passaggio verticale, ma anche in ogni passaggio orizzontale che determina mutamento della mansione richiesta).

La diversa sentenza della Corte costituzionale ha sollecitato un vero e proprio *revirement* della S.C., avveratosi con la oramai commentatissima sentenza n. 15403 del 2004 ⁽³³⁾.

⁽³³⁾ Con la sentenza 15 ottobre 2003, n. 15403, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno infatti affermato il principio secondo cui “il comma 4 dell'articolo 63 del d.lg. 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”. Questa sentenza è oggetto di un vivace dibattito. Molto critico si è mostrato CORPACI, *La Cassazione muta orientamento sulle procedure di progressione in carriera nel settore pubblico*, in *GDA*, 2004, 2, 143 nonché SGARBI, *La Cassazione ci ripensa: sui concorsi interni ha giurisdizione il Giudice Amministrativo*, in *questa Rivista*, 2003, 3-4, 910; favorevoli al *revirement* si sono mostrati, invece, C. E. GALLO, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa a proposito di procedimenti concorsuali: al giudice ordinario lo scorrimento della graduatoria al*

Si può ora tentare di risolvere anche la *quaestio* relativa all'effettività portata degli artt. 35 e 52, comma 1 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Questi, ad una prima lettura, sembrano individuare un doppio *genus*:

— le procedure concorsuali o selettive (*comma 1 dell'art. 35*), entrambe finalizzate ad una nuova assunzione (instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro) e tenute al rispetto del principio dell'adeguato accesso dall'esterno, di cui giudica comunque l'AGA (cfr. *Corte cost., ord. n. 2 del 2001*, che si esprime in ordine alle procedure « miste », in parte riservate agli interni);

— i non meglio precisati « sviluppi professionali » (*comma 1 dell'art. 52*), definiti contrattualmente, comunque comportanti una mera modificazione di un rapporto già in corso e che sembrano, quindi, estranei, alla dinamica della procedura concorsuale (non tenuti, di conseguenza, a rispettare il principio dell'adeguato accesso dall'esterno).

Argomentando e sviluppando, invece, la ricostruzione della Corte costituzionale, il riferimento allo sviluppo professionale, di cui all'art. 52, può e deve essere inteso in modo « modulare ». **Esso** va a coincidere con la progressione totalmente riservata solo nei casi di avanzamento privo di connotazione mansionistica (da cui la competenza dell'AGO e la riserva agli interni), nel mentre va a confluire nella tipologia concorsuale, costituendo una particolare modalità selettiva ai sensi dell'art. 35, comma 1, qualora determini un reinquadramento con contenuto mansionale.

L'*obiter dictum* dell'art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2002 (gli « sviluppi professionali » che conferiscono la qualifica superiore), quindi, per non essere tacciato di incostituzionalità, deve essere interpretato in armonia con l'art. 35, comma 1, ascrivendosi in specie al *genus* della procedura concorsuale/selettiva, qualora determini una nuova posizione professionale corrispondente ad un diverso ruolo ordinamentale, rimanendo

giudice amministrativo i concorsi interni, in *FA*, 2003, 11, 3282 e PALMIERI, *Giurisdizione e concorsi interni nel pubblico impiego: le sezioni unite nel solco della Corte costituzionale*, in *CG*, 2004, 2, 182.

« concorso interno in senso improprio »⁽³⁴⁾ solo la progressione professionale dei dipendenti senza connotazioni mansionistiche, vale a dire lo « sviluppo professionale » meramente economico⁽³⁵⁾.

8. *Segue. Gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali: Cass. n. 10183 del 2004 e TAR Lazio n. 12370 del 2004.*

L'interpretazione che viene sostenuta in questa sede sembra suffragata da una recente sentenza del TAR Lazio, che interpreta la portata di un'ulteriore pronuncia della Cassazione, sez. unite, del 26 maggio 2004, n. 10183 ancora sulla giurisdizione in materia di concorsi interni. Quest'ultima aveva distinto, secondo una catalogazione oramai di scuola, le quattro ipotesi di concorso: per soli esterni; « misti »; interni, implicanti passaggio ad un'area funzionale diversa dei già dipendenti; e « riservati », comportanti il passaggio dei già dipendenti da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima fascia funzionale. Nelle prime tre ipotesi aveva radicato la giurisdizione amministrativa, nell'ipotesi residuale quella dell'AGO (36).

⁽³⁴⁾ BATTINI, *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e carriera*, in *GDA*, 2004, 6, 611, ss..

⁽³⁵⁾ Ancora una diversa lettura si ritrova in TAR Lazio, n. 12370 del 2004 (sulla quale sentenza è il paragrafo successivo) che interpreta l'art. 52, comma 1, in funzione di selezioni interne riservate, eccezione alla regola del pubblico concorso ex art. 97 cost, comma 3. Tale eccezione, oltre che legislativa, deve essere, per giurisprudenza costituzionale costante, « ragionevole », risultando strumentale anche ad esigenze di buon andamento. In particolare tale possibilità, configurandosi come una deroga a un principio generale dell'ordinamento avente fondamento costituzionale, deve ammettersi entro limiti rigorosi, dovendosi escludere « che questo strumento possa essere utilizzato per la copertura di aliquote di posti vacanti particolarmente elevate e nello stesso tempo deve anche affermarsi che tale strumento può essere utilizzato esclusivamente per favorire il passaggio alla qualifica immediatamente superiore a quella posseduta da parte di chi sia in possesso del necessario titolo di studio e sulla base di una seria, oggettiva e trasparente verifica della professionalità posseduta o acquisita ».

⁽³⁶⁾ Cfr. anche Cass., sez. unite civ., ord. 10 dicembre 2003, n. 18886, che rawisa la giurisdizione dell'AGO in tutti i casi di passaggio interno all'area/categoria (in cui secondo la S.C., non si verifica novazione soggettiva del rapporto). La fattispecie all'esame del giudice di legittimità, tuttavia, con-

Il TAR Lazio, attraverso la sentenza 4 novembre 2004, n. 12370⁽³⁷⁾, chiarisce la portata della giurisdizione residuale dall'AGO e l'ambito di quella di legittimità, incidendo su un tema non risolto chiaramente neanche dalla Corte di cassazione, sez. unite, n. 15403 del 2003, la sentenza riconduce la fattispecie all'esame afferente ad un passaggio interno all'area o « orizzontale », al contenzioso in materia di concorsi ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001⁽³⁸⁾, ma con una decisione che travalica la mera questione di giurisdizione involgendo i rapporti fra giurisdizione amministrativa e contratti collettivi.

In particolare il Tar Lazio pronuncia sul contratto integrativo del Ministero della giustizia in materia di progressioni professionali stipulato il 5 aprile 2000, con una pronuncia che de *relato* si abbatte anche sul contratto collettivo nazionale del comparto Ministeri, annullando le singole clausole con effetto *erga omnes*, analogamente a quanto avveniva anteriormente alla « seconda » privatizzazione del lavoro pubblico.

Da tale punto di vista il giudice amministrativo, pur dopo aver chiarito che la verifica in via principale della validità dei contratti collettivi compete al giudice ordinario afferma che la questione della validità dei contratti collettivi disciplinanti una selezione concorsuale costituisce, rispetto alla questione principale all'esame, una questione pregiudiziale, antecedente logico della decisione, e può e deve essere fatta oggetto di cognizione incidentale in applicazione del principio — valevole anche nel

cerneva un caso particolare costituito dal conferimento dell'incarico di direttore responsabile ad un dirigente medico di secondo livello (e quindi sul presupposto della qualifica dirigenziale unica e non del passaggio tra fasce di inquadramento)

⁽³⁷⁾ In www.lexitalia.it, con la nota di OLIVERI, *Finito l'equivoco della « privatizzazione » del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche?*

⁽³⁸⁾ Occorre tuttavia evidenziare che il Tar Lazio, allorché dichiara la competenza giurisdizionale dall'AGA, omette di considerare le ricadute di un'altra ordinanza della Corte di cassazione a sezioni unite che afferma, in un caso identico o a quello dedotto in giudizio (afferente una progressione orizzontale nel Ministero della giustizia nella categoria C), la competenza del giudice ordinario (cfr. Cass., sez. unite, ord. 26 febbraio 2004, n. 3948). Su cui si rinvia nuovamente a D'ANTONA, *Autonomia*, cit., nonché, se vuoi, a TALAMO, *Giudice amministrativo e contratti collettivi nel pubblico impiego*, in GDA, 1998, 5, 485.

I processo amministrativo — secondo cui il giudice ha il potere di decidere *incidenter tantum* le questioni pregiudiziali la cui risoluzione sia necessaria ai fini della definizione della questione principale portata al suo esame ⁽³⁹⁾.

Nel merito viene considerato il sistema di classificazione del personale del C.C.N.L. del comparto ministeri che, nell'istituire l'area funzionale C e facendo confluire nelle « posizioni economiche » C1, C2 e C3 il personale direttivo già inquadrato nelle ex qualifiche funzionali VII, VIII e IX, non avrebbe superato il precedente sistema di articolazione di tale personale in qualifiche (cui corrispondono distinte mansioni e distinte responsabilità), sostituendolo con un più flessibile meccanismo di classificazione imperniato su un'unica qualifica (o area funzionale) caratterizzata da mansioni e responsabilità omogenee, al cui interno il personale è distinto solo in base alla posizione economica. Le posizioni economiche C1, C2 e C3, quindi, non sarebbero qualcosa di qualitativamente diverso rispetto alle « vecchie » VII, VIII e IX qualifica funzionale. In questo quadro si ritiene che la procedura selettiva preordinata al passaggio da una « posizione economica » ad altra, sia pure nell'ambito della « area funzionale C », non costituisca una semplice progressione economica all'interno di un'area o fascia funzionale (cioè una selezione comportante una progressione di tipo « orizzontale », immutata rimanendo la qualifica), implicando al contrario quel passaggio da un'area o fascia funzionale ad altra che,

⁽³⁹⁾ Cfr. l'articolo 8 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Il TAR, in realtà, non ritiene possibile l'impugnazione di atti di natura negoziale, quali i contratti collettivi di lavoro, ai fini dell'annullamento ovvero di una declaratoria di nullità, in quanto la verifica in via principale della validità degli stessi compete al giudice ordinario « unico titolare del potere di accertare con efficacia di giudicato e quindi *erga omnes* l'invalidità di tali atti ». Quanto precede però, per il Giudice laziale non esclude la possibilità di un sindacato dell'AGA sulla validità delle disposizioni dei contratti collettivi disciplinanti i passaggi di carriera, che 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 — un antecedente logico della decisione e, in particolare, una questione pregiudiziale di cui l'AGA conosce *incidenter tantum*. Non dubita, in particolare, il giudice amministrativo, che il bando di selezione costituisca un provvedimento amministrativo.

secondo la giurisprudenza costituzionale e della Cassazione, radica la giurisdizione del giudice amministrativo ⁽⁴⁰⁾.

Consequentemente viene dichiarata la nullità, per *impossibilità giuridica dell'oggetto* (la regolamentazione tramite atti di autonomia collettiva dei procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 421 del 1992, sono riservati ad atto unilaterale pubblicistico), per *contrasto con nome imperativo* (la regola costituzionale del pubblico concorso) e con *principi di ordine pubblico* (per la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento) sia delle disposizioni del contratto collettivo nazionale del comparto ministeri relativo al quadriennio 1998/2001 — ed in particolare di quelle che riservano interamente al personale interno i posti corrispondenti alla posizione economica C3 stabilendo che essi siano coperti mediante percorsi di qualificazione ed aggiornamento professionale con esame finale — sia delle disposizioni degli accordi collettivi che ad esso hanno dato attuazione, con specifico e particolare riguardo agli articoli del contratto integrativo nazionale del Ministero della giustizia del 5 aprile 2000 ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Secondo il TAR Lazio « alle “posizioni economiche” C1, C2 e C3 corrispondono mansioni distinte e di complessità via via crescente e responsabilità parimenti diverse e crescenti ». Non si tratterebbe, quindi, di semplici posizioni economiche ma di vere e proprie (distinte) aree o fasce funzionali, nel senso in cui tali espressioni sono impiegate nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cassazione.

⁽⁴¹⁾ Più in dettaglio, il giudice amministrativo considera violati i principi affermati dalla Corte costituzionale, innanzitutto in materia di accesso dall'esterno, atteso che attraverso il contratto integrativo viene prevista la copertura di tutti i posti mediante concorso interno. Il principio di concorsualità appare, quindi, nella fattispecie eluso senza che vi sia né una norma di legge, prevista come eccezione al principio dall'articolo 97 cost., né, tantomeno, una razionale giustificazione. Inoltre, il regolamento della selezione interna appare violare l'ulteriore principio enunciato dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 1 del 1999, per cui « una valorizzazione ingiustificata dell'anzianità di servizio è irragionevole ed irrazionale ». Il CCNI sembra invece palesemente ispirato da un *favor* per il personale fornito di maggiore anzianità di servizio, pur in mancanza del titolo di studio prescritto per l'accesso dall'esterno (la laurea), ciò a danno del personale più giovane, benché fornito del predetto titolo (in pratica, per effetto della previsione di una graduatoria preliminare per l'ammissione al percorso formativo imperniata su anzianità di servizio e titolo di studio posseduto e della supervaluta-

I Appare intuibile il *vulnus* di sistema derivante dalla citata pronuncia, attraverso la quale, per il « cavallo di troia » costituito dall'illegitima gestione di una procedura selettiva, il giudice amministrativo rimette le mani sul contratto collettivo, annullandolo con efficacia generalizzata. Per quanto riguarda l'oggetto di questa nota, a tacer d'altro, in essa si accoglie una nozione funzionale di concorso interno, indifferente alla qualificazione formalista recata dai contratti collettivi, chiarendosi che ogni qualvolta attraverso il passaggio interno mutano le funzioni in concreto esercitate si verifica anche quell'« accesso alla fascia funzionale superiore », secondo la nozione accolta

zione delle anzianità di servizio medie e alte, rispetto alle anzianità di servizio basse, anche se accompagnate dal possesso della laurea, il meccanismo dei punteggi produce la conseguenza di garantire l'accesso al percorso formativo al personale con maggiore anzianità di servizio). Censurabile è stata ritenuta anche la previsione della possibilità di accesso alla posizione a concorso per il personale sfornito del titolo di studio ordinariamente prescritto per tale posizione (accesso alla posizione C3), considerato che secondo il Giudice delle leggi « la deroga al titolo di studio previsto per l'accesso dall'esterno viola i principi di eguaglianza e di buon andamento » (l'assenza della laurea viene compensata da un'anzianità di servizio di 4 anni nella posizione economica C2 e di 8 nella posizione economica C1). Ulteriore violazione dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale è stata ravvisata nella prevista possibilità di transito alla posizione di direttore di cancelleria (C3) del personale in posizione C1, ricordandosi che la Corte costituzionale aveva altresì considerato illegittimo « l'accesso al posto messo a concorso anche da qualifiche non immediatamente inferiori ». In questo caso, invece, il regolamento della procedura consentirebbe agli ex collaboratori di cancelleria (in pratica gli appartenenti alla vecchia VII q.f. ora inquadrati come C1) di transitare per *saltum* alla posizione di direttore di cancelleria C3. A quest'ultimo riguardo deve anche aggiungersi che tale possibilità risulterebbe particolarmente censurabile alla luce dell'obiettiva scarsa consistenza del percorso formativo, le cui prove, secondo il Giudice dell'impugnazione, non appaiono idonee a garantire una seria e oggettiva verifica dell'idoneità degli ammessi al percorso formativo ad esercitare le delicate e complesse funzioni di direttore di cancelleria. Per cui la procedura in esame apparirebbe 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 del prescritto titolo di studio e in mancanza di un meccanismo di seria, oggettiva e trasparente verifica delle capacità » (l'illegittimità costituzionale di reinquadramento di massa, nelle forme di una « generalizzata cooptazione », e della genericità delle prove di esame, era apparsa illegittima alla Corte costituzionale già nella sentenza n. 1 del 1999).

dal Giudice delle leggi non sottraibile all'applicazione integrale dell'art. 97 cost..

Il passaggio fra « fasce funzionali », cui fa riferimento sia la Corte costituzionale che la Corte di cassazione è, quindi, verificabile anche nel contesto delle progressioni orizzontali, escludendosi di converso l'attribuzione alla contrattazione collettiva di una « competenza sulle competenze » in tema di giurisdizione (42).

9. The day after: *la crisi del sistema.*

La giurisprudenza costituzionale citata, al di là della *querelle* sulla spettanza della giurisdizione, ha determinato una vera esplosione del sistema. Se, infatti, la ricaduta di tale giurisprudenza sui sistemi negoziati di classificazione professionale è ovviamente indiretta, in quanto la Corte costituzionale non si pronuncia direttamente sulle scelte dei contratti collettivi, è tuttavia quasi pleonastica l'osservazione per cui ciò che non è consentito di fare alla legge non può neanche essere permesso ai contratti collettivi (43).

La prima conseguenza della giurisprudenza citata è connessa alla moltiplicazione del contenzioso, attivato da buona

(42) Riassuntivamente secondo il TAR Lazio la S.C., nell'ordinanza n. **10183** — nel parlare di area o fascia funzionale — non intendeva compiere una sorta di rinvio alle classificazioni del personale attualmente previste dai contratti collettivi, ma piuttosto voleva riferirsi alla qualifica, da intendersi come « livello funzionale di inquadramento connotato da un complesso determinato di mansioni cui corrisponde un complesso altrettanto determinato di responsabilità ». D'altra parte « ove il riferimento all'area o fascia funzionale della giurisprudenza della Cassazione si intendesse come rinvio alle classificazioni degli odierni contratti collettivi, la conseguenza sarebbe quella di sottoporre alla cognizione di giudici diversi procedure selettive prive di qualitativa differenziazione » (si pensi all'accesso alla « qualifica » C3, sempre di competenza dell'AGO e l'accesso a C1, sempre dell'AGA, e quelle su C2, alternativamente dell'AGO, per gli interni, e dell'AGA per i concorrenti esterni).

(43) Negli stessi termini TAR Lazio, 4 novembre 2004, n. 12370, per il quale « i contratti collettivi, pur nel contesto della cd. privatizzazione, giacché non può essere certo concesso alla contrattazione ciò che è vietato alla legge, sono assoggettati al limite del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume ex art. 1418 c.c. e le norme della costituzione costituiscono parametro per la verifica della loro validità ».

I parte dei dipendenti pretermessi dalle riqualificazioni operate nelle amministrazioni di appartenenza, i quali hanno promosso la lite proprio sulla base dei principi declinati dalla Corte costituzionale.

Solo un mese dopo la sentenza della Corte una rilevazione dell'ARAN individuò oltre 2000 cause intentate; non può ragionevolmente valere, quindi, il rilievo per cui la Corte decide sulle leggi e non sui contratti, quasi a sostenere una sorta di impermeabilità della contrattazione collettiva sul presupposto dell'autonomia dell'ordinamento intersindacale: se la Corte enuncia un principio di diritto esso ha cogenza in assoluto, perché ha carattere imperativo ed anche la contrattazione è tenuta ad adeguarvisi.

Dopo questo terremoto giudiziale il sistema era, quindi, divenuto instabile ed è toccato al Dipartimento della funzione pubblica gestire questa instabilità, preservandone l'unità contrastando le spinte centrifughe, riallocando nel corretto contesto delle competenze le diverse responsabilità. Innanzi tutto respingendo una doppia tentazione, favorita dalle ascendenze pubblicistiche ed autoritarie del pubblico impiego, fu scongiurata la possibilità di intervenire con legge, ribadendosi che la materia degli ordinamenti professionali è oramai dominio di autonomia privata collettiva. Fu poi contrastata anche la diversa seduzione, anacronistica ed antiggiuridica, di reinterpretare i contratti collettivi integrativi sulle progressioni professionali nell'ottica del provvedimento amministrativo, automodificabile in sede di autotutela.

Si suggerì invece una doppia strada, di breve e medio periodo.

Quella di breve periodo era costituita dalla richiesta, a cura della singola amministrazione interessata, di un parere all'Avvocatura dello Stato, quale organo di alta consulenza delle amministrazioni pubbliche, con la specifica missione di valutare la legittimità del contratto collettivo integrativo in relazione ai principi sanciti dalla Corte costituzionale. In esito a tale parere, eventualmente, il contratto sarebbe dovuto essere rinegoziato.

In realtà, nonostante il più delle volte l'Avvocatura abbia esternato motivate perplessità in ordine ai contenuti dei contratti integrativi sulle progressioni, gli stessi non sono stati quasi mai rinegoziati, perché le organizzazioni sindacali, sulla base di

una lettura innegabile sul piano giuridico, anche se altrettanto di « corto respiro », hanno difeso l'intangibilità degli assetti contrattualmente definiti sul presupposto che il contratto, anche dopo la sentenza della Corte, rimaneva giuridicamente perfetto, sebbene *sub iudice* in relazione a possibili dichiarazioni di illegittimità.

Dall'altra parte, le amministrazioni pubbliche interessate si sono trovate strette tra « Scilla e Cariddi », perché un altro parere dell'Avvocatura Generale dello Stato (44) ha correttamente rilevato come il dirigente che applichi un contratto *ictu oculi* illegittimo (*come è evidentemente da intendersi quello in contrasto con i principi sanciti dalla Corte Costituzionale*) è suscettibile di responsabilità per danno erariale, dovendosi in tali ipotesi rifiutarne l'applicazione ai sensi della vigente normativa sulla nullità « reale » contenuta nel d.lgs. n. 165 (*infra* § 5).

La situazione di *impasse* era notevole. Il contratto integrativo sulle progressioni — non rinegoziato in quanto (*pro tempore*) giuridicamente perfetto — obbligava il dirigente ad applicarlo ai sensi dell'art. 40, comma 4, del d.lgs. n. 165 (« *le pubbliche amministrazioni adempiono agli obblighi assunti con i contratti nazionali o integrativi dalla data della sottoscrizione definitiva..* »); d'altra parte lo stesso dirigente si esponeva — nel caso in cui lo applicasse - al rischio della sanzione di responsabilità contabile essendo tenuto a percepirne l'antigiuridicità(45). *Ergo*, in alcuni casi, le Amministrazioni più fortunate hanno sanato il conten-

(44) Parere del 5 febbraio 2003, espresso su richiesta del Dipartimento della funzione pubblica.

(45) Com'è noto, nel giudizio di responsabilità per danno erariale è chiamato a rispondere il funzionario che ha dato corso, con dolo o colpa grave, ad un provvedimento illegittimo (in giurisprudenza, per tutte, v. Corte conti, sez I, 24-6-1977, n. 39). Nel caso in commento, per l'espresso divieto contenuto nell'art. 40, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, sarebbe riconoscibile una responsabilità, sia dei soggetti di parte pubblica stipulanti il contratto illegittimo (che emanano gli eventuali atti di indirizzo, che ne autorizzano la sottoscrizione, che partecipano a diverso titolo alla procedura negoziale ad esempio con atti di controllo), sia di coloro che vi danno applicazione, essendo forniti di uno spazio di discrezionalità propria. In verità, una causa scriminante dovrebbe comunque riconoscersi in tutti i casi in cui il contratto presenti caratteristiche formali tali da indurre un legittimo affidamento sulla sua legittimità e conformità: ma tale eccezione, evidentemente, non potrebbe verificarsi dopo la forte presa di posizione del Giudice costituzionale e, a

I zioso in essere con una generale promozione dei pretermessi (il contenzioso cessava così non per una soluzione giudiziale o per una correzione contrattuale conforme al *dictum* costituzionale, ma per ... carenza di interessati); in altri casi, si sono determinati ritardi, stasi, sospensioni « prudenziali » dei procedimenti in corso; in altri casi ancora, si è dato corso ai contratti subendo gli effetti di pronunce giudiziali che potrebbero in ipotesi intervenire.

La seconda soluzione (quella di medio termine) si proiettava nel futuro, riferendosi ai necessari correttivi, resi innanzitutto in sede di redazione degli indirizzi per la tornata contrattuale 2002-05, per adeguare i contratti ai principi enunciati dalla Corte. Su tale aspetto si ritornerà in seguito.

10. *Fra pessimismi e speranze quasi una conclusione.*

Alcune conclusioni di sintesi e di prospettiva. La prima è che il sistema della contrattazione collettiva, dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro, introdotta nel 1993 e corretta nel 1998, sia pure nel contesto delle criticità esemplificate, ed anzi proprio con riferimento a queste ultime, mostra alcuni segni di maturità. È difficile trarre dagli stessi, però, indicazioni sufficienti per un, seppur cauto, ottimismo.

Si è fatto cenno alla tentazione di risolvere la situazione di *impasse* determinata dalle pronunce del giudice costituzionale attraverso soluzioni unilaterali, che avrebbero tradito lo spirito e l'effettività della riforma. Si è, invece, scelta la strada dalla valorizzazione dell'autonomia e della responsabilità dei *soggetti e del sistema* contrattuale. Si è confidato, cioè, sulle possibilità offerte al *sistema* di autoriequilibrarsi in via ordinaria attraverso un intervento mirato di tutti i *soggetti*, sulla loro capacità di intuire e correggere i punti di frizione fra norme, soluzioni contrattuali e prassi concrete. La soluzione ai problemi determinati dalla contrattazione collettiva dovrebbe essere fornita sul terreno delle fonti dallo stesso strumento giuridico contrattuale.

Si tratta di un *estremo* atto di fiducia: da come verrà gestito il

maggior ragione, ove sullo specifico contratto si sia espressa l'Avvocatura dello Stato riconoscendone l'illegittimità.

nuovo mandato alla contrattazione collettiva anche di secondo livello dipenderanno i complessivi sviluppi della materia e forse anche il suo futuro.

Seconda considerazione. Come si è già evidenziato, per restaurare un sistema squilibrato nemmeno pare auspicabile, *de iure condendo*, una soluzione che incida sul sistema normativo in essere: o depotenziando la portata dell'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, che salvaguarda l'adeguato accesso dall'esterno, o regolamentando attraverso legge il sistema della carriera, con un ritorno all'antico, o, ancora, restaurando una progressione per mera anzianità, perché, si afferma che l'anzianità — in quanto elemento automatico — « decongestiona » la pressione dei dipendenti pubblici, allentando la concomitante spinta per ascendere alle categorie superiori.

Queste soluzioni sembrano in buona parte peggiori del male.

Un semplice intervento di ingegneria normativa sull'art. 35, come cercherò di dimostrare in conclusione di questa riflessione, non risolve i problemi evocati dalla Corte costituzionale.

D'altra parte, l'esperienza dell'antico dovrebbe escludere ogni tentazione circa la restaurazione dei sistemi sclerotizzati del passato, almeno qualora la regolazione per legge importi l'azzeramento dell'autonomia contrattuale e/o la restaurazione delle rigidità criticate nella prima parte di questo scritto con inibizione *de facto* di sistemi di sviluppo di carriera. Prevedere percorsi di sviluppo professionale, invece, significa legare opportunità ed interesse organizzativo della P.A., in quanto attraverso la motivazione alla carriera si crea nei dipendenti la cultura del *saper fare* per *poter essere*, per crescere professionalmente nell'interesse ultimo del servizio pubblico.

Infine, mi sembrano da rifuggire tutti gli automatismi retributivi che negano la meritocrazia e premiano il dipendente per il solo fatto... di esistere *in ruolo*, provocando appiattimento e demotivazione (e che in questo caso sarebbero paragonabili ad una vera e propria dichiarazione di impotenza del legislatore, dopo tutti i *peana* sulle politiche retributive meritocratiche nel lavoro pubblico degli Anni '90).

Le soluzioni, invece, possono e debbono essere trovate all'interno del sistema contrattuale.

A questo riguardo, il Dipartimento della funzione pubblica,

I in sede di elaborazione degli indirizzi all'ARAN propedeutici alla tornata contrattuale 2002-05, ha fornito una serie di indicazioni abbastanza puntuali che, oltre a rivisitare il sistema alla luce dei famosi « quattro principi » enunciati dalla Corte costituzionale (adeguato accesso dall'esterno; ridimensionamento del principio di anzianità; selettività delle progressioni; esclusione del doppio salto di categoria), ha meglio determinato alcuni criteri, i quali, orientando la contrattazione della classificazione professionale, dovrebbero impedire « teleologicamente » la gestione degli istituti in modo non sintonico rispetto a quanto enunciato dal Giudice costituzionale.

In tali atti, che specificano la missione negoziale dell'ARAN, viene innanzitutto determinata percentualmente la quota di accessi dall'esterno (in misura maggioritaria), in modo di circostanziare quantitativamente la « congruità » richiesta dall'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, nel pieno rispetto dell'art. 97 Cost. e del principio di concorsualità.

Viene, quindi, chiarito che il principio dell'anzianità, criterio automatico e non meritocratico, deve essere valutato insieme agli altri principi (titoli professionali e culturali, esperienza di servizio intesa come acquisizione di abilità e professionalità certificate, progresso esercizio di mansioni superiori, ecc...): non deve essere escluso, ma non può certo diventare un criterio decisivo o preclusivo, come troppe volte è accaduto.

Inoltre, il principio di carattere selettivo-meritocratico dovrebbe essere garantito assicurandosi una progressione limitata ad una quota pre-determinata di personale. Per cui la selettività dovrebbe essere permessa anche dal numero dei posti messi a concorso, inferiori rispetto al complessivo numero dei partecipanti, e non solo in base alla capacità di bilancio o del fondo unico contrattuale dell'ente pubblico.

Sotto un *diverso* profilo, gli indirizzi contrattuali stabiliscono che tutte le posizioni all'interno dell'area/categoria sono meramente retributive, e che, quindi, il passaggio fra le posizioni non concreta un mutamento della prestazione lavorativa (non comporta, *cioè*, un fare qualcosa *di diverso* ma *un* ... farlo meglio) e che l'accesso dall'esterno avviene solo al « gradino » retributivo iniziale. In questa maniera si chiarisce altresì, sul piano dell'organizzazione del lavoro, che un dipendente può e deve essere

messo in grado di progredire retributivamente anche senza essere costretto a mutare mansioni di inquadramento.

La trasformazione delle posizioni giuridiche in posizioni economiche all'interno dell'area stempera anche il problema del cosiddetto doppio salto, l'adeguato accesso dall'esterno dovrebbe essere misurato percentualmente a livello di dotazione complessiva di area/profilo. In sintesi, si costituisce un sistema in cui il dipendente accede per concorso al primo profilo economico dell'area e procede successivamente nella stessa tramite progressione professionale non concorsuale.

L'insieme delle misure ipotizzate da tali atti di indirizzo ⁽⁴⁶⁾ dovrebbero evitare per i predetti profili ulteriori censure della Corte costituzionale, che collega al passaggio fra posizioni economiche una modificazione di stato giuridico sul presupposto della modificazione delle mansioni attribuite.

I contratti collettivi 2002-05 hanno però preso atto dell'invito contenuto nei predetti atti di indirizzo in maniera parziale.

I comparti che avevano già disciplinato i sistemi di progressione professionale attraverso i CCNL del periodo **1998-01**, dato anche il grande ritardo del rinnovo contrattuale (avvenuto a biennio economico pressoché scaduto), si sono concentrati sulle dinamiche retributive (recupero del differenziale inflattivo, anticipazione dell'inflazione programmata, percentuale di incremento da destinare a produttività), tralasciando la ristrutturazione dei sistemi di classificazione professionale, rinviata ad una successiva sessione negoziale sulla base delle risultanze dei lavori di apposite commissioni paritetiche all'uopo costituite (ad es. i *CCNL Regioni ed Enti locali, Enti pubblici non economici, Ministeri*).

Per questi comparti, quindi, il giudizio è necessariamente sospeso.

Ciò che i contratti hanno comunque tenuto a ribadire (*sic!*) è la piena vigenza, in ogni caso, dei pregressi contratti integrativi ed il carattere « privatistico » e non concorsuale delle progressioni verticali ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr., per tutti, l'atto di indirizzo per il comparto ministeri e quello sulle « *Priorità dei rinnovi contrattuali* », propedeutico — per tutti i comparti di contrattazione — alla tornata contrattuale attualmente in corso.

⁽⁴⁷⁾ Vedi ad es. l'art. 8, comma 4, del CCNL del comparto Ministeri

I I comparti di nuova costituzione (*come quello delle Agenzie fiscali e della Presidenza del Consiglio dei Ministri*), non vincolati dal pregresso sistema di classificazione, invece, hanno avallato un modello perlopiù corrispondente alle indicazioni degli atti di indirizzo.

La terza considerazione è un monito, anzi due.

Occorre insegnare all'Amministrazione a divenire, come le norme ipotizzano, l'effettivo « datore di lavoro » di parte pubblica, che negozia sul tavolo delle relazioni sindacali come reale controparte, anche pronta a sganciarsi dalla logica del consenso « ad ogni costo ».

Una ricerca dell'ARAN, più volte citata in questo scritto, mostra come a livello decentrato l'evento della rottura delle trattative da parte pubblica sia un evento ben più che sporadico e si verifichi in poco più dell'uno per cento dei casi⁽⁴⁸⁾. Ciò significa che l'Amministrazione non è ancora avvezza a gestire il conflitto come caratteristica ineliminabile di un sistema moderno e compiuto delle relazioni industriali, il quale importa che, in virtù della posizione di alterità rispetto alla controparte, l'amministrazione rappresenti e difenda interessi che *possono* trovarsi in contrasto con quelli dei dipendenti. Continua quindi a non esistere un datore di lavoro pubblico consapevole dei propri interessi e attrezzato ed interessato a tutelarli⁽⁴⁹⁾, a volte mancano le competenze sul terreno dell'organizzazione e dei rapporti sindacali, in ogni caso appare pervasiva la logica politica che, sul terreno delle relazioni collettive, identifica nuovamente il datore di lavoro pubblico con l'organo politico⁽⁵⁰⁾.

2002-05 e la dichiarazione congiunta n. 1 al CCNL del comparto Regioni ed autonomie locali 2002-05.

⁽⁴⁸⁾ Ancora BORDOGNA, cit., che ricorda come l'evento opposto (rottura delle trattative per decisione sindacale) si verifichi invece più di una volta su tre.

⁽⁴⁹⁾ SALVATI, *I limiti di un sindacato senza antagonisti*, in LETTIERI (a cura di), *Ripensare il sindacato*, Franco Angeli, Milano, 1989.

⁽⁵⁰⁾ Gli episodi conflittuali si presentano ancora di minor frequenza nel caso di mancanza nelle pp.aa. di uffici specializzati per le relazioni sindacali (assenti in circa in un'amministrazione su tre) e allorché il capo delegazione sia un politico, circostanza che si verifica ancora circa in un terzo dei casi (cfr. la ricerca Aran). Il consenso rimane la regola, in un sistema in cui solo il sindacato sembra saper fare il proprio mestiere (si divide, litiga per le piatta-

« *In principio vi sono le funzioni* », con una famosa affermazione di tenore vagamente biblico, ricordava Massimo Severo Giannini. Occorre ora che l'Amministrazione torni a considerare l'interesse primario dell'organizzazione, che si ordina sulle funzioni, nell'ottica dell'interesse pubblico di cui è portatrice, anche in posizione di forte antagonismo, se necessario, rispetto alle proprie controparti. Non esiste un diritto alla carriera dei dipendenti, come i giudici, costituzionali e non, si premurano di ribadire ogniqualvolta vengono interpellati ⁽⁵¹⁾, ed è chiaro che fra organizzazione ed inquadramento sussiste uno stretto legame che si articola in termini di presupposizione sostanziale, per cui l'inquadramento non può precedere, ma deve seguire l'organizzazione.

E una modificazione culturale prima di tutto, che richiede una serie di acquisizioni ulteriori, come una dirigenza davvero autonoma rispetto alla politica, nonché corpi tecnici fortemente preparati per gestire i tavoli di negoziazione. Si tratta ad ogni modo di un corollario indispensabile per recuperare la rotta dalle relazioni collettive del pubblico impiego e, a ben vedere, anche uno dei presupposti della riuscita della riforma che, altrimenti, rischia di impantanarsi sulla scorta della spinta contrastante dei suoi nemici che predicano senza indugi — anche sulla scia di queste esperienze — un ritorno al diritto pubblico.

In secondo luogo il monito è nella stessa Costituzione e nei valori da questa tutelati.

Nel nostro sistema il principio di concorsualità è sancito dalla Carta Fondamentale in maniera icastica e non negoziabile. Raramente la Corte costituzionale è stata così perentoria nel ribadire la portata.

forme, rompe le trattative, si disloca su più tavoli, minaccia lo sciopero, sia pure senza attuarlo, ma sfruttando l'annuncio dell'azione di autotutela come strumento di pressione della controparte).

(51) V., per tutte, TAR Calabria - Catanzaro, 11 marzo 2002, n. 567, che dopo aver chiarito che la determinazione delle dotazioni organiche è in funzione dell'interesse dell'Amministrazione e non della carriera dei dipendenti, riconosce l'interesse legittimo del cittadino (non dipendente), che ha azione per impugnare il piano di reclutamento o la programmazione triennale del fabbisogno del personale, allorché lo stesso preveda la copertura dei posti vacanti per mera progressione interna.

I Anche abrogando l'art. 35 del d.lgs. n. 165, che applica tale principio attraverso la clausola del « congruo accesso dall'esterno » quindi, non si risolverebbe il problema evocato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Perché delle norme deve essere effettuata una lettura ordinale: prima va considerato l'art. 97 della Costituzione, poi le norme di legge, poi quelle di contratto. E il principio che è nella Costituzione è quello per cui la regola generale è quella della concorsualità, che può essere solo derogato. Ma se la deroga si estende fino a diventare regola, regola principale e non subordinata — assenti i requisiti di ragionevolezza che la giustificano ⁽⁵²⁾ — essa diventa incompatibile con il principio di concorsualità e sarà sempre censurata dalla Corte costituzionale a prescindere dagli sforzi di « creatività » del legislatore o degli agenti negoziali.

(52) La Corte costituzionale non nega al legislatore la possibilità di derogare al concorso pubblico ai sensi del terzo comma dell'art. 97 Cost., ma richiede l'esistenza di « peculiari ragioni giustificatrici » da verificare in concreto e, per tal guisa, esercita un penetrante giudizio di ragionevolezza. Tali ragioni sono state di volta in volta riscontrate nel pregresso esercizio di mansioni superiori, nell'esistenza delle « specifiche » professionalità idonee a ricoprire il posto messo a concorso solo all'interno dell'amministrazione che bandisce il concorso, nel particolare vincolo fiduciario che giustifica la scelta *intuitu personae* negli uffici di diretta collaborazione degli organi politici (Corte costituzionale, 24 luglio 2003, n. 274, 4 dicembre 2002, n. 517, 23 luglio 2002, n. 373, 29 maggio 2002, n. 218, 16 maggio 2002, n. 194, 4 gennaio 1999, n. 1, 30 ottobre 1997 n. 320, 27 aprile 1995 n. 134, 29 dicembre 1995 n. 528 20 luglio 1994 n. 314, 27 dicembre 1991 n. 487 e 4 aprile 1990 n. 161).