

**prof. Marco Mazzamuto**  
**associato di diritto amministrativo**  
**Università di Palermo**

**Al Cobas Codir**  
**Palermo**

Riflessioni sulla legittimità delle progressioni orizzontali e verticali

1. Secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, nell'ambito del pubblico impiego, il passaggio ad una qualifica superiore dà luogo ad una vera e propria "assunzione", con la conseguente sottoposizione alla disciplina dell'art. 97 Cost. ("agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge"):

"il passaggio ad una fascia funzionale superiore, comportando l'accesso ad un nuovo posto di lavoro, corrispondente a funzioni più elevate, è una figura di reclutamento soggetta alla stessa regola del pubblico concorso. È vero che a quest'ultima il legislatore può derogare, in presenza di peculiari situazioni giustificatrici, adottando criteri diversi, con una discrezionalità che trova pur tuttavia il suo limite nella necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione" (C. cost. n. 313/1994; nello stesso senso n. 487/1991, 528/1995, 320/1997, 1/1999, 194/2002, ord. 2/2002, e da ultimo ancora la sentenza n. 218 del 29 maggio 2002).

Tale orientamento ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità di svariate norme di legge che configuravano il passaggio ad una fascia funzionale superiore attraverso procedure che, da un lato, non rispondevano ai presupposti minimi del pubblico concorso, d'altro lato, non erano supportate da peculiari ragioni giustificatrici di una deroga alla regola concorsuale.

Si sono così annullate leggi:

-che prevedevano nei limiti dei posti vacanti, l'inquadramento "nella qualifica immediatamente superiore a quella rivestita" dei dipendenti non dirigenti dell'ERSAL (Ente regionale di sviluppo agricolo nel Lazio) che abbiano "diretto di fatto per almeno tre anni", tra il 1° gennaio 1983 ed il 16 febbraio 1988, "strutture a livello di ufficio formalmente esistenti alla data del 1° gennaio 1983", e che i posti disponibili nella seconda qualifica dirigenziale siano ricoperti mediante concorso "interno" e "riservato al personale dell'ERSAL inquadrato nella prima qualifica dirigenziale con almeno cinque anni di anzianità nella qualifica (313/94);

-che prevedevano l'automatico reinquadramento all'ottavo livello del personale, con laurea ed anzianità di servizio in carriera, non inferiore a quella di concetto, di almeno dieci anni (C. cost. 320/1997);

- che prevedevano che “i posti disponibili nelle dotazioni organiche dei livelli dal quinto al nono degli uffici finanziari vengano coperti attraverso procedure finalizzate alla riqualificazione del personale” (1/1999 e 194/2002).

In sostanza, la corte costituzionale, partendo dal presupposto che i passaggi ad una fascia funzionale superiore costituiscano una “assunzione” e siano dunque soggetti alla regola concorsuale dell’art. 97 cost., ha sottoposto ad uno stretto scrutinio tutte quelle procedure alternative (concorsi interni, progressioni etc) che non sembrano rispondere al parametro costituzionale.

Sono così sanzionate le procedure riservate agli interni, in quanto “ il modello concorsuale richiede che la selezione avvenga con criteri di pubblicità, tali da prevedere e consentire la partecipazione anche agli estranei, assicurando così il reclutamento dei migliori” (313/94); o che utilizzano, come criterio di selezione, la preposizione “di fatto” a determinate mansioni superiori o “l’anzianità di servizio”, non trattandosi di per sé criteri idonei “a garantire l'accertamento della professionalità dei dipendenti ed il possesso dei requisiti richiesti per l'esercizio delle mansioni superiori” (C. cost. 320/1997).

Né tali principi vengono di per sé messi in discussione dalla cd. “privatizzazione” del pubblico impiego, anzi troverebbero in quest’ultima ulteriore valorizzazione.

Si è infatti esplicitamente affermato che “l’abnorme diffusione del concorso interno per titoli nel passaggio da un livello all’altro produce una distorsione che, oltre a reintrodurre surrettiziamente il modello delle carriere in una nuova disciplina che ne presuppone invece il superamento, si riflette negativamente anche sul buon andamento della pubblica amministrazione”, poiché “contraddice il disegno di riforma sinteticamente qualificato “privatizzazione del pubblico impiego”, attraverso il quale il legislatore ha inteso garantire, senza pregiudizio della imparzialità, anche il valore dell’efficienza, grazie a “strumenti gestionali” che consentano di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua più flessibile utilizzazione” (C. cost. 1/1999).

Tale orientamento si riflette inoltre sulla questione del riparto di giurisdizione. Se infatti l’accesso ad una fascia funzionale superiore costituisce un’assunzione, quindi secondo le regole concorsuali, si rientrerebbe nell’ambito della giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 63 d.lgs. n. 165/2001 per il quale “restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni” (ord. 2/2002).

2. Secondo la giurisprudenza della Cassazione civile, nella veste di giudice della giurisdizione, il passaggio ad una fascia funzionale superiore rientrerebbe

invece, ai sensi dall'art. 68 d.lgs. n. 165/2001, nella giurisdizione del giudice ordinario, cui competono le controversie attinenti al rapporto di lavoro.

Il presupposto di tali statuizioni, diversamente da quanto affermato dalla corte costituzionale, è che il passaggio ad una fascia funzionale superiore non darebbe luogo ad una nuova assunzione, bensì ad una progressione di carriera nell'ambito del rapporto di lavoro già esistente:

“è certamente non corretto ricondurre al concetto di assunzione il passaggio dei dipendenti da una certa qualifica ad un'altra poiché detto passaggio attiene ad una vicenda modificativa del rapporto di regola senza novazione del medesimo e quindi senza estinzione del precedente e contestuale costituzione di uno nuovo” (Cass. civ. sez. un. n. 128/2001; ma vedi anche n. 7859/2001, 15602/2001 e, da ultimo, 26 giugno 2002, n. 9334; nella giurisprudenza di merito, ad es., Trib. Trapani sez.lav. Ord. 2 gennaio 2001).

Questo orientamento trova riscontro nell'oramai prevalente giurisprudenza amministrativa.

Riguardo ad una “procedura selettiva di avanzamento per progressione di carriera riservata a personale già dipendente” (Cons. st., sez. IV, ord. 11 dicembre 2001, n. 6522); o ad un “concorso interno” (CGA sez. giur. 6 agosto 2002, n. 520; Cons. st. sez. VI 23 settembre 2002, n. 4820; Cons. st. sez. V ord. 11 ottobre 2002 n. 4418; ma vedi anche nella giurisprudenza dei Tar: Tar Palermo sez. I 11 novembre 2002, n. 3836; Tar Piemonte sez. II n. 2257/01, Tar Veneto sez. III n. 2509/2001, Tar Basilicata n. 894/01; Tar Campania Salerno sez. II n. 254/2002; Tar Lombardia Milano sez. II 194/2003; per completezza, in senso contrario, devono menzionarsi Cons. st. sez. I 3 luglio 2002 e Tar Umbria 31 maggio 2001, n. 307).

Se ne ha riscontro inoltre in alcuni pronunciamenti di autorità amministrative.

E' il caso del parere del 12.04.2000 dell'ARAN, secondo il quale "A seguito dell'entrata in vigore del CCNL del 31.3.1999 sul nuovo modello di classificazione del personale, si è indubbiamente realizzata la netta distinzione tra le procedure selettive o concorsuali pubbliche, affidate al regolamento dell'Ente nel rispetto dei principi stabiliti dagli artt. 36 e 36-bis del D.Lgs. n. 29/93, e le procedure selettive interne, meglio definite "progressioni verticali nel sistema di classificazione" dall'art. 4 del CCNL citato”.

O, ancora, del parere n. 76/2002 del Dipartimento della funzione pubblica che, al fine di sottrarre un concorso interno al divieto di assunzione di personale a tempo indeterminato previsto dall'art. 19 L. n. 448/2001 (Finanziaria 2002), ha affermato che tali procedure “comportando una progressione economica e professionale del personale attuata mediante passaggi all'interno delle aree ovvero tra diverse aree professionali e non una immissione ex novo di personale dall'esterno, non rientrano nel concetto di assunzione”.

Sul piano legislativo permangono peraltro diverse disposizioni che confermano l'esistenza di percorsi di progressione della carriera attraverso modalità alternative a quelle del pubblico concorso.

Così l'art. 52, co. 1, Dlgs n. 165/2001 (ex art. 56 Dlgs. n. 29/93, recepito in Sicilia dall'art. 23 l. r. n. 10/2000) dispone che il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni "corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive". E poiché il rapporto di lavoro è per altro verso rimesso alla contrattazione collettiva (art. 40, co. 1, Dlgs n. 165/2001; art. 22 l. r. n. 10/2000), è in quest'ultima sede che sono state definite quelle procedure (ad es progressioni orizzontali) che andrebbero a strutturare i percorsi dello "sviluppo professionale" in alternativa appunto alle procedure concorsuali o selettive. Sebbene il Testo unico non sia al riguardo del tutto coerente, se è vero, come è stato pure sostenuto, che "la qualificabilità come concorso di assunzione nella pubblica amministrazione di un concorso interno, cioè integralmente riservato a dipendenti della pubblica amministrazione inquadrati in una situazione giuridica diversa da quella oggetto del concorso stesso, è confermata dall'art. 35 del D.Lgs. n.165 del 2001, che in riferimento alle procedure selettive di assunzione prevede l'accesso dall'esterno e dall'interno (la norma stabilisce che le procedure selettive devono garantire in misura adeguata l'accesso dall'esterno escludendo così che alla partecipazione al concorso dall'interno dell'amministrazione sia riservata una aliquota di posti tale da escludere che l'accesso dall'esterno sia assicurato in maniera adeguata) ed esplicita quindi che l'accesso dall'interno ad una selezione pubblica comporta, in caso di superamento della procedura, l'acquisizione di un diverso status, l'assunzione nella pubblica amministrazione in una posizione diversa da quella precedente, cioè una nuova assunzione sic et simpliciter" (così Tar Puglia Lecce sez. II n. 583/2002).

O ancora la disposizione introdotta dall'art. 6, comma 12, legge 127/1997 per la quale gli enti locali "possono prevedere concorsi interamente riservati al personale dipendente, in relazione a particolari profili o figure professionali caratterizzati da una professionalità acquisita esclusivamente all'interno dell'ente".

Da ultimo significativo è anche l'art. 34, comma 3, legge n. 289/2002 (finanziaria 2003): "sino al perfezionamento dei provvedimenti di rideterminazione di cui al comma 1, le dotazioni organiche sono provvisoriamente individuate in misura pari ai posti coperti al 31 dicembre 2002, tenuto anche conto dei posti per i quali alla stessa data risultino in corso di espletamento procedure di reclutamento, di mobilità o di riqualificazione del personale". La disposizione infatti legittima le procedure di riqualificazione del personale in corso di espletamento, cioè di una delle modalità, alternative alle procedure concorsuali, per la progressione della carriera.

3. Evidente è dunque il conflitto tra la giurisprudenza costituzionale e la giurisprudenza di cassazione.

Né appare risolutivo per attenuare il contrasto che, riguardo alla questione di giurisdizione, si sia voluto sottolineare che l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario non confliggerebbe con quanto ritenuto dalla Corte costituzionale nella citata ordinanza n. 2/2002 (così Cass. civ. sez. un. 128/2001 cit. "non rileva in alcun modo la recente ordinanza della Corte Costituzionale n. 2 del 2001, resa nella

diversa fattispecie di bando di concorso per esterni all'ente, con riserva di posti per gli interni"; nello stesso senso Tar Basilicata n. 894/01, Tar Campania Salerno sez. II n. 254/2002 e Tar Lombardia Milano sez. II 194/2003 cit.).

Al di là della questione di giurisdizione, il vero punto è di diritto sostanziale (che si porrebbe anche qualora fosse rimasta in vigore la originaria giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e non vi fosse dunque un problema di riparto della giurisdizione).

Sono le pubbliche amministrazioni in ogni caso tenute al rispetto della regola concorsuale nel passaggio ad una fascia funzionale superiore?

La risposta della giurisprudenza costituzionale è sul punto chiaramente positiva. Né tale assunto viene scalfito dalla "privatizzazione" del pubblico impiego, che non sottrarrebbe il legislatore e l'amministrazione ai principi dell'art. 97 cost.. Ovviamente, ciò comporta che tutte le disposizioni legislative di segno diverso, comprese quelle che rimandano alla contrattazione collettiva (nella parte in cui non vincolano quest'ultima al rispetto dell'art. 97), sono potenzialmente suscettibili di venir dichiarate incostituzionali.

La risposta della giurisprudenza civile (e di quella amministrativa) è invece "implicitamente" negativa. La Cassazione infatti perviene alle sue citate conclusioni sulla giurisdizione del giudice ordinario, grazie al fatto che non mette in discussione o più esattamente non solleva la questione di costituzionalità delle norme legislative sulla base delle quali, anche attraverso l'intermediazione della contrattazione collettiva, si consentono progressioni di carriera con procedure non corrispondenti ai requisiti minimi del modello concorsuale.

Emblematico è, ad es., il caso della sentenza 128/2001 cit.: viene evocato l'art. 6, comma 12, legge 127/1997 –che prevede concorsi interamente riservati al personale dipendente- e si conclude che "tale essendo il quadro normativo" (legislativo!), si sarebbe al di fuori delle procedure concorsuali per l'assunzione.

Ovviamente, su queste basi, ancor meno si pone "direttamente" una questione di invalidità dei contratti collettivi per contrarietà ai principi dell'art. 97 cost.

4. Rimane tuttavia un ambito di "parziale" composizione degli opposti orientamenti giurisprudenziali.

La portata della giurisprudenza costituzionale è essenzialmente rimessa al concetto di "passaggio ad una fascia funzionale superiore" o ad una "qualifica superiore" (vedi C. cost. ord. n. 2/2001 cit.). Non è dunque "qualsiasi" avanzamento a determinare la sottoposizione ai principi dell'art. 97.

.Del resto, se si attribuisse al passaggio di qualifica un significato onnicomprensivo, si arriverebbe all'estrema e inaccettabile conseguenza che, nella pubblica amministrazione, non sia possibile "alcuna" progressione di carriera, all'interno cioè del rapporto di lavoro già esistente.

Fondamentale è allora la delimitazione di tale nozione

Secondo autorevole dottrina la qualifica non sarebbe altro che una "variante semantica" delle mansioni (G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*,

Napoli, 1963, p. 32). Dunque, il “passaggio ad una fascia funzionale superiore” o ad una “qualifica superiore” consisterebbe nel passaggio a diverse e superiori mansioni.

A tale ipotesi non pare possa equipararsi il caso di una progressione “economica” cui non corrisponde una articolazione delle mansioni.

Così la riclassificazione dei dipendenti della Regione siciliana (Decreto presidenziale n. 9/2001) distingue quattro categorie (A, B, C e D) all’interno delle quali sono indicati una serie di profili (Tabella “B”) cui non sembra tuttavia corrispondere una progressione economica. In altre parole, la progressione economica all’interno di ciascuna categoria non comporterebbe alcun mutamento delle mansioni, ma sarebbe determinata secondo altri criteri (art. 6 del contratto collettivo recepito con Decreto presidenziale n. 10/2001).

In un siffatto assetto contrattuale deve dunque ritenersi che le qualifiche cui fa riferimento la giurisprudenza costituzionale corrispondano alle “categorie” e dunque ai passaggi tra una categoria e l’altra, ma rimangano estranee alla progressione economica interna a ciascuna categoria.

In definitiva, per le cd. progressioni “orizzontali”, che non comportano il passaggio a mansioni superiori: si è al di fuori di un passaggio di qualifica, nel senso utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale; non si ha quindi una nuova assunzione, ma una progressione di carriera; non vi è la sottoposizione alla regola concorsuale dell’art. 97 cost.; la materia è integralmente rimessa alle determinazioni della contrattazione collettiva; sussiste la giurisdizione del giudice ordinario.

5. Il conflitto giurisprudenziale rimane invece non componibile riguardo al passaggio da una categoria all’altra, cioè nel caso delle cd. progressioni “verticali”.

Perplexità suscita, rispetto ai parametri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, la disciplina della progressione “verticale” di cui ai Decreti presidenziali n. 9/2001 e n. 10/2001 (Regione siciliana) di recepimento di accordi collettivi: in sede di riclassificazione del personale in attuazione dell’art. 5 l. r. 10/00, si prevedono infatti “per i posti resisi disponibili a seguito di pensionamenti anticipati nonché per quelli di nuova istituzione (...) procedure selettive riservate al personale interno, che potrà accedere alle diverse posizioni anche per profili professionali per i quali sarà necessario attivare processi di riqualificazione” e che “dette procedure selettive saranno interamente riservate al personale interno in possesso di adeguati requisiti e professionalità acquisiti all’interno dell’Amministrazione” (D.P. n. 9/01); nonché “processi di selezione riservati ai dipendenti”, confinando “le procedure pubbliche di accesso dall’esterno per profili professionali non esistenti all’interno delle amministrazioni” o per i quali “la selezione interna ha avuto esito negativo”, o che consente “la partecipazione del personale interno anche prescindendo dai titoli di studio ordinariamente previsti per l’accesso dall’esterno” (D.P. 10/01 art. 5 del contratto collettivo).

In questo senso, si è pronunciata l’Avvocatura Distrettuale dello Stato, che, evocando la giurisprudenza costituzionale, ha ritenuto la suddetta disciplina

contrattuale contraria a norme imperative e dunque nulla ai sensi dell'art. 1418 c. c. (29. 10.02, n. 1251).

Né, in effetti, sembrano sussistere nel caso di specie quelle "peculiari situazioni giustificatrici" che hanno condotto a volte ed eccezionalmente la giurisprudenza costituzionale ad ammettere deroghe alla regola concorsuale (ad es. di recente ord. n. 517/2002).

D'altra parte, non si può sottacere che, nonostante i pronunciamenti della Corte costituzionale, sia la giurisprudenza civile, sia la giurisprudenza amministrativa persistono chiaramente, anche nelle decisioni più recenti (non escluse quelle dei giudici isolani), nel loro diverso orientamento. E non si può anche non tenere conto del fatto che le amministrazioni sono tenute al rispetto delle norme di legge e, indirettamente, dei contratti collettivi cui tali norme rimandano, finché almeno tali disposizioni legislative non vengano dichiarate incostituzionali.

Ciò determina evidentemente una situazione di grave imbarazzo.

Quel che è certo è che le amministrazioni dovranno effettuare delle scelte appoggiandosi all'uno o all'altro orientamento, ma nella consapevolezza dei rischi che ciascuna scelta può comportare, dato il rilievo di un contrasto giurisprudenziale che addirittura coinvolge i massimi organi giurisdizionali e di cui è difficile prevedere quali saranno gli esiti finali.

Sul piano concreto, le amministrazioni potranno adottare due differenti strategie.

Non dare corso alle previsioni contrattuali, esponendosi alle azioni degli interessati (presumibilmente di fronte al giudice civile) e opponendo in sede giurisdizionale la questione di legittimità costituzionale.

In tal caso, il giudice civile: a) potrebbe in effetti sollevare la questione di costituzionalità, il che porterebbe, allo stato, ad una probabile pronuncia di accoglimento del giudice costituzionale (il quale potrebbe però, con pronuncia interpretativa di rigetto, salvare la norma legislativa, interpretandola in conformità all'art. 97 Cost., e configurare implicitamente la illegittimità dei soli contratti collettivi di attuazione) e conseguentemente ad un rigetto dell'azione civile per difetto di giurisdizione; b) ovvero, in un'ottica di frontale contrapposizione con la giurisprudenza costituzionale, potrebbe dichiarare la questione di costituzionalità manifestamente infondata ed entrare nel merito dell'azione civile.

Le amministrazioni potrebbero invece dare corso alle previsioni contrattuali, esponendosi questa volta alle eventuali azioni (presumibilmente di fronte al giudice amministrativo e sempre che non vi siano problemi di tardività del ricorso) di coloro che, aspirando ad un impiego pubblico, lamentano il mancato esperimento di procedure concorsuali. Ovviamente anche qui potrebbe sollevarsi la questione di costituzionalità, ma con un'inversione del ruolo delle parti, ed anche qui il giudice amministrativo si troverebbe di fronte ad una simile alternativa: il giudice amministrativo potrebbe in effetti sollevare la questione di costituzionalità, il che porterebbe, allo stato, ad una probabile pronuncia di accoglimento del giudice costituzionale (o interpretativa di rigetto), alla giurisdizione del giudice

amministrativo e presumibilmente ad un accoglimento del ricorso, ovvero, ancora una volta in un'ottica di frontale contrapposizione con la giurisprudenza costituzionale, potrebbe dichiarare la questione di costituzionalità manifestatamente infondata e rigettare il ricorso per difetto di giurisdizione.

Né potrebbe essere al riguardo risolutivo un intervento del legislatore regionale che esplicitamente faccia proprio l'orientamento della giurisdizione ordinaria e amministrativa, in quanto anche un siffatto intervento sarebbe a sua volta astrattamente suscettibile di annullamento per illegittimità costituzionale.

Palermo 20 marzo 2003

prof. Marco Mazzamuto

