

SULL'APPLICAZIONE "COSTITUZIONALE" DELLE NORME SULLA "STABILIZZAZIONE" DEL PERSONALE PRECARIO DELLA P.A. AD OPERA DELLA FUNZIONE PUBBLICA

Il Dipartimento della Funzione Pubblica in risposta ad un quesito espresso dall'Istat, ha formulato un parere (nr.2/2008) che per le conclusioni cui portano le "succinte" argomentazioni in esso contenute, hanno suscitato non poche perplessità fino al punto di aver spinto l'Anci ad invitare lo stesso Dipartimento a mutare orientamento.

Si tratta su come intendere la reale portata delle disposizioni contenute originariamente nella legge nr.296/2006 e successivamente nella legge nr.244/2007 a riguardo della cd."stabilizzazione" del personale precario della p.a.

In particolare nel predetto parere si afferma che "La stabilizzazione... è un reclutamento speciale riservato ad una platea definita di soggetti, esattamente come quello previsto per il personale interno con le progressioni verticali .." ed in conseguenza per la sua corretta applicazione occorre rispettare" il vincolo più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale di garantire l'adeguato accesso dall'esterno, in misura non inferiore al 50 per cento dei posti utilizzati..".

Le conclusioni cui giunge l'indicato Dipartimento, traggono spunto dall'ormai consolidato orientamento della Corte costituzionale che, assumendo a parametro la disposizione contenuta all'art.97 della Costituzione, ha costantemente riconosciuto nel concorso pubblico la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego (tra le molte, sentenze n.205/2006, n. 34 del 2004, n.205/2004, n. 194 del 2002 e n. 1 del 1999).

Le eccezioni a tale regola, consentite dallo stesso art. 97 Cost., purché disposte con legge, debbono rispondere a «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico» (Corte cost. sentenza n. 81 del 2006).

E' da notare, però, che l'indicato limite del 50% non è dato riscontrarlo in alcuna sentenza della Corte costituzionale, ma risulta essere una "creazione" della prassi amministrativa operata dopo la pubblicazione delle prime pronunce della stessa Corte sulla regola del pubblico concorso per l'accesso al lavoro nella p.a., per sostenere una lettura "costituzionalmente" conforme di quell'istituto contrattuale che sotto il nome di progressione verticale, generalizzava nel pubblico impiego il concorso interno per l'accesso alle categorie professionali superiori.

La preoccupazione del Dipartimento della Funzione Pubblica di non infrangere, con riguardo a tale disciplina legislativa, il dettato costituzionale contenuto nel citato art.97, secondo la chiara lettura di esso data dalla Corte costituzionale, risulta essere, ad avviso di chi scrive, sproporzionata rispetto all'effettiva portata della stessa disciplina ed eccessiva per le conclusioni cui giunge.

Occorre innanzitutto rilevare come non spetti al Dipartimento della Funzione Pubblica, ma al giudice delle leggi, la Corte costituzionale, limitare l'impatto di una legge per una sua presunta lettura conforme alla Costituzione, soprattutto se si considera che in materia di accesso al pubblico impiego l'art.97 della cost., consente allo stesso legislatore di derogare al principio del concorso pubblico.

Spetta, in conseguenza, alla Corte costituzionale valutare se il legislatore abbia utilizzato la deroga in presenza delle predette “peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico”, tenendo presente che un eventuale giudizio negativo avrebbe l’effetto di cancellare le stesse disposizioni legislative e non una loro particolare interpretazione.

La stessa Corte costituzionale, infatti, in un precedente giudizio d’incostituzionalità concernente una legge della Regione Umbria che prevedeva nei concorsi pubblici per l’accesso ai ruoli organici regionali una riserva di posti del 40% a favore di soggetti che avessero avuti in precedenza rapporti di lavoro con l’amministrazione regionale, ha avuto modo di affermare che “..Una volta esclusa la presenza di ragioni che giustificano detta deroga, risulta, d’altra parte, irrilevante la misura percentuale della quota riservata..” (sent. nr. 205/2006, dello stesso tenore la sentenza nr. 81/2006). In conseguenza, la presunta incostituzionalità delle disposizioni contenute all’art. 1, della legge nr. 296/2006 commi 526 e 558 (per quanto riguarda le autonomie locali) e le correlate della legge nr. 244/2007 (art. 3, commi 90 e 94), della quale sembrerebbe essere convinto il Dipartimento della Funzione Pubblica, dovrebbe portare quest’ultimo ad invitare le Amministrazioni ad un’integrale disapplicazione delle predette disposizioni e non a contenerne la loro portata attraverso l’indicazione di limiti quantitativi non previsti dallo stesso legislatore e non risultanti dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale.

In altri termini, quell’equilibrato rapporto tra accesso pubblico e riservato nell’impiego pubblico, che dal tenore del parere del Dipartimento della Funzione Pubblica sembrerebbe discendere dalla lettura dell’art. 97 della Cost. ad opera della Corte costituzionale, posto che sussista, dovrebbe costituire criterio di orientamento per il legislatore per derogare alla regola costituzionale del concorso pubblico e non principio interpretativo di una legge in materia.

Un tale modo di procedere, infatti, costituisce un’indebita introduzione di limiti non previsti dallo stesso legislatore al quale, invece, spetta eventualmente di indicarli. Peraltro, esiste già un istituto nel pubblico impiego apertamente contrario alle previsioni dell’art. 97 della Costituzione e sul quale non risulta essersi abbattuta la “scure interpretativa secondo Costituzione” del Dipartimento della Funzione Pubblica. Ci si riferisce alle già citate “progressioni verticali” previste non da una legge, ma da un contratto collettivo (art. 4. ccnl 31-3-1999), in aperto contrasto non solo con l’art. 97 della Cost., ma anche con l’art. 2 della legge nr. 421/1992 che, nel disciplinare la cd. “privatizzazione” del pubblico impiego, riserva alla legge e non al contratto la materia dell’accesso all’impiego.

Chiarito, quindi, che le vigenti disposizioni legislative in materia di stabilizzazioni non sopportano limitazioni quantitative per via interpretativa, almeno in ordine all’“an”, è da chiedersi se le medesime, per il loro contenuto, effettivamente costituiscano una deroga alla regola del concorso pubblico o piuttosto una variante eccezionale di tale regola.

Dalla lettura della disposizione che più direttamente riguarda la stabilizzazione negli enti locali, l’art. 1, 558° co. della legge nr. 296/2006, si evince che è possibile ricorrere a tale misura a favore di coloro che con l’ente interessato avevano intrattenuto entro

una certa data un rapporto di lavoro a tempo determinato di durata complessiva non inferiore al triennio, maturato nell'arco di un determinato quinquennio.

Insieme al requisito di anzianità, costituisce presupposto per ottenere la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato l'aver superato una prova selettiva di natura concorsuale o al momento dell'accesso all'impiego con rapporto di lavoro a tempo determinato oppure in fase di procedura di stabilizzazione.

La duplice modalità di reclutamento considerata dalla legge, comporta un differente apprezzamento in ordine alla sua conformità al dettato costituzionale contenuto all'art.97 della cost.

La prima situazione e cioè l'aver superato una selezione pubblica (di "natura concorsuale") al momento della costituzione del rapporto di lavoro a termine presuppone, infatti, che sia stato assolto il vincolo costituzionale del concorso pubblico, cioè di una procedura selettiva aperta a chiunque, mentre la seconda, in quanto prevede una selezione riservata a coloro che abbiano maturato un certo requisito di anzianità di lavoro con l'ente locale interessato, dovrebbe essere annoverata tra le ipotesi di deroga legislativa alla regola costituzionale del concorso pubblico.

E' appena il caso di rilevare, con riguardo alla prima situazione, che per il rispetto della regola del concorso pubblico, risulta indifferente la constatazione che la selezione pubblica ritenuta utile dal legislatore per la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, originariamente era destinata alla costituzione di un rapporto di lavoro a termine.

La regola costituzionale del concorso pubblico, infatti, mira principalmente non a dare occupazione a delle persone, ma a presidiare le esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa "in quanto meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione" (corte cost. sentenze nr.34/2004 e 205/2004).

Per tale motivo, configurandosi il concorso pubblico quale mezzo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito, risulta immediatamente indifferente il suo utilizzo con riguardo alla durata del rapporto di lavoro, sempreché il medesimo non sia stato caratterizzato "da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dell'ambito dei soggetti legittimati a parteciparvi" (corte cost. sent. nr.205/2004, dello stesso tenore sent. nr.194/2002).

Per tale motivo, qualora le procedure selettive che hanno dato luogo alla costituzione del rapporto di lavoro a termine con i soggetti interessati alla stabilizzazione, hanno rispettato il requisito della pubblicità nel senso affermato dalla Corte costituzionale e cioè l'assenza di una qualsivoglia limitazione dell'ambito dei soggetti legittimati a parteciparvi, risulta rispettata la regola costituzionale del pubblico concorso e quindi la conseguente costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nei modi previsti dall'art.1,558°co, primo periodo della legge nr.296/2006 risulta in linea con il dettato dell'art.97 della Costituzione.

E' appena il caso di precisare che una tale affermazione, insieme alla pubblicità delle procedure selettive, presuppone anche che le medesime miravano all'accertamento della professionalità richiesta per svolgere la mansione collegata allo stesso profilo per il quale adesso si procede alla stabilizzazione del rapporto di lavoro.

Di conseguenza, l'applicazione della disposizione legislativa in questione non necessita di alcuna "correzione" interpretativa conforme alla Costituzione quale appunto risulta essere il richiamo all'equilibrio tra accesso interno ed esterno contenuto nel citato parere della Funzione Pubblica.

Una tale conclusione trova conforto anche in una recente decisione del T.a.r. Puglia (Lecce, sez. terza nr. 1910/2007) quando afferma che "che la scelta legislativa di privilegiare la stabilizzazione di lavoratori c.d. precari non sia di per sé irragionevole (in quanto essa è il frutto di una ponderazione fra molteplici interessi, aventi tutti rilevanza costituzionale) e/o contraria ai principi di cui all'art. 97 Cost. In effetti, la regola del concorso – che il citato art. 97 Cost. indica quale strumento ordinario da utilizzare ai fini dell'accesso al pubblico impiego – non è assoluta e può essere derogata in presenza di situazioni particolari (si pensi, ad esempio, alla disciplina di cui alla L. n. 56/1987), fra cui non può non essere ricompresa l'esigenza di eliminare o almeno ridurre il fenomeno del c.d. precariato. Nel caso di specie, poi, i destinatari potenziali della stabilizzazione sono soggetti che hanno svolto attività lavorativa, per periodi significativi, in favore degli enti del SSN (per cui essi sono generalmente già in possesso di adeguata professionalità, il che contribuisce sicuramente al buon andamento della P.A.) e che sono stati assunti a seguito del superamento di procedure *lato sensu* selettive (o che, laddove assunti "a chiamata", dovranno comunque essere sottoposti a procedure di tal genere – vedasi pagina 5 della deliberazione impugnata), per cui la loro stabilizzazione non si pone neanche in contrasto con la regola costituzionale del concorso pubblico."

Un'ulteriore conferma, anche se indiretta, della legittimità costituzionale della predetta conclusione è possibile trarla dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale nr. 205/2006 quando afferma che "la garanzia del concorso pubblico non può che riguardare anche l'ipotesi di mera trasformazione di un rapporto contrattuale a tempo indeterminato in rapporto di ruolo, allorché - come si è detto - l'accesso al suddetto rapporto non di ruolo non sia a sua volta avvenuto mediante una procedura concorsuale" (sottolineatura dello scrivente).

Riguardo, invece, ai profili di costituzionalità dell'altra procedura di stabilizzazione prevista, per gli enti locali, dall'art. 1, 558° co. ult. periodo della legge nr. 296/2006 (e correlato art. 3, 94° co. legge nr. 244/2007) e cioè quella per il tramite di procedure selettive riservate a coloro che hanno maturato i requisiti di anzianità, ma che risultano essere stati assunti a tempo determinato senza selezione pubblica, si possono formulare le seguenti considerazioni.

Fermo restando l'eccezionalità di una tale ipotesi, dovendo essa essere circoscritta forse alle collaborazioni coordinate e continuative (art. 3, 94° co. l. 244/2007), peraltro illegittime in origine se costituite in assenza di una qualsivoglia procedura selettiva comparativa, la situazione considerata configura la tipica fattispecie di deroga legislativa alla regola costituzionale del concorso pubblico.

Per essa valgono in primo luogo le considerazioni d'ordine metodologico espresse in precedenza e cioè che l'eventuale apprezzamento dell'incostituzionalità della disposizione legislativa in questione, fermo restando che dovrebbe avvenire ad opera della Corte costituzionale e non della Funzione Pubblica, dovrebbe eventualmente

portare alla disapplicazione della stessa disposizione e non ad una sua applicazione limitata quantitativamente. Infatti, come riportato in precedenza, giustamente la Corte costituzionale ha rilevato che una volta accertata l'incostituzionalità della deroga legislativa risulta irrilevante la misura di tale deroga (sent. nr. 205/2006).

Di tal verso, sempre a giudizio della Corte costituzionale (sent. nr. 205/2006), risulta ininfluenza, che il ricorso alla deroga legislativa sia facoltativa per l'Amministrazione perché, se tale deroga è giudicata incostituzionale, il ricorso ad una tale facoltà risulterebbe in ogni caso illegittimo.

Tanto premesso, è possibile tuttavia verificare se la disposizione legislativa in esame, possa in ogni caso passare il vaglio di costituzionalità alla luce della consolidata giurisprudenza costituzionale in materia.

È stato in precedenza osservato come la Corte costituzionale consideri conforme all'art. 97 della Costituzione una disposizione legislativa che deroghi alla regola del concorso pubblico in presenza di "peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico".

In particolare, "la ragionevolezza della deroga alla regola del pubblico concorso non può dirsi radicalmente esclusa dal fatto che si tratti di un concorso riservato interamente al personale in possesso di una determinata esperienza protratta nel tempo (quale quella, nella fattispecie, di ricerca), avendo questa Corte ritenuto compatibili con il principio del pubblico concorso non solo ipotesi di riserve parziali (sentenza n. 141 del 1999, citata; sentenza n. 234 del 1994), ma talora, seppur eccezionalmente, anche ipotesi di concorsi interamente riservati (sentenze n. 228 del 1997 e n. 477 del 1995)" (Corte cost. Ordinanza nr. 517/2002).

Riconosciuto al legislatore ordinario di poter prevedere forme di reclutamento nel pubblico impiego limitative della regola costituzionale del concorso pubblico, la stessa Corte costituzionale individua alcuni criteri di salvaguardia della costituzionalità di una tale deroga legislativa.

Con riguardo al parametro della pregressa esperienza, la Corte (Ordinanza nr. 517/2002) ha avuto modo di rilevare come "non irragionevolmente perseguita dal legislatore" la speciale finalità di stabilizzare, per il tramite di un concorso riservato ai ricercatori universitari "in quella qualifica la cui tipica attività egli abbia svolto di fatto per un apprezzabile periodo di tempo" rilevando come "la valorizzazione di pregresse esperienze nell'ambito di quest'ultima (*la p.a.*) non è un valore assoluto, ma giustifica solo circoscritte ed eccezionali deroghe alla regola del concorso pubblico..".

L'altro criterio individuabile dalla giurisprudenza della Corte costituzionale è quello del carattere transitorio della disposizione derogatrice della regola del pubblico concorso..

Un tale parametro, infatti, è stato considerato dalla Corte (sent. nr. 228/1997) idoneo per ritenere "non palesemente arbitraria ed irrazionale.." la scelta compiuta dal legislatore con l'art. 20, 4° comma della legge nr. 408/1990 ai sensi del quale veniva previsto con il sistema del merito comparativo, di accordare una particolare promozione ai funzionari con qualifiche ad esaurimento, che avevano svolto funzioni di responsabilità conformemente a previsioni normative.

Alla luce di entrambi i predetti criteri di valutazione costituzionale della deroga legislativa, la disposizione contenuta nell'ultimo periodo del comma 558° comma della legge nr.296/2006, così come formulata, reca, ad avviso dello scrivente, forti indizi di costituzionalità.

Una tale conclusione, lungi dall'offrire certezze in merito che, peraltro, solo la Corte costituzionale può dare, fornisce però indicazioni sufficienti per far ritenere anche per il versante delle stabilizzazioni con procedure selettive riservate, alquanto affrettate le conclusioni cui giunge il Dipartimento della Funzione Pubblica con il cennato parere.

dott. Giacomo Andolina
Segretario Generale
del Comune di Varese

27-3-2008