

Principi generali sull'impiego pubblico – l'accesso alle apicalità, uno scenario futuribile – l'obbligo di titoli di studio universitari?

in La Gazzetta degli Enti Locali - Lunedì 18 agosto 2008

di Maurizio Lucca e Gianbattista Zanon

Concorso pubblico per l'accesso

Denominatore comune tanto per il lavoro privato quanto per il pubblico impiego, è rappresentato dalle definizioni o declaratorie di qualifiche e categorie fornite dai contratti collettivi, alcune volte generiche, tanto da non consentire allo stesso lavoratore, al di là della formalizzazione contenuta nel contratto di lavoro, di conoscere quali sono le reali mansioni oggetto della sua prestazione di lavoro.

Di converso, rappresenta elemento di forte distinzione tra il lavoro privato ed il lavoro pubblico, il fatto che l'accesso nei ruoli – a tempo indeterminato- in quest'ultimo tipo di rapporto, è legato all'inviolabile principio costituzionale del pubblico concorso - art. 97 comma 3 della Costituzione, ove viene statuito l'obbligo del concorso pubblico per accedere agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni.

Soffermandosi sulla genesi dell'accesso all'impiego pubblico, particolare rilievo viene dato da parte della dottrina(1), al fatto che l'enunciazione del principio del concorso sia stata fatta nell'art. 97, anziché al successivo art. 98 che si riferisce ai pubblici impieghi, a sostegno della *ratio* che l'obbligatorietà del concorso si ricolleggerebbe al comma 1, dell'art. 97 medesimo, il quale al fine di assicurare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione dispone che i pubblici uffici siano organizzati secondo disposizioni di legge, in tal modo da assicurare l'imparzialità e il buon andamento anche tramite una congrua scelta del personale degli uffici pubblici: una scelta tecnica e neutrale dei più capaci (2). ... A ben vedere e volendo stabilire un percorso interpretativo finalizzato a delineare gli istituti contrattuali nella pubblica amministrazione sotto il profilo dell'accesso, significa entrare nel merito delle scelte strategiche operate dagli amministratori pubblici e dagli organi di vertice direzionale (magari nominati dai primi) per formulare un modello organizzativo corrispondente alle aspettative e alle esigenze della struttura, ma soprattutto del programma politico di mandato, quello cioè che ha permesso di acquisire il consenso e la vittoria elettorale.

Allora non è superfluo affermare che i canoni costituzionali - del buon andamento e dell'imparzialità - nell'ordinamento degli uffici pubblici ha subito nel corso degli ultimi anni una interpretazione evolutiva (estensiva) al punto che la privatizzare (depubblicizzare) dell'impiego pubblico vorrebbe introdurre la piena liberalizzazione del rapporto sulla base dell'originario articolo 36 del d.lgs. n. 29/93, dimenticando invero le peculiarità insite nelle prestazioni rese dalla struttura pubblica, che deve necessariamente perseguire il fine pubblico, e non quello particolare del politico di turno.

Delineato - in termini - il rapporto di lavoro pubblico, disciplinato da fonti non pubblicistiche ma di natura negoziale introdotte nel mercato di lavoro (contrattazione collettiva e decentrata), non si può negare che queste ultime si trovino in naturale rapporto di continenza rispetto al quadro giuridico di riferimento, non potendo precludere che comunque una certa distinzione del rapporto pubblico – privato ancora sopravviva: "malgrado la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con quello alle dipendenze dei datori di lavoro privati, sussistono ancora differenze sostanziali che rendono le due situazioni non omogenee... La pubblica amministrazione, infatti, conserva pur sempre - anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato - una connotazione peculiare, essendo tenuta al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa" (3).

Ciò precisato in termini generali, l'assunzione nella pubblica amministrazione avviene attraverso una procedura concorsuale, e le disposizioni speciali in materia di "stabilizzazione" confermano, a contrario, la deroga al principio costituzionale del concorso pubblico come modalità (prevalente) di accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni, deroga che ha segnato significativamente la normativa sul reclutamento ordinario del personale nelle amministrazioni pubbliche.

Infatti, tale forma di reclutamento risponde alla "volontà del legislatore di porre rimedio alle situazioni irregolari determinatesi come effetto dell'utilizzo del lavoro flessibile per esigenze permanenti legate al fabbisogno ordinario, situazioni assimilate a forme di precariato ritenute poco compatibili con i principi che sono alla base dell'organizzazione e del funzionamento delle amministrazioni" (4), oltre a recepire gli orientamenti giurisprudenziali (5).

Si evince, così facendo, un divieto *ex lege* di assunzione in forme diverse da quelle del pubblico concorso con la estrema conseguenza che sussiste la nullità degli atti adottati senza il rispetto della procedura concorsuale (salvo i casi espressamente stabiliti dalla legge), e tale cogente nullità deve essere intesa come fondamento dell'impossibilità di accertare che il rapporto di pubblico impiego si è costituito, e ciò indipendentemente dalla sussistenza, in concreto, di quelli che sono stati definiti gli indici rivelatori del rapporto di lavoro subordinato, che hanno perduto rilevanza al fine specifico di tale accertamento (6).

Si deve ammettere, quindi la specificità del lavoro pubblico, per il quale l'art. 97 Cost. legittima differenziazioni di trattamento rispetto al lavoro privato (in particolare, le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego, che è efficace *erga omnes*, funzionale all'interesse pubblico, inderogabile sia in *peius* che in *melius*) non escludendo situazioni particolari riferite alle esigenze che si manifestano negli apparati pubblici ma sempre e comunque orientate al perseguimento dell'interesse collettivo.

Questa peculiarità tuttavia presenta delle deroghe al principio generale del pubblico concorso, distinzioni ammesse da parte del legislatore in ragione di specifiche situazioni concrete (7), nel pieno rispetto *ius strictum* dei limiti di garantire sempre (questo nelle intenzioni) il buon andamento e l'imparzialità (8).

Casi particolari

L'impianto normativo mira quindi ad avere i più capaci e meritevoli, in antitesi al tentativo, anche recente (9), di introduzione nel sistema italiano quello delle "spoglie". Il *merit system* (letteralmente: sistema del merito), in base al quale la titolarità degli uffici pubblici viene assegnata a seguito di una valutazione oggettiva della capacità di svolgere le relative funzioni, senza tenere conto dell'affiliazione politica dei candidati, si contrappone allo *spoils system* (letteralmente sistema delle spoglie), in base al quale le forze politiche al governo distribuiscono ai propri affiliati e simpatizzanti cariche istituzionali, la titolarità di uffici pubblici e posizioni di potere.

Detto principio va comunque temperato - senza essere messo, per l'appunto, in discussione - con gli "istituti assunzionali" derogatori, per la copertura a tempo determinato di taluni uffici, la cui titolarità viene assegnata a personale individuato *intuitu personae*. Ne sono un esempio, gli uffici di staff agli organi di governo (ex art. 90 d.lgs. 267/2000), o gli incarichi dirigenziali (ex art. 110, sempre del d.lgs. 267/2000) (10). Altro accesso "*sui generis*" è quello voluto con la "riserva" al personale interno, che vede con il CCNL del 31 marzo 1999 per gli enti locali, l'avvento dell'istituto delle "Progressioni verticali", quale metodo ordinario per un riconoscimento delle peculiarità acquisite all'interno dell'ente per un percorso di avanzamento "privilegiato" alla carriera.

Dopo i primi tentennamenti giurisprudenziali - si rammenta che, *ab origine*, le progressioni verticali non erano ritenute concorsi (*rectius*: concorsi interni) (11), ma delle vicende modificative del rapporto di lavoro già esistente, e non assimilabile, pertanto, ai concorsi,

quindi ad una nuova assunzione (12) - la tesi ora consolidata pone le progressioni verticali, al pari dei concorsi interni, tra le nuove assunzioni (13).

Nell'ambito di questo contesto, al di là della denominazione data dalle parti, vige il rigoroso principio di "equilibratura" dell'accesso all'impiego pubblico, in base al quale non possono destinarsi a "concorsi interni", più del 50% dei posti da ricoprire, essendo il concorso pubblico - con accesso dall'esterno - l'istituto ordinario di assunzione (14): "Il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso, in quanto proprio questo metodo offre le migliori garanzie di selezione dei soggetti più capaci. Il pubblico concorso è altresì un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi, forme che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificare per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione". Per altri versi, di recente vi è ritornato il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1218 del 20 marzo 2008, con la quale è stato riaffermato che: "l'articolo 91, 3° comma, del testo unico degli enti locali approvato con decreto legislativo n. 267 del 2000 (secondo cui "gli enti locali che non versino nelle situazioni strutturalmente deficitarie possono prevedere concorsi interamente riservati al personale dipendente, solo in relazione a particolari profili o figure professionali caratterizzati da una professionalità acquisita esclusivamente all'interno dell'ente") prevede la possibilità di bandire concorsi interamente riservati al personale interno, ma solo nei casi di posizioni funzionali strettamente correlate alla professionalità acquisita nel corso del servizio. E' pertanto illegittima una procedura concorsuale interna indetta da un Ente locale nel caso in cui nessuno dei posti riservati oggetto della procedura stessa presenti tali caratteristiche, nè comunque siano state evidenziate le ragioni speciali che possono giustificare la deroga al principio - di rango costituzionale - del concorso pubblico".

A quanto sin qui argomentato va aggiunto che l'impiego di graduatorie di "concorsi/progressioni" interni - ossia lo "scorrimento" di dette graduatorie - contrasta nettamente coi principi costituzionali testé enunciati. "l'utilizzazione della graduatoria del concorso interno già espletato, infatti, costituirebbe indebita copertura di posti da coprire con concorso pubblico, che rappresenta la regola generale per l'accesso ad un nuovo posto di lavoro nella p.a" (15).

Le fonti

Con specifico riguardo poi alle fonti che disciplinano l'accesso all'impiego pubblico, queste possono così riassumersi:

1. artt. 3, 51 e 97 Cost., nel fissare i principi di eguaglianza, buon andamento ed imparzialità, a cui le procedure di selezione per l'accesso all'impiego pubblico devono mirare (16);
2. art. 35 del TUPI, d.lgs. 165/2001, che delinea i seguenti principi: "le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire";
3. nonché dal complesso "impianto" normativo dettato dai CCNL di ciascun comparto - a seguito della privatizzazione del pubblico impiego voluto col d.lgs. 29/1993 - e nello specifico degli enti locali, dal CCNL del 31 marzo 1999, il quale con l'art. 4, comma 3, si è disciplinato una forma "derogatoria" al concorso pubblico con accesso dall'esterno,

mediante l'istituto delle progressioni verticali: "alle procedure selettive del presente articolo è consentita la partecipazione del personale interno anche prescindendo dai titoli di studio ordinariamente previsti per l'accesso dall'esterno, fatti salvi quelli prescritti dalle norme vigenti".

I titoli di studio

Partendo, dall'espresso riferimento di quest'ultima norma, "i titoli di studio ordinariamente previsti per l'accesso dall'esterno", sono rinvenibili nelle declaratorie – allegato A – in appendice allo stesso CCNL del 31 marzo 1999, nelle quali, ad ogni descrizione della specifica categoria in cui viene suddiviso il personale dipendente (non dirigenziale), che va dalla categoria A sino alla categoria D, si rinvencono anche gli specifici – caratteristici – titoli di studio "basilari" per l'espletamento delle tipiche prestazioni ascrivibili ai lavoratori della categoria stessa.

Questi ultimi sono precisamente:

CATEGORIA A - Appartengono a questa categoria i lavoratori che svolgono attività caratterizzate da: Conoscenze di tipo operativo generale (la cui base teorica si sviluppa con la **scuola dell'obbligo**);

CATEGORIA B – Appartengono a questa categoria i lavoratori che svolgono attività caratterizzate da: Buone conoscenze specialistiche (la base teorica di conoscenze è acquisibile con **la scuola dell'obbligo** generalmente **accompagnato** da **corsi di formazione specialistici**);

CATEGORIA C - Appartengono a questa categoria i lavoratori che svolgono attività caratterizzate da: Approfondite conoscenze mono specialistiche (la base teorica di conoscenze è acquisibile con la **scuola superiore**);

CATEGORIA D - Appartengono a questa categoria i lavoratori che svolgono attività caratterizzate da: Elevate conoscenze pluri - specialistiche (la base teorica di conoscenze è acquisibile con la **laurea breve o il diploma di laurea**).

Seguendo l'impostazione anzi detta, possono essere sgomberati dal campo applicativo, ogni dubbio circa il riferimento a fonti pubblicistiche anteriori ai contratti di natura privatistica, quali quelle definite con i contratti assunti con d.P.R. in base ai quali determinate peculiarità venivano richieste in termini di titoli di studio per specifiche qualifiche: "l'all. a) d.P.R. 25 giugno 1983 n. 347, nell'indicare i titoli necessari per l'accesso all'ottavo livello, prescrive il possesso di una specifica abilitazione professionale solo con riferimento ad alcune qualifiche precisamente individuate che comportano l'esercizio di prestazioni professionali, in quanto l'attribuzione dello stesso livello è consentito dal medesimo allegato anche per i laureati con direzione di un'unità operativa o attività di studio, di ricerca, istruttoria, predisposizione e formazione di atti di notevole difficoltà, senza l'aggiunta di altri titoli abilitativi oltre al diploma di laurea" (17).

Nulla esclude che i regolamenti di accesso, adottati dalla singola amministrazione locale, prevedano richiami (mutuati) in tal senso, in una logica di autonoma disciplina che – nel rispetto dei principi minimi – integri con titoli, specializzazioni o iscrizioni ad albi. Tuttavia, un richiamo a specifiche norme (speciali) va fatto per l'assunzione di determinati profili professionali; e il caso degli avvocati, degli ingegneri, e in generale delle figure che prevedono iscrizioni ad albi o a determinati ordini professionali. I singoli profili che portano ad identificare il ruolo e la posizione nel contesto organizzativo di ciascuna amministrazione, devono a loro volta, in una logica di razionale e sistematico collegamento tra norme contrattuali, legislative ordinamentali - professionali, prescrivere dei titoli di studio adeguati, e compatibili con il tipo di responsabilità specifica atteso che l'*humus* normativo di riferimento è l'articolo 97 Cost.

Coerenza amministrativa (più che logica) vuole, pertanto, che non sia un laureato in lettere e filosofia ad assurgere al ruolo di responsabile economico finanziario, un laureato in discipline economiche o giuridiche per il ruolo di responsabile della progettazione delle opere pubbliche, o un semplice geometra al ruolo di responsabile di settori tecnici ove sia prescritta l'assunzione di una responsabilità di firma di progetti, di piani attuativi, o per i quali sia richiesta l'iscrizione a determinati albi professionali, giungendo al paradosso che soggetti privi di titoli si trovino a valutare attività e/o prestazioni che possono essere unicamente eseguite (rese) in presenza di apposita abilitazione e/o *curriculum* universitario (laurea o ad altro specifico diploma accademico) (18).

A completamento, nell'ambito della discrezionalità organizzativa che fa capo all'ente datore di lavoro, è senz'altro logica e legittima la scelta comunale di preferire, nell'attribuzione delle unità operative autonome disponibili, i funzionari in possesso del titolo di studio (laurea), ancorché tale requisito non sia previsto come indispensabile a tale fine dal d.P.R. n. 347 del 1983 (19).

Il tutto pertanto va mediato, secondo regole - anche non scritte - di opportunità, ragionevolezza, proporzionalità, senso del bene comune, accuratezza nelle scelte implicanti sempre delle responsabilità per l'erario pubblico, ovvero la *ratio* sembra individuabile nell'intento di evitare l'utilizzo di profili ad elevato contenuto di professionalità privi della laurea o ad altro specifico diploma accademico o titolo abilitativo, non potendo armonizzare le conoscenze specialistiche fatte "sul campo" a quelle che si otterrebbe con un percorso formativo di tipo universitario, pena il disconoscimento del titolo, specie dove si richieda l'abilitazione all'esercizio della professione che prevede apposito esame di idoneità. La professionalità risulta invero un requisito che deve essere in concreto verificato sulla base di criteri di comune esperienza e che, normalmente, si individua nel possesso di titoli di studio, culturali o di servizio che rendano un soggetto particolarmente idoneo allo svolgimento di una determinata attività (20), e questa valutazione va eseguita da parte di ricopre una particolare professionalità (ne è prova la composizione delle commissioni di concorso che annovera solamente tecnici), professionalità che non viene richiesta a chi ricopre incarichi elettivi (l'osservazione meriterebbe un ben più ampio approfondimento), ove si considera che il conferimento di incarichi di responsabile di posti apicali viene formulata da un organo politico (e non sempre secondo criteri di ragionevolezza): il sindaco (21).

Il punto cruciale dovrebbe essere sempre e comunque quello di perseguire l'utilità della spesa pubblica, non potendo usare il potere per conferire incarichi che non siano finalizzati allo svolgimento di attività oggettivamente finalizzate alla realizzazione dell'interesse pubblico (22), posto che è principio generale dell'ordinamento pubblicistico (desumibile dall'art. 97 Cost.) che gli amministratori (e dipendenti pubblici) debbano tenere comportamenti assolutamente trasparenti a garanzia del corretto utilizzo delle risorse a disposizione, evitando incarichi che danneggino l'erario per l'assenza di requisiti minimi richiesti o che risultano disallineati rispetto a canoni di razionalità e di adeguatezza funzionale (23).

Questa constatazione (e le altre) comporta il fatto oggettivo che per determinati profili di responsabilità si debba pretendere da una parte il titolo di studio specifico, dall'altra la presenza di un requisito ulteriore che si può ottenere solo a seguito del superamento di un esame abilitativo, mettendo in evidenza che la "specializzazione" *rectius* la "professionalità", al di là del riferimento formale al possesso di un titolo, deve sempre essere accertata in concreto attraverso un esame delle effettive competenze teorico - pratiche rinvenibile solo a seguito del superamento di una prova selettiva o comparativa (24).

In definitiva, si richiede una professionalità adeguata e comprovata non ritraibile con altri titoli (25), dovendo rispondere ai principi cardini dell'azione amministrativa, retta cioè da profili di efficienza, efficacia ed economicità (razionalità) assicurabili solamente attraverso una professionalità dimostrabile dalla presenza di titoli idonei (26), e non dal semplice conferimento di funzioni (che comunque dovrebbe accertare - le competenze - nel concreto in sede del conferimento stesso) (27).

Giova, a tal proposito, allertare che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato (28), la commissione di gara (*ex art. 90 del Dec. Lgs. 163/2006*) priva di esperti nel settore cui si riferisce l'oggetto del contratto è illegittima (29), confermando che la presenza degli esperti ha una finalità di garantire un adeguato livello di professionalità all'operato della commissione medesima, sia a tutela dei soggetti partecipanti che della pubblica amministrazione, consentendo l'adempimento dei canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento (30).

Rileva segnalare l'illecito amministrativo contabile quando si opera un'assunzione con personale attinto dall'esterno in violazione delle regole di reclutamento che richiederebbero la procedura del concorso pubblico, oltre ad assumere scelte organizzative non coerenti con la capacità di bilancio e la funzionalità degli organici rispetto ai compiti ed ai servizi attribuiti all'ente, significando che occorre tener conto che, alla luce dei principi generali di buona amministrazione e di imparzialità, l'amministrazione deve "comunque rispettare il principio di concorsualità, che ispira in generale la scelta del contraente ed in particolare l'accesso al pubblico impiego, facendo precedere l'affidamento dell'incarico dirigenziale da gare informali, volte a consultare una pluralità di soggetti (*ex mutis*, C. conti Sez. Campania, n. 67 del 27.04.2007. Il principio è divenuto norma di legge per il conferimento degli incarichi di collaborazione professionale, in ordine ai quali le Amministrazioni disciplinano procedure comparative *ex articolo 7, comma 6 bis, del d.lgs. 265/2001, comma inserito dall'art. 32 del d.l. n. 223 del 04.07.2006, conv. in L. n. 248 del 04.08.2006*)" (31).

In piena sintonia con quanto sin ora argomentato, si vedano per una più approfondita disamina, i due pareri dell'Ufficio per il Personale delle Pubbliche Amministrazioni - UPPA Parere n. 35 del 30 maggio 2008 e n. 42 del 16 giugno 2008 – molto chiari nell'affermare rispettivamente, il primo, che per gli incarichi dirigenziali attribuiti, ai sensi dell'art. 110, co. 1 del d.lgs. 267/2000, il requisito minimo deve essere la Laurea a prescindere che l'incarico sia affidato ad un soggetto esterno od interno all'Ente (32), ed il secondo, che nei bandi di concorso – nella fattispecie presso l'INPS – correttamente per la posizione di dirigente l'amministrazione ha la discrezionalità di porre, quale requisito minimo per l'accesso la "Laurea Specialistica" o vecchio ordinamento, anziché quella "Breve".

Utile a fine corsa dovrebbe essere la consapevolezza di appartenere ad una comunità che si confronta con l'esterno – l'Europa *in primis* il mondo dopo – dovendo acquisire professionalità adeguate, soprattutto quelle apicali, che non possono competere se non attraverso un percorso professionale elevato (non partendo dal basso per giungere al vertice, svolgendo la c.d. carriera del tutto interna, senza competizione dall'esterno, *ergo* progressioni verticali), e non per meriti di parte (intesa nel senso comune e di bottega del termine). La scelta del dipendente pubblico deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, qualità previa procedura concorsuale a cui devono essere invitati se non i migliori almeno tutti i possibili potenziali candidati in possesso di titoli, e con la predeterminazione dei criteri selettivi, evitando la deriva di una classe dirigente pubblica che sia lo specchio della classe politica dove anche la professionalità viene mediata dal consenso.

(1) AA.VV. in *L'impiego pubblico*, Milano 2003, pag. 637.

(2) Si veda al riguardo Corte Costituzionale n. 333 del 1993, ove si precisa che "con riguardo al concorso pubblico - che come la Corte ha già affermato, rappresenta, nel rigoroso rispetto del principio di imparzialità, il metodo migliore, nel quadro di una democrazia pluralistica, per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed all'esclusivo servizio della Nazione il principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.* assume un duplice significato: uno negativo, in quanto garantisce che l'esame del merito sia indipendente da ogni considerazione connessa a orientamenti politici o a particolari condizioni personali, ed uno

positivo, in quanto comporta l'adozione di un metodo, di cautele e regole attinenti la formazione delle commissioni giudicatrici tali da assicurare il perseguimento dell'interesse connesso alla scelta dei pochi più meritevoli e più idonei all'esercizio della funzione pubblica considerata". A questo indirizzo, del resto, l'ordinamento legislativo statale si è gradualmente adeguato con norme di principio (confronta art. 51 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e art. 8 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29), Inoltre si veda Corte Costituzionale 26 marzo – 6 aprile 1998, n. 99, che ribadendo i propri precedenti (sentenze nn. 333/1993 e 453/1990) non riteneva legittima la presenza di componenti, espressione diretta degli organi di governo nelle commissioni di concorso in quanto non si "offre alcuna garanzia di imparzialità, perché nel procedimento potrebbero inserirsi interessi estranei al corretto espletamento del concorso" ed è, "compromesso, altresì, il buon andamento dell'attività amministrativa, per gli effetti negativi sulla selezione della dirigenza e sull'assetto complessivo degli apparati".

(3) Corte Cost., 16 maggio 2008 n. 146.

(4) Circolare 18 aprile 2008, n. 5 della Presidenza del Consiglio Ministri dal titolo "Linee di indirizzo in merito all'interpretazione ed all'applicazione dell'articolo 3, commi da 90 a 95 e comma 106, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. (legge finanziaria 2008)". Tuttavia, si evidenzia nella circolare che "comunque la procedura selettiva di natura concorsuale rimane presupposto fondamentale per l'assunzione a tempo indeterminato anche nel contesto di un percorso di stabilizzazione". Oltre al fatto che la stabilizzazione non rappresenta un obbligo ma una facoltà essendo una procedura derogatoria al sistema di reclutamento, sul punto vedi T.A.R. Veneto, sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3342, ove si precisa che "la stabilizzazione del personale non costituisce affatto un obbligo per l'amministrazione" ed essendo una facoltà discrezionale "correlativamente non esiste alcun diritto dell'interessato ad ottenere la stabilizzazione, ma unicamente un'aspettativa di mero fatto". Altra considerazione invece per il vincitore del concorso non assunto o assunto in ritardo, il quale potrà pretendere il risarcimento del danno, vedi T.A.R. Sicilia – Palermo, sez. III, 23 aprile 2007 n. 1178; T.A.R. Abruzzo – Pescara, 25 maggio 2001 n. 533.

(5) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2008 n. 1044; 12 ottobre 2004 n. 6555 e 15 settembre 2003 n. 5144. Pare giusto rammentare che, ai sensi dell'art. 36, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 "In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni".

(6) Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1645.

(7) Si veda Corte Cost. n. 187 del 1990, con riguardo ad una Legge Regionale Ligure, che sinteticamente conclude secondo l'indirizzo che ritiene che "il personale in servizio presso i gruppi consiliari da almeno un anno, possa essere inquadrato in ruolo previo apposito concorso riservato, non contraddice il principio del buon andamento della p. a. di cui è espressione la regola dell'assunzione mediante pubblico concorso, essendo detta regola suscettibile di deroghe legislative, purché nazionali e non arbitrarie, e (come nella specie) la particolarità delle circostanze lo consenta".

(8) Si veda, Corte Cost. n. 459 del 1994.

(9) La Corte Costituzionale con sentenza n. 103 e 104 del 23 marzo 2006, ha bocciato lo *Spoil System* dei dirigenti statali, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 7 della L. 145/2002, nella parte in cui disponeva che: "i predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione". Si veda altresì la sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 7 maggio 2008, la quale cassa, per illegittimità costituzionale, l'art. 2 comma 161 del d.l. n. 262 del 3 ottobre 2006, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs.

165/2001, "...omissis.. cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto stesso". Cfr. CLARICH, *Una rivincita della dirigenza contro lo strapotere politico*, in *Il Sole 20 Ore*, 24 marzo 2007, pag.33; VIRGA, *Breve storia di un trapianto con crisi finale di rigetto*, in www.LexItalia.it, 2007; LUCCA, *Segretari comunali e spoils system: la cedevolezza (ergo incostituzionalità) della fiduciarità (politica)*, in *La gazzetta degli enti locali*, 30 marzo 2007.

(10) Vedi, Corte Conti, sez. Controllo Regione Lombardia, deliberazione 11 marzo 2008 n. 37, la Corte dopo aver chiarito che "per gli incarichi diretti a supportare l'attività degli ordinari uffici dell'ente le norme regolamentari degli enti locali intese a disciplinare i predetti incarichi debbono adeguarsi, in forza dell'art. 34, comma 6 ter, della legge n. 248/2006 di conversione del d.l. n. 223/2006, ai principi contenuti nell'art. 32 della medesima legge, dettati a fini di contenimento della spesa e del coordinamento della finanza pubblica", precisa che "in ogni caso, qualsiasi contratto di lavoro a tempo determinato o di collaborazione coordinata e continuativa deve essere preceduto da procedure selettive di natura concorsuale in forza dei noti principi costituzionali".

(11) Si veda G. ZANON, in *Risorse Umane*, Maggioli Editore, n. 3-4 del 2003.

(12) Si veda Cassazione n. 128 del 22 marzo 2001.

(13) Si veda Cass. Civ., Sez. Unite, 15 ottobre 2003, n.15403, sul punto "Nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'accesso del personale dipendente a un'area o fascia funzionale superiore 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 dei candidati esterni. Il 4° comma dell'art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, quando riserva 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 a una fascia o area superiore. Il termine «assunzione» d'altra parte deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale dal momento che, oltretutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno o esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica". Cfr., altresì, Parere Cons. di Stato n. prot. 3556/2005, sez. III del 16.01.2005- relativo alle progressioni verticali.

(14) Così Corte Cost., 16 maggio 2002, n.194, "È costituzionalmente illegittimo l'art. 3 commi 205, 206 e 207 l. 28 dicembre 1995 n. 549, come modificato dall'art. 22 comma 1 lett. a), b) e c) l. 13 maggio 1999 n. 133, il quale disciplina la copertura del 70% dei posti disponibili nelle dotazioni organiche dell'amministrazione finanziaria per i livelli dal quinto al nono, mediante apposite procedure di riqualificazione riservate al personale appartenente alle qualifiche funzionali inferiori. Infatti il complesso delle modifiche apportate alla originaria disciplina a seguito della sent. n. 1 del 1999, non appare adeguato a rendere le procedure di riqualificazione in esame compatibili con i principi costituzionali, in quanto: a) anziché prevedere un concorso pubblico con riserva di posti, permane la scelta del concorso "interno" riservato ai dipendenti dell'amministrazione, per di più con una percentuale dei posti disponibili particolarmente elevata, nonché incongrua e sfornita di giustificazioni diverse da quelle già valutate negativamente nella sent. n. 1 del 1999; b) risulta ancora attribuita al criterio dell'anzianità, anche in mancanza del titolo di studio, una funzione "del tutto abnorme"; c) non è stata modificata la censurata genericità di contenuti della prova scritta di ammissione al concorso, che rimane inadeguata a garantire una seria verifica dei requisiti attitudinali, nonché ad evitare una sorta di automatico e generalizzato scivolamento verso la qualifica superiore". In tal senso Corte Cost., n. 34/2004.

(15) T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 21 gennaio 2004, n. 214.

(16) Si veda T.A.R. Lazio Roma, Sez. III-*bis*, 1 agosto 2007, n.7353, "In linea di principio gli artt. 3, 51 e 97 cost., nel fissare i principi di eguaglianza, buon andamento ed imparzialità, a cui le procedure di selezione per l'accesso all'impiego pubblico devono attenersi, non escludono che con apposite leggi ordinarie possano stabilirsi requisiti soggettivi specifici ai fini della partecipazione a dette procedure (Consiglio di Stato, sez. VI, 7 settembre 2006, n.5174)".

(17) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 luglio 2002, n. 3969.

(18) In questo senso milita il Parere 31 ottobre 2006, n. 20, Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, che esclude la possibilità di conferire incarichi dirigenziali a contratto a funzionari inquadrati nella categoria D privi di laurea: "l'esercizio delle funzioni dirigenziali, ordinariamente deve avvenire esclusivamente per effetto del superamento del concorso per esami, al quale, ai sensi dell'articolo 28 del d.lgs. 165/2001, possono partecipare esclusivamente i laureati... La Corte dei conti, in pregresse pronunce in merito agli incarichi dirigenziali (delibera 3/2003 della Sezione centrale del controllo di legittimità) ha negato che, a seguito della riforma dell'articolo 19, comma 6, del d.lgs. 165/2001, operata con la legge 145/2002, si possa considerare esistente un regime differenziato per i dirigenti. E' stato, cioè, ritenuto errato ritenere che il possesso della laurea sarebbe necessario solo per chi sia chiamato a far parte della dirigenza di ruolo, e non già per chi, temporaneamente, sia investito di funzioni dirigenziali. Non è sufficiente il possesso di una particolare e comprovata qualificazione professionale, in mancanza della laurea", OLIVERI, *Non è possibile, negli enti locali, conferire incarichi dirigenziali a contratto a funzionari incaricati nella categoria D privi di laurea*, in www.ilpersonale.it. *Idem*, NOBILE, *L'accesso alla dirigenza: un no secco all'assenza di laurea ed ai concorsi per soli titoli*, in La Gazzetta degli enti locali, 9 maggio 2008. Cfr. Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per il Veneto 4/4/2008 n. 9.

(19) T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 14 febbraio 2008, n. 824.

(20) Corte dei Conti Sez. giurisdizionale d'appello Sicilia, 2 aprile 2008 n. 122.

(21) Si tratta di accertare la congruenza dei singoli atti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore, affermandosi che l'insindacabilità viene meno a fronte di atti in tal senso palesemente irrazionali, Cass. SS. UU. n. 14488 del 29 settembre 2003. Il conferimento di funzioni apicali dovrà essere congruamente motivato al fine di poter accertare la sussistenza concreta dei requisiti di professionalità in capo al soggetto incaricato.

(22) Vedi, Direttiva Presidenza Cons. Min. - Dip. funzione pubblica del 19 dicembre 2007 n. 10, "Affidamento, mutamento e revoca degli incarichi di direzione di uffici dirigenziali", dove si esplicita che "l'intervento delle amministrazioni deve essere tutto rivolto al raggiungimento del pubblico interesse secondo i noti imprescindibili canoni dell'imparzialità e del buon andamento; ciò esige che coloro che operano nelle amministrazioni, a qualunque livello si collochino nell'organizzazione, non possono agire per il proprio interesse ma debbono perseguire quello pubblico, il quale si concreta di volta in volta a livello macro nei fini istituzionali predeterminati".

(23) Vedi, Corte Cost., 21 febbraio 2008 n. 27, che in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale per l'irragionevolezza di una disposizione che - senza alcuna ragione giustificatrice - richiedeva ad alcune categorie di aspiranti ad un incarico (i dipendenti interni all'amministrazione regionale) determinati requisiti (quelli previsti per l'accesso alla categoria D) e, dall'altro, ne prescindeva per altre categorie di possibili interessati (i soggetti esterni all'amministrazione). L'irragionevolezza si appalesava "in violazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, perché la previsione dell'assunzione (sia pure a tempo determinato) di personale, sfornito dei requisiti normalmente richiesti per lo svolgimento delle funzioni che è destinato ad espletare, determina l'inserimento nell'organizzazione pubblica di soggetti che non offrono le necessarie garanzie di professionalità e competenza".

(24) Infatti, è illegittima - per violazione del principio costituzionale di buon andamento e trasparenza della pubblica amministrazione (art.97 Cost.) e dei principi di derivazione comunitaria di non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e proporzionalità - la deliberazione con la quale la Giunta comunale ha conferito un incarico a professionista esterno, nel caso in cui l'ente abbia conferito in via diretta senza indire una procedura selettiva e senza valutare in alcun modo le istanze, con allegato *curriculum*, presentate, T.A.R. Campania - Napoli, sez.II, 21 maggio 2008, n. 4855. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2007 n. 4749; T.A.R. Veneto, sez.I, 25 giugno 2007 n. 2035.

(25) L'esempio utile può manifestarsi dalle statuizioni del T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. II, 9 aprile 2008 n. 954, che ha ritenuto illegittimo un incarico conferito ad alcuni architetti per eseguire delle prestazioni tecniche di esclusiva pertinenza degli ingegneri, dimostrando che certe professionalità non sono equiparabili, anzi richiedono una specificità che solo alcuni soggetti sono deputati a rendere.

(26) La Corte Costituzionale, con sentenza n. 275 del 2001, ha evidenziato che la disciplina privatistica del rapporto di lavoro non ha abbandonato le esigenze del perseguimento degli interessi generali; dovendo annotare che anche se gli atti inerenti al conferimento degli incarichi dirigenziali sono sottratti al regime e alle regole proprie degli atti amministrativi e pertanto non trovano applicazione le regole ed i principi contenuti nella l. n. 241 del 1990, questo non significa che non trovano applicazione le regole di correttezza e buona fede, applicabili all'attività di diritto privato alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost, che rendono necessaria la procedimentalizzazione dell'esercizio del potere di conferimento degli incarichi, Cass. Sez. Lavoro, 14 aprile 2008 n. 9814.

(27) La verifica della legittimità dell'azione comprende il rispetto dei criteri di economicità e di efficacia posti con l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e trattandosi di clausole generali o di concetti giuridici indeterminati la verifica della loro osservanza da parte dell'amministrazione non può comportare un controllo che vada al di là della ragionevolezza, Cass. SS. UU. n. 7024 del 28 marzo 2006.

(28) T.A.R. Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008 n. 258 e T.A.R. Lazio, Roma sez. III-ter, 4 febbraio 2008 n. 905.

(29) Vedi, Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008 n. 263, dove si illustra come la scelta di un contraente nell'ambito di una procedura di gara (ovvero la scelta di professionisti forniti di titoli adeguati per la redazione di strumenti di pianificazione del territorio) costituisce una tipica attività di gestione, finalizzata al raggiungimento degli scopi fissati dall'organo politico, sicché essa rientra nell'ambito delle competenze dei dirigenti.

(30) Vedi, Parere Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per il Piemonte del 21 febbraio 2008 n. 3.

(31) Sentenza n.100/2008 del 7 marzo 2008 - Sezione giurisdizionale per la regione Friuli Venezia Giulia.

(32) In piena sintonia si veda la sentenza della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale Basilicata, n. 3 del 10.12008/EL, con la quale un sindaco è stato condannato per aver conferito un incarico dirigenziale ad un proprio funzionario appartenente alla cat. D privo dei requisiti di studio della Laurea.