

4.1.4 Gli interventi sulla disciplina dell'accesso agli impieghi presso le pubbliche amministrazioni

La nuova disciplina per l'accesso, tramite concorso pubblico per titoli ed esami, alla qualifica di dirigente di prima fascia

Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 ottobre 2010 ha disciplinato l'accesso, tramite concorso pubblico, alla qualifica di dirigente di prima fascia per il conferimento di funzioni dirigenziali di livello generale, in applicazione dell'articolo 28-*bis*, commi da 1 a 5, del d.lgs. 165/2001 e successive modificazioni ed integrazioni. Le disposizioni introdotte si applicano alle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, nonché agli enti pubblici non economici i cui regolamenti organizzativi prevedono funzioni dirigenziali di livello generale. La nuova normativa non si applica alle carriere e alla dirigenza di cui all'articolo 3 del citato decreto legislativo.

In sede di programmazione del fabbisogno, e comunque non oltre il 31 gennaio di ogni anno, le amministrazioni definiscono, su base previsionale triennale, il numero dei posti di funzione dirigenziale di livello generale che si rendono disponibili per cessazione dal servizio dei soggetti incaricati con qualifica di dirigente di prima fascia appartenenti ai ruoli dell'amministrazione, entro il 31 dicembre di ogni anno.

Il 50% dei posti dovrà essere destinato all'accesso tramite concorsi pubblici a tempo indeterminato e a tempo determinato, nel rispetto dei criteri e dei limiti previsti dall'articolo 28-*bis* del d.lgs. 165/2001 e dal decreto 26 ottobre 2010, fermo restando, per il restante 50% dei posti, le modalità di conferimento di incarico dirigenziale di livello generale di cui ai commi 4, 5-*bis* e 6 dell'articolo 19 del d.lgs. 165/2001, nel rispetto delle percentuali ivi indicate. Ai fini del calcolo delle disponibilità da destinare al concorso pubblico non dovranno, inoltre, tenersi in conto i posti di funzione relativi agli incarichi dirigenziali di cui all'articolo 19, comma 3, del d.lgs. 165/2001.

Nel limite dei posti individuati, e fermo restando quanto previsto in relazione ai posti da destinare al concorso pubblico a tempo determinato, le amministrazioni bandiscono un concorso pubblico per titoli ed esami, per l'accesso, mediante assunzione a tempo indeterminato, alla qualifica di dirigente di prima fascia per il conferimento di funzioni dirigenziali di livello generale.

Coloro che saranno assunti dall'amministrazione a seguito del concorso, anteriormente al conferimento dell'incarico, saranno tenuti all'espletamento di un periodo di formazione presso uffici amministrativi di uno Stato dell'Unione Europea o di un organismo comunitario o

internazionale, da completarsi, in ogni caso, entro tre anni dalla conclusione del concorso. La frequenza sarà obbligatoria ed a tempo pieno, per una durata pari a sei mesi, anche non continuativi, e si svolgerà presso uno degli uffici indicati, scelti dal dirigente assunto tra quelli indicati dall'amministrazione, secondo le modalità che saranno disciplinate con il regolamento dell'articolo 28-bis, comma 6, del d.lgs. 165/2001.

Al termine del periodo di formazione è prevista, da parte degli uffici affidatari del neodirigente di I fascia, una valutazione del livello di professionalità acquisito che equivale, per coloro che all'atto dell'assunzione non rivestivano la qualifica di dirigente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, al superamento del periodo di prova necessario per l'immissione in ruolo.

Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 ottobre 2010 ha altresì previsto che il Dipartimento della funzione debba definire con una apposita direttiva del Ministro i criteri e le modalità di trasmissione annuale della programmazione triennale del fabbisogno delle singole amministrazioni, corredata delle informazioni dettagliate sulla tipologia e sul numero dei posti disponibili, ai fini del calcolo delle percentuali previste e delle determinazioni assunte per l'espletamento dei concorsi pubblici previsti, al fine di monitorare lo svolgimento delle procedure di reclutamento correlate e garantire il giusto raccordo delle diverse modalità di accesso alla dirigenza della prima fascia.

Su richiesta delle amministrazioni interessate, inoltre il Dipartimento della funzione pubblica potrà promuovere convenzioni per la gestione unificata dei concorsi nonché iniziative per agevolare l'informatizzazione delle procedure concorsuali. Risulta in proposito espressamente previsto che le amministrazioni debbano favorire nella gestione delle procedure concorsuali la più ampia diffusione delle procedure informatiche e la piena applicazione della normativa sulla posta elettronica certificata. Per quanto non specificamente previsto, è previsto il rinvio alle norme in materia di accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, e successive modificazioni, per le parti non incompatibili.

In sede di prima applicazione del regolamento, le percentuali sono state applicate tenendo conto dei posti di funzione di livello generale che si rendono disponibili a decorrere dal 1° gennaio 2011.

L'introduzione della Posta Elettronica Certificata (PEC) nei rapporti con le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165

In relazione agli obiettivi anche sopra menzionati di ampia diffusione delle procedure informatiche e di piena applicazione della normativa sulla posta elettronica certificata (PEC), il

Dipartimento della funzione pubblica con la circolare 12 del 2010 è intervenuto sulla possibilità di immediata utilizzazione della PEC per presentare una domanda di ammissione ad una procedura concorsuale indetta da una pubblica amministrazione.

In particolare, è stato evidenziato che tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001 - e quindi anche quelle locali -, sono tenute ad accettare le domande di ammissione anche in questa forma, senza necessità di ulteriori interventi regolamentari o di apposite specifiche nei bandi di concorso.

Tale principio si applica a qualunque forma di reclutamento che determini l'accesso al pubblico impiego, sia con assunzione a tempo indeterminato sia con contratto a tempo determinato, e va rispettato anche per quanto attiene al reclutamento della dirigenza ed è estensibile, laddove compatibile, alle procedure comparative per la stipula di contratti di lavoro autonomo secondo le modalità disciplinate dall'art. 7, commi 6 e seguenti, del d.lgs. 165/2001.

Si è trattato di una presa di posizione molto importante sulla strada della semplificazione dei rapporti tra la pubblica amministrazione ed i cittadini e per la qualificazione della PEC quale strumento preferenziale di comunicazione tra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni. Le linee guida fornite, infatti, rappresentano un parametro di riferimento fondamentale per lo sviluppo della digitalizzazione della pubblica amministrazione, attenendo esse essenzialmente alle problematiche della certezza della data e della presenza della firma su atti dematerializzati di terzi verso la pubblica amministrazione stessa anche in assenza della firma digitale.

I chiarimenti ed i criteri interpretativi forniti con la circolare n.12 del 2010 del Dipartimento della funzione pubblica sulla presentazione tramite PEC delle domande di ammissione ai concorsi pubblici riguardano in primo luogo l'ammissibilità della presentazione delle domande di concorso anche in via telematica.

La conferma da parte del Dipartimento della funzione pubblica con la circolare in parola si basa sull'attualizzazione della normativa concorsuale prevista nell'articolo 4 del d.P.R. 487/1994 sulla base dell'art. 38 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa). In tale articolo, infatti, è espressamente previsto che tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica e che queste potranno considerarsi valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del Codice dell'amministrazione digitale.

Sulla base di queste statuizioni, l'inoltro tramite posta certificata di cui all'art. 16-bis del decreto-legge 29 novembre 2008, n.185 - nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 4 del d.P.R. 487/1994 - è, pertanto, già sufficiente a rendere valida l'istanza, a considerare identificato l'autore di essa, a ritenere la stessa regolarmente sottoscritta.

Viene inoltre precisato che non è possibile rinvenire in alcun modo, nella normativa vigente in tema di concorsi, la necessità di una presentazione dell'istanza con le modalità qualificate di firma digitale ulteriormente richiamate, fermo restando che, qualora siano utilizzate dal candidato, sono senz'altro da considerare valide da parte dell'amministrazione.

D'altro canto, l'articolo 4 del decreto del Presidente della Repubblica dell'11 febbraio 2005, n. 68, recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, prevede che l'invio di messaggi con detto strumento è valido agli effetti di legge e che la validità della trasmissione e ricezione del messaggio di posta elettronica certificata è attestata rispettivamente dalla ricevuta di accettazione e dalla ricevuta di avvenuta consegna che la caratterizzano ai sensi dell'art. 6 dello stesso d.P.R.

Lo stesso principio è ribadito dall'articolo 16-*bis*, comma 5, della legge 28 gennaio 2009, n.2 secondo cui l'utilizzo della posta elettronica certificata avviene con effetto equivalente, ove necessario, alla notificazione per mezzo della posta mentre, il successivo comma 6, stabilisce che ogni amministrazione pubblica utilizza la posta elettronica certificata con tecnologie che certifichino data e ora dell'invio e della ricezione delle comunicazioni e l'integrità del contenuto delle stesse, anche al fine di avere la garanzia della coerenza tra quanto inviato dal mittente e quanto ricevuto dal destinatario.

Dalla lettura coordinata di tali norme, il Dipartimento della funzione pubblica aveva concluso che le disposizioni richiamate hanno chiaramente reso equivalente la trasmissione per posta certificata alla notificazione per mezzo della posta, consentendo il superamento delle previsioni "ostative" alla regolare presentazione della domanda contenute nell'articolo 4 del d.P.R. 487/1994 sulla base delle sopravvenute norme sulla comunicazione telematica con le pubbliche amministrazioni.

Risolto, infatti, il problema della verifica della firma in relazione alla identificazione dell'istante ovvero il problema della prova della data di spedizione in relazione al termine entro il quale deve essere spedita la domanda, viene ritenuta superata la preclusione "*di qualsiasi altro mezzo*" di presentazione della domanda diverso dalla consegna a mano e dallo strumento della raccomandata A/R sancita dal suddetto articolo 4.

In relazione a quanto evidenziato, è stato dunque affermato che non è più possibile eludere la normativa volta alla dematerializzazione dei documenti e degli atti cartacei delle pubbliche amministrazioni, anche considerando che il riferimento alla modalità cartacea (carta semplice) contenuto nella norma in parola nasceva dall'esigenza di rendere inequivocabile il superamento di una vecchia disciplina che prevedeva la presentazione della domanda di concorso in carta da bollo.

In tal senso, con la circolare n. 12 del 2009 si è fornito alle amministrazioni un punto di riferimento sulla materia, rassicurandole sulla utilizzabilità e sulla legittimità della PEC ed individuandone precisamente le fonti nei principi fondamentali del concorso pubblico, di diretta derivazione di quelli contenuti nella Costituzione, elencati nell'art. 35, comma 3, del d.lgs. 165/2001 che alla lettera a) disponendo sulle modalità di svolgimento della selezione che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, prevede il ricorso, ove opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione.

Le istanze a fondamento della norma richiamata sono le stesse che stanno alla base dei principi generali dell'attività amministrativa individuati nell'articolo 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui *"L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità di pubblicità e di trasparenza"*.

In quest'ottica le amministrazioni pubbliche devono improntare il sistema di reclutamento cercando di favorire forme di semplificazione delle procedure e soluzioni di economicità tanto dal lato dell'amministrazione pubblica quanto dal lato del cittadino, nel rispetto dell'imparzialità e della trasparenza che sono canoni supremi in materia concorsuale.

Nell'ambito della potestà regolamentare di ciascuna amministrazione, infine, è stata altresì auspicata la individuazione di percorsi ulteriori di semplificazione della comunicazione con i candidati e delle modalità di acquisizione delle domande di concorso, anche mediante appositi regolamenti o previsioni contenute nel bando, purché siano rispettati i principi essenziali che attengono alla certezza del diritto ed alla trasparenza dei processi.

Tutta la materia oggetto della circolare è stata, infine, formalizzata nel rinnovato Codice dell'Amministrazione digitale risultante dalle modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 - operate a norma dell'articolo 33 della legge 18 giugno 2009, n. 69 – con il decreto legislativo 30 dicembre 2010, n. 235.

In tal senso, l'attivazione e l'uso della PEC non sono una concessione rimessa alla discrezionalità delle singole amministrazioni, ma devono configurarsi per i cittadini come un vero e proprio diritto in virtù del quale gli stessi cittadini (e le imprese ed i professionisti) possono utilizzarla (con le modalità previste dalla legge) senza richiedere un assenso preventivo all'amministrazione o all'ente a cui scrivono.

4.1.5 La tutela del diritto all'accesso dei cittadini di altri Stati Europei ai posti di lavoro delle amministrazioni pubbliche

In materia di reclutamento, il Dipartimento della funzione pubblica è di recente nuovamente intervenuto anche per fornire chiarimenti in ordine alla possibilità dei cittadini extracomunitari di essere ammessi a concorsi pubblici per l'accesso a posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni italiane ed in ordine alla possibilità del legislatore italiano di disciplinare in maniera differenziata l'accesso al pubblico impiego, atteso che è possibile ritenere che la disposizione dell'art. 38 del d.lgs. 165/2001 non sia in contrasto con la normativa comunitaria.

Sulla materia, l'originario quadro formale, così come individuato dall'art. 37 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, consentiva la partecipazione ai pubblici concorsi dei soli cittadini dello Stato italiano in conformità dell'art. 51 della Costituzione il quale prevede che: *"Tutti i cittadini dell'uno e dell'altra sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge"*.

Tuttavia, il comma 2 dello stesso articolo 51 prevede che *"La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica."*

Proprio grazie a tale riserva di legge, pure ribadita in materia dall'art. 10 della stessa Costituzione secondo cui *"La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali"*, il legislatore dello Stato italiano ha ottemperato agli obblighi comunitari, recependo il contenuto delle disposizioni dell'Unione che richiedevano l'allargamento del diritto di accesso al lavoro presso amministrazioni pubbliche non solo ai cittadini italiani, ma anche ai cittadini della Comunità Europea.

In tal senso, il successivo art. 38 del d.lgs. 165/2001 che raccoglie, sul punto, le analoghe prescrizioni già fissate nell'art. 37 del d.lgs. 29/1993, per come modificato dall'art. 24 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, statuendo che *"I cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale"*, ha attuato l'apertura di cui si è detto ai cittadini comunitari, intervenendo con legge a derogare il principio generale del possesso della cittadinanza italiana previsto dalla Costituzione, essendo a ciò legittimato dalla stessa Carta fondamentale.

Detta apertura veniva fondata sulla reinterpretazione del concetto di cittadinanza. Tale condizione giuridica subiva un'evoluzione rispetto all'appartenenza al solo Stato italiano, finendo

col corrispondere con l'essere parte dell'entità sovranazionale comunitaria e andando a costituire una appartenenza allargata ma giustificata, e dunque limitata, dalla prospettiva dell'integrazione europea (cfr. parere Avvocatura dello Stato 18 febbraio 2004).

D'altro canto, con l'art. 45, paragrafo 4, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come interpretato dalla Corte di Giustizia (causa C-149/79), è stato ritenuto legittimo che lo Stato Membro riservi ai propri cittadini quegli impieghi dell'amministrazione pubblica che prevedono l'esercizio diretto o indiretto dei pubblici poteri e delle funzioni volte a tutelare gli interessi generali dello Stato e delle autorità pubbliche.

Quindi nel pieno rispetto della evidenziata impostazione giurisprudenziale europea, l'ordinamento italiano, con la norma da ultimo esaminata ha intrapreso l'utilizzo della metodologia normativa mediante la quale l'accesso alle amministrazioni pubbliche viene disciplinato operando una puntuale valutazione sia da un punto di vista soggettivo che da un punto di vista oggettivo.

Per il profilo soggettivo, con l'art. 38, il legislatore italiano ha ritenuto di procedere alla valutazione di coloro che possono adempiere compiutamente alle attività del *civil servant* inteso come soggetto appartenente ad un generale apparato istituzionale che esprime le funzioni delle autorità nazionali e comunitarie.

In aggiunta, l'oggettiva natura delle attività svolte dal pubblico ufficio viene esaminata con specifica attenzione alle indicazioni della Corte di Giustizia in ordine all'esercizio, più o meno diretto, dei pubblici poteri svolti a garanzia dello Stato e delle autorità pubbliche e trasposta nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 7 febbraio 1994, n. 174, come modificato dal successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 5 ottobre 1994, n. 623, applicativo del citato art. 38, comma 2, del d.lgs. 165/2001, in cui vengono individuate le attività lavorative comunque riservate ai cittadini italiani.

Il legislatore ha dunque reputato di individuare nel settore pubblico, ad eccezione delle limitazioni sopra indicate, un ambito lavorativo nel quale l'attività esercitata dal pubblico dipendente possa essere estrinsecazione di una funzione istituzionale che, nella sua generalità, registra un forte grado di interconnessione con le istituzioni comunitarie, richiedendo quale elemento fondante l'appartenenza all'Unione stessa.

In materia, già sulla stessa linea, l'art. 2 del d.P.R. 487/1994, al punto 1 del comma 1, tra i requisiti generali per l'accesso all'impiego pubblico enucleava quello della cittadinanza italiana precisando che: *"Tale requisito non è richiesto ai soggetti appartenenti all'Unione Europea, fatte salve le eccezioni di cui al DPCM 7 febbraio 2004 (...)*.

La natura speciale dell'intervento operato dal legislatore italiano, nel settore pubblico, a favore del cittadino comunitario rispetto alla tutela del diritto all'accesso dei cittadini di altri Stati

europei ai posti di lavoro delle amministrazioni pubbliche, non consente, tuttavia, interpretazioni estensive a favore dei cittadini extracomunitari.

Anche secondo la giurisprudenza, pur tenuto conto che gli orientamenti in materia non sono totalmente consolidati, la norma derogatoria in materia di accesso al pubblico impiego prevista dall'art 38 del d.lgs. 165/2001 non ha eliminato il divieto di accesso dei cittadini extracomunitari all'impiego pubblico e non presenta sintomi di incostituzionalità sotto il profilo della disparità di trattamento.

D'altro canto, in ossequio alla riserva di legge di cui all'articolo 51, comma 2, della Costituzione, secondo cui solo la legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica, è possibile ritenere il solo legislatore legittimato ad interventi di disciplina della materia, non reputandosi all'uopo sufficiente l'orientamento espresso in sede giurisprudenziale. In tal senso il legislatore ha operato quando ha parificato, a tali fini, i cittadini comunitari a quelli italiani, nonché laddove ha consentito l'accesso in specifici settori pubblici ad alcune categorie di lavoratori stranieri, ai sensi dell'articolo 27 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

4.1.6 Gli ulteriori vincoli previsti all'utilizzazione del lavoro flessibile e la stabilizzazione del lavoro precario

Le leggi finanziarie 2007 e 2008 avevano introdotto una procedura speciale volta a stabilizzare i rapporti di lavoro subordinato di personale a tempo determinato che avevano maturato il requisito dei tre anni, secondo le specifiche indicate nella legge e trattate nel dettaglio dalla circolare 5 del 2008 del Dipartimento della funzione pubblica.

Per ripristinare le procedure di reclutamento tramite concorso pubblico il d.l. 78/2009 (articolo 17 commi da 10 a 13) aveva poi previsto procedure speciali per il triennio 2010-2012.

Tali disposizioni hanno previsto, per quella platea di lavoratori subordinati a tempo determinato individuata dalle leggi finanziarie 2007 e 2008 come possibili destinatari di stabilizzazione, la possibilità di indire procedure concorsuali pubbliche con una riserva di posti non superiore al 40% di quelli messi a concorso (art. 17, comma 10, d.l. 78/2009). Inoltre, per le suddette categorie di personale, unitamente ai titolari di contratto di collaborazione coordinata e continuativa in possesso dei requisiti richiesti dalle leggi finanziarie 2007 e 2008, sono contemplate procedure speciali per titoli ed esami volti a valorizzare con apposito punteggio l'esperienza professionale maturata (art. 17, comma 11, d.l. 78/2009). Altra procedura è quella che

riguarda il personale che, avendo maturato i requisiti previsti per la stabilizzazione in qualifiche per le quali non è richiesto un titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo, che abbia la professionalità richiesta e i requisiti previsti per l'accesso al pubblico impiego, può accedere ad assunzioni a tempo indeterminato nelle stesse qualifiche previa adozione di apposite graduatorie da parte della relativa amministrazione (art. 17, comma 12, d.l. 112/2009).

Le amministrazioni devono, alla luce delle suddette disposizioni, valutare nella loro programmazione del fabbisogno, la possibilità di destinare il 40% delle risorse finanziarie per l'indizione dei suddetti concorsi (art. 17, comma 13, d.l. 78/2009).

Nella considerazione che un utilizzo improprio delle tipologie di lavoro flessibile determina nuovo precariato, le amministrazioni pubbliche, nonché i competenti organi di controllo, sono tenute ad evitare l'insorgere di tali fenomeni, che si pongono in antitesi con i principi che riguardano il corretto funzionamento delle stesse, ed a vigilare sul corretto ricorso alle tipologie di lavoro flessibile nel rispetto rigoroso ed attento delle condizioni di ammissibilità connesse con le esigenze temporanee o eccezionali, escludendone, pertanto, l'utilizzo per far fronte ad esigenze ordinarie e continuative (si vedano al riguardo l'articolo 7, comma 6, per il lavoro flessibile di tipo autonomo, e l'art. 36, per il lavoro flessibile subordinato, del d.lgs. 165/2001).

A tal fine vanno evidenziati anche i nuovi vincoli finanziari previsti, a decorrere dall'anno 2011, introdotti dall'art. 9, comma 28, del d.l. 78/2010 che riducono le disponibilità nel limite del 50% della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. A tale limite, le medesime amministrazioni dovranno altresì conformarsi per la spesa per personale relativa a contratti di formazione-lavoro, ad altri rapporti formativi, alla somministrazione di lavoro, nonché al lavoro accessorio di cui all'articolo 70, comma 1, lettera d) del d.lgs. 276/2003, e successive modificazioni ed integrazioni.

Per il comparto scuola e per quello delle istituzioni di alta formazione e specializzazione artistica e musicale trovano applicazione le specifiche disposizioni di settore.

Per gli enti di ricerca rimane confermato quanto previsto dall'articolo 1, commi 187 e 188, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

Per le amministrazioni che nell'anno 2009 non hanno sostenuto spese per le finalità previste dal citato comma 28, il limite di cui al primo periodo è computato con riferimento alla media sostenuta per le stesse finalità nel triennio 2007-2009. Il mancato rispetto dei predetti limiti costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale.

4.2 La mobilità

4.2.1 La mobilità come strumento di flessibilità organizzativa

I vincoli assunzionali, che impediscono un ricambio delle risorse in ragione del *turn-over*, le esigenze di contenimento della spesa di personale, la limitatezza dei mezzi a disposizione rendono ancora più indispensabile un'organizzazione delle attività e delle risorse secondo i principi e le modalità del ciclo delle *performance* di cui al Titolo II del d.lgs. 150/2009. L'esiguità dei mezzi disponibili, infatti, non può compromettere il regolare svolgimento delle funzioni istituzionali e la continuità nell'erogazione dei servizi pubblici. Ne discende, perciò, che solo un loro utilizzo modulato sulla base delle esigenze tecniche, organizzative e produttive e fondato su logiche di ottimizzazione dell'organizzazione ne può consentire un'ottimale gestione.

I numerosi anche recenti interventi legislativi in materia di mobilità tra amministrazioni pubbliche, che ne confermano l'obbligo del previo esperimento, prima di indire nuovi concorsi e l'utilità complementare dell'istituto rispetto alle assunzioni, fanno della mobilità una risorsa preziosa per l'approvvigionamento e l'allocazione delle risorse umane.

Ciò è facilmente desumibile nei vari contesti rilevanti richiamati anche dalla normativa più recente. In tema di ciclo di *spending review* e di definizione dei fabbisogni standard, per le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato dovranno essere adottate specifiche metodologie per quantificare i relativi fabbisogni di personale, ai fini di una migliore allocazione delle risorse (art. 9, decreto- legge 6 luglio 2011, n.98 e art. 01 A.C. 4612).

In sede di definizione dei piani di razionalizzazione (art. 16 del d.l. 98/2011) le amministrazioni potranno adottare misure di riduzione della spesa attraverso interventi di diversa distribuzione delle risorse mediante mobilità, con l'eliminazione, ad esempio, del ricorso a forme di esternalizzazione delle attività o alle collaborazioni e consulenze esterne.

Nel contesto dei tagli alle dotazioni organiche (art. 1, commi 2-5 del decreto-legge 13 agosto 2011, n.138) la presenza di eventuali posizioni soprannumerarie andrà valutata in merito ai riflessi che ne derivano sul piano dell'applicabilità dell'articolo 33 del d.lgs. 165/2001. Soprattutto la mobilità del personale può funzionare come strumento di accompagnamento della riorganizzazione delle strutture, secondo criteri razionali di concentrazione di funzioni istituzionali e di eliminazione delle duplicazioni, per realizzare una migliore allocazione delle risorse.

4.2.2 L'obbligo di attivazione delle procedure di mobilità

Come sopra sottolineato, le norme del d.l. 78/2010 che hanno innovato i regimi assunzionali delle diverse tipologie di amministrazioni ed enti hanno sempre ribadito l'obbligo delle amministrazioni di attivare le procedure di mobilità (obbligatoria e volontaria), prima di procedere alla copertura dei posti vacanti.

Ai sensi dell'articolo 34-*bis* del d.lgs. 165/2001, le procedure di assunzione di personale devono essere precedute dalle comunicazioni previste dal medesimo articolo al fine dell'esperimento delle procedure di mobilità. A tutela dell'interesse generale a rendere effettivo il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., in qualunque parte del territorio nazionale (art. 120 Cost.), il legislatore ha previsto la nullità degli atti posti in essere in violazione delle norme imperative di cui al predetto articolo 34-*bis*. In caso di scorrimento di graduatorie ancora efficaci, riguardanti concorsi già espletati, la richiesta di assegnazione di personale in disponibilità agli uffici competenti va ogni volta ripresentata.

Per quanto attiene all'obbligo di esperire preventivamente le procedure di mobilità volontaria, lo stesso risponde, poi, ad un'esigenza di razionalizzazione dell'organizzazione pubblica e di riduzione della spesa di personale, senza trascurare l'aspirazione dei pubblici dipendenti di conciliare meglio vita personale e lavorativa attraverso una maggiore vicinanza alla propria abitazione. La nuova formulazione dell'art. 30, comma 1, del d.lgs. 165/2001, come modificata dal d.lgs. 150/2009, introduce poi l'obbligo di "rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta". Le procedure di mobilità volontaria, pertanto, vanno avviate mediante indizione di appositi bandi. Non si ritiene, infatti, rispettato il precetto normativo con un mero esame delle domande di trasferimento presentate spontaneamente da alcuni dipendenti, salvo disposizioni derogatorie previste dalla legge. Non sarebbe garantita l'imparzialità e la trasparenza della selezione. In tal senso, una giurisprudenza consolidata secondo cui l'obbligo delle amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, di attivare le procedure di mobilità evidenzia un obiettivo chiaro del legislatore di accordare all'istituto della mobilità priorità assoluta rispetto all'assunzione di nuovo personale pubblico. Secondo un orientamento univoco l'obiettivo va perseguito anche se alla nuova assunzione si procede mediante lo scorrimento di graduatorie ancora efficaci, "nell'evidente scopo di contenimento della spesa pubblica inerente il personale di tutte le pubbliche amministrazioni."

E' necessario, altresì, rispettare quanto prescritto dal citato articolo 30, comma 2-*bis*, circa l'immissione prioritaria in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, subordinatamente alla verifica dell'esistenza dei necessari presupposti

normativi e, in ogni caso, nel rispetto delle disposizioni in materia di assunzioni. L'immissione in ruolo del personale comandato può essere decisa dall'amministrazione a prescindere dall'avvio di procedure concorsuali. In tal caso il bando dei posti che l'amministrazione intende occupare può avere rilevanza interna rivolta solo a coloro che sono in posizione di comando. Questa procedura non libera l'amministrazione dall'obbligo di cui al comma 1 dell'art. 30 del d.lgs. 165/2001 (bando di mobilità) laddove si intenda procedere con assunzioni dall'esterno.

Le procedure di mobilità che l'amministrazione ritiene di attuare vanno indicate nella programmazione triennale del fabbisogno, specificando le autorizzazioni necessarie per acquisire personale in mobilità da amministrazioni pubbliche che non sono soggette a vincoli assunzionali specifici, considerando che la mobilità, anche intercompartimentale, ai sensi dell'art. 1, comma 47, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, *"in vigenza di disposizioni che stabiliscono un regime di limitazione delle assunzioni di personale a tempo indeterminato"*, è consentita *"tra amministrazioni sottoposte al regime di limitazione, nel rispetto delle disposizioni sulle dotazioni organiche"*.

Da ultimo, l'art. 13 della legge 4 novembre 2010, n. 183 avente ad oggetto *"Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro"*, c.d. *"Collegato lavoro 2010"*, è nuovamente intervenuto sulla mobilità del personale delle pubbliche amministrazioni stabilendo che in caso di conferimento di funzioni statali alle regioni e alle autonomie locali ovvero di trasferimento o di conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni ad altri soggetti pubblici ovvero di esternalizzazione di attività e di servizi, si applicano al personale ivi adibito, in caso di esubero, le disposizioni dell'articolo 33 del d.lgs. 165/2001 in materia di eccedenze di personale e di mobilità collettiva.

E' stato, inoltre, introdotto il comma 2-sexies all'articolo 30 sempre del d.lgs. 165/2001 in base al quale le pubbliche amministrazioni, per motivate esigenze organizzative, risultanti dai documenti di programmazione dei fabbisogni, possono utilizzare in assegnazione temporanea, con le modalità previste dai rispettivi ordinamenti, personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a tre anni, fermo restando quanto già previsto da norme speciali sulla materia, nonché il regime di spesa eventualmente previsto da tali norme e dallo stesso d.lgs. 165/2001 prevedendosi la possibilità per le pubbliche amministrazioni, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, di rideterminare le assegnazioni temporanee in corso. In caso di mancata rideterminazione, i rapporti in corso continueranno ad essere disciplinati dalle originarie fonti.

4.2.3 La mobilità dei dipendenti pubblici presso enti od organismi internazionali ai sensi della legge 27 luglio 1962, n.1114

La mobilità internazionale dei pubblici dipendenti, oltre alle norme particolari specifiche di ogni singolo comparto di contrattazione, è disciplinata dalla legge 27 luglio 1962, n. 1114, dall'art. 32 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 162 e da altre norme speciali per determinate categorie di pubblici dipendenti (decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n.18 per la carriera diplomatica, decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n.382 per i docenti universitari, ecc.)

Il Dipartimento della funzione pubblica ha seguito in particolare le vicende della mobilità internazionale derivanti dall'applicazione della l. 1114/1962 e dell'art. 32 d.lgs. 165/2001.

Nel corso del 2010 sono stati trattati 11 casi di distacco (di cui 6 rinnovi) ex art. 32 su cui il Dipartimento della funzione pubblica ha espresso il proprio parere e 187 autorizzazioni, derivanti da nuove istruttorie, rinnovi e proroghe. Dedotte le cessazioni intervenute nel corso dell'anno e comunque tutti i casi di chiusura anticipata per revoche o rinunce, il numero totale delle posizioni aperte è oscillato fra le 375 e le 415, rispetto al massimo di 500 previsto dalla legge.

Per quanto attiene alla categoria degli Esperti Nazionali Distaccati, la materia è curata in modo particolare dal Ministero degli Affari esteri, che costituisce il punto centrale di selezione delle candidature presentate da tutte le pubbliche amministrazioni. Per parte sua il Dipartimento, già impegnato con la direttiva interministeriale del 2007, dopo la costituzione a Palazzo Chigi di un tavolo istituzionale presieduto dal Sottosegretario di Stato Gianni Letta, ha partecipato alla riunione che si è svolta presso la stessa Presidenza del Consiglio il 2 aprile 2011 e che ha dato origine ad un gruppo di lavoro composto dalle amministrazioni interessate (Presidenza del Consiglio dei Ministri - Segretariato Generale- Dipartimento per le politiche europee – Dipartimento della funzione pubblica e Ministero degli Affari Esteri) col compito, fra l'altro, di individuare le iniziative volte al migliore utilizzo di queste risorse umane e per migliorarne la selezione e la presentazione a Bruxelles, anche tenendo conto degli obiettivi strategici del nostro Paese. Una successiva riunione tenutasi il 21 luglio ha ulteriormente delineato le modalità operative per rendere più efficace la rete degli END italiani, anche attraverso il monitoraggio delle posizioni END attuali e di prossima apertura presso la Commissione Europea, nonché promuovendo la costituzione di una banca dati di profili nazionali potenzialmente spendibili nelle posizioni strategiche delle Istituzioni dell'Unione Europea e proseguendo la discussione sui

possibili meccanismi di valorizzazione degli END al loro rientro nelle amministrazioni nazionali. Altre riunioni di coordinamento hanno avuto luogo presso il Ministero degli Affari esteri, una delle quali anche in videoconferenza con la Sezione italiana del CLENAD a Bruxelles. Nella riunione del 26 gennaio 2011 a Bruxelles) è stato presentato il rapporto END, sulla presenza e le attività degli Esperti Nazionali Distaccati presso le Istituzioni Europee. Detto Rapporto – riferito al 2010 – illustra l'attività degli Esperti Nazionali Distaccati italiani, fornisce dati sulla presenza degli END italiani presso le Istituzioni comunitarie, e alcune indicazioni miranti sia al rafforzamento di questo istituto da parte delle amministrazioni italiane, sia al migliore reinserimento degli esperti nelle amministrazioni di appartenenza al termine del distacco presso le stesse Istituzioni europee. Il rapporto, giunto alla sua terza edizione, riporta le attività svolte dal *Comité de Liaison des Experts Nationaux Détachés* (CLENAD) e una serie di profili biografici degli END italiani che prestano servizio presso le Istituzioni europee. Dalla versione precedente di detto rapporto è scaturita, nel corso del 2010, l'attività che ha portato alle ulteriori iniziative intraprese a livello politico ed amministrativo per l'aggiornamento della direttiva interministeriale già emanata nel 2007, in modo da tenere conto delle prospettive di carriera degli END al loro rientro, del riconoscimento specifico della figura degli END e della loro utilizzazione in programmi specifici di formazione su temi comunitari.

In merito alle modalità di applicazione della l. 1114/1962 e relative criticità, si è tenuto un incontro presso il Dipartimento della funzione pubblica allo scopo di esaminare le diverse problematiche d'intesa con le altre amministrazioni, il giorno 31 maggio 2010. Fra i punti specifici oggetto di analisi da parte del Dipartimento della funzione pubblica, in collaborazione con le amministrazioni statali maggiormente coinvolte, rientra anche la predisposizione di iniziative legislative che si sono in seguito concretizzate in un testo, inserito in un disegno di legge (A.C.3209-bis/B) approvato alla Camera dei deputati, dopo un iter parlamentare complesso, il 15 settembre 2011.

Detto Atto parlamentare riporta, all'art. 40, alcune disposizioni che intendono completare e perfezionare le modifiche già introdotte alla l. 1114/1962, da parte della legge 15 luglio 2002, n. 145, che, all'epoca, fu modificata ed aggiornata nel solo art. 1, mantenendo nei restanti articoli alcune denominazioni e tipologie di impiego ormai da tempo modificate o non più esistenti. Le nuove disposizioni non solo non comportano nuovi o maggiori oneri, ma, in qualche caso, la razionalizzazione di alcune disposizioni potrebbe comportare un risparmio (comma 1, lettere a, b, c, d).

La successiva lettera e), che introduce l'art. 4 bis alla novellata l. 1114/62, consente di disporre di una banca dati, di fatto già esistente seppure in maniera molto semplificata, per avere uno strumento di monitoraggio puntuale e completo al fine di rispettare il contingente di 500 unità

(*rectius*: autorizzazioni) stabilito dalla legge stessa, per rispondere alle esigenze di conoscibilità e di trasparenza dei collocamenti fuori ruolo all'estero e per adempiere alle modificazioni, già introdotte dalla citata l. 145/2002, che hanno reso la procedura di collocamento non più interministeriale, ma di competenza delle amministrazioni interessate.

Infine, con specifico riferimento alla lettera *f*), la previsione dell'utilizzo di un contingente già esistente ed approvato dal Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca consente di non ricercare ulteriori docenti da collocare fuori ruolo e quindi di escludere la possibilità di ulteriori costi di sostituzione derivanti dal ricorso a supplenze. In tal modo si chiarisce che il personale scolastico può esser collocato fuori ruolo, ai sensi della l. 1114/62, solo se vi è disponibilità nel contingente della legge 23 dicembre 1998, n.448. Anche in questo caso, il filtro costituito da questo ulteriore contingente, oltre ad escludere la possibilità di maggiori oneri, perché preventivamente programmato dallo stesso Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca, potrebbe in qualche caso rappresentare un risparmio per il bilancio pubblico in generale.

Non deve sottacersi, poi, l'ulteriore attività del Dipartimento della funzione pubblica in materia di mobilità internazionale e di tutela della funzione pubblica internazionale. A tal fine si segnala l'A.S. 2393 (ex. Atto Camera 3241) divenuto la legge 17 dicembre 2010, n. 227, (GU n. 304 del 30 dicembre 2010), recante "*Disposizioni concernenti la definizione della funzione pubblica internazionale e la tutela dei funzionari italiani dipendenti da organizzazioni internazionali*". Si tratta di una norma importante, per quando riguarda la tutela dei cittadini italiani (non pubblici dipendenti nazionali) che prestano servizio in ambito professionale o direttivo presso le Organizzazioni internazionali.

Giova anche ricordare il testo unificato di diverse proposte di legge (C. 2854 Buttiglione, C. 2862 Stucchi, C. 2888 Gozi e C. 3055 Pescante), riguardante la riforma della legge 4 febbraio 2005, n. 11, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione Europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari e intitolato «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea». Tale testo reca data del 22 settembre 2010 e, fra l'altro, all'art. 4, riscrive praticamente l'art. 32 del d.lgs. 165/2001, evidenziando in modo particolare l'istituto degli END.

Altro segnale positivo è stato posto in essere proprio negli ultimi mesi del 2010, con la predisposizione, da parte dell'Ufficio Legislativo del Dipartimento della funzione pubblica, di un decreto del Presidente della Repubblica. recante "*Regolamento di disciplina delle modalità di compimento del periodo di formazione all'estero per neo dirigenti di prima fascia, ai sensi dell'articolo 28-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*" , riformulato dall'art. 47,

comma 1, del d.lgs. 150/2009, recante la disciplina dell'accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia, ed in particolare dal comma 6, che rinvia ad un regolamento, da emanare su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, e sentita la Scuola superiore della pubblica amministrazione. Il decreto intende disciplinare il periodo di sei mesi, preferibilmente continuativi, di formazione a tempo pieno all'estero che i vincitori del concorso pubblico per l'accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia nelle amministrazioni statali sono tenuti a svolgere prima del conferimento dell'incarico, così come sancito dal d.lgs. 150/2009, del Ministro Brunetta, che ha profondamente innovato le modalità di reclutamento dei dirigenti di prima fascia.

4.3 Il trattamento giuridico ed economico del personale

Premessa

Il contesto normativo di riferimento è stato caratterizzato da profondi cambiamenti che hanno determinato un significativo impatto sulla disciplina del lavoro pubblico. Basti considerare la rilevanza della riforma approvata con il d.lgs. 150/2009, recante “*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*”. Con questo provvedimento ha avuto luogo un'importante revisione di alcuni tratti fondamentali della disciplina del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti e sono stati innovati diversi articoli del d.lgs. 165/2001. Con l'entrata in vigore del decreto è emersa l'esigenza di un'intensa attività di studio e ricerca finalizzata all'elaborazione di indirizzi interpretativi ed applicativi per le pubbliche amministrazioni destinatarie della riforma.

Nell'anno 2010 è stato, inoltre, approvato il d.l. 78/2010, convertito, con modificazioni, in l. 122/2010, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, il quale ha introdotto modifiche normative finalizzate al contenimento dei costi del personale e alla riduzione della spesa pubblica che hanno inciso sul regime del trattamento giuridico ed economico del personale pubblico.

A fine anno è stata poi approvata la l. 183/2010, recante “*Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile,*