

Parere giuridico

1.- Ricercatori e tecnologi dipendenti del Consiglio per la Ricerca e la sperimentazione in Agricoltura (CRA), con il contributo dell'ANPRI, indicati nell'elenco qui allegato, richiedono un parere giuridico *pro veritate* in ordine a vari profili dei passaggi di livello professionale *ex art. 15* del contratto collettivo nazionale di lavoro – enti pubblici di ricerca, sottoscritto il 7 aprile 2006 (2002-2005), con particolare riguardo allo scorrimento delle relative graduatorie alla stregua delle disposizioni normative e contrattuali applicabili.

2.- Il Consiglio per la Ricerca e la sperimentazione in Agricoltura (CRA), istituito con il decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 454, è un ente pubblico nazionale di ricerca, sottoposto alla vigilanza del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, costituito dall'aggregazione di vari istituti di ricerca con la finalità di unificare attività e strutture preesistenti in modo da operare in modo coordinato ed efficace nel settore della ricerca agraria. L'ente si avvale delle tipologie di personale individuate nei profili descritti nella contrattazione collettiva di diritto pubblico – comparto ricerca – per le diverse aree: scientifica (ricercatori e tecnologi), tecnica (collaboratori tecnici, operatori tecnici) e amministrativa (funzionari, collaboratori di amministrazione, operatori di amministrazione).

Mette conto rilevare che l'attuale assetto contrattuale consegue, per quanto riguarda ricercatori e tecnologi, ad una lunga ed alterna vicenda, connessa alle diverse risposte date dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva (prima e dopo la c.d. delegificazione del rapporto di lavoro pubblico) alle istanze di distinta considerazione dell'attività di ricerca scientifica e di suo riconoscimento come specifica professionalità della dirigenza, da assimilare alla ricerca e docenza universitaria, con attribuzione di uno *status* definito alla stregua delle convenzioni europee

interventute *in subjecta materia* (sfociate anche in atti formali, come il c.d. Codice Minerva, approvato negli anni 2005 e 2006).

L'inserimento di ricercatori e tecnologi nella contrattazione generalizzata, dapprima in quella resa *erga omnes* mediante atti normativi e infine nella c.d. contrattazione di comparto, se pure ha segnato una qual omologazione con il restante personale, ha peraltro comportato la previsione di istituti negoziali connessi alla realizzazione di opportunità di sviluppo professionale mediante procedure selettive finalizzate all'accertamento dell'esperienza acquisita ovvero del merito scientifico o tecnologico (art. 64 c.c.n.l. 21 febbraio 2002 per il quadriennio 1998-2001; art. 15 c.c.n.l. 7 aprile 2006 per il quadriennio 2002-2005), che la giurisprudenza di legittimità ha valorizzato in relazione alla rilevanza e specificità della funzione di ricerca.

3.- L'intervento giurisprudenziale si è riferito, in particolare, anche nell'ambito della individuazione della giurisdizione per le relative controversie, alla natura e agli effetti delle selezioni interne finalizzate ai passaggi di livello, anche in relazione alla efficacia della contrattazione collettiva di diritto pubblico rispetto alla normativa ordinaria e costituzionale; e le definizioni, che ne sono conseguite, costituiscono imprescindibili presupposti anche per la soluzione delle questioni specifiche oggetto del presente parere.

3.1.- Già con riguardo alla disciplina del D.P.R. 12 febbraio 1991, n. 171 ("Recepimento delle norme risultanti dall'accordo per il triennio 1988-1990, concernente il personale delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione di cui alla L. 9 maggio 1989, n. 168, art. 9"), le Sezioni unite della Corte di cassazione avevano configurato la natura concorsuale delle selezioni riservate per l'accesso ai diversi livelli dell'area dei ricercatori, in ragione della novazione del rapporto di lavoro conseguente al mutamento qualitativo di professionalità (cfr. Cass., sez. un., n. 28058 del 2008).

3.2.- Successivamente, con riferimento a selezioni concorsuali bandite sulla base di quanto previsto dalla contrattazione collettiva relativa al personale del comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e

sperimentazione, successiva al completamento della c.d. privatizzazione, le stesse Sezioni unite hanno avuto modo di ribadire che in tema di lavoro pubblico contrattualizzato, secondo costante giurisprudenza, "per procedure concorsuali di assunzione" ascritte al diritto pubblico e all'attività autoritativa dell'amministrazione (alla stregua del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4), si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro, ma anche le prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore e cioè *ad una progressione verticale che consista nel passaggio ad una posizione funzionale qualitativamente diversa, tale da comportare una novazione oggettiva del rapporto di lavoro; tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso*. Alla stregua dell'interpretazione enunciata, assume rilevanza determinante, ai fini dell'indicato criterio di riparto della giurisdizione, il contenuto della contrattazione collettiva, sicché in presenza di progressioni, secondo disposizioni di legge o di contratto collettivo, che comportino una progressione verticale nel senso indicato, la cognizione della controversia resta riservata al giudice amministrativo; sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie attinenti a concorsi per soli dipendenti interni che comportino il passaggio da una qualifica all'altra, ma nell'ambito della stessa area (o categoria) sia con acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive, sia con il conferimento di qualifiche superiori, in base a procedure che l'amministrazione pone in essere con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro. Si è precisato che le disposizioni in materia di accesso al livello appaiono collegate a tali peculiari caratteristiche professionali e contribuiscono a loro volta, con la circolarità propria delle operazioni di ermeneutica, anche contrattuale, a meglio individuare queste ultime: la competizione avviene sulla base dei titoli, ossia di ciò che rileva per accertare la qualità della ricerca; e le modalità così evidenziate valgono come indice della specifica collocazione del livello, quindi il loro rilievo non è sminuito dalla circostanza che il contratto collettivo riservi anche agli interni la selezione concorsuale, mentre non ha

per contro alcun rilievo che la detta qualifica, per la quale è stata indetta la selezione, non sia riconducibile alla dirigenza regolata nel titolo secondo, capo secondo, del D.Lgs. n. 165 del 2001, essendo appena da ricordare che aree differenziate di inquadramento sono configurabili, e in concreto configurate, dalla contrattazione collettiva anche nell'ambito del personale privo di qualifica dirigenziale in senso proprio (cfr. Cass., sez. un., n. 8924 del 2011).

3.3.- E' importante precisare che la connotazione giuridica di tali procedure è riferita altresì alla garanzia costituzionale posta dall'art. 97 Cost. e ai principi enucleati al riguardo dalla Corte costituzionale. Si è infatti specificato che per "procedure concorsuali di assunzione" si intendono quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro, essendo tali le procedure aperte ai candidati esterni, ancorché vi partecipino anche soggetti già dipendenti pubblici, e i procedimenti concorsuali interni destinati a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti lavorativi con il rispetto dei criteri della terzietà della commissione giudicante e della valutazione comparativa fra candidati, mentre restano escluse dalla nozione di concorso le controversie relative a procedure interne riguardanti le progressioni nell'ambito di ciascun livello professionale (cfr. Cass., sez. un., n. 21558 del 2009).

3.4.- Rileva, altresì, ai fini del presente parere, la valenza giuridica attribuita dalla giurisprudenza alla fonte contrattuale, ove le progressioni concorsuali interne sono previste e disciplinate, e, in particolare, ai contratti di diritto pubblico, che presentano una peculiare specialità in ragione della dettagliata regolamentazione della legittimazione contrattuale e del loro procedimento formativo, della verifica da parte della Corte dei Conti della compatibilità economica e finanziaria dei relativi costi, nonché della prescritta loro pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 47, comma 8). Circostanze queste che - unitamente ad altri effetti anche essi speciali del contratto di lavoro pubblico (derogabilità delle norme legali e regolamentari, D.Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 2, commi 2 e 3; ricorribilità in cassazione per violazione e falsa applicazione delle norme

collettive ed accertamento pregiudiziale su efficacia, validità ed interpretazione di norme collettive, D.Lgs. n. 165, ex art. 63, comma 5, e art. 64) - hanno indotto parte della dottrina a qualificare detto contratto come fonte di diritto, e che valutate unitariamente escludono che possa sostenersi una equiparazione del contratto collettivo di diritto pubblico a quello di diritto privato (cfr. Cass., sez. un., 21558/09, cit.; *Id.*, n. 23329 del 2009; in dottrina, sulla mutata funzione della contrattazione collettiva e la sua assimilazione alla norma di legge, cfr. Roselli, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Il nuovo giudizio di cassazione* (a cura di Ianniruberto e Morcavallo), Milano 2010, 243; Morcavallo, *Sistema di principi e tutela dei diritti*, *ibidem*, 16).

3.5.- Tali principi devono essere coordinati con quelli enunciati dalla giurisprudenza in ordine all'istituto del cosiddetto "scorrimento della graduatoria", essendosi precisato che il diritto allo scorrimento presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto; pertanto l'obbligo di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude all'amministrazione di bandire una nuova procedura concorsuale ove decida di reclutare personale, mentre non la obbliga all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti che si rendano vacanti e che l'amministrazione stessa non intenda coprire, configurandosi dunque un diritto soggettivo all'assunzione, tutelabile dinanzi al giudice ordinario, allorché si riveli la determinazione della p.a. di coprire posti in numero utile per i singoli idonei inseriti in una graduatoria vigente ed efficace e ravvisandosi, invece, una posizione di interesse legittimo, tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, allorché si contesti la mancata copertura (cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., n. 19595 del 2012).

4.- La ricognizione giurisprudenziale consente di risolvere i dubbi interpretativi che si pongono in ordine a specifici aspetti, riferibili alla incidenza di sopravvenute normative, quali: il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. riforma Brunetta); il decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122; il decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101 (c.d. decreto D'Alia), convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125.

4.1.- L'art. 62 del decreto legislativo n. 150 del 2009 ha modificato l'art. 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, aggiungendo il comma 1-bis secondo cui le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso; in base all'art. 24, comma 1, del medesimo decreto la copertura dei posti deve avvenire secondo tale disposizione a decorrere dal 1° gennaio 2010.

La nuova disciplina ha avuto applicazioni rigide, intese alla declaratoria retroattiva di invalidità, mediante atti di revoca o annullamento in autotutela, per graduatorie, pure conseguenti a bandi emessi precedentemente al 1° gennaio 2010, relative a progressioni verticali non rispettose della nuova disposizione (cfr. Cons. Stato, ad. Plen., parere n. 4625 del 2012); analogamente, è stata ritenuta la illegittimità costituzionale di disposizioni contenute in leggi regionali intese alla sanatoria di procedure di progressione interamente riservate al personale interno (cfr. Corte cost., n. 354 del 2010).

Non di meno, con riguardo alle progressioni di livello di ricercatori e tecnologi degli enti pubblici di ricerca, la riforma ha avuto effetti limitati, attese le caratterizzazioni delle relative procedure previste dalla contrattazione collettiva, intese, come s'è visto, anche per riconoscimento giurisprudenziale, alla instaurazione di selezioni non interamente riservate e comunque improntate alle garanzie proprie del concorso pubblico, alla stregua del principio generale sancito dall'art. 97 Cost.; sì che l'effetto pratico in relazione all'attuazione delle graduatorie si è risolto nella ammissibilità dello scorrimento di graduatorie attinenti a concorsi banditi anteriormente al 1° gennaio 2010 e nell'obbligo degli enti, a decorrere da tale data, di prevedere per ciascun bando, contestualmente (e dunque senza possibilità di compensazioni all'interno del triennio), una quota del 50% per concorrenti esterni ed una uguale quota riservata ai concorsi interni ex art. 15 c.c.n.l. 2002-2005. Siffatta modalità applicativa si è infine consolidata a seguito dell'emanazione del decreto-legge n. 78 del 2010, cit., convertito

nella legge n. 122 del 2010, cit., che, nel prevedere, all'art. 9, comma 21, che le progressioni di carriera comunque denominate e i passaggi tra le aree del personale contrattualizzato disposte negli anni 2011, 2012 e 2013 abbiano effetto, per i predetti anni, ai soli fini giuridici, ha implicitamente ritenuto la persistente efficacia delle procedure svolte anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 24 del decreto legislativo n. 150 del 2009, così come chiarito dalla circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministero della Funzione Pubblica, 15 aprile 2011, n. 12, con cui si è circoscritto il blocco della progressione economica a tali passaggi di area, siccome equiparati alle assunzioni ordinarie, fatta salva la riserva dei posti, sia in termini procedurali che di copertura finanziaria degli oneri conseguenti.

Infine, la vigenza ed utilizzabilità delle graduatorie ex art. 15 c.c.n.l. 2002-2005, in una con l'obbligatoria, contestuale e paritaria ripartizione fra assunzioni esterne e passaggi interni a decorrere dal 2010, trova specifico riconoscimento negli atti generali di autorizzazione e in quelli di specifica attuazione per la programmazione triennale del fabbisogno di personale degli enti di ricerca (cfr. circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica 18 ottobre 2011, n. 51924, condivisa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, specialmente par. 3; decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 luglio 2012, art. 2; relazione del CRA per il piano triennale di fabbisogno anni 2011-2013; relazione del CRA per la programmazione del fabbisogno anni 2012-2014, e tabelle ivi allegate).

4.2.- Con questi presupposti, in ragione di una evidente esigenza di coerenza sistematica, devono trovare applicazione anche per le graduatorie ex art. 15 c.c.n.l. 2002-2005 (quelle bandite precedentemente al gennaio 2010 e quelle bandite successivamente con il criterio della ripartizione fra candidati esterni e candidati interni) le prerogative di cui al decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, riguardanti la proroga al 31 dicembre 2016 dell'efficacia delle graduatorie vigenti ed approvate dal 1° gennaio 2007 e la priorità dello scorrimento degli idonei inclusi nelle medesime graduatorie rispetto all'avvio di nuove procedure concorsuali; pertanto, le precisazioni

contenute nella circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione del 21 novembre 2013, n. 5, in ordine alla “evidente esclusione delle graduatorie relative a concorsi non pubblici”, va riferita ad altre selezioni, prive della natura concorsuale ovvero interamente riservati agli interni senza alcun meccanismo di compensazione, e non pure alle procedure concorsuali previste dal citato art. 15 c.c.n.l. del 7 aprile 2006, che prevede l’assunzione nel superiore livello *anche* per gli interni secondo criteri analoghi a quelli dei concorsi “aperti”: così potendo trovare coerenza, anche in relazione ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza sanciti dall’art. 3 Cost., il sistema già delineato, specificamente, dalla stessa amministrazione con le precedenti determinazioni, sopra richiamate, di cui alla circolare n. 51924 del 2011 e al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 luglio 2012, e scongiurandosi, in tal modo, il rischio di un notevole contenzioso – cui sarebbero legittimati gli idonei inseriti nelle graduatorie relative a tali procedure – che determinerebbe effetti del tutto opposti a quelli voluti dal Legislatore, intesi alla progressiva razionalizzazione della disciplina delle assunzioni, pure in ragione della probabile emissione di provvedimenti cautelari di sospensione di eventuali provvedimenti di indizione di nuovi concorsi prima dello scorrimento delle graduatorie *de quibus* (riguardo alla sussistenza di una regola generale di prevalenza dello scorrimento di graduatorie valide ed efficaci rispetto all’indizione di concorsi, cfr., da ultimo, Consiglio di Stato n. 6247 del 2013; circa la assimilabilità, sul piano costituzionale, di tali procedure interne a quelle aperte a tutta la comunità scientifica, v. *supra*, n. 3.2 e 3.3.).

5.- Mette conto rilevare che le riforme legislative, via via succedutesi, con il formarsi di indirizzi giurisprudenziali talora incerti, o anche discordanti, e il concorso di relazioni sindacali spesso incoerenti, se non rappresentative di interessi confliggenti, non si sono rivelate adeguate rispetto agli originari propositi, soprattutto in ordine alla esigenza di tutelare la categoria dei ricercatori e dei tecnologi, cui peraltro viene formalmente riconosciuto un ruolo di imprescindibile centralità all’interno degli enti di ricerca.

Da qui la necessità di una regolamentazione, conseguente ad interpretazioni elastiche delle norme esistenti, che assicuri - almeno con

riguardo alla certezza delle posizioni giuridiche ed economiche - il riconoscimento di una distinta professionalità dei soggetti direttamente adibiti alla ricerca, in linea con le tendenze e i modelli europei (cfr., in particolare, i principi generali contenuti nella sezione prima della Carta Europea dei ricercatori, con riferimento alla stabilità e continuità dell'impiego, alla adeguatezza delle condizioni economiche, allo sviluppo professionale).

Il che, poi, richiede scelte adeguate, possibilmente anch'esse codificate e dunque agevolmente verificabili anche mediante procedure di trasparenza, riguardo alla definizione degli organici e alla copertura dei posti, cui si riconnettono, in concreto, le maggiori criticità rispetto all'esercizio della funzione amministrativa, come risulta altresì dai rilievi mossi dalla Corte dei conti con riguardo alla grave riduzione del personale con qualifica di ricercatore e di tecnologo e al conseguente, deleterio, ricorso al personale precario (cfr. determinazione e relazione della Corte dei conti - sezione di controllo sugli enti pubblici - in data 4 dicembre 2013, sulla gestione finanziaria del CRA per l'esercizio 2011; circa la configurazione dell'obbligo di motivazione e del diritto di controllo come presupposti del c.d. principio del giusto procedimento, cfr. Liberati, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, Torino 2009, 288; circa l'applicabilità della legge n. 241 del 1990 *in subjecta materia*, cfr. TAR Lazio n. 8436 del 2013).

6.- L'esegesi delle norme, così operata alla luce della giurisprudenza e della stessa prassi amministrativa, determina l'enunciazione dei seguenti corollari, corrispondenti a specifici profili prospettati in sede di richiesta del presente parere.

6.1.- Le graduatorie conseguenti alle procedure di cui all'art. 15 c.c.n.l. del 7 aprile 2006, approvate dopo il 1° gennaio 2007, rientrano nella sfera di applicazione del decreto-legge n. 101 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 125 del 2013 e, pertanto, godono della proroga al 31 dicembre 2016 e della priorità di scorrimento rispetto all'avvio di nuove procedure concorsuali; quelle bandite precedentemente al 1° gennaio 2010,

data fissata dal decreto legislativo n. 150 del 2009, sono semplicemente soggette al “blocco” economico previsto dal decreto-legge n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010 per le assunzioni degli anni 2011, 2012, 2013.

6.2.- Gli enti di ricerca sono obbligati al rispetto della cadenza biennale delle selezioni concorsuali previste dall’art. 15 cit., da utilizzare per la copertura dei posti nell’ambito della quota del 50% prevista dal decreto legislativo n. 150 del 2009; la mancata osservanza dell’obbligo comporta la proponibilità dell’azione in giudizio dinanzi al giudice ordinario trattandosi di diritto soggettivo alla formazione e allo sviluppo professionale, che trova la sua fonte direttamente nella contrattazione collettiva.

6.3.- Gli idonei inseriti nelle graduatorie ex art. 15 cit., per i quali l’ente abbia già disposto lo scorrimento in esito alla determinazione di copertura dei posti, sono titolari di un diritto soggettivo all’assunzione e, pertanto, possono ricorrere al giudice ordinario in caso di mancata assunzione; se intervenga un *atto contrario*, quale un provvedimento di revoca o un atto di ritiro, gli interessati possono ricorrere al giudice amministrativo per domandarne l’annullamento.

6.4.- La decorrenza delle assunzioni a seguito di scorrimento è quella dell’anno di riferimento, indicata nella disposizione di copertura del posto; il diritto agli arretrati è condizionato all’osservanza del “blocco” economico disposto dal d.l. 78/2010 cit. per gli anni 2011, 2012, 2013.

6.5.- Le procedure di cui all’art. 15 cit. sono tuttora legittimamente disposte, nei limiti della riserva da garantire alle procedure concorsuali aperte agli esterni ai sensi del decreto legislativo n. 150 del 2009.

6.6.- Le graduatorie approvate dopo il 1° gennaio 2007, sebbene bandite in epoca precedente, come per es. quella del concorso del soppresso Istituto Nazionale di Ricerca per gli

Alimenti e la Nutrizione (INRAN), sono anch'esse soggette alla proroga disposta dal d.l. 101/2013 cit.

6.7.- La scelta dell'ente riguardo alla individuazione dei posti da ricoprire si configura come potere discrezionale, soggetto al diritto di controllo dei soggetti interessati ai sensi della normativa sulla trasparenza dell'attività amministrativa, nonché all'impugnativa giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo per la eventuale illegittimità dei relativi atti, pure alla stregua di eventuali rilievi contabili per aumenti di spesa conseguenti a non equilibrata gestione delle coperture; ciò vale anche per la utilizzazione dei posti disponibili, residuati dal c.d. *turn over* per cessazione di rapporti di lavoro all'interno dell'area dei ricercatori e dei tecnologi, ove l'attribuzione agli organici di altre figure professionali o al personale dirigente si riveli sproporzionata rispetto alle vacanze verificatesi negli organici dell'area.

Roma, il 28 aprile 2014

Ulpiano Morcavallo

- avvocato -

