

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone, Rocco Lombardi

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Michele Liberio

REFORMATIO IN PEIUS E ASSEGNO AD PERSONAM NELLE
PROGRESSIONI DEL PUBBLICO IMPIEGO: STATO DELL'ARTE.

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Divieto di reformatio in peius ante legge 27 dicembre 2013 n.147; Contrasti giurisprudenziali e dottrinari. 2.1 Applicazione nel caso di passaggio di categoria per concorso; 2.2 Applicazione in caso di mobilità; 2.3 Elementi della retribuzione utili ai fini della determinazione dell'assegno ad personam – 3. Divieto di trattamento in peius alla luce dell'art. 1, commi 458 e 459, della legge n. 147/2013 (legge di stabilità). 4. – Caso di specie comparto scuole e ricerca; università. 5. – Conclusioni.

1. Profili introduttivi. Con la riforma Madia¹, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia di pubblica amministrazione, introducendo una serie di modifiche al d.lgs. 165/01. L'iter si è mostrato travagliato se consideriamo gli ostacoli rivenienti dalla sentenza della Consulta del 2016². Con il decreto legislativo 25/05/2017 n. 74, il legislatore, modificando il D.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, interviene in materia di premialità e misura della performance, rinnovando gli organismi indipendenti di valutazione (O.I.V.). La riforma pone in essere delle novità anche in materia di dirigenza e nell'ambito sanzionatorio per la mancata adozione del Piano delle Performance, riconoscendo altresì un ruolo attivo ai destinatari dell'azione pubblica nella valutazione della performance organizzativa.

Con il d.lgs. 25/05/2017 n. 75 sono state apportate ulteriori modifiche e integrazioni al d.lgs. 30/03/2001 n.165³. In materia concorsuale, è stato dato maggior

¹ Legge 7 agosto 2015 n. 124 e succ. decreti attuativi: Decreto legislativo 25 maggio 2017 n. 74 e decreto legislativo 25 maggio 2017 n. 75.

² Corte costituzionale sentenza n. 251/2016, con la quale la Corte giudica illegittimo il meccanismo per cui l'attuazione passa dal semplice parere Conferenza Stato-Regioni.

³ Il decreto è intervenuto in materia di azioni disciplinari, infrazioni disciplinari, procedure, lavoro flessibile, disabili, visite fiscali ecc..

valore all'esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche, escludendo tutti i servizi prestati presso gli uffici in stretto contatto con organi politici. Inoltre, per poter accedere ai concorsi, viene richiesta la padronanza delle lingue straniere, e si è conferito maggior valore al titolo di dottore di ricerca. Il suddetto decreto, in materia di assunzioni, prevede che il fabbisogno del personale verrà rilevato da ciascun ente con programmazione triennale, stabilendo che 1/5 potrà essere assegnato alle progressioni da svolgersi con selezioni riservate agli interni.

La riforma c.d. "Madia" e lo sblocco delle assunzioni (legge finanziaria per il 2007), attraverso l'eliminazione del *turn over*⁴, ha concesso alle pubbliche amministrazioni, non solo di poter attivare nuove assunzioni, ma anche di attivare procedure concorsuali riservate al personale interno oltre che consentire la stabilizzazione del personale precario delle P.A.. Nel periodo di blocco dei contratti⁵ e l'introduzione del *turnover*, il personale delle pubbliche amministrazioni, che aveva partecipato alle progressioni economiche all'interno della categoria, ha conseguito una qualifica molto alta. Molte di queste unità, avendo maturato una grande esperienza professionale, ed avendo i titoli previsti dai bandi concorsuali, ha partecipato alle suddette procedure concorsuali. Ciò ha comportato contesti in cui, il personale che partecipava alle procedure concorsuali, si vedeva riconoscere lo stipendio tabellare della categoria acquisita, che risultava inferiore rispetto a quello della categoria di provenienza. Si viene così a configurare una crescita professionale con l'avanzamento di categoria, ma di contro, una decrescita economica.

Tale contraddizione ha sollecitato il presente studio, al fine di verificare se sussistono i presupposti per il riconoscimento di un assegno ad *personam* riassorbibile con future progressioni economiche, così come previsto dall' art. 202 del D.P.R. n. 3 del 1957 e art. 1, comma 226 della legge n. 266/2005, tali da garantire al suddetto personale un trattamento perlomeno uguale e non peggiorativo (*reformatio in peius*) alla luce della legge 27 dicembre 2013 n. 147 (legge finanziaria 2014).

2. *Divieto di reformatio in peius ante legge 27 dicembre 2013 n.147; Contrasti giurisprudenziali e dottrinari.* La disciplina del divieto di *reformatio in peius* è disciplinata dall'art. 202 del D.P.R. n. 3 del 1957⁶. La norma è da considerarsi vigente sino all'intervenuta novella degli artt. 458-459 della legge 147/2013. In realtà, alcuni dubbi circa la vigenza del divieto di *reformatio in peius*, erano già stati espressi anche prima dell'intervenuta abrogazione

⁴ D.l. 90/2014 e succ. L. 208/2015.

⁵ Introdotta dal d.l. n. 78/2010 e reiterata sino alla sentenza della Corte costituzionale 24 giugno 2015, n. 178, in *Giur. it.* 2015,2703 ss., con nota di SCAGLIARINI, *Diritti e risorse: il ragionevole equilibrio raggiunto dalla Corte; I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.* 2017, I, 347 ss.; BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 2015, I, 453 ss.; FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistemica della Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.* 2015, 5, 1879.

⁶ «nel caso di passaggio di carriera presso la stessa o diversa amministrazione, agli impiegati con stipendio superiore a quello spettante nella nuova qualifica, è attribuito un assegno personale, utile a pensione, pari alla differenza fra lo stipendio già goduto e il nuovo, salvo riassorbimento nei successivi aumenti di stipendio per la progressione di carriera, anche se semplicemente economica».

esplicita della legge finanziaria sopra citata. Il contrasto riveniva dal processo di privatizzazione che ha interessato il pubblico impiego attraverso l'introduzione del d.lgs. 165/01. L'orientamento maggioritario riteneva che, l'art. 2, comma 3, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, non era idoneo ad incidere in modo diretto o indiretto sul principio del divieto di reformatio in peius⁷.

Sul tema la dottrina risulta divisa, essendovi contrastanti pareri. Un orientamento⁸ affermava che il meccanismo di abrogazione tacita previsto dall'art. 74 del d.lgs. n. 29 del 1993, avrebbe comportato la scomparsa di quel divieto, considerato nel previgente sistema pubblicistico, come principio generale dell'ordinamento. Altro orientamento riteneva che si trattava di un principio che, rispondendo ad una ratio di maggior favore del lavoratore, sarebbe stato coerente con l'esigenza di bilanciare la «legittima disuguaglianza» di datore e dipendenti pubblici⁹. Tralasciando le analisi delle diverse teorie, possiamo addivenire alla certa vigenza dell'art. 3 della L. 24 dicembre 1993, n. 537¹⁰, se consideriamo che il legislatore, con l'art. 1, comma 226, L. 23 dicembre 2005 n. 266¹¹, ha consegnato una interpretazione autentica del predetto dettato normativo, sottolineando che alla determinazione dell'assegno personale, concorre il trattamento fisso e continuativo, con esclusione della retribuzione di risultato e di altre voci retributive comunque collegate al raggiungimento di specifici risultati o obiettivi, e mostrando così di ritenerlo ancora in vigore¹². Inoltre era intervenuto il Consiglio di Stato¹³, che aveva sollevato ogni dubbio circa la vigenza dell'art. 202 del D.P.R. n. 3/1957.

La norma che attuava il principio del divieto di reformatio in peius, si applicava a tutti i dipendenti statali, compreso il caso di accesso per concorso¹⁴. Dibattuto risultava, sia in ambito di giurisprudenza amministrativa che in ambito dottrinario, l'applicabilità in maniera estensiva a tutti i dipendenti pubblici¹⁵. A mio avviso la norma era estensibile a tutti i pubblici dipendenti, considerando che l'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 elenca le amministrazioni pubbliche statali e che quindi la portata della norma, oggetto di analisi, debba essere estesa a tutte le amministrazioni che sono citate dal suddetto T.U. sul pubblico impiego. A fondamento di questa conclusione, vi è la previsione del regolamento Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 549/2013, che nella definizione del Sistema

⁷ LA GROTTIERIA CARACCILO ALFREDO, *Limiti ed effetti dell'applicazione del divieto di reformatio in peius nel trattamento economico dei pubblici dipendenti* in *Foro amm. Tar*, fasc. 7-8, 2013, 2653.

⁸ NOGLER, *Retribuzione*, 751-220.

⁹ PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, Torino 2004, 334.

¹⁰ Sino all'abrogazione operata dalla legge finanziaria 2014.

¹¹ Norma successiva alla fase transitoria prevista dal D.lgs. n. 29 del 1993.

¹² G. AMOROSO- V. DI CERBO – L. FIORILLO – A. MARESCA, *Diritto del lavoro pubblico* vol. III, 3° ed. Giuffrè, Milano 2011, 736-737.

¹³ Consiglio di stato, Commissione speciale pubblico impiego, parere 30 marzo 2009 n. 2857/08.

¹⁴ Cass. civ. sez. Lav. 29 luglio 2009 n. 17645.

¹⁵ In senso contrario; Cass. 13 Aprile 2006 n. 8693, in *Giust. civ.* 2007, I, 240; Cons. di stato sez. IV 5 aprile 2005, n. 1490; Cons. di stato sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 646; Cons. di stato, sez. VI, 19 maggio 2003, n. 2682;

Europeo dei Conti e sulla base delle interpretazioni fornite dal Manual on Government Deficit and Debt pubblicato da Eurostat, consente all'Istat di predisporre l'elenco delle unità istituzionali che fanno parte del settore delle amministrazioni pubbliche (Settore S.13).

Il divieto di modificare in peius il trattamento economico raggiunto dal pubblico dipendente, è sempre stato considerato pacificamente dalla giurisprudenza, «estrinsecazione di un principio più generale» applicabile indistintamente a tutti gli impiegati pubblici di ruolo¹⁶. Prima dell'abrogazione intervenuta nel 2013 (legge finanziaria 2014), già l'adunanza generale del Consiglio di stato n. 1721 del 2011 introduceva dei limiti applicativi alla norma oggetto di disamina, sia di carattere oggettivi (concernenti la natura dell'amministrazione di appartenenza), sia di carattere soggettivi (concernenti l'identità delle funzioni svolte). Senza addentrarsi nella questione, il Consiglio di stato riteneva che la norma si applicava soltanto «confrontando posizioni omogenee nel contesto di un sistema burocratico unitario, entro il quale il dipendente statale si sposti con le modalità previste per il passaggio ad altra Amministrazione o ad altra carriera»¹⁷.

E' opportuno sottolineare che la ratio, su cui si basava il principio del divieto di reformatio in peius, è da rivenire nella necessità di favorire la mobilità del lavoro, nell'interesse sia dell'amministrazione che del dipendente pubblico. La mobilità del personale è fondamentale al fine di utilizzare al meglio le risorse umane nell'ambito dell'amministrazione pubblica, e di rispettare il principio sancito dall'art. 97 Cost. del «buon andamento della pubblica amministrazione». Il principio di conservazione della retribuzione in godimento rappresenta «un diritto acquisito intangibile dalla pubblica amministrazione, tenuta a non incidere sul maturato economico raggiunto dal pubblico dipendente delle cui prestazioni lavorative intenda continuare a valersi»¹⁸.

2.1. *Applicazione nel caso di passaggio di categoria per concorso.* Ulteriore dubbio interpretativo riguardava l'applicabilità della norma, nel caso in cui il transito alle dipendenze della pubblica amministrazione avvenisse a seguito di superamento di un pubblico concorso, o se la disposizione dovesse valere solo in caso di mobilità. La giurisprudenza amministrativa¹⁹, e non solo²⁰, ha chiarito che la conservazione del

¹⁶ VIRGA P., Il pubblico impiego, Giuffrè, Milano 1973, 461 ss.

- in senso favorevole Cass. 8/01/2007, n. 55 e Cass. 13/04/2006 n. 8693, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 240; Cons. di stato, sez. V, 7 settembre 2001, n. 4681; Cons. di stato, sez. IV, 24 luglio 1989, n. 499, in *CS* 1989, I, 912;

¹⁷ Decisione conforme a quanto deciso dalla Cassazione sez. lav. 29 luglio 2009 n. 293.

¹⁸ TENORE V., *Portata applicativa del principio di non reformatio in peius della retribuzione dei pubblici dipendenti e il suo collocamento con il principio di allineamento nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Foro Amm.* 1992, 344.

¹⁹ Cons. di stato, sez. VI, 18 gennaio 2002, n. 66, in *CS* 2002, I, 23; Cons. di stato, sez. IV, 16 dicembre 1995, n. 1004, in *Cs* 1995, I, 1666.

²⁰ Cass. civ. sez. lav., 19/11/2019, n. 30071 in *Giustizia civile massimario 2019*: specifica che in tema di lavoro pubblico contrattualizzato, il diritto alla percezione dell'assegno ad personam, previsto per i dipendenti statali dagli artt. 202 del D.P.R. n. 3 del 1957 e 3, comma 57, della L. n. 573 del 1993, sussiste anche in caso in cui il passaggio ad altra amministrazione avvenga a seguito di procedura concorsuale, deponendo in tal senso il dato letterale della disposizione, così come la sua ratio, volta ad incentivare la mobilità volontaria nel pubblico impiego, attraverso il divieto di attribuzione di un trattamento economico regressivo rispetto a

trattamento maturato in caso di passaggio ad altra amministrazione per superamento di pubblico concorso è da considerarsi pacifica. Pertanto l'espressione utilizzata dal legislatore di «passaggio di carriera» va intesa in senso ampio²¹. Deve essere interpretata come «transito da una amministrazione ad un'altra indipendentemente dallo strumento usato (concorso, trasferimento a richiesta, trasferimento d'ufficio)», considerando che il concorso pubblico costituisce «unico strumento da utilizzare anche per la progressione di carriera presso la stessa amministrazione»²². In diversi casi di progressione di carriera mediante concorso, la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto a percepire un assegno ad personam, al fine di conservare il medesimo trattamento economico²³.

Il principio che è alla base del c.d. «trascinamento economico», assolve ad una duplice funzione: da un lato «assicura al dipendente il mantenimento del tenore di vita raggiunto e sul quale aveva fatto affidamento, dall'altro ne contrassegna la maggiore professionalità acquisita attraverso la mobilità e la diversificazione dei servizi prestati»²⁴. E' evidente che il mancato riconoscimento dell'assegno ad personam nel caso di concorso pubblico, sarebbe del tutto irragionevole, inquanto determinerebbe un trattamento peggiore per il pubblico dipendente passato da un'amministrazione all'altra previo superamento di un concorso, rispetto a quello che fosse passato con modalità differenti²⁵. Inoltre si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 97 della Cost., che individuano nel concorso, lo strumento per qualsiasi sorta di passaggio all'intero della Pubblica amministrazione, considerate le garanzie che lo connotano sotto il profilo dell'imparzialità e dell'idoneità alla selezione del più meritevole. Stesso criterio deve applicarsi nel caso di dipendenti pubblici che partecipa ad un concorso indetto dalla propria amministrazione di appartenenza.

2.2. *Applicazione in caso di mobilità.* Il passaggio diretto ad altra amministrazione (mobilità volontaria o anche d'ufficio) è regolato dall'art. 30 del d. lgs. n. 165 del 2001²⁶, il quale stabilisce che «salva diversa previsione, a seguito dell'iscrizione nel ruolo dell'amministrazione di destinazione, al dipendente trasferito per mobilità, si applica esclusivamente il trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio previsto nei contratti collettivi vigenti nel comparto della stessa amministrazione». La

quello goduto al momento del passaggio nella nuova posizione, onde consentire alle diverse amministrazioni dello Stato, di utilizzare le migliori competenze maturate, anche in altri settori, dai suoi dipendenti.

²¹ Cons. di stato, II sez., n. 5044/2003.

²² GRECO MARIA GIOVANNA, *Riammissione in servizio e divieto di reformatio in peus del trattamento retributivo, nel passaggio da un'amministrazione ad un'altra, nel lavoro pubblico privatizzato*, in *Arg. dir. lav.* 2008, fasc. 1, 213-228.

²³ Tar Lazio, Sez. I, 14/07/2004: al funzionario della Banca D'Italia transitato, per concorso, nei ruoli dell'avvocatura dello stato; Cons. di stato, IV sez., 66/2002: al magistrato passato, per concorso, nei ruoli dell'Università; Corte dei conti, Sez. Contr., n. 22/1996: al Procuratore dello Stato vincitore di un concorso pubblico per uditor giudiziario.

²⁴ STELLA DANIELE, l'applicabilità dell'art. 3 commi 57 e 58 della legge n. 537/1993 nei casi di assunzione, per concorso, del dipendente pubblico ad una qualifica superiore presso altra amministrazione pubblica, <https://www.altalex.com/documents/news/2005/04/19/assunzione-per-concorso-e-conservazione-del-trattamento-piu-favorevole>.

²⁵ Trib. di Ravenna, 14/02/2007 in *Arg. dir. lav.* 2008, Fasc.1, 213-228.

²⁶ Comma aggiunto dall'art. 16, co. 1 lett. c), L. 28/11/2005, n. 246.

suddetta norma ha carattere speciale rispetto alla previsione del comma 57 dell'art. 3 l. n. 537 del 1993, pertanto non è applicabile il principio che deriva da quest'ultima legge, salvo diversa previsione, quale può essere quella riveniente dalla fonte contrattuale²⁷. Per quanto concerne la mobilità d'ufficio, gli artt. 33-34bis del d.lgs. n. 165/01 prevedono l'applicazione di quanto disposto dall'art. 30 della medesima disposizione normativa.

2.3. *Elementi della retribuzione utili ai fini della determinazione dell'assegno ad personam.* Al fine di individuare correttamente gli elementi della retribuzione utili per determinare l'assegno ad personam, l'art. 1, comma 226, della L. n. 266 del 2005, stabilisce che occorre prendere in considerazione solamente il trattamento fisso e continuativo, con esclusione della retribuzione di risultato e di altre voci retributive collegate al raggiungimento di risultati e obiettivi. In realtà agli stessi esiti era pervenuta la giurisprudenza amministrativa²⁸ che, ai fini della determinazione dell'importo dell'assegno ad personam, escludeva le voci aventi carattere precario o accidentale.

Tale principio è stato ribadito dal Consiglio di stato²⁹, che per quel che concerne i dirigenti pubblici, stabiliva l'inapplicabilità del principio di divieto di reformatio in peius né alla retribuzione di risultato, né alla parte variabile della retribuzione di posizione. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'assegno che deriva dall'applicazione del divieto di cui sopra, deve considerarsi riassorbibile in occasione dei miglioramenti di inquadramento e trattamento economico, ai sensi del principio espresso dall'art. 34, d.lgs. n. 165 del 2001. L'assegno è considerato non riassorbibile solo in presenza di disposizioni speciali che lo prevedono espressamente tale o che comunque ne prevedono la continuità di corresponsione senza che le dinamiche retributive possano incidere il diritto acquisito³⁰.

Certamente l'art. 3, comma 57, L. n. 537 del 1993, è caratterizzato dalla specialità³¹ e si applica ai casi di passaggio di carriera presso la stessa amministrazione statale o anche diversa amministrazione. L'applicazione richiede «omogeneità delle posizioni». La suddetta norma risulta tacitamente abrogata dal d.lgs. n. 165/2001, per quel che concerne i casi di passaggio di personale da una amministrazione ad un'altra, che viene regolata dall'art. 31 del suddetto T.U. del pubblico impiego. La Cassazione ha chiarito che, il rinvio operato dalla legge alla CCNL, riguarda esclusivamente la determinazione delle «modalità» e delle «misure» del riassorbimento, ma permane l'inderogabilità del principio di riassorbimento dell'assegno ad personam³².

²⁷ SORDI P., La qualificazione giuridica della mobilità volontaria tra amministrazioni in *Mass. giust. lav.*, 371

²⁸ Cons. di stato, Sez. VI, 6 maggio 2002, n. 2465 in *Foro amm. CDS* 2002, 1289; Cons. di stato sez. IV, 16 febbraio 1998, n. 287 in *Foro amm.* 1998, 354.

²⁹ Cons. di stato, A.P., 11 dicembre 2006, n. 14, *Giur. it.* 2007, 2071.

³⁰ Cass. 27/07/2007 n. 16683; Cass. 15/05/2007, n. 11088; Cass. 11/04/2006, n. 8389 in *Giust. civ. mass.* 2006,4; Cass. 16/06/2005, n. 12956 in *Giust. civ. mass.* 2005, 6.

³¹ Cass. 29/07/2009 n. 17645 in *Giust. civ. mass.* 2009, 9, 1241; Cass. 8/01/2007, n. 55.

³² Cass. sez. lav. 16/04/2012 n. 5959 in *Riv. it. dir. lav.* 2013, 2, II, 397: Gli ermellini chiariscono che il passaggio da un datore ad un altro comporta l'inserimento del dipendente in una diversa realtà organizzativa e in un mutato contesto di regole normative e retributive, con applicazione del trattamento economico presso il nuovo datore di lavoro (art. 2112 del c.c.), considerando applicabile ai casi di passaggio diretto del

3. *Divieto di trattamento in peius alla luce dell'art. 1, commi 458 e 459, della legge n. 147/2013 (legge di stabilità)*. La legge di stabilità del 2014 ha espressamente sancito la cancellazione del divieto di refomatio in peius, prevedendo l'applicabilità di un trattamento retributivo pari a quello dei colleghi di pari anzianità, per i dipendenti pubblici cessati dai ruoli o incarichi, statuendo il conseguente adeguamento dei trattamenti in essere. La norma risponde certamente alla necessità di realizzare obiettivi di razionalizzazione della spesa pubblica, introducendo il principio in base al quale la retribuzione del dipendente pubblico deve corrispondere alla prestazione effettivamente svolta, e non alla posizione raggiunta³³.

Un primo problema che emerge dall'applicazione della norma riguarda il suo effetto retroattivo. Il comma 459 della L.147/13 impone a tutte le amministrazioni, nei cui ruoli siano rientrati propri dipendenti cessati da precedenti ruoli o incarichi, di adeguare i relativi trattamenti giuridici ed economici. La norma ha effetto retroattivo per tutti i ratei retributivi maturati da corrispondersi a partire dal 1 febbraio 2014. A tal proposito è opportuno chiarire che si tratta di una retroattività impropria, che si realizza quando norme sopravvenute regolano diversamente i tratti non esauriti dei rapporti di durata³⁴. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato³⁵, il quale ritiene, che il disposto normativo in esame, non contrasta con il principio di legittimo affidamento così come affermato da giurisprudenza costituzionale³⁶. In particolare, il limite oltre il quale i mutamenti normativi non possono incidere sull'affidamento ingenerato dal legislatore è stato ricercato attraverso la verifica congiunta:

personale da amministrazioni diverse (art.30 del d.lgs.165/01) la fattispecie della "cessione del contratto" ex art. 1406 c.c..

³³ Camera dei deputati XVII Legislatura, Servizio Bilancio dello Stato, andamenti di finanza pubblica, legge di stabilità 2014 n. 6 – marzo 2014.

³⁴ Tribunale Lanusei, sez. lav. 23/06/2015, n. 104 afferma il principio di non retroattività dell'art. 1 commi 458 e 459 legge 147/2013 così come chiarito anche dalla circolare del Ministero dell'Interno n. 3636/2014 <https://albosegretari.interno.gov.it/contents/7806/circolare-3636>, per quanto concerne l'applicazione della novellata norma per i Segretari Comunali.

³⁵ Consiglio di stato, sentenza 5/03/2018 n. 1385.

³⁶ Corte costituzionale sentenza n. 166 del 2012 in *Foro amm. CDS* 2012,6,1469; Corte costituzionale n. 302 del 2010 in *Giur. cost.* 2010, 5, 3922; Corte costituzionale n. 24 del 2009 in *Giur. cost.* 2009, 1, 165; Corte costituzionale n. 409 e n. 264 del 2005 in *Foro it.* 2007, 1, I, 57; Corte costituzionale n. 446 del 2002; Corte costituzionale sentenze n. 416 del 1999 in *Riv. Corte conti* 1999, 6, 219; Corte costituzionale n. 349 del 1985 in *Riv. giur. lav.* 1986, III, 128. La giurisprudenza della CEDU ha riconosciuto che le leggi aventi effetto retroattivo sono di per sé compatibili con il requisito di legalità previsto dalla norma convenzionale, purché l'incisione della proprietà privata oltre che legittima e diretta a perseguire un interesse pubblico, deve essere anche ragionevolmente proporzionata al fine che intende realizzare: vedi sentenza 13 gennaio 2015, Vékony contro Ungheria, paragrafo 32; sentenza 30 giugno 2005, Jahn e altri contro Germania, paragrafi 93-95. La stessa Corte Edu ha ritenuto che il pubblico interesse può consistere anche nella necessità di ridurre la spesa pubblica in ragione della particolarità della situazione economica: vedi sentenza 19/06/2012, Khoniakina contro Georgia paragrafo 76; sentenza 20/03/2012, Panfile contro Romania, paragrafi 11 e 21; sentenza 6 dicembre 2011, Sulcs contro Latvia, paragrafi 25 e 29; sentenza 7/06/2001, Leinonen contro Finlandia. In tal senso si espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea; vedi sentenza 27/02/2018, in C-64/16, paragrafo 46.

- del fondamento della norma in contestazione;
- del grado di consolidamento dell'interesse dei privati a condurre i loro rapporti sulla base del quadro giuridico precedentemente tracciato dall'ordinamento;
- del quomodo del mutamento normativo, in termini di prevedibilità e proporzionalità tra il peso imposto ai destinatari della norma e il fine perseguito dal legislatore³⁷.

In ordine all' applicazione della legge finanziaria, subentra un ulteriore dubbio interpretativo, circa l'applicabilità al solo caso dei dipendenti cessati da precedenti ruoli o incarichi temporanei e se la norma è applicabile anche ai casi di rientro da altra Amministrazione³⁸, anche alla luce dei principi di cui agli artt. 3 e 97 Cost.. Il dubbio interpretativo è stato risolto dalla giurisprudenza successiva³⁹, la quale chiarisce che lo scopo abrogativo non si riferisce solo ai casi riferiti al «ruolo» o «incarichi», precisando che «queste ultime furono certo anomalie del sistema, tali da snaturare la funzione perequativa del c.d «trascinamento» e l'intento agevolativo che il citato art. 202 del D.P.R. 3/1957 esercitava nell'incentivare la mobilità dei dipendenti pubblici tra le varie amministrazioni. Ma l'efficacia abrogativa del co. 458 è complessiva, cioè non si limita a siffatte anomalie, poiché colpisce in toto l'art. 202 del D.P.R. 3/1957 e non ammette né ultrattività, né tantomeno regimi transitori...». Il Consiglio di stato ritiene che l'abolizione legislativa della reformatio in peius, in presenza di eventuali risorse, non condiziona le scelte «d'altro contenuto da parte dei CCNL per il personale contrattualizzato». Dello stesso tenore sono di diversi orientamenti dell'Aran che prevedono l'applicazione del principio del divieto di trattamento in peius laddove le clausole contrattuali dei diversi CCNL lo prevedano⁴⁰.

E' opportuno ricordare che la riforma c.d. "Madia", allarga l'area di autonomia consentita alla negoziazione⁴¹ rispetto alla previsione introdotta dalla Riforma Brunetta⁴²,

³⁷ Cass. civ. n. 16/2017 e n. 203/2016 in *Giust. civ. mass.* 2016.

³⁸ Consiglio di stato, sez. II sentenza 18/09/2019, n. 6233.

³⁹ Consiglio di stato, sez. VI, 02/10/2019, n. 6620; Consiglio di stato, sez. V 03/09/2018 n. 5151; Consiglio di stato, sez. VI, del 05/03/2018 n. 1385.

⁴⁰ Orientamento CQRS145 Aran relativo al diritto di un dipendente(enti Locali) in distacco sindacale di percepire al rientro in servizio l'indennità di posizione organizzativa che percepiva prima del distacco; orientamento Ral_1980 Aran, diritto di un dipendente inquadrato nella categoria C posizione economica C, di ottenere l'assegno ad personam in caso di passaggio verticale alla categoria D; orientamento Ral_1587 Aran, Assegno ad personam al personale con orario di lavoro al 55,56%; orientamento Ral_1824 Aran chiarimenti in merito all'assegno ad personam previsto dall'art. 29, comma 4, CCNL del 22.01.2004; Orientamento SAN248 Aran Collocazione del dipendente nella posizione economica inferiore per inidoneità psico-fisica comparto sanità.

⁴¹ Sul tema BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, in GARILLI-RICCOBONO-DE MARCO- BELLAVISTA – MARINELLI- NICOLOSI- GABRIELE, *il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la riforma Madia*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2018: la "riforma Madia" ha come obiettivo quello di rivedere gli ambiti di competenza, rispettivamente della legge e della contrattazione, privilegiando la fonte contrattuale quale luogo naturale per la disciplina del rapporto di lavoro.

⁴² ZOPPOLI L., (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009; NAPOLI M., GARILLI A., *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e contratto collettivo*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da M. Persiani, F. Carnici), vol. II., Padova, 2014, 981 e segg.; NATULLO, *tra legge e contratto collettivo: "l'equilibrio instabile del sistema delle fonti del lavoro delle pubbliche amministrazioni*.

desumibile anche dal ritorno ad un testo normativo simile a quello precedente a quest'ultimo intervento legislativo⁴³. La novella prevede che le disposizioni normative, regolamentari e statutarie possono essere derogate nelle materie affidate all'autonomia collettiva da successivi contratti collettivi. La deroga però può essere attivata entro alcuni limiti:

- nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, comma1;
- nel rispetto dei principi stabiliti dallo stesso decreto;
- a livello "nazionale".

La «deroga» investe sia le disposizioni approvate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n.75, sia quelle già in vigore⁴⁴. E' innegabile che tra le materie affidate all'autonomia del CCNL⁴⁵ vi è il trattamento retributivo⁴⁶.

4. *Caso di specie comparto scuole e ricerca; università.* L'abrogazione operata dal comma 458 delle disposizioni del comma 202 del DPR n. del 1957 e dell'art. 3, commi 57 e 58 della legge n. 537/1993, trova attuazione anche nel comparto Università. E' opportuno però fare un distinguo tra i professori e ricercatori universitari e personale tecnico amministrativo.

Con riferimento al personale "docente" è opportuno ricordare che l'art. 3 comma 5 del D.P.R. n.232/2011 continua a trovare applicazione perché si pone in un rapporto di specialità nei confronti dell'istituto definitivamente abrogato⁴⁷. Pertanto «nei casi di passaggio di qualifica da ricercatore a professore di prima o di seconda fascia, ovvero da professore di seconda fascia a professore di prima fascia, qualora il trattamento stipendiale in godimento nella qualifica di provenienza risulti superiore a quello iniziale della nuova

Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017(c.d. riforma Madia),Torino, 2018, 22; RICCI M., DI NOIA F., *relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali* in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2017, 2-13.

⁴³ GARILLI A., RICCOBONO A., DE MARCO C., BELLAVISTA A., MARINELLI M., NICOLISI M., GABRIELE A., *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la "Riforma Madia"*, Cedam, 2018,57-79; ZOPPOLI L., *perché una quarta riforma del lavoro pubblico*, in *WP CSDLE "massimo D'antona"*. it – 366/2018; ZOPPOLI L., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia), Torino, 2018, 22.

⁴⁴ MAGRI, *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della privatizzazione*, in *GDA* 2017, 5, 583.

⁴⁵ In tema di autonomia del CCNL vedi VOZA R., GINO GIUGNI, *Il coraggio dell'innovazione*, Radici Future, 26-27; la riconduzione della contrattazione collettiva "nell'aveo dell'autonomia privata" fu sostenuta e costruita da Santoro Passarelli e proseguita e sostenuta da Giugni. Sull' apporto di Gino Giugni in materia di relazioni industriali vedi CASSESE SABINO, *Legge e contratto nel primo Giugni*, in *Dir. lav. rel. ind.* 2012, 185-189; P. GROSSI, GINO GIUGNI, *Nella scienza giuridica italiana del novecento*, in *Dir. lav. rel. ind.* 2007, 293-317; VENEZIANI B., GINO GIUGNI: *un magistrato che continua*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2010, 1, 7-12; V. FERRARI, *Gino Giugni e la teoria del diritto*, in *Dir. lav. rel. Ind* 2012, 190-203.

⁴⁶ DELFINO, *I nuovi "spazi negoziali"*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2018, 31;

⁴⁷ Codau gruppo di studio incontro del 30.10.2014 presso la Sala Consiglio del Rettorato del Politenico di Milano, www.codau.it.

qualifica, la differenza è conservata con assegno ad personam, non rivalutabile, riassorbibile con la successiva progressione economica». Parimente a quanto stabilito dall'art. 48, con riferimento ai professori e ricercatori universitari una analoga disposizione è stata introdotta dall'art. 5, comma 10-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, che prevede, per il professore o ricercatore universitario rientrato nei ruoli, che sia corrisposto un trattamento pari a quello attribuito al collega di pari anzianità. L'attribuzione di assegni ad personam, in violazione delle suddette disposizioni citate, è illegittima ed è causa di responsabilità amministrativa nei confronti di chi delibera l'erogazione.

Per quanto concerne il personale tecnico amministrativo delle università, il CODAU ritiene che continueranno a trovare applicazione due disposizioni del CCNL di comparto sottoscritto il 16/10/2008; L'art. 57, comma 6⁴⁸ e L'art.78, comma 7⁴⁹. L'orientamento del CODAU trova conferma nel parere espresso dall'ARAN⁵⁰, se pur quest'ultimo fissa un limite temporale relativo all'entrata in vigore dell'art. 62 del d.lgs. n.150/09 che modifica l'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001. Alla luce dei suddetti orientamenti, si può ritenere che per i dipendenti universitari continua a trovare applicazione il principio di divieto di trattamento in peius di derivazione contrattuale sia in caso di passaggio tra categoria sia in caso di trasferimenti⁵¹. Nel caso di passaggio a seguito di mobilità volontaria trova invece applicazione da quanto stabilito dall'art. 30 comma 2-quinquies, del d.lgs. 30/03/2001, n. 165⁵².

5. *Conclusioni.* E' pacifico che l'intervento normativo, di tipo abrogativo, posto in essere dalla legge di stabilità del 2014, pone fine all'istituto dell'assegno personale, collegando il trattamento economico stipendiale alle mansioni derivanti dalla nuova posizione ricoperta. Dalla trattazione sin qui condotta, emerge senza alcun dubbio, che, il dettato normativo è frutto della necessità di raggiungere obiettivi di razionalizzazione della

⁴⁸ L'individuazione nelle posizioni economiche stipendiali della categoria di inquadramento avviene sulla base comparativa del maturato economico posseduto, l'inquadramento economico nella nuova posizione continua ad effettuarsi con il conferimento della posizione economica della categoria di destinazione immediatamente uguale o inferiore e la conservazione dell'eventuale eccedenza a titolo di assegno ad personam non riassorbibile con i successivi miglioramenti economici a qualsiasi titolo conseguiti.

⁴⁹ In caso di passaggio tra categorie al dipendente viene attribuito il trattamento tabellare iniziale previsto per la nuova categoria e, qualora il trattamento tabellare economico in godimento, risulti superiore al trattamento tabellare iniziale della nuova categoria, il dipendente è collocato nella corrispondente posizione economica immediatamente inferiore della nuova categoria e conserva a titolo personale la differenza retributiva, assorbibile in caso di ulteriore progressione verticale.

⁵⁰ Orientamento Aran prot. E.0003874/2019 del 30/05/2019 :“il comma 7 dell'art. 78 del CCNL 16.10.2008 continua ad esplicitare i suoi effetti nei confronti del personale che abbia conseguito la progressione verticale prima del d.lgs. n. 150/2009 e con riferimento alle procedure attivate ai sensi dell'art. 22, comma15, del d. Lgs. n. 75/2017”: - L'ARAN chiarisce che a seguito dell'intervento legislativo introdotto dall'art. 62 de d.lgs. n. 150/2009 l'unica modalità di accesso alla categoria superiore è quella concorsuale (art. 52 del d.lgs. n. 165/01).

⁵¹ Circolare Università degli Studi di Messina circolare n. 15/14 prot. n. 20363 del 31/03/2014.

⁵² Dipartimento della Funzione Pubblica, parere in tema di mantenimento dell'indennità di amministrazione a seguito di mobilità DPF n. 27149 del 21/04/2021.

spesa pubblica. Sintetizzando potremmo dire che oggi il principio generale nell'ambito del pubblico impiego è della inesistenza di un divieto di intangibilità del maturato economico.

A mio avviso, la norma pone in essere delle forti contraddizioni portando talvolta a delle conclusioni aberranti. La norma avrebbe dovuto cancellare certamente il diritto all'assegnazione ad *personam* nei casi in cui, il dipendente cessato dal ruolo o dall'incarico, rientri nei ruoli dell'amministrazione di appartenenza, perché solo in questi casi vi è un'attribuzione economica stipendiale che si scollega dalla prestazione effettivamente svolta, divenendo ingiusta e comportando aggravii economici, soprattutto se consideriamo la temporaneità di molti incarichi. Mentre il riconoscimento del maturato economico al personale della medesima amministrazione, che passa ad una categoria superiore a seguito di concorso o progressione interna avendo maturato un posizione economica nella categoria precedente (ad esempio nel comparto Università da B4 a C1 o da C6 a D1), è un diritto che merita tutela, anche perché non incide sulla spesa del personale già programmata e verrebbe riassorbito in occasione di successive progressioni economiche. Con l'abrogazione totale delle norme che garantivano il diritto al maturato economico, si sgretola il sistema degli incentivi, che il legislatore aveva originariamente previsto per favorire la mobilità, incentivando l'utilizzo delle migliori competenze maturate dal personale all'interno dell'intero comparto delle pubbliche amministrazioni. Tale disposto intacca il principio costituzionale di buona andamento delle P.A., che richiede un'organizzazione ottimale delle strutture amministrative, che può essere realizzato solo sfruttando le competenze maturate dal personale.

La norma quindi si traduce in un vero e proprio disincentivo alla progressione di carriera e all'utilizzo dell'istituto di mobilità, che invece sono ritenuti fondamentali dallo stesso d.lgs. 165/01, che ne regola in maniera dettagliata ogni aspetto. E' pur vero che, se il principio risulta negato dalla norma, sopravvive all'interno dei CCNL in virtù di quanto previsto dall'art. 2 del d.lgs. 165/01. Non è condivisibile pertanto, l'abrogazione *tout court* del principio, soprattutto per il personale già impiegato presso una pubblica amministrazione, che intende accedere a posizione di categoria superiore, partecipando a concorsi riservati all'esterno o alle progressioni interne. Il mancato riconoscimento contrasta con il principio costituzionale dell'accesso mediante concorso pubblico, più volte ribadito dalla Corte Costituzionale⁵³, disincentivando alla partecipazione i dipendenti pubblici che già ricevono un trattamento economico superiore (se pur con categoria inferiore) a quello offerto dall'amministrazione che ha bandito il concorso. L'effetto che si produce, contrasta con l'indirizzo costituzionale che sancisce la più ampia partecipazione di soggetti alle procedure concorsuali⁵⁴, tale da dare origine ad un processo comparativo che consenta l'accesso ai più meritevoli nel rispetto del principio costituzionale di buon andamento.

⁵³ Cort. Cost., 13/11/2009 n.293 in *Foro it.* 2010, 2, I, 387.

⁵⁴ Cort. Cost., 4/01/1999, n. 1 in *Giur. it.* 2000, 239.

Del tutto fuorviante risulta, l'eccezione più volte prospettata, che si verrebbe a configurare una novazione del rapporto di lavoro, che determina la cessazione del precedente rapporto di lavoro e contestuale nascita di un nuovo rapporto obbligatorio, che, producendo la «soluzione di continuità», precluderebbe la conservazione del trattamento economico precedente⁵⁵. Il processo di privatizzazione che ha conferito al dirigente (e quindi all'amministrazione) i poteri del privato datore di lavoro nell'ambito organizzativo contrasta con tale assunto. E' condivisibile il dubbio in ambito dottrinale che si chiede «a quale manager, che gestisce organizzazioni complesse, verrebbe mai da pensare che l'inquadramento contrattuale superiore rispetto a quello posseduto in precedenza da un dipendente, ancorché con assegnazioni di mansioni e responsabilità differenti, possa porsi in totale discontinuità con la precedente vicenda lavorativa e contrattuale al punto da costituire una nuova assunzione e un nuovo contratto?»⁵⁶.

Non si può parlare neanche di "rinuncia tacita" perché tale tesi si infrange nel divieto posto dall'art. 2113 cc.⁵⁷. La tesi della cessazione del precedente rapporto di lavoro, mal si concilia sia con il diritto all'aspettativa nel periodo di prova, sia il computo per il periodo di comporta. Inoltre, qualora si avvalorasse la soluzione di continuità, l'amministrazione dovrebbe corrispondere anche il tfr maturato. Tale assunto non è sostenibile, dato che le tacite dimissioni non sono annoverate dalla legge in materia di pubblico impiego, nè dai CCNL. Gli unici casi di estinzione del rapporto di lavoro previste sono le dimissioni volontarie, collocamento a riposo per raggiunti limiti di età, annullamento della procedura di reclutamento, mancato superamento del periodo di prova, superamento del periodo di comporta, assoluta e permanente inidoneità a svolgere qualsiasi tipo di lavoro, licenziamento disciplinare e decesso. Nessuna norma o CCNL annovera i casi di passaggio, per concorso, nei ruoli della stessa o altra amministrazione. Qualora si avvalorasse la tesi delle dimissioni tacite, ci troveremmo di fronte ad un assurdo giuridico, perché nel caso di ritorno del dipendente all'amministrazione di provenienza prima della scadenza del periodo di prova, le dimissioni dovrebbero intendersi tacitamente revocate «(revoca tacita di tacite dimissioni)»⁵⁸. La giurisprudenza ha sempre sostenuto l'applicabilità dell'assegno ad personam anche nei casi di passaggio di carriera per concorso da parte dei dipendenti statali⁵⁹, fino all'intervenuta abrogazione del principio di salvaguardia del maturato economico nelle pubbliche amministrazioni.

⁵⁵ Parere Aran CFC_52 ritiene differente la progressione verticale il concorso pubblico.

⁵⁶ CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la legge "Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoro pubblico*, in (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in *QDLM* 2019, 63.

⁵⁷ GHERA E., GARILLI A., GAROFALO D., *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino 2017, 330-339.

⁵⁸ STELLA DANIELE, *L'applicabilità dell'art. 3 commi 57 e 58 della legge n. 537/1993 nei casi di assunzione, per concorso, del dipendente pubblico ad una qualifica superiore presso altra amministrazione pubblica*, in *www. Altalex.com*.

⁵⁹ Cass. civ. sez. lav., 19/11/2019 n. 30071, in *Giust. Civ. massimario* 2019; Cass. civ. sez. lav. 20/07/2018 n.19437 in *Dir. giust.* 2018, 23 luglio.

In ordine alla novazione oggettiva del rapporto di lavoro, sia la giurisprudenza⁶⁰ ordinaria che quella amministrativa⁶¹, concordano nel ritenere che la novazione oggettiva sussiste non solo nelle procedure concorsuali preordinate alla costituzione «ex novo» dei rapporti di lavoro, ma anche nelle 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». Pertanto sia in caso di assunzioni “ex novo” sia di progressioni verticali sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo mentre per le sole selezioni interne, che comportino il passaggio da una qualifica all'altra, nell'ambito della stessa area, la competenza è del giudice ordinario⁶². L'orientamento giurisprudenziale consolidatosi ha mutato un primo orientamento che collocava tutte le vicende modificative del rapporto nell'ambito privato⁶³. Il diverso trattamento e competenza è da rivenire nel tipo di mutamento che avviene con il passaggio di qualifica, che è quantitativo quando il cambiamento è di tipo orizzontale, e qualitativo quando avviene verticalmente.⁶⁴

La distinzione tra le due procedure, orizzontali e verticali, è stata di recente messa in discussione dalla stessa legge di riforma del pubblico impiego, che, con l'art. 22 c. 15 d.lgs. n. 75/2017, prevede per il triennio 2018-2020, «che le pubbliche amministrazioni, al fine di valorizzare la professionalità interne, possono attivare, nei limiti delle vigenti facoltà assunzionali, procedure selettive per la progressione tra aree riservate al personale di ruolo, fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno».

⁶⁰ Cass. civ. sez. un., 10/01/2007 n. 220 in *Giust. civ. Mass.* 2007, I; Cassa. 8/05/2006 n. 10419 in *Mass. Giur. Lav.* 2006, 790, con nota di BOGHETIC, *Riparto di Giurisdizione nelle procedure concorsuali dei dipendenti pubblici: i dipendenti scolastici*. Vedi conformi; Cass., sez. un., 20/12/2016 n. 26270 in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, II, 9, 2016, 5-6, II, 773; Cass. sez. un. 26/03/2014 n. 7171; Cass, sez. un. 9/06/2011 n. 12543; Cass. civ. sez. un., 19/04/2011 n. 8924 in *Giust. civ.* 2012, 11-12, I, 2745 con note; Cass., sez. un., 9/04/2010 n. 8242 e 825.

⁶¹ Consiglio di stato sez. III, 03/02/20, n. 855 in *Redazione Giuffrè amm.* 2020; Consiglio di stato sez. III 02/11/2020, n. 6705; TAR Campania sez. V, Napoli, 03/07/2020, n. 2869; Consiglio di stato sez. III – 10/07/2014 n. 3537 in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2014; TAR Calabria sez. I – Reggio Calabria, 13/09/2016 n. 919 in *Redazione giuffrè amm.* 2016; Cons. di stato sez, II del 10/12/2013, n. 2584 in *Foro amm.* – C.D.S(II)2013, 12, 3553.

⁶² Sul tema vedi GENTILE, *Ripensamento delle sezioni unite sul riparto della giurisdizione in materia di procedure selettive nella pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2719 nota a Cass. sez. un., 15/10/2003 n. 15403; PALLINI, *Progressione in carriera dei lavoratori alla dipendenza delle pubbliche amministrazioni e tassatività del concorso pubblico*, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 69; APICELLA, *Concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni, posizioni soggettive del dipendente pubblico e riparto della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 1164 ess.; GRAGNOLI, *Concorsi interni ed unicità del rapporto*, in *Le Corti Calabresi* 2003, 57 e sss.; APICELLA, *Rinnovate incertezze in tema di giurisdizione sui concorsi nella pubblica amministrazione*, 2005, I, 2609; VICECONTE MASSIMO, *Passaggi di categoria e novazione del rapporto di lavoro*, in *Rassegna di giurisprudenza, lavoro e previdenza oggi* 1980, 1660 e ss.; BONARETTI E CATTEDRA, *Indennità di anzianità*, Giuffrè, Milano, 1980,141-263.

⁶³ CORPACI, *Assunzioni e progressioni in carriera del personale della pubblica amministrazione alla luce delle innovazioni apportate dal d.lgs. 150/2009*, in GIARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 291: in applicazione della “contrattualizzazione” del rapporto di lavoro pubblico, si individuava la competenza del Giudice ordinario del contenzioso relativo alle progressioni, inquanto erano classificate come vicende modificative del rapporto di natura privatistica.

⁶⁴ Cass. sez. un. 15/10/2003, n. 15403, in *CG* 2004, con note di Palmieri.

Sembrerebbe che il legislatore stabilisca un regime privatistico alle progressioni verticali, controvertendo l'orientamento giurisprudenziale sopra citato. In realtà la bipartizione pubblico/privato trovano un cambio di rotta già con l'art. 52, c. 1-ter T.U. pubblico impiego, così come inserito dall'art. 62 c.1 d.lgs. n. 150/2009, secondo cui «per l'accesso alle posizioni apicali nell'ambito delle aree funzionali è definita una quota di accesso nel limite complessivo del 50% da riservare a concorso pubblico sulla di un corso-concorso bandito dalla Scuola Superiore della PA». La discrasia che emerge dal dettato normativo, porta a chiedersi come sia possibile che la medesima procedura sia da considerarsi privatistica se vi partecipa un dipendente, pubblicistica se a fare domanda è un candidato non dipendente⁶⁵.

Alla luce di quanto emerge dall'orientamento giurisprudenziale consolidato, non vi può essere una diversità di trattamento tra il personale che abbia partecipato a delle progressioni interne rispetto a chi abbia partecipato a procedure concorsuali da esterno, inquanto in entrambi i casi, si viene a configurare una novazione oggettiva del rapporto tanto da giustificare la medesima competenza delle controversie al Giudice amministrativo. Il TAR⁶⁶ chiarisce che la generale giurisdizione ordinaria nelle controversie inerenti il lavoro pubblico privatizzato, impone che il termine “assunzione”⁶⁷ sia inteso estensivamente e il termine “concorso”⁶⁸ restrittivamente.

L'art. 1230 c.c. stabilisce che l'obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso, ma questo, non avviene neanche nella progressione verticale, che costituisce uno sviluppo di carriera in cui sono evidenti gli elementi di continuità con il posto ricoperto precedentemente⁶⁹. E' lo stesso art. 52, c. 1-bis d.lgs. 165/01 a prevedere che «la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore»⁷⁰. La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo inequivocabile. Quindi deve sussistere un mutamento oggettivo e deve sussistere l'*animus novandi*. La Corte di Appello di Milano⁷¹ ha riassunto

⁶⁵ LUCIANI VINCENZO, Mansioni, *jus variandi* e progressioni in carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore e le certezze della giurisprudenza in *Il Lavoro nelle pubbliche Amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2020, 4.

⁶⁶ TAR Emilia-Romagna sez. I – Parma, 15/04/2019, n. 99 in *Redazione Giuffrè amm.* 2019.

⁶⁷ Il Collegio impone che il termine “assunzione” sia inteso estensivamente, rimanendovi comprese anche le procedure di cui sono destinatari soggetti già dipendenti di pubbliche amministrazioni ogni qualvolta esse sono dirette a realizzare un effetto di novazione del precedente rapporto di lavoro, con l'attribuzione di un inquadramento superiore e qualitativamente diverso dal precedente.

⁶⁸ Il Collegio ritiene che il termine “concorso” deve essere interpretato in senso restrittivo, nel senso che la procedura concorsuale si identifica esclusivamente in quella caratterizzata dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa finale di una graduatoria di merito, dalla cui approvazione individuano i vincitori, rappresenta l'atto finale del procedimento preordinato alla selezione dei soggetti idonei.

⁶⁹ Cass. 28/10/2014, n. 22835 in *Dir. giust.* 2014; Cass. sez. un. 26/03/2014, n. 7171 in *Giust. civ. mass.* 2014.

⁷⁰ LA valutazione delle performance presuppone l'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro e non di natura pubblicista.

⁷¹ Corte di appello di Milano, 04/07/1969 in *Mass. giur. lav.* 1969, 336 e 471 con nota.

gli elementi che possono far emergere la presenza di un accordo novativo, quali le lettere scambiate tra le parti in occasione del passaggio di categoria, alla comune volontà di estinguere il rapporto originario e soprattutto la esplicita dichiarazione che il nuovo rapporto d'impiego costituisce novazione del precedente rapporto. La Corte elenca una serie di indici:

- la pattuizione di un periodo di preavviso di otto giorni;
- la corresponsione al lavoratore dell'indennità di fine rapporto;
- la pattuizione in relazione al nuovo rapporto di un periodo di tre mesi di prova;
- l'obiettivo diversità delle nuove mansioni affidate al dipendente rispetto alle

precedenti.

Sulla base degli elementi caratterizzanti la novazione nel rapporto di lavoro, si può considerare come nei casi in cui il dipendente partecipi ad una procedura concorsuale della stessa amministrazione di appartenenza o altra (pur da esterno), essendovi la previsione nel bando della partecipazione degli stessi (se pur non esclusiva), si configura una progressione verticale di fatto, anche ai fini del riconoscimento del maturato retributivo eventualmente previsto dalla CCNL.

La dicotomia utilizzata per differenziare le procedure selettive di avanzamento di carriera nell'ambito del pubblico impiego sono fuorvianti, se consideriamo che la scelta di utilizzare il concorso, per assumere e per promuovere, ha carattere neutro⁷², pertanto non deve avere ricadute sulla natura giuridica del tipo di strumento selettivo utilizzato. Al fine di eliminare le storture qui evidenziate nell'applicazione della legge di stabilità del 2014, la norma dovrebbe essere interpretata in senso restrittivo, disapplicando il principio di «scivolamento economico» solo nei casi di pubblici dipendenti cessati da ruoli o incarichi soprattutto se di natura temporaneo.

⁷² GIANNINI, Rapporti sui principali problemi dell'amministrazione dello stato, in *Foro it.* 1979, V, 288 ss..