

Lavoro a tempo determinato

Graduatorie tempo determinato: inutilizzabili dopo il D.L. n. 101/2013

di Federica Caponi
Consulente di enti locali

Non è più possibile effettuare assunzioni a tempo determinato mediante lo scorrimento delle graduatorie approvate per tali contratti e ancora in vigore presso gli enti locali. È un obbligo, e non una mera facoltà, assumere dipendenti a tempo determinato utilizzando esclusivamente le graduatorie vigenti per assunzioni a tempo indeterminato. Gli enti locali, non solo non possono più indire selezioni per assunzioni a tempo determinato, ma non possono neppure utilizzare le graduatorie a tempo determinato ancora in vigore

Articolo 4 del D.L. n. 101/2013 e i chiarimenti forniti dal Ministero dell'Interno

Dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 101/2013 gli enti locali, che intendono assumere a tempo determinato, devono scorrere le graduatorie a tempo indeterminato e, nel caso in cui non ne abbiano nessuna valida, devono accordarsi con altre amministrazioni che ne dispongano.

Questa la risposta fornita dal Ministero dell'Interno, Dipartimento degli Affari interni e territoriali, con la nota prot. 2403 del 13 febbraio 2014, a seguito di una richiesta di chiarimenti presentata da un comune che, dovendo procedere a un'assunzione a tempo determinato per la sostituzione di una dipendente in maternità, aveva chiesto se era legittimo l'utilizzo di una graduatoria vigente, relativa a una procedura selettiva indetta per assunzioni a tempo determinato, tenuto conto delle modifiche apportate all'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001 dal D.L. n. 101/2013.

Il Ministero ha precisato che il novellato comma 2 del citato art. 36 stabilisce che per prevenire fenomeni di precariato, le p.a. possono sottoscrivere contratti a tempo determinato solo con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie per assunzioni a tempo indeterminato.

Le stesse amministrazioni possono avvalersi della facoltà disciplinata dall'art. 3, comma 61 della legge n. 350/2003, cioè effettuare assunzioni utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo, ferma re-

stando la salvaguardia della posizione occupata nella graduatoria dai vincitori e dagli idonei.

Il Ministero ha chiarito che la *ratio* della norma è esplicitata chiaramente nell'inciso "per prevenire fenomeni di precariato" ed è confermato dal fatto che il legislatore ha ammesso che, nel caso in cui l'ente non disponga di graduatorie per assunzioni a tempo indeterminato, possa ricorrere a quanto previsto dal citato art. 3, comma 61 della legge finanziaria 2004.

Il Dipartimento, a tal proposito, ha chiarito che l'accordo tra amministrazioni per l'utilizzo delle graduatorie "può concludersi anche dopo la pubblicazione della graduatoria", interpretazione sostenuta di recente anche dalla Corte dei conti, sez. contr. Umbria con la deliberazione n. 124/2013.

In merito alla possibilità o meno di scorrere graduatorie per assunzioni a tempo determinato vigenti, il Dipartimento della Funzione pubblica nella circolare n. 5/2013 ha precisato che queste possono essere utilizzate a favore dei vincitori, mentre resterebbe precluso lo scorrimento per gli idonei.

Molti enti quindi potrebbero essere costretti a utilizzare graduatorie di altri enti, nonostante abbiano graduatorie ancora valide, ma per assunzioni a tempo determinato, approvate proprio per gli stessi profili di cui necessitano.

Il Ministero dell'Interno ha infatti risposto al comune istante, precisando che nonostante vi sia una graduatoria ancora valida per le assunzioni a tempo determinato, l'ente dovrà scorrere solo graduatorie a tempo indeterminato e nel caso in cui non ve ab-

bia nessuna valida per profili pertinenti al posto da ricoprire, dovrà sottoscrivere un accordo con altra amministrazione che ne disponga.

Modifiche apportate all'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001

L'art. 4, comma 1 ha introdotto un nuovo inciso all'art. 36, comma 2, stabilendo che per prevenire fenomeni di precariato, le p.a. possono sottoscrivere contratti a tempo determinato solo con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.

Attraverso tale disciplina il legislatore ha limitato di nuovo la possibilità per gli enti locali di utilizzare contratti di lavoro flessibile, in particolare, il tempo determinato.

È stato infatti ribadito che la regola generale per assumere è il contratto a tempo indeterminato, quale strumento ordinario per far fronte al fabbisogno di personale, mentre le assunzioni a tempo determinato possono avvenire soltanto per esigenze di carattere "esclusivamente" temporaneo o eccezionale. Il legislatore, sempre nell'ottica di restringere la possibilità di ricorso a forme di lavoro flessibile, all'art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 ha previsto la possibilità per le p.a., "al fine di prevenire il precariato", di sottoscrivere contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.

L'intento del legislatore è chiaro, ossia, evitare il proliferare di contratti a termine con soggetti che potrebbero poi trovarsi «precarizzati» e formare una massa critica tale da indurre, in futuro, a nuove ondate di stabilizzazioni.

Al contrario, assumendo con contratti a tempo determinato vincitori di concorsi per posti a tempo indeterminato si punta a una soluzione tesa a evitare la creazione dei presupposti del precariato. Il Dipartimento della Funzione pubblica, con la circolare n. 5/2013 ha chiarito che il lavoratore, che si trova all'interno di una graduatoria a tempo indeterminato, nel caso in cui sia assunto con contratto a termine potrà poi "essere assunto con rapporto di lavoro a tempo indeterminato senza necessità di altre procedure", una volta verificate le condizioni per l'assunzione definitiva in ruolo.

La modifica introdotta dal legislatore con la legge di conversione del D.L. n. 101/2013, ma soprattutto la risposta fornita dal Ministero dell'Interno che ha dichiarato illegittimo l'utilizzo di graduatorie ancora in vigore per assunzioni a tempo determinato da parte degli enti, pone alcuni spunti di riflessione. Anche i chiarimenti forniti dal Dipartimento della

Funzione pubblica con la circolare n. 5/2013, intervenuta a fornire indicazioni proprio in merito alla portata applicativa dell'inciso contenuto nel comma 2 dell'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001, non sembrano supportare un'interpretazione così rigida come quella sostenuta dal Ministero dell'Interno.

Posizione della Funzione pubblica

Il Dipartimento della Funzione pubblica, con la citata circolare n. 5, concernente "Indirizzi volti a favorire il superamento del precariato. Reclutamento speciale per il personale in possesso dei requisiti normativi. Proroghe dei contratti. Art. 4 del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, recante «Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni» e art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", registrata alla Corte dei conti il 4 dicembre 2013, ha evidenziato che il D.L. n. 101/2013 si colloca nell'ambito delle misure necessarie e urgenti volte, tra l'altro, a dettare disposizioni in materia di pubblico impiego al fine di razionalizzare e ottimizzare i meccanismi assunzionali prevedendo una disciplina sui criteri di utilizzo delle graduatorie dei vincitori e degli idonei. La Funzione pubblica ha chiarito che l'intento del legislatore è quello di consentire alle Amministrazioni di assumere a tempo determinato senza dover procedere a effettuare specifiche selezioni, utilizzando le graduatorie a tempo indeterminato ancora valide, anche per le numerose proroghe che negli ultimi anni sono state disposte proprio per tali atti. Il Dipartimento ha infatti precisato che le amministrazioni potranno assumere a tempo determinato, nel rispetto delle esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, attingendo alle graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato "piuttosto che indire procedure concorsuali a tempo determinato".

Tale ultimo inciso, oltre ad essere del tutto in linea con il dato testuale della disposizione introdotta dall'art. 4 del D.L. n. 101/2013, appare assolutamente rispettoso della *ratio* ispiratrice della norma, quella del contenimento della finanza pubblica e della riduzione delle forme di precariato nelle p.a. La Funzione pubblica ha infatti precisato che l'assunzione a tempo determinato di un soggetto collocato in una graduatoria per assunzioni a tempo indeterminato fa sì che lo stesso, al ricorrere dei presupposti e delle condizioni necessarie previste dalla legge, possa successivamente essere assunto con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, senza necessità di altre procedure.

La finalità dichiarata dalla norma introdotta dal D.L. n. 101/2013 è quella di prevenire i fenomeni di precariato e, pertanto, le Amministrazioni ne devono fare un corretto uso che non sia elusivo dei limiti alle assunzioni a tempo indeterminato.

La Funzione pubblica ha rilevato anche che, pur mancando una disposizione di natura transitoria nel citato decreto n. 101, “per ragioni di tutela delle posizioni dei vincitori di concorso a tempo determinato, le relative graduatorie vigenti possono essere utilizzate solo a favore di tali vincitori, rimanendo precluso lo scorrimento per gli idonei”.

Il problema che potrebbe porsi, riguarda le graduatorie formate negli enti per assunzioni a tempo determinato e che siano ancora in vigore.

Il comune che si è rivolto al Ministero dell’Interno aveva infatti approvato una graduatoria per assunzioni a tempo determinato nel servizio di polizia municipale e la stessa era ancora in vigore nel momento in cui è sorta l’esigenza di sostituire temporaneamente proprio un dipendente di tale servizio. La risposta del Ministero, di non poter utilizzare tale graduatoria, ha imposto al comune di cercare quali altre amministrazioni limitrofe o comunque nell’ambito provinciale avessero graduatorie a tempo indeterminato per lo stesso profilo, nonostante lo stesso ente avesse avuto “la risposta pronta”.

La circolare della Funzione pubblica infatti ha chiarito che quello che il legislatore ha voluto evitare è di consentire alle amministrazioni di effettuare selezioni a tempo determinato (“piuttosto che indire procedure concorsuali a tempo determinato”), utilizzando quelle a tempo indeterminato vigenti, anche presso altre p.a.

Quello che appare poco coerente con la *ratio* del contenimento della spesa e di evitare l’aggravio del procedimento è quello di impedire l’utilizzo di graduatorie vigenti presso lo stesso ente.

E nel caso in cui non vi siano enti limitrofi che abbiano graduatorie vigenti, quanto “dovrà cercare il comune”? Forse sarebbe bastato solo un po’ di buon senso, ma in alcuni casi questa sembra essere merce rarissima.

Utilizzo graduatorie altri enti

Uno dei problemi interpretativi che le nuove disposizioni pongono, anche a seguito dei chiarimenti della Funzione pubblica e del Ministero dell’Interno è quello di stabilire il momento al quale rapportare il “previo accordo tra le Amministrazioni interessate”, ai fini della legittimità dell’assunzione dell’idoneo della graduatoria del concorso bandito da altro ente.

Nonostante le prime indicazioni degli organismi

amministrativi di orientamento pubblico non abbiano preso posizioni al riguardo, riferendosi genericamente agli “appositi accordi stipulati in applicazione della normativa vigente in materia di accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e nel rispetto dei principi di cui all’art. 97 della Costituzione” (circolare U.P.P.A., n. 1541 del 2004), l’orientamento che negli anni si era affermato era nel senso che tale accordo dovesse realizzarsi:

— prima dell’indizione della procedura concorsuale, allo scopo di evitare che la procedura stessa potesse costituire una modalità di elusione delle norme che vietano la possibilità di effettuare richieste nominative di candidati inserite nelle predette graduatorie e per dare la possibilità a tutti i cittadini di poter partecipare [al concorso] sapendo, sin dalla pubblicazione del bando, il numero complessivo dei posti messi a concorso e presso quali enti avrebbero potuto essere chiamati a ricoprire, nel rispetto dei “principi di imparzialità e buon andamento, previsti dall’art. 97 della Costituzione” (Regione Piemonte - Settore autonomie locali, parere n. 25/2009);

— prima della formale approvazione della graduatoria, al fine di garantire il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono sovrintendere a tutto l’operato delle pubbliche amministrazioni (Ministero dell’Interno, nota n. 15700 5A3 0014127 e nota n. 15700 5A3 0004435).

Tale orientamento restrittivo non ha escluso che accordi potessero intervenire anche dopo l’approvazione della graduatoria, ma “preferibilmente” era meglio venissero sottoscritti prima (cit. Ministero dell’Interno).

La giurisprudenza amministrativa ha sostenuto un orientamento “più aperto” verso soluzioni che valorizzano l’autonomia dell’Amministrazione, sia per ciò che attiene alle forme dell’accordo, sia per ciò che attiene ai tempi del suo realizzarsi, purché ovviamente prima dell’utilizzazione della graduatoria.

Le disposizioni che disciplinano la materia infatti non fanno “alcun riferimento ad alcuna convenzione, ma unicamente al previo accordo”, che concettualmente “implica l’intesa e il consenso delle due Amministrazioni in ordine all’utilizzo, da parte di una di esse, della graduatoria concorsuale in corso di validità, relativamente a posti di uguale profilo e categoria professionale, rispetto a quello per cui opera il suddetto utilizzo” (Tar Veneto, sent. n. 864/2011).

A seguito della modifica introdotta dal D.L. n. 101/2013, anche la Corte dei conti ha chiarito in alcune deliberazioni che “effettivamente, la lettera e lo scopo della norma non consentono interpretazioni

tanto restrittive da ancorare il “previo accordo” a una data anteriore alla “approvazione della graduatoria” o, addirittura, alla “indizione della procedura concorsuale” (Corte dei conti, sez. contr. Umbria, del. n. 124/2013).

Anche alla luce di quanto stabilito dall’art. 3, comma 61, della legge n. 350/2003, che dispone la “proroga” di graduatorie approvate prima del 31 dicembre 2003 all’evidente fine di consentirne l’utilizzazione da parte di altre Amministrazioni, “sarebbe del tutto irrazionale (anche per impossibilità di concreta applicazione della stessa norma), se davvero dovessimo ritenere necessario per l’utilizzazione delle predette graduatorie, il “previo accordo tra le Amministrazioni interessate”, da realizzare prima della “formale approvazione” delle graduatorie medesime, o - peggio - prima della “indizione della procedura concorsuale”.

La scelta dell’Amministrazione di avvalersi della graduatoria di un concorso espletato da altra Amministrazione ha natura discrezionale e soggiace alle stesse regole e limitazioni generali che valgono per ogni altra scelta discrezionale, a iniziare dal rispetto dei principi fissati dall’art. 97 della Carta Costituzionale.

Principi che, con riferimento all’accesso ai pubblici impieghi, trovano una loro ancor più puntuale specificazione nella regola della “concorsualità”, teleologicamente e funzionalmente rivolta alla selezione del maggior numero possibile di candidati, posti in condizione di parità, per la scelta dei migliori, ovvero dei candidati più meritevoli e professionalmente dotati.

Pertanto, ciò che davvero rileva ai fini della corretta applicazione delle nuove disposizioni, non è tanto la data in cui le “Amministrazioni interessate” devono raggiungere il “previo accordo”, quanto piuttosto che “l’accordo” stesso (che comunque deve intervenire prima dell’utilizzazione della graduatoria) si inserisca in un chiaro e trasparente procedimento di corretto esercizio del potere di utilizzare graduatorie concorsuali di altri enti, così da escludere ogni arbitrio e/o irragionevolezza e, segnatamente, la violazione delle cennate regole di “concorsualità” per l’accesso ai pubblici uffici.

Il riferimento alla salvaguardia del principio di “concorsualità” e alle correlate regole di dettaglio (parità dei concorrenti, predeterminazione dei posti e delle regole di attribuzione, etc.), hanno portato al consolidarsi dell’orientamento, secondo cui la graduatoria dalla quale attingere deve riguardare posizioni lavorative omogenee a quelle per le quali viene utilizzata (Corte dei conti, sez. contr. Campania, del. n. 137/2013).

È pacificamente ammesso con riferimento al “profilo e alla categoria professionale del posto che si

intende coprire”, che devono essere del tutto corrispondenti a quelli dei posti per i quali è stato bandito il concorso la cui graduatoria si intende utilizzare (Tar Veneto, sent. n. 864/2011).

La stessa omogeneità deve sussistere anche per ogni altro elemento che connota e caratterizza profondamente i posti in comparazione (quello da coprire e quelli messi a concorso), come il regime giuridico dei posti stessi e che perciò hanno riflessi anche sulla partecipazione dei candidati e, quindi, sul numero dei concorrenti (Corte dei conti, sez. contr. Umbria, del. n. 124/2013).

Inoltre, appare interessante richiamare quanto evidenziato, a tal proposito, dalla Funzione pubblica nella citata circolare n. 5/2013, secondo cui è “auspicabile che gli enti si dotino di una specifica regolamentazione dello strumento improntata ai principi di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione”.

È necessario ricordare comunque che il vincitore o l’idoneo, sia che accetti di essere assunto a tempo determinato, che non accetti, trova salvaguardata, in ogni caso, la posizione occupata nella graduatoria per l’assunzione a tempo indeterminato.

Infine, in merito al lavoro stagionale, il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

Modalità di scorrimento graduatorie

Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali vigenti è stato negli ultimi anni tema ampiamente dibattuto soprattutto in sede giurisprudenziale.

I continui interventi del legislatore tesi al contenimento della spesa pubblica hanno contribuito alla proroga, di anno in anno, della vigenza delle graduatorie, ingenerando aspettative nei vincitori e negli idonei e provocando un ampio contenzioso, che ha appunto dato luogo a interpretazioni abbastanza variegata.

L’art. 35 del D.Lgs. n. 165/2011 dispone che “Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione”.

Negli ultimi anni, tuttavia, molte disposizioni hanno prorogato la vigenza delle graduatorie stesse, compreso il citato D.L. n. 101/2013 che all’art. 4, comma 4, ha prorogato l’efficacia delle graduatorie vigenti al 31 agosto 2013 per assunzioni a tempo indeterminato, delle p.a. soggette a limiti assunzionali, fino al 31 dicembre 2016.

L’orientamento consolidato in giurisprudenza è

quello di ritenere che le p.a. possano indire procedure concorsuali in caso di vigenza di graduatorie concorsuali attinenti al medesimo profilo, solo con atto in cui sia adeguatamente motivata la scelta di non procedere allo scorrimento della graduatoria. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 14/2011 ha chiarito che non sussiste un diritto soggettivo all'assunzione in capo agli idonei per il solo fatto della disponibilità di posti in organico, tuttavia l'Amministrazione deve sempre motivare le forme prescelte per il reclutamento, tenendo conto delle graduatorie vigenti e "nel massimo rilievo" il fatto che l'ordinamento "tiene in generale in favore dell'utilizzo delle graduatorie". Le p.a. pertanto devono sempre puntualmente enucleare nel provvedimento di indizione del nuovo concorso le motivazioni che fanno ritenere migliore non utilizzare le graduatorie esistenti.

La modalità di reclutamento tramite scorrimento delle graduatorie "rappresenta la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico" (Tar Lazio, sent. n. 3444/2012).

Infine, in merito allo scorrimento delle graduatorie appare utile precisare che tale modalità assunzionale deve essere attuata mediante "scorrimento dal vincitore e solo successivamente dagli idonei non vincitori (Tar Lombardia, sent. n. 4073/2008).

Lo scorrimento della graduatoria impone il rispetto tassativo dell'ordine in cui sono collocati i soggetti idonei, che non può essere violato, in quanto ciò comporterebbe una palese discriminazione e il configurarsi di un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti tutti potenzialmente aspiranti (anche se in tempi diversi) all'assunzione.

In riferimento alla necessità di ripartire sempre dall'inizio nell'utilizzo della graduatoria, ovvero di procedere con il suo scorrimento fino a totale esaurimento, l'Aran ha chiarito che "la procedura relativa all'assunzione del personale è correlata alla collocazione nelle speciali graduatorie che l'ente ha dovuto predisporre sulla base dell'esito della specifica selezione pubblica".

Ogni successiva assunzione, deve sempre privilegiare i soggetti collocati al vertice della graduatoria e ciò rende del tutto ininfluenza un eventuale (inesistente) diritto di priorità per i lavoratori già assunti per esigenze stagionali.

L'Aran ha precisato infatti che "i soggetti assunti con un pregresso rapporto a termine sono stati individuati per la loro migliore collocazione in graduatoria; tale collocazione permane anche dopo la cessazione del rapporto; di conseguenza saranno auto-

maticamente privilegiati per l'eventuale instaurazione di un nuovo rapporto".

Pertanto, le p.a. nel momento in cui dovranno procedere a nuove assunzioni a tempo determinato tramite scorrimento delle graduatorie a tempo indeterminato devono sempre ripartire dal primo collocato, scorrere le graduatorie dai vincitori, dai soggetti collocati al vertice, poiché la migliore posizione permane anche dopo la cessazione di un rapporto di lavoro a tempo determinato pregresso.