

Procedure di mobilità nel lavoro pubblico, assegnazione a mansioni superiori dirigenziali tra organizzazione regionale e “ordinamento civile”

di Sandro de Gotzen

(in corso di pubblicazione in “*le Regioni*”, 2014)

1. La sentenza 17/2014 si pronuncia per la illegittimità costituzionale di disciplina (l.r. Abruzzo 71/2012 art. 2 commi 2, 6 e 7) in tema di lavoro pubblico, per violazione da parte della legge regionale dello spazio rientrante nell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale.

Si prendono in considerazione due fattispecie diverse. Nel primo caso, in materia di mobilità nel lavoro pubblico l'art. 2, comma 2, l.r. 71/2012, prevede che il personale dirigente di ruolo nella Azienda regionale per il diritto allo studio universitario il cui incarico non venga rinnovato o conferito, sia considerato in esubero e venga trasferito direttamente nei ruoli regionali.

Nella seconda fattispecie, individuata dall'art. 2, commi 6 e 7, l. r. 71/2012, nell'ipotesi di mancanza di personale di livello dirigenziale, si prevede che il funzionario di grado più elevato, che ha i requisiti per l'accesso alla qualifica dirigenziale, venga assegnato temporaneamente alle funzioni superiori, di livello dirigenziale, percependo il trattamento salariale corrispondente.

La disciplina delle due fattispecie è delineata dalle norme regionali in modo diverso dalla corrispondente disciplina dettata dal d. lgs. 165/2001, ponendo regole che sembrano di dettaglio e, comunque, di applicazione dei principi posti dalla normativa statale. Il trasferimento per mobilità nella disciplina regionale è facilitato rispetto alla disciplina statale e così pure il mutamento provvisorio di mansioni.

Entrambe le fattispecie, rileva la Corte, sono inerenti alla disciplina del rapporto di lavoro e, per ciò solo, vanno ricondotte alla materia dell'ordinamento civile che, come è noto, è materia di esclusiva pertinenza statale.

Va notato che, a fronte di una copiosa giurisprudenza incentrata sulla necessità di concorso pubblico per accedere alle funzioni dirigenziali, la sentenza in oggetto non fa menzione della sussistenza di un precedente concorso pubblico per il personale di cui si tratta. Si deve ritenere, in questo caso, che un precedente concorso pubblico vi sia stato e che il personale che vien trasferito per mobilità sia parte di un rapporto di pubblico impiego¹.

2. La qualificazione delle fattispecie come rientranti nella materia dell'ordinamento civile sembra consolidata nella giurisprudenza costituzionale, ma si possono individuare aree di incertezza su tale collocazione sia nella stessa giurisprudenza che nella dottrina giuslavoristica.

¹ La Corte costituzionale nella successiva sent. 134/2014 valorizza, in merito ad una fattispecie simile - si tratta di trasferimento di contratti di lavoro da ente privato a una azienda sanitaria - la insussistenza di un concorso pubblico. Si prende in esame la successione, prevista da legge regionale, di una ASP nel contratto di diritto privato di personale che viene trasferito una struttura privata, senza costituzione di alcun rapporto di pubblico impiego; in tal caso si riconosce la fondatezza dell'impugnazione della norma regionale per contrasto con l'art. 97 Cost., che prevede che il personale venga selezionato con un concorso pubblico. L'immissione del personale proveniente dall'organico dell'ente di diritto privato nella struttura dell'azienda sanitaria senza prevedere il rapporto di pubblico impiego costituisce un privilegio indebito: si tratta pur sempre di un rapporto di pubblico impiego, senza necessità di concorso pubblico ciò che viola gli art. 97 e 3 Cost. La deroga al principio del pubblico concorso non appare giustificata da alcuna esigenza.

Si può dunque notare che la riconduzione delle fattispecie alla competenza normativa dello stato vien operata nel tempo, dalla giurisprudenza costituzionale, sulla base di differenti criteri.

La sentenza 17/2014 sembra operare la riconduzione delle fattispecie di mobilità del personale e di assegnazione alle mansioni superiori sopra considerate all'ordinamento civile sulla base di una definizione delle competenze condotta per oggetti o materie.

La sentenza 17/2014 sembra attestarsi sulla linea, dominante nella giurisprudenza costituzionale, per cui tutte le regole in materia di rapporto di lavoro attengono all'area dell'ordinamento civile e sono, quindi, per ciò solamente, di competenza statale. La sentenza richiama alcune decisioni conformi, che si pronunziano sul presupposto della spettanza alla materia dell'ordinamento civile del rapporto di lavoro pubblico privatizzato².

Si può ricordare che la Corte costituzionale, ancora nella vigenza del testo costituzionale originario, aveva ricondotto al limite del diritto privato il rapporto di lavoro, facendo risalire ad esso il divieto per le Regioni di regolare con legge aspetti del rapporto di lavoro³; ancora oggi, dopo la riforma costituzionale che ha introdotto l'espressa menzione della materia dell'ordinamento civile, la Corte costituzionale si pronunzia in tal senso, statuendo che rientra nell'ordinamento civile la disciplina degli effetti del mobbing sul rapporto di lavoro⁴.

In un quadro della giurisprudenza costituzionale sostanzialmente coeso, va ricordata la divergente sent. 388/2004, che si pronunzia sulla normativa statale in materia di mobilità, e si differenzia rispetto al canone seguito dalla Corte in ambiti attinenti al rapporto di lavoro.

La sentenza 388/2004 argomenta la riconduzione della disciplina puntuale del procedimento di ricollocazione del personale della pubblica amministrazione alla competenza normativa statale richiamando gli artt. 4 e 120 della Costituzione; tale decisione fa salva la norma statale che stabilisce il procedimento di ricollocazione del personale eccedente delle amministrazioni pubbliche presso le amministrazioni regionali e degli enti locali, senza invocare il limite dell'ordinamento civile, ma gli artt. 4 e 120 della Cost., che rendono effettivo il diritto al lavoro e rimuovono ostacoli all'esercizio del diritto nel territorio nazionale.

Tale sentenza, inoltre, esclude che la norma statale impugnata costituisca ingerenza nella competenza regionale di organizzazione amministrativa o che sia norma di dettaglio in materia di tutela del lavoro. Il richiamo all'art 4 e all' art. 120 della Costituzione, sembra risentire dell'eco della contrapposizione di teorie dottrinali in merito al significato della menzione nel testo costituzionale dell'ordinamento civile in generale ed in particolare in merito al rapporto di lavoro pubblico privatizzato⁵.

2 Sentt. 68/2011, 324/2010.

3 Si v. in tal senso sentenza 691/1988.

4 Si v. sent 359/2003.

3. Il richiamo operato dalla sentenza 17/2104 al criterio dell'ordinamento civile ⁶ per stabilire la spettanza alla competenza normativa statale della disciplina delle fattispecie della mobilità del personale e della assegnazione a mansioni superiori sembra accogliere un concetto estensivo del criterio stesso per cui tutta la disciplina del rapporto di lavoro rientra nell'applicazione del limite dell'ordinamento civile ⁷.

Sembra dover essere presa in considerazione, tuttavia, un'altra costruzione dottrinale del limite dell'ordinamento civile nell'ambito del rapporto di lavoro, che⁸ integra i criteri di delimitazione per materia con un approccio integrato con criteri funzionali, in modo che non si sancisce il monopolio della regolamentazione statale in tutti gli aspetti della disciplina del rapporto di lavoro, aprendo spazi per le Regioni per disciplinare la propria organizzazione. In tal caso, si dovrebbe attribuire alla competenza esclusiva statale in virtù della attribuzione all'ambito dell'ordinamento civile unicamente quegli oggetti che siano contrassegnati da esigenze di unitarietà della disciplina del rapporto. Tale modalità di individuazione dell'ordinamento civile importa, nelle diverse fattispecie, la possibilità di prevedere normative regionali privatistiche differenziate secondo le esigenze locali, sempre che esse non pregiudichino il valore dell'unità dell'ordinamento, che è alla base del limite dell'ordinamento civile.⁹

Ci si può chiedere, in tale prospettiva, se la disciplina puntuale della mobilità collettiva del personale e quella della attribuzione temporanea di mansioni superiori di tipo dirigenziale debbano essere fatte rientrare tra le "linee ordinamentali della disciplina" ¹⁰, o se si tratta di disciplina di dettaglio regionale, divergente da quella statale. Si tratterebbe, nel caso, di valutare se in ipotesi possa riconoscersi la competenza legislativa regionale a porre trattamenti migliorativi per il personale, dato che si tratta di norme che facilitano la mobilità del personale e la copertura provvisoria con attribuzione di mansioni

5 Si v. nella pluralità di fonti dottrinali, per una esposizione riassuntiva e critica, E. LAMARQUE, *Regioni ed ordinamento civile*, Padova, Cedam, 2005, in partic. p. 294 ss. sul problema dell'ordinamento civile relativamente al diritto del lavoro; AA.VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, 2003, passim, con contributi di N. Lipari, S. Chiarloni, R. Costi, P. Schelsinger, S. Bartole, A. Luna Serrano, G. Alpa. Per un panorama della precedente giurisprudenza costituzionale in tema di limite del diritto privato con individuazione di diversi periodi M. MALO, *Il limite del diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Le Reg.*, 1995, p. 879 ss.; e, in modo parzialmente coincidente, G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà legislativa regionale*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 1 ss.

6 Ivi, in particolare T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, p. 35 ss.

7 In tal senso pare S. BARTOLE R. BIN G. FALCON R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 157.

8 T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, cit., p. 44, 45.

9 T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, cit., p. 45.

10 T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, cit., p. 45.

superiore, con una scelta che incide anche sull'organizzazione regionale, agevolando la provvista di personale.

4. Ci si può chiedere, dunque, nella prospettiva dottrinale sopra ricordata, se le fattispecie considerate in questa sede non possano essere ricondotte, piuttosto che all'ordinamento civile, viceversa, all'ambito dell'organizzazione regionale e, conseguentemente, essere validamente disciplinate dalla legge regionale.

Vi sono, infatti, evidenti intersezioni fra il regime (anche) privatistico del rapporto d'impiego pubblico e la disciplina dell'organizzazione pubblica, sempre rilevante per questi rapporti e riservata alla potestà normativa delle Regioni¹¹. Si tratta di tener conto delle implicazioni organizzative delle disposizioni in tema di personale delle pubbliche amministrazioni. Nel caso si potrebbe far applicazione del criterio della prevalenza "ritenendo la competenza attratta nell'orbita della materia che presenti carattere prevalente"¹².

Il richiamo all'ordinamento civile non è l'unica argomentazione portata dalla sentenza 17/2014 per giustificare la spettanza alla legge statale della disciplina delle fattispecie. Essa richiama anche l'argomento della necessarietà dell'impiego della legge statale per la disciplina della mobilità tra amministrazioni diverse, ma non pare che tale esigenza esista nella fattispecie. La normativa in tema di mobilità del personale in esubero può richiedere l'intervento di legge statale che sola può avere valore vincolante per tutte le amministrazioni pubbliche, centrali e locali, se essa riguarda amministrazioni non collegate; tuttavia, nel caso in esame, su cui decide la sentenza 17/2014, la legge regionale impugnata disciplina il passaggio diretto da un ente dipendente dalla Regione ai ruoli regionali.

In questo caso l'obiezione che verte sulla necessarietà della legge statale per la disciplina della mobilità tra amministrazioni¹³, avanzata dalla Corte nella sentenza 388/2004 e ripresa dalla sentenza 17/2014 non vale, dato che la normativa regionale in tal caso ha efficacia vincolante anche per gli enti dipendenti. Si tratta di amministrazioni tra loro collegate entrambe disciplinate dalla normativa regionale.

5. La legge regionale dichiarata costituzionalmente illegittima detta, per un verso, una disciplina parzialmente derogatoria rispetto alla disciplina statale, in materia di esubero di dipendenti e di mobilità collettiva e sulla attribuzione di funzioni superiori (dirigenziali)^{14 15}.

11 T. TREU, Diritto del lavoro e federalismo, cit., p. 50.

12 In tal senso A. D'ATENA, Diritto regionale, Torino, Giappichelli, 2010, p. 147, a proposito degli oggetti ad imputazione multipla.

13 V. in tal senso sent. 388/2004, par. 3.2 in dir., che avanza tale argomento per escludere l'ammissibilità di normativa regionale, dato che la fattispecie in esame non disciplina amministrazioni collegate, soggette ambedue alla normativa regionale.

14 La l.r. 71/2012 sembra porre disposizioni di dettaglio in merito ai due istituti, la mobilità collettiva del personale in caso di esuberi e il mutamento provvisorio di mansioni.

Le normative regionali giudicate costituzionalmente illegittime pongono regole accessorie o strumentali che possono essere viste come di favore per il personale regionale coinvolto, non potendosi riscontrare, nel caso, violazione di diritti o posizioni giuridiche del funzionario, non vertendosi, nella specie, sull'osservanza dei limiti inerenti ai diritti civili e politici.

E' da chiedersi, quindi, volendo applicare la dottrina lavorista su menzionata, se l'ambito dell'ordinamento civile si estenda anche a contenuti di carattere strumentale ed accessorio, come quelli che sembrano propri delle fattispecie considerate. In tale modo si verrebbe a negare la coestensività tra ordinamento civile e disciplina del rapporto di lavoro, come invece fa la sentenza 17/2014.

Assumere, quindi, che l'ordinamento civile non si identifica (anche) con i contenuti di carattere strumentale ed accessorio della disciplina del rapporto di lavoro consentirebbe, viceversa, di tener in considerazione le esigenze di disciplina della propria organizzazione come percepite dalla Regione.

6. Ci si può interrogare se in questi limiti possa trovare spazio un diritto privato regionale¹⁶, là dove si dispone di strumenti privatistici organizzativi.

La giurisprudenza costituzionale ammette, ad esempio con riferimento alla disciplina di società regionali, che la normativa regionale possa dettare norme di diritto privato, speciali rispetto alla disciplina di diritto comune, allo scopo precipuo di porre regole relative al rapporto tra società e Regione^{17 18}.

Istituendo un parallelo tra tali ultime fattispecie e la disciplina di fattispecie organizzative particolari attinenti della dirigenza pubblica, sembrerebbe da chiedersi se l'assegnazione operata dalla Corte alla

15 Le differenze di disciplina sono sintetizzate nella decisione in questo modo: a) L'art. 33 e segg. del d.lgs. 165/2001 disciplina la mobilità d'ufficio seguendo altre regole procedurali, prevedendo che i lavoratori dichiarati in eccedenza siano ricollocati presso la propria amministrazione o altre sempre che esista una posizione lavorativa disponibile e che se non siano ricollocati siano posti in disponibilità per 24 mesi al termine dei quali il rapporto di lavoro si intende risolto. La disposizione regionale prevede, per contro, il passaggio diretto ai ruoli regionali anche in difetto, osserva la Corte, di una posizione lavorativa disponibile. b) Il mutamento provvisorio di mansioni è disciplinato in modo diverso: la norma dell'art. 52 d.lgs. 2001 limita nel tempo tale assegnazione e la limita alla sostituzione di altro dipendente con diritto alla conservazione del posto. La norma regionale impugnata invece prospetta una nozione di assenza od impedimento che autorizza al mutamento di mansioni molto più ampia e prevede che il trattamento economico superiore sia corrisposto indipendentemente dall'accertamento della prevalenza delle mansioni attribuite sotto l'aspetto quantitativo qualitativo e temporale.

16 Con accenti diversi si v. F. GALGANO, *Il diritto privato tra codice e costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1988 (2 ed. accr.), p. 57. Nel vigore del nuovo Titolo V v. P. SCHLESINGER, *Ordinamento civile*, in AA.VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, cit., p. 27 ss.; N. LIPARI, *Il diritto privato fra fonti statali e legislazione regionale*, ivi, p. 3 ss.; R. COSTI, *Il limite dell'ordinamento civile in materia di banche, fondazioni bancarie e fondi pensione*, ivi, p. 21 ss.; G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, ivi, p. 105 ss.

17 L'orientamento è risalente. Si v. ad esempio Corte cost. sent. 35/1992, in *le Regioni*, 1992, p. 1750 ss., con scritti di E. BALBONI, *La Corte apre uno spiraglio per gli interventi regionali nel diritto privato?*, p. 1751 ss.; D. VITTORIA, *La disciplina delle organizzazioni collettive e il limite del diritto privato nella competenza legislativa delle Regioni*, ivi, p. 1757 ss.; L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 1992, p. 86 e 116.

18 G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, cit, p. 6 s in una prospettiva più ampia rileva che la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni in materia di diritto privato determina la competenza regionale per quel settore che "comprende solo le

materia dell'ordinamento civile, delle due fattispecie, tutta imperniata sulla appartenenza di esse alla disciplina del rapporto di lavoro, senza altro considerare, sia necessaria.

Sembra, alla luce delle aperture della giurisprudenza costituzionale in tema di organizzazione privatistica regionale, possano essere valorizzate le affermazioni di quella dottrina lavoristica, preoccupata in modo particolare, tra l'altro, dell'eguaglianza dei lavoratori, secondo cui non tutta la regolamentazione del rapporto di lavoro deve necessariamente venire identificata con l'ordinamento civile; sembra che possa, dunque, essere riconsiderata la tesi che limita la riserva di competenza statale in materia di ordinamento civile agli aspetti della disciplina del rapporto di lavoro relativi alle "sole <<linee ordinamentali>>", che esprimono diritti civili e sociali dei lavoratori e come individui e nelle forme organizzate "¹⁹.

materie che sono strumentali all'esercizio delle funzioni pubbliche regionali".

19 T. TREU, Diritto del lavoro e federalismo, cit., p 45.