

Il dipendente pubblico a tempo indeterminato non può partecipare ad una selezione per la stabilizzazione dei precari

di S. Galleano - 13 Gennaio 2024

1. Il caso

Il caso in esame, deciso dalla Cassazione con l'ordinanza 14 novembre 2023, n. 31656, è così riassumibile.

Un lavoratore dipendente dalla ASL di Bari, con rapporto di lavoro a tempo indeterminato come coadiutore amministrativo (categoria B), partecipa ad un concorso quale assistente amministrativo (ovvero di categoria C) a tempo determinato presso lo stesso datore di lavoro superandolo e viene assunto, dopo essere stato posto in aspettativa nel rapporto a tempo indeterminato.

Tale rapporto prosegue e, dopo alcune proroghe, il lavoratore viene confermato in ruolo in forza di un provvedimento regionale che prevede una selezione per la stabilizzazione del personale precario del comparto sanità.

La ASL, accortasi successivamente della situazione anomala, comunica al dipendente l'esclusione dal processo di stabilizzazione e la risoluzione del relativo contratto, riattivando così il precedente rapporto e riadibendolo alle precedenti mansioni di coadiutore amministrativo. Il lavoratore, ritrovandosi così dequalificato, unitamente ad altri nella medesima situazione, ricorre al giudice il quale, nella contumacia dell'Ente, accoglie la domanda e lo riassegna alle superiori mansioni e qualifica.

La Corte di appello, cui si era rivolta la ASL, riforma la sentenza per il solo lavoratore ricorrente, mentre per gli altri lavoratori accerta la cessazione della materia del contendere.

Il lavoratore impugna la sentenza e la Corte di cassazione, nella contumacia della ASL, decide ai sensi dell'art. 368 bis 1 cpc, rigettando il ricorso.

2. La pronuncia in commento

Il ricorrente aveva svolto un unico motivo, che è stato dichiarato inammissibile in quanto non risultava confrontarsi in modo adeguato con la motivazione della sentenza impugnata.

Secondo la Corte di merito l'art. 1, co. 565, lett. C, n. 3, seconda parte della legge 296/2006, prevedeva la possibilità per gli enti del servizio sanitario nazionale *“nell'ambito degli indirizzi fissati dalle regioni nella loro autonomia (...) di trasformare le posizioni di lavoro già ricoperte da personale precario in posizioni di lavoro dipendente a tempo determinato”*. A sua volta, l'art. 30 della legge regionale n. 10/2007, coerentemente con il disposto legislativo nazionale, consentiva alla giunta regionale di deliberare *“un piano per la stabilizzazione del personale in possesso dei requisiti previsti dalla legge”* 296/2007.

Viceversa, con delibera del Direttore regionale della ASL di Bari, nell'ottobre 2008, venivano ammessi al processo di stabilizzazione *“anche i dipendenti a tempo indeterminato in aspettativa presso la stessa ASL BA, perché titolari di un contratto a tempo determinato in altro profilo professionale alla data prevista dalla delibera di Giunta regionale ...”*, così consentendo anche al ricorrente di accedere alla relativa procedura.

Successivamente, a seguito dell'intervento dell'Assessore regionale, che sollevava rilievi circa il fatto che chi era già assunto a tempo indeterminato non poteva essere considerato precario, il direttore della ASL Bari disponeva la risoluzione del relativo contratto e la sua ricollocazione nel precedente inquadramento.

Secondo la Corte, il giudice di appello aveva correttamente interpretato la normativa di cui all'art. 1, comma 565 della legge 296/1996 che, come norma eccezionale, andava interpretata restrittivamente, dispiegando quindi la sua operatività solo nei confronti di soggetti operanti quali precari e, quindi, inapplicabile per insanabile contrasto ad un lavoratore già assunto a tempo indeterminato.

L'ordinanza in commento – che si ferma all'aspetto formale della vicenda – non lo dice esplicitamente, ma è evidente che, oltre al resto, di cui si vedrà più oltre, la procedura selettiva utilizzata per le assunzioni a termine non è di regola assimilabile al concorso per l'assunzione a tempo indeterminato, che richiede una procedura normalmente più approfondita e comporta strutturali modifiche alla pianta organica dell'ente interessato, oltre che l'impiego di fondi appositamente destinati a tal fine.

Si tratta quindi di due procedure sostanzialmente diverse sia sotto il profilo strettamente procedurale, che sotto quello concettuale e, in concreto, operativo (su cui TRAMONTANO, *Pubblico impiego. Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Maggioli editore, 2021; DONATO, *Concorsi pubblici*, Giuffrè, 2021).

Né risultava rilevante, ai nostri fini, che l'interessato fosse stato posto in aspettativa, circostanza sottolineata nel ricorso per cassazione e come del resto se ne faceva menzione nella delibera illegittima del direttore generale della ASL, poiché la condizione di dipendente a tempo indeterminato contraddiceva con il processo di stabilizzazione deliberato dalla giunta regionale.

Dunque, la Corte di appello, si legge nella pronuncia in commento, aveva correttamente rilevato la nullità dell'assunzione perché avvenuta nei confronti di un soggetto che non rivestiva la posizione di precario, ovvero il presupposto indefettibile che giustificava la stabilizzazione.

Il ricorso proposto non lamentava una errata interpretazione della legge da parte del giudice di appello e neppure poneva in dubbio l'obbligo del concorso per accedere alla posizione lavorativa di assistente amministrativo di categoria C né, tanto meno, risultavano rilevanti le considerazioni *“sull'affidamento e sulle aspettative generate dalla stabilizzazione”*, nonché quelle in merito all'annullamento degli atti precedenti la nuova assunzione poiché, essendo nullo il relativo atto, lo stesso non poteva sortire alcun effetto.

Parimenti irrilevante risulta la precisazione del ricorrente che non sarebbe stato posto in aspettativa quale coadiutore amministrativo di ruolo, poiché, a parte l'indiscutibilità di questioni di fatto in sede di legittimità, ciò che rilevava era unicamente l'esistenza stessa di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, circostanza, del resto, confermata nello stesso ricorso per cassazione.

Risultava infine infondata anche la tesi sostenuta dal ricorrente, secondo la quale il primo rapporto a tempo indeterminato come assistente amministrativo sarebbe cessato, al momento e per l'effetto, della sottoscrizione del nuovo contratto concluso a seguito della delibera di stabilizzazione quale assistente amministrativo, rilevando invece tale circostanza, a detta della Corte, quale conferma che detta stabilizzazione non riguardava un lavoratore precario.

3. Osservazioni

La particolare fattispecie, come si è visto, viene decisa tenendosi sul limite dell'interpretazione formale, conseguenza anche dell'impostazione del ricorso per cassazione e l'ordinanza conclude nel senso che la Corte di merito ha correttamente evidenziato che *“è nella disciplina dei negozi giuridici che essenzialmente bisogna cercare la soluzione idonea a comporre la contrapposizione (tra le parti)”*.

La scelta interpretativa qui esaminata pare corretta e trova conforto e ragione, anche di ordine sistematico (vedi anche, con una motivazione maggiormente strutturata, la pronuncia 6310/2021 della stessa Cassazione).

La fattispecie è comunque ampiamente trattata, con medesimo esito, dal giudice amministrativo, alle cui motivazioni può farsi riferimento.

In particolare, nell'ultima sentenza in tema del Consiglio di Stato (sezione terza, n. 872/2020), viene esaminato il caso di una dipendente a tempo indeterminato del Comune di Roma che voleva partecipare ad una procedura prevista dalla legge Madia (d.lgs. 75/2017, art. 20, ma i principi valgono per ogni altra tipologia di stabilizzazione di personale precario) presso un ente pubblico nazionale per una qualifica superiore a quella posseduta e alla quale potevano accedere solo i lavoratori a termine.

Il Tar Lazio, cui la suddetta lavoratrice si era rivolta a seguito del rifiuto di partecipare al bando, aveva accolto il suo ricorso ritenendo che *“la gravata clausola di esclusione penalizza in maniera ingiustificata chi, pur avendo i requisiti per accedere alla stabilizzazione, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura ha un rapporto presso una pubblica amministrazione con qualifica e trattamento economico e/o giuridico inferiore a quello che potrebbe conseguire con la stabilizzazione prevista dall'articolo 20 del d.lgs. n. 75/2017”*.

Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza con riferimenti al dato testuale (la citata clausola di esclusione prevista dal bando e derivante dal testo della norma di legge) e, soprattutto sistematico.

Sotto questo secondo profilo, il supremo organo della giustizia amministrativa rileva, come si è già accennato, che qualunque deroga per l'assunzione nei ruoli della pubblica ammini-

strazione tramite concorso è ammessa nei casi tipizzati dalla legge e ciò in base all'art. 97 Costituzione.

A ciò si aggiunge che: *“L’eliminazione del precariato costituisce, in presenza di determinate condizioni preordinate a verificarne la coincidenza con le esigenze organizzative della Pubblica Amministrazione, apprezzabile interesse pubblico idoneo a giustificare l’eccezione alla regola della concorsualità, in misura compatibile con i principi costituzionali”*.

Permettendo la partecipazione a tali procedure di soggetti già immessi in ruolo, si escluderebbero automaticamente gli altri che si trovano invece in una situazione precaria, così confliggendo con la volontà del legislatore, consentendo ai primi *“di ottenere un posto migliore e più qualificante (invero perseguibile con numerosi altri strumenti, e comunque visibilmente ulteriore e successivo rispetto a quello alla stabilità del rapporto lavorativo) e di prevalere sull’interesse primario dei secondi a conseguire un rapporto di lavoro stabile”*, così alterando il carattere speciale delle procedure di stabilizzazione finalizzato a consentire il reclutamento ristretto alla platea dei dipendenti in servizio come “precari”, in quanto titolari di contratti a termine.

A tale scelta, prosegue il Consiglio, contrasta anche l’esigenza della pubblica amministrazione che indice la procedura di poter assumere personale già formato nel corso dei rapporti temporanei, magari susseguitisi per lunghi periodi, in specifiche mansioni che hanno consentito la formazione di un bagaglio professionale, magari di notevole spessore e che, in ipotesi, potrebbero anche essere passati a svolgerle presso altri enti (possibilità questa prevista, in particolare, dall’art. 20, comma 1, lett. b).

In senso analogo vedi anche la settima sezione del Consiglio nella sentenza 9446/2022.

Come si vede, anche nel merito, per tutta una serie di considerazioni difficilmente contestabili, pare difficile ritenere che la soluzione adottata sia incongrua, risultando anzi frutto di una ragionevole scelta di gestione del personale, adottata nell’interesse del corretto svolgersi dell’azione amministrativa e in coerenza con i principi generali che regolano il reclutamento dei pubblici dipendenti.

Sergio Galleano, avvocato in Milano e Roma

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 14 novembre 2023, n. 31656](#)