

La riforma dell'art. 35 del Dlgs. n. 165/2001 e il problema degli idonei

- Luglio 24, 2023



Di Francesco Virgili

Il Parlamento, con la Legge n. 74/2023, ha ampliato il novero delle norme dedicate al personale contenute nel Dl. n. 44/2023. Quella che desta maggior interesse è contenuta nell'art. 1-bis.

Il nuovo art. 35 Dlgs. n. 165/2001

L'art. 1-bis della Legge di conversione del Dl. n. 44/2023, modifica l'art. 35, comma 5-ter, del Dlgs. n. 165/2001 (Tupi), prevedendo l'inserimento dei seguenti periodi: *“Nei concorsi pubblici sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale entro il 20% dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi. In caso di rinuncia all'assunzione o di dimissioni del dipendente intervenute entro 6 mesi dall'assunzione, l'Amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria nei limiti di cui al quarto periodo”*. La formulazione della norma è alquanto oscura, al punto che si sono formati 2 orientamenti in merito alla base di calcolo del 20%:

1. secondo un primo indirizzo, il calcolo del 20% deve essere fatto sul numero dei posti banditi;
2. secondo un altro orientamento, la base di calcolo deve essere individuata nel numero di idonei determinato dalla selezione, indipendentemente dai posti messi a concorso.

Facciamo un esempio: un'Amministrazione bandisce un concorso per 10 posti; al termine delle prove abbiamo una graduatoria composta dai 10 vincitori più 90 candidati che hanno superato, con valutazioni positive, tutte le prove. Secondo il primo indirizzo, gli idonei sono solo il 20% dei posti messi a concorso ossia 2 (il 20% di 10). Invece, se si accoglie la seconda interpretazione, gli idonei sono 18 (ossia il 20% di 90). Secondo il Dossier

preparato dagli Uffici parlamentari, il limite degli idonei “è pari al 20% dei posti rispetto al totale dei posti già oggetto del bando (ferma restando, per l'idoneità, anche la condizione del conseguimento di un punteggio non inferiore a quello minimo previsto dal bando)”. È opinione di chi scrive che la modifica all'art. 35, comma 5-ter, del Dlgs. n. 165/2001, non limiti gli idonei al 20% dei posti banditi, ma al 20% degli idonei in graduatoria dopo i posti che danno diritto all'assunzione. In passato, quando il Legislatore ha voluto introdurre una norma simile, volta a limitare il numero degli idonei, ha fatto diretto riferimento al criterio della percentuale dei posti messi a concorso: si fa riguardo al Dlgs n. 75/2017, che con l'art. 6, modificava il Tupi, prevedendo la “facoltà, per ciascuna Amministrazione, di limitare nel bando il numero degli eventuali idonei in misura non superiore al 20% dei posti messi a concorso, con arrotondamento all'unità superiore.”^[1] La formulazione della disposizione è molto diversa rispetto a quella della norma in commento e proprio per questo si ritiene di non accogliere la prima interpretazione.

Secondo alcuni autori il chiarimento, contenuto nella Nota n. 1187 del 16 giugno 2023 del Dipartimento della Funzione pubblica, riguardante l'art. 1-bis del DI. n. 44/2023, sembra avvallare il secondo indirizzo interpretativo. Infatti, il Documento della Funzione pubblica – secondo il quale il nuovo Sistema di scorrimento delle graduatorie nel limite del 20% degli idonei decorre solo ed esclusivamente a partire dai concorsi banditi dopo il 22 giugno scorso – conferma che “si tratta di una misura che va letta in un'ottica di sistema nel quale gli altri fattori da valutare sono la rapidità delle nuove procedure concorsuali, frequenti e digitalizzate. A ciò va aggiunta la considerazione che i candidati collocati in graduatoria in una posizione rientrante nella quota introdotta corrisponde a quelli che hanno conseguito una valutazione finale più vicina al punteggio conseguito dai vincitori del concorso. Va considerato che il ‘combinato disposto’ di questi fattori costituisce un elemento di crescita qualitativa – oltre che quantitativa – della Pubblica Amministrazione”.

La nuova norma si applica solo alle nuove graduatorie ?

Un altro problema che si è posto con l'entrata in vigore della norma in commento è se tale disposizione riguardi da subito tutte le graduatorie vigenti, oppure abbia ad oggetto quelle approvate successivamente alla sua entrata in vigore. Come abbiamo accennato nel paragrafo precedente, la Nota n. 1187 del 16 giugno 2023 del Dipartimento della Funzione pubblica chiarisce che tale disposizione non si applica ai concorsi per le assunzioni del “personale sanitario, scolastico, universitario, della ricerca dell'Istituto superiore di sanità, come pure – anche se non espressamente indicati – sono da ritenere indubbiamente esclusi dal suo ambito di applicazione anche i reclutamenti del personale in regime pubblicistico”. Inoltre, la norma “è destinata a dispiegare i propri effetti solo con riguardo alle graduatorie dei concorsi che saranno banditi dopo l'entrata in vigore della Legge di conversione”. Il testo della Funzione pubblica è perfettamente coerente con l'art. 11 delle “Disposizioni sulla legge in generale”, ai sensi del quale “la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”. È altresì coerente con il Principio “tempus regit actum”, in base al quale ciascun fatto o atto giuridicamente rilevante deve essere assoggettato alla normativa vigente nel momento in cui si verifica.

Lo scorrimento della graduatoria in caso di rinuncia o dimissione del vincitore

La Nota del Dipartimento della Funzione pubblica però non fornisce alcun aiuto in riferimento all'interpretazione dell'ultimo periodo del nuovo art. 35, comma 5-ter, del Dlgs. n. 165/2001, secondo cui, “in caso di rinuncia all'assunzione o di dimissioni del dipendente intervenute entro 6 mesi dall'assunzione, l'Amministrazione può procedere allo

scorrimento della graduatoria nei limiti di cui al quarto periodo". Tale disposizione risulta di difficile lettura se coordinata con la prima parte del citato comma 5-ter, ai sensi del quale "le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le Amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di 2 anni dalla data di approvazione".

Anche in questo caso sono possibili 2 letture:

1. secondo un primo indirizzo, le graduatorie restano in vigore per 2 anni dall'approvazione permettendo così lo scorrimento della stessa, nel limite del 20% dei posti in graduatoria successivi a quelli che danno diritto all'assunzione, per tutti i 24 mesi di vigenza;
2. per il secondo indirizzo, lo scorrimento è ammesso solo per far fronte alla rinuncia all'assunzione o alle dimissioni del candidato entro 6 mesi dall'assunzione stessa; la graduatoria pertanto può essere utilizzata per un tempo che può essere variabile.

In attesa di eventuali chiarimenti, già da ora si può dire che non appare corretta una lettura che ammetta che il primo periodo dell'art. 35, comma 5-ter, determini la vigenza delle graduatorie per 2 anni e il successivo quinto periodo introduca la possibilità di scorrere le graduatorie per rinuncia o dimissioni entro 6 mesi dalle assunzioni. Secondo una lettura formale della norma, la rinuncia o le dimissioni entro 6 mesi dalle assunzioni costituisce la condizione legittimante lo scorrimento delle graduatorie; ciò ha come inevitabile corollario che, in caso di assenza, di rinuncia o di dimissioni, non sarebbe più possibile utilizzare la graduatoria degli idonei. Una seconda interpretazione invece/ presenta una lettura sicuramente meno formale della norma, che si traduce nella conferma della legittimità della surrogazione nel caso in cui il posto risulti vacante per dimissioni o rinuncia. Secondo tale indirizzo, l'Amministrazione potrebbe procedere alla sostituzione del vincitore che si sia dimesso o abbia rinunciato con uno dei candidati idonei in graduatoria, omettendo l'attivazione, sia della procedura di cui all'art. 34-bis del Dlgs. n. 165/2001, che di quella di cui all'art. 30, che però attualmente non è obbligatoria. Tale interpretazione appare coerente con il Parere della Corte dei conti Lombardia n. 328/2017: *"l'art. 34-bis, comma 1, del Decreto legislativo n. 165 del 2001 stabilisce in ultimo che anche i Comuni, prima di avviare le procedure di assunzione di personale, siano tenuti a comunicare ai soggetti gerenti gli elenchi del personale in disponibilità di cui all'art. 34 del c.d. 'Tupj', l'area, il livello e la sede di destinazione per i quali si intende bandire il concorso nonché, se necessario, le funzioni e le eventuali specifiche idoneità richieste. Orbene, se si pone mente alla natura della procedura complessa innanzi delineata ed all'effetto sostanzialmente 'surrogatorio' dell'idoneo non vincitore nella posizione del vincitore determinato dallo scorrimento, risulta invero evidente come tali obblighi debbano essere eventualmente complessivamente adempiuti prima dell'indizione della procedura concorsuale (anche argomentato ex artt. 30, comma 2-bis, 34, comma 6, 34-bis, comma 1, del Decreto legislativo n. 165 del 2001), ovvero prima del verificarsi della fattispecie complessa che muove dall'idoneità verso l'assunzione del dipendente; tuttavia, una volta validamente espletata la procedura concorsuale, si deve al contempo ritenere che detti obblighi, in ipotesi già adempiuti, non inficino comunque l'eventuale facoltà di scorrimento della graduatoria alle condizioni prima indicate (graduatoria tuttora efficace, presenza di idonei non vincitori, dimissioni del vincitore durante il periodo di prova, rispetto della disciplina vincolistica in materia di impiego vigente nell'anno o negli anni in cui la fattispecie complessa si protrae); in tali ipotesi non si verifica infatti una fattispecie di cessazione-assunzione, ma una più ampia fattispecie complessa, al contempo unitaria, che permette in definitiva alla procedura concorsuale di realizzare, sia pure in via indiretta, lo scopo suo proprio, ovvero quello di selezionare, tramite procedura comparativa, il candidato più idoneo per il posto rimasto scoperto"[2].*

Quest'ultima interpretazione garantisce, sia la velocizzazione che lo snellimento della procedura di reclutamento nei casi, tutt'altro che rari, di dimissioni o mancata accettazione del vincitore di concorso.

[1] Si ricorda che la norma non è più in vigore.

[2] Conforme la Sezione regionale di controllo per la Toscana, Deliberazione n. 62/2018.