

***La stagione della stabilizzazione:  
un escamotage rispetto alle insufficienze normative.***

Angelina Maria Perrino – Giudice Tribunale di Napoli

**1. Fisionomia e requisiti.**

La breve stagione della stabilizzazione, alimentata dalle leggi finanziarie per il 2007 e per il 2008 è volta con ogni evidenza a tamponare l'incombente problema dei precari nel settore pubblico. Essa è stata talora contrassegnata da una certa approssimazione ed è da subito è divenuta protagonista delle aule giudiziarie.

Non si dubita che “le procedure di stabilizzazione del personale non hanno natura concorsuale pur potendo essere selettive, in quanto costituiscono una deroga della regola costituzionale del concorso pubblico, che può essere considerata legittima nei limiti in cui la valorizzazione della pregressa esperienza professionale non si traduca in norme di privilegio in danno degli altri candidati”<sup>1</sup>.

Ecco perché la giurisprudenza reiteratamente precisa, soprattutto con riguardo all'art. 1, 558° co., l. 296 del 2006, relativo alle stabilizzazioni degli enti locali, che “le nuove assunzioni, anche se realizzate nell'ambito di una procedura di stabilizzazione, non costituiscono un obbligo per le amministrazioni, bensì una facoltà che deve essere esercitata solo qualora ricorrano effettive esigenze funzionali dell'ente e nel rispetto dei principi generali in materia di programmazione del fabbisogno e di dotazione organica, ai sensi dell'art. 35, 4° comma, d.leg. n. 165/2001”<sup>2</sup>, specificando che, qualora l'amministrazione abbia deciso di esercitare tale facoltà, la discrezionalità è limitata all'individuazione

---

<sup>1</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2010, n. 4495, in *Giornale dir.amm.* 2010, 967.

<sup>2</sup> C.conti, sez. contr. reg. Sardegna, 25 maggio 2009, n. 16, in *Riv.corte conti* 2009, fasc. 3, 74.

del numero dei lavoratori da stabilizzare, ma non consente di aggiungere ulteriori requisiti di accesso non previsti dalla legge<sup>3</sup>.

Si aggiunge altresì che il previo esperimento della mobilità nei rapporti di lavoro pubblico è condizione di legittimità della indizione della procedura concorsuale ai sensi dell'art. 30, 2° co.*bis*, d.leg. n. 165/01, né costituisce deroga di questo principio la circostanza che le procedure concorsuali siano relative alla stabilizzazione dei precari, in quanto il ricorso alle procedure di stabilizzazione non può essere considerato prioritario rispetto all'attivazione della mobilità, che non riguarda una forma di assunzione di personale alle dipendenze della p.a., ma solo una cessione del contratto inerente a posizioni di lavoro già costituite<sup>4</sup>.

Ed è rigido anche il rispetto delle *esclusioni* dalla stabilizzazione di alcune categorie, al fine, forse, di contenerne gli effetti sulla tenuta della normativa del lavoro pubblico a termine.

Si considerino, quanto all'esclusione dei dirigenti, le due pronunce di incostituzionalità di norme adottate rispettivamente dalla regione Campania e dalla reg. Puglia<sup>5</sup>, che avevano previsto la stabilizzazione di personale dirigenziale medico e del riscontro nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui “la disposizione generale in tema di stabilizzazione del personale precario non è applicabile al personale dirigenziale, come si può ricavare dalla circolare n. 5/2008 del dipartimento della funzione pubblica, secondo cui “tanto nella legge finanziaria 2007 quanto in quella del 2008, non si applica la stabilizzazione al personale dirigente”<sup>6</sup>.

Su altro fronte, con riguardo alla necessità che il servizio non abbia natura obbligatoria, rileva la specificazione per cui “nel pubblico impiego le procedure di stabilizzazione sono uno strumento legislativo di natura eccezionale concepito per favorire l'occupazione stabile nel lavoro

---

<sup>3</sup> Trib. Firenze 4 febbraio 2010, in *Riv.critica dir.lav. privato e pubbl.* 2010, 448, con nota di A.Ranfagni; Trib. Genova 10 aprile 2009, in *Riv.critica dir.lav.* 2009, 1089, con nota di A.D.Conte.

<sup>4</sup> Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 3 novembre 2009, n. 810, *Giurisd.amm.* 2009, II, 1560.

<sup>5</sup> Corte cost. 14 luglio 2009, n. 215, in *Foro it.* 2009, I, 2931 e Corte cost. 29 aprile 2010, n. 150, in *Foro it.* 2010, I, 1991.

<sup>6</sup> Cons. Stato, sez. I, 21 ottobre 2009, n. 1689/08, in *Foro amm-Cons. Stato* 2009, 2400.

dipendente ed è rivolto a chi, per il tempo indicato dal legislatore, è stato precariamente alle dipendenze dell'amministrazione: ne consegue che tali procedure "...sono applicabili esclusivamente nei confronti di chi abbia prestato un servizio di carattere non obbligatorio e, quindi, non all'ufficiale di complemento la cui partecipazione a procedure di selezione per l'accesso non costituisce elemento idoneo a mutare la natura dell'attività di servizio, che rimane obbligatoria, e per questo insuscettibile di qualificazione in termini di rapporto di lavoro dipendente"<sup>7</sup>.

Quanto ai requisiti di accesso alla stabilizzazione, si è chiarito, in generale, che il requisito dei centoventi giorni di servizio previsto dall'art. 1, 519° comma, l. 296/06 si deve intendere maturato nel quinquennio precedente l'entrata in vigore della legge<sup>8</sup>; e, con specifico riferimento al corpo dei vigili del fuoco, si è ritenuta legittima l'esclusione dalle procedure di stabilizzazione promosse con bando che prevedeva come requisito di ammissione l'aver prestato servizio, alla data dell'1 gennaio 2007, per non meno di centoventi giorni in qualità di volontario nel corpo dei vigili del fuoco, disposta nei confronti dei volontari i quali, pur essendo titolari di tale requisito all'atto della presentazione della domanda, non avessero svolto i centoventi giorni di servizio entro il limite massimo del quinquennio antecedente alla di entrata in vigore della legge finanziaria del 2007, come stabilito dalla successiva legge finanziaria per il 2008, dotata di efficacia retroattiva.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha fatto leva sulla natura interpretativa dell'art. 3, co. 91, l. 244 del 2007, per affermarne l'incidenza sulle fasi chiuse delle procedure concorsuali in corso, rimarcando che il legislatore nazionale o regionale può emanare norme, interpretative o anche innovative dotate di efficacia retroattiva, purché la regola della retroattività risponda a criteri di ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri beni di rilevanza costituzionale, posto che il

---

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2181, *Foro amm-Cons. Stato* 2010, 830.

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2519, in *Giurisd.amm.* 2010, I, 594.

divieto di retroattività della legge riveste dignità costituzionale soltanto per la legge penale<sup>9</sup>.

Per altro verso, con riguardo ad alcune disposizioni di leggi regionali, si è affermato che “posto che l’ampio tenore dell’art. 81 l.reg. Campania 30 gennaio 2008, n. 1, che si riferisce, ai fini della stabilizzazione, genericamente al servizio prestato dal lavoratore anche in modo non continuativo, non consente di operare distinzioni in base ai motivi posti a base dell’assunzione ovvero all’originaria durata del contratto, va inserito nell’elenco contemplato dalla norma anche il lavoratore che maturi il triennio di servizio in virtù di contratti stipulati anteriormente al 29 settembre 2006”<sup>10</sup>.

## **2. Profili critici: le questioni di legittimità costituzionale.**

La normativa, anche nelle sue applicazioni adottate dalle leggi regionali ha con immediatezza presentato punti deboli, soprattutto sul fronte della legittimità costituzionale.

Le questioni di legittimità costituzionale coinvolgono due fronti:

b.1.- la previsione di un canale di accesso al lavoro pubblico diverso dal concorso;

b.2.- le previsioni di riserva di posti in favore dei lavoratori a termine con ogni probabilità contemplate dai concorsi o dalle procedure selettive.

*b.1.-* La tetragona tutela dell’art. 97 Cost. ha indotto la Consulta a cassare numerose norme di leggi regionali.

Rilevano, sul punto, con riguardo alla regione Puglia:

- Corte cost. 11 febbraio 2011, n. 42<sup>11</sup>, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, 40° co., l. reg. Puglia 31 dicembre 2007, n. 40, nella parte in cui, in deroga al principio del concorso pubblico, prevede che, in relazione al triennio 2008/2010, le aziende sanitarie e gli IRCCS

---

<sup>9</sup> Vedi Cons. Stato, VI sezione, 21 luglio 2010, n. 4791, in *Foro it.* 2010, III, 609; Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2519 e, da ultimo, Cons. Stato, ad.plen., 24 maggio 2011, n. 9.

<sup>10</sup> Trib. Salerno 8 aprile 2010, in *Foro it.* 2010, I, 1956.

<sup>11</sup> *Foro it.* 2011, I, 958.

pubblici, nel procedere a determinate condizioni alla stabilizzazione del personale del ruolo della dirigenza medico veterinaria, sanitaria, professionale, tecnica ed amministrativa con incarico a tempo determinato, non possano indire ovvero proseguire procedure concorsuali ovvero utilizzare le graduatorie dei concorsi già espletati per la copertura dei posti vacanti oggetto della stabilizzazione, in riferimento all'art. 97 Cost.;

- Corte cost. 3 marzo 2011, n. 68, la quale ha, tra l'altro, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 l.reg. Puglia n. 4 del 2010, in riferimento agli art. 3, 51, 81, 97, 117, nella parte in cui prevede la stabilizzazione di personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni senza fornire indicazioni circa la sussistenza dei requisiti per poter ammettere deroghe del principio del pubblico concorso, violando i limiti di spesa fissati per il personale sanitario dall'art. 2, comma 71, l. n. 191 del 2009 ed omettendo d'indicare in maniera credibile, sicura, non arbitraria o irrazionale, la copertura delle nuove spese derivanti dalla prevista stabilizzazione;

- Corte cost. 13 aprile 2011, n. 127, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 23 l. reg. Puglia 25 febbraio 2010, n. 5, nella parte in cui, in deroga del principio del concorso pubblico, prevede l'automatica stabilizzazione di tutti i lavoratori a termine dell'ente regionale interessato, sebbene sia previsto che gli stabilizzandi debbano essere stati assunti a termine previa selezione pubblica, essendo il riferimento a qualsiasi selezione pubblica troppo generico per procedere alla stabilizzazione senza concorso, in riferimento all'art. 97 Cost.;

- a chiudere il cerchio, è intervenuta Corte cost. 15 dicembre 2010, n. 354<sup>12</sup>, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 59, 3° co., l. reg. Puglia n. 14 del 2004, nella parte in cui fa salvi gli esiti di procedure per progressioni verticali interamente riservate a personale interno, bandite in applicazione di previgenti disposizioni legislative regionali, dichiarate incostituzionali da Corte cost. 23 luglio 2002, n. 373.

---

<sup>12</sup> *Foro it.* 2011, I, 1.

Coerenti con quest'impostazione sono altresì Corte cost. 29 aprile 2010, n. 149<sup>13</sup>, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 7 reg. Calabria 15 gennaio 2009, n. 1, nella parte in cui, in deroga del principio del concorso pubblico, dispone la stabilizzazione dei medici incaricati nell'emergenza sanitaria, che abbiano maturato almeno cinque anni in regime di convenzione, di cui almeno tre in regime di emergenza, previo mero giudizio d'idoneità e Corte cost. 7 luglio 2010, n. 235<sup>14</sup>, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, 2° e 3° comma, l.reg. Sardegna 7 agosto 2009, n. 3, nella parte in cui, in deroga del principio del concorso pubblico, autorizza l'amministrazione regionale a finanziare programmi pluriennali di stabilizzazione dei lavoratori precari delle amministrazioni locali, dettando disposizioni sulla realizzazione di questi programmi.

Pare, però, almeno in parte deflettere da questa posizione di tetragono rigore la reiterata declaratoria d'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 519, l. 296 del 2006, per il dedotto contrasto con gli art. 3 e 97 Cost. La declaratoria d'infondatezza è calibrata sull'esclusione che, ai fini dell'accesso alla stabilizzazione, possano essere significative le posizioni occupate nelle eventuali graduatorie di merito, dovendosi, invece, attribuire rilievo al mero dato del superamento di una qualsiasi prova selettiva, indipendentemente dalla posizione di vincitore di concorso o di idoneo<sup>15</sup>.

Con l'occasione, la Consulta ha aggiunto che la preferenza accordata ai vigili del fuoco volontari effettivamente utilizzati per almeno centoventi giorni negli ultimi cinque anni rispetto agli altri rimasti inattivi, seppure iscritti da più tempo negli appositi elenchi, soddisfa l'esigenza del legislatore di stabilizzare personale munito di comprovata ed aggiornata professionalità: "...proprio l'aver svolto attività lavorativa, per il periodo rilevante, nel quinquennio anteriore all'entrata in vigore della legge finanziaria 2007, è indice di capacità operative esercitate e collaudate, sì da rendere plausibilmente più affidabili e

---

<sup>13</sup> *Foro it.* 2010, I, 1992.

<sup>14</sup> *Foro it.* 2010, I, 2259.

<sup>15</sup> Corte cost. n. 303 del 2010; Corte cost., ord. n. 70 del 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 2319.

meritevoli i vigili del fuoco volontari concretamente impegnati in un passato piuttosto recente”. Argomento, questo, che sembra in linea di continuità con l’affermazione sempre della Corte costituzionale, secondo specifiche esigenze possono rendere “*non irragionevoli*” le deroghe disposte al principio del concorso<sup>16</sup>.

b.2.- Quanto alla riserva di posti, di recente la giurisprudenza amministrativa<sup>17</sup> ha reputato legittimo il bando di concorso, indetto per la copertura dei posti a tempo indeterminato, in attuazione delle disposizioni della legge finanziaria per il 2007, che preveda una significativa riserva in favore dei soggetti che abbiano svolto almeno dodici mesi di servizio a tempo determinato per la medesima amministrazione.

Al riguardo, la Corte costituzionale<sup>18</sup> ha ammonito che l’aver prestato attività lavorativa a tempo determinato alle dipendenze di una pubblica amministrazione non lavorativa a tempo determinato alle dipendenze di una pubblica amministrazione non lavorativa a tempo determinato alle dipendenze di una pubblica amministrazione non può essere considerato *ex se* ed in mancanza di altre particolari e straordinarie ragioni un valido presupposto per una riserva di posti. Nel caso esaminato dalla Corte costituzionale, peraltro, la normativa impugnata si riferiva a tutti coloro che avevano svolto una qualsiasi attività in favore dell’amministrazione nell’arco di un decennio. Non sembra invece incompatibile, proprio al fine di propiziare il buon andamento dell’amministrazione, secondo la giurisprudenza costituzionale, la previsione per legge di condizioni di accesso intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, risultando intollerabile con riferimento alla regola del pubblico concorso soltanto la riserva integrale dei posti disponibili in favore del personale interno<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Corte cost., ord. 4 dicembre 2002, n. 517, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Economia nazionale*, n. 1329; 4 luglio 1997, n. 228, *id.*, 1997, I, 3465.

<sup>17</sup> Tar Puglia, sez. II Lecce, 26 gennaio 2007, n. 177, cit.

<sup>18</sup> Corte cost. 26 maggio 2006, n. 205, in *Foro it.* 2006, I, 2275.

<sup>19</sup> Corte cost. 6 luglio 2004, n. 205, cit. Pare propendere senz’altro per l’illegittimità costituzionale delle norme sopra richiamate dalla legge finanziaria per il 2007 F.Pantano, *La c.d. “stabilizzazione” dei*

Il ministro per le riforme e le innovazioni nelle pubbliche amministrazioni non sembra tuttavia in linea con le indicazioni della Consulta, giacché con la direttiva 7/07 ha ammesso che la stabilizzazione è volta “...a sanare situazioni che si protraggono da lungo tempo che hanno disatteso le norme che regolano il sistema di provvista del personale nelle pubbliche amministrazioni...” ed ha giustificato l’inosservanza della regola che richiede prima del bando di concorsi per l’assunzione il previo esperimento delle procedure di mobilità e della procedura contemplata dall’art. 34*bis* del d.leg. n. 165 del 2001, “...trattandosi di assunzione riservata e non aperta...”.

### **3. Le questioni di giurisdizione.**

Sembra, invece, ormai definitivamente chiarito il profilo della ripartizione delle competenze giurisdizionali in tema di stabilizzazione.

Un punto fermo è stato fissato da un’ordinanza del 2010 delle sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>20</sup>, che hanno fatto il punto sulla giurisdizione in tema di procedure di stabilizzazione del personale non dirigenziale in servizio alle dipendenze di pubbliche amministrazioni a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della legge n. 296 del 2006 e che comunque sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge.

---

*lavoratori non a termine nella finanziaria 2007 ed il “buon andamento” della pubblica amministrazione, in Lavoro nelle p.a. 2007, 641.*

<sup>20</sup> Cass., sez.un., ord. 7 luglio 2010, n. 16041, in *Foro it.* 2010, I, 3641.

In termini, sulla giurisdizione del giudice ordinario, vedi Trib. Genova 10 aprile 2009, in *Riv.critica dir.lav.* 2009, 1089, con nota di conte; Tar Toscana, sez. II, 23 gennaio 2009, n. 88, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 339; Trib. Milano 19 luglio 2008, *ibid.*, n. 337; Tar Lazio, sez. II, 3 dicembre 2008, n. 10976, *ibid.*, n. 338; Tar Lazio, sez. III, 13 marzo 2008, n. 2304, *id.*, 2008, III, 229, con nota di A.M. Perrino.

Ha chiarito la Corte che:

- la deroga delle normali procedure di assunzione concerne il carattere di assunzione riservata, ma non il requisito del possesso del titolo di studio per l'accesso dall'esterno nelle singole qualifiche previsto dai sistemi di classificazione, né la regola dell'accesso mediante procedure selettive stabilita dall'art. 35 del d.leg. n. 165 del 2001;
- le amministrazioni, in conseguenza, non bandiscono concorsi, ma si limitano a dare avviso della procedura di stabilizzazione;
- la legge non conferisce all'amministrazione alcun potere di selezione, limitandosi a prevedere, nell'ipotesi in cui le domande siano superiori al numero di assunzioni a tempo indeterminato decise, la formazione di una graduatoria secondo l'ordine di priorità parimenti dal legislatore stabilito;
- la regolamentazione legislativa colloca dunque le controversie in questione nell'area del diritto all'assunzione, devolute come tali alla giurisdizione del giudice ordinario.

Con successiva ordinanza<sup>21</sup>, la Corte di Cassazione ha stabilito che spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sulla controversia concernente la stabilizzazione di lavoratori precari di un'azienda sanitaria locale aventi la qualifica di ausiliari socio-sanitari incaricati, nell'ipotesi in cui sia stato previsto dal bando l'espletamento di una selezione, destinata ad articolarsi in una valutazione dei titoli posseduti, in una prova attitudinale con attribuzione di punteggi e nella formazione della graduatoria finale di merito. Con l'occasione, si è ribadito che il processo di stabilizzazione s'identifica con una procedura concorsuale in senso proprio soltanto qualora l'amministrazione bandisca una selezione per individuare il personale da assumere, che non abbia già superato prove concorsuali; la giurisdizione amministrativa è stata ravvisata anche al cospetto della domanda diretta alla trasformazione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato per effetto della stabilizzazione del rapporto, in quanto gli enti sanitari sono stati abilitati a valutare la possibilità di procedere alla stabilizzazione, previa predisposizione delle adeguate garanzie di contenimento delle spese in

---

<sup>21</sup> Cass., sez.un., ord. 26 gennaio 2011, n.1 1778, in *Foro it.* 2011, I, 1416.

funzione di una riorganizzazione delle risorse disponibili, in relazione alle quali il lavoratore è titolare di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione<sup>22</sup>.

Coerentemente, è stata affermata<sup>23</sup> la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla domanda con la quale il lavoratore, assunto da un ente locale con contratto a tempo determinato, lamenta di essere stato escluso dalla procedura di stabilizzazione del personale temporaneo, imposta da una norma di legge (nella specie, l'art. 1, 519° co., l. 27 dicembre 2006, n. 296), in quanto con tale domanda il lavoratore non lamenta il vizio di una procedura concorsuale, bensì l'erronea applicazione di una legge, a nulla rilevando che il vizio fatto valere pertenga ad atti di organizzazione dell'ufficio.

Risponde ad analoga *ratio* l'affermazione<sup>24</sup> della giurisdizione del giudice ordinario la controversia nella quale si contestino, da parte di candidati non ammessi alle prove conclusive della procedura concorsuale per l'assunzione di dirigenti scolastici in quanto non utilmente collocati nella prima prova, i provvedimenti della pubblica amministrazione di ammissione con riserva di altri aspiranti allo svolgimento delle successive prove, adottati in esecuzione di un'ordinanza cautelare del Tar nonché quelli di stabilizzazione degli effetti di tale ammissione, disposta in automatica applicazione dell'art. 1, 619° comma, l. n. 296 del 2006: e ciò in quanto le conseguenti determinazioni della pubblica amministrazione in ordine all'individuazione dei vincitori, riguardando soltanto la gestione e non la formazione della graduatoria, in ottemperanza ai provvedimenti cautelari giudiziali ed alle disposizioni di legge, non pongono profili d'interesse legittimo.

Nei casi in cui la giurisdizione spetta al giudice ordinario, si è ulteriormente precisato, il giudice può ordinare di procedere alla stabilizzazione del posto di lavoro e condannare la pubblica

---

<sup>22</sup> Cass., sez.un., ord. 1 luglio 2010, n. 15648, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Sanitario e personale della sanità*, n. 27.

<sup>23</sup> Cass., sez.un., 15 settembre 2010, n. 19552, *id.*, Rep. 2010, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 305

<sup>24</sup> Cass., sez.un., ord. 11 settembre 2009, n. 19612, *id.*, Rep. 2010, voce *Concorso a pubblico impiego*, n. 18,

amministrazione ad assumere i ricorrenti, qualora i lavoratori siano in possesso dei requisiti e dei titoli previsti dalla legge, siano stati assunti a tempo determinato all'esito di una procedura selettiva e non vi sia contestazione circa la carenza di posti in organico<sup>25</sup>.

#### **4. La stabilizzazione degli extracomunitari.**

Un ulteriore fronte critico si è aperto con riguardo alla stabilizzazione degli extracomunitari.

Rileva da ultimo, sul punto, un'ordinanza del Tribunale di Milano<sup>26</sup> che, in esito ad un procedimento promosso ex art. 44 del d.leg. n. 286 del 1998, ha dichiarato la discriminatorietà della condotta dell'amministrazione, la quale aveva annoverato la cittadinanza italiana o comunitaria tra i requisiti richiesti per la stabilizzazione di lavoratori precari, ordinando la rimozione del requisito censurato.

In motivazione, l'ordinanza consapevolmente si è discostata dall'unico precedente noto della giurisprudenza di legittimità<sup>27</sup>, secondo cui, ai fini dell'accesso al pubblico impiego, in tutte le sue forme, il possesso della cittadinanza italiana costituisce, fatte salve le sole eccezioni previste dalla legge, un requisito necessario (nella specie, si è escluso che il principio di parità tra cittadini e stranieri extracomunitari, sancito dall'art. 2 del d.leg. 25 luglio 1998, n. 286, possa, al riguardo, configurare una eccezione).

La giurisprudenza di merito pare, invero, compattamente propendere per la tesi sostenuta dall'ordinanza da ultimo richiamata<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Trib. Voghera 11 giugno 2009, in *Riv.critica dir.lav.* 2009, 851.

<sup>26</sup> Trib. Milano, ord. 21 aprile 2011, in *Foro it.* 2011, I, 2177.

<sup>27</sup> Cass. 13 novembre 2006, n. 24170, *Foro it.* 2007, I, 61, con osservazioni di P.Passaglia.

<sup>28</sup> Vedi, al riguardo, Trib. Milano 1 agosto 2008, in *Riv. impiego dirigenza pubblica* 2008, fasc. 4, 73, con nota di N.M. Gabigliani e Trib. Milano 30 maggio 2008, in *Riv.critica dir.lav.* 2008, 729, secondo cui è illegittimo perché discriminatorio il comportamento della datrice di lavoro di esclusione dei lavoratori extracomunitari assunti con contratto a termine dalle procedure di stabilizzazione di cui all'art. 1, 565° co., l. 27 dicembre 2006, n. 296, cui *adde*, in dottrina, A.Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in AA.VV., *Stranieri e lavoro*, in *Lav.giur.* 2009, 501.

Conforme, con riferimento alla fase prodromica alla stabilizzazione, è l'opinione di chi<sup>29</sup> specifica che, in forza del principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazione di cui all'art. 2 del d.leg. 286/1998, nei casi in cui la pubblica amministrazione si serva delle forme contrattuali flessibili autorizzate dall'art. 36 del d.leg. 165/2001, al lavoratore straniero extracomunitario non è preclusa la partecipazione alla selezione pubblica.

Va, inoltre, segnalato che di recente, la Corte costituzionale<sup>30</sup> ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, 1° co., del d.leg. 165/2001, sollevata, in riferimento agli articoli 4 e 51 della Costituzione, dal Tribunale di Rimini, con ordinanza del 22 giugno 2010 “per la mancata sperimentazione da parte del rimettente di una (pur doverosa) interpretazione della norma impugnata che la ponga al riparo dai prospettati dubbi di legittimità costituzionale...”. Con tale pronuncia, la Consulta ha rimarcato la “...praticabilità in via teorica ..”, affermata dal medesimo Tribunale di Rimini, di una interpretazione dell'art. 38 conforme a Costituzione, in virtù della quale il lavoratore extracomunitario possa accedere a posti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, là dove la tesi restrittiva risulterebbe confinata alla citata sentenza di Cass. 24170 del 2006, “a quanto consta, allo stato isolata...”.

## **5. Le conseguenze della stabilizzazione.**

I profili dubbi della stabilizzazione, originati dalle ragioni della sua introduzione, si vanno riverberando anche sugli effetti da essa derivanti.

Si va imponendo all'attenzione, in particolare, il tema del riconoscimento, in caso di stabilizzazione, dell'anzianità pregressa relativa agli anni di lavoro a tempo determinato.

---

<sup>29</sup> App. Firenze 28 novembre 2008, in *Riv.critica dir.lav.* 2009, 311, con nota di Giovannelli

<sup>30</sup> Con ordinanza n. 139 del 15 aprile 2011.

Secondo un filone della giurisprudenza di merito, il riconoscimento di tale anzianità costituisce applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/Ce<sup>31</sup>.

In argomento, è di recente intervenuto il Consiglio di Stato<sup>32</sup>, che ci ha tenuto a precisare che la c.d. stabilizzazione non rappresenta una sanatoria di assunzioni a termine illegittime, giacché a tanto osterebbe la regola del divieto di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato stabilita per i lavoratori pubblici con rapporto contrattuale dall'art. 36 del d.leg. n. 165 del 2001.

La c.d. stabilizzazione, ha proseguito il Consiglio di Stato, non realizza la conversione vietata, ma si limita ad assumere il pregresso contratto a termine come titolo per l'assunzione a tempo indeterminato in deroga alle regole sul pubblico concorso. L'assunzione a tempo indeterminato acquisisce allora carattere di novità, che comporta l'azzeramento dell'anzianità pregressa maturata durante l'espletamento del rapporto precario.

Così risolto il tema della compatibilità col diritto interno, si è imposto al Consiglio di Stato il dubbio di compatibilità comunitaria dell'azzeramento dell'anzianità, al cospetto del tenore del comma 4 della clausola 4 dell'allegato alla direttiva 1999/70/CE, secondo cui “i criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive”. Di qui la rimessione della questione alla Corte di giustizia.

---

<sup>31</sup> Trib. Torino 5 dicembre 2009 e 9 novembre 2009, in *Riv.it.dir.lav.* 2010, II, 554, con nota di S.Foffano. In argomento, vedi anche Trib. Trani 19 aprile 2010, inedita a quanto consta, che, puntando sul principio generale di non discriminazione, ha disapplicato la normativa in tema di docenti alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione, nella parte in cui prevede un parziale riconoscimento, ai fini giuridici ed economici, del periodo di pre-ruolo. *Contra*, Trib. Roma, 20 gennaio 2011, inedita a quanto consta, che ha escluso la conservazione dell'anzianità pregressa, facendo anch'esso leva sulla novità del contratto di lavoro a tempo indeterminato instaurato per effetto della stabilizzazione, in relazione al quale, ha sostenuto, il pregresso contratto a termine funge da mero presupposto.

Vedi, inoltre, per l'applicazione del principio anche in riferimento ai precari non ancora stabilizzati, Trib. Pisa 13 luglio 2010, in *Riv.critica dir.lav.* 2011, 128 e Trib. Milano 27 gennaio 2011, *ibid.*, 136.

<sup>32</sup> Con ordinanza 13 maggio 2011, n. 1927, in *Foro it.* 2011, III, 302, relativa al lavoro pubblico non contrattualizzato.

La novità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato rispetto a quello precario aveva in precedenza, peraltro, indotto lo stesso Consiglio di Stato<sup>33</sup> ad escludere profili di violazione col diritto comunitario, prospettandosi, altrimenti, una discriminazione alla rovescia in danno del lavoratore a tempo indeterminato.

## **6. Recenti distorsioni in tema di stabilizzazione dei docenti.**

Degna di attenzione, in questo florilegio, è una recente decisione del Consiglio di Stato<sup>34</sup>.

Un gruppo di docenti supplenti, inserito nelle graduatorie ad esaurimento delle province di Enna e Catania, ha impugnato i decreti del Ministero dell'istruzione volti, da un lato, a determinare il contingente nazionale d'immissione in ruolo a norma dell'art. 1, comma 605, l. 296/2006 e, dall'altro, a stabilirne la distribuzione per province e regioni.

Con particolare riguardo al secondo profilo, i docenti hanno rimarcato l'incongruità delle decisioni adottate, rilevando, in via esemplificativa, che, nel caso di Brescia, pur essendovi una minore popolazione scolastica e quasi tutte le graduatorie dei precari già esaurite, la provincia ha ottenuto un contingente di immissioni in ruolo sensibilmente superiore a quello di Catania, provincia più affollata di studenti e ad alto tasso di precariato.

Il Consiglio di Stato, pur riconoscendo la legittimità del sottodimensionamento delle assunzioni rispetto alla programmazione del 2007, essendo tale riassorbimento subordinato ai necessari riscontri di bilancio, ha riconosciuto il difetto di istruttoria e di motivazione nella ripartizione del contingente di assunzioni tra le province meridionali e quelle del centro nord, rimarcando altresì il contegno inerte tenuto dall'amministrazione al cospetto delle reiterate richieste istruttorie dal Consiglio di Stato formulate nel corso del giudizio.

Non dubito, peraltro, che le novità non siano finite.

---

<sup>33</sup> Con la decisione 23 febbraio 2011, n. 1138.

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4286.