

Roma, 14 Aprile 2011

Prot. n. 42

Egregio Presidente
Silvio BERLUSCONI
Presidenza del Consiglio dei Ministri
Palazzo Chigi
Piazza Colonna 370
00187 Roma (RM)

Egr. Prof.
Renato BRUNETTA
Ministero per la Pubblica
Amministrazione e l'innovazione
Palazzo Vidoni
Cso Vittorio Emanuele II 116
00186 Roma (RM)

Ill. On.
Raffaele FITTO
Ministero per i Rapporti con le Regioni
e per la coesione territoriale
Via della Stamperia, 7
00187 Roma (RM)

Oggetto: Legge regionale del Lazio n. 1 del 13.3.2011 art. 23 "Utilizzo di personale dipendente delle società di partecipazione pubblica". Richiesta di giudizio di legittimità costituzionale.

Premessa

L'art. 23 della l. r. n. 1 del 13.3.2011 (pubblicata sul BURL n. 11 del 21.03.2011) ha modificato l'art. 5 "Accesso all'impiego regionale" della Legge regionale n.6 del 8.2.2002 "Disciplina del sistema organizzativo della Giunta e del Consiglio e disposizioni relative alla dirigenza ed al personale regionale", **introducendo una diversa ed ulteriore ipotesi**, rispetto a quelle precedentemente previste dalla disciplina normativa, **relativamente all'accesso agli impieghi nell'ente Regione**.

In particolare, accanto alle fattispecie già contenute nell'art. 5 l.r. 6/2002 cit. (sinteticamente: procedure selettive volte all'accertamento delle professionalità, avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento e chiamata numerica per i disabili) viene sancito che "**La Regione può utilizzare in posizione di comando o di distacco...: a) personale dipendente a tempo indeterminato delle amministrazioni pubbliche...b) personale dipendente a tempo indeterminato di società in cui la partecipazione pubblica non sia inferiore al 50,01 per cento; c) personale dipendente a tempo indeterminato di enti pubblici economici**".

In definitiva, quindi, è consentito alla Regione, in via generale e senza ulteriore limitazione che non sia quella della mera programmazione del fabbisogno, di utilizzare gli istituti del comando e del distacco, anche con riferimento al personale di società a partecipazione pubblica, per l'accesso all'impiego regionale.

Osservazioni

La generale possibilità riconosciuta alla Regione di utilizzare, in posizione di comando o di distacco, personale dipendente a tempo indeterminato di società in cui la partecipazione pubblica non sia inferiore al 50,01 per cento, e l'equiparazione di tale strumento agli altri già previsti nell'art. 5 l.r. n. 6/2002 cit. si configura quale previsione normativa palesemente viziata da incostituzionalità per le seguenti ragioni:

1. In primo luogo, si sottolinea la **lesione dei principi di buon andamento e imparzialità** nell'organizzazione e nell'attività della Pubblica Amministrazione, **espressi ex art. 97 Costituzione**.

La normativa denunciata pregiudica, infatti, l'efficienza della struttura organizzativa e delle modalità operative dell'ente, consentendo l'accesso all'impiego in Regione di personale non legittimato pienamente all'esercizio di funzioni amministrative per, almeno, due ordini di ragioni. Anzitutto, in via generale, l'unanime dottrina e giurisprudenza rilevano che soltanto "il collocamento in ruolo di un soggetto costituisce la modalità attraverso la quale si realizza l'inserimento stabile dell' impiegato in un posto della pianta organica di una pubblica amministrazione" (Cons. di Stato sez. V 6.7.2010 n. 4314 nonché, in termini, V. Corte cost. 6 luglio 2004 n.205); conseguentemente, solo tale istituto, e non già il comando o il distacco, legittima pienamente il funzionario a compiere attività giuridica (con effetti anche all'esterno o solo all'interno) in nome e per conto dell'ente nonché, assai rilevante, ad acquisire la funzione di responsabile del procedimento.

Sul punto, le formulazioni normative della legge 241/1990 e, soprattutto, del d.lgs. 163/2006 non consentono interpretazioni estensive: in particolare ex art. 10. c.5 d.lgs. 163/2006 "Il responsabile del procedimento deve essere un dipendente di ruolo".

Come rilevato recentemente, inoltre, si aggiunge che il personale di società in house, pur potendo partecipare alle Commissioni di gara, non acquisisce tout court la qualità di funzionario dell'ente: da ciò discende che "la figura del responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti...deve essere un dipendente di ruolo"(Tar Lazio Roma, II n. 2241 del 14.3.2011).

D'altro lato, si sottolinea che l'attuazione della norma comporta, per le società a partecipazione pubblica, l'obbligo *sine die* di mantenere un posto in organico a cui, di fatto, non corrisponderebbe una unità operativa in servizio, la quale sarebbe invece impiegata, sia pure con le forti limitazioni sopradescritte, presso la Regione.

Tale situazione determinerebbe a livello complessivo, quindi, notevoli disfunzioni amministrative e, presumibilmente, anche un **aggravamento della spesa pubblica e peggioramento delle finanze regionali con lesione dell'art. 81 Cost.**

2. In secondo luogo, si osserva che l'equiparazione giuridica delle varie modalità di accesso all'impiego in Regione **lede il principio di pubblico concorso ex artt. 97 e 51 Costituzione**.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale, in molteplici pronunce, ha sancito il principio secondo cui l'accesso ai pubblici impieghi debba avvenire con procedure concorsuali (*ex multis* recentemente ad es. Corte Cost. 293/2009 e, ancora più, Corte Cost. 195/2010 secondo cui "il concorso pubblico, quale «forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni», è necessario non soltanto nelle «ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, [ma anche...] nei casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio (ciò che comunque costituisce una «forma di reclutamento»)».

In particolare, come sottolineato, la possibilità di prevedere deroghe al principio di pubblico concorso deve essere "delimitata in modo rigoroso" (fra le più recenti, sentenze n. 100 e n. 9 del 2010). Simili deroghe possono infatti considerarsi legittime solo quando funzionali esse stesse alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle, Corte Cost. 195/2010); in caso contrario infatti la deroga si traduce in un privilegio a favore di categorie più o meno ampie di persone (Corte Cost. 205/2006).

Conseguentemente, equiparare sic et simpliciter la modalità di accesso agli impieghi regionali tramite concorso a quella attraverso il comando o il distacco da società a partecipazione pubblica

comporta un grave vulnus al principio generale di concorso pubblico, contenuto in Costituzione e ribadito dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

3. In terzo luogo si segnala la palese irragionevolezza e dunque, **violazione dell'articolo 3 della Costituzione**, della fattispecie normativa sotto molteplici profili:

a) in particolare si evidenzia anzitutto che è stata effettuata un'indebita equiparazione di due istituti i quali risultano essere nettamente distinti quanto a presupposti, modalità di svolgimento e ratio nell'ordinamento secondo l'interpretazione giurisprudenziale.

Come unanimemente rilevato in giurisprudenza, infatti, con il provvedimento di comando il pubblico dipendente viene chiamato a prestare servizio in un'amministrazione diversa da quella di appartenenza, mentre il distacco (istituto non formalizzato nel lavoro pubblico) consiste nell'assegnazione del lavoratore ad un ufficio diverso da quello di appartenenza allo scopo di far fronte ad esigenze temporanee o prodromico alla formalizzazione del trasferimento (Cons. Stato sez. V 29.9.2003 n. 5542).

b) Si sottolinea, ancora, che palesemente irragionevole è una previsione normativa che consenta il ricorso a detti istituti in modo generico, e non in casi specifici o eccezionali individuando, ad esempio, una soglia massima in termini percentuali sul fabbisogno di personale: la formulazione della normativa originaria appare chiara sul punto: "Il comando è disposto, per tempo determinato e in via eccezionale, per riconosciute esigenze di servizio o quando sia richiesta una speciale competenza" (art. 56 D.P.R. 3/1957; l'unanime interpretazione, sia in dottrina che in giurisprudenza, li reputa, appunto, strumenti eccezionali, e non già da adottare per fronteggiare i normali vuoti di organico: sul punto cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 1995, n. 271, secondo cui, in quanto eccezionali, devono essere nettamente distinti dal trasferimento e, in ogni caso, non viene meno nell'amministrazione di provenienza il posto in organico).

All'uopo si aggiunge che "il dipendente comandato (il distacco realizza addirittura una mera situazione di fatto) non viene inquadrato nell'amministrazione di destinazione e non ottiene qualifica o livello, che consenta un raffronto sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza (Corte Cost., ord.za 8 marzo 1993, n.2): ossia, l'interessato non va ad occupare un posto d'organico vacante che – costantemente – la giurisprudenza amministrativa ritiene condizione indefettibile per il riconoscimento di funzioni superiori, insieme al formale atto di preposizione adottato dal vertice competente (Cons. Stato sez. IV n. 1068 23.9.2009).

c) Infine, si evidenzia che secondo l'interpretazione dell'ARAN e del Ministero della Funzione Pubblica "non è consentito il passaggio diretto (ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs n. 165/2001) dei dipendenti di aziende private agli enti locali" (Parere 399-3C1).

Il passaggio da pubblico a privato è altresì oggi regolamentato in via esclusiva espressamente per i dirigenti (art. 23 bis D.Lgs 165/2001) e, conseguentemente, secondo la dottrina, deve intendersi escluso per le altre categorie.

Tale interpretazione trova conferma anche nella giurisprudenza secondo cui il comando tra pubbliche amministrazioni "descrive la situazione per cui il pubblico impiegato, titolare di un posto di ruolo presso una Pubblica amministrazione, viene assegnato a prestare servizio presso altra Amministrazione o ente pubblico e comporta, da un lato, l'obbligo di prestare servizio presso un ufficio od un ente diverso da quello di appartenenza e, dall'altro, la dispensa dagli obblighi di servizio verso l'Amministrazione di origine" (Cons. Stato, VI Sez., 19 ottobre 1976 n. 37 e recentemente Cons. Stato 6455 sez. IV sez. 2002).

In altri termini, la disciplina del comando (o del distacco) tra pubbliche amministrazioni, deve coinvolgere necessariamente soggetti pubblici tout court e non privati, quali sono in ogni caso da considerarsi le società partecipate.

4. In quarto luogo, si segnala la lesione delle competenze statali di legislazione esclusiva costituzionalmente sancite ex art. 117 Cost. (segnatamente la materia "ordinamento civile").

In particolare, la previsione normativa regionale in base a cui il personale di società partecipate possa accedere agli impieghi regionali senza alcuna limitazione, attraverso gli strumenti del

comando e distacco, confligge indubbiamente, come visto, con i caratteri funzionali relativi a detti istituti, sopra riportati al punto 3; in altri termini, la disposizione regionale individua una disciplina assolutamente differente rispetto a quella stabilita dalla normativa statale in materia. Orbene sul punto, è da ritenere che, come rilevato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, la disciplina giuridica generale degli istituti generali dell'impiego pubblico (tra cui, appunto, il comando ed il distacco), anche in ragione del processo di cd. "privatizzazione" intervenuto dagli anni novanta, sia di competenza statale, residuando alla Regione uno spazio di natura organizzativo pubblicistica (su tutte Corte Cost. 2 /2004 e Corte Cost. 233/2006).

Conclusioni

In conclusione, ai motivi sopra indicati si aggiunge altresì che, dall'analisi della normativa denunciata si prospettano, per il futuro, due diverse ipotesi egualmente pregiudizievoli per l'amministrazione regionale:

a) il comando ed il distacco del personale in servizio delle società a partecipazione pubblica sono finalizzati all'inserimento nei ruoli della Giunta Regionale di detto personale: in questo caso, vi sarebbe una palese violazione del principio di pubblico concorso, già indicata nel punto 2;

b) in caso contrario, vi sarebbe in ogni caso lesione del principio di buon andamento, oltre che irragionevolezza per le ragioni descritte.

In base a quanto sopra esposto si chiede la pronta instaurazione di un giudizio di legittimità costituzionale della normativa denunciata.

Il Segretario Generale
Dr. Stefano Biasoli

Stefano Biasoli

