

La pubblicizzazione per legge di fondazione solo formalmente privata richiede l'applicazione della regola del pubblico concorso per l'accesso al ruolo

di Sandro de Gotzen *

(in corso di pubblicazione in "le Regioni")

1. Premessa 2. La "Fondazione Toscana Gabriele Monasterio" come fondazione formalmente privata ma sostanzialmente pubblica. La pubblicizzazione legislativa esplicita. (Segue) Le possibili ragioni alla base della pubblicizzazione per legge regionale della Fondazione Monasterio 4. L'assenza di motivi di deroga al principio del pubblico concorso per l'accesso al ruolo nel servizio sanitario rispetto al personale assunto dalla fondazione formalmente privata senza procedura selettiva pubblica.

1. Premessa.

La vicenda relativa alla legge regionale della Toscana 85 del 29 dicembre 2009, che riconosce la precedente "Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e la sanità pubblica" come fondazione di diritto pubblico (o, comunque, come ente anche formalmente pubblico), conferma la regola che la privatizzazione formale di un ente o la costituzione di un ente formalmente privato, ma sostanzialmente pubblico, non esonera dall'applicazione della regola del pubblico concorso.

Considereremo la questione dal punto di vista della pubblicizzazione della Fondazione Monasterio, la quale, come vedremo, presentava caratteri sostanzialmente e marcatamente pubblicistici, pur se la legge regionale istitutiva la qualificava come fondazione di diritto privato. Si contesta la legittimità della norma della legge di "pubblicizzazione" dell'ente - art. 6 comma 2 l. r. Toscana 85/2009 - la quale prevedeva un concorso riservato per l'accertamento dell'idoneità e per il conseguente inquadramento nei ruoli del Servizio sanitario nazionale di personale assunto a tempo indeterminato senza procedura selettiva pubblica dalla Fondazione, quando essa veniva definita normativamente come "di diritto privato".

Una delle caratteristiche che motivano l'interesse per questa legge è costituita dal denso "Preambolo" nel quale si indicano le ragioni del rilievo pubblicistico dell'ente, per le quali, secondo la Regione, si "rende necessario un adeguamento della natura giuridica della stessa, riconoscendola come ente pubblico che partecipa a pieno titolo alle attività del servizio sanitario regionale" (punto 4 del "considerato" del Preambolo).

2. La "Fondazione Toscana Gabriele Monasterio" come fondazione formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica. La pubblicizzazione legislativa esplicita..

La Fondazione Monasterio è stata costituita con atto legislativo regionale (l.r. Toscana 21 giugno 2006, n. 25) come persona giuridica di diritto privato, ma già nello statuto, approvato con delibera del Consiglio regionale, si stabiliscono regole che mostrano una fondazione formalmente privata ma sostanzialmente pubblica: a) si stabilisce che la regione eserciti "funzioni di indirizzo e controllo" "analoghe a quelle che le competono nei confronti delle aziende sanitarie" e b) che per l'attività che svolge a favore del servizio sanitario regionale riceva "finanziamenti diretti".

Tale situazione organizzativa (che non muta nel momento della pubblicizzazione formale) fa sì che la Regione Toscana avverta la necessità di riconoscere a tale fondazione

personalità giuridica di diritto di diritto pubblico, come ente strumentale della Regione nell'ambito del servizio sanitario e della ricerca.

Si propone un modello di ente regionale di ricerca e cura, che collabora con le università e con le aziende ospedaliere - universitarie, oltre che con gli enti del servizio sanitario regionale, diversa dal modello dell'IRCCS, il quale soggiace a particolari controlli statali, sia trasformato o meno in "fondazione di diritto pubblico".

Non si avanzano dubbi, nella sentenza in commento, in merito alla competenza legislativa e amministrativa della Regione, derivante dalla autonomia organizzativa dell'ente Regione di costituire un ente sostanzialmente pubblico, ma formalmente privato, così come non si avanzano dubbi sulla legittimità dell'operazione di pubblicizzazione anche formale dell'ente da parte di legge regionale.

La legge regionale Toscana nel Preambolo da indicazione analitica dei requisiti (sostanzialistici) che giustificano la "pubblicizzazione" dell'ente.

Il rilievo pubblicistico della Fondazione Monasterio (Preambolo, punti 1 e 2 della l. r. 85/2009) secondo il legislatore regionale toscano viene individuato in una serie di rapporti organizzativi in cui la Fondazione è inserita e che la rendono partecipe delle attività del servizio sanitario regionale, con finanziamenti diretti impiegati per tale scopo.

Tali rapporti organizzativi consistono, in primo luogo, nella circostanza che essa svolge *un'attività di rilievo e di interesse pubblico* nel campo dell'assistenza sanitaria e di ricerca *nel contesto del servizio sanitario regionale* (punto 1 Preambolo l. r. 85/2009).

In secondo luogo essa riceve, per tale motivo, *finanziamenti diretti* da parte del servizio sanitario regionale (punto 1 del Preambolo).

In terzo luogo la Regione sulla Fondazione Monasterio "esercita funzioni di indirizzo e controllo analoghe a quelle che le competono nei confronti delle aziende sanitarie" (punto 2 del Preambolo).

In quarto luogo, la Fondazione Monasterio "è stata riconosciuta come presidio ospedaliero specialistico nell'ambito dell'area vasta nord ovest e in relazione ai rapporti convenzionali con le aziende sanitarie toscane, partecipando in tal modo alle attività del servizio sanitario regionale" (punto 3 del Preambolo).

Infine, si pone l'accento sul "rilievo pubblicistico degli scopi" alla Fondazione assegnati.

Le caratteristiche dell'originaria fondazione privata Monasterio, che sembrano integrare una pubblicità sostanziale per il diritto interno, fanno ritenere che essa possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico.

E' da negare, peraltro, che l'ente pubblico che consegue all'operazione di pubblicizzazione compiuta con legge regionale possa consistere in una vera fondazione, anche se di diritto pubblico, dato che non vi è richiamo al rispetto, almeno come norme di integrazione, della disciplina posta per le fondazioni di diritto comune e si fa riferimento alla disciplina tendenzialmente completa del servizio sanitario regionale.¹ Le fattispecie di fondazione legale in genere prevedono specifiche clausole che indicano la disciplina delle

¹ Non sembra che il legislatore regionale toscano, nel caso della "Fondazione Toscana Gabriele Monasterio" abbia lasciato spazio per una applicazione, sia pure residuale, della fondazione di diritto privato. L'art. 2 comma 2 l.r. Toscana 85/2009 dispone, infatti, che "Fatte salve le disposizioni previste dalla presente legge e dallo statuto della Fondazione, alla Fondazione si applicano le disposizioni della legge regionale 24 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale)". Ci trova in questo caso, a nostro avviso, di fronte ad un modello di ente pubblico che della fondazione porta solamente la denominazione, senza che sia ravvisabile alcun punto di contatto con la figura della fondazione. Di conseguenza, la pubblicizzazione della Fondazione Toscana Gabriele Monasterio, persona giuridica di diritto privato (già iscritta nel relativo registro) da origine ad un ente pubblico che potrebbe definirsi una pseudo-fondazione, istituto del quale conserva solo la denominazione. Si tratta probabilmente di non disperdere nei rapporti esterni i benefici che derivano dalla attività della estinta fondazione formalmente privata: si potrebbe parlare in modo tecnico di "tutela del marchio".

fondazioni di diritto comune come “disciplina residuale”, per le regole che non sono espressamente previste dalla disciplina speciale o singolare ²

3. (Segue) Le possibili ragioni alla base della pubblicizzazione per legge regionale della Fondazione Monasterio.

Le ragioni alla base della pubblicizzazione con legge regionale Toscana della Fondazione Monasterio, con l'esplicito riconoscimento dello *status* di ente pubblico – corrispondente alla sua natura sostanziale - sembrano la risultanza della necessità di mantenere con sicurezza le scelte organizzative della Regione Toscana in tema di sanità, a fronte di vari orientamenti comunitari e legislativi interni ed a recente giurisprudenza costituzionale.

La Fondazione Monasterio, come ente pubblico, rientra indiscutibilmente nell'ambito del potere di auto-organizzazione della Regione, evitandosi sicuramente alcune possibili difficoltà ricollegate al riconoscimento di personalità giuridica privata, che parrebbero, da un lato, comportare competenze statali derivanti da un'interpretazione ampia del concetto di “ordinamento civile” e, dall'altro lato, porre limiti alla possibilità dell'affidamento diretto di servizi ed al relativo finanziamento.

Si ricorda, in primo luogo, l'orientamento attuale della giurisprudenza costituzionale in merito alla configurazione dell'ambito dell' “ordinamento civile”, che resta di stretta competenza statale, in merito ai poteri di amministrazione sulle fondazioni bancarie, decidendo nel senso della spettanza allo Stato e non più alla Provincia autonoma di Bolzano di poteri di approvazione di modifiche statutarie (con un rovesciamento del precedente indirizzo) ³. L'argomentazione di questa decisione si incentra su di una interpretazione estensiva dell'ambito di competenza spettante allo Stato in materia di “ordinamento civile”: si argomenta che in quanto la fondazione bancaria ha personalità giuridica di diritto privato spettano allo Stato le competenze normative e, per il principio del parallelismo, spettano allo stesso anche le funzioni amministrative, già esplicitate in precedenza dalla Provincia autonoma.

Una struttura costituita con legge regionale, finanziata dalla fiscalità generale, collegata da relazioni organizzative stabili al servizio sanitario regionale, soggetta a poteri di indirizzo e controllo analoghi a quelli sulle aziende sanitarie, e non partecipata da privati, non sembrerebbe dovere essere assoggettata, per ottenere convenzioni e relativi finanziamenti, alla concorrenza con altre strutture sostanzialmente private, in quanto sostanzialmente pubblica nonostante l'attribuzione legislativa di personalità giuridica privata. Tuttavia, la mancanza di univoci punti di riferimento normativo con riguardo agli enti sostanzialmente pubblici, ma con personalità giuridica privata, che possono essere considerati come organismi di diritto pubblico, potrebbero essere alla base della sentita necessità di far rientrare la Fondazione Monasterio nello schema collaudato dell'ente pubblico per assicurare il mantenimento della strumentalità dell'ente, senza che entri in gioco il problema di tutela della concorrenza e le limitazioni dell'affidamento *in house* ⁴.

² S. DE GOTZEN, Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato, Milano, Giuffrè, (in corso di stampa 2011), cap. 5, par 4. La mancanza della possibilità di applicare alla fondazione anche pubblicistica, in via residuale la disciplina comune sulle fondazioni toglie ogni motivo per definire fondazione l'ente pubblico che risulta dalla trasformazione. Sulla fondazione di diritto pubblico si v. A. BARDUSCO, voce Fondazione di diritto pubblico, in Dig. Discipl. Pubbl, VI, 1991, p. 389 ss.

³ Si veda la sent. 438/2007, con nota di S. DE GOTZEN, La Corte costituzionale, mutando orientamento, dichiara la competenza statale per funzioni amministrative inerenti alle fondazioni bancarie, in Le Reg. 2008, p. 439 ss.

⁴ D. SORACE, Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione, Bologna, Il Mulino, 2010 (5 ed.), p. 161

La pubblicizzazione legislativa esplicita della Fondazione Monasterio rende indiscutibile la possibilità del finanziamento diretto da parte della Regione e la possibilità di concludere convenzioni con altre strutture del servizio sanitario regionale, assimilabili a quelle disciplinate dall'art. 15 della l. 241/1990, senza la necessità di ricorrere a procedimenti di gara ⁵.

4. L'assenza di motivi di deroga al principio del pubblico concorso per l'accesso al ruolo nel servizio sanitario rispetto al personale assunto dalla fondazione formalmente privata senza procedura selettiva pubblica.

La Corte esplicitamente statuisce che il concorso riservato previsto dall'art. 6 comma 2 della l.r. Toscana 85/2009 sembra solamente tutelare i soggetti precedentemente legati alla Fondazione Monasterio da un rapporto di diritto privato (anche a tempo indeterminato) e che ciò non integra i requisiti previsti dalla giurisprudenza costituzionale per ammettere la deroga al principio del pubblico concorso per l'accesso ad un rapporto di pubblico impiego (nel caso al ruolo nel servizio sanitario regionale).

Secondo la giurisprudenza costituzionale in commento possono essere previste deroghe al principio del pubblico concorso solamente quando siano "funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione" e "ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle" (sent. 52/2011, punto 2.1. in dir.). ⁶

La sent. 150 del 2010 (punto 3.1. in dir.) statuisce come "Occorrono particolari ragioni giustificatrici, ricollegabili alla peculiarità delle funzioni che il personale da reclutare è chiamato a svolgere, in particolare relativamente all'esigenza di consolidare specifiche esperienze professionali maturate all'interno dell'amministrazione e non acquisibili all'esterno, le quali facciano ritenere che la deroga al principio del concorso pubblico sia essa stessa funzionale alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione".

Il pubblico concorso è ritenuto necessario dalla giurisprudenza costituzionale "anche in caso di trasformazione di un rapporto contrattuale a tempo indeterminato in rapporto di ruolo" (sent. 52/2011, punto 2.1., che richiama in tal senso sent. 190/2005 e 205/2004). La norma impugnata, d'altra parte, afferma, come sottolinea la Corte, che il concorso riservato è "finalizzato ad accertare l'idoneità di coloro che sono stati assunti alle dipendenze della fondazione in assenza di una procedura selettiva", anche se il rapporto di impiego privato è a tempo indeterminato. Le argomentazioni della Regione Toscana secondo la quale il concorso riservato si giustifica con la necessità di evitare che "il personale adibito a medesimi compiti abbia formalmente posizioni non eguali" (sent.

⁵ P. CHIECO, in U. CARABELLI M. T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010, p. 268, in cui si sottolinea motivatamente come sia stata "progressivamente compressa la possibilità (e la convenienza) delle pp.aa. di procedere a privatizzazioni ed esternalizzazioni formali".

⁶ La dottrina mette in luce come "il sistema del concorso per l'accesso ai pubblici uffici viene fortemente finalizzato all'obiettivo del buon andamento", dato che garantisce la scelta del personale più preparato e adatto a ricoprire il ruolo nell'organizzazione pubblica: G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, CLUA edizioni, 1993, p. 66. ss; per un' ampia ricostruzione storico-istituzionale della regola del concorso nell'accesso ai pubblici uffici si v. C. PINELLI, *Commento all'art. 97 comma 3, in AA.VV., La pubblica amministrazione*, in *Commentario della Costituzione* Branca Pizzorusso, Bologna Roma, Zanichelli – Soc. Ed Foro Italiano, 1994, p. 320 ss. Sul concetto di concorso pubblico v. anche S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione. Lezioni magistrali* Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, p. 29 ss. pone in luce come "quando si parla di concorso, ci si riferisce ad una procedura alla quale possono accedere tutti coloro che siano in possesso dei requisiti obiettivi fissati in precedenza (quindi, con esclusione dei concorsi riservati e di quelli con posti riservati)", a pena di violare il principio di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici. La procedura amministrativa del concorso pubblico, per le modalità di composizione della commissione e della individuazione delle prove, deve rispettare il principio di imparzialità. Sul procedimento amministrativo concorsuale si v. per tutti da ultimo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011 (2 ed.) p. 213 ss

52/2011 punto 2 in fatto) ed è volto a tutelare parallelamente il principio di continuità⁷ dei servizi sanitari presupporrebbero che in caso di concorso riservato tutti i candidati debbano risultare in possesso dei requisiti. La sentenza in commento replica che, anche nel caso di procedura riservata, non tutti i soggetti in questione potrebbero risultare idonei a ricoprire il rapporto di ruolo nel servizio sanitario regionale.

Dato che, accanto alla regola del concorso pubblico se non vi sono i requisiti per una procedura riservata per l'accesso in ruolo, sussiste il limite del rispetto dell'organico dell'ente pubblico, anche la titolarità di un rapporto di lavoro di diritto privato a tempo indeterminato non garantisce la conservazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione (perlomeno quando venga bandito il concorso per il ruolo).

Se il pubblico concorso è pacificamente necessario, pur con questi limiti, per l'accesso al ruolo in un ente formalmente pubblico, ci si può interrogare sulla necessità di esso anche per enti formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici.

La sentenza Corte costituzionale n. 29/2006, infatti, nega la illegittimità costituzionale di normativa regionale, che impone a carico di società private a capitale interamente pubblico ed affidatarie di servizio pubblico il rispetto "delle procedure di evidenza pubblica ... per l'assunzione di personale dipendente", in quanto volta a dare attuazione all'art. 97 Cost., ricordando che, parallelamente, la giurisprudenza costituzionale, nella nota sent. 466/1993 "sulla base della distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale ... ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale interamente pubblico".

Sembrerebbe dunque che anche nel caso di un ente formalmente privato ma sostanzialmente pubblico, o nel caso di privatizzazione meramente formale, il legislatore possa derogare al principio del pubblico concorso solamente in presenza di requisiti eccezionali legati al rispetto del principio del buon andamento⁸; e che, nel silenzio del legislatore, spetti comunque all'interprete l'applicazione della regola pubblicistica del concorso.

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Trieste

⁷ V. C. LEONE, Il principio di continuità dell'azione amministrativa, Milano, Giuffrè, 2007, in partic. p. 50 ss.

⁸ La sent. Corte cost. 29 del 2006, punti 16 e 17 in dir. La Corte (punto 17 in dir.) chiarisce che la disposizione in esame che prescrive per le società solo formalmente privatizzate l'applicazione di "procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente" "non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici". Sul punto D. SORACE, Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione, Bologna, Il Mulino, 2007 (4 ed.), p. 246 ss. sembrerebbe ritenere che l'adozione di forme organizzative privatistiche, in presenza di privatizzazione solo formale non esima dall'applicazione della regola del pubblico concorso.