

Il requisito del pubblico concorso per enti anche formalmente o solo sostanzialmente pubblici. Pubblicizzazione giurisprudenziale e legislativa

di Sandro de Gotzen

(in corso di pubblicazione in "le Regioni", 2013)

1. La sentenza n. 226/2012 affronta la questione, sollevata in via principale, della legittimità di disposizioni legislative emanate dalla Regione Puglia che dispongono in tema di trasferimento del personale dell'ATO Puglia alla neocostituita Autorità idrica pugliese¹.

La norma impugnata sulla quale la Corte si pronunzia è l'art. 3, co. 1 l. r. 27/2011 Puglia (che ha sostituito il co. 1 l. r. 9/2011) il quale dispone che "Il personale dipendente già assunto mezzo delle procedure di cui all'art. 35 (Reclutamento del personale) del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) ovvero ai commi 90 e 94 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008) e in servizio a tempo indeterminato alla data del 1 gennaio 2010 presso ATO Puglia, è trasferito all'Autorità idrica pugliese, ai sensi e per gli effetti dell'art. 31 (Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimenti di attività) del decreto legislativo n. 165/2001".

La disposizione della l. r. Puglia prevede il trasferimento automatico del personale dall'ATO, che viene soppressa, alla Autorità idrica pugliese: le censure di illegittimità sono nel merito rigettate dalla Corte, che rileva come la legge regionale non preveda "l'assunzione di personale pubblico senza procedure di selezione pubblica", elemento che costituiva una delle premesse della contestazione di legittimità (accanto alla pretesa inapplicabilità alle AATO delle procedure di stabilizzazione di personale non di ruolo, in quanto il ricorrente, erroneamente, negava che esse fossero inquadrabili tra gli enti pubblici regionali e locali, ai sensi della legge 244/2007, art. 3 commi 90 e 94).

2. La censura consistente nel rilievo che la legge regionale Puglia prescindeva dalla procedura di selezione pubblica sembra derivare dalla circostanza che si individuano due "categorie" di personale già appartenente all'ATO Puglia: a) personale sin dall'origine assunto a tempo indeterminato (con procedura pubblicistica); b) personale solo successivamente stabilizzato a tempo indeterminato presso l'ATO Puglia, in applicazione dell'art. 3, commi 90 e 94 legge 244/2007.

1 Sulla soppressione degli AATO V. PARISIO, *Concurrence, régulation publique et service intégré de l'eau en Italie*, in ID. (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 129 ss, in partic. p. 133 ss. L'art. 2 comma 186-bis legge 191/2009 sopprime le AATO, conferendo alle Regioni il potere di attribuire con legge le funzioni già esercitate da dette autorità (sent. 226/2012 par 3.3.1 in dir.

Il ricorrente negava all'ATO la qualità di "ente locale", considerando non applicabile, di conseguenza, la procedura prevista per la stabilizzazione del personale prevista dalla legge statale, legge finanziaria per il 2008, che (anche) a tali enti era indirizzata. Di conseguenza, il ricorrente ricollegava la stabilizzazione del personale alla successiva legge regionale, 27/2011, art. 3, denunciando la mancanza di procedura selettiva, richiesta costantemente dalla giurisprudenza della Corte.

La sent.n. 226/2011 chiarisce che l'ATO Puglia, che è consorzio di enti locali, è da ricomprendere nella categoria delle "amministrazioni regionali e locali" alle quali si applica la procedura statale di stabilizzazione prevista dalla finanziaria 2008 sopra indicata. La l. r. impugnata non ha, dunque, secondo la ricostruzione della Corte, disposto alcuna stabilizzazione di personale non di ruolo, dato che la stabilizzazione precedentemente intervenuta è da ricondursi a norma statale.

Di conseguenza, statuisce la Corte, "l'automatico trasferimento all'Autorità idrica pugliese del personale in servizio a tempo indeterminato presso l'ATO Puglia" disposto dalla norma impugnata, risulta legittimo.

Si applica ad entrambe le "categorie"- personale assunto a tempo indeterminato e personale legittimamente stabilizzato – la regolamentazione di cui agli art 31 d.lgs. 165 e ne deriva che il "rapporto di lavoro continua" ai sensi dell' art. 2112 cod. civ. con l'Autorità idrica pugliese. Ne consegue che il personale a tempo indeterminato che transita all'Autorità idrica "«conserva» il proprio rapporto di lavoro con i correlativi diritti anche presso l'Autorità idrica pugliese, senza acquisire alcun vantaggio in termini di stabilità del posto di lavoro" e "Ciò vale anche per il personale a suo tempo stabilizzato". (par 3.3.2. in diritto)

3. La sent. 226/2012 mantiene l'orientamento, in merito alla necessità del pubblico concorso, manifestato in una recente decisione (sent. 52/2011) relativa al passaggio di personale dalla Fondazione Monasterio (con personalità di diritto privato legislativamente prevista, ma sostanzialmente pubblica) all'ente pubblico Fondazione Monasterio, derivante dalla pubblicizzazione della precedente Fondazione. La l. r. Toscana 85/2009 art. 6 comma 2 che prevedeva la pubblicizzazione, per il passaggio del personale al nuovo ente (anche) formalmente pubblico, aveva indicato la via del concorso riservato, incorrendo nella censura di illegittimità costituzionale per avere derogato, fuori dai casi ammessi dalla giurisprudenza costituzionale, nel rispetto di esigenze pubbliche, al principio del pubblico concorso ².

Nella fattispecie di cui alla sent. 226/2012 il caso si presenta diversamente, dato che, avendo impiegato correttamente la procedura statale di stabilizzazione del personale, prevista dall'art. 3 commi 90 e 94 della legge finanziaria per il 2008, la legge regionale di trasferimento del personale non deroga al principio della selezione pubblica, ma applica il

² Si rinvia in merito a S. DE GOTZEN, La pubblicizzazione per legge di fondazione solo formalmente privata richiede l'applicazione della regola del pubblico concorso per l'accesso al ruolo, in questa Rivista, 2011, p. 1282 ss.

meccanismo previsto dall'art. 31 d. lgs. 165. I dipendenti dell'ATO Puglia sono stati reclutati nel rispetto delle procedure pubblicistiche di selezione del personale, mentre così non è per i dipendenti della Fondazione Monasterio. Da questa diversità di fattispecie le conseguenze giuridiche diverse che ne sono derivate, nell'un caso la legittimità del passaggio automatico del personale, nell'altro l'illegittimità del concorso riservato.

4. La giurisprudenza costituzionale si è orientata da tempo a qualificare in senso pubblicistico soggetti costituiti in forma privatistica dal legislatore ma sostanzialmente pubblici per l'assetto proprietario e l'attività che le caratterizza, così evitando che essi si sottraggano agli obblighi propri degli enti pubblici³.

Già Corte cost. 466/1993 dichiarava che spetta alla Corte dei conti il potere di controllo di cui all'art. 12 della legge 259/1958 sulle società per azioni a capitale interamente pubblico derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici IRI, ENI, INA, ed ENEL; il controllo sarà "da esercitare, nelle forme e nei limiti in precedenza applicati, fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale di tali società".

Con specifico riferimento al nostro oggetto, il reclutamento di personale, Corte cost. 29/2006 considera non illegittima la legge regionale che prevede procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale da parte di società privata a capitale interamente pubblico⁴.

La decisione 52/2011 relativa alla Fondazione Monasterio, d'altra parte, ha riguardo ad un ente formalmente privato ma sostanzialmente pubblico, che viene successivamente

3

Si v. V. CERULLI IRELLI, Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, Giappichelli, 2011, p. 30 ss sui limiti costituzionali alla trasformazione legislativa delle organizzazioni private in pubbliche e viceversa; sul tema in precedenza ID., Diritto privato dell'amministrazione pubblica, Torino, Giappichelli, 2008, p. 14 s. M. CLARICH, Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato, in F. GUERRERA (a cura di), Le società a partecipazione pubblica, Torino, Giappichelli, 2010, p. 1 ss., in partic. 8 s. ove individua nella legislazione recente "profili di specialità "generale" introdotti con finalità "antielusive"", indicando la materia delle assunzioni di personale e le procedure ad evidenza pubblica; B. GAGLIARDI, La libera circolazione, cit., p. 183 nt 138 nota come nella storia recente le società controllate dagli enti locali sono state impiegate per assunzioni clientelari "specialmente per riallocare i "precari" che difettassero dei requisiti per accedere alle stabilizzazioni".

4

Sulla sent. 29/2006 si v. G SALA, La società <<pubblica>> locale tra diritto privato e diritto amministrativo, in V. DOMENICHELLI, La società <<pubblica>> tra diritto privato e diritto amministrativo (Atti del Convegno, Padova 8 giugno 2007), Padova, Cedam, p. 9 ss., in partic. p. 33 s.; D. SORACE, Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 246 ss. che sembra ritenere che una privatizzazione solo formale non esima dall'applicazione della regola del pubblico concorso.

pubblicizzato anche formalmente con legge regionale: anche per esso si devono rispettare le procedure di selezione pubblicistiche del personale che entra in ruolo.

Conferma la necessità del rispetto del concorso pubblico anche Corte cost. 68/2011, che censura l. r. Puglia 4/2010, art. 30, in quanto consentirebbe l'inquadramento in società, aziende od organismi della Regione, di dipendenti di imprese o società cooperative, in violazione del principio del pubblico concorso di cui all'art. 97 Cost.; tale normativa violerebbe anche la normativa statale (art. 18 d.l. 112/2008 e art. 19 d.l. 78/2009) che impone "forme di selezione pubblica del personale anche alle società pubbliche affidatarie di servizi, nonché l'adeguamento da parte di queste, alle misure di contenimento della spesa di personale fissate per le amministrazioni controllanti".

L'esenzione dalle forme di concorso pubblico, secondo la giurisprudenza costituzionale (v. sent. 150/2010, punto 3.1. in dir.) si ha solo per motivi di interesse pubblico: la Corte statuisce che «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».

5. Tale orientamento della giurisprudenza costituzionale trova conferma nelle indicazioni del legislatore statale in merito ai processi di pubblicizzazione delle società partecipate da Regioni ed enti locali⁵. Il legislatore statale ha previsto la pubblicizzazione delle società strumentali delle Regioni e degli enti locali (v. supra sent. n. 68/2011) per ciò che concerne il reclutamento del personale delle società pubbliche, con personalità formalmente di diritto privato; la provvista di personale viene sottoposta a procedure concorsuali (o para-concorsuali a seconda dell'ambito di operatività delle società), a garanzia non solamente di chi partecipa, ma anche dei terzi destinatari dell'attività societaria.

La disciplina che ha introdotto tale pubblicizzazione per ciò che riguarda il reclutamento del personale (art 18 d.l. 112/2008, integrato dall'art. 19 comma 1 d.l. 78/2009, conv. In legge 102/2009) distingueva a questo fine due categorie di società pubblica: a) società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica (che debbono con propri provvedimenti adottare criteri modalità di reclutamento che rispettino i principi di cui all'art.35 comma 3 d.lgs. 165/2001); b) società a partecipazione pubblica totale o di controllo (che debbono con propri provvedimenti fissare criteri e modalità per il reclutamento nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, anche di derivazione europea). Le stratificate normative in merito sono state criticate perché

⁵ Si v. in merito alla successione di normative nel settore dovuta anche all'abrogazione referendaria del 12-13 giugno 2011, ed alla legge 148/2011 che ha rimpiazzato l'art 23 bis del d.l. 112/2008, conv, in l. 133/2008, per tutti A. DE MICHELE, I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali, Istituz. Del federalismo, Quaderni, 2.2011, p. 69 ss. B. GAGLIARDI, La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso, Napoli, Jovene, 2012, in partic. p. 180 ss.

presentano aspetti di ambiguità, ciò che potrebbe esporre a responsabilità gli amministratori di enti solo formalmente privati per l'attività di provvista di personale ⁶.

Successive normative (dl. 1/2012, art. 25 comma 6, conv. In legge 27/2012) hanno di recente stabilito – precisando ed estendendo l'obbligo gravante sulla società a partecipazione pubblica che gestisce servizi pubblici locali di cui supra – che le società affidatarie in house debbano adeguarsi al principio del concorso pubblico nel reclutamento del personale e l'attribuzione di incarichi esterni ⁷. La stessa normativa ha disposto che le società in house debbono applicare, parallelamente, il codice dei contratti per l'acquisto di beni e servizi ⁸.

Si estendono, per disposizione legislativa espressa, al reclutamento del personale anche gli ulteriori limiti previsti per le amministrazioni controllanti, relativamente al patto di stabilità, con l'adeguamento alle misure di contenimento della spesa previste per le amministrazioni stesse ⁹. Si ha così un'altra disciplina che riunisce in sé moduli privatistici e moduli pubblicistici.

Si può osservare, dal confronto tra le diverse decisioni della Corte, che da esse emerge che la regola del pubblico concorso o comunque di una procedura di selezione pubblica per il reclutamento del personale debbono essere rispettate sia da parte di enti formalmente pubblici, sia da enti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici e che tali regole sono diretta attuazione dell'art. 97 Cost. Interessante è anche riscontrare che la pubblicizzazione della disciplina del reclutamento del personale da parte di enti (solo formalmente privati) dapprima di matrice giurisprudenziale, è stata successivamente legificata, con riguardo specifico alle società pubbliche¹⁰.

6

V. A. DE MICHELE, I processi di pubblicizzazione, cit., p. 74 ss. p. 81

7 D.l. 1/2012, art. 25 comma 6, conv. In legge 27/2012, che richiama la disciplina di cui all'art. 35 comma 3 d.lgs. 165/2001.

8

Si è notato come tale parallelismo si fonda su una comune ratio di tutela della concorrenza nell'ambito del mercato unico, B. GAGLIARDI, La libera circolazione cit, p. 182.

9

Si rinvia ancora a A. DE MICHELE, I processi di pubblicizzazione, cit., p. 81.

10

B. GAGLIARDI, La libera circolazione, cit., p. 183 rileva come “Nell’ordinamento italiano la previsione più recente sulle società in house ha superato la differenziazione tra tipi di società controllate e affermato per tutte l’obbligo di utilizzare le procedure concorsuali per l’assunzione del personale”.