

APPLICABILITÀ ALLE REGIONI E AGLI ENTI LOCALI DELLE NORME DEL D. LGS. N.150/2009 ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

dell'Avv. Fabio Falco

La sentenza della C. cost .n. 324/2010 afferma, in materia di mobilità e di conferimenti di incarichi dirigenziali all'esterno, l'applicabilità delle norme del d.lgs. n.165/2001 e s.m.i. alle regioni

Il d. lgs. n. 150/2009, all'art. 40 ed all'art. 49, ha portato rilevanti modifiche al d. lgs. n.165/2001, con particolare riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla PA di cui all'art. 19 ed alle c.d. procedure di mobilità volontaria di cui all'art. 30.

E' stato, in particolare, novellato l'art. 19, co. 6 del cit. testo normativo, prevedendo che il conferimento di incarichi dirigenziali, a personale non appartenente ai ruoli dell'amministrazione conferente, debba avvenire (i) con un "*provvedimento motivato*", (ii) a soggetti "*di particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione*" e (iii) nel rispetto di rigidi percentuali numeriche da calcolare con esclusivo riferimento ai ruoli della dirigenza.

E' stato, altresì, novellato l'art. 30, co. 1 sempre del citato d. lgs. n.165/2001, che ora impone alle amministrazioni pubbliche "*di rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta*".

In precedenti articoli pubblicati su questa rivista, si era già affermata la diretta applicabilità delle predette norme del d. lgs. n. 150/2009 alle regioni ed agli enti locali, stante la lettera del co. 6 *ter*, dell'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001 ai sensi del quale le disposizioni dell'art.19, co. 6 e co. 6 *bis*, si applicano anche alle regioni, alle province ed ai comuni, attraverso l'esplicito richiamo alle amministrazioni di cui al co. 2 dell'art.1 del medesimo d. lgs. n.165/2001; nonché, per ciò che concerne le procedure di mobilità, stante l'espresso disposto del co. 1 dell'art.30 del predetto testo normativo.

Sussistevano, tuttavia, anche a fronte del *dictum* del legislatore delegato, dei dubbi circa l'effettiva estensione della normativa statale agli enti locali, anche sul piano della legittimità costituzionale *sub specie*, in particolare, di violazione dell'autonomia organizzativa in materia di personale e uffici riconosciuta dall'art. 117, III e IV co., cost. alle regioni.

Sul punto è recentemente intervenuta la C. cost. che, con la sentenza n. 324 del 12.11.2010, ha espressamente affermato la legittimità costituzionale dell'art. 40 e dell'art. 49 del d. lgs. n. 150/2009 e, quindi, chiarito che le norme del d. lgs. n. 165/2001 sono direttamente applicabili alle regioni e agli enti locali, con le seguenti argomentazioni: "*l'art. 19, co. 6, del d. lgs. n.165/2001 contiene una pluralità di precetti relativi alla qualificazione professionale ed alle precedenti esperienze lavorative del soggetto esterno, alla durata massima dell'incarico (e, dunque, anche del relativo contratto di lavoro), etc. (...) Tale disciplina non riguarda, pertanto, né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scelta della modalità di costituzione di quel rapporto giuridico. Essa, valutata nel suo complesso, attiene ai requisiti soggettivi che debbono essere posseduti dal contraente privato, alla durata massima del rapporto, ad alcuni aspetti del regime economico e giuridico ed è pertanto riconducibile alla regolamentazione del particolare contratto che l'amministrazione stipula con il soggetto ad essa esterno cui conferisce l'incarico dirigenziale. Non sussiste, dunque, violazione degli artt. 117, coo. 3 e 4, e 119 cost., appunto perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pub-*

blica) o residuale regionale (organizzazione delle regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale".

Analoghe considerazioni svolge il Giudice delle leggi in ordine alle norme sulla mobilità che sarebbe anch'essa materia di "ordinamento civile" riservata alla competenza statale in quanto "l'istituto della mobilità volontaria altro non è che una fattispecie di cessione del contratto; a sua volta la cessione del contratto è un negozio tipico disciplinato dal codice civile (artt. 1406-1410). Si è pertanto in materia di diritto privato e gli oneri imposti alla PA dall'art. 49 d.lgs. n.150/2009 rispondono semplicemente alla necessità di rispettare l'art. 97 cost."

La sentenza della C. cost. n.324/2010 chiarisce che l'applicabilità delle norme del novellato d. lgs. n. 165/2001 agli enti locali deriva, oltre che dal dettato normativo, dalla circostanza che gli artt. 40 e 49 del d. lgs. n. 150/2009 sono espressione di legislazione statale esclusiva, afferendo "all'ordinamento civile".

Conseguentemente non può essere dedotta alcuna violazione delle prerogative costituzionali delle regioni, posto che il legislatore delegato, normando in una materia ove deve essere garantita sul piano nazionale un'unità sistemica di disciplina, ha come unico limite il rispetto della costituzione, nella specie non violata.

Per completezza va portata all'attenzione la recentissima sentenza del TAR Lazio, I ter, n. 38002 del 22.12.2010, che ha affermato che l'art. 30 del d. lgs. n. 165/2001, come novellato dal d. lgs. n.150/2009, si applica alle regioni non in quanto norma statale di competenza esclusiva afferente "all'ordinamento civile", quanto piuttosto come norma di principio in materia di competenza regionale concorrente (*rectius* residuale) cui, comunque, le regioni devono attenersi in quanto vertente su aspetti che necessitano una disciplina unitaria in tutte le amministrazioni pubbliche, sia statali che locali.

In ogni caso, quindi, ciò che è evidente, al di là della prospettiva usata e della qualificazione giuridica, è che il d. lgs. n. 165/2001,

novellato, si applica alle regioni ed agli enti locali ogni qual volta le norme che lo stesso detta necessitano, sul piano sistematico, di una applicazione unitaria in tutte le amministrazioni pubbliche.

A ben vedere, pertanto, la sentenza della C. cost. n. 324/2010, più che porre problemi in ordine dell'applicabilità agli enti locali delle norme sul conferimento all'esterno degli incarichi dirigenziali e sulla mobilità, intuibile *ex lege* e - come riportato già in precedenti articoli pubblicati su questa rivista - già affermata dalla migliore giurisprudenza del CdS (Sez. V n. 2800/2010), introduce un interessante profilo in ordine alla giurisdizione sulle controversie eventualmente inerenti le predette materie.

Infatti affermare che i conferimenti di incarichi dirigenziali all'esterno e la mobilità afferiscono all'ordinamento civile, cioè a materie appartenenti alla sfera del diritto privato anche per ciò che concerne "la stipula contratto", fa pensare che nella specie l'attività della pubblica amministrazione sia paritetica ed impinga esclusivamente su diritti soggettivi. Pertanto, pur nel limite del rispetto dei principi di cui all'art. 97 cost., l'amministrazione, che conferisce un incarico a soggetto esterno ovvero che applichi l'art. 30, co.1, d. lgs. n. 165/2001 novellato, opera *iure privatorum*, cioè sprovvista di quella particolare autoritatività pubblicistica che affievolisce in interesse legittimo il diritto soggettivo del privato alla corretta gestione del rapporto di lavoro, con conseguente giurisdizione del G.O., secondo l'ordinario criterio di riparto.

In altri termini, affermare che le predette materie sono di diritto privato anche per taluni aspetti della fase costitutiva (stipula del contratto), fa pensare che anche la scelta - di andare all'esterno ovvero di attuare la mobilità - non postuli l'esercizio di poteri amministrativi discrezionali ed autoritativi (il cui esercizio, producendo situazioni di interesse legittimo, comporterebbe la giurisdizione del G.A.), ma che la stessa scelta operi su un piano paritetico ove permangono diritti soggettivi del privato, tutelabili davanti al G.O..

Orbene, è chiaro che una siffatta interpretazione della sentenza n. 324/2010 si pone in contrasto con l'orientamento esistente della

giurisprudenza di legittimità secondo il quale la fase costitutiva del rapporto - cioè la scelta di andare all'esterno ovvero quella di attuare la mobilità (che seppure obbligatoria non è automatica) prima di indire un concorso - attiene ad un momento discrezionale ed autoritativo dell'*agere publicum*, essendo espressione di un potere funzionale di tipo organizzativo, cui si correlano, necessariamente, posizioni di interesse legittimo in capo ai privati coinvolti, la cui cognizione spetta al G.A. secondo l'ordinario criterio di riparto.

Per tale ragione assume rilievo l'orientamento espresso dalla citata sentenza del TAR Lazio, I *ter*, n.38002 del 22.12.2010, ove si afferma l'applicabilità alle regioni dell'art. 30 d. lgs. n. 165/2001 non già quale norma che attiene all'ordinamento civile, ma come principio fondamentale della residuale competen-

za legislativa regionale in materia di organizzazione di uffici e del personale.

Infatti tale interpretazione consente di non avere dubbi sull'esistenza del potere funzionale dell'amministrazione in tema di organizzazione degli uffici, che continuerebbe a giustificare pienamente (e coerentemente con la prevalente giurisprudenza), la giurisdizione del G.A. sulle controversie in materia di scelta discrezionale - di conferire un incarico a soggetto esterno ovvero di avviare le procedure di mobilità prima di indire un concorso in coerenza con gli ordinari principi del riparto, applicando i quali, sulle fasi costitutive del rapporto di lavoro tra privato e PA, la giurisprudenza ha sempre individuato l'espressione di un potere pubblico, che si estrinseca in procedure concorrenziali e che, pertanto, genera posizioni di interesse legittimo.

«.....GA.....»