Deliberazione n. 19/2020/PAR

REPUBBLICA ITALIANA

REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
Sezione Regionale di Controllo per la Liguria

composta dai seguenti magistrati:

Fabio VIOLA	Presidente
Donato CENTRONE	Consigliere
Claudio GUERRINI	Consigliere
Carmelina ADDESSO	Primo Referendario
Giovanni DALLA PRIA	Referendario (relatore)
Elisabetta CONTE	Referendario

nell'adunanza del 30 gennaio 2020 ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

- vista la nota, acquisita a prot. n. 000034 del 21/1/2020, con la quale il Presidente del Consiglio delle Autonomie locali ha trasmesso alla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria, la richiesta di parere formulata dal Comune di Sanremo (IM), ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131;
- vista l'ordinanza presidenziale n. 5/2020 che ha deferito la questione all'esame collegiale della Sezione;

- udito il magistrato relatore dott. Giovanni Dalla Pria;

FATTO

Con nota prot. n. 4 del 21/1/20120, acquisita al protocollo della Corte dei conti, Sezione Regionale di Controllo per la Liguria, ritualmente trasmessa dal Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria nei termini predetti, il Comune di Sanremo (IM) inoltrava istanza di parere ai sensi dell'art. 7, comma 8, L. 131/2003.

La richiesta di parere del Comune di Sanremo si articola in due quesiti.

Con il primo si chiede se "la disposizione di cui all'art. 31 D. Lgs. 165/2001 imponga, anche per la configurazione di un ramo d'azienda che di per sé dovrebbe garantire la necessaria funzionalità ed autonomia operativa, di effettuare il trasferimento del personale incardinato oppure renda tale trasferimento esclusivamente facoltativo". Con il secondo si chiede se "laddove si intenda come negativa la risposta al primo quesito (nel senso di non ritenere obbligatorio il trasferimento del personale) la disposizione possa essere applicata ricollocando e riassorbendo il personale originariamente incardinato nel ramo d'azienda trasferito presso l'Ente al fine di coprire specifici fabbisogni di risorse umane".

DIRITTO

Ammissibilità.

Il parere è da considerarsi ammissibile sotto il profilo soggettivo e procedurale perchè la relativa istanza proviene da un Ente Locale (*sub specie* il Comune di Sanremo), è stata sottoscritta dall'organo legittimato a rappresentare l'Amministrazione (il Sindaco) ed è stata ritualmente trasmessa per il tramite il Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria, nel rispetto delle formalità di rito

previste dall'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131 siccome esplicitate dalla Sezione Autonomie della Corte dei conti con atto del 27/4/2004, di seguito integrato con le deliberazioni n.5/AUT/2006 e n.9/SEZAUT/2009.

Il parere deve ritenersi ammissibile anche sotto il profilo oggettivo.

Al riguardo, le Sezioni Riunite della Corte dei conti, con Deliberazione 54/2010, richiamando il concetto di "contabilità pubblica" di cui al ridetto art. 7, comma 8, L. 131/2003, hanno precisato che la funzione consultiva deve svolgersi in ordine a quesiti che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica e in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'ente e sui pertinenti equilibri di bilancio.

Tale condizione ricorre in entrambi i quesiti della richiesta di parere.

Il primo quesito riguarda il passaggio del personale dall'ente pubblico al ramo d'azienda ceduto (esternalizzazione) e attiene alla "contabilità pubblica", nei termini suddetti, perché la *ratio* della esternalizzazione consiste nel perseguimento delle "*conseguenti economie di gestione*", nell'adozione *"delle necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica"* (art. 6 *bis*, comma 1, D. Lgs. 30/3/2001 n. 165) e nel "*trasferimento delle risorse umane (...) in misura adeguata alle funzioni esercitate"* dai soggetti destinatari dell'esternalizzazione medesima (art. 3, comma 30, L. 24/12/2007 n. 244). Nella medesima prospettiva, il ridetto art. 6 *bis*, comma 2, D. Lgs. 165/2001 stabilisce che "*Relativamente alla spesa per il personale e alle dotazioni organiche, le amministrazioni interessate ai processi di cui al presente articolo provvedono al congelamento dei posti e alla temporanea riduzione dei fondi della contrattazione, fermi restando i conseguenti processi di riduzione e di rideterminazione delle*

dotazioni organiche (…) nonché i conseguenti processi di riallocazione e di mobilità del personale".

Il secondo quesito riguarda l'inversa situazione del transito del personale dal soggetto privato o pubblico all'ente pubblico (riconducibile alla re-internalizzazione) e attiene alla "contabilità pubblica" perchè concerne la razionalizzazione dell'impiego delle risorse pubbliche (Corte conti, sez. controllo Valle d'Aosta, 10/2017/PAR; sez. controllo Liguria 55/2014/PAR), rilevante sotto il profilo del contenimento delle spese complessive per il personale e dei limiti alle capacità assunzionali (Corte conti, sez. controllo, Lombardia 310/2017/PAR).

In tale prospettiva, l'art. 19, comma 8, D. Lgs. 19/8/2016 n. 175 ("Testo unico in materia di società pubbliche") stabilisce che il riassorbimento (re-internalizzazione) deve avvenire "*nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale*" e può essere "*disposto solo nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili".*

L'interpretazione dell'art. 31 D. Lgs. 165/2001 rileva, allora, nei limiti di incidenza diretta sulla "contabilità pubblica", intesa come fase "discendente" del procedimento amministrativo (Sezione Autonomie della Corte dei conti 5/2006).

Peraltro, l'apporto consultivo della Corte dei conti dei conti deve intendersi in generale, anche per il caso di specie, come additivo dei parametri astratti e teorici della questione giuridica scrutinata.

In altri termini, detto apporto deve prescindere da valutazioni su atti, casi specifici o snodi fattuali che determinerebbero un'indebita ingerenza della Corte nella concreta attività dell'ente, convertendo impropriamente la funzione di controllo, di per sé neutrale e indipendente (donde l'ascrizione alla stessa delle

prerogative consultive), in una cogestione non consentita del procedimento, espressione di amministrazione attiva.

Merito.

L'amministrazione chiede, ai fini dell'art. 31 D. Lgs. 165/2001: 1) se sia obbligatorio o facoltativo il transito del personale al ramo d'azienda ceduto dall'ente pubblico (esternalizzazione); 2) se, in caso di non obbligatorietà del trasferimento del personale, sia possibile riassorbire il personale nell'organico dell'Ente pubblico (operazione riconducibile alla re-internalizzazione). La Sezione esamina distintamente le due questioni nei termini che seguono.

ESTERNALIZZAZIONE (primo quesito)**.** L'art. 31 D. Lgs. 165/2001 recita: "*Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, od altri soggetti pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'art. 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428".* A sua volta, l'art. 2112 c.c. ("mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda") enuncia il principio per cui "*in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano"* (comma 1).

L'art. 31 D. Lgs. 165/2001 stabilisce che le garanzie dell'art. 2112 c.c. si applicano "*al personale che passa*" ai soggetti pubblici o privati. Tale dicitura implica la non automaticità del transito. Al contrario, la relativa decisione è rimessa alla preventiva ponderazione dell'ente pubblico che individui di volta in volta il personale interessato alla cessione (cfr. Trib. Siena, ordinanza 6/3/2003): più precisamente, l'individuazione è frutto della discrezionalità

amministrativa e tecnica dell'ente pubblico, quale valutazione anche specialistica degli interessi implicati (cfr. Cons. St. 1910/2012), in conformità al principio costituzionale di equilibrio di bilancio, sostenibilità del debito pubblico e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97, commi 1 e 2, Cost.). Ove, poi, si pretenda il consenso al passaggio del personale ceduto (Trib. Siena, ordinanza 21/5/2003; *contra* Cass. civ. 15522/18 nel caso di passaggio a soggetti pubblici), tale consenso presuppone, in ogni caso, siffatta ponderazione dell'ente pubblico.

La discrezionalità amministrativa e tecnica, cui consegue la non automaticità del passaggio, è direttamente riconducibile alla *ratio* della esternalizzazione, consistente, come già enunciato, nel perseguimento delle "*conseguenti economie di gestione*", nell'adozione *"delle necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica"* (art. 6 *bis*, comma 1, D. Lgs. 165/2001) e nel "*trasferimento delle risorse umane (...) in misura adeguata alle funzioni esercitate"* dai soggetti destinatari dell'esternalizzazione medesima (art. 3, comma 30, L. 244/2007).

Cosicchè, il passaggio del personale costituisce, *in primis*, misura alternativa rispetto alle altre possibili opzioni, quali l'attivazione dei processi di mobilità, esterni ed interni, ovvero il collocamento a riposo d'ufficio delle unità che hanno raggiunto i requisiti di anzianità anagrafica e/o contributiva richiesti dalla legge, nell'ambito della discrezionalità riconosciuta alla pubblica amministrazione e finalizzata al conseguimento di economie di gestione e, comunque sia, al non incremento della spesa, nel primario rispetto delle esigenze di adeguatezza nei riguardi delle funzioni trasferite.

Quanto, poi, alla misura del trasferimento delle risorse umane, va evidenziato che, partendo dall'immediata applicabilità nell'ordimento interno della giurisprudenza comunitaria (Corte CEE 19/5/1992 in causa C-29/91; 14/9/2000 in causa C-343/98; 25/1/2001 in causa C-172/1999 in

applicazione della direttiva CEE del Consiglio n. 77/187 del 14/2/1977), l'art. 2112 c.c. è ritenuto applicabile al trasferimento d'impresa disposto con atto unilaterale della Pubblica Amministrazione (esternalizzazione), limitatamente all'ipotesi in cui i lavoratori interessati siano soggetti, all'atto di trasferimento, allo statuto di diritto comune del lavoro e non ad uno statuto di diritto pubblico (Cass. civ., sez. lavoro, 8/11/2004 n. 21248; 27/4/2004 n. 8054; 8/10/2007 n. 21023; 22/10/2007 n. 22067; 30/11/2009 n. 25235; 15/10/2010 n. 21278). Tale orientamento, rispettoso delle esigenze di tutela del personale interessato, riflette i tratti di funzionalizzazione del pubblico impiego, ora contrattualizzato, (artt. 28, 51, comma 1, 54, comma 2, 97, comma 4, Cost.), atteso che il processo di omogeneizzazione tra lavoro pubblico e privato incontra il limite "della specialità del rapporto e della esigenza di perseguimento dell'interesse generale" (Corte cost. 275/2001; *ex multis* Corte cost. 146/2008).

Peraltro, l'art. 31 D. Lgs. 165/2001 si applica senz'altro ai lavoratori pubblici quando questi transitino da un Ente locale ad un soggetto pubblico quale, ad esempio, l'azienda speciale, dato il rapporto di strumentalità di questa con l'Ente (Cass. civ. 15522/18) o il servizio idrico integrato, data la successione disposta dal legislatore ex art. 202, comma 6, D. Lgs. 152/2006 nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi propri del precedente titolare del servizio (Cass. civ. 16941/2018 *cit.*).

RE-INTERNALIZZAZIONE (secondo quesito). La giurisprudenza contabile stabilisce il principio per cui, in caso di re-internalizzazione (riassorbimento) presso un comune di servizi precedentemente affidati ad una società *in house*, il comune non può trasferire nei propri ruoli il personale assunto direttamente dalla società senza il ricorso a procedure pubbliche selettive. Anche in tal caso, infatti, l'ostacolo è rinvenuto nel necessario rispetto dei principi che regolano l'accesso al pubblico impiego (art. 97, comma 3, Cost.), mentre a diversa

conclusione non dirige l'art. 31 D. Lgs. 165/2001 che richiama l'applicazione dell'art. 2112 c.c. per il passaggio di dipendenti a seguito di trasferimento di attività, posto che, per orientamento consolidato, la norma si applica soltanto "a senso unico", vale a dire alle sole ipotesi di esternalizzazione dei servizi pubblici (*ut supra*) e non ai processi inversi di trasferimento di attività da soggetti privati a soggetti pubblici (Corte dei conti, Sez. Riun., Deliberazione n. 4/2012).

Tale principio è stato ribadito dalla giurisprudenza costituzionale (*ex multis* Corte cost. 7/2015; 227/2013; 167/2013; 6/2012) per cui l'art. 31 D. Lgs. 165/2001, laddove dispone esplicitamente l'applicazione dell'art. 2112 c.c. nell'ambito del lavoro pubblico, si riferisce al transito di funzioni e dipendenti da enti pubblici ad altri soggetti (pubblici o privati), non anche alla cessione di funzioni da parte di soggetti privati in favore di enti pubblici. In tali ipotesi, infatti, l'automatico trasferimento di lavoratori presuppone un passaggio di *status* - da dipendenti privati a dipendenti pubblici (ancorchè in regime di lavoro privatizzato) – che non può avvenire se non nel rispetto dei vincoli e dei principi imposti alle amministrazioni pubbliche nella fase di reclutamento del personale (cfr. *ex multis*, Cass. civ. n. 19925 del 23 luglio 2019; n. 3621 del 14 febbraio 2018 e n. 18190 del 5 luglio 2015), pena la nullità del contratto.

Siffatti principi sono stati recepiti dal legislatore all'art. 19, comma 8, D. Lgs. 19/8/2016 n. 175 ("Testo unico in materia di società pubbliche") per cui le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo in società, in caso di re-internalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, "*procedono (…) al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze dalla società interessata al processo di reinternalizzazione*". Il riassorbimento deve avvenire "*prima di poter effettuare nuove assunzioni*" mediante "*l'utilizzo di procedure di mobilità*"

di cui al D. Lgs. 165/2001, "*nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale*". Il riassorbimento può essere "*disposto solo nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili".*

La giurisprudenza contabile ha spiegato che la predetta disposizione, "nel regolamentare quanto in precedenza non trovava disciplina legislativa, vale a dire il percorso inverso di passaggio di personale dalle società in controllo pubblico alle pubbliche amministrazioni, in caso di reinternalizzazione delle funzioni o dei servizi prima loro affidati, afferma con chiarezza che i soggetti assorbibili sono solo quelli già dipendenti dalla pubblica amministrazione che ha esternalizzato, nonché da altre pubbliche amministrazioni, sicchè devono ritenersi esclusi coloro che sono stati assunti direttamente dalle società partecipate anche sulla base di una procedura selettiva, così conformandosi all'anzidetta interpretazione giurisprudenziale" (Corte dei conti, sez. controllo Valle d'Aosta, Deliberazione 10/2017/PAR).

Con ulteriore precisazione, che la Sezione condivide, la predetta giurisprudenza contabile stabilisce che "l'art. 31 d. lgs. n. 165/2001 – espressamente riferito al transito di funzioni e dipendenti da enti pubblici ad altri soggetti, pubblici o privati, e non anche alla cessione di funzioni di soggetti privati in favore di enti pubblici – non sembra poter essere applicato dal settore privato al settore pubblico (in senso stretto) in quanto ciò avverrebbe in violazione dell'art. 97 della Cost., che prevede l'accesso ai pubblici uffici attraverso il concorso pubblico, aggiungendo che il testo sulle partecipate, mediante il quale il legislatore si è occupato per la prima volta, riguardo alle questioni afferenti il personale, del tema delle reinternalizzazioni, consente esclusivamente il riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della

società interessata dal processo di reinternalizzazione" (in senso conforme anche Corte conti, sez. controllo Lombardia 310/2017/PAR; cfr. Corte cost., ordinanza 209/2015).

In conclusione, la Sezione esprime il parere nei seguenti termini:

1) in ordine al primo quesito, premesso che l'art. 31 D. Lgs. 165/2001 si applica alla esternalizzazione nei termini sopra indicati, il passaggio del personale non è automatico ma consegue alla preventiva ponderazione dell'ente pubblico che individui, di volta in volta, le misure da attivare tra le diverse opzioni disponibili e le unità di personale interessate alla cessione. Tale ponderazione deve essere effettuata tenendo conto, nell'ambito della primaria necessità di assicurare un efficace ed efficiente svolgimento della funzione trasferita, delle esigenze di conseguire economie di gestione e, comunque sia, di non incrementare la spesa, nonché di tutela delle unità coinvolte.
2) in ordine al secondo quesito, il medesimo art. 31 D. Lgs. 165/2001 non si applica all'inverso caso della re-internalizzazione, ossia alla cessione di funzioni di soggetti privati in favore di soggetti pubblici, in considerazione dei vincoli e dei principi imposti dall'ordinamento per l'accesso ai ruoli della Pubblica Amministrazione ex art. 97, comma 3, Cost.

. **P.Q.M.**

la Sezione rende il parere nei termini di cui in motivazione.

Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del preposto alla segreteria, al Sindaco del Comune di Sanremo (IM).

Così deciso in Genova, nella camera di consiglio del 30 gennaio 2020.

Il Magistrato estensore Il Presidente

Giovanni Dalla Pria Fabio Viola

Depositato in segreteria il 14 febbraio 2020
Il funzionario preposto
(Antonella Sfettina)