

Regione siciliana

**Ufficio legislativo e legale**Via Caltanissetta 2/e (Palazzo Florio)
90100 - Palermo - Tf. 091 6964806M
e
n
u

Pos. 1

Prot. N. /48.08.11

Oggetto: Impiego pubblico. Impiegato enti locali. Mobilità volontaria.

Allegati n.....

ASSESSORATO REGIONALE DELLA FAMIGLIA, DELLE POLITICHE SOCIALI,
E DELLE AUTONOMIE LOCALI.Dipartimento regionale della famiglia, delle politiche sociali e delle autonomie
locali.PALERMO

1. Con la nota suindicata codesto Dipartimento chiede allo Scrivente di esprimersi in merito alla normativa che regola la mobilità volontaria di personale tra enti locali diversi.

Il Dipartimento richiedente riferisce che nei confronti di un comune è stato disposto un intervento ispettivo che ha accertato molteplici illegittimità negli atti posti in essere; riferisce, altresì, che il medesimo Dipartimento ha debitamente contestato le illegittimità ed invitato il Comune in discorso "a procedere, in autotutela, al riesame degli atti..."

Tra le illegittimità riscontrate nel corso dell'ispezione viene segnalato il passaggio, a seguito di richiesta di mobilità volontaria da altro Comune, di un dipendente di categoria D1 al quale, contestualmente all'assunzione è stato affidato il comando del servizio della Polizia municipale.

Codesto Dipartimento, supportato dalle conclusioni cui è addivenuto l'ispettore incaricato, evidenzia l'irregolarità della detta assunzione.

In primo luogo, secondo lo stesso Dipartimento, l'Ente non ha valutato le istanze di mobilità precedentemente presentate da altri soggetti.

In secondo luogo, ritiene che siano state violate talune disposizioni del regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi dell'Ente locale e rileva che il soggetto in parola non risulta in possesso del titolo di diploma di laurea in giurisprudenza, richiesto per l'affidamento dell'incarico sopracitato.

Nel segnalare che il dipendente di cui è questione ha opposto al Comune l'omologa situazione di un'altra dipendente, codesto Dipartimento avverte che l'Ente medesimo, sempre con riferimento alla deliberazione (della precedente amministrazione) relativa al passaggio del dipendente, ha ravvisato la mancata applicazione dell'art. 34 bis del D.Lgs. 165/2001 e ha chiesto di esprimersi in merito all'eventuale insanabile nullità dell'assunzione effettuata in mancanza della comunicazione finalizzata alla prioritaria assegnazione di personale in disponibilità.

Sulle problematiche appena esposte, codesto Dipartimento è dell'avviso che, "oltre alle violazioni dei Regolamenti comunali sia stata violata la disposizione dell'art. 33 del D.Lgs. 29/93 nel testo sostituito dall'art. 18 del D.Lgs. 80/98...."

Ritiene, altresì, ravvisabile "la violazione dell'art. 34 bis del D.Lgs. 30.3.2001, n. 165 introdotto dall'art. 7 della legge 16.1.2003, n. 3" ma non può mancare di riferire che "gli indirizzi operativi per la tenuta e la gestione degli elenchi del personale collocato in disponibilità ai sensi del sopracitato art. 34 bis sono contenuti nella circolare dell'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione del 24 giugno 2004, n. 45 pubblicata nella G.U.R.S. n. 29 del 9.7.2004".

Pertanto, mentre ipotizza che per le istanze accolte in data successiva alla pubblicazione della predetta circolare l'ente avrebbe dovuto osservare quanto prescritto dall'art. 34 bis, "...per il periodo antecedente al 10.7.2004 appare dubbia la comminatoria della sanzione della nullità di diritto ex art. 34 bis, comma quinto, del D.Lgs. 30.3.2001, n. 165."

Sulle questioni fin qui esposte codesto Dipartimento chiede il parere dello Scrivente Ufficio.

2. In via generale, si premette che in base al noto principio *tempus regit actum* la questione posta va esaminata in base alla normativa vigente al momento del passaggio diretto del dipendente in questione e quindi (per quanto risulta nella richiesta cui si risponde e nella documentazione allegata) in base alla normativa vigente al giugno 2003.

Ed infatti, l'art. 30 del D.Lgs. 165/2001 così disponeva: "1. Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. Il trasferimento è disposto previo consenso dell'amministrazione di appartenenza.

2. I contratti collettivi nazionali possono definire le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dal comma 1."

In merito alla disciplina appena riportata va osservato, preliminarmente, che la stessa è concepita per soddisfare, in modo alternativo alla selezione pubblica (oggi obbligatoriamente prioritaria), l'esigenza dell'amministrazione ricevente di coprire celermente e con personale già qualificato le carenze di organico esistenti a condizione che l'amministrazione di appartenenza possa privarsi della prestazione lavorativa del dipendente che intende trasferirsi.

Si tratta, in sostanza di un accordo trilaterale o, più propriamente, della cessione del contratto di lavoro, come l'art. 16 della legge 246/2005, nel modificare l'art. 30 del D.Lgs. 165/2001, l'ha successivamente qualificato,

offrendo (atteso il mantenimento della precedente formulazione della rubrica), un utile elemento per la interpretazione dell'espressione atecnica "passaggio diretto" anche per il passato.

I presupposti fondamentali previsti dalla disposizione riportata (sostanzialmente immutati nella vigente formulazione) per l'applicazione della mobilità sono di carattere estremamente generale.

Oltre al consenso dell'amministrazione cedente e l'esistenza di un posto vacante da coprire presso l'amministrazione ricevente è necessario che il lavoratore sia in possesso di un profilo e di una categoria corrispondente a quelle del posto e che manifesti la positiva volontà al trasferimento, elemento indispensabile per la conclusione dell'accordo.

La procedura in discorso, attivabile su istanza dello stesso lavoratore ovvero su iniziativa dell'amministrazione di "arrivo", può essere rivolta, in base alla disponibilità del posto, ad altra amministrazione dello stesso comparto o di comparto diverso ed essere finalizzata al passaggio anche di un determinato lavoratore ovvero, a cura della stessa amministrazione "ricevente", può essere attivata una vera e propria procedura ad evidenza pubblica.

Il comma 2 del previgente art. 30 prevedeva altresì (e lo prevede tuttora) la possibilità di definire attraverso la contrattazione collettiva le procedure e i criteri generali per l'attuazione del passaggio diretto del personale tra amministrazioni, disciplinato al comma 1.

L'intervento del contratto, quindi, pur essendo promosso dal Legislatore, non risultava (e non risulta) obbligatorio e il passaggio diretto di personale poteva conseguentemente avvenire con i previsti margini di discrezionalità da parte della P.A., secondo una certa libertà di forma.

Ora, non vi è dubbio che sarebbe stato auspicabile che la totalità degli enti locali siciliani, nell'ambito della garantita autonomia, avesse dato piena attuazione al disposto dell'art. 30 del D.Lgs. 165/2001 predeterminando, con atto regolamentare, i criteri e le priorità cui attenersi per la copertura dei posti destinati all'accesso dall'esterno con procedura di mobilità, e stabilendo, in via preventiva ed a garanzia dei principi di imparzialità nell'azione amministrativa, i requisiti richiesti, i punteggi da attribuire, le procedure cui attenersi nelle ipotesi della presentazione di più richieste per il medesimo posto disponibile ecc.. Non vi è altrettanto dubbio però, che un singolo ente, nel rispetto dei generali principi che governano l'azione amministrativa potesse, come soprariferito, applicare la normativa anche in assenza di specifica ed attuativa disciplina locale.

Ebbene, da quanto risulta dalla richiesta e dalla lettura degli articoli del regolamento comunale sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, trasmessi via fax da codesto Dipartimento, il Comune di cui è questione (a parte il terzo comma dell'art. 75 del regolamento citato che, con laconica e pleonastica espressione, dispone l'applicabilità dell'art. 30 del D.Lgs. 165/2001) non sembra che abbia disciplinato in modo specifico le procedure da osservare per la copertura di posti vacanti attraverso la mobilità volontaria ne' che abbia predeterminato i criteri da seguire alla stregua dei quali valutare il comportamento dell'ente.

Ne' sembra, altresì, che alcuno dei soggetti interessati, che si riferisce richiedenti di analoghi "passaggi diretti" e che risulterebbero ingiustamente pretermessi, abbiano fatto valere in giudizio il proprio interesse legittimo alla valutazione dell'istanza ovvero abbiano denunciato eventuali abusi o discriminazioni.

Conseguentemente, con riferimento al quesito relativo alla mancata valutazione delle istanze di altri soggetti per il posto poi attribuito al dipendente di cui è questione, non pare che da quanto riferito dal richiedente

Dipartimento (e, invero, dalla relazione ispettiva allegata alla richiesta) emergano elementi palesi per ritenere che il Comune abbia illegittimamente escluso altri soggetti ed attribuito altrettanto illegittimamente il posto vacante.

Resta inteso che il Comune, ove ritenga (in base a circostanze che lo Scrivente non ha modo di apprezzare) il provvedimento comunque illegittimo, possa annullare d'ufficio quest'ultimo ai sensi dell'art. 21 nonies della legge 241/1990 e successive modificazioni.

Quanto al quesito relativo alla assenza del possesso del titolo di studio della laurea in giurisprudenza, il quesito non appare, invero, chiaro.

Come risulta anche dalla tabella (trasmessa dal richiedente Dipartimento) relativa all'organico della posizione organizzativa inerente le funzioni di polizia municipale, non vi è dubbio che il detto titolo di studio sia richiesto per l'accesso dall'esterno, tramite pubblico concorso, al posto di istruttore direttivo di vigilanza.

Il problema rappresentato sembra, però, che verta sulla legittimità dell'affidamento dell'incarico della responsabilità di una posizione organizzativa a personale interno (ancorché a seguito di passaggio diretto da altra amministrazione dello stesso comparto) appartenente alla categoria D ma non in possesso della laurea in giurisprudenza o laurea equipollente.

Prendendo in considerazione la questione nei termini sopra accennati, lo Scrivente esprime alcune considerazioni generali.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 109 del D.Lgs. 267/2000 (non modificato) gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia.

Il comma 2 del precitato art. 109 dispone testualmente: "Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione."

Sicché, il comune privo di posizioni dirigenziali ben può affidare la responsabilità della struttura in cui è incardinato il servizio di polizia municipale ad un dipendente appartenente alla categoria D anche non in possesso di laurea (Cfr. anche art. 8 del CCNL del personale del comparto Regioni Autonomie locali per il biennio economico 1.1.2000 - 31.12.2001).

E, d'altra parte, nel caso di specie lo stesso Comune di cui è questione, in base al sistema ordinamentale autonomamente definito con il regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi, ha previsto la possibilità di attribuire la responsabilità di posizioni organizzative a personale appartenente a categoria non inferiore a D (vedi terzo comma dell'art. 20 del regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi) che, da quanto risulta nella richiesta, sembra essere la categoria cui appartiene il dipendente che ha dato luogo alla questione posta.

Resta fermo che nel caso di responsabilità del servizio della polizia municipale non può prescindersi dal possesso dello *status* di agente di p.s. (Cfr. art. 5 della l.65/86 come introdotta dalla l.r. 17/1990).

Per quanto riguarda l'ultimo quesito, relativo alla mancata applicazione dell'art. 34 bis del D.Lgs. 165/2001 ed alle conseguenze della mancata

comunicazione finalizzata alla prioritaria assegnazione di personale in disponibilità, va riferito quanto segue.

L'art. 34 bis (per quanto qui interessa, nel testo introdotto dall'art. 7 della legge 3/2003), che assume una valenza generale nell'ambito delle procedure di assunzione da rispettare a pena di nullità di diritto, persegue la finalità di agevolare la "ricollocazione" del personale posto in disponibilità ai sensi degli articoli 33 e 34 del d.lgs.n.165/2001 o in forza di specifiche disposizioni legislative nonché del personale coinvolto da processi di mobilità collettiva.

Per effetto di tale disposizione viene, infatti, creato un collegamento tra le esigenze di assunzione delle amministrazioni e il riassorbimento del personale che si trovi in situazione di eccedenza.

A tale scopo, sono introdotti degli obblighi di comunicazione preventivi rispetto all'attivazione delle procedure concorsuali, in modo da assicurare l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e reclutamento. L'articolo 34-bis è quindi finalizzato, esclusivamente, ad evitare che nuova provvista di personale possa essere introdotta nella pubblica amministrazione se già esistano in posizione di disponibilità o di mobilità dipendenti pubblici con uguali o equivalenti livelli, funzioni e specifiche idoneità.

La comunicazione non può, dunque, essere necessaria quando, come nel caso di specie, l'amministrazione intenda ricoprire il posto vacante mediante una procedura di mobilità volontaria che non comporta immissione di nuove risorse nell'organizzazione amministrativa e non determina aumenti di spesa a livello generale del pubblico impiego (Cfr. Circolare 17 marzo 2003 n. 1440/9/SP del Dipartimento della funzione pubblica).

Non può, conseguentemente, condividersi l'avviso di codesto Dipartimento circa l'obbligatoria applicazione della comunicazione ex art. 34 bis al caso del passaggio del dipendente di cui è questione e non appare ipotizzabile, in assoluto, la soluzione prospettata dallo stesso Dipartimento circa il momento dal quale far decorrere l'osservanza di una prescrizione normativa e delle relative sanzioni.

Desta, infatti, serie perplessità di ordine generale e apparirebbe quantomeno di dubbia legittimità il riferire l'eventuale applicazione di una sanzione non già alla disciplina legislativa, bensì ad una circolare o altro atto esplicativo contenente gli indirizzi applicativi della stessa disciplina legislativa nella Regione.

* * *

Ai sensi dell'art. 15, co. 2, del D.P.Reg. 16 giugno 1998, n. 12 lo scrivente acconsente sin d'ora all'accesso presso codesto Assessorato al presente parere da parte di eventuali soggetti richiedenti.

Si ricorda poi che, in conformità alla circolare presidenziale dell'8 settembre 1998, n. 16586/66.98.12 trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere, senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati "FONS".

Regione Siciliana - Ufficio legislativo e legale

Ogni diritto riservato. Qualunque riproduzione, memorizzazione, archiviazione in sistemi di ricerca, anche parziale, con qualunque mezzo, è vietata se non autorizzata.

All rights reserved. Part of these acts may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, only with the prior permission.

Ideazione grafica e programmi di trasposizione © 1998-2008 Avv. Michele Arcadipane