



Presidenza del Consiglio dei Ministri

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA

Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni
Segreteria tecnica del Direttore

Parere UPPA n. 12/08

Roma, li 26. X. 2007

DFP-0041030-26/10/2007-1.2.3

Al Ministero dell'interno
Dipartimento affari interni e territoriali
Direzione centrale per le autonomie
Area A2 personale enti locali

Al Ministero dell'interno
Dipartimento della P. S.
Ufficio per gli affari della polizia
amministrativa e sociale
Via Cesare Balbo, 39 – ROMA

All'ARAN
Via del Corso, n. 476 – ROMA

E p. c. Alla Prefettura UTG
Reggio Calabria

OGGETTO: Stipula di contratto di somministrazione a tempo determinato per funzioni di polizia municipale.

Con la nota n. 15700/5B del 3 ottobre 2007 codesta Amministrazione ha sottoposto all'attenzione dello scrivente due distinte questioni relative al ricorso ai contratti di somministrazione a tempo determinato. La prima relativa all'ambito di intervento della contrattazione collettiva sulla materia e la seconda concernente la possibilità di ricorrere a tale tipologia contrattuale per tutte le funzioni attribuite alle pubbliche amministrazioni.

Con riferimento alla prima problematica si premette che la normativa di riferimento per le pubbliche amministrazioni è il decreto legislativo n. 165 del 2001,

nel caso specifico l'articolo 36, che si connota quale *lex specialis* rispetto al regime generale. Inoltre occorre richiamare il decreto legislativo n. 276 del 2003 il quale, nel sancire l'applicabilità alle sole disposizioni sulla somministrazione a tempo determinato per le pubbliche amministrazioni, articolo 86, comma 9, detta una nuova disciplina delle causali che giustificano il ricorso a tale tipologia contrattuale nell'articolo 20, comma 4, rinviando alla contrattazione collettiva per la sola previsione di limiti quantitativi in conformità con la disciplina dei contratti a tempo determinato stabilita dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 368 del 2001.

L'articolo 85 del decreto n. 276 del 2003 abroga le disposizioni sul lavoro interinale e il successivo articolo 86, comma 3, dispone che: *“In relazione agli effetti derivanti dalla abrogazione delle disposizioni di cui agli articoli da 1 a 11 della legge 24 giugno 1997, n. 196, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera a), della medesima legge e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, mantengono, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro, con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine.”*

Ciò comporta l'ultrattività, rispetto alla legge, delle clausole contrattuali relative alle causali solo in via transitoria e fino alla scadenza del contratto collettivo salvo la possibilità che le parti contrattuali decidano di applicare le nuove causali determinate dalla legge prima del rinnovo contrattuale. Conseguentemente con la stipula dei nuovi contratti collettivi esplicano la loro efficacia le disposizioni di legge di cui al citato articolo 20, comma 4, indipendentemente da eventuali meccanismi di non disapplicazione in questi inseriti per effetto della specifica previsione normativa sopra richiamata.

La fase transitoria si è conclusa con la stipula dei contratti collettivi successivi all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Quanto evidenziato porta alla conclusione che le esclusioni di specifiche mansioni lavorative, previste dall'articolo 1 della legge n. 196 del 1997 e stabilite dalla contrattazione, risultano inapplicabili dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Tuttavia, come peraltro premesso, deve tenersi conto della portata delle disposizioni generali di cui al decreto legislativo n. 165 del 2001, che, infatti, all'articolo 36 detta uno specifico regime del ricorso alle forme di contratto di lavoro flessibile e rinvia alla contrattazione collettiva la disciplina di tali contratti di lavoro. Ne consegue, ad avviso dello scrivente, la possibilità che la contrattazione intervenga nuovamente sulla materia in forza di tale rinvio.

Con riferimento alla seconda questione occorre, in primo luogo, affrontare la problematica di carattere generale relativa alla individuazione delle figure che possono essere ricoperte con personale in somministrazione in considerazione del fatto che si tratta di dipendenti dell'agenzia di somministrazione anche se inseriti all'interno dell'organizzazione lavorativa dell'amministrazione utilizzatrice. Tale

problematica si sovrappone solo parzialmente a quella relativa alle esclusioni che possono essere previste dalla contrattazione perché queste ultime sono dettate, sostanzialmente, a tutela dei lavoratori mentre la problematica generale afferisce all'attività amministrativa e quindi rimane disciplinata in ambito pubblicistico.

Al riguardo è necessario fare riferimento a quanto sancito dall'articolo 28 della Costituzione, il quale stabilisce che: *“I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli enti pubblici”*. La disposizione garantisce al cittadino una adeguata tutela dei diritti ad esso riconosciuti quando sia in rapporti con la pubblica amministrazione. Una consolidata giurisprudenza, oltre alla dottrina prevalente, ritiene che la responsabilità per fatto proprio del pubblico funzionario costituisca una forma di responsabilità diretta della pubblica amministrazione in forza del rapporto di immedesimazione organica che intercorre fra i due soggetti, in quanto la prima agisce per mezzo dei secondi.

Il dettato costituzionale collega, dunque, alla costituzione del rapporto di lavoro subordinato fra l'amministrazione ed il funzionario la responsabilità degli atti da questi compiuti per conto della prima relativamente a tutti i diversi profili di responsabilità. Da quanto considerato deriva che il rapporto organico o “rapporto d'ufficio” intercorrente fra il dirigente ed il funzionario è costituito dal complesso delle regole che connettono la persona fisica all'esercizio delle funzioni pubbliche, rapporto avente natura pubblicistica e che si distingue nettamente dal rapporto di servizio la cui disciplina è demandata alla contrattazione.

Quanto premesso porta a dover valutare quale sia la validità degli atti autoritativi compiuti da soggetti che non siano dipendenti della pubblica amministrazione e le cui azioni non siano, quindi, riconducibili in capo all'amministrazione.

Sul punto occorre fare riferimento alla recente modifica della legge n. 241 del 1990, operata dalla legge n. 15 del 2005, la quale ha codificato alcuni principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di patologia dell'atto amministrativo, con l'obiettivo di risolvere l'assenza di una disciplina dell'invalidità dell'atto amministrativo. La legge introduce quattro tipologie di nullità del provvedimento amministrativo, fra le quali in primo luogo quella contenuta nell'articolo 21-septies relativa alla nullità strutturale, prevista per il caso di mancanza di requisiti essenziali dell'atto sulla scorta degli artt. 1325 c.c. (requisiti del contratto) e 1418 c.c. (conseguenze della mancanza o illiceità dei requisiti).

Il legislatore non ha indicato quali siano gli elementi essenziali dell'atto, tuttavia si ritiene che questi possano individuarsi negli suoi elementi costitutivi, quelli, cioè, necessari per la sua esistenza, fra i quali la dottrina ha sempre annoverato la capacità del soggetto e cioè la competenza di emanarlo, poiché se l'atto è emanato da un soggetto che non è organo della pubblica amministrazione non si è di fronte ad un atto amministrativo.

A tale problematica generale si aggiunge quella relativa all'utilizzo di personale in somministrazione per lo svolgimento delle funzioni di polizia municipale che porta a soffermarsi sugli ambiti di competenza della polizia locale e sulle fonti normative e regolamentari che li disciplinano.

Si osserva, infatti, che la polizia municipale svolge diverse funzioni definite in norme e regolamenti statali, leggi regionali e regolamenti comunali.

Per quanto concerne la pubblica sicurezza nel vigente riparto delle competenze legislative la materia "ordine pubblico e sicurezza" rimane attribuita alla competenza della legislazione statale esclusiva. In attuazione dell'articolo 159 del decreto legislativo n. 112 del 1998 sono state trasferite agli enti locali le funzioni di polizia amministrativa.

La legge 7 marzo 1986, n. 65, legge quadro sull'ordinamento della polizia municipale, attribuisce ai comuni le funzioni di polizia locale. Gli addetti al servizio di polizia municipale esercitano le funzioni istituzionali previste da tale legge e collaborano con le Forze di polizia dello Stato su disposizione del Sindaco e dietro richiesta delle autorità competenti.

In particolare l'articolo 5 della legge stabilisce che i medesimi soggetti esercitano anche funzioni di polizia giudiziaria in qualità di agenti di polizia giudiziaria, servizio di polizia stradale ai sensi dell'articolo 12 del codice della strada (decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285), nonché funzioni ausiliarie di pubblica sicurezza. A tali fini viene ad essi conferita la qualità di agente di pubblica sicurezza dal Prefetto che può, successivamente, dichiararne la perdita.

Nelle funzioni di agente e di ufficiale di polizia giudiziaria (qualifica che spetta al comandante della Polizia Municipale) e di agente di pubblica sicurezza tali soggetti dipendono operativamente dalle autorità competenti. Inoltre, in particolare, agli addetti al servizio di polizia municipale, ai quali è conferita la qualità di agente di pubblica sicurezza, è data la possibilità, previa deliberazione del Consiglio comunale, di portare armi, senza licenza. Le modalità ed i casi relativi sono stabiliti da apposito regolamento approvato con decreto del Ministro dell'interno, sentita l'ANCI.

La polizia municipale svolge anche altre importanti funzioni quali, ad esempio, quelle relative ai controlli sul commercio fisso e su aree pubbliche, alla tutela ambientale ed al controllo urbanistico.

Il sintetico quadro riassuntivo delle competenze attribuite dall'ordinamento alla Polizia Municipale, sopra esposto, porta a considerare che gli addetti al servizio di polizia municipale rivestono la qualità di pubblico ufficiale.

L'articolo 357 del codice penale così definisce il pubblico ufficiale: "*Agli effetti della legge penale sono pubblici funzionari coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.*

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi."

Per quanto interessa in questa sede deve intendersi, dunque, per pubblica funzione il complesso di pensiero, volontà ed azione che si esplica, con attributi di

autorità, nella sfera di organi amministrativi. La qualifica di pubblico ufficiale deve, pertanto, essere riconosciuta a quei soggetti che, pubblici dipendenti o semplici privati, quale sia la loro posizione soggettiva, possono o debbono, nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico, formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione, oppure esercitare, indipendentemente da formali investiture, poteri autoritativi, deliberativi o certificativi (Cassazione Sezioni Unite, 11 luglio 1992; Cassazione VI, 13 gennaio 1999).

E' necessario, dunque, che l'esercizio della funzione di pubblico ufficiale sia esercitata nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico. Tale è il caso, ad esempio, delle società di parcheggio automobilistico comunale alle quali i comuni abbiano conferito compiti di prevenzione ed accertamento delle violazioni in materia di sosta ai sensi degli articoli 17, comma 132, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo), e 68, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato),.

Riguardo alla prima delle disposizioni richiamate si ricorda che la Corte Costituzionale, con ordinanza n. 157 del 2001, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 98 della Costituzione, in quanto ha ritenuto che: *“il legislatore ordinario può prevedere che l'autorità amministrativa possa attribuire specifiche funzioni di accertamento o di verifica, oltre che a propri dipendenti, anche a dipendenti di enti o società cui sia stato affidato un servizio pubblico o che siano concessionari di un servizio in senso largo, quando questo accertamento o verifica sia connesso o sia utile per il migliore svolgimento dello stesso servizio; che, infatti, rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto”*.

Secondo la Corte non verrebbe meno, in tal caso, il valore probatorio (in sede civile) degli accertamenti e verifiche da soggetti non dipendenti dall'amministrazione in quanto al legislatore compete la discrezionalità di determinare gli effetti degli atti potendo tale scelta essere censurabile soltanto sotto il profilo della manifesta irragionevolezza.

Inoltre, in relazione alla lamentata violazione dei principi posti dall'articolo 97 della Costituzione, la Corte ha affermato che: *“occorre distinguere tra apparato burocratico degli uffici, con rapporto di lavoro dipendente (per i quali è prevista di regola la selezione concorsuale, "salvi i casi stabiliti dalla legge": art. 97, terzo comma, della Costituzione), ed esercizio di funzioni pubbliche, con un rapporto sottostante anche meramente onorario o volontaristico o di mero servizio o di obbligo ovvero di utilizzazione, anche non esclusiva, sulla base di previsione e di requisiti fissati dalla legge (art. 51, della Costituzione)”*.

Da quanto richiamato deriva che perché sia possibile affidare alcune funzioni tipiche dei pubblici ufficiali a soggetti estranei all'amministrazione occorre che vi sia

una apposita previsione normativa che lo consenta espressamente e che tale previsione normativa stabilisca quale siano gli effetti degli atti da tali soggetti compiuti.

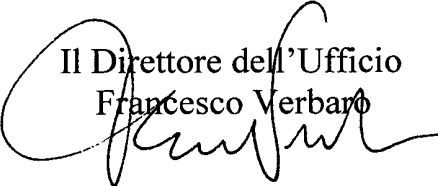
Non appare che sia tale il caso del decreto legislativo n. 276 del 2003 il quale si limita ad affermare, all'articolo 86, comma 9, che i contratti di somministrazione a tempo determinato possono essere stipulati dalle pubbliche amministrazioni, senza dettare il tal senso alcuna apposita disciplina, il che sarebbe stato del tutto estraneo ai contenuti della delega legislativa che lo sorregge.

Rispetto alla questione posta rimane, dunque, da verificare quali altre funzioni, tipicamente attribuite alla polizia municipale, possano essere, eventualmente, svolte da lavoratori somministrati in assenza di specifiche previsioni normative che consentano loro lo svolgimento di pubbliche funzioni.

Escluse quindi tutte le funzioni di rappresentanza degli interessi dell'amministrazione, svolte da funzionari e dirigenti, nonché tutte quelle riconducibili ai pubblici ufficiali, si può fare riferimento a quelle attribuzioni della polizia municipale che non comportano l'adozione di atti produttivi di effetti in capo ai terzi e all'amministrazione. Il cosiddetto servizio interno, infatti, preclude l'esercizio di tutte le funzioni di pubblica sicurezza, con la conseguente perdita dell'indennità connessa (si veda al riguardo la circolare n. 8789 del 1996 della presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica e gli affari regionali).

Inoltre la polizia municipale partecipa al perfezionamento di procedimenti amministrativi sanzionatori complessi ed articolati di competenza ripartita con altre strutture del comune. Ciò comporta la possibilità di far svolgere al personale in somministrazione attività corrispondenti a fasi di procedimenti la cui conclusione sia adottata da altri uffici.

Il Direttore dell'Ufficio
Francesco Verbaro



S.d.P.