



REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO

composta dai seguenti magistrati:

dott. Vittorio Zambrano	Presidente;
dott. Rosario Scalia	Consigliere;
dott. Francesco Alfonso	Consigliere;
dott.ssa Maria Luisa Romano	Consigliere (relatore);

nell'adunanza del 22 luglio 2011

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131 e, in particolare, l'art. 7, c. 8;

Vista la richiesta di parere formulata dal Sindaco del Comune di Albano Laziale (RM) con note n. 19738 e 19740 del 2 maggio 2011 ed integrata con note n. 22148 e 22150 del 17 maggio 2011, fatte pervenire a più riprese, direttamente e per il tramite del Consiglio delle Autonomie Locali del Lazio, con definitiva acquisizione al protocollo della Sezione in data 7 giugno 2011 con il n. 3452;

Vista l'ordinanza presidenziale n. 11 del 20 luglio 2011 di convocazione della Sezione nell'odierna adunanza per deliberare sulla suddetta richiesta;

Udito il relatore, dott.ssa Maria Luisa Romano;

PREMESSA

Con le note indicate in epigrafe, il Comune di Albano Laziale, in persona del Sindaco pro-tempore, ha formulato una pluralità di quesiti interpretativi inerenti alla corretta applicazione, delle disposizioni dettate dall'art. 19, commi 6 e *6bis* del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nel testo novellato dall'art. 40 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, relative alle modalità di copertura di posti dirigenziali in pianta organica con personale non di ruolo assunto con contratto a tempo determinato, contenute nell'ambito della disciplina della dirigenza statale (art. 13, d. lgs. 165/2001) ed espressamente estese, ex comma 6ter del medesimo art. 19, a tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ivi compresi gli Enti Locali, con impatto sulla previgente disciplina speciale concernente tale forma di reclutamento straordinario presso detti Enti, contenuta nell'art. 110, comma 1, TUEL.

Nella specie, il Comune istante - richiamando la recente decisione della Corte Costituzionale circa la riferibilità delle disposizioni generali in argomento alla materia dell'ordinamento civile riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, primo comma, Costituzione, nonché gli orientamenti di massima, espressi dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti con deliberazioni dell'8 marzo 2011, nn. 12-13-14/CONTR/11, circa la loro immediata cogenza per gli Enti Locali, pur in assenza di recepimento nei rispettivi ordinamenti - ha manifestato, in via principale, dubbi sulla totale sovrapposibilità fra i richiamati art. 19, comma 6, del Decreto Legislativo n. 165/2001 (Testo Unico Pubblico Impiego – T.U.P.I.) e 110, comma 1, TUEL, ritenendo che quest'ultimo possa avere un ambito di applicazione più ampio rispetto al primo ed essere, perciò, tuttora, parzialmente compatibile con

l'esercizio dell'autonomia statutaria e regolamentare degli enti interessati di cui all'art. 3, comma 4 del TUEL.

A sostegno di tali dubbi, ha richiamato l'attenzione su quanto disposto dall'art. 110, comma 1, che espressamente consente agli Enti Locali di instaurare rapporti di lavoro dirigenziale ***“con contratti a tempo determinato di diritto pubblico o, eccezionalmente e con deliberazione motivata, di diritto privato”***, sottolineando come solo le fattispecie contemplate dalla seconda parte della norma possano trovare corrispondenza con quelle disciplinate dall'art. 19, comma 6.

Queste ultime infatti - stando all'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale a sostegno della riconducibilità della relativa disciplina alla materia dell'ordinamento civile - sono caratterizzate proprio dalla natura civilistica della fase costitutiva, oltre che dall'essere rivolta a soggetti esterni all'amministrazione interessata.

Conseguentemente, ha ipotizzato che l'integrazione obbligatoria tra le due discipline possa reputarsi operante solo parzialmente e cioè con riguardo alla facoltà di conferire incarichi basati su contratti a tempo determinato di diritto privato ex art. 110, comma 1, TUEL, secondo alinea, evidenziando come per effetto di essa tali contratti siano utilizzabili unicamente in conformità all'art. 19, commi 6 e *6bis* e, per i conferimenti ivi previsti che, secondo il richiedente, sarebbero riferibili ai soli soggetti esterni all'amministrazione interessata.

Argomentando *“a contrariis”*, il Comune ha prospettato che viceversa l'art.110, comma 1, TUEL primo alinea, possa legittimare *“il conferimento di incarichi dirigenziali a tempo determinato a funzionari di categoria D, in*

possesso dei requisiti di legge e appartenenti ai ruoli dell'Ente,nell'ambito del contratto di diritto pubblico, stipulabile secondo i limiti e le modalità previste dallo Statuto", fattispecie non prevista dall'art. 19, commi 6 e 6bis e, perciò, non presa in considerazione né dalla Corte Costituzionale, né dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti, che si sono limitate a pronunciare, rispettivamente, sull'interpretazione generale e sull'impatto applicativo, per le Autonomie Locali, di quest'ultima normativa.

Il Sindaco di Albano Laziale ha infine fatto presente che si tratta di evenienza molto frequente presso gli Enti locali muniti di una dotazione organica dirigenziale, ma privi di personale di qualifica corrispondente.

In tale contesto, ha chiesto alla Sezione di esprimere il proprio parere in ordine:

- 1)** alla correttezza della proposta interpretazione dell'art. 110, comma 1, Tuel, che postula l'applicazione ai soli incarichi dirigenziali conferiti a soggetti esterni della disciplina dell'art. 19, commi 6 e *6bis*, ed in particolare alla perdurante possibilità di conferimento di siffatti incarichi temporanei *"a funzionari interni all'Ente di categoria D in possesso dei requisiti di legge"* e *"senza la limitazione percentuale dell'8%"* rispetto alla dotazione organica dirigenziale, fissata dai menzionati commi 6 e *6bis*, che la giurisprudenza contabile reputa valevole per gli Enti Locali;
- 2)** alla possibilità di disporre tale conferimento a personale dell'Ente, come sopra identificabile, *"con provvedimento fiduciario, stante la presenza dei requisiti previsti dalla legge e di apposita disposizione regolamentare"*;
- 3)** alla *"sorte"* di taluni rapporti lavorativi dirigenziali a termine, intercorrenti con soggetti esterni, instaurati ex art. 110, comma 1, TUEL *"oltre*

il limite dell'8%, dopo l'approvazione dell'art. 40 del d.lgs. 150/2009, ma prima dei pronunciamenti delle Supreme Corti, e ancora non cessati per scadenza del termine"

4) al significato da attribuire al concetto di dotazione organica dirigenziale, da assumere, *ex lege*, a base di computo del limite in argomento, chiedendo se esso vada riferito *"alla dotazione organica dirigenziale in astratto e dunque potenziale, derivante dal disegno organizzativo comunale"* e definita in 8 unità, ovvero alla *"dotazione organica in concreto"* consolidatasi nel tempo, anche in forza di specifici atti deliberativi, in sole 6 unità.

La richiesta, diffusamente argomentata, è stata corredata da copia in estratto dello Statuto dell'Ente, nonché integrale dell'ultima deliberazione di Giunta di definizione della pianta organica del personale.

Non si rinviene, invece, in atti copia del vigente regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi, di cui detta deliberazione è attuativa.

DIRITTO

Questioni preliminari

In via preliminare, spetta al Collegio di vagliare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità soggettiva ed oggettiva per l'esercizio delle attribuzioni consultive di cui all'art. 7, comma 8 della legge n. 131/2003.

Il primo profilo comporta la verifica esterna dell'imputabilità della richiesta agli Enti legittimati ad avanzarla, nonché della regolarità della sua produzione nel rispetto delle forme minime previste dalla legge.

Nella specie, l'istanza è da reputarsi ricevibile, conformemente a pacifica giurisprudenza di questa Sezione (cfr. ex multis Sezione controllo per il Lazio n. 28/2011/PAR) in quanto ritualmente sottoscritta dal Sindaco di

Albano Laziale, cui spetta, ex art. 50 del TUEL, la rappresentanza politico-istituzionale del Comune, e trasmessa per il tramite del Consiglio delle Autonomie Locali del Lazio.

La valutazione dell'ammissibilità oggettiva sottende, invece, una prima deliberazione dei contenuti dell'istanza, essendo volta a stabilire l'inerenza dei quesiti posti alla materia della contabilità pubblica, in ordine alla quale si radica la competenza consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai sensi della menzionata norma della legge n. 131/2003, nonché il loro carattere di generalità e la relativa assenza di implicazioni su attività gestionali già avviate, con atti e provvedimenti, dall'amministrazione richiedente. Ciò ad evitare:

a) da un lato, di esulare dai confini delle attribuzioni consultive, che non hanno portata generale ma vanno intese come complementari alle altre funzioni istituzionali attribuite dalla legge n. 131/2003 alla Corte stessa, in quanto mosse dalla stessa "ratio" di garanzia della sana gestione e degli equilibri di finanza pubblica;

b) dall'altro, di snaturare l'attività consultiva, trasformandola surrettiziamente in una sorta di valutazione ex post di gestioni già avviate e/o demandandole scelte gestionali rientranti esclusivamente nella discrezionalità e nella responsabilità degli amministratori, con interferenze non consentite sulle funzioni di controllo e giurisdizionali parimenti spettanti alla Corte dei conti.

Riguardo al primo profilo, non possono sussistere dubbi circa la riconducibilità dei molteplici quesiti posti dall'Amministrazione alla materia della contabilità pubblica nell'accezione dinamica nella quale essa va intesa,

secondo orientamenti ormai consolidati di questa giurisprudenza contabile.
(cfr. Sezioni Riunite n. 54/CONTR/2010).

Si tratta, infatti, di questioni afferenti all'interpretazione ed all'applicazione di norme sul reclutamento del personale e sulla disciplina del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, ambito gestionale fatto oggetto di attenzione costante in sede di legislazione finanziaria per il suo particolare rilievo sul bilancio corrente degli enti interessati e tale da assumere anche per ciò che attiene alle scelte di carattere sostanziale, influenza significativa per il conseguimento degli obiettivi di riqualificazione e contenimento della spesa pubblica, nel quadro dei principi individuati dalla giurisprudenza costituzionale.

È dirimente, in proposito, la considerazione che questioni interpretative ad oggetto analogo sono state concordemente reputate ammissibili in sede consultiva ed esaminate nel merito da una pluralità di Sezioni regionali di controllo (cfr. Sezione regionale di controllo per la Lombardia: del. n. 308/2010/PAR; Sezione regionale di controllo per la Puglia: del. n. 44 del 17 giugno 2010 e Sezione regionale di controllo per il Veneto: del. n. 231 del 27 ottobre 2010) nonché in conformità trattate dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti con le deliberazioni di massima n. 12-13-14/CONTR/2011, che si richiamano in questa sede per gli aspetti preliminari in argomento.

A conclusioni non altrettanto univoche si perviene quanto al secondo aspetto di ammissibilità oggettiva, inerente - come detto - alla portata generale e preventiva dei quesiti formulati dall'Amministrazione.

Ad avviso del Collegio, infatti, detti requisiti non assistono il quesito indicato in premessa con il n. 3, palesemente relativo a conferimenti di

incarichi dirigenziali concreti e specifici già perfezionati e perciò implicante una valutazione su attività gestionale *"in itinere"*, riservata alla sede del controllo di regolarità contabile e di sana gestione, nonché scelte amministrative concrete che rientrano nell'esclusiva ponderazione e responsabilità dell'Amministrazione.

Sul quesito in argomento, pertanto, non può esservi luogo pronuncia, per inammissibilità oggettiva.

I rimanenti tre quesiti possono essere, invece, considerati ammissibili sul piano oggettivo, limitatamente alle sottese problematiche interpretative astratte, depurate da ogni riferimento alla situazione organizzativa concreta degli uffici comunali ed ai conferimenti degli incarichi di direzione che si avrebbe nello specifico intenzione di porre in essere, analiticamente descritte nella richiesta di parere.

In special modo, non può esser tratto dalla presente pronuncia nessun orientamento in merito alla supposta professionalità degli aspiranti dirigenti a termine presso il Comune di Albano Laziale, né circa la legittimità o meno di atti deliberativi della pianta organica dichiaratamente difformi dal regolamento di organizzazione a monte adottato.

Ciò, a salvaguardia dei diversi ruoli istituzionali spettanti alla Corte dei conti e all'Amministrazione interessata, l'uno svolto in posizione di neutralità a tutela dell'ordinamento nel suo complesso, l'altro consistente nel poterdovere di declinare l'interesse pubblico affidato alle cure dell'ente in scelte amministrative, che siano legittime e improntate a valutazioni di sana gestione in concreto (cfr., ex multis, Sezione di controllo Lazio del. n. 7/2011/PAR e Sezione di controllo per la Lombardia del. n. 308/2010/PAR).

Affermata con le anzidette precisazioni l'ammissibilità oggettiva parziale dell'istanza, è possibile passare all'esame del merito.

Questioni di merito

1. Aspetti generali.

I primi due quesiti vanno trattati congiuntamente, attesa la loro stretta interconnessione e il loro analogo rilievo principale.

Entrambi attengono alle ricadute applicative presso gli Enti Locali delle disposizioni, dettate per le Amministrazioni dello Stato dall'art. 19, commi 6 e 6bis del d.lgs. 165/2001 (Testo Unico Pubblico Impiego - TUPI), come modificato ed integrato dal d.lgs. 150/2009, in materia di preposizione a posti di funzione dirigenziali di soggetti privi della corrispondente qualifica, mediante apposito contratto di lavoro subordinato a tempo determinato (c.d. dirigenti "a contratto"), estese specificamente a tali Enti dal comma 6^{ter} del medesimo art. 19.

Trattasi, com'è noto di disposizioni alle quali, secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti, ex art.17, comma 31, del d.l. 78/2009, con le deliberazioni di massima n. 12-13-14/CONTR/2011, non può essere attribuita efficacia abrogativa delle preesistenti norme già contenute nel decreto legislativo n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali - TUEL) - e in particolare nell'art. 110 - inerenti ad oggetto analogo, fino ad oggi costituenti disciplina autonoma della materia per gli Enti Locali.

Ciò, da un lato, per la rilevata assenza di ogni riferimento testuale ai corrispondenti articoli del TUEL nella lista delle norme espressamente abrogate ex art. 66 del d.lgs. 150/2009 per effetto della riforma del TUPI; dall'altro, per la clausola rafforzativa espressa, che assiste in generale le

disposizioni del medesimo TUEL, ex art 1, comma 4, precludendone la modificazione sostanziale con effetto di abrogazione tacita ad opera di sopravvenienze normative di pari rango.

Di esse, peraltro, neppure può ormai essere revocata in dubbio l'applicabilità a Comuni e Province, in forma immediata e indipendente da apposito recepimento, stante la relativa valenza di norme di principio che – sempre secondo il citato orientamento interpretativo delle Sezioni Riunite, vincolante per le Sezioni regionali – è desumibile sia dalla qualificazione, nei suddetti termini, impressa dall'art. 1 del d.lgs. 150/2009 a tutte le innovazioni dal medesimo arretrate al TUPI, sia dalla lettura costituzionalmente orientata offerta in proposito dalla Corte costituzionale con la sent. 324/2010, peraltro ben nota al Comune istante.

Ne consegue che le richiamate disposizioni dell'art. 19 possono essere intese unicamente come integrative rispetto a quelle già contenute nel TUEL, con le quali vanno perciò necessariamente coordinate, in modo da assicurare una lettura in combinato che ne salvaguardi la piena coesistenza.

In proposito, non si può omettere di considerare che, essendo le medesime tarate in relazione al vigente ordinamento della dirigenza statale, l'innesto nel diverso ordinamento della dirigenza degli enti locali, dotato di peculiarità sue proprie, non è affatto operazione agevole.

A tal fine, non basta limitarsi ad individuare le parti dei commi 6 e 6 bis sopra richiamati che, per attenersi a profili non normati dall'art. 110 TUEL, appaiano, rispetto ad esso, complementari, ma occorre anche una valutazione in termini di compatibilità con il diverso contesto normativo in cui tale trasposizione dovrebbe avvenire.

Detta esigenza è evidenziata anche dall'insorgenza in concreto dei dubbi espressi dal Comune di Albano Laziale, come esposti in fatto, che trovano consistenza proprio nell'ipotizzata contestuale applicabilità fra le due normative in argomento.

2. Sul possibile discrimine soggettivo.

L'istante, infatti, propone una lettura integrata fra l'art. 19, comma 6, e l'art. 110, comma 1, per valorizzare la differenza, evidenziabile in quest'ultima norma, fra gli incarichi conferiti mediante contratto di diritto privato e quelli conferiti mediante contratti di diritto pubblico.

Cosicché, mentre i primi, reputati totalmente assimilabili all'archetipo tracciato dalla normativa generale, si caratterizzerebbero per essere rivolti a soggetti esterni all'amministrazione, i secondi sarebbero destinabili a funzionari della stessa amministrazione comunale, venendo ad integrare una fattispecie speciale e regolabile autonomamente dagli enti interessati.

Siffatta prospettazione viene corroborata dal richiamo alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 324/2010, per la quale la disciplina dell'art. 19, commi 6, 6 *bis* e 6 *ter*, intanto può considerarsi costituzionalmente legittima e non invasiva dell'autonomia legislativa regionale e di quella statutaria e regolamentare degli Enti locali, proprio in quanto il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni disciplinato dalla medesima, "*si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato*", fatto che imprime natura civilistica alla "*disciplina della fase costitutiva di tale contratto*" nonché a quella "*del rapporto che sorge per effetto della conclusione di quel negozio giuridico*", con conseguente ascrivibilità alla

materia dell'ordinamento civile, riservata alla potestà esclusiva del legislatore statale ex art. 117, comma 2, lett. l, della Costituzione.

La tesi interpretativa del Comune, così come esposta, non è condivisibile.

Essa si fonda, invero, sul presupposto che le fattispecie di cui all'art. 19, comma 6, siano finalizzate esclusivamente al reclutamento temporaneo di dirigenti non legati all'amministrazione da un preesistente rapporto di lavoro subordinato, ad altro titolo con essa instaurato.

Si tratta, però, di assunto smentito sia dalla lettera della norma, che dalla sua interpretazione sistematica.

Al riguardo, mette conto osservare come i soggetti "incaricabili" sono individuati dal detto comma 6 in base al possesso di requisiti sostanziali di professionalità che solo indirettamente evocano l'appartenenza a determinate categorie soggettive.

Orbene, tra le esperienze professionali in questione, la norma - che costituisce, è bene precisare, unico riferimento esistente in materia - fa rientrare espressamente anche quelle maturate nella titolarità di posizioni funzionali che abilitano all'accesso stabile ai ruoli dirigenziali presso le pubbliche amministrazioni **"ivi comprese quelle che conferiscono l'incarico"**.

L'eventualità che dette professionalità possano essere rinvenute anche tra i funzionari già in servizio presso le amministrazioni interessate, discende dalla lettura complessiva della norma. Essa è stata, infatti, tenuta ben presente dal legislatore quando ha disciplinato gli effetti dei conferimenti in argomento su un eventuale preesistente rapporto di lavoro ancora in corso,

prevedendone la sospensione per la durata dell'incarico dirigenziale mediante il collocamento in aspettativa senza assegni.

Si tratta, peraltro, di un'ipotesi contemplata nell'art. 19, introdotta specificamente dall'art. 14 *sexies* del D.L. 115/2005, convertito nella legge 17 agosto 2005, n. 168 e mai venuta meno per effetto delle sue sopravvenute modifiche e che, ad avviso di questo Collegio, neppure può ritenersi rivisitata in forza dell'introduzione ad opera dell'art. 40, del d.lgs. 150/2009, del presupposto indefettibile per legittimare il ricorso ad incarichi a contratto, dato dall'assenza di professionalità adeguate **"all'interno dei ruoli dell'amministrazione"**, giacché trattasi di espressione che nel contesto di inserimento è da intendersi riferibile ai soli ruoli dirigenziali della medesima, e non all'organico complessivo.

Nulla vieta, pertanto, di conferire incarichi dirigenziali con contratti di diritto privato ex art. 110, comma 1, e conformemente a presupposti e limiti di cui all'art. 19, comma 6, anche a funzionari del Comune di categoria D, fermo il contestuale collocamento in aspettativa, essendo le due norme perfettamente integrabili quanto al descritto profilo soggettivo.

In questa direzione, del resto, argomenta pure l'orientamento espresso nella dichiarazione congiunta n. 1 unita al contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto dirigenza di Regioni ed Enti locali, stipulato nel febbraio 2006, concernente il quadriennio normativo 2002/2005 ed il biennio economico 2002/2003, nella quale si rinvia proprio all'applicazione dell'art. 19, comma 6, nei sensi indicati.

Con le dette precisazioni, il criterio soggettivo perde di rilievo per distinguere le due ipotesi contemplate dall'art. 110, comma 1, TUEL.

In effetti, il preteso collegamento biunivoco ravvisato fra incarichi basati su un contratto avente natura pubblicistica e qualità di dipendente comunale del soggetto incaricato non presenta alcun altro apprezzabile fondamento, né positivo né concettuale.

In proposito, va precisato che:

- l'art. 110, comma 1, TUEL non offre appigli testuali nella direzione indicata, in quanto è privo di qualsivoglia riferimento espresso ai requisiti dei soggetti che possono legittimamente essere prescelti quali controparti dei rapporti di lavoro a tempo determinato ivi indicati e quindi alla pretesa riferibilità dei c.d. contratti di diritto pubblico ai soli dipendenti dell'ente conferente con qualifica diversa da quella di dirigente;
- nessun riferimento implicito in tal senso può trarsi dalla distinzione fra contratti di diritto pubblico e di diritto privato, contenuta nella norma in argomento, atteso che – quand'anche si volesse ad essa dare un substrato concettuale positivo univoco - la qualità dei soggetti contraenti, e nella specie della controparte dell'amministrazione, è profilo pacificamente reputato irrilevante ai fini della riconduzione degli atti negoziali dell'amministrazione stessa all'una o all'altra categoria.

3. Sul discrimine inerente alla fase costitutiva.

Alla luce di quanto sopra, la problematica della "*sovrapposibilità*" o meno tra le fattispecie disciplinate dall'art. 110, comma 1, TUEL e quelle di cui all'art. 19, comma 6 TUIPI, e la conseguente sussistenza di eventuali margini di specialità reciproca fra le due norme, tali da determinare la sottrazione di parte delle prime all'applicazione dei principi dettati per le seconde ovvero la

necessità di un recepimento espresso ai sensi dell'art. 111 TUEL, si ridimensiona notevolmente.

Resta, semmai, da chiarire se diversità effettive discendano dalla distinzione, rinvenibile solo nell'art. 110, comma 1, TUEL, in ordine alla natura dello strumento contrattuale all'uopo adottato.

Ciò, impone, una riflessione sull'ammissibilità del contratto di diritto pubblico in un ambito quale quello dei rapporti di pubblico impiego, nel quale l'amministrazione agisce ormai da tempo "*incontestabilmente*" con i poteri del privato datore di lavoro (art. 2, comma 2, d.lgs. 30/3/2001, n. 165).

È bene precisare che tale figura, del tutto priva di definizione normativa apposita, è frutto di controversa elaborazione dottrina risalente, caratterizzata – rispetto al negozio giuridico di diritto comune - per accedere strettamente all'esercizio di potestà autoritative e per essere destinata a regolare convenzionalmente rapporti di natura pubblicistica.

Sul punto, ritiene il Collegio che un'interpretazione dell'art. 110, comma 1, TUEL, tesa a recepire il riferimento positivo ivi contenuto in questa accezione non sia compatibile con i principi generali desumibili dal d. lgs. 165/2001 ed ancor prima dal d. lgs. 29/1993, che ne rappresenta l'immediato antecedente, tra l'altro puntualmente richiamati dall'art. 89, comma 6 TUEL. Essa, infatti, porterebbe surrettiziamente ad attrarre i rapporti di lavoro dirigenziale con le pubbliche amministrazioni nell'orbita del diritto pubblico, in contrasto con la "*ratio*" della nuova disciplina dettata dal d. lgs. 29/1993 e, successivamente, via via perfezionata, tendente viceversa ad affermarne - in generale e salve ipotesi specifiche ed eccezionali - la natura privatistica.

A sostegno di tale convincimento, vi è nella specie l'uniformità della disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato, sia che esso venga instaurato da una pubblica amministrazione, sia che intercorra con un soggetto privato, giusta il disposto dell'art. 36 del d. lgs. 165/2001. Ciò a rimarcare un'unitarietà tipologica e normativa non intaccabile, in ragione dei peculiari presupposti e limiti che legittimano le amministrazioni a farvi ricorso e che nel caso della dirigenza si rinvengono proprio nell'art. 19, comma 6, TUIP.

Ne deriva che la distinzione posta dall'art. 110, comma 1, TUEL può trovare significato plausibile solo ove intesa come finalizzata a rimarcare differenze inerenti alla fase che precede la sottoscrizione del contratto, da ascrivere nella generalità dei casi a regole procedurali, fissate a livello statutario e regolamentare ex artt. 89 e 111 del TUEL, e solo in via del tutto straordinaria svincolata dalle medesime, come avviene in campo privatistico.

In questa accezione, essa appare influenzata dalle incertezze, esistenti all'epoca dell'emanazione del TUEL e solo successivamente superate dalla disciplina generale, in ordine alla natura ed al grado di discrezionalità degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali a dirigenti di ruolo, in contrapposizione alle chiare regole selettive da seguire ai fini della loro assunzione

Ed in effetti, per diffuso orientamento e prassi, mentre era indubbia la necessità di procedure concorsuali a monte del contratto fonte del rapporto di lavoro subordinato, senza che in alcun modo se ne ponesse in discussione la natura "privatistica", il conferimento veniva disposto mediante atti di natura unilaterale ispirati ad ampia discrezionalità e del tutto avulsi dall'osservanza di

regole procedurali comparative, in base ad un malinteso concetto di necessaria fiduciarietà tra dirigente incaricato e autorità politica incaricante.

Ne derivava un netto dualismo quanto a modalità di selezione del dirigente e modalità di assegnazione del posto di funzione, difficile da contemperare nelle ipotesi di incarichi esterni, nelle quali un'unica fonte contrattuale genera tanto il rapporto di lavoro tanto di quello di servizio.

Orbene, nel quadro sopra delineato, la precisazione contenuta nell'art. 110, comma 1 TUEL, appare comprensibile ed antesignana, giacché recepisce per l'assegnazione di incarichi "esterni", nei sensi dianzi precisati, un'esigenza di trasparenza e selettività, che solo successivamente e con gradualità è stata espressa dalle norme del d. lgs. 165/2001, peraltro in modo netto solo per la dirigenza di ruolo.

3. Elementi di uniformità e differenze fra le due norme.

Intesa in questi termini, essa appare non solo non contrastante con la "*ratio*" delle modifiche introdotte dal d. lgs. 150/2009 alla dirigenza "*a contratto*", ma anche più avanzata rispetto all'attuale formulazione dell'art. 19, comma 6, TUPI, in quanto riconosce agli enti locali la facoltà di procedere al reclutamento di dirigenti a termine con procedure concorsuali analoghe a quelle per il reclutamento della dirigenza di ruolo, che nel primo non sono prese in considerazione.

In effetti, le modifiche introdotte dal menzionato d.lgs. 150/2009 alla normativa del d. lgs. 165/2001 in materia di accesso alla dirigenza e di conferimento di incarichi dirigenziali contengono – come emerge inequivocabilmente dalla delega speciale di cui all'art. 6, comma 2, lett. h) della legge n. 15/2001 – correttivi volti ad attenuarne la "*fiduciarietà*" e ad

assicurarne al tempo stesso la maggiore stabilità, a sostegno della chiara distinzione fra funzioni di indirizzo e controllo, spettanti agli organi di governo, e funzioni di gestione amministrativa, spettanti alla dirigenza, nonché della continuità dell'azione amministrativa, intese dalla Corte Costituzionale come diretto corollario dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., cui non può essere arrecato "*vulnus*" mediante meccanismi di reclutamento e assegnazione a posti apicali, che non offrano garanzie di individuazione di funzionari idonei e neutrali.

Tuttavia, in questa direzione, le medesime, da un lato, impongono il conferimento degli incarichi a dirigenti di ruolo previa procedura interna di tipo comparativo, con contestuale introduzione di obblighi di motivazione stringenti a sostegno del mancato rinnovo a scadenza, (cfr. comma 1 *ter* dell'art. 19); dall'altro, tendono a limitare il ricorso agli incarichi a contratto più marcatamente fondati sull'*intuitu personae*, in quanto caratterizzati, oltre che dalla connaturata temporaneità del rapporto di lavoro sottostante, anche dal conferimento in forma diretta e – nell'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale con la nominata sentenza n. 324/2010 – nell'esercizio di un'autonomia negoziale totalmente attratta nell'orbita del diritto privato.

Ed è proprio con riguardo alle fattispecie contemplate dall'art. 19, comma 6, che le Sezioni Riunite della Corte dei conti – con il citato orientamento di massima (deliberazioni nn. 12-13-14/CONTR/2011) - hanno affermato l'immediata e diretta applicabilità agli Enti locali della regola principale, con la quale si esprime il principio di riduzione degli incarichi esterni, in nome del maggior *favor* per il ricorso a dirigenti di ruolo stabilmente inseriti nell'organizzazione amministrativa, e cioè quella della

fissazione di rigidi limiti percentuali rispetto alla dotazione organica dirigenziale, considerati come “presupposti di fatto attinenti alla costituzione del rapporto di lavoro” la cui disciplina, in coerenza con quanto affermato dalla Corte Costituzionale, va ricondotta esclusivamente alla materia dell’ordinamento civile.

4. I limiti degli incarichi “a contratto”.

In tale contesto, è convincimento di questo Collegio che detto orientamento si attagli ai soli incarichi conferibili ex art. 110, comma 1, in via residuale mediante “contratti di diritto privato”, in tutto identici alle fattispecie di cui al menzionato art. 19, comma 6, mentre non riguardi le diverse fattispecie che da esse si discostano, in ordine non tanto alla natura privatistica del rapporto, quanto alla sua fase costitutiva retta da regole pubblicistiche, rimaste del tutto inesplorate nelle pronunzie rese da parte della Corte Costituzionale e da parte delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, il cui oggetto è apparso più circoscritto in ragione del principio della rispondenza a quanto richiesto.

Per queste ultime, che non possono ritenersi espressamente derogate o abrogate dall’art. 19, comma 6, privo di questa efficacia secondo quanto affermato dalle stesse Sezioni Riunite, ad avviso di questo Collegio si riepande naturalmente – in assenza di altre norme primarie specifiche di carattere procedurale - l’autonomia statutaria e regolamentare riconosciuta agli Enti Locali ex art. 89, comma 2, lett. d) del TUEL in ordine alla disciplina dell’accesso al lavoro presso gli Enti stessi, ambito nel quale rientra anche la determinazione dei presupposti di fatto per la valida costituzione di tali rapporti.

Trattasi, peraltro, di autonomia esercitabile ex art. 111 TUEL nel rispetto dei principi desumibili in materia di dirigenza dello Stato e, nella specie, di quelli contenuti nell'art. 19, comma 6, come novellato dall'art. 40 del d.lgs. 150/2009, nei sensi sopra esposti, tra i quali rientra quello del contingentamento degli incarichi connotati da temporaneità del rapporto di lavoro che appaiono in linea con quelli generali in materia di assunzioni (art. 36, d. lgs. 165/2001) e della preferenza per la dirigenza di ruolo.

Per essi, quindi, si impongono adeguamenti statutari e regolamentari che, secondo le peculiarità dell'ente, non solo fissino criteri e regole univoci e trasparenti per selezionare i dirigenti "pro tempore", ma che indirizzino le scelte nella direzione della priorità di queste forme di selezione rispetto al ricorso a contratti privatistici *tout court* e ne ribadiscano comunque l'eccezionalità rispetto all'assunzione di dirigenti a tempo indeterminato, con razionali limiti quantitativi, complessivamente ridefiniti in analogia con le disposizioni contenute nell'art. 19, comma 6 e nel rispetto di quelli rigidi imposti da tale norma per i dirigenti scelti direttamente.

Per quanto sopra, il Collegio ritiene che per il conferimento di incarichi "*con provvedimento fiduciario*", indipendentemente dai soggetti che ne sono destinatari, vadano rispettati i rigorosi limiti di cui all'art. 19, comma 6, parzialmente superabili, come sopra specificati, solo nelle diverse fattispecie che presentano una fase selettiva "*a monte*" della sottoscrizione del contratto.

5. La base di computo dei limiti.

In ordine al quesito n. 4, è opinione del Collegio che il calcolo dei posti ai quali è ammesso dare copertura mediante incarichi "*a contratto*", in osservanza dei limiti posti dall'art. 19, comma 6, ovvero di quelli

eventualmente diversi fissati in via regolamentare, vada effettuata assumendo a base di computo l'organico dirigenziale di diritto. Trattandosi, infatti, di un meccanismo finalizzato a colmare scoperture di organico, sarebbe irrazionale riferirlo ai posti già coperti (c.d. organico di fatto).

La dotazione di riferimento, peraltro, è quella risultante non solo da atti normativi astratti, ma anche dagli atti organizzativi generali successivamente adottati dall'Ente, che recepiscono le esigenze di fabbisogno effettivo. Queste ultime vanno tenute ben presenti per garantire la correttezza non solo formale, ma anche sostanziale della scelta effettuata, che è indispensabile per asseverarne la legalità e non esporre l'Ente a esborsi impropri, con possibili responsabilità erariali.

6. Valutazioni "incidenter tantum".

Il quesito posto dal Comune di Albano Laziale offre, incidentalmente, lo spunto per riflessioni ulteriori che inducono ad auspicare tempestivi ed esaurienti chiarimenti in sede legislativa.

Non si può ignorare, in proposito, che presso gli Enti locali, non vi è lo stesso binomio inscindibile fra funzioni dirigenziali e posti di funzione di pari rango che esiste per la generalità delle Amministrazioni statali.

Infatti, i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi adottati dagli organi di indirizzo politico e la emanazione di atti a rilevanza esterna in cui si compendiano tali funzioni ex art. 107 TUEL possono essere collegati a strutture organizzative caratterizzate da diverso grado di complessità, in ragione della fisiologica disomogeneità delle realtà territoriali amministrate e sulla base delle scelte effettuate in piena autonomia con statuti e regolamenti di organizzazione, venendo a formare conseguentemente oggetto di incarichi

apicali di diverso rilievo, non necessariamente affidati a personale dell'area della dirigenza, ma attribuibili a funzionari di altra qualifica "anche in deroga ad ogni diversa disposizione" (cfr. art.109, comma 2 TUEL), con analoghe responsabilità di prodotto e di risultato.

In armonia con tali disposizioni, la contrattazione collettiva disciplina, infatti, per tali Enti un'area dirigenziale ed un'area delle posizioni organizzative, alla quale possono appartenere esclusivamente i funzionari direttivi inquadrati nella categoria D, significativamente caratterizzata per l'attribuzione di ambiti di autonomia gestionale ed organizzativa molto vicini a quelli spettanti alla dirigenza ed alla quale viene comunemente riferita la denominazione di responsabili di uffici e servizi, che si ritrova in svariate norme del d.lgs. 267/2000 e che non ha altro significato apprezzabile se non quello di identificare la sostanziale titolarità di posti apicali non dirigenziali.

Ne consegue che la separazione fra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione postula indifferentemente in tale comparto la creazione di posti dirigenziali e/o di posti da responsabili di uffici e servizi, del tutto assimilati quanto a modalità di copertura, con personale di ruolo o con personale a contratto, come si desume rispettivamente dall'art. 50, comma 10, TUEL e dallo stesso art. 110 TUEL, che si riferiscono promiscuamente ad entrambe le tipologie di incarichi.

Poiché, peraltro, non può esservi dubbio che l'art. 19, comma 6, nei sensi indicati vada a integrare la sola disciplina inerente alla nomina dei dirigenti, continua a sussistere presso gli Enti Locali un' area di incarichi apicali, diversamente qualificati, per i quali è ammesso il conferimento *intuitu*

personae, senza altri limiti, né procedurali, né quantitativi, se non quelli della congrua motivazione delle scelte effettuate.

Si tratta di incarichi che potrebbero via, via assumere maggiore diffusione, in concomitanza con eventuali mutamenti organizzativi indotti dall'impossibilità di dare copertura a posti di rilievo dirigenziale stanti da un lato i limiti di carattere finanziario posti all'incremento della spesa di personale ed alle assunzioni a tempo indeterminato, dall'altro quelli che riguardano la nomina di dirigenti a contratto in argomento.

Ciò, ad avviso di questo Collegio, impone un ripensamento organico della disciplina concernente l'esercizio delle funzioni dirigenziali presso gli Enti locali, ad evitare che le nuove norme producano indirettamente effetti di segno diverso da quelli di continuità dell'azione e trasparenza nella nomina dei funzionari di vertice, che esse miravano a conseguire.

Vi è, poi, da considerare che il medesimo art. 110 TUEL, al comma 2, prevede, tanto per gli enti in cui è prevista la dirigenza, tanto per quelli che ne sono privi, la facoltà di conferire incarichi dirigenziali a contratto dello stesso tipo di quelli di cui è menzione nel comma 1, al di fuori della dotazione organica, in tal modo di fatto temporaneamente incrementata.

Si tratta di una forma di reclutamento temporaneo in deroga ai limiti della dotazione organica, che in base alla disciplina generale sono cogenti per la generalità delle amministrazioni pubbliche e segnatamente per quelle statali, sulle quali detta disciplina è conformata. Donde la sua natura di norma speciale del tutto estranea all'ambito applicativo delle nuove norme in materia di conferimento di incarichi dirigenziali (cfr. Sez. Riunite deliberazioni nn. 12-

13-14/CONTR/2011) e tuttora validamente applicabile da parte degli enti interessati.

Vale, in proposito, rilevare che tali conferimenti sono consentiti per legge secondo "i limiti, i criteri e le modalità" stabilite dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi e comunque in base a ragioni percentuali più favorevoli di quelle indicate dall'art. 19, comma 1, per la copertura con contratti a tempo determinato dei posti in dotazione, in quanto calcolate su basi più ampie (rispettivamente per gli enti con organico dirigenziale sul totale della dotazione della dirigenza e dell'area direttiva, e per gli altri enti sull'intera dotazione organica) e salva la possibilità di nominare in ogni caso almeno una unità, laddove il calcolo percentuale dia valori inferiori.

Tale forma di reclutamento extraorganico, ad avviso del Collegio, intuitivamente concepita per fronteggiare esigenze funzionali temporanee e straordinarie, rischia di venire di fatto piegata al soddisfacimento dei fabbisogni ordinari in alternativa rispetto al ricorso ad incarichi di cui al comma 1, assoggettati a limiti più stringenti, che in molte realtà ne cancellano in concreto l'applicazione, alimentando la diffusione di soluzioni organizzative estemporanee la cui razionalità e conformità al principio di buon andamento è compromessa *in re ipsa*.

Ed in effetti, mentre i limiti quantitativi inerenti alla nomina di dirigenti estranei, nella commisurazione fissa dell'art.19, comma 6, appaiono idonei ad affermare i principi di imparzialità e buon andamento, come declinati dalla Corte Costituzionale, nell'ambito della generalità delle amministrazioni statali, tutte dotate di ruoli dirigenziali più o meno cospicui, non altrettanto dicasi a

livello di Enti Locali, dove i ruoli dirigenziali constano di poche unità e dipendono dagli assetti organizzativi adottati dai singoli enti.

In tale contesto, il ricorso, con una certa flessibilità, allo strumento dell'incarico a contratto – ove correttamente motivato - appare utile a garantire la conformazione dell'organizzazione al fabbisogno, in un'ottica di buon andamento, senza produrre un irrigidimento strutturale della spesa e nel caso di nomina di funzionari interni, con limitati aggravii ulteriori di spesa, conformemente a principi di sana gestione finanziaria.

Viceversa, l'introduzione in materia di limiti rigidi influisce indirettamente sulle scelte organizzative, piegandole ad esigenze contingenti, non sempre collimanti con quelle funzionali ed alimentando prassi a volte fantasiose e distorsive, che certamente non giovano né alla razionalizzazione degli apparati, né alla riqualificazione della spesa.

P.Q.M.

Nei termini sopra indicati è il parere della Sezione.

La presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del Dirigente del Servizio di supporto, all'Amministrazione che ne ha fatto richiesta.

Il Relatore

f.to (dott. Maria Luisa Romano)

Il Presidente

f.to (dott. Vittorio Zambrano)

Depositata in Segreteria il 9 agosto 2011

Il Direttore del Servizio di Supporto

f.to (dott.ssa Chiara Samarelli)