



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai Magistrati:

| | |
|---------------------------|-------------------------|
| dott. Nicola Mastropasqua | Presidente |
| dott. Giuseppe Zola | Consigliere |
| dott. Alessandro Napoli | Referendario |
| dott.ssa Laura De Rentiis | Referendario |
| dott. Donato Centrone | Referendario |
| dott. Francesco Sucameli | Referendario (relatore) |
| dott. Cristiano Baldi | Referendario |
| dott. Andrea Luberti | Referendario |

nella camera di consiglio del 26 luglio 2012

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

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (T.U.E.L.);

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota n. 12693 pervenuta in data 17 luglio 2012, con la quale il comune di Tradate (VA) ha chiesto un parere nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla prefata richiesta;

Udito il relatore, Francesco Sucameli.

OGGETTO DEL PARERE

Il comune menzionato in epigrafe non ha rispettato, nel 2011, il Patto di stabilità interno. Tanto premesso, il sindaco chiede se una società, totalmente partecipata dal comune, possa effettuare assunzioni, segnatamente, con riguardo ai due seguenti profili professionali:

- i) reclutamento di un farmacista a tempo pieno ed indeterminato. In particolare, il comune chiede se sia estensibile alle società di capitali l'eccezione di cui all'art. 114, comma 5-bis, del T.U.E.L., che consente di non estendere "limiti e divieti" in materia di assunzioni agli organismi partecipati aventi forma di azienda speciale per determinati "settori esclusi", tra cui le farmacie;
- ii) assunzione di un direttore generale mediante un contratto a progetto.

Peraltro, a proposito di tale secondo profilo professionale, il comune riferisce che il contratto è già stato stipulato. Pertanto, l'Amministrazione civica avanza un terzo quesito subordinato al secondo, ovvero:

- iii) chiede di sapere, nel caso in cui questa Sezione acclarasse l'impossibilità teorica di assunzione a fronte di un divieto di legge, «quale sanzione scaturirebbe da tale assunzione per la società stessa e quali ripercussioni subirebbe il Comune».

PREMESSA

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2003 (recante la disciplina d'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3).

Pertanto, la prima questione che si pone, riguardo al descritto quesito, è quella del rispetto delle condizioni di legge per accedere alla funzione consultiva della Corte. A tal fine si rammenta che ai sensi dell'art. 7, comma 8, della citata legge n. 131 del 2003, Regioni, Province e Comuni possono chiedere alle Sezioni regionali – di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito – pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme

di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

AMMISSIBILITÀ SOGGETTIVA

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che, per consolidata giurisprudenza, gli enti elencati dalla legge possono rivolgersi direttamente alla Corte in funzione consultiva, senza passare necessariamente dal Consiglio delle autonomie locali.

Poiché il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a rappresentare l'ente (in sostituzione del sindaco, normalmente legittimato ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.), la richiesta di parere è proposta dall'organo legittimato a proporla ed è pertanto soggettivamente ammissibile.

AMMISSIBILITÀ OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, in premessa occorre rammentare che la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Secondo le Sezioni riunite della Corte dei conti – intervenute con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica, ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 – il concetto di contabilità pubblica deve essere incentrato sul *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici"* da intendersi in senso dinamico in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Deliberazione del 17 novembre 2010, n. 54).

Tuttavia, l'inerenza ad una materia di contabilità pubblica non esaurisce i presupposti di ammissibilità oggettiva di un quesito, presupposti che vanno ricavati, oltre che dalla lettera della legge, dalla natura della funzione consultiva. Essi vanno stabiliti in negativo, delineando il rapporto tra tale funzione e, da un lato, l'attività amministrativa, dall'altro, la funzione giurisdizionale civile, penale, amministrativa e contabile.

Rispetto all'attività amministrativa, questa Sezione, in più occasioni, ha riconosciuto che la funzione di cui al comma 8 dell'art. 7 della Legge n. 131/2003, è una facoltà conferita agli amministratori di Regioni ed enti locali per consentire loro di avvalersi, nello svolgimento delle funzioni loro intestate, di un organo neutrale e professionalmente qualificato, in grado di fornire gli elementi di valutazioni necessari ad assicurare la legalità della loro azione: è innegabile che i pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nello svolgimento dei procedimenti degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate.

Peraltro, la stessa giurisprudenza contabile ha puntualmente rammentato che dalla funzione consultiva resta esclusa qualsiasi forma di cogestione o co-amministrazione con l'organo di controllo esterno (cfr. *ex multis* parere sez. Lombardia, 11 febbraio 2009, n. 36). Quindi, i quesiti, oltre a riguardare una questione di contabilità pubblica, devono avere carattere generale ed essere astratti, cioè non direttamente funzionali all'adozione di specifici atti di gestione, che afferiscono alla sfera discrezionale della potestà amministrativa dell'ente.

In secondo luogo, oltre a non intervenire nell'attività amministrativa nei termini predetti, tale funzione consultiva non deve sovrapporsi con l'esercizio di altre funzioni di controllo della Corte, né tantomeno interferire con l'esercizio di funzioni giurisdizionali (in sede civile, penale, amministrativa o contabile).

Con specifico riferimento alla richiesta di parere oggetto della presente pronunzia, l'istanza risulta essere oggettivamente ammissibile e può essere esaminata nel merito, in quanto concernente la corretta applicazione di norme disciplinanti la spesa corrente dell'ente, segnatamente la spesa per il personale.

Non si ritiene peraltro ammissibile il quesito sub iii), in quanto, attenendo ad un'attività già realizzata e alle conseguenze giuridiche che ne deriverebbero al comune e alla propria società partecipata, costituisce un quesito in grado di interferire con la funzione amministrativa (su cui si chiede un sostanziale e atipico vaglio successivo di legittimità), nonché, con le funzioni giurisdizionali della stessa Corte e del giudice ordinario.

MERITO

1. Occorre innanzitutto rammentare che le scelte sulla politica del personale rientrano nella discrezionalità dell'ente, in particolare quelle sull'organizzazione degli uffici e delle proprie articolazioni organizzative su cui il comune esercita, in forma privatistica, l'eventuale "controllo analogo" o comunque, i poteri del socio privato unico.

In secondo luogo, appare evidente che i tre quesiti posti dal comune nascono dalla consapevolezza che il Legislatore ha ormai chiaramente affermato la regola secondo cui i "limiti e divieti" in materia di assunzioni, applicabili al comune, si estendono agli organismi partecipati.

In punto di riferimenti normativi, infatti, vengono in considerazione nel caso di specie una serie di norme appositamente dedicate alle società partecipate e, segnatamente, l'art. 18 comma 2-bis del D.L. n. 112/2008 (Legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133; comma inserito dall'art. 19 del D.L. n. 78/2009, convertito nella Legge n. 102/2009) e, da ultimo, l'art. 25, comma 1, del D.L. n. 1/2012, convertito nella legge n. 27/2012.

Entrambe le norme contengono una prescrizione in base alla quale le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni titolari delle partecipazioni di controllo, "divieti o limitazioni alle assunzioni di personale" si applicano alle società medesime (c.d. di "rinvio dinamico").

Peraltro, il nuovo art. 25 del D.L. n. 1/2012, nella parte in cui effettua il rinvio dinamico a "limiti e divieti" in materia di personale, si distingue dall'art. 18, comma 2-bis, del D.L. n. 112/2008, per l'ambito soggettivo d'applicazione: infatti, a differenza della norma più risalente, rivolta alle società a partecipazione pubblica, totale o di controllo, inserite, nel c.d. "elenco ISTAT" (che, ex art. 1 comma 3 della Legge n. 196/2009, consolidano i bilanci con quello dello Stato e delle altre amministrazioni pubbliche ai fini del rispetto dei parametri d'indebitamento netto e debito concordati in sede europea), quest'ultima norma si rivolge a tutte le società "affidatarie *in house*", anche non inserite nell'elenco sopra citato.

Trattasi delle società cui gli enti locali, in quanto interamente partecipate, possono affidare direttamente sia la fornitura di beni e servizi strumentali che di servizi pubblici locali (la norma rimanda, implicitamente, all'elaborazione giurisprudenziale, comunitaria e nazionale, di identificazione dei presupposti e requisiti del c.d. "affidamento *in house*").

Analoga norma è stata introdotta per le aziende speciali e le istituzioni, ad opera del comma 2 dello stesso art. 25 del D.L. n. 1/2012, mediante l'inserimento di un nuovo comma nell'art. 114 T.U.E.L. dedicato al regime giuridico di queste tradizionali articolazioni organizzative pubblicistiche degli enti locali (comma 5-bis). In proposito, la Sezione ha avuto modo di specificare che, come per le norme dettate in materia societaria, i divieti e i limiti in materia di assunzioni che si estendono ad aziende speciali ed istituzioni non possono che essere quelle che si applicano in capo all'ente locale di riferimento (Lombardia n. 219/2012/PAR del 21 maggio 2012, n. 119/2012/PAR del 4 aprile 2012 e n. 7/2012/PAR del 19 gennaio 2012) .

Peraltro, a differenza del comma 1 dell'art. 25 del D.L. n. 1/2012, il Legislatore, in sede di conversione, ha escluso dal "rinvio dinamico" a "limiti e divieti" in materia di assunzioni le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono "servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie" (c.d. "settori esclusi", cfr. il cit. parere della Sez. n. 119/2012/PAR).

2. Tanto premesso, considerato che il comune ha sfiorato il Patto di Stabilità, si tratta di verificare in che termini il divieto di assunzioni sancito dall'art. 76, comma 4, del D.L. n. 112/2008 per l'ente locale autore della violazione si estenda alla società partecipata.

La Sezione ha già evidenziato la totale traslazione del divieto in capo alle società partecipate per effetto delle su riportate norme di "rinvio dinamico" (cfr. in proposito deliberazioni n. Lombardia 113/2012/PAR del 4 aprile 2012 e n. 260/2012/PAR del 31 maggio 2012).

Infatti, appare evidente, in base ai citati dati normativi, che la società partecipata integralmente posseduta dal comune, così come il comune medesimo, non può procedere, nel 2012, a nessuna assunzione «*a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto. È fatto altresì divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione*» (art. 76, comma 4, del D.L. 112/2008).

Si sottolinea, altresì, che la perentorietà del divieto di cui al prefato art. 76 è contornato da disposizioni antielusive e porta ad escludere, per effetto del rinvio dinamico di cui si è riferito, che sia possibile effettuare da parte della società qualunque reclutamento, attraverso qualsiasi schema giuridico-causale che abbia come elemento centrale il tempo e il *facere* di un prestatore d'opera, sotto la direzione dell'ente locale.

2.1. Questo vale, in primo luogo, per l'assunzione del farmacista, a tempo pieno ed indeterminato, assunzione, peraltro, per la quale non è possibile avvalersi dell'eccezione contemplata dall'art. 114, comma 5-bis.

Si rammenta, infatti, che questa Sezione ha già evidenziato che l'eccezione per i "settori esclusi" di cui all'appena menzionata norma non può essere estesa, per analogia, agli organismi societari (cfr. ancora Lombardia 219/2012/PAR). Infatti, trattasi, appunto di disposizione eccezionale (derogante alla regola del rinvio dinamico) e come tale oggetto di stretta interpretazione in ossequio ai criteri interpretativi delle disposizioni preliminari al codice civile (art. 14).

Inoltre, il trattamento normativo differenziato appare essere ispirato ad una diversa *ratio* normativa: i due tipi organismi partecipati (società da un lato, aziende/istituzioni dall'altro) sono infatti connotati da significativi tratti differenziali. Ferma la comune natura – nel solo caso di società *in house* – di delegazione interorganica, il quadro normativo di riferimento della società pubblica è ben diverso sotto il profilo funzionale e strutturale rispetto all'azienda speciale. Da un lato, come noto, il quadro di azione è privatistico nel caso delle società, mentre si configura parzialmente pubblicistico per le aziende speciali ad esempio, per quanto concerne gli atti c.d. di autorganizzazione (cfr. le delibere della Sezione n. 18/2012 e n. 426/2010). Dall'altro, sotto il profilo della natura giuridica, l'azienda speciale è un ente pubblico economico, a differenza della società pubblica che è un soggetto di diritto privato e ciò può giustificare – in linea di principio – un diverso trattamento normativo (sul punto, cfr. da ultimo il parere della Sezione n. 147/2012 per quanto concerne la necessaria intermediazione

regolamentare per le società *in house*, invero assente nel rinvio dinamico delle aziende speciali).

2.2. Per quel che concerne la seconda assunzione (direttore generale con contratto a progetto ai sensi dell'art. 61 e ss. del Dlgs. n. 267/2003) – peraltro, in base a quanto riferito, già effettuata dal comune – si deve ribadire che la tale forma di contratto, da un lato, è assai simile a quella di collaborazione coordinata e continuativa di cui costituisce l'evoluzione normativa, dall'altro, che, in ogni caso, il carattere antielusivo del divieto di cui all'art. 76, comma 4, del D.L. n. 112/2008 ha una portata applicativa tale da assorbire qualsiasi forma di lavoro subordinato e parasubordinato al servizio dell'ente (e per effetto del rinvio dinamico, della società). Pertanto tale assunzione, come la precedente, deve ritenersi vietata alla luce delle disposizioni normative evocate.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'estensore
(Dott. Francesco Sucameli)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
30 luglio 2012
Il Direttore della Segreteria
(Dott.ssa Daniela Parisini)