

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA SICILIA

INCONTRO di STUDIO in memoria di NICOLA MAISANO

Le deroghe all'evidenza pubblica nella disciplina degli appalti, delle concessioni e dell'impiego pubblico

Palermo, 13 settembre 2023 ore 9,30
Palazzo Benso - Via Butera, 6

Gli incarichi a tempo nell'impiego pubblico tra obbligo di concorso, fiduciarità ed esigenze di attuazione dei programmi

di Fabrizio Giallombardo
Magistrato presso il TAR Sicilia, Palermo, sez. II

1. - L'accesso all'impiego pubblico. Il concorso pubblico quale forma di garanzia dell'uguaglianza tra i cittadini e dell'efficienza dell'Amministrazione

L'art. 97, ult. co., Cost., dispone che «*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvi i casi stabiliti dalla legge*».

L'attenzione data dai costituenti alle norme sull'Amministrazione, al tempo concepita come parte del potere esecutivo, non è stata particolarmente elevata, tenuto conto dell'impostazione allora dominante, che considerava il diritto amministrativo un “*ramo basso*” del diritto, non particolarmente meritevole di attenzione (Caranta).

Cionondimeno, nell'ambito delle discussioni preliminari alla redazione dell'art. 97, Cost., emerse, a un certo punto, l'importanza del **nesso tra professionalità della burocrazia e reclutamento per merito**.

Non si trattava certo di un'intuizione dei costituenti.

Gli studi di **Max Weber** avevano da tempo individuato siffatto nesso; ancora prima, l'art. 6 della **Dichiarazione universale** dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 aveva previsto l'accesso dei cittadini ai pubblici impieghi secondo la loro capacità.

Va altresì rammentato che, nel particolare contesto italiano, già **all'indomani dell'unità d'Italia** non furono poche le voci che si levarono a favore del concorso pubblico, visto come un rimedio ai mali di un'amministrazione già allora percepita come problematica (Melis).

La **logica di base** della selezione dei più meritevoli all'accesso al pubblico impiego è che l'opera dell'Amministrazione deve connotarsi per **imparzialità**, in ciò distinguendosi dall'indirizzo politico, che, per definizione è parziale e partigiano (Caranta).

Non per nulla la Costituzione ha declinato il **principio di eguaglianza** dei cittadini con specifico riguardo all'accesso ai pubblici uffici in modo da **evitare ogni forma di favoritismo** (cfr. art. 51, c. 1, Cost., in materia di accesso ai pubblici uffici in condizioni di uguaglianza. Sul punto, cfr. Corte cost., 2 dicembre 2021, n. 227).

Ciò dà le **migliori garanzie di selezione**, in ossequio al principio di efficienza dell'azione amministrativa (Caranta).

Nel nostro ordinamento il concorso pubblico si impone a **tutti i livelli** dell'Amministrazione pubblica: l'art. 97, Cost., parla infatti di “*pubbliche amministrazioni*” senza distinzioni di sorta.

La regola vale, ovviamente, anche a **livello regionale**, tenuto conto che le leggi regionali sono tenute, inevitabilmente, al rispetto della Costituzione (cfr. art. 117, c. 1, Cost.).

L'accesso all'amministrazione dà anche luogo a un rapporto di lavoro che, per quanto «*privatizzato*» o «*contrattualizzato*» nella maggior parte dei casi, resta sempre **connotato da non trascurabili diversità** con il rapporto di lavoro privato.

Basti pensare che i pubblici impiegati sono al **servizio esclusivo della Nazione** (art. 98, c. 1, Cost.). Di tale diversità ha risentito la normativa sul pubblico impiego, che ha costantemente escluso, ad esempio, la possibilità di accedere alle mansioni superiori in via di fatto (cfr. da ultimo, l'art. 52, d.lgs. n. 165 del 2001).

La regola del concorso pubblico, come emerge dal chiaro disposto dell'art. 97, Cost., **non è assoluta**.

Il legislatore ordinario ben può prevedere **deroghe**.

A patto, ovviamente che tali deroghe restino tali e **non sovvertano il rapporto** con la norma generale di selezione dei pubblici impiegati.

La giurisprudenza costituzionale ha, al riguardo, individuato nella **ragionevolezza** e nell'**armonia con le disposizioni costituzionali** le linee guida per valutare le deroghe all'obbligo del concorso.

È stato, in particolare, affermato che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico debba essere delimitata in modo **rigoroso**.

Tali deroghe sono state considerate legittime solo se:

- **funzionali al buon andamento dell'amministrazione;**
- adottate a fronte di **peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico** idonee a giustificarle;
- e, comunque, sempre che fossero stati previsti **adeguati accorgimenti** per assicurare che il personale assunto avesse la **professionalità necessaria** allo svolgimento dell'incarico (Corte cost., 2 dicembre 2021, n. 227; Corte cost., 27 febbraio 2020, n. 36; Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5).

Il richiamo alla **professionalità** evidenzia, ancora una volta, il timore che forme eccessivamente ampie di deroga al principio del concorso pubblico possano aprire la via a un'amministrazione in cui l'**elemento fiduciario prevalga su quello del merito**, con buona pace dei principi di efficacia, efficienza e imparzialità dei *public servant*.

È stato quindi **escluso**:

- il **passaggio di personale** da soggetti privati a enti pubblici (Corte cost., 25 novembre 2016, n. 258), anche tramite un'integrale riserva dei posti messi a concorso a favore di dipendenti di un ente privato (Corte cost., n. 227/2021, cit.);
- il passaggio nei ruoli regionali, a domanda, di dipendenti di enti pubblici economici o di società a totale partecipazione pubblica in servizio presso taluni uffici regionali (Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5);
- l'assegnazione diretta di incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'amministrazione regionale, facenti parte di società partecipate dalla Regione e ormai da tempo in liquidazione, correlata all'obiettivo, emergente dai lavori preparatori della legge, di una stabilizzazione per tale via del personale in questione e scevra da ogni riferimento a qualsivoglia delimitazione, in termini percentuali, né subordinata allo svolgimento di procedure di valutazione dell'attività svolta dal dirigente (Corte cost., 19 maggio 2017, n. 113);
- l'assegnazione di **incarichi dirigenziali a funzionari** dell'amministrazione mediante la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato, atteso che in tal modo sarebbe stato eluso il principio del pubblico concorso per il passaggio a una fascia funzionale superiore, al di là dell'unica ipotesi in cui è possibile che un funzionario assuma funzioni dirigenziali, ovvero quello della **reggenza** ex art. 20, d.P.R. n. 266 del 1987, funzionale a sopperire a vacanze nell'ufficio per cause imprevedibili (Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37).

I visti limiti alla deroga al concorso pubblico trovano applicazione anche nei confronti del **legislatore regionale** (cfr. Corte cost., 28 aprile 2011, n. 156).

I principi in materia di selezione del personale nelle pubbliche amministrazioni costituiscono, insomma, la "**bussola**" per orientarsi nelle complesse questioni concernenti il **ruolo della fiducia** nell'attribuzione di incarichi all'interno dell'amministrazione pubblica.

2. – Gli incarichi a tempo nell'Amministrazione pubblica

Andando più addentro nell'analisi del rapporto tra fiduciarità e azione amministrativa, il **cuore** della questione va rinvenuto nella possibilità che l'amministrazione si avvalga (a tutti i livelli) di **personale selezionato tramite criteri non puramente concorsuali**, con l'assegnazione (e, nei casi patologici, la *distribuzione*) di **incarichi**.

In termini generali, le amministrazioni pubbliche assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 36, c. 1, d.lgs. n. 165/2001).

Le amministrazioni possono, al più, avvalersi delle «*forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa*», purché sussistano «*comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*».

In entrambi i casi è fatto salvo il rispetto delle modalità di reclutamento di cui all'art. 35, d.lgs. n. 165 del 2001.

Vale a dire, del concorso pubblico.

La **questione cambia** quando si inizia a discutere di **incarichi individuali**, tanto nel pubblico impiego più in generale (artt. 7 e 19, d.lgs. n. 165 del 2001), quanto nel contesto solo apparentemente più “*di nicchia*” degli enti locali (artt. 108 e 110, d.lgs. n. 267 del 2000).

In termini generalissimi, può dirsi che la **tendenza del legislatore non è sempre univoca**: a disposizioni particolarmente severe (talora quasi **draconiane**) in ordine ai limiti (anche contabili) di selezione del personale “*esterno*”, si contrappongono non poche **disposizioni più “permissive”**.

Esempi di disposizioni del primo tipo sono quelle che:

- **limitano gli stanziamenti per i contratti di collaborazione** a una certa percentuale della spesa sostenuta negli anni precedenti (cfr. art. 6, c. 7, d.l. n. 78 del 2010, conv. con modificazioni dalla l. n. 122 del 2010, che ha previsto il limite del 20 per cento della spesa del 2009). Tale disposizione è stata poi estesa a enti territoriali ed enti del servizio sanitario nazionale (art. 4, c. 102, lett. b, l. n. 183 del 2011);
- impongono **oneri di comunicazione** in ordine alle consulenze esterne e agli incarichi (l'art. 53, c. 14, d.lgs. n. 165 del 2001, in particolare ha previsto che le amministrazioni pubbliche debbano: *a.* comunicare al dipartimento della funzione pubblica, in via telematica e in modo tempestivo i suddetti incarichi; *b.* rendere noti gli elenchi dei propri consulenti, precisando oggetto, durata e compenso dell'incarico. La stessa norma ha previsto, quale stimolo al controllo contabile, la **trasmissione alla Corte dei conti**, a opera del Dipartimento della funzione pubblica, delle amministrazioni che ogni anno non hanno trasmesso e pubblicato le informazioni in parola).

Esempi delle disposizioni del secondo tipo (**più permissive**) sono quelle che hanno previsto “*al rialzo*” la possibilità di nominare dirigenti esterni, soprattutto nell'ambito del PNRR (sul punto, cfr. *infra*).

Ancora, quando si discute di incarichi individuali a soggetti esterni all'amministrazione, non possono sottacersi le **notevoli difficoltà di ricostruzione della relativa disciplina**, ricca di:

- richiami;
- rinvii incrociati;
- norme non coordinate tra loro;
- norme di coordinamento contenute in plessi normativi differenti.

Ultimo aspetto, che tuttavia **resterà marginale** nell'odierna analisi, data la ristrettezza dei tempi, è la **sottile linea di confine** che separa le forme di collaborazione con l'amministrazione a titolo personale, da quelle di carattere più propriamente organizzato, consistenti in contratti di **appalto di servizi** di prestazioni d'opera intellettuale.

Per tali specifiche ipotesi, è opportuno segnalare **l'art. 8, c. 2, del d.lgs. n. 36 del 2023**, che in coerenza con il relativo criterio di delega (art. 1, c. 2, lett. l, l. n. 78 del 2022), ha stabilito il generale principio della **tendenziale onerosità** di tali prestazioni, che possono essere gratuite solo in casi eccezionali e previa adeguata motivazione.

Al di là di tali casi, l'Amministrazione è tenuta a garantire il principio dell'equo compenso.

Secondo la relazione al progetto di codice, la norma in questione, in quanto ha fatto riferimento alle «prestazioni d'opera intellettuale» (artt. 2229 ss., c.c.), è di stretta applicazione: nulla esclude che possano esservi contratti di prestazione d'opera **non** intellettuale a favore della pubblica amministrazione di carattere gratuito.

Ciò anche in ragione dei dubbi di costituzionalità e di compatibilità con il diritto eurounitario di una generalizzata esclusione dei contratti a titolo gratuito.

Con specifico riferimento all'equo compenso, l'art. 13-*bis*, l. n. 247 del 2012 ha già previsto tale principio per quanto riguarda gli avvocati: tale disposizione è stata oggetto di un'interpretazione restrittiva dalla giurisprudenza amministrativa (CdS IV, n. 7442 del 2021) che, nelle intenzioni del legislatore del codice, andrà superata dall'introduzione del visto art. 8, d.lgs. n. 36 del 2023.

Si tratta, tuttavia, di altra e complessa questione in merito alla quale, purtroppo, non ci si potrà soffermare oltre.

2.1. - L'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001

Può quindi passarsi alle disposizioni che più direttamente interessano il nostro incontro.

Si parta dall'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001.

Detta norma consente alle amministrazioni pubbliche – seppur con specifico riferimento a «**specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio**» - di conferire incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo.

Dal tenore della norma è chiaro che **non è possibile** ricorrere a tali incarichi per lo svolgimento delle **funzioni ordinarie**.

Ove ciò avvenga (e si verta quindi in quella forma patologica di *distribuzione* degli incarichi a cui si è fatto cenno in precedenza), il dirigente che ha stipulato i contratti andrà incontro a **responsabilità amministrativa**.

Ipotesi nient'affatto peregrina, specie se si pensa che su tali atti la Corte dei conti svolge il **controllo preventivo di legittimità** (cfr. art. 3, c. 1, lett. f-*bis*, l. n. 20 del 1994).

Il legislatore si è preoccupato di precisare che i contratti in questione debbano effettivamente concretizzarsi in una **prestazione di lavoro autonomo** (ammissibile solo ove ne ricorrano i relativi presupposti; cfr. Cons. St., sez. IV, 9 novembre 2021, n. 7442).

Prestano che non può essere, ovviamente, una forma «*mascherata*» di lavoro subordinato: è fatto **divieto** alle amministrazioni di «*stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*»; la violazione di tale divieto comporta la **nullità del contratto** e la **responsabilità erariale** dei dirigenti (art. 7, c. 5-*bis*, d.lgs. n. 165 del 2001).

Con specifico riguardo all'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 267 del 2000, dal 2017 è **venuto meno** il riferimento agli **incarichi di natura occasionale, coordinata e continuativa**. Ciò ha determinato parte della dottrina a ritenere che tali forme di collaborazioni non siano più conferibili dalle pubbliche amministrazioni; altri hanno invece ritenuto ancora possibili le collaborazioni coordinate e continuative nella pubblica amministrazione, seppure non più nella forma delle cc.dd. «*collaborazioni etero-organizzate*» (Favia, per una ricostruzione dettagliata del dibattito).

Gli incarichi di lavoro autonomo, poi, vanno assegnati nel rispetto di una serie di **requisiti**.

Anzitutto, di **matrice soggettiva**.

Gli incarichi in questione vanno assegnati a **esperti di particolare e comprovata specializzazione**, anche universitaria.

Si tratta di requisiti interpretati dalla stessa amministrazione (cfr. circ. 11 marzo 2008 n. 3 del Dipartimento della funzione pubblica e, più di recente, il parere n. 202/4 del 20 gennaio 2011) nel senso di ricomprendere soggetti in possesso, quantomeno, della **laurea magistrale o di altro titolo equivalente**. Tale requisito non può essere integrato dall'amministrazione (CdS, V, 13 aprile 2012, n. 2098), che può al più individuare i titoli di studio indispensabili per l'ammissione alla selezione pubblica (Favia).

Il possesso del titolo accademico, tuttavia, può essere ritenuto non necessario nell'ambito della discrezionalità riservata al **legislatore regionale** (Corte cost., sent. n. 70 del 2022, in merito agli “*esperti del Sindaco*” siciliani, su cui cfr. *infra*).

Da siffatto requisito è possibile **prescindere** solo in caso di contratti di collaborazione per attività che devono essere svolte da professionisti iscritti in **ordini o albi**, o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

In tali ipotesi resta tuttavia fermo il requisito della **esperienza** nel settore.

Un ulteriore **requisito soggettivo**, ma “*in negativo*”, si rinviene in norme esterne al d.lgs. n. 165 del 2001.

Il riferimento è all'attribuzione di **incarichi a personale ormai collocato in quiescenza**.

Già nel 1994 tale possibilità era stata esclusa nei confronti di coloro che avessero volontariamente cessato il rapporto di pubblico impiego per accedere alla pensione di anzianità anticipata (art. 25, c. 1, l. n. 724 del 1994).

Dal 2012, il divieto è stato esteso a tutti i lavoratori, pubblici e privati, collocati in quiescenza (art. 5, c. 9, d.l. n. 95 del 2012, conv. con modificazioni dalla l. n. 135 del 2012).

Resta ferma la possibilità di attribuzione di incarichi a **titolo gratuito** che, nel caso di incarichi dirigenziali e direttivi, non possono comunque essere superiori all'anno, non prorogabile né rinnovabile (in materia sanitaria la disposizione è stata derogata dall'art. 2-*bis*, d.l. n. 18 del 2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 27 del 2020); così come resta fermo il **limite anagrafico** di collocamento a riposto dei dipendenti pubblici (Corte dei conti Piemonte, sez. contr. Delibera del 28 maggio 2018, n. 66).

La *ratio* delle disposizioni sopra richiamate è quella di **escludere** che le amministrazioni si avvalgano, seppur in altre forme, di personale ormai in **quiescenza**; fenomeno, quest'ultimo, particolarmente diffuso nel comparto sanitario (Favia).

Dal punto di vista **oggettivo** non mancano poi le restrizioni.

Anzitutto, l'oggetto della prestazione deve **corrispondere alle competenze** attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve essere coerente con le esigenze dell'amministrazione medesima.

Sul punto, interessanti chiarimenti giungono dalla giurisprudenza della **Corte dei conti**, che ha escluso taluni incarichi dal perimetro dell'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001. Il riferimento è:

- all'incarico di **addetto stampa dell'Istituto autonomo case popolari** (C. conti, Sicilia, 25 giugno 2013, n. 2489);
- al rinnovo per diversi anni della direzione generale di un ufficio amministrativo nel policlinico Umberto I di Roma (C. conti, sez. centr. App., 4 maggio 2012, n. 339);

In secondo luogo, occorre il previo accertamento dell'**impossibilità oggettiva**, per l'amministrazione, di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno.

Di ciò occorre dare **congrua ed esaustiva motivazione** nel bando e nel provvedimento di conferimento, a pena di legittimità dell'incarico (C. conti, sez. III, centr. app. 10 agosto 2015, n. 409; C. conti Emilia Romagna, sez. contr., delibera 26 settembre 2022, n. 119).

In terzo luogo, occorre che la prestazione abbia **natura temporanea e altamente qualificata**. L'incarico è **rinnovabile** solo al fine di **completare il progetto** e per **ritardi non imputabili al collaboratore**, fermo restando il compenso originariamente pattuito.

La proroga dell'incarico in ogni altra ipotesi è causa di **responsabilità amministrativa** (Corte dei conti Calabria, 7 giugno 2022, n. 120).

Devono, infine, essere predeterminati **durata, oggetto e compenso** della collaborazione.

Chiarito **perché** e **a chi** possono essere attribuiti gli incarichi esterni, è opportuno chiarire **come** detti incarichi possono essere attribuiti.

La norma parla di una **procedura comparativa**.

In particolare, le amministrazioni pubbliche **disciplinano e rendono pubbliche**, secondo i propri ordinamenti, le procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione (art. 7, c. 6-*bis*, d.lgs. n. 165 del 2001).

In determinati casi la **giurisprudenza contabile** ha escluso la necessità del ricorso alla procedura comparativa:

- procedura comparativa andata deserta;
- unicità della prestazione sotto il profilo soggettivo;
- assoluta urgenza determinata dalla imprevedibile necessità della consulenza in relazione ad un termine prefissato o ad un evento eccezionale, ricordando che la “*particolare urgenza*” deve essere “*connessa alla realizzazione dell’attività discendente dall’incarico*” [*ex plurimis*, deliberazione Sez. Contr. Lombardia n. 67/2012/IADC].

Non è stata invece ritenuta possibile la pretermissione della procedura comparativa solo in ragione del **ridotto importo del compenso** riconosciuto ai collaboratori (Favia, per approfondimenti sulla giurisprudenza contabile).

La procedura comparativa in questione può essere **diversamente declinata dalle regioni**.

La Corte costituzionale ha chiarito che le regioni possono individuare **presupposti e modalità di conferimento degli incarichi**, senza che tale attività costituisca “*invasione di campo*” nella materia “*ordinamento civile*”, di cui all’art. 117, c. 2, lett. l, Cost. (Corte cost., sentenza n. 70/2022, cit.).

In un precedente di circa dieci anni addietro la Consulta aveva, tuttavia, tenuto fermo il principio per cui la selezione di personale esterno di diretta collaborazione non sarebbe potuta avvenire *solo* in base al rapporto fiduciario, in totale assenza di criteri di valutazione di professionalità e competenza (Corte cost., sent. n. 53 del 2012).

La sentenza n. 70 del 2022 della Consulta, nella misura in cui ha fatto salva la nomina di “*esperti del Sindaco*” nei comuni siciliani **in assenza di una procedura comparativa**, sembra aver superato siffatto orientamento, quantomeno con riguardo a incarichi particolarmente connotati da elementi fiduciari.

Va tuttavia rammentato che, anche rispetto a regioni, come la Sicilia, che conoscono un’ampia autonomia organizzativa degli uffici, l’art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001 è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale come una **norma di grande riforma economico-sociale**, con conseguente (tendenziale) applicazione delle relative disposizioni (Corte cost., sent. n. 70 del 2022).

Ciò posto, occorre soffermarsi sui **profili di giurisdizione** che investono la procedura comparativa di cui all’art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001.

A tale riguardo, l’orientamento più recente del giudice amministrativo è nel senso di trattenere la giurisdizione, in ossequio a una più **ampia nozione di “procedura concorsuale”** *ex* art. 63, c. 4, d.lgs. n. 165 del 2001 (CdS, III, 19 maggio 2020, n. 3191; **TAR Sicilia, II, 30 gennaio 2023, n. 231** con specifico riferimento a una selezione di **incarichi** nell’ambito del **PNRR**).

Si tratta di una posizione coerente con quanto affermato anche dal giudice di legittimità (CC SU 27 marzo 2017 n. 7757) con specifico riguardo ad assunzioni rese nell’ambito di procedure comparative di cui all’art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001 «*per far fronte alle medesime esigenze cui ordinariamente sono preordinati i lavoratori subordinati della P.A.*».

Tale opzione ermeneutica, equiparando l’assunzione di lavoratori subordinati e quella di lavoratori parasubordinati cui vengono attribuiti incarichi volti a realizzare identiche finalità, è più coerente con il sistema concepito dal legislatore per fare fronte, con personale assunto con tipologie contrattuali diverse ma tutte comunque di natura privatistica, alle medesime esigenze (CC SU, ord. 1 luglio 2016, n. 13531).

Può quindi ritenersi **superato** l’orientamento in passato emerso nella giurisprudenza amministrativa, volto a declinare la giurisdizione in favore del giudice ordinario in simili fattispecie (CdS IV, 26 novembre 2015, n. 5372).

Gli incarichi individuali di cui all’art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001 vanno poi **distinti dagli appalti di servizi**, che si connotano per la predominanza dell’aspetto imprenditoriale dell’opera; opera che, diversamente, nel caso degli incarichi di collaborazione, è tipicamente personale (CdS, III, 7067 del 2019; *ibidem*, V, 2730 del 2012).

Sul punto, può essere opportuno ricordare che, in ogni caso, l'art. 56, c. 1, lett. *m*, d.lgs. n. 36 del 2023 ha confermato l'**esclusione dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici i contratti di lavoro stipulati dalle PP.AA.**

3.2. Gli “esperti del Sindaco” in Sicilia: l'art. 14, L.R. n. 7 del 1992.

L'art. 14, L.R. n. 7 del 1992, interamente riformato dall'art. 9, c. 1, L.R. n. 5 del 2021, ha previsto una disciplina **parzialmente derogatoria** rispetto a quella appena vista in materia di incarichi conferibili dai Sindaci dei Comuni siciliani.

Le differenze principali riguardano:

- le modalità di selezione degli stessi;
- la qualificazione degli esperti;
- le attività svolte da costoro.

Il Sindaco ha la possibilità di conferire (**non** negli ultimi sei mesi del mandato) **incarichi a tempo determinato e rinnovabili** (che – per espressa previsione di legge – non costituiscono rapporto di pubblico impiego), a “*esperti estranei all'amministrazione*”.

La rinnovabilità dell'incarico – **laddove il rinnovo superi il mandato del sindaco** - è stata **espunta** a seguito dell'intervento della Corte costituzionale di cui si è già fatto cenno (Corte cost., sent. n. 70 del 2022), che ne ha rilevato il **contrasto con la disciplina di cui all'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001**, che – come detto – costituisce una norma di grande riforma economico-sociale, applicabile anche nei confronti dell'amministrazione siciliana, nonostante la riserva prevista nello Statuto in materia di organizzazione degli uffici.

Come si è detto, **non è prevista una forma di selezione pubblica** di questi “*esperti*”.

Ciò ha trovato spiegazione in ragione delle ampie attribuzioni garantite al Sindaco dalla L.R. n. 7 del 1992, che ha consentito l'individuazione di soggetti selezionati in base a un rapporto fiduciario e non a seguito di selezione comparativa (Corte cost., 15 marzo 2022, n. 70).

La scelta sul “*come*” individuare gli esperti – come anticipato - è stata ricondotta dalla Corte costituzionale alla materia “*regime degli enti locali*” di cui all'art. 14, lett. o) dello statuto regionale, con esclusione di ogni interferenza di tale procedura sulla materia “*ordinamento civile*”.

Gli “*esperti del Sindaco*”, pur nominalmente dotati di **documentata professionalità, non sono necessariamente laureati**: l'assenza di un titolo accademico del c.d. “*esperto*” può essere sostituita da “*ampia motivazione*” (art. 14, c. 3, L.R. n. 7 del 1992).

La possibilità di nominare esperti non laureati al di là delle ipotesi ammesse dalla disciplina nazionale, è stata “*salvata*” dalla Corte costituzionale, in ossequio all'orientamento per il quale le regioni possono, con legge, disciplinare **autonomamente i presupposti di conferimento dell'incarico** (Corte cost., sent. n. 70 del 2022).

Di fatto, l'unica forma di **controllo sulla nomina** degli “*esperti del Sindaco*” è di natura **politica**: il Sindaco trasmette ogni anno al Consiglio comunale una dettagliata relazione sull'attività degli esperti (art. 14, c. 4, L.R. n. 7 del 1992).

Altra questione interessante è quella del **numero degli esperti**, per i quali la legge regionale non si basa **sulla dotazione organica del Comune, ma sulla popolazione**.

Gli esperti non possono allora essere:

- più di due nei Comuni sino a 30.000 abitanti;
- più di tre nei Comuni tra i 30.000 e i 250.000 abitanti;
- più di quattro nei Comuni con più di 250.000 abitanti.

Tali limiti, peraltro, sono connessi a **ragioni di tipo contabile**, tanto che è possibile derogarvi ove gli incarichi siano a titolo gratuito (art. 14, c. 2-*bis*, l.r. n. 7 del 1992).

Dal punto di vista economico, gli “*esperti del Sindaco*” hanno il trattamento corrispondente a quello dei dirigenti, ferma restando la possibilità dell'attribuzione gratuita dell'incarico (art. 14, c. 5, L.R. n. 7 del 1992).

Chiarito “*chi*” sono gli esperti del Sindaco in Sicilia, va compreso quali **attività** possono compiere.

In linea di principio, la loro attività, all'esito della riforma del 2021, è **definita dall'atto di conferimento dell'incarico** (che ne prevede "oggetto" e "finalità").

Il provvedimento di conferimento non può avere una motivazione eccessivamente generica, ma deve **puntualmente indicare le attività svolte** dall'esperto (Corte dei conti Sicilia, sez. giurisd., delibera 30 dicembre 2019, n. 958), connesse alle attribuzioni sindacali (Corte dei conti Sicilia, sez. giurisd., 17 ottobre 2018, n. 825).

La **riforma del 2021** aveva **tentato di estendere** l'attività degli esperti (originariamente limitata al supporto all'attività di indirizzo politico-amministrativo) anche al supporto agli uffici in **materie di particolare complessità**, per le quali l'ente abbia **documentabili carenze** delle specifiche professionalità (art. 14, c. 1, L.R. n. 7 del 1992).

La Corte costituzionale ha tuttavia **espunto** tale riferimento (Corte cost., sent. n. 70 del 2022) in quanto:

- l'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001, ha di norma escluso che gli incarichi esterni possano essere svolti per lo svolgimento delle **attività ordinarie dell'ente**, com'era invece previsto dalla disciplina siciliana;
- il rischio di una "**contaminazione**" tra gli atti di pertinenza dell'organo politico e quelli a carattere gestionale, con affievolimento della distinzione tra politica e amministrazione.

2.2. – L'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001

Compiuta una (pur sommaria) ricostruzione della disciplina in materia di attribuzione di incarichi di lavoro autonomo, resta da affrontare l'altra – non meno complessa e articolata – questione dei "**dirigenti esterni**".

Occorre, in altre parole, discutere dell'**art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001**.

La disposizione prevede, anzitutto, una **limitazione numerica**: gli incarichi dirigenziali possono essere assegnati a soggetti esterni all'amministrazione di appartenenza nel limite del **10% dei dirigenti di prima fascia** e dell'**8% dei dirigenti di seconda fascia**.

L'aver menzionato i suddetti limiti numerici consente di approfondire talune questioni di cui si è fatta menzione.

Si è parlato, in precedenza, della **contraddittoria tendenza del legislatore** di accompagnare misure (quasi) draconiane a disposizioni più permissive, nonché della **difficoltà di ricostruire la disciplina** in materia di incarichi in ragione della pletora di disposizioni contenute in norme esterne al testo unico del pubblico impiego.

Di ciò si ha una **plastica dimostrazione** proprio con riguardo alle suddette percentuali di dirigenti esterni che, *a una prima lettura* dell'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001, appare così chiara da non richiedere nemmeno particolari approfondimenti.

Non è così.

Lungi dall'intendere elencare tutte le possibili deroghe alle percentuali di dirigenti esterni, ciò che interessa è dare un'idea di quanto articolate siano tali deroghe; al punto che **ci si potrebbe chiedere quando la regola generale trovi effettiva applicazione**.

Di seguito una serie di ipotesi, raggruppate per tipologia di deroga e fonte normativa:

- alcune sono già previste nel **testo unico sul pubblico impiego**:
 - con riguardo agli **enti di ricerca** di cui all'art. 8, D.P.C.M. n. 593 del 1993 (ad es.: I.S.S.; I.S.T.A.T.) i dirigenti esterni possono essere il **20%** dei dirigenti di prima fascia e al **30%** dei dirigenti di seconda fascia, purché gli incarichi eccedenti le suddette percentuali siano conferiti a personale in servizio con qualifica di ricercatore o tecnologo previa selezione interna volta ad accertare il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità da parte dei soggetti interessati nelle materie oggetto dell'incarico, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente (art. 19, c. 6-*quater*, d.lgs. n. 165 del 2001).

- ove l'attribuzione dell'incarico avvenga a seguito di un'**infruttuosa procedura di interpello** e previo coinvolgimento di una primaria società di selezione di personale dirigenziale, con valutazione delle candidature da parte di una commissione indipendente, è esclusa l'applicazione delle percentuali di cui all'art. 19, c. 6, cit. (art. 28-*bis*, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001). In questo caso viene stipulato un contratto di lavoro di diritto privato a tempo determinato, per un tempo non superiore a tre anni.
- altre sono previste in leggi speciali sono hanno riguardato **Ministeri oggetto di riorganizzazione**:
 - con riguardo al **Ministero del turismo** è stato previsto che, fino al 31 dicembre 2026, nelle more della conclusione delle procedure concorsuali per il conferimento di incarichi dirigenziale, i limiti sopra visti sono elevati al 50 e al 30 per cento (art. 7, c. 13, del d.l. n. 22 del 2021, conv. dalla l. n. 55 del 2021);
- altre deroghe sono invece collegate a **specifiche esigenze dei Ministeri**:
 - quanto ai dirigenti di seconda fascia, per il triennio 2016-2018 sono state previste deroghe per i dirigenti tecnici del **Ministero dell'istruzione** (art. 1, c. 94, l. n. 107 del 2015);
 - nel **Ministero delle infrastrutture e dei trasporti**, nei trienni 2020-2022 e 2023-2025, è prevista una percentuale del 12% dei dirigenti di prima fascia (art. 1, c. 158, l. n. 160 del 2019);
 - il **Ministero dello sviluppo economico** può:
 - derogare ai limiti di cui all'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001 per lo svolgimento di attività di supporto al **Garante sulla sorveglianza dei prezzi** (art. 7, c. 2, d.l. n. 21 del 2022, conv. con modif. dalla l. n. 51 del 2022);
 - assumere un dirigente di livello non generale nell'ambito dell'attività di rilascio di una certificazione sulla qualificazione di investimenti in materia di ricerca farmacologica anche in deroga alle disposizioni dell'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 23, c. 6, d.l. n. 73 del 2022, conv. con modif. dalla l. n. 122 del 2022);
- altri interventi ancora sono collegati a **riforme più generali** del sistema-Paese:
 - l'art. 1, c. 15, d.l. n. 80 del 2021, conv. con modificazioni dalla l. n. 113 del 2021, in materia di PNRR, ha previsto che le amministrazioni impegnate nell'attuazione del **PNRR** possono **raddoppiare le percentuali** in questione, con riguardo alle posizioni dirigenziali vacanti relative a compiti strettamente e direttamente funzionali all'attuazione degli interventi del piano.

Emerge, insomma, una **certa difficoltà del legislatore** a dare coerentemente seguito alle previsioni del testo unico del pubblico impiego in materia di percentuali di dirigenti esterni.

Difficoltà che si tramuta in una vera e propria "**fuga dalle percentuali**" con interventi legislativi *ad hoc*, per lo più favorevoli a singoli Ministeri; Ministeri che, evidentemente, si sono dimostrati ben più incisivi di altre amministrazioni nell'ottenere provvedimenti legislativi di questo tipo.

Occorrerebbe chiedersi, da un punto di vista di **gestione delle risorse umane**, quanto simili deroghe siano giustificate dall'assenza di adeguate professionalità all'interno delle amministrazioni e quali misure, nel caso, potrebbero essere assunte per risolvere, a livello strutturale, siffatto problema.

Si tratta di una riflessione che, per evidenti ragioni, esula dall'odierno incontro.

L'unica ragionevole conclusione dalla pur rapida analisi della disciplina derogatoria passata in rassegna è che le percentuali indicate dall'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001, costituiscono per l'interprete una **indicazione di massima**, essendo necessario verificare, caso per caso, se per *quella* singola amministrazione o per *quel* singolo incarico dirigenziale siano o meno previste norme derogatorie.

L'ulteriore **domanda** da porsi è, verosimilmente, quanto simili deroghe potrebbero resistere al **vaglio di ragionevolezza** rispetto alle previsioni della Carta costituzionale, tenuto conto che il livello

di dettaglio che le predette disposizioni possono talora raggiungere potrebbe persino far **dubitare della generalità e astrattezza** della disposizione, imponendo il più rigido scrutinio di “*stretta costituzionalità*” che connota le leggi-provvedimento.

Fatta questa premessa sulle percentuali dei dirigenti esterni, può dirsi ora dei criteri di attribuzione dei relativi incarichi che ricalcano, anche se non integralmente, quelli già visti nell’art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001.

È richiesto, in particolare, uno **stringente onere di motivazione** in ordine al provvedimento di conferimento dell’incarico dirigenziale esterno, il quale deve:

- dare atto della “**particolare e comprovata qualificazione professionale**”.
 - al riguardo, una differenza con l’art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001 è che, in questo caso è la stessa disposizione di legge a precisare che la formazione universitaria richiesta non possa essere inferiore alla **laurea specialistica, magistrale o al vecchio diploma di laurea**.
- precisare che tale qualificazione professionale non è rinvenibile nei ruoli dell’amministrazione.
 - sul punto, il riferimento è inteso dalla giurisprudenza contabile come ai ruoli dirigenziali (Corte dei conti, sez. contr., delibera 23 agosto 2022, n. 4);
- dare atto, in alternativa:
 - dello **svolgimento dell’attività dirigenziale** per almeno un quinquennio in una serie di enti (organismi ed enti pubblici o privati ovvero aziende pubbliche o private);
 - della **particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica** desumibile dalla formazione universitaria e postuniversitaria, da pubblicazioni scientifiche e da concrete esperienze di lavoro maturate per almeno un quinquennio, anche presso amministrazioni statali, ivi comprese quelle che conferiscono gli incarichi, in **posizioni funzionali previste per l’accesso alla dirigenza**;
 - della provenienza dai settori della **ricerca**, della **docenza universitaria**, delle **magistrature** e dei ruoli degli **avvocati e procuratori dello Stato**.

Come nel caso degli incarichi di cui all’art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001, con riguardo agli incarichi dirigenziali è una fonte esterna a chiarire taluni aspetti inerenti all’**età massima del dirigente esterno**.

È stato, infatti, previsto che i **limiti di età** per il collocamento a riposto dei dipendenti pubblici si applicano anche ai fini dell’attribuzione degli incarichi dirigenziali di cui all’art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 33, c. 3, d.l. n. 223 del 2006, conv. con modif. dalla l. n. 248 del 2006).

Quanto al trattamento economico, è prevista la possibilità di un’**integrazione** con un’indennità commisurata alla *specific*a qualificazione professionale, tenendo conto della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali.

Limitatamente agli **incarichi dirigenziali apicali** (vale a dire, segretario generale di ministeri o di uffici dirigenziali generali *ex* art. 19, c. 3 e 4, d.lgs. n. 165 del 2001) è stata inoltre disposta la pubblicazione dei dati reddituali (art. 14, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, come risultante dalla sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale).

Per i dirigenti esterni **non è prevista alcuna procedura comparativa**.

La giurisprudenza, in punto di giurisdizione, è chiara: in materia di conferimento di incarichi dirigenziali la giurisdizione è del giudice ordinario, **anche se tale conferimento implica l’assunzione di soggetti esterni all’amministrazione** (CC SU, 6 novembre 2018, n. 28222, C.G.A.R.S., sez. giurisd., 16 marzo 2020, n. 171).

Ciò in ragione della generale previsione di cui all’art. 63, c. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, che riserva al G.O. anche le controversie in ordine all’**assunzione** nella pubblica amministrazione nonché quelle su conferimento e revoca di incarichi dirigenziali e dell’assenza di una procedura concorsuale per il conferimento degli incarichi, che restano determinazioni negoziali assunte dall’amministrazione con i poteri e le capacità del datore di lavoro. Questo vale soprattutto ove, all’esito della selezione dei

candidati, la scelta finale sia rimessa a una **valutazione dell'organo politico** (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanza 28 febbraio 2019, n. 6040; Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2019, n. 7071).

Residua la **giurisdizione amministrativa** solo con riguardo agli atti di **macro-organizzazione** attraverso i quali sono definite le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento di titolarità degli stessi (Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2019, n. 7071).

La stessa **Corte costituzionale** ha in più occasioni qualificato il conferimento di tali incarichi come afferente la materia "**ordinamento civile**", con conseguente declaratoria di incostituzionalità di norme regionali che disponevano proroghe *ex lege* di incarichi dirigenziali (di recente, cfr. la sentenza n. 84 del 2022 della Corte costituzionale, che ha dichiarato incostituzionale una norma della regione Lombardia - l'art. 3, c. 1, L.R. n. 7 del 2021 - che prorogava di diritto tutti i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato del personale con qualifica dirigenziale presso la giunta).

Parimenti incostituzionali sono state dichiarate norme regionali che hanno previsto **differenti requisiti di accesso** alla carriera dirigenziale (Corte cost., sent. n. 255 del 2022).

La giurisdizione amministrativa è residuale, riguardando i soli atti di macro-organizzazione attraverso i quali le amministrazioni definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli incarichi (CdS V, 18 ottobre 2019, n. 7071).

Quanto allo svolgimento concreto dell'incarico dirigenziale, una volta che l'*extraneus* è entrato a far parte dell'amministrazione, **non vi sono differenze sostanziali rispetto ai dirigenti interni**: ai dirigenti "*esterni*" si applicano le previsioni normative relative alla fissazione di obiettivi, alla verifica dei risultati, alla responsabilità dirigenziale e, conseguentemente, anche le tutele **contro forme di *spoil system* particolarmente "aggressive"** (cfr. Corte cost., sent. n. 15 del 2017.).

2.2.1. – I dirigenti generali "esterni" in Sicilia.

L'art. 9, c. 8, l.r. n. 10 del 2000 prevede la possibilità di nominare dirigenti esterni per gli incarichi di dirigente generale, nel limite del **5% della dotazione organica**.

Si è già detto del fenomeno di "**fuga dalle percentuali**" del legislatore nazionale, che imponeva di verificare "*caso per caso*" l'effettiva applicazione delle percentuali di dirigenti esterni previste dall'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001.

In Sicilia **questa "fuga" è stata ancora più netta** (anche se, per certi versi, più coerente), dato che il limite del 5% è stato **modificato in via generale**: i dirigenti esterni, già nel 2003, potevano essere pari al 20% della dotazione organica (art. 11, c. 7, l.r. n. 20 del 2003) e, dal 2008, possono essere pari al 30% della stessa (art. 2, c. 3, l.r. n. 19 del 2008, che ha modificato l'art. 11, c. 7, l.r. n. 20 del 2003).

Ciò, tuttavia, è avvenuto con una peculiare **tecnica legislativa**.

Il legislatore siciliano, piuttosto che modificare la norma generale, ha introdotto le nuove percentuali di dirigenti esterni in **norme finanziarie e di bilancio**, rendendo ancora una volta difficoltosa persino l'individuazione della generale percentuale di dirigenti generali esterni nell'amministrazione regionale.

Sempre a proposito di richiami legislativi "*perfettibili*", va dato atto che la disposizione in materia di dirigenti generali "*esterni*" siciliani (antecedente al d.lgs. n. 165 del 2001 e, sul punto, mai modificata) **richiama il previgente d.lgs. n. 29 del 1993**.

La questione è stata da tempo risolta in giurisprudenza: il rinvio al d.lgs. n. 29 del 1993 (presente in diversi punti della l.r. n. 10 del 2000) è stato interpretato come dinamico ed esteso, quindi, al d.lgs. n. 165 del 2001 (C.G.A.R.S, sez. giurisd., sent. n. 488 del 2009).

2.3. – Gli incarichi a contratto negli enti locali

Ci si può ora avviare alla fine della discussione, dando conto di come le disposizioni in materia di incarichi esterni sono declinate nel particolare contesto degli enti locali (e fermo quanto già detto con particolare riguardo agli "*esperti del Sindaco*" siciliani).

Si tratterà, in altre parole, degli artt. 108 e 110, d.lgs. n. 267 del 2000.

2.3.1. L'art. 108, d.lgs. n. 267 del 2000 – il city manager

L'art. 108, d.lgs. n. 267 del 2000, confermando quanto statuito dal previgente art. 51-*bis*, l. n. 142 del 1990, ha previsto la nomina di un direttore generale, **al di fuori della dotazione organica** e con contratto a tempo determinato, secondo i criteri stabiliti dal regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi.

Il direttore generale è previsto nei comuni con popolazione superiore a **100.000 abitanti**.

Come già evidenziato in altri punti della presente relazione, il riferimento al numero di abitanti superiore a 100.000 **non è presente nella norma generale** (che continua a fare riferimento ai comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti), ma in una **disposizione esterna al testo unico**, con le conseguenti difficoltà nella ricostruzione della disciplina applicabile (cfr. art. 2, c. 186, lett. *d*, l. n. 191 del 2009).

Il *city manager* ha compiti di **raccordo** tra Sindaco e amministrazione.

Egli, in particolare:

- provvede ad attuare gli indirizzi e gli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente, in conformità alle direttive ricevute dal Sindaco;
- sovrintende alla gestione dell'ente, perseguendo livelli ottimali di efficacia e di efficienza;
- predispone il piano dettagliato degli obiettivi di cui all'art. 197, c. 2, lett. *a*, d.lgs. n. 267 del 2000 e propone il piano esecutivo di gestione di cui all'art. 169, d.lgs. n. 267 del 2000 (oggi sostituiti dal Piano integrato di attività e organizzazione, "PIAO", *ex* art. 2, c. 1, d.P.R. n. 81 del 2022).

Al direttore generale **rispondono i dirigenti dell'ente**, fatta eccezione quanto al segretario del comune o della provincia.

La **logica di fondo** è quella di riprodurre, in amministrazioni pubbliche particolarmente complesse quali i comuni di maggiori dimensioni, la figura di un **manager, in modo non dissimile da quanto avviene nelle aziende private**, in un'ottica di efficientamento dell'azione amministrativa (Gabriele).

Il rapporto tra Sindaco e direttore generale è di tipo **fiduciario**:

- i criteri di selezione sono rimessi al regolamento di organizzazione degli uffici;
- la sua nomina è un atto fiduciario e di alta amministrazione (Gabriele);
- egli può essere revocato dal sindaco, previa conforme deliberazione della giunta;
- la sua durata non può comunque eccedere quella dell'organo politico (art. 108, c. 2, d.lgs. n. 267 del 2000).

La forte accentuazione del legame fiduciario ha portato a critiche da parte della dottrina, per la presenza del rischio di un suo eccessivo indebolimento, a favore di un rafforzamento dell'organo politico (Gabriele).

2.3.2. L'art. 110, d.lgs. n. 267 del 2000 – gli incarichi esterni (dirigenziali e non)

2.3.2.1. I dirigenti esterni

L'art. 110, d.lgs. n. 267 del 2000, disciplina gli incarichi a contratto negli enti locali.

I primi due commi distinguono, in particolare, tra dirigenti "*a contratto*", individuati all'interno della dotazione organica (c. 1), e dirigenti esterni all'amministrazione locale (c. 2).

Come risulta comprensibile dalle premesse svolte, si tratta di una norma eccezionale, tanto rispetto al generale reclutamento nell'amministrazione pubblica, quanto al reclutamento dei dirigenti pubblici (Gabriele), la cui fisiologica modalità di ingresso nella P.A. resta il concorso pubblico (C. Conti, sez. centr. di controllo, delib n. 5 del 2018).

Anche per l'art. 110, d.lgs. n. 267 del 2000 le **difficoltà di ricostruzione** della disciplina non sono poche.

La norma va, in particolare, coordinata con l'art. 19, c. 6-*ter*, d.lgs. n. 165 del 2001, a mente del quale le disposizioni in materia di conferimento di incarichi a dirigenti esterni (di cui al visto art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001) si applicano alle amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 156 del 2001 e, quindi, anche agli enti locali.

La Corte costituzionale ha ritenuto la norma conforme alla Costituzione in ragione della riconduzione della fattispecie alla materia “**ordinamento civile**”, di competenza esclusiva dello Stato (Corte cost., sent. n. 324 del 2010).

Quanto ai dirigenti a contratto “*interni*”, l’art. 110, d.lgs. n. 267 del 2000 rinvia, anzitutto, all’autonomia statutaria in merito alla possibilità che i posti dei responsabili dei servizi o degli uffici, nonché di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, siano attribuiti con la stipula di contratti a tempo determinato (art. 110, c. 1, d.lgs. n. 267 del 2000).

Con specifico riguardo ai posti di qualifica dirigenziale, è il regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi a prevedere la **quota di tali contratti per la singola amministrazione**, che non può comunque superare comunque il 30% dei posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica (art. 110, c. 1, d.lgs. n. 267/2000).

Ancora una volta **la percentuale è stata rivista in aumento**.

È infatti possibile giungere sino al **50%** della dotazione organica con riguardo agli **enti locali incaricati dell’attuazione degli interventi finanziati**, in tutto o in parte, con le risorse del **PNRR** (art. 8, c. 1, d.l. n. 13 del 2023, conv. con modif. dalla l. n. 41 del 2023).

L’art. 110, c. 1., d.lgs. n. 167 del 2000 impone, poi, l’**obbligo di una selezione pubblica** per accertare, in capo agli interessati, il possesso della comprovata esperienza pluriennale e la specifica professionalità per le materie oggetto dell’incarico.

Si tratta di una **selezione priva di natura concorsuale**, che si connota per la scelta fiduciaria da parte del Sindaco (che, ai sensi dell’art. 50, d.lgs. n. 267 del 2000 è competente in materia di attribuzione degli incarichi dirigenziali, nell’ambito di un elenco di soggetti idonei sulla base di requisiti di professionalità), con conseguente **devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario** (Cons. St., sez. V, 24 maggio 2021, n. 3993; Cons. St., sez. III, 6 aprile 2021, n. 2774; C.G.A.R.S., sez. giurisd., 16 marzo 2020, n. 171).

Tra i **requisiti professionali**, anche se non espressamente previsto dall’art. 110, d.lgs. n. 267 del 2000, è necessaria la **laurea**: ciò in ragione del combinato disposto di tale norma con l’art. 19, d.lgs. n. 165 del 2001 (Corte dei conti, sez. I app., 23 giugno 2021, n. 228).

L’**art. 110, c. 2**, d.lgs. n. 267 del 2000, come detto, si occupa dei dirigenti esterni negli enti locali.

La relativa disciplina va **coordinata con la regolamentazione generale** sui dirigenti esterni, con la conseguenza, che anche in tale fattispecie non può venir meno lo stringente obbligo di motivazione in ordine alla **mancanza di professionalità interne** all’amministrazione e ai relativi requisiti previsti per la loro nomina.

In generale, il regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi dovrebbe distinguere tra:

- enti per i quali è prevista la dirigenza;
- altri enti.

Per i primi il suddetto regolamento deve stabilire *limiti, criteri e modalità* con le quali possono essere stipulati, *al di fuori della dotazione organica*, contratti a tempo determinato *per dirigenti e alte specializzazioni*.

La percentuale massima in questo caso è del **5% del totale della dotazione organica della dirigenza e dell’area direttiva**; comunque per almeno un’unità.

Negli **altri enti** il medesimo regolamento, ferma la previsione di *limiti, criteri e modalità*, consente di stipulare siffatti contratti anche con “*funzionari esterni*”.

La percentuale prevista, in questo caso, è sempre del 5% della dotazione organica dell’ente, arrotondando il prodotto all’unità superiore, o a una unità per enti con dotazione organica inferiore alle 10 unità.

La giurisprudenza contabile ha sostenuto che il **conferimento di siffatti incarichi non possa prescindere da una procedura comparativa**, volta a individuare il soggetto più idoneo allo svolgimento dell’incarico (Corte dei conti, sez. contr. Legittimità, delibera 5 febbraio 2016, n. 2).

In alcune pronunce la Corte dei conti ha sostenuto che il mancato rispetto delle disposizioni di cui all’art. 110, d.lgs. n. 267 del 2000 per l’affidamento di un incarico esterno, se da un lato è certamente illegittimo, dall’altro **non è ex se fonte di responsabilità erariale**, ove sia dimostrato che il corrispettivo non sia stato eccessivo o sproporzionato (Corte conti Piemonte, 14 aprile 2022, n. 106).

Non si tratta, comunque, di un orientamento univoco (in senso contrario, cfr. Corte dei conti Sicilia, sez. app. 5 settembre 2022, n. 152, in materia di “*esperti del Sindaco*”).

Quanto alla **durata dei contratti** in questione, occorre coordinare:

- la previsione dell'art. 110, c. 3, d.lgs. n. 267 del 2000, secondo la quale detti contratti non possono superare il mandato elettivo del sindaco o del presidente della provincia;
- con la diretta applicabilità delle norme sui dirigenti esterni anche agli enti locali (art. 19, c. 6-ter, d.lgs. n. 165 del 2001), con conseguente applicazione della durata minima dell'incarico pari a tre anni e una durata massima di cinque anni.

Su tale questione si è pronunciata la giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto **prevalente la disposizione generale** del testo unico del pubblico impiego (Cass. civ., sez. lav. 13 gennaio 2014, n. 478), seguita sul punto dalla giurisprudenza contabile (Corte dei conti Emilia-Romagna, sez. contr. Delibera del 25 ottobre 2021, n. 220).

Se l'incarico è almeno triennale, occorre anche chiedersi quale sia la conseguenza della stipula di un incarico infratriennale.

Sul punto, va segnalata la posizione emersa in dottrina, secondo la quale l'eventuale previsione della durata dell'incarico al di sotto del triennio sarebbe **nulla per violazione di norme imperative** (Gabriele).

Nel periodo di durata degli incarichi in questione (sia quelli di cui al c. 1 che quelli di cui al c. 2) i dipendenti delle PP.AA. sono collocati in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio (art. 110, c. 5, d.lgs. n. 267 del 2000).

Quanto al **trattamento economico**, la disposizione rinvia ai contratti collettivi nazionali e decentrati per il personale degli enti locali.

È anche possibile la previsione di un'**indennità ad personam**, commisurata alla specifica qualificazione professionale e culturale, che tenga altresì conto della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali.

In proposito, va segnalato che la giurisprudenza contabile ha precisato che:

- la scelta di corrispondere tale indennità va valutata e motivata con riguardo all'*an* e al *quantum* della medesima, avuto riguardo al combinato disposto dell'art. 110, c. 3, d.lgs. n. 267 del 2000 e 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001;
- detta indennità **non può essere riconosciuta** a chi faccia già parte del comparto pubblico. Essa, come detto, tiene conto di parametri tipici del mercato delle professioni (durata dell'incarico e condizioni di mercato), utilizzabili solo con soggetti terzi rispetto all'amministrazione, volti a compensare lo “*svantaggio*” derivante dalla durata condizionata del rapporto e/o dall'uscita dal mercato (Corte dei conti Basilicata, sez. contr. Delibera 26 ottobre 2017, n. 69).

Il contratto, in ogni caso, è risolto di diritto in caso di dissesto o laddove l'ente versi in situazioni strutturalmente deficitarie (art. 110, c. 4, d.lgs. n. 267 del 2000). Questa regola non trova applicazione fino al 31 dicembre 2026 (art. 8, c. 2, d.l. n. 13 del 2023, conv. con modificazioni dal dalla l. n. 41 del 2023).

2.3.2.2. Gli incarichi esterni

L'art. 110, c. 6, prevede la possibilità che con regolamento si prevedano “*collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità*” con specifico riguardo a “*obiettivi determinati*” e previa la stipula di “*convenzioni a termine*”.

La disposizione, a una *prima lettura*, appare piuttosto generica, soprattutto ove si tenga conto dell'alto livello di dettaglio di cui all'omologa disposizione del testo unico del pubblico impiego (il riferimento è all'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001).

Ancora una volta la *prima lettura* va integrata con la ricerca – talora quasi rapsodica – dell'intera disciplina che, nel complesso, fugge i dubbi sull'eccessiva genericità della norma:

- il regolamento in parola si adegua *ai principi* enucleati dall'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 7, c. 6-ter, d.lgs. n. 165 del 2001).

- gli incarichi di collaborazione autonoma sono possibili *solo con riferimento* alle attività istituzionali dell'ente (art. 3, c. 55, l. n. 244 del 2007);
- con regolamento, l'ente locale determina *limiti, criteri e modalità* degli incarichi di collaborazione autonoma, che si *applicano a tutte le tipologie di prestazioni*. (art. 3, c. 56, l. n. 244 del 2007);
- la violazione delle suddette norme regolamentari costituisce illecito disciplinare e determina la responsabilità erariale (art. 3, c. 56, l. n. 244 del 2007);
- il bilancio preventivo degli enti locali stabilisce il limite massimo di spesa annua per tali incarichi (art. 3, c. 56, l. n. 244 del 2007).
- le relative disposizioni regolamentari sono trasmesse, *per estratto*, alla Corte dei conti (sez. giurisd. di controllo) entro trenta giorni dalla loro adozione (art. 3, c. 57, l. n. 244 del 2007). Il relativo controllo non è inteso quale controllo di legittimità, con la conseguenza che il regolamento produce i suoi effetti sin dal momento della sua adozione (Favia).

Di recente si è posto il problema della **possibilità di “stabilizzare”** il personale - dirigenziale e non dirigenziale - a contratto degli enti locali.

La questione è sorta a seguito dell'introduzione dell'art. 28, c. 1-*bis*, d.l. n. 75 del 2023 (conv. con modificazioni dalla l. n. 112 del 2023), a mente del quale “*1-bis. I comuni possono prevedere, nel limite dei posti disponibili della vigente dotazione organica e in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni, di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei concorsi pubblici per il reclutamento di personale dirigenziale, una riserva di posti non superiore al 50 per cento da destinare al personale, dirigenziale e non dirigenziale, che abbia maturato con pieno merito almeno trentasei mesi di servizio, anche non continuativi, negli ultimi cinque anni e che sia stato assunto a tempo determinato previo esperimento di procedure selettive e comparative a evidenza pubblica, o al personale non dirigenziale che sia in servizio a tempo indeterminato per lo stesso periodo di tempo. Le assunzioni di personale di cui al presente comma sono effettuate a valere sulle facoltà assunzionali di ciascuna amministrazione disponibili a legislazione vigente”.*

Al riguardo, è **più che dubbio** che la norma possa applicarsi a tale categoria di personale, tenuto conto che il riferimento alle procedure “*selettive e comparative a evidenza pubblica*” sembra **escludere** le selezioni *ex art. 110, d.lgs. n. 267 del 2000*, le quali – come detto – sono sostanzialmente riconducibili alle procedure di assunzione di personale dirigenziale di cui all'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001.

3. Conclusioni

Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni è stato da sempre percorso da una **tensione** tra l'applicazione di **criteri puramente meritocratici** e **deroghe fiduciarie** al principio del concorso pubblico, giustificate da una pretesa maggiore efficienza del funzionamento della macchina pubblica, ove questa sia coadiuvata da soggetti selezionati secondo criteri fiduciarie.

Di questa tensione erano ben consapevoli i padri costituenti, che avevano potuto “*valutare con mano*” gli effetti deleteri di una piena commistione tra politica e amministrazione.

La **netta preferenza per il principio del concorso pubblico** compiuta dall'art. 97, Cost., è, a ben vedere, del tutto coerente con l'epoca storica in cui la Carta costituzionale ha visto la luce.

Come si è visto, tuttavia, la Costituzione non ha affatto escluso deroghe (legislative) al suddetto principio.

La questione, oggi, si può quindi riassumere nella necessità di preservare il **rapporto tra regola ed eccezione**.

Sul punto è stato determinante il **lavoro compiuto nei decenni dalla Corte costituzionale**, che ha preservato, nella legislazione ordinaria, l'anima dell'art. 97, Cost..

La disciplina sugli incarichi nel pubblico impiego è, probabilmente, il campo di analisi principale sulla persistente “*tenuta*” dei principi in materia di accesso all'amministrazione della cosa pubblica.

Gli incarichi hanno una funzione coerente con la necessità di garantire all'amministrazione una certa dose di flessibilità nella gestione delle risorse umane, soprattutto in ruoli nei quali il rapporto fiduciario tra politica e amministrazione è particolarmente intenso.

Il rischio è, ovviamente, quello di un utilizzo distorto dello strumento, che ben si presta a **bypassare il principio del concorso pubblico**.

Nelle **ipotesi patologiche**, si può finanche giungere alla cooptazione di personale con **criteri clientelari** prima ancora che fiduciari, con buona pace dei principi di imparzialità, efficienza ed efficacia dell'amministrazione.

Le **garanzie normative**, tuttavia, ci sono e sono numerose.

Il riferimento non è solo agli stringenti requisiti che connotano gli incarichi, ma anche alle **garanzie procedurali** previste, che sfociano nella menzionata rilettura, avvenuta in giurisprudenza, del concetto di "*procedura concorsuale*", tale da ricomprendere anche gli incarichi di cui all'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001.

Sarebbe riduttivo pensare che si parli "*solo*" di giurisdizione.

Affermare che le procedure selettive per assumere – sebbene con contratti di lavoro autonomo e nell'ambito di incarichi specificamente connotati – personale "*esperto*" ai sensi dell'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, siano una forma *sui generis* di "*procedura concorsuale*", comporta applicare a queste selezioni le garanzie previste per i concorsi pubblici.

Non ultima la **parità di trattamento** tra i candidati.

D'altro canto, non possono sottacersi le numerose **criticità** che connotano la disciplina sugli incarichi.

Il dato normativo spesso è reso **oscuro** dalla pletora di rinvii e deroghe presenti in fonti normative ben distinte dai testi unici.

Si è anche parlato in questo incontro del peculiare fenomeno della "**fuga dalle percentuali**", che rischia di polverizzare le norme che indicano *quanti* dirigenti esterni ci debbano essere per ogni amministrazione, sino al punto da far quasi perdere di significato il limite generale previsto dall'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 del 2001.

Qual è, in questo caso, il rapporto tra regola ed eccezione è un compito arduo, che va ben oltre il ristretto tempo dell'odierno incontro.

Si tratta, ad ogni modo, di indici – oltre che di una **tecnica legislativa** sempre più lontana dalle aspirazioni a una regolazione di qualità – di una **tendenza carsica** del diritto del pubblico impiego: quella di far **prevalere il rapporto fiduciario** sulla competenza del burocrate selezionato in base a criteri oggettivi.

In un sistema così intricato e così profondamente percorso da spinte tra loro difficilmente l'unico **strumento per orientarsi** non può, allora, che essere la Carta costituzionale che, con i suoi principi – non ultimi il "*servizio esclusivo della nazione*" e "*l'accesso in condizioni di eguaglianza*" ai pubblici uffici – ci rammenta ancora oggi e **con disarmante precisione** quale sia la regola e quale sia l'eccezione per l'accesso al pubblico impiego.

Opere citate

- Caranta, Roberto. *Costituzione commentata - Art. 97 Cost.* - in <https://onepa.wolterskluwer.it/>. A cura di A. Celotto, M. Olivetti R. Bifulco. Torino: UTET, 2006.
- Favia, Madia Rita. *Codice del pubblico impiego commentato - Art. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 - incarichi di collaborazione e di lavoro autonomo* - in <https://onepa.wolterskluwer.it/>. A cura di Domenico Garofalo. Wolters Kluwer, s.d.
- Gabriele, Alessia. *Codice del pubblico impiego commentato - Art. 107, d.lgs. n. 267 del 2000* - in <https://onepa.wolterskluwer.it/>. A cura di Garofalo Domenico. Wolters Kluwer, s.d.
- Melis, Guido. *Storia dell'amministrazione italiana*. Il Mulino, 2020.