

Comune di POMARICO (MT)



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA BASILICATA

nelle Camera di consiglio del 19 dicembre 2018

composta dai magistrati:

dr. Rosario Scalia	Presidente
dr.ssa Vanessa Pinto	Primo Referendario, Relatore
dr. Raffaele Maienza	Primo Referendario
dr. Luigi Gianfranceschi	Consigliere

VISTO l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

VISTO il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con Regio Decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni ed integrazioni;

VISTA la Legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante: «Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti»;

VISTO il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000, e successive modificazioni;

VISTA la Legge 5 giugno 2003, n. 131 recante «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3», e, in particolare, l'art. 7, comma 8;

VISTO l'atto d'indirizzo della Sezione delle Autonomie del 27 aprile 2004, avente ad oggetto gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, come integrato e modificato dalla deliberazione della medesima Sezione del 4 giugno 2009, n. 9;

VISTA la deliberazione della Sezione delle Autonomie del 17 febbraio 2006, n.5;

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 54/CONTR/10 del 17 novembre 2010;

VISTA la richiesta di parere avanzata dal Sindaco del Comune di POMARICO (MT) acquisita da questo Ufficio, al numero di protocollo 058/2018;

VISTA l'Ordinanza n. 26/2018 con la quale il Presidente ha convocato questa Sezione di controllo per discutere e deliberare sul quesito sottoposto all'esame, nominando come relatore il Primo Referendario dott.ssa Vanessa Pinto;

udito il relatore

Ritenuto in

FATTO

Il Comune di Pomarico, premettendo che :

- *“ è sprovvisto del Responsabile dell'Area Economico-Finanziaria;*
- *vi è la necessità oltre che l'urgenza di garantire la continuità e la funzionalità dell'area, al fine di ottenere una efficace direzione e coordinamento del servizio finanziario;*
- *è necessario affidare a personale di professionalità, attinente la specificità dei servizi in questione, attestata la complessità delle attività istituzionali cui è deputato il servizio Economico-finanziario;*
- *pertanto, si rende necessario il ricorso all'affidamento del suddetto incarico ad un dipendente, a tempo pieno ed indeterminato, di altro Ente, titolare di posizione organizzativa autorizzato dall'ente di appartenenza allo svolgimento di attività lavorativa ai sensi dell'art. 1 comma 557 della legge 311/2004, per un massimo di 12 ore settimanali.”*

ha posto a questa Sezione regionale di controllo il seguente quesito “se è possibile stabilire un compenso non rapportato alle ore effettivamente prestate ma determinato forfettariamente, convenzionalmente tra le parti,

tenuto conto della qualità del lavoro prestato e della responsabilità assunta e non della retribuzione oraria stabilita dal CCNL vigente.”

Considerato in

DIRITTO

In via preliminare, sull'ammissibilità

1.1.La funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti è prevista dall'art. 7, comma 8, della Legge n. 131 del 2003 che, innovando nel sistema delle tradizionali funzioni della Corte dei conti, dispone che le Regioni possano chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, oltre ad ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, pareri in materia di contabilità pubblica.

A termini della stessa disposizione, analoghe richieste possono essere formulate, di norma, tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane. La previsione dell'inoltro delle richieste di parere tramite il Consiglio delle autonomie locali testimonia la volontà del Legislatore di creare a regime un sistema capace di razionalizzare le richieste dei predetti enti, ma non impedisce agli stessi di avanzare direttamente dette istanze. Nell'esercizio della funzione consultiva l'Organo magistratuale, in attesa della istituzione del Consiglio delle autonomie locali, previsto dal comma aggiunto dall'art. 7 della legge costituzionale n. 3/2001 all'art. 123 della Costituzione, non può esimersi dal considerare i requisiti di legittimazione dei soggetti che promuovono detta funzione e le condizioni oggettive per l'attivazione della stessa.

Ai sensi del sopra citato disposto normativo (cfr. art. 7, comma 8, legge 131/2003) l'esercizio di tale attività consultiva è sottoposto a due condizioni preliminari, la prima di natura soggettiva (requisito soggettivo) e la seconda di natura oggettiva (requisito oggettivo).

Requisito soggettivo

1.2. Sotto il profilo soggettivo, le richieste di parere possano essere formulate soltanto dai massimi organi rappresentativi degli Enti Locali (Presidente della Giunta regionale, Presidente della Provincia, Sindaco o, nel caso di atti di normazione, Presidente del Consiglio regionale, provinciale, comunale), come

precisato – tra l’altro – nel citato documento approvato dalla Sezione delle Autonomie nell’adunanza del 27 aprile 2004.

Nel caso in esame, considerato che la Regione Basilicata non ha ancora istituito il Consiglio delle Autonomie Locali, la richiesta di parere - provenendo dal Sindaco del Comune di POMARICO - si palesa comunque ammissibile sotto il profilo soggettivo.

Requisiti oggettivi

1.3. Sotto il profilo oggettivo, la funzione consultiva della Corte dei conti è circoscritta alla *“materia di contabilità pubblica”*.

La perimetrazione del significato e della portata dell’espressione *“materia di contabilità pubblica”* è stata oggetto di specifici interventi – in chiave ermeneutica - della Corte dei conti (cfr., tra le altre, la deliberazione della Sezione Autonomie del 27 aprile 2004 così come integrata e modificata dalla deliberazione della medesima Sezione del 4 giugno 2009, n. 9; la deliberazione della Sezione Autonomie n. 5/2006; la deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 54 del 2010; la deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 27/2011; la deliberazione della Sezione Autonomie n. 3/2014).

Alla luce dei suddetti approdi ermeneutici, la *“materia della contabilità pubblica”* non va intesa come semplice tenuta delle scritture contabili e/o come normativa avente per oggetto le modalità di acquisizione delle entrate e di erogazione delle spese, ma non può neppure estendersi sino a ricomprendere tutti i vari ambiti dell’azione amministrativa *“(..) con l’ulteriore conseguenza che le Sezioni regionali di controllo diventerebbero organi di consulenza generale della autonomie locali”* (cfr. deliberazione della Sezione Autonomie n. 5/2006).

Rientrano, quindi, nel perimetro di tale materia *“la normativa ed i relativi atti applicativi che disciplinano in generale l’attività finanziaria che precede o che segue i relativi interventi di settore, ricomprendo in particolare la disciplina dei bilanci ed i relativi equilibri, l’acquisizione delle entrate, l’organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l’indebitamento, la rendicontazione ed i relativi controlli”*(cfr. deliberazione della Sezione Autonomie n.

5/2006).

Peraltro, in una visione dinamica della materia che abbia per oggetto non solo la gestione del bilancio, ma anche la tutela dei suoi equilibri e della finanza pubblica in generale, la funzione consultiva delle Sezioni regionali della Corte dei conti può estendersi sino a ricomprendere tutti quei *“quesiti che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica contenuti nelle leggi finanziarie, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell’Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio”* (cfr. deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo n.54/2010), e ciò anche se tali materie risultino estranee nel loro nucleo originario alla *“materia della contabilità pubblica”*.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, dovranno ritenersi inammissibili le richieste di parere concernenti valutazioni su casi o atti gestionali specifici, tali da determinare un’ingerenza della Corte dei conti nella concreta attività dell’Ente e, in ultima analisi, una compartecipazione all’amministrazione attiva, incompatibile con la posizione di terzietà e di indipendenza della Corte dei conti quale organo magistratuale.

Del pari, non potranno ritenersi ammissibili richieste di parere per la cui soluzione *“non si rinvergono quei caratteri –se non di esclusività– di specializzazione funzionale che caratterizzano la Corte in questa sede, e che giustificano la peculiare attribuzione da parte del legislatore”* (cfr. Sezione Autonomie delibera n.3/2014), né istanze che, per come formulate, si sostanzino in una richiesta di consulenza generalizzata in merito a tutti i vari ambiti dell’azione amministrativa.

L’ausilio consultivo, inoltre, non può costituire un’interferenza con le funzioni requirenti e giurisdizionali di questa Corte ovvero di altri organi giurisdizionali e deve essere preventivo rispetto all’esecuzione da parte dell’Ente di atti e/o attività connessi alla/e questione/i oggetto di richiesta di parere. Non è, quindi, ammissibile l’esercizio *ex post* della funzione consultiva.

1.4. Il quesito in esame, avendo per oggetto l’interpretazione – in chiave astratta e generale- dei vincoli normativi e finanziari vigenti in tema di gestione della spesa personale rientra nella materia della contabilità pubblica, come sopra dinamicamente intesa, in quanto impatta su uno degli aggregati di spesa più

rilevanti al fine di garantire gli equilibri del bilancio dell'ente pubblico e, di conseguenza, della finanza pubblica "allargata".

1.5. Pertanto la presente richiesta di parere, risultando ammissibile anche dal punto di vista oggettivo, può essere esaminata nel merito.

2. Prima di entrare nel merito del quesito, si ricorda che il parere sarà reso – in chiave generale ed astratta – sulla base e nei limiti delle informazioni rese dall'Ente ed avrà per oggetto esclusivamente i profili giuscontabili sottesi alla fattispecie, non potendosi estendere, e non estendendosi, alla valutazione nel merito delle scelte gestorie.

2.1 Effettuata questa precisazione, si osserva quanto segue.

Nella formulazione del quesito, vengono riportate le seguenti circostanze fattuali:

- (i) l'Ente ha necessità di utilizzare il dipendente quale "Responsabile dell'Area finanziaria", al fine di garantire la continuità e la funzionalità del servizio;
- (ii) la formula organizzativa individuata dall'Ente è quella codificata dal comma 557, dell'art. 1 della legge 311/2004, con un orario di lavoro pari a 12 ore settimanali;
- (iii) il dipendente -già assunto a tempo pieno ed indeterminato presso altro Ente – è titolare di posizione organizzativa presso l'Ente di appartenenza.

Alla luce di quanto sopra il Comune chiede di sapere se sia possibile stabilire convenzionalmente ed in via forfetaria il compenso da erogare al dipendente utilizzato ai sensi del comma 557, dell'art. 1 della legge 311/2014, avendo riguardo alla qualità del lavoro prestato ed alla responsabilità assunta e non alla retribuzione su base oraria prevista CCNL vigente nel settore.

3. Al fine di dare compiuta risposta al quesito occorre in via preliminare ripercorrere – per linee essenziali - lo statuto giuridico ed applicativo dell’istituto introdotto dal comma 557, dell’art. 1 della legge 311/2004, e ciò al fine di verificare se, e nel caso secondo quali limiti, nell’ambito di tale formula organizzatoria sia consentito fissare, in misura forfetaria e non su base oraria, il compenso dovuto per le prestazioni effettuate.

3.2 Ai sensi dell’articolato in questione *“I comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, i consorzi tra enti locali gerenti servizi a rilevanza non industriale, le comunità montane e le unioni di comuni possono servirsi dell’attività lavorativa di dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni locali purché autorizzati dall’amministrazione di provenienza”*(cfr. comma 557, art. 1, legge 311/2014).

Come già rilevato da questa Sezione nell’ambito della deliberazione n. 36/2015/PAR, cui si rinvia per l’approfondimento di ulteriori profili connessi allo statuto giuridico ed applicativo dell’istituto in esame, *“ I connotati essenziali della fattispecie sono:*

- a) il ristretto ambito di applicazione, limitato ai Comuni con popolazione inferiore ai 5000 abitanti, ai consorzi tra enti locali gerenti servizi a rilevanza non industriale, alle comunità montane e alle unioni di comuni;*
- b) il personale di cui l’Ente può avvalersi deve essere già assunto con contratto di lavoro individuale a tempo pieno presso altro ente;*
- c) l’amministrazione di appartenenza deve aver rilasciato un’espressa autorizzazione¹ al riguardo.”*

1

* La potestà autorizzatoria dell’Ente di appartenenza, nel porsi “ a garanzia delle proprie esigenze funzionali e dei propri interessi istituzionali, include anche il potere di stabilire, nel rispetto dei precetti della ragionevolezza e della imparzialità, le condizioni che assicurano la compatibilità della seconda attività lavorativa con quelle esigenze e quegli interessi” (cfr. Consiglio di stato, parere 2141/2005 cit.).

(cfr. Sez. reg. controllo Basilicata, deliberazione n. 36/2015).

3.3 Il Consiglio di Stato, con parere n. 3764/2013 recepito e diramato dal Ministero dell'Interno con la circolare n. 2 del 26 maggio 2014, nel confermare quanto già evidenziato con il proprio precedente parere n. 2141 del 2005, ha ritenuto che:

- alla
fattispecie di cui al comma 557, che costituisce una deroga al principio dell'unicità del rapporto di lavoro, può essere applicata, in quanto compatibile, la disciplina dettata in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale, contenuta nell'art. 4 del CCNL 14/9/2000 (oggi sostituita dall'art. 53 e ss del CCNL del 21 maggio 2018);

- che
l'estrema sommarietà della disposizione ne rende necessaria l'integrazione con altri dati positivi tratti dall'Ordinamento e con il ricorso ai principi generali in tema di lavoro prestato alle dipendenze di Amministrazioni pubbliche;

- l'Ordinamento consente lo svolgimento di una seconda attività lavorativa, previa autorizzazione dell'Amministrazione, ai dipendenti pubblici a tempo parziale con prestazioni lavorative di durata non superiore al 50% di quelle a tempo pieno;

- soltanto al personale degli enti locali è invece consentito svolgere prestazioni lavorative anche a favore di altri enti;

- per
l'effetto, l'art. 1, comma 557, della l. n. 311 del 2004 configurerebbe una situazione non dissimile, nei suoi tratti essenziali e, in particolare sul piano dei rapporti fra le parti interessate (le due Amministrazioni, il lavoratore), da

quella che si verifica nel caso di svolgimento di una seconda lavorativa da parte di un lavoratore pubblico a tempo parziale e che, quindi, possa ritenersi, per ragioni di coerenza sistematica, che la lacuna della disposizione debba essere colmata applicando la disciplina dettata per tale fattispecie (art. 4, comma 7 e seguenti, del CCNL per il comparto regioni e autonomie locali del 14 settembre 2000, oggi sostituita dall'art. 53, comma 7, del CCNL del 21 maggio 2018), fatta eccezione per le disposizioni che risultino incompatibili per il fatto che il rapporto di lavoro era e rimane a tempo pieno;

Pertanto, fermo restando il rispetto:

- dei limiti esterni, costituiti sia dal rispetto delle regole informate ai principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità dell'Amministrazione, che fanno sì che l'utilizzazione presso altri enti locali sia consentita per le sole prestazioni che non rechino pregiudizio al corretto svolgimento del rapporto di lavoro e non interferiscano con i suoi compiti istituzionali, sia dal rispetto delle prescrizioni stabilite dall'amministrazione di appartenenza a garanzia del lavoratore;
- dei limiti interni, dovute a disposizioni legislative esterne dettate in materia di associazionismo fra enti;
- del l'esigenza che gli enti interessati si accordino per definire tempi e modi di esercizio dei rispettivi poteri di gestione dei rapporti di lavoro;

il Consiglio di Stato ha ritenuto che, con l'art. 557, dell'art. 1 della legge 311/2004, il Legislatore abbia introdotto un sistema speciale di "utilizzo di personale" in deroga, oltre che al principio cardine dell'esclusività del rapporto a tempo pieno, anche ai vincoli - in termini di percentuale oraria minima- in materia di titolarità di posizione organizzativa previsti dal Contratto Collettivo Nazionale di comparto in relazione ai rapporti a tempo

parziale (cfr. comma 2bis, art. 4 CNNL 14.9.2000, oggi comma 3, art. 53 del CNNL del 21 maggio 2018), **e ciò** “ *atteso il quadro legislativo sopravvenuto inteso a perseguire la finalità, di primario interesse pubblico, di venire incontro alle difficoltà degli enti di ridotte dimensioni nello svolgimento delle proprie funzioni e nel reperimento di personale con competenze adeguate alla assunzione di responsabilità dei servizi*”. (cfr. parere n. 3764/2013, cit.).

Assumendo – quindi - che le lacunosità della norma possano essere supplite con la disciplina codificata per i rapporti di lavoro a tempo parziale, ne deriva che il rapporto intercorrente tra Ente utilizzatore ed il dipendente di altra Amministrazione possa essere “astrattamente“ inquadrato nell’ambito dei rapporti di tipo ” subordinato” ovvero “autonomo”, e ciò nei limiti e nel rispetto delle prescrizioni in essere in relazione al tipo di rapporto individuato.

3.4 In quest’ottica, qualora dovesse essere perfezionato un contratto di tipo “subordinato” dovranno essere rispettati tutte le disposizioni ed i vincoli dettati dalla normativa vigente nel settore.

Ai fini che rilevano in questa sede, con specifico riferimento al trattamento economico dei dipendenti della pubblica amministrazioni, l’unica fonte di disciplina è rappresentata dai contratti collettivi nazionali (e decentrati) vigenti in materia.

Ai sensi dell’art. 2, comma 3, del Dlgs 165/2001 “(..) *L’attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi e salvo i casi previsti dai commi 3-ter e 3-quater dell’articolo 40 e le ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all’articolo 47-bis, o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali.*”

Ai sensi dell’art. 45, comma 1, del medesimo articolato, viene specificato che “ 1. Il trattamento economico fondamentale ed accessorio fatto salvo quanto previsto all’*articolo 40*, commi 3-ter e 3-quater, e all’*articolo 47-bis*, comma 1, è definito dai contratti collettivi”.

Per l’effetto, le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che

attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale. I trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi e i risparmi di spesa che ne conseguono incrementano le risorse disponibili per la contrattazione collettiva. (cfr. comma 3, art. 2 Dlgs 165/2001).

Le disposizioni contrattuali che non rispettano tali prescrizioni sono nulle per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva; in tale caso si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile (cfr. comma 3 bis dell'art. 2, del Dlgs 165/2001).

Si rammenta, infatti, che i contratti individuali devono essere perfezionati nel rispetto dei principi -immanenti al sistema- di "parità" di trattamento e di "non discriminazione" (cfr. comma 2, art. 45).

Qualsiasi pattuizione in deroga rispetto ai parametri ed ai criteri fissati delle suddette fonti di regolamentazione, non è ritenuta legittima, salvo i casi espressamente previsti dalla normativa vigente, neppure in termini migliorativi per il dipendente.

Sul punto la giurisprudenza della Corte di Cassazione è pacifica nel ritenere che "In tema di pubblico impiego contrattualizzato, poiché il rapporto è regolato esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato, il datore di lavoro pubblico non ha il potere di attribuire inquadramenti in violazione del contratto collettivo, ma solo la possibilità di adattare i profili professionali, indicati a titolo esemplificativo, alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie; ne consegue che è affetto da nullità per violazione di norma imperativa, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, l'atto di inquadramento in deroga, anche "in melius", alle disposizioni del contratto collettivo."(cfr. ex pluribus Cass. civ. Sez. lavoro Ord., 01/10/2018, n. 23757)

3.5 Da quanto sopra ne consegue – come logico corollario- che qualora il rapporto fosse di tipo "subordinato" non potrebbe essere convenuta una

retribuzione forfettaria in deroga ai criteri ed ai parametri, anche orari, stabiliti dal contratto collettivo di riferimento in relazione al tipo di rapporto di lavoro instaurato².

4. Nel caso di rapporto di lavoro di tipo autonomo, occorre rilevare quanto segue.

In primo luogo, si osserva che il ricorso a tale tipologia di contratto è condizionato alla sussistenza (e persistenza per tutta la durata del rapporto) di specifici presupposti e requisiti codificati dalla normativa vigente,³ tra cui -a mero titolo esemplificativo e non esaustivo- le disposizioni di cui ai commi 5*bis* e 6 dell'art. 7 del Dlgs 165/2001, così come successivamente modificato ed integrato (tra cui le modifiche ed integrazioni introdotte dal Dlgs n. 75/2017).

Ai sensi del comma 5 *bis*⁴ "E' fatto divieto alle amministrazioni pubbliche 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**. I contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle

2

* In proposito si rinvia, tra l'altro, alle previsioni contenute nell'art. 53 e ss (CAPO III – Lavoro a tempo parziale) del CCNLdi comparto del 21 maggio 2018 in materia di rapporti di lavoro a tempo parziale e, in particolare, alla disciplina del trattamento economico-normativo codificata ai sensi del successivo art. 55.

3

* Nel parere n. 2141/2005 il Consiglio di Stato ha precisato che "l'utilizzazione di dipendenti di altri enti con contratti di lavoro autonomo è consentita solo nei limiti e con le modalità in cui le amministrazioni pubbliche possono ricorrere agli incarichi di studio, ricerca e consulenza e alle collaborazioni coordinate e continuative (cfr. Parere n. 2141/2005, cit.).

4

* Tale articolato è stato introdotto dall'art. 5, comma 1, lett. a) del dlgs 75/2017. Il divieto decorre – alla luce dell'attuale normativa – a far data dal 1 luglio 2019, e ciò ai sensi dell'art. 22, comma 8, del medesimo Dlgs 75/2017, così come da ultimo modificato per opera dell'art. 1, comma 1131, lett.f) della legge 145/2018.

disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato". (enfasi aggiunta).

Ai sensi del comma 6 del medesimo articolato " Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;

b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;

c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico;

d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione.

Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione per attività che debbano 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*, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore.

Il ricorso ai contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo dell'*articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168* convertito, con modificazioni, dalla *legge 30 luglio 2004, n. 191*, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater. “.

Ai sensi del successivo comma 6-bis. “Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione”.

Per l'effetto, in linea astratta e generale, si rileva che ai fini di valutare la legittimità del conferimento di un rapporto di lavoro di tipo “autonomo” dovrà aversi riguardo alla natura ed alle modalità di espletamento delle attività e delle funzioni assegnate dall'Ente, avendo cura che le stesse – per come in concreto conformate – non ricadano nel perimetro dei divieti come sopra codificati dal Legislatore⁵.

5

• Secondo il costante orientamento della Suprema Corte di Cassazione “(..) ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di lavoro autonomo e che l'elemento tipico che contraddistingue il primo dei suddetti tipi di rapporto è costituito dalla subordinazione, intesa quale disponibilità del prestatore nei confronti del datore, con assoggettamento del prestatore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, ed al conseguente inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale con prestazione delle sole energie lavorative corrispondenti all'attività di impresa (tra le numerose decisioni V. Cass. 3 aprile 2000 n. 4036; Cass. 9 gennaio 2001 n. 224; Cass. 29 novembre 2002, n. 16697; Cass. 1 marzo 2001, n. 2970, Cass. 15 giugno 2009 n. 13858 e Cass. 19 aprile 2010 n. 9251).

Fermo quanto sopra, si ricorda che anche nel caso in cui il rapporto in esame fosse di tipo autonomo, nella determinazione del compenso - da cumulare a quello già percepito in ragione del rapporto a tempo pieno con l'Ente di appartenenza- dovranno essere rispettati tutti i vincoli ed i tetti previsti dalla normativa, volta per volta, vigente⁶.

5. Conclusioni

In conclusione, alla luce di quanto sopra e nei limiti dell'analisi del quesito come sopra perimetrato, per determinare la retribuzione da corrispondere al dipendente utilizzato ai sensi del comma 557 dell'art. 1 della legge 311/2004, dovrà aversi riguardo al tipo di rapporto instaurato (subordinato o autonomo) tra l'Ente utilizzatore ed il dipendente; la scelta del tipo di rapporto e la sua gestione nel tempo andranno effettuate alla luce delle prescrizioni contenute nella normativa vigente e delle condizioni contenute nell'atto di autorizzazione dell'Ente di appartenenza.

Viene, però, precisato, in tali pronunzie che l'esistenza del vincolo va concretamente apprezzata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito (...) occorre allora far ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale (anche con riferimento al soggetto tenuto alla fornitura degli strumenti occorrenti) e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore." (cfr. ex pluribus, Corte di Cassazione, sentenza 22289/2014)

6

• A questo proposito, si ricorda, tra gli altri, il vincolo di cui all'art. 23 ter, comma 2, del DL 201/2011 ai sensi del quale " Il personale di cui al comma 1 che è chiamato, conservando il trattamento economico riconosciuto dall'amministrazione di appartenenza, all'esercizio di funzioni direttive, dirigenziali o equiparate, anche in posizione di fuori ruolo o di aspettativa, presso Ministeri o enti pubblici nazionali, comprese le autorità amministrative indipendenti, non può ricevere, a titolo di retribuzione o di indennità per l'incarico ricoperto, o anche soltanto per il rimborso delle spese, più del 25 per cento dell'ammontare complessivo del trattamento economico percepito" e che tale vincolo, per effetto dell'art. 1, comma 471, della legge 147/2013, come successivamente modificato ed integrato, è stato esteso - tra gli altri - anche al personale delle amministrazioni di cui all'art.1, comma 2, del Dlgs 165/2001 (tra cui gli enti locali).

In particolare ai sensi del suddetto articolato "A decorrere dal 1° gennaio 2014 le disposizioni di cui all'articolo 23-ter del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, in materia di trattamenti economici, si applicano a chiunque riceva a carico delle finanze pubbliche retribuzioni o emolumenti comunque denominati in ragione di rapporti di lavoro subordinato o autonomo intercorrenti con le autorità amministrative indipendenti, con gli enti pubblici economici e con le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi incluso il personale di diritto pubblico di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo".

Ai sensi del successivo comma 43 viene chiarito che " ai fini dell'applicazione della disciplina di cui ai commi 471 e 472 sono computate in modo cumulativo le somme comunque erogate all'interessato a carico di uno o più organismi o amministrazioni, ovvero di società partecipate in via diretta o indiretta dalle predette amministrazioni".

Nel caso di rapporto di tipo subordinato, il trattamento economico non potrà che essere stabilito in conformità alla normativa vigente e, in particolare, ai criteri ed ai parametri fissati dal CCNL di comparto, volta per volta, vigente in materia.

Per l'effetto non potrà essere convenuta una retribuzione a *forfait* che - per come in concreto conformata- si ponga in deroga – seppure migliorativa- ai suddetti criteri e parametri.

Nel caso in cui, fosse “in astratto ed in concreto” possibile (nel senso di legittimo) perfezionare un rapporto di lavoro di tipo autonomo, perchè al di fuori del perimetro dei divieti fissati dal legislatore, il compenso convenuto, oltre ad essere oggetto di previa autorizzazione da parte dell'Ente di appartenenza, dovrà comunque essere conforme alle prescrizioni ed ai vincoli finanziari fissati dalla normativa vigente.

Per dovere di completezza si ricorda, come peraltro già rilevato nell'ambito della deliberazione n. 36/2015, che in via prodromica all'utilizzo della formula organizzatoria di cui al comma 557, dell'art. 1 della legge 311/2004, l'Ente dovrà verificare che tale strumento risulti, tra l'altro:

- a) compatibile con il soddisfacimento in concreto delle esigenze di funzionamento dell'Ente, avendo riguardo all'esiguità del numero di ore “consentite” per l'espletamento dell'incarico ed a tutti gli ulteriori limiti derivanti dalla natura a tempo pieno del rapporto principale, e ciò anche alla luce del livello di gravosità delle funzioni assegnate e della necessità di garantirne l'espletamento in via continuativa o meno;
- b) compatibile con i vincoli finanziari prescritti dalla normativa vigente, tra cui si ricorda – a mero titolo esemplificativo e non esaustivo- il vincolo di cui al comma 28, dell'art. 9 del DL n. 78/2010 (cfr. *ex pluribus*, Sezione delle Autonomie, deliberazione

n.23/SEZAUT/2016/QMIG);

- c) compatibile con la normativa in materia di esercizio associato delle funzioni fondamentali, cui gli Enti sotto i 5000 abitanti sono obbligati ai sensi del combinato disposto dei commi 27 e 28, dell'art. 14 del DL 78/2010⁷.

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Basilicata rende nelle sopra esposte considerazioni il proprio parere in relazione alle richieste formulate dal Sindaco del Comune di POMARICO (MT) con la nota in epigrafe citata.

DISPONE

che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, all'Amministrazione richiedente.

Così deciso in Potenza, nella Camera di consiglio del 19 dicembre 2018

7

* Ai sensi del comma 28, dell'art. 14 del DL n. 78/2010 " I comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 abitanti se appartengono o sono appartenuti a comunità montane, esclusi i comuni il cui territorio coincide integralmente con quello di una o di più isole e il comune di Campione d'Italia, esercitano obbligatoriamente in forma associata, mediante unione di comuni o convenzione, le funzioni fondamentali dei comuni di cui al comma 27, ad esclusione della lettera l).

Ai sensi della lett. a) del comma 27, del medesimo articolato normativo (...) sono funzioni fondamentali dei comuni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione:

- a) organizzazione generale dell'amministrazione, **gestione finanziaria e contabile** e controllo; (...) (enfasi aggiunta).

Il Legislatore nazionale ha prorogato più volte il termine per adempiere al suddetto obbligo. Da ultimo, il comma 2 bis dell'art. 1 (proroghe di termini per gli enti territoriali) del DL 91/2018, introdotto in sede di conversione dalla legge n.108/2018, che lo ha prorogato dal 31 dicembre 2018 sino al 30 giugno 2019.

II RELATORE

F.to Dott.ssa Vanessa PINTO

II PRESIDENTE

F.to Dott. Rosario SCALIA

Depositata in Segreteria il 31 gennaio 2019

IL FUNZIONARIO
PREPOSTO AI SERVIZI DI SUPPORTO
F.to Dott. Giovanni Cappiello