

La responsabilità amministrativa in caso di affidamento di incarichi e consulenze.

Panorama normativo e giurisprudenziale

*Dott. Gaetano Berretta
Magistrato della Corte dei conti*

1. Assetto normativo

Nel corso degli ultimi anni il legislatore è intervenuto nell'ordinamento allo scopo di arginare il diffuso fenomeno del conferimento, da parte delle pubbliche amministrazioni, di incarichi professionali a soggetti esterni all'apparato amministrativo. Le ragioni sostanziali che stanno alla base della particolare attenzione dedicata alla subjecta materia sono legate da un lato all'eccessivo carico finanziario che tali strumenti di azione amministrativa hanno nel tempo determinato per l'erario, dall'altro ad una valutazione in ordine al deterioro rapporto tra costi e benefici ed infine alla riflessione in merito ad una diffusa carenza di regolarità gestionale, soprattutto nelle realtà amministrative territoriali, sia nella fase della decisione di ricorrere alla consulenza esterna, sia nella fase di selezione dei professionisti ai quali affidare l'incarico.

Gli interventi legislativi sono risultati privi di organicità sistematica ed hanno reso necessaria una laboriosa attività di ricostruzione interpretativa. La problematicità del quadro di riferimento è stata inoltre acuita dalla stratificazione normativa, priva di obiettiva sistematicità, che si è generata nel tempo.

Sino agli anni novanta la materia risultava priva di un quadro normativo di riferimento. L'unica norma dedicata all'affidamento dei c.d. incarichi esterni risultava prevista dal T.U. n.3/57, il cui art.380 (¹) prevedeva la possibilità, per le amministrazioni statali, di ricorrere eccezionalmente al conferimento di consulenze ad esperti particolarmente qualificati. Analoga disposizione era rinvenibile, per gli enti locali, nel R.D. n.383/1934.

Con l'introduzione dell'art.7, comma 6, D.Lgs. n.29/93, è stata per la prima volta prevista in generale la disciplina degli affidamenti. Secondo la norma, successivamente confluita nell'art.7 del D.Lgs. n.165/2001, "*Ove non siano disponibili figure professionali equivalenti, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione*". Parallelamente, nell'ambito della disciplina degli enti locali, l'art. 6 Legge 15 maggio 1997, n. 127, ha introdotto il comma 5-bis all'art.51 dell'allora vigente Legge n.142/90, il quale ha previsto che "*Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, negli enti in cui è prevista la dirigenza, stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, contratti a tempo determinato per i dirigenti e le alte specializzazioni, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire*". Il comma 7, primo periodo prevedeva inoltre che "*Per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento può prevedere collaborazioni*

¹ Si riporta il testo della norma, che risulta abrogata dall'art. 9, D.P.R. 18 aprile 1994, n. 338, a decorrere dal 5 dicembre 1994. "*Per esigenze speciali i Ministri possono affidare lo studio e la soluzione di particolari problemi attinenti agli affari di loro competenza a professori universitari ed a membri degli organi consultivi istituiti presso le amministrazioni centrali. In casi eccezionali in cui i problemi da studiare richiedono la particolare competenza tecnica di estranei alle amministrazioni dello Stato, gli incarichi predetti possono essere affidati a questi ultimi qualora agli stessi sia notoriamente riconosciuta la specifica competenza richiesta.*

Gli incarichi previsti dai precedenti commi sono conferiti a tempo determinato, con decreto del Ministro interessato, sentito il Consiglio di amministrazione, di concerto con il Ministro per il tesoro; non possono superare l'anno finanziario e possono essere rinnovati per non più di due volte.

Con lo stesso o con successivo decreto è determinato il compenso globale da corrispondere in relazione all'importanza del lavoro affidato ed ai risultati conseguiti.

Gli incarichi già conferiti in base alle precedenti disposizioni cessano alla scadenza dell'esercizio finanziario in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto e potranno essere rinnovati in base alle norme di cui ai precedenti commi."

esterne ad alto contenuto di professionalità”. Le norme risultano confluite nell’art.110, commi 2 e 6 T.U.E.L.

Sulla base di questo assetto normativo il ricorso alle consulenze esterne è risultato comunque privo di analitici limiti applicativi ed ha determinato la necessità di una attività di interpretazione finalizzata a stabilire l’effettivo ambito di estensione della fattispecie legale ⁽²⁾. Le indicazioni fornite in ambito interpretativo, sia in sede di controllo sulla gestione delle amministrazioni, sia nell’ambito della giurisprudenza formatasi in materia di responsabilità amministrativo – contabile, hanno contribuito a conformare i successivi interventi di specificazione del legislatore.

Dopo una serie di progressive modificazioni ⁽³⁾, l’art.7, comma 6, D.Lgs. n.165/2001 risulta oggi riformulato, a seguito dell’ultima novella introdotta dall’art.46 Decreto – Legge 25 giugno 2008 n.112 (convertito in Legge 6 agosto 2008, n.133), e prevede analiticamente che:

“Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, 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;

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

Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti d'opera per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo o dei mestieri artigianali, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore.

Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti.”

La norma prevede oggi anche i commi 6 bis e 6 ter (introdotti dal D.L. n.233/2006, conv. in Legge 248/2006 – il c.d. Decreto Bersani), a mente dei quali *“6-bis. Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione. 6-ter. I regolamenti di cui all'articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, si adeguano ai principi di cui al comma 6.”*

L’art.3, comma 77, Legge n.244/2007 (Finanziaria 2008) ha infine aggiunto comma 6 quater, a mente del quale *“Le disposizioni di cui ai commi 6, 6-bis e 6-ter non si applicano ai componenti degli organismi di controllo interno e dei nuclei di valutazione, nonché degli organismi operanti per le finalità di cui all’articolo 1, comma 5, della legge 17 maggio 1999, n. 144.”*

La disciplina normativa delle consulenze esterne risulta inoltre arricchita da una serie di norme, introdotte a più riprese dal legislatore, che – sebbene non incidano direttamente nella ricostruzione

² Particolare importanza ha assunto il pronunciamento delle Sezioni Riunite della Corte dei conti in sede di controllo del 15.02.2005 n.6 (riportato in allegato). Sulla problematica legata alle limitazioni legali al ricorso alle consulenze esterne risultano inoltre di grande rilievo le pronunce della Corte dei conti nell’ambito dei giudizi di responsabilità amministrativo – contabile (si veda infra al paragrafo 2).

³ La norma originariamente inserita nel testo dell’art.7, D.Lgs. n.165/2001 riproduceva integralmente quella contenuta nel D.Lgs. n.29/93. L’originario comma 6 è stato quindi sostituito dall’art. 13, D.L. 10 gennaio 2006, n. 4, soppresso dalla relativa legge di conversione. Successivamente l’art. 32, D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (il c.d. Decreto Bersani), come modificato dalla legge di conversione n.248/2006, ha nuovamente disposto la sostituzione del citato comma 6 ed ha aggiunto i commi 6-bis e 6-ter, ancora in vigore. L’art.7, comma 6, è stato successivamente modificato parzialmente dall’art.3, comma 76, Legge n.244/2007 (Legge Finanziaria 2008) ed infine sostituito dall’art.46 della recentissima Legge n.133/2008.

sostanziale della materia - devono essere tenute in conto poichè pongono limiti esterni alla concreta possibilità che l'affidamento esterno possa essere legittimamente compiuto.

La prima norma di rilievo risulta introdotta con la Legge 662/96 (Finanziaria 1997), il cui art.1, comma 127, aveva previsto un obbligo di comunicazione, da parte delle amministrazioni che conferiscono "incarichi di consulenza retribuiti", degli elenchi di detti incarichi al Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. La norma è stata inserita nell'art.53, comma 14, D.Lgs. n.165/2001, come modificato prima dall'art. 34, D.L. 4 luglio 2006, n. 223 e poi dal comma 4 dell'art. 61, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, come sostituito dalla relativa legge di conversione ⁽⁴⁾. Lo stesso art.53, al comma 15, prevede che le amministrazioni che omettono l'adempimento non possono conferire nuovi incarichi fino a quando non adempiono.

Di particolare importanza risultano inoltre le disposizioni contenute nel D.L. 12 luglio 2004, n.168 (convertito in Legge 191/2004), che ha posto specifici tetti di spesa per l'affidamento di "*studi ed incarichi di consulenza conferiti a soggetti estranei all'amministrazione*" e ha altresì introdotto una serie di misure di verifica preventiva degli atti amministrativi di affidamento ⁽⁵⁾, coinvolgendo nell'attività sia gli organi di controllo interno degli enti, sia la Corte dei conti, alla quale è previsto che vengano trasmesse in via preventiva le deliberazioni di incarico esterno. La norma prevede infine che "*L'affidamento di incarichi in assenza dei presupposti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale.*"

La materia delle consulenze esterne ha formato oggetto di riguardo normativo da parte delle ultime Leggi Finanziarie, nel cui ambito sono stati previsti - nell'ottica di una riduzione del carico finanziario per l'erario - ulteriori adempimenti a carico delle amministrazioni.

- a) Con la Legge Finanziaria per il 2005 (L. n.311/2004) è stato posto un ulteriore limite di spesa per l'esercizio finanziario 2005 ed è stato previsto in generale (art.1, comma 11) che "*L'affidamento di incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze a soggetti estranei all'amministrazione in materie e per oggetti rientranti nelle competenze della struttura burocratica dell'ente, deve essere adeguatamente motivato ed è possibile soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero nell'ipotesi di eventi straordinari. In ogni*

⁴ Si riporta il testo oggi vigente della norma. "*Al fine della verifica dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, commi 123 e 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni e integrazioni, le amministrazioni pubbliche sono tenute a comunicare al Dipartimento della funzione pubblica, in via telematica o su supporto magnetico, entro il 30 giugno di ciascun anno, i compensi percepiti dai propri dipendenti anche per incarichi relativi a compiti e doveri d'ufficio; sono altresì tenute a comunicare semestralmente l'elenco dei collaboratori esterni e dei soggetti cui sono stati affidati incarichi di consulenza, con l'indicazione della ragione dell'incarico e dell'ammontare dei compensi corrisposti. Le amministrazioni rendono noti, mediante inserimento nelle proprie banche dati accessibili al pubblico per via telematica, gli elenchi dei propri consulenti indicando l'oggetto, la durata e il compenso dell'incarico. Entro il 31 dicembre di ciascun anno il Dipartimento della funzione pubblica trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di effettuare la comunicazione, avente ad oggetto l'elenco dei collaboratori esterni e dei soggetti cui sono stati affidati incarichi di consulenza.*"

⁵ Si riporta l'art.1, comma 9, del citato Decreto Legge. "*La spesa annua sostenuta nell'anno 2004 dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, escluse le università, gli enti di ricerca e gli organismi equiparati, per studi ed incarichi di consulenza conferiti a soggetti estranei all'amministrazione, deve essere non superiore alla spesa annua mediamente sostenuta nel biennio 2001 e 2002, ridotta del 15 per cento. [L'affidamento di incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze a soggetti estranei all'amministrazione in materie e per oggetti rientranti nelle competenze della struttura burocratica dell'ente, deve essere adeguatamente motivato ed è possibile soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero nell'ipotesi di eventi straordinari] (Periodo soppresso dall'art. 7, comma 6, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come sostituito dall'art. 46, comma 1, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, modificato dalla relativa legge di conversione). In ogni caso va preventivamente comunicato agli organi di controllo ed agli organi di revisione di ciascun ente. L'affidamento di incarichi in assenza dei presupposti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale. Le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio dei diritti dell'azionista nei confronti delle società di capitali a totale partecipazione pubblica, adottano le opportune direttive per conformarsi ai principi di cui al presente comma. Le predette direttive sono comunicate in via preventiva alla Corte dei conti. La disposizione di cui al presente comma non si applica agli organismi collegiali previsti per legge o per regolamento, ovvero dichiarati comunque indispensabili ai sensi dell'articolo 18 della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Ferma restando l'invarianza della spesa complessiva come rideterminata dal primo periodo del presente comma gravante sul bilancio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per i centri di responsabilità amministrativa afferenti ai Ministri senza portafoglio il limite di spesa stabilito dal presente comma può essere superato in casi eccezionali previa adozione di un motivato provvedimento da parte del Ministro competente.*"

caso, l'atto di affidamento di incarichi e consulenze di cui al secondo periodo deve essere trasmesso alla Corte dei conti. L'affidamento di incarichi in assenza dei presupposti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale". La norma risulta ribadita per gli enti territoriali dall'art.1, comma 42 ⁽⁶⁾.

- b) Con la Legge Finanziaria 2006 (L. n.266/2005) è stato irrigidito il limite di spesa per incarichi esterni, prevedendo che la spesa complessiva annuale imputabile agli esercizi futuri non possa eccedere la misura del 50% di quella sostenuta nell'esercizio finanziario 2004. La misura percentuale è stata successivamente ridotta nel 40% dall'art.27 D.L. 233/2006 (il già citato Decreto Bersani).
- c) Con la Legge Finanziaria 2007 (L.n.296/2007) non sono state introdotte innovazioni significative, essendosi il legislatore limitato (art.1, comma 467) ad escludere l'applicazione dei rigori già previsti delle precedenti finanziarie agli incarichi di consulenza necessari per lo svolgimento di attività propedeutiche ai processi di dismissione di società partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze ⁽⁷⁾.
- d) Con la Legge Finanziaria 2008 (L. n.244/2007) è stato introdotto, seppure relativamente ai soli enti territoriali, una nuova e rilevante serie di presupposti per l'attivazione del ricorso a consulenze esterne (art.3, commi 55, 56 e 57), essendo stato previsto, sulla falsariga di quanto già indicato dall'art.7, comma 6 bis D.Lgs. n.165/2001, che in tanto l'affidamento potrà in futuro essere disposto in quanto vi sia una espressa previsione nel Regolamento degli Uffici e dei Servizi di cui all'art.89 T.U.E.L. – da trasmettere alla Sezione Regionale del controllo della Corte dei conti - che indichi "i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento". La nuova normativa prevede inoltre che l'ente locale fissi annualmente – con deliberazione dell'organo assembleare (art.42, comma 2, T.U.E.L.) – uno specifico programma degli affidamenti da conferire ⁽⁸⁾.

L'assetto normativo è stato ulteriormente irrigidito a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 25 giugno 2008, n.112 (conv. in Legge n.133/2008).

Oltre alla definitiva riscrittura della norma base contenuta nell'art.7, comma 6, D.Lgs. n.165/2001 (vedi supra), la novella legislativa ha infatti sostituito i commi 55 e 56 della Legge Finanziaria 2008 ed ha in particolare esteso i rigori in essa previsti non soltanto alle consulenze in senso stretto, ma a

⁶ La norma prevede testualmente che "L'affidamento da parte degli enti locali di incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze a soggetti estranei all'amministrazione, deve essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi, ad esclusione degli incarichi conferiti ai sensi della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni. In ogni caso l'atto di affidamento di incarichi e consulenze di cui al primo periodo deve essere corredato della valutazione dell'organo di revisione economico-finanziaria dell'ente locale e deve essere trasmesso alla Corte dei conti. L'affidamento di incarichi in difformità dalle previsioni di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano agli enti con popolazione superiore a 5.000 abitanti."

⁷ Si riporta il testo della norma contenuta nell'art.12, comma 467, Legge n.296/2007. "L'articolo 1, comma 9, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, e l'articolo 1, comma 11, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, non si applicano agli incarichi di consulenza conferiti per lo svolgimento di attività propedeutiche ai processi di dismissione di società partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze, ovvero di analisi funzionali alla verifica della sussistenza dei presupposti normativi e di mercato per l'attivazione di detti processi."

⁸ Si riporta l'art.3, comma 55, 56 e 57 della Finanziaria 2008 nella formulazione originaria. "55. L'affidamento da parte degli enti locali di incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione può avvenire solo nell'ambito di un programma approvato dal consiglio ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lettera b), del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. 56. Con il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi emanato ai sensi dell'articolo 89 del citato decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sono fissati, in conformità a quanto stabilito dalle disposizioni vigenti, i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione. Con il medesimo regolamento è fissato il limite massimo della spesa annua per gli incarichi e consulenze. L'affidamento di incarichi o consulenze effettuato in violazione delle disposizioni regolamentari emanate ai sensi del presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale. 57. Le disposizioni regolamentari di cui al comma 56 sono trasmesse, per estratto, alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti entro trenta giorni dalla loro adozione."

tutte le ipotesi di “collaborazione autonoma” esterna, ivi compresi tutta quella serie di incarichi – non propriamente consulenziali – che le amministrazioni locali erano soliti conferire per fare fronte a contingenze temporanee nella gestione ordinaria dell’ente. L’irrigidimento normativo deve essere inquadrato alla luce della parallela contrazione del lavoro flessibile nella p.a. imposto dalla Legge Finanziaria 2008 (art.3, comma 79) con la riformulazione integrale dell’art.36 D.Lgs. n.165/2001, da cui è scaturita la contrazione quasi totale della possibilità, per le amministrazioni, di ricorrere a contratti di lavoro a tempo determinato, comunque denominati (⁹). Le nuove norme dettate dal D.L. n.112/2008 in materia prevedono oggi che *“Gli enti locali possono stipulare contratti di collaborazione autonoma, indipendentemente dall’oggetto della prestazione, solo con riferimento alle attività istituzionali stabilite dalla legge o previste nel programma approvato dal Consiglio ai*

⁹ Si riporta il testo dell’art.3, comma 79, Legge n.244/2007.

“ L’articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è sostituito dal seguente:

«Art. 36. - (Utilizzo di contratti di lavoro flessibile). – 1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l’indicazione del nominativo della persona da sostituire.

2. In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l’utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.

3. Le amministrazioni fanno fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l’assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile.

4. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva.

5. Le amministrazioni pubbliche trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato le convenzioni concernenti l’utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

6. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l’obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Le amministrazioni pubbliche che operano in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione.

7. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano agli uffici di cui all’articolo 14, comma 2, del presente decreto, nonché agli uffici di cui all’articolo 90 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Sono altresì esclusi i contratti relativi agli incarichi dirigenziali ed alla preposizione ad organi di direzione, consultivi e di controllo delle amministrazioni pubbliche, ivi inclusi gli organismi operanti per le finalità di cui all’articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144.

8. Per l’attuazione di programmi e progetti di tutela e valorizzazione delle aree marine protette di cui alle leggi 31 dicembre 1982, n. 979, e 6 dicembre 1991, n. 394, il parco nazionale dell’arcipelago della Maddalena, di cui alla legge 4 gennaio 1994, n. 10, e gli enti cui è delegata la gestione ai sensi dell’articolo 2, comma 37, della legge 9 dicembre 1998, n. 426, e successive modificazioni, sono autorizzati, in deroga ad ogni diversa disposizione, ad assumere personale con contratto di lavoro a tempo determinato, della durata massima di due anni eventualmente rinnovabili, nel contingente complessivo stabilito con disposizione legislativa e ripartito tra gli enti interessati con decreto del Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, su proposta del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze. In prima applicazione, il predetto contingente è fissato in centocinquanta unità di personale non dirigenziale alla cui copertura si provvede prioritariamente con trasformazione del rapporto di lavoro degli operatori attualmente utilizzati con contratti di lavoro flessibile.

9. Gli enti locali non sottoposti al patto di stabilità interno e che comunque abbiano una dotazione organica non superiore alle quindici unità possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per le finalità di cui al comma 1, per la sostituzione di lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione.

10. Gli enti del Servizio sanitario nazionale, in relazione al personale medico, con esclusivo riferimento alle figure infungibili, al personale infermieristico ed al personale di supporto alle attività infermieristiche, possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per le finalità di cui al comma 1, per la sostituzione di lavoratori assenti o cessati dal servizio limitatamente ai casi in cui ricorrano urgenti e indifferibili esigenze correlate alla erogazione dei livelli essenziali di assistenza, compatibilmente con i vincoli previsti in materia di contenimento della spesa di personale dall’articolo 1, comma 565, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

11. Le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell’Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate. Le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università. Gli enti del Servizio sanitario nazionale possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati con le modalità indicate nell’articolo 1, comma 565, lettera b), secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. L’utilizzazione dei lavoratori, con i quali si sono stipulati i contratti di cui al presente comma, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto. La violazione delle presenti disposizioni è causa di nullità del provvedimento».

sensi dell'articolo 42, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Con il regolamento di cui all'articolo 89 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sono fissati, in conformità a quanto stabilito dalle disposizioni vigenti, i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione autonoma, che si applicano a tutte le tipologie di prestazioni. La violazione delle disposizioni regolamentari richiamate costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale. Il limite massimo della spesa annua per incarichi di collaborazione è fissato nel bilancio preventivo degli enti territoriali.”

2. La responsabilità amministrativo contabile

In sintesi può affermarsi che il ricorso alle c.d. “consulenze” altamente professionali rientra tra le prerogative della pubblica amministrazione, che può tuttavia esercitare il potere discrezionale attribuito dalla legge soltanto in presenza dei presupposti soggettivi (la qualificazione del professionista) ed oggettivi (effettiva utilità, impossibilità di utilizzare il personale interno e temporaneità dell’incarico) previsti dall’ordinamento, risultando altrimenti la spesa inutile e dannosa. La giurisprudenza del Giudice Contabile si è arricchita negli ultimi anni di numerose pronunce, dalle quali possono essere desunti gli elementi caratterizzanti la fattispecie illecita causativa di danno erariale addebitabile ad amministratori o responsabili gestionali dell’ente danneggiato. Deve essere tuttavia evidenziato che le continue modificazioni del quadro normativo di riferimento impongono una valutazione delle pronunce che sia calibrata sull’assetto normativo vigente all’epoca in cui i fatti sottoposti al vaglio giurisdizionale risultavano essere stati compiuti. In quest’ottica deve tenersi conto che il legislatore è intervenuto drasticamente negli ultimi anni dettando una serie di norme limitative della possibilità di ricorrere ad incarichi esterni, prevedendo inoltre appositamente che la eventuale violazione delle regole apprestate determina una fattispecie di responsabilità amministrativo – contabile.

La giurisprudenza contabile ha in ogni caso affermato nella materia una serie di principi da ritenersi consolidati.

Si è in tal modo sostenuto che la Pubblica Amministrazione, in conformità al dettato di cui all’art. 97 della Costituzione, deve uniformare i propri comportamenti a criteri di legalità, economicità, efficienza ed imparzialità, dei quali diviene corollario il principio per cui essa, nell’assolvimento dei compiti istituzionali, deve avvalersi prioritariamente delle proprie strutture organizzative e del personale che vi è preposto.

E’ stato pertanto affermato che il ricorso ad incarichi a soggetti esterni da parte di pubbliche amministrazioni è possibile solo in presenza dei seguenti requisiti:

- 1) Idonea qualificazione professionale dell’incaricato.
- 2) rispondenza dell’incarico agli obiettivi fissati dall’amministrazione.
- 3) inesistenza di idonee figure professionali all’interno dell’amministrazione.
- 4) indicazione dell’oggetto, della durata e dei contenuti dell’incarico.
- 5) proporzione tra l’incarico espletato ed il compenso pattuito.
- 6) Acquisizione di concreta utilità per l’amministrazione affidante.

Tra i tantissimi precedenti in tal senso, si vedano: Corte dei conti, sez. Toscana, n.30/2007; Corte dei conti, sez. III Centrale n. 161/2007; Corte dei conti, sez. Veneto, n. 1124/2003; Corte dei conti, sez. Lombardia, n.109/2007; Corte dei conti, sez. Lombardia, n. 405/2006; Corte dei conti, sez. Lazio, n. 2647/2005; Corte dei conti, sez. Abruzzo n.184/2007; Corte dei conti, sez. I Centrale n.220/2008.

Anche alla luce delle continue modificazioni normative può affermarsi che il ricorso ad incarichi esterni potrà determinare una ipotesi di responsabilità per danno erariale in tutti i casi in cui sia assente una ragionevole valutazione discrezionale, da parte dell’amministrazione conferente l’incarico, in ordine alle ragioni (da verificare con riferimento ai parametri normativi e giurisprudenziali) che hanno reso necessario il ricorso all’esternalizzazione. In quest’ottica assume un ruolo decisivo la motivazione del provvedimento, la cui assenza risulterà evidentemente l’indice

principale dell'addebitabilità psicologica dell'illecito all'agente (¹⁰).

3. La c.d. "compensatio lucri cum damno"

L'individuazione della nozione e dell'ambito di estensione delle fattispecie qualificabili "danno erariale" ha dovuto sovente misurarsi, nella giurisprudenza della Corte dei conti, con situazioni concrete nelle quali il danno ingiusto arrecato alla finanza pubblica si affiancava, direttamente o indirettamente, a specifici vantaggi per l'amministrazione danneggiata.

Ad un orientamento tradizionale contrario ad ammettere, nell'ambito della responsabilità amministrativo – contabile, la possibilità di una "compensatio lucri cum damno" si è nel tempo sovrapposta la tesi secondo la quale l'eventuale "utilitas" derivata in favore dell'amministrazione danneggiata dovesse essere tenuta in considerazione e quindi computata dal giudice contabile nella quantificazione del danno. In linea con la tradizione civilistica la "compensatio" veniva tuttavia condizionata alla individuazione concreta di vantaggi certi, attuali e derivanti dal medesimo fatto causativo del pregiudizio erariale (¹¹).

L'orientamento giurisprudenziale è stato recepito dal legislatore, il quale ha introdotto, nella subiecta materia, una specifica norma legislativa (art.2 d.l. n.546/96, conv. in legge n.639/96, che ha modificato l'art.1 della legge n.20/94) a mente della quale *"Nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità"*.

Secondo la consolidata interpretazione della norma gli elementi necessari per il riconoscimento dell'utilitas risultano essere:

- 1) Un concreto accertamento in ordine all'effettività dell'utilitas conseguita dall'amministrazione danneggiata.
- 2) Un medesimo fatto generatore determinante sia il danno che il vantaggio in relazione ai comportamenti tenuti.
- 3) L'intervenuta appropriazione dei vantaggi da parte della Pubblica Amministrazione che li riconosce.
- 4) La corrispondenza della stessa utilitas ai fini istituzionali dell'amministrazione che li riceve.

L'orientamento nettamente prevalente, maggiormente ancorato all'inquadramento civilistico della materia e quindi al raccordo tra l'art.1241 e gli artt.1223 e 2043 c.c. (¹²), limita la possibilità di individuare ed apprezzare i vantaggi nell'ambito del medesimo fatto causativo di danno, con l'esclusione di ogni ipotesi di vantaggio, pur apprezzabile nel contesto fattuale in cui il danno si colloca, ma non strettamente collegabile ad esso secondo i comuni canoni eziologici (Corte dei conti, sez. II, n.154/A/1999; id., Sez.III, n.244/2002; id., Sez. III, n.110/A/2006; id., sez. II, n.338/A/2000, secondo la quale *"La "compensatio lucri cum damno" può operare nella materia della responsabilità amministrativa solo quando le poste messe a raffronto (danno e vantaggio) dipendono dal medesimo fattore o titolo (l'illecito lesivo), entrambe ritrovando in esso il loro antecedente causale ed essendo così omogenee tra loro"*; id., sez. III, n.141/2003, secondo la quale *"La compensatio lucri cum damno prevista dall'art. 1, comma 7-bis, L 14 gennaio 1994, n 20 opera*

¹⁰ Sulla necessità di una efficace motivazione del provvedimento con il quale viene affidato un incarico esterno, si vedano in particolare Corte dei conti, sez. Lazio, n.736/2008; Corte dei Conti, sez. Sicilia, n.2813/2008.

¹¹ Si vedano Corte conti, sez. riunite, n.80/1996; Corte dei conti, sez.I, n.152/1995; Corte dei conti, sez. Puglia, n.6/1992; Corte dei conti, sez. Lombardia n.374/1995;

¹² Cass. civ., sez. II, n.7269/2003. *"In tema di risarcimento del danno per fatto illecito, il principio della "compensatio lucri cum damno" - sancito dall'art. 1241 c.c. in relazione agli artt. 1223 e 2043 c.c. - opera solo quando il vantaggio economico sia arrecato direttamente dal medesimo fatto concreto che ha prodotto il danno, ossia quando l'incremento patrimoniale che il danneggiato ottiene è una conseguenza immediata e diretta del comportamento illecito che cagiona il danno; non anche quando, invece, il vantaggio, del cui valore economico si chiedi l'imputazione in conto al valore economico del pregiudizio, derivi non dal suddetto comportamento illecito, ma da circostanze ad esso del tutto estranee.*

solo quando sia il danno contabile che il presunto vantaggio dipendano dal medesimo titolo (vale a dire, dall'illecito) in tale fatto ritrovando entrambi il comune antecedente causale; per conseguenza, ai fini della richiamata compensatio non sono valutabili come vantaggio eventi sopravvenuti alla commissione dell'illecito o comunque da questo non dipendenti eziologicamente secondo il principio dell'id quod plerumque accidit”.

La formulazione normativa risulta invero di portata assai ampia e tale in ogni caso da tagliare in orizzontale e sovrapporsi ad eventuali specifici procedimenti amministrativi tesi al riconoscimento e alla quantificazione formale dell'utilitas, ben potendo l'apprezzamento del giudice contabile basarsi su riscontri di fatto desumibili dalle allegazioni processuali. L'interpretazione della norma porta inoltre a ritenere che l'apprezzamento dei vantaggi “comunque” conseguiti dall'amministrazione danneggiata possa prescindere da una valutazione in merito alla legittimità degli atti amministrativi dai quali essi siano derivati ⁽¹³⁾.

La quantificazione dell'utilitas derivata all'amministrazione danneggiata, in assenza di indicazioni precise, può essere rimessa ad una valutazione equitativa da parte del giudice, in applicazione dell'art.1226 c.c. ⁽¹⁴⁾.

A seguito dell'applicazione della “compensatio lucri cum danno” il danno erariale dovrà essere ridotto nel suo ammontare anche se in linea teorica non può essere escluso che esso possa essere concretamente azzerato ⁽¹⁵⁾. In tali ipotesi viene a mancare l'elemento oggettivo fondamentale della fattispecie di responsabilità amministrativo - contabile e l'azione di danno, se non ancora proposta, dovrà essere necessariamente fermata. Nell'ipotesi in cui il sostanziale azzeramento del danno erariale per effetto della valutazione della “utilitas” comunque pervenuta all'amministrazione emerga successivamente alla proposizione dell'azione erariale e dunque in sede dibattimentale, dovrà comunque procedersi alla valutazione degli altri elementi della fattispecie dannosa per la regolazione, accanto alla sentenza di assoluzione, delle spese del giudizio ⁽¹⁶⁾.

La Corte dei conti risulta inoltre assestata nel ritenere che l'onere della prova in ordine all'applicabilità dell'istituto e quindi, in concreto, alla sussistenza dei vantaggi conseguiti dall'amministrazione danneggiata gravi sul soggetto convenuto in giudizio ⁽¹⁷⁾, anche se non mancano pronunce secondo le quali la rilevabilità dell'utilitas potrebbe essere desunta da circostanze obiettive rilevabili dalle allegazioni processuali ovvero sulla base dell'id quod plerumque accidit ⁽¹⁸⁾.

Per ciò che concerne infine gli aspetti processuali, è stata ritenuta ammissibile la proposizione della richiesta di applicazione della “compensatio” anche nella fase del giudizio d'appello, atteso che il potere di rilevare i vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione danneggiata è attribuito d'ufficio al giudice e si colloca pertanto fuori dai rigori processuali legati alla tempestiva proposizione delle domande e delle eccezioni, con conseguente inapplicabilità dell'art.345 c.p.c. ⁽¹⁹⁾.

La valutazione dei vantaggi conseguiti dall'amministrazione danneggiata si distingue e precede logicamente l'esercizio, da parte del giudice contabile, del c.d. potere riduttivo, con il quale il danno effettivo viene ridotto per effetto di un apprezzamento generale della fattispecie concreta (art.83, r.d. n.2440/1923; art.52, r.d. n.1214/1934).

¹³ Su questo specifico punto deve darsi conto di un orientamento giurisprudenziale contrario, a mente del quale le utilità derivate per via di fatto a seguito di atti illegittimi non potrebbero essere valutate per ridurre il danno erariale, poiché si determinerebbe una sostanziale elusione della norma imperativa di divieto (si veda in particolare Corte dei conti, sez.II, n.29/1999; Corte dei conti, sez. Lazio, n.16/1998). L'orientamento secondo il quale la latitudine terminologica della norma determina la necessità di tenere comunque in conto utilità derivanti dall'esecuzione di atti amministrativi illegittimi risulta tuttavia prevalente e in via di definitivo consolidamento (cfr., tra le tante, Corte dei conti, sez.III, n.201/2001; id., sez.III, n.339/2004; id., sez. Toscana, n.380/2006; id., sez. Campania, n.1894/2007)

¹⁴ Si veda, tra le tante, Corte dei conti, sez. riunite, n.27/A/1998; Corte dei conti, sez. II, n.184/A/2005.

¹⁵ Sul punto Corte dei conti, sez.III, n.62/A/1999.

¹⁶ Per una ipotesi di assoluzione si veda Corte dei conti, sez. III, n.62/A/1999.

¹⁷ Si vedano, tra le tante, Corte dei conti, sez. Lombardia, n.819/2003; id., sez. Sicilia, n.78/2000.

¹⁸ Corte dei conti, sez. II, n.225/2007.

¹⁹ Sul punto, Corte dei conti, sez.II, n.296/2007.

La problematica della c.d. “compensatio lucri cum damno” è stata sovente affrontata nell’ambito di giudizi relativi al danno patito dall’amministrazione per effetto di illegittime assunzioni ovvero inquadramenti in qualifiche superiori del personale in servizio. Ad un orientamento restrittivo, secondo il quale l’esborso finanziario sopportato dall’amministrazione per effetto dell’illegittima permanenza del dipendente nei ruoli dell’amministrazione non può essere compensato dalle prestazioni comunque rese dal medesimo ⁽²⁰⁾, si contrappone un orientamento, da ritenere più ragionevole, secondo il quale la prestazione lavorativa, seppur illegittimamente acquisita, può determinare un vantaggio, a condizione che esso non travalichi i limiti oggettivi dalla obiettiva necessità dell’amministrazione e i limiti soggettivi legati alla professionalità del dipendente. Sul punto Corte dei conti, sez. III, n.151/2004. *“Anche se effettive e lodevoli, le prestazioni professionali svolte da un dipendente pubblico assunto illegittimamente su presentazione di falso titolo di studio, comportano danno risarcibile in favore dell’amministrazione, in ragione sia della lesione della pubblica estimazione dell’ente sia dell’erogazione delle retribuzioni percepite dall’interessato e dei contributi previdenziali versati, non operando al riguardo la compensatio lucri cum damno di cui all’art. 1, comma 7-bis, L. 14 gennaio 1994, n. 20, se non limitatamente alla quota di retribuzioni riconducibile a mansioni generiche e non professionalmente caratterizzate dal possesso di uno specifico titolo di studio e/o di specializzazione”*.

La tematica è stata inoltre affrontata dalla giurisprudenza nell’ambito di giudizi relativi alla illegittima acquisizione di consulenze esterne per lo svolgimento di compiti rientranti tra quelli istituzionali dell’ente e concretamente espletabili dal personale in servizio, dove i più recenti orientamenti del giudice contabile tendono a ridimensionare il danno erariale derivante dall’illecito esborso finanziario in ragione della considerazione che comunque l’affidamento di determinate funzioni a personale esterno determina comunque un minore aggravio, in termini di prestazione lavorativa, per il personale interno dell’amministrazione. L’applicazione dell’istituto della “compensatio” è pertanto parallela, nell’ambito dei giudizi di responsabilità amministrativo – contabile originati da affidamenti di consulenze esterne, all’accertamento della illegittimità degli atti amministrativi con i quali si sia dato corso all’incarico esterno. La mera illegittimità dell’atto non determina infatti il sorgere automatico della responsabilità erariale, essendo elemento fondamentale per la sua affermazione l’accertamento in concreto del danno subito dall’ente. A tal fine, secondo quanto disposto dal comma 1-bis, dell’art. 1 della L. 20/1994, l’applicazione della “compensatio lucrum cum damno” potrà essere concretamente disposta tutte le volte in cui all’illegittimità dell’affidamento sia tuttavia seguita una attività acquisita dall’ente che ne abbia determinato un arricchimento, con conseguente necessità di sottrarre dal risarcimento dovuto all’amministrazione quanto la stessa abbia guadagnato in conseguenza dell’atto amministrativo illecito.

Sul punto si vedano Corte dei conti, sez. Friuli Venezia Giulia, n.245/2007 e Corte dei conti, sez. Lombardia n.638/2007.

²⁰ In giurisprudenza Corte dei conti, sez.II, n.121/1999; id., sez. Puglia, n.45/1996 *“Non è ipotizzabile una “compensatio lucri” (derivante dallo svolgimento delle mansioni superiori) “cum damno” (consistente nelle retribuzioni corrisposte) in presenza di comportamenti volti scientemente a violare disposizioni che intendono preservare la consistenza qualitativa o quantitativa della pianta organica o di fissare i livelli retributivi, allo scopo di preservare gli equilibri di bilancio o di preservare i tetti programmati della spesa per il personale, in quanto, in questi casi, la valutazione della non utilità della spesa è aprioristicamente stabilita a monte della normativa primaria o secondaria e nell’ambito di tali limiti gli amministratori sono tenuti a muoversi onde non incorrere in responsabilità amministrativa”*. Id., sez. Veneto, n.314/99. *“Concretizza danno erariale la differenza retributiva erogata a favore di funzionari inquadrati in una qualifica superiore a quella dovuta, dovendosi escludere sia la maturazione di una “utilitas” derivante da prestazioni lavorative più qualificate, sia la locupletazione da parte dell’amministrazione con conseguente ricorso alla “compensatio lucri cum damno”*”.