

Il conferimento dell'incarico di Responsabile di Posizione Organizzativa, nei comuni privi di dirigenza, ad un dipendente in quiescenza di categoria D

di Pasquale Iorio *

28 marzo 2022

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. Quadro normativo di riferimento. – 3. La titolarità della posizione organizzativa nei comuni privi di dirigenza. – 4. Le difficoltà di reclutamento del personale nei Comuni medio-piccoli. – 5. La delicata questione del limite d'età. – 6. I limiti operativi dell'incarico. – 7. L'iter amministrativo di conferimento dell'incarico. – 8. L'eventuale rimborso delle spese. – 9. L'esenzione dell'obbligo di osservanza dell'orario d'ufficio. – 10. Il disciplinare d'incarico. – 11. La stipula della polizza assicurativa – 12. Il decreto sindacale di attribuzione dell'incarico. – 13. Osservazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi

A fronte della sempre più complessa attuazione del cosiddetto «effetto staffetta» e della cronica carenza di personale è prassi oramai diffusa, nelle amministrazioni locali, conferire incarichi direttivi a personale in quiescenza, per un anno e a titolo gratuito, al fine di poter disporre immediate sostituzioni di ex dipendenti di categoria D, onde garantire un ottimale passaggio di consegne o, più semplicemente, colmare - per un tempo breve - il vuoto d'organico venutosi a creare in quelle funzioni che rappresentano un ruolo centrale nel governo dell'Ente.

Per ben comprendere questo punto di arrivo è necessario volgere lo sguardo al nastro di partenza. La *ratio* di tale scelta è duplice. Da un lato evitare di perdere la possibilità di utilizzare le consolidate professionalità di livello apicale dei soggetti collocati a riposo. Dall'altro consentire la trasmissione delle conoscenze tecniche, delle esperienze e delle competenze acquisite dal personale fuori ruolo, evitando aggravii di spese legati ad incarichi onerosi, garantendo la continuità della direzione degli uffici e il buon funzionamento degli stessi nelle more dell'indizione - e della conclusione - della procedura finalizzata all'assunzione di nuovo personale.

* Responsabile del procedimento di Ente Locale - Abilitato all'esercizio della professione di Avvocato Perfezionato in "Amministrazione e Finanza degli Enti Locali" presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

Il contributo, ricostruito l'impianto normativo di riferimento, si propone di far chiarezza sull'iter amministrativo finalizzato alla nomina e sui limiti operativi della P.O. con lo *status* di pensionato, ipotesi di carattere eccezionale, anche alla luce delle recenti interpretazioni della giurisprudenza amministrativa, civile e contabile.

2. Quadro normativo di riferimento

Principiando dall'itinerario normativo ed interpretativo occorre concentrare l'attenzione sull'art. 5, comma 9, del decreto-legge n.95/2012¹. Secondo la lettura della norma *«è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2011 [...] di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Alle suddette amministrazioni è, altresì, fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti incarichi dirigenziali o direttivi [...]. Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito. Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, la durata non può essere superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione. Devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata [...].»*

In termini generali, come evidenziato dai giudici della Corte dei Conti, *«la norma vieta alle pubbliche amministrazioni di attribuire a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza incarichi di studio e di consulenza, incarichi dirigenziali o direttivi e cariche in organi di governo delle amministrazioni o degli enti e società controllati. Tuttavia, il divieto non è assoluto, stante la possibilità di consentire l'attribuzione a titolo gratuito e, per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, l'obbligo di inserire un limite di durata di un anno, vietando sia la proroga che il rinnovo, ferma restando, comunque, la gratuità. La ratio di tale divieto risiede nella scelta legislativa di conseguire un duplice obiettivo: favorire il ricambio generazionale nella pubblica amministrazione e, più in generale, supportare l'inserimento nel mondo del lavoro dei giovani nonché conseguire risparmi di spesa, evitando di corrispondere la retribuzione a un soggetto che già gode del trattamento di quiescenza»².*

Sotto quest'ultimo aspetto la Corte Costituzionale, con sentenza n. 124/2017, resa con riferimento ad altre disposizioni legislative, non ha mancato di rimarcare che, benché il ricorso a professionalità particolarmente qualificate che già fruiscono di un trattamento pensionistico possa corrispondere ad un rilevante interesse pubblico, *«[...] il carattere limitato delle risorse pubbliche giustifica la necessità di una*

¹ Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 135/2012 e poi modificato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015.

² Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, 18 dicembre 2020, deliberazione n. 178/2020/PAR.

predeterminazione complessiva - e modellata su un parametro prevedibile e certo - delle risorse che l'amministrazione può corrispondere a titolo di retribuzioni e pensioni. Tale ratio ispira, del resto, anche le disposizioni dell'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012, che vietano l'attribuzione di incarichi di studio o di consulenza ai lavoratori pubblici o privati collocati in quiescenza e a tali lavoratori consente di ricoprire incarichi dirigenziali o direttivi o in organi di governo delle amministrazioni solo a titolo gratuito»³.

Le argomentazioni contenute nella menzionata sentenza della Corte Costituzionale sono state riprese e sviluppate non solo dalla giurisprudenza contabile, ma anche da quella amministrativa, che ha costantemente messo in risalto il *favor* per l'occupazione giovanile ad esso sotteso reputando che *«il legislatore ha così introdotto limitazioni al conferimento di incarichi di studio, di consulenza, dirigenziali, direttivi o cariche in organi di governo a soggetti, già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza, con l'obiettivo di agevolare il ricambio generazionale [...] nelle pubbliche amministrazioni e conseguire risparmi di spesa. Tali incarichi sono consentiti a titolo gratuito con una limitazione temporale per un anno per quelli dirigenziali o direttivi e in tutti gli altri casi senza limiti di tempo [...]»⁴.*

Il limite temporale vuole contenere il fenomeno del *revolving doors*⁵ che indica la facilità con cui si entra e si esce dalla pubblica amministrazione attraverso la possibilità di stipulare dei contratti con soggetti che avevano già raggiunto l'età pensionabile.

La norma è stata oggetto, altresì, di apposite circolari interpretative della Presidenza del Consiglio dei Ministri che si sono soffermate su diverse questioni relative all'esatta delimitazione del suo ambito applicativo.

La circolare del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 6 del 04.12.2014⁶, al paragrafo sesto, evidenzia a chiare lettere che *«la disposizione serve a consentire alle amministrazioni di avvalersi temporaneamente, senza rinunciare agli obiettivi di ricambio e ringiovanimento ai vertici, di personale in quiescenza - e, in particolare, dei propri dipendenti che vi siano stati appena collocati - per assicurare il trasferimento delle competenze e delle esperienze e la continuità nella direzione degli uffici».*

La successiva circolare n. 4 del 10.11.2015⁷, al paragrafo quinto, specifica poi che *«gli incarichi, le cariche e le collaborazioni a titolo gratuito, con il limite annuale per incarichi dirigenziali e direttivi, possono essere conferiti a soggetti in quiescenza*

³ Cfr. Corte Costituzionale, 26 maggio 2017, sentenza n. 124 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 22 del 31 maggio 2017.

⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. I, 04 febbraio 2020, parere 309.

⁵ Cd. *porte girevoli*.

⁶ Recante la *«Interpretazione e applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012, come modificato dall'articolo 6 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90».*

⁷ Relativa alla *«Interpretazione e applicazione dell'art. 5, comma 9, del DECRETO-LEGGE n. 95/2012, come modificato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015. Integrazione della circolare del Ministro per la Semplificazione n. 6/2014».*

indipendentemente dalle finalità e quindi anche al di fuori dell'ipotesi di affiancamento al nuovo titolare dell'incarico».

Da ultimo è intervenuto anche il parere della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, n. DFP-0081269-P-18/12/2020 il quale *«ricorda che il menzionato articolo 5, comma 91, prevede il divieto per le pubbliche amministrazioni di conferire incarichi direttivi, dirigenziali, cariche in organi di governo, incarichi di studio o consulenza, a pensionati, già lavoratori pubblici o privati. Tale divieto non si configura come assoluto, in quanto è fatta salva la possibilità di conferire tali incarichi o cariche a titolo gratuito e, con specifico riguardo agli incarichi direttivi e dirigenziali, con il limite annuale».*

La norma in esame, accanto alla finalità di favorire il ricambio generazionale nella pubblica amministrazione è proiettata, prioritariamente, a conseguire risparmi di spesa, nell'ottica, in termini generali, di garantire gli equilibri di bilancio di cui all'art.81⁸ della Costituzione ed il rispetto degli obblighi di matrice comunitaria.

3. La titolarità della Posizione Organizzativa nei comuni privi di Dirigenza

Negli Enti ove mancano le figure dirigenziali una funzione di rilevante importanza è assunta dai dipendenti di categoria D titolari di posizione organizzativa che, nella loro qualità di apicali di settore, rappresentano il punto fondamentale dell'azione amministrativa che si esplica attraverso l'attuazione dei programmi, l'adozione dei provvedimenti, la gestione delle risorse umane, finanziarie e materiali.

Questo *status* dirigenziale è delineato dall'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000⁹ a rigore del quale spetta al personale di categoria apicale la direzione degli uffici e dei servizi in linea con i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. A loro è attribuita la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica attraverso autonomi poteri di spesa¹⁰, nonché l'organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Ai dirigenti spettano, poi, tutti i compiti - compresa l'adozione degli atti e provvedimenti

⁸ «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale».

⁹ CARPINO R., *Testo unico degli Enti locali commentato*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2018.

¹⁰ USAI S., *Il responsabile di servizio e il PEG dopo l'armonizzazione contabile*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2015.

amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno - non menzionati espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente, o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale. In altre parole al personale apicale sono attribuiti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con atti di indirizzo adottati dall'organo esecutivo. A titolo meramente esemplificativo si richiamano: le presidenze delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità delle procedure, la stipulazione dei contratti; gli atti di gestione finanziaria (ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa), gli atti di amministrazione e gestione del personale, i provvedimenti di autorizzazione o concessione (il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo), i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio. Rientrano nella sfera delle competenze, altresì, le attestazioni, le certificazioni, le comunicazioni, le diffide, i verbali, le autenticazioni, le legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza. A questi si aggiungono, infine, gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco.

Queste attribuzioni - in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4¹¹, del Testo Unico degli Enti Locali - possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.

Per quanto detto sin qui i dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione.

Il conferimento di una p.o. non comporta l'inquadramento in una nuova posizione categoria contrattuale, ma unicamente l'attribuzione di un ruolo di responsabilità, con correlato beneficio economico, a fronte di funzioni strategiche e di alta professionalità.

L'individuazione della persona idonea a ricoprire tale ruolo viene effettuata, generalmente, attuando il criterio della competenza professionale e tenendo in debita evidenza le caratteristiche dell'azione di governo da predisporre.

Molto inciderà l'esperienza lavorativa maturata in quelle posizioni di lavoro che richiedono un significativo grado di autonomia gestionale e organizzativa. Così come una parte significativa sarà ritagliata dalla preparazione culturale correlata a titoli accademici (laurea, master e dottorati di ricerca) relativi alle materie concernenti l'incarico. Ampio spazio, infine, sarà lasciato alle attitudini di carattere individuale e alle capacità professionali specifiche in relazione alle funzioni spiccatamente gestionali da conferire.

¹¹ «Ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni».

A tenore dell'art. 50, comma 10, del D.Lgs. n. 267/2000 *«il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali»*. Tale norma è riferita al personale della categoria D¹².

L'art. 13 del vigente del C.C.N.L. Funzioni Locali del 21.5.2018 stabilisce che gli enti istituiscono posizioni di lavoro che richiedono - con assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato - funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, con un elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa. Tali incarichi sono caratterizzati dallo svolgimento di attività con contenuti di alta professionalità, comprese quelle comportanti anche l'iscrizione ad albi professionali, richiedenti una alta competenza specialistica acquisita attraverso titoli formali di livello universitario o attraverso consolidate e rilevanti esperienze lavorative in posizioni apicali. Tali posizioni possono essere assegnate esclusivamente a dipendenti classificati nella categoria D, per effetto di un incarico a termine. Nel caso in cui gli enti siano privi di posizioni di categoria D, è possibile l'estensione alle categorie C o, addirittura, B.

Sul conferimento e la revoca si sofferma poi il successivo art. 14, a mente del quale, l'attribuzione della posizione organizzativa è operata dal dirigente¹³ con atto scritto e motivato - per un periodo che non può superare i tre anni - previa determinazione di criteri generali. È riconosciuta la possibilità di rinnovarli con le medesime formalità. Nella fase di nomina gli enti tengono conto, rispetto alle funzioni ed attività da svolgere, della natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, dei requisiti culturali posseduti, delle attitudini e della capacità professionale ed esperienza acquisiti dal personale della categoria D.

Resta inteso che gli incarichi possono essere revocati prima della scadenza, sempre con atto scritto e motivato, in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di valutazione negativa della performance individuale. I risultati delle attività svolte dai dipendenti cui siano stati attribuiti gli incarichi sono, infatti, soggetti a valutazione annuale in base al sistema a tal fine adottato dall'ente. L'esito positivo dà anche titolo alla corresponsione della retribuzione di risultato.

¹² A mente dell'art. 52, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 il personale non appartenente alla categoria D, a fronte di obiettive esigenze di servizio, *«può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore [...] nel caso di vacanza di posto in organico per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti [...] e nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza»*.

¹³ Ai sensi dell'art. 109, comma 2, del D.Lgs. n. 267/2000 *«Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione»*.

Gli enti, prima di procedere alla definitiva formalizzazione di una valutazione non positiva, acquisiscono in contraddittorio, le valutazioni del dipendente interessato anche assistito dalla organizzazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, o da persona di sua fiducia.

La stessa procedura di contraddittorio vale anche per la revoca anticipata dell'incarico. In questo ultimo caso si registra la perdita della retribuzione. Il dipendente, anche se appare superfluo evidenziarlo, resta inquadrato nel profilo e nella categoria di appartenenza.

All'incaricato di posizione organizzativa, che è soggetto alla modalità ordinaria di rilevazione delle presenze, non è estesa la disposizione - prevista per i dirigenti - a tenore della quale il lavoratore presta la propria opera per il tempo necessario al raggiungimento degli obiettivi fissati.

La vigente disciplina contrattuale, in relazione ai titolari di p.o., si limita a stabilire la durata minima della prestazione lavorativa settimanale in 36 ore e non anche quella massima che sarà - invece - collegata, genericamente e dinamicamente, alla rilevanza ed alle effettive necessità delle funzioni da svolgere.

Può essere concessa, su richiesta, la flessibilità¹⁴ necessaria nella gestione del tempo di lavoro¹⁵, idonea al raggiungimento degli obiettivi assegnati, fermo restando il limite minimo di 36 ore medie settimanali da computarsi in relazione all'anno solare. Non sono retribuite le eventuali prestazioni ulteriori¹⁶ che gli interessati potrebbero aver

¹⁴ Sul punto si richiamano gli artt. 22 (comma 4, lettera a) e 27 del vigente del C.C.N.L. Funzioni Locali del 21.5.2018. Art. 22, comma 4, lettera a): «orario flessibile: si realizza con la previsione di fasce temporali entro le quali sono consentiti l'inizio ed il termine della prestazione lavorativa giornaliera, secondo quanto previsto all'art. 27». Art. 27: «Nel quadro delle modalità dirette a conseguire una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare, l'orario flessibile giornaliero consiste nell'individuazione di fasce temporali di flessibilità in entrata ed in uscita. Compatibilmente con le esigenze di servizio, il dipendente può avvalersi di entrambe le facoltà nell'ambito della medesima giornata. Nella definizione di tale tipologia di orario, occorre tener conto sia delle esigenze organizzative e funzionali degli uffici sia delle eventuali esigenze del personale, anche in relazione alle dimensioni del centro urbano ove è ubicata la sede di lavoro. L'eventuale debito orario derivante dall'applicazione del comma 1, deve essere recuperato nell'ambito del mese di maturazione dello stesso, secondo le modalità e i tempi concordati con il dirigente. In relazione a particolari situazioni personali, sociali o familiari, sono favoriti nell'utilizzo dell'orario flessibile, anche con forme di flessibilità ulteriori rispetto al regime orario adottato dall'ufficio di appartenenza, compatibilmente con le esigenze di servizio e su loro richiesta, i dipendenti che: - beneficino delle tutele connesse alla maternità o paternità di cui al D.Lgs. n. 151/2001; - assistano familiari portatori di handicap ai sensi della legge n. 104/1992; - siano inseriti in progetti terapeutici di recupero di cui all'art. 44; - si trovino in situazione di necessità connesse alla frequenza dei propri figli di asili nido, scuole materne e scuole primarie; - siano impegnati in attività di volontariato in base alle disposizioni di legge vigenti».

¹⁵ A mero titolo esemplificativo i titolari di posizione organizzativa per poter posticipare l'entrata in servizio devono ricorrere all'istituto contrattuale previsto del permesso breve qualora questa possibilità non rientri nelle fasce di flessibilità stabilite dall'ente.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 15 del vigente C.C.N.L. Funzioni Locali «Il trattamento economico accessorio del personale della categoria D titolare delle posizioni [...] assorbe tutte le competenze accessorie e le indennità previste dal contratto collettivo nazionale, compreso il compenso per il lavoro straordinario». L'orientamento applicativo ARAN n. RAL620 del 05.06.2011 chiarisce poi che «è fatta eccezione per il lavoro straordinario prestato per le consultazioni elettorali o referendarie ai sensi dell'art. 39, comma 2, del C.C.N.L. del 14.9.2000».

effettuato, e che neppure danno titolo o diritto ad eventuali recuperi compensativi, in relazione all'incarico affidato. «Essendo vietata la corresponsione del compenso per lavoro straordinario, deve ritenersi vietata anche l'applicazione di istituti sostitutivi di detto compenso. Pertanto, le eventuali maggiori prestazioni rese oltre il normale orario d'obbligo settimanale non danno in alcun caso titolo a corrispondenti riposi compensativi. [...] neppure nel caso di prestazione resa in giornata festiva infrasettimanale. A tali regole, fa eccezione solo il caso della prestazione lavorativa resa nel giorno del riposo settimanale, in considerazione della tutela costituzionale, legale e contrattuale apprestata per tale riposo; in presenza di questa particolare fattispecie, il titolare di posizione organizzativa avrà diritto comunque a fruire di una giornata di riposo settimanale, che potrà, dunque, essere recuperata secondo modalità da concordare con il dirigente, in modo comunque proporzionato alla durata delle prestazioni rese»¹⁷.

4. Le difficoltà di reclutamento del personale nei Comuni medio-piccoli

Non è estranea al tema la profonda modifica delle procedure di determinazione delle capacità assunzionali che hanno fatto registrare il superamento delle regole basate sul principio del *turn-over* introducendo un sistema di calcolo basato sulla sostenibilità finanziaria della spesa del personale¹⁸.

¹⁷ Orientamento applicativo ARAN n. RAL_1383 del 06.08.2012.

¹⁸ L'art. 33, comma 2, del decreto-legge 34/2019, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 58/2019, stabilisce che «a decorrere dalla data individuata dal decreto di cui al presente comma, anche per le finalità di cui al comma 1, i comuni possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale e fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione. Con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'interno, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono individuate le fasce demografiche, i relativi valori soglia prossimi al valore medio per fascia demografica e le relative percentuali massime annuali di incremento del personale in servizio per i comuni che si collocano al di sotto del valore soglia prossimo al valore medio, nonché un valore soglia superiore cui convergono i comuni con una spesa di personale eccedente la predetta soglia superiore. I comuni che registrano un rapporto compreso tra i due predetti valori soglia non possono incrementare il valore del predetto rapporto rispetto a quello corrispondente registrato nell'ultimo rendiconto della gestione approvato. I comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti che si collocano al di sotto del valore soglia di cui al primo periodo, che fanno parte delle "unioni dei comuni" ai sensi dell'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, al solo fine di consentire l'assunzione di almeno una unità possono incrementare la spesa di personale a tempo indeterminato oltre la predetta soglia di un valore non superiore a quello stabilito con decreto di cui al secondo periodo, collocando tali unità in comando presso le corrispondenti unioni con oneri a carico delle medesime, in deroga alle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa di personale. I predetti parametri possono essere aggiornati con le modalità di cui al secondo periodo ogni cinque anni. I comuni in cui il rapporto fra la spesa di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico

Con le novità legislative introdotte dal decreto-legge 34/2019¹⁹, recante «Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi», gli enti locali²⁰ - soprattutto quelli di non grandi dimensioni - sono quelli più esposti alle difficoltà di reclutamento di dipendenti cui, poi, affidare funzioni apicali in quei settori di primaria importanza a cui fa capo l'attuazione degli obiettivi politico-amministrativi definiti dall'organo esecutivo.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica, con Decreto del 17 marzo 2020²¹, ha definito le capacità assunzionali di personale a tempo indeterminato dei Comuni. Dette misure tengono conto di specifici valori soglia differenziati, per fascia demografica, dal rapporto tra spesa complessiva per tutto il personale e la media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati²².

Se si tiene conto che, sovente, il settore diretto dal funzionario titolare di posizione organizzativa è retto da pochissimi dipendenti, ben si comprende come l'improvvisa vacanza del posto di Responsabile, oltre a rappresentare un grave *vulnus* per tutta l'attività dell'Ente, determina anche la fondata preoccupazione di non riuscire a concludere adempimenti rilevanti.

Ad aggravare la situazione si aggiunge, non di rado, la mancata previsione statutaria della possibilità di prevedere, ai sensi dell'art. 110, comma 1, del D.Lgs. n. 267/2000, che «la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, possa avvenire mediante contratto a tempo determinato [...]».

dell'amministrazione, e la media delle predette entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati risulta superiore al valore soglia superiore adottano un percorso di graduale riduzione annuale del suddetto rapporto fino al conseguimento nell'anno 2025 del predetto valore soglia anche applicando un turn over inferiore al 100 per cento. A decorrere dal 2025 i comuni che registrano un rapporto superiore al valore soglia superiore applicano un turn over pari al 30 per cento fino al conseguimento del predetto valore soglia. Il limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, è adeguato, in aumento o in diminuzione, per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite, riferito all'anno 2018, del fondo per la contrattazione integrativa nonché delle risorse per remunerare gli incarichi di posizione organizzativa, prendendo a riferimento come base di calcolo il personale in servizio al 31 dicembre 2018».

¹⁹ Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 58/2019.

²⁰ Per approfondimenti sul tema delle autonomie locali si rimanda a: CARINGELLA F., *Manuale ragionato di Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2019 - CHIEPPA R. e GIOVAGNOLI R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011 - VANDELLI L., *Il Sistema delle Autonomie Locali*, Il Mulino, Bologna, 2021.

²¹ Adottato dal Ministro per la Pubblica Amministrazione, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Ministro dell'Interno, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 108 del 27 aprile 2020.

²² «Ai fini del presente decreto sono utilizzate le seguenti definizioni: a) spesa del personale: impegni di competenza per spesa complessiva per tutto il personale dipendente a tempo indeterminato e determinato, per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'art. 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, prestadenominati partecipati o comunque facenti capo all'ente, al lordo degli oneri riflessi ed al netto dell'IRAP, come rilevati nell'ultimo rendiconto della gestione approvato; b) entrate correnti: media degli accertamenti di competenza riferiti alle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità stanziato nel bilancio di previsione relativo all'ultima annualità considerata».

Da qui la necessità, indispensabile, di individuare soluzioni alternative finalizzate all'attribuzione di un incarico direttivo, quale responsabile di settore e titolare di p.o, per consentire alla macchina amministrativa di non subire interruzioni e all'incaricato di concludere le procedure dallo stesso avviate durante il servizio, per le quali sono richieste specifiche conoscenze ed informazioni storiche non rinvenibili tra il personale in dotazione all'ufficio. Il tutto nelle more dell'indizione - e conclusione in tempi brevi - della procedura finalizzata al reclutamento di personale di categoria D.

Diviene necessaria, quindi, la valutazione di ogni opportunità normativa per garantire la funzionalità del preciso settore dell'Ente e la continuità di attività e funzioni di competenza, che risultano di centrale importanza per la corretta gestione dell'assetto organizzativo.

Le finalità, per quanto si è detto, sono quelle di evitare di perdere la possibilità di utilizzare le conoscenze tecniche e consolidate professionalità, di livello direttivo, dei soggetti in quiescenza; permettere la trasmissione delle conoscenze, delle esperienze e delle competenze acquisite dal personale a riposo, in condizioni di insussistenza di cause di inconfiribilità ed incompatibilità; evitare aggravii di spese attraverso il conferimento di incarichi onerosi ad altri soggetti; consentire il funzionamento dei servizi e degli uffici di un settore.

Il primo nodo da sciogliere è capire se sia possibile, in termini strettamente operativi, conferire un incarico direttivo a titolo gratuito, quale responsabile di posizione organizzativa e con tutte le prerogative ad esso afferenti, ad un funzionario di categoria D, già responsabile di settore, collocato in quiescenza.

Come si è detto l'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 95/2012 prevede, in modo diretto e senza deroghe, un impedimento generalizzato al conferimento di incarichi dirigenziali o direttivi a soggetti in pensione²³, facendo salvi i soli incarichi a titolo gratuito, con rimborso delle spese documentate, per una durata non superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile.

È, dunque, possibile ritenere che sia legittimo conferire un incarico di posizione organizzativa a personale collocato a riposo da amministrazioni pubbliche con la qualifica di categoria D, per un periodo complessivo di dodici mesi e senza che possano essere corrisposte somme a titolo di contribuzione.

Si tratta di un'eccezione normativamente espressa al principio generale dell'onerosità della prestazione di lavoro cui all'art. 36²⁴ della Costituzione.

Non va sottaciuto, tuttavia, che il rapporto di lavoro è pur sempre di natura subordinata in quanto comporta, necessariamente, un assoggettamento alle disposizioni impartite dagli organi dell'Amministrazione.

²³ A nulla rileva la diversità di situazioni in cui possono trovarsi gli aspiranti agli incarichi, quali titolari di pensione di vecchiaia, di anzianità, di invalidità, o con trattamenti pensionistici esigui.

²⁴ «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi».

Questo tipo di incarico non andrà a configurare un rapporto di natura autonoma e professionale, ma una particolare forma di lavoro alle dipendenze dell'Ente, con tutto ciò che implica l'incardinamento nei ruoli dell'Amministrazione che conferisce l'incarico, anche sotto il profilo della responsabilità, propria di un pubblico dipendente, connessa allo svolgimento di un compito gestionale.

5. La delicata questione del limite d'età

La circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 4 del 10.11.2015²⁵, al paragrafo quarto, sottolinea in maniera incontrovertibile che, per quanto riguarda gli incarichi dirigenziali, è escluso che essi possano essere conferiti a soggetti collocati in quiescenza che hanno compiuto 65²⁶ anni, cioè che hanno raggiunto il limite di età per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici.

²⁵ Relativa alla «*Interpretazione e applicazione dell'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95/2012, come modificato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015. Integrazione della circolare del Ministro per la Semplificazione n. 6/2014*».

²⁶ la Circolare INPS n. 62 del 04 aprile 2018 al punto 2.1, rubricato «*Pensione di vecchiaia (art. 24, commi 6 e 7, legge n. 214 del 2011) - requisito anagrafico*», chiarisce che il requisito per la pensione di vecchiaia per gli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria, a decorrere dal 1 gennaio 2021, è fissato in 67 anni (requisito da adeguare alla speranza di vita ai sensi dell'art. 12 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122). Sul punto appare opportuno richiamare l'art. 1 del Decreto-Legge n. 90/2014 - convertito con modificazioni dalla Legge n. 114/2014 - che ha abrogato l'art. 16 del D.Lgs. n. 503/1992 contenente la disciplina generale dell'istituto del trattenimento in servizio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Unica deroga è per quei lavoratori che risultano titolari di un'anzianità contributiva inferiore al minimo di anni 20 utile al conseguimento della pensione di vecchiaia, come stabilito dall'art. 24, comma 7, del Decreto-Legge n. 201/2011, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 214/2011. Come chiarito dalla Circolare del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 2/2015, recante la «*Interpretazione e applicazione dell'articolo 1 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114*», l'unica ipotesi contemplata dalla legge in cui l'Amministrazione è tenuta a proseguire il rapporto di lavoro con il dipendente che abbia compiuto l'età anagrafica pensionabile è quella finalizzata a consentire allo stesso la maturazione dei requisiti minimi previsti per l'accesso alla pensione di vecchiaia (almeno 20 anni di anzianità contributiva), comunque non oltre il raggiungimento dei 70 anni di età. Proprio l'art. 24, comma 4, secondo periodo, del citato Decreto-Legge n. 201/2011, stabilisce che «*il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato, fermi restando i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza, dall'operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settant'anni, fatti salvi gli adeguamenti alla speranza di vita, come previsti dall'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 e successive modificazioni e integrazioni*». L'art. 2, comma 5, del Decreto-Legge n. 101/2013 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 125/2013) chiarisce, poi, che «*l'articolo 24, comma 4, secondo periodo, del decreto-legge n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011, si interpreta nel senso che per i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni il limite ordinamentale, previsto dai singoli settori di appartenenza per il collocamento a riposo d'ufficio e vigente alla data di entrata in vigore del decreto-legge stesso, non è modificato dall'elevazione dei requisiti anagrafici previsti per la pensione di vecchiaia e costituisce il limite non superabile, se non per il trattenimento in servizio o per consentire all'interessato di conseguire la prima decorrenza utile della pensione ove essa non sia immediata, al raggiungimento del quale l'amministrazione deve far cessare il rapporto di lavoro o di impiego se il lavoratore ha conseguito, a qualsiasi titolo, i requisiti per il diritto a pensione*». La Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2/2012 precisa, altresì, che «*in linea con i principi*

«Come già chiarito nella circolare n. 6 del 2014, infatti, la possibilità di attribuire incarichi dirigenziali a soggetti che abbiano raggiunto i limiti di età per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici era già esclusa dall'articolo 33, comma 3, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223²⁷: si tratta di una disposizione normativa speciale che continua a trovare applicazione. Rimane ferma la possibilità di conferire incarichi dirigenziali, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001, a soggetti che, pur collocati in quiescenza, non abbiano raggiunto il suddetto limite di età. La citata disposizione del decreto-legge n. 223 del 2006 non riguarda invece gli incarichi direttivi (tra i quali rientra quello di direttore scientifico), per i quali rimane ferma l'applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012 e che, pertanto, possono essere conferiti anche oltre il limite dei 65 anni²⁸, purché gratuiti e per una durata non superiore a un anno²⁹».

Come affermato, in più occasioni, dalla magistratura contabile ne deriva che «ai fini dell'attribuzione degli incarichi dirigenziali, opera, in ogni caso ed in via generale, il limite anagrafico per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici, con la conseguenza che, se per un verso non sussistono preclusioni al conferimento di un incarico gratuito di natura dirigenziale a personale in quiescenza, è pur vero che in base alla norma da ultimo richiamata, è necessario che il soggetto cui viene conferito

enunciati dalla Corte costituzionale, rimane salvo anche dopo la recente riforma che, in caso di domanda, l'amministrazione è tenuta a disporre il trattenimento in servizio per quei dipendenti che non hanno ancora raggiunto il requisito di contribuzione minimo per la maturazione del diritto a pensione (Corte Costituzionale, n. 282 del 1991, nella quale si afferma che: "Il principio [...] secondo cui non può essere preclusa, senza violare l'art. 38, secondo comma della Costituzione, la possibilità per il personale [...] che al compimento del sessantacinquesimo anno - quale che sia la data di assunzione - non abbia ancora maturato il diritto a pensione, di derogare a tale limite per il collocamento a riposo, al solo scopo di completare il periodo minimo di servizio richiesto dalla legge per il conseguimento di tale diritto, non può che avere [...] valenza generale"»). Con Circolare del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 2/2015, paragrafo 2.3.1, in relazione al mancato raggiungimento del minimo contributivo, si evidenzia, infine, quanto segue: «l'amministrazione è tenuta a proseguire il rapporto di lavoro con il dipendente e tale prosecuzione non costituisce un trattenimento vietato dalla legge. Ciò si verifica, innanzitutto, quando il dipendente non matura alcun diritto a pensione al compimento dell'età limite ordinamentale o al compimento del requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia. In tali casi, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale, sentenze n. 33/2013 e n. 282/1991), l'amministrazione deve proseguire il rapporto di lavoro con il dipendente oltre il raggiungimento del limite per permettergli di maturare i requisiti minimi previsti per l'accesso a pensione non oltre il raggiungimento dei 70anni di età (limite al quale si applica l'adeguamento alla speranza di vita)».

²⁷ «I limiti di età per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici risultanti anche dall'applicazione dell'articolo 16, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (articolo abrogato dal decreto-legge 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014), si applicano anche ai fini dell'attribuzione degli incarichi dirigenziali di cui all'articolo 19, comma 6, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001».

²⁸ Sul punto si rimanda alla nota precedente.

²⁹ Circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 4 del 10.11.2015 recante la «Interpretazione e applicazione dell'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95/2012, come modificato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015. Integrazione della circolare del Ministro per la Semplificazione n. 6/2014».

l'incarico dirigenziale non abbia comunque raggiunto il limite di età per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici»³⁰.

Come è noto, i dubbi sorti circa l'applicabilità dell'art. 19, comma 6 del Testo Unico del Pubblico Impiego anche agli enti locali sono stati fugati dal legislatore nel 2009: con l'art. 40, comma 1, lett. *f*) del D.Lgs. n. 150/2009, è stato inserito nell'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001, il nuovo comma 6-ter il quale prevede espressamente che le disposizioni di cui al comma 6 si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche, tra cui le regioni, le province e i comuni.

Tenuto conto dei limiti legati al compimento dei 67 anni, l'amministrazione sarà tenuta, in conseguenza, a valutare prudentemente la compatibilità dell'incarico con la gratuità, la durata massima annuale e con le responsabilità e i meccanismi di valutazione connessi all'incarico.

6. I limiti operativi dell'incarico

Se da un lato l'incarico di posizione organizzativa, conferito ad un ex dipendente a riposo, si caratterizza per l'elevata professionalità in termini gestionali, l'autonomia decisionale e i poteri di coordinamento e controllo del settore; dall'altro incontra precisi limiti operativi laddove è richiesto un inquadramento³¹ formale nei ruoli della pubblica amministrazione.

Proprio in relazione a questo ultimo punto il soggetto nominato non può svolgere le funzioni di Responsabile Unico del Procedimento, ai sensi dell'art. 31³² del D.Lgs.

³⁰ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Puglia, 25 novembre 2020, deliberazione 107/2020/PAR.

³¹ Per approfondimenti sul tema si rimanda a: FIORILLO L., *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, Padova, 2019 - GALANTINO L. (continuato da M. La Notte), *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2019 - MONEA P. (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle Regioni e negli Enti Locali*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2012.

³² «1. Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione. Le stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza nominano, per ciascuno dei detti acquisti, un responsabile del procedimento che assume specificamente, in ordine al singolo acquisto, il ruolo e le funzioni di cui al presente articolo. Fatto salvo quanto previsto al comma 10, il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato; la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'articolo 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa. Laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio. L'ufficio di responsabile unico del procedimento è obbligatorio e non può essere rifiutato. 2. Il nominativo del RUP è indicato nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la

gara, nell'invito a presentare un'offerta. 3. Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti. 4. Oltre ai compiti specificatamente previsti da altre disposizioni del codice, in particolare, il RUP: a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione; b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi; c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure; d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi; e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari; f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento; g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni; h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati; i) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni. 5. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, è definita una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con il medesimo regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista. 6. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico; ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare. 7. Nel caso di appalti di particolare complessità in relazione all'opera da realizzare ovvero alla specificità della fornitura o del servizio, che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche, il responsabile unico del procedimento propone alla stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa, da individuare sin dai primi atti di gara. 8. Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Il progettista può affidare a terzi attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista. 9. La stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento. Con la medesima finalità, nell'ambito della formazione obbligatoria, organizza attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno i requisiti di inquadramento idonei al conferimento dell'incarico di RUP, anche in materia di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture. 10. Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente decreto alla cui osservanza sono tenute. 11. Nel caso in cui l'organico della stazione appaltante presenti

n. 50/2016, proprio perché manca la qualità di dipendente a tutti gli effetti. Dettaglio di non poco conto. Benchè la legge consenta la scelta del supporto allo stesso anche tra soggetti non legati da alcun rapporto con la pubblica amministrazione, il RUP, invece, deve ricoprire una specifica casella nell'organico complessivo dell'Ente.

Sul punto è intervenuta anche l'ANAC. Le linee guida n. 3³³ di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», al punto 2.2 chiariscono che *«il RUP è individuato, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 31, comma 1, del codice, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive o, in caso di carenza in organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche»*.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, quindi, ribadisce la previsione del legislatore relativa alla necessità di un inquadramento del dipendente di natura subordinata che comporti l'inserimento nella organizzazione dell'ente e l'adibizione ad un servizio rientrante nei suoi fini istituzionali, l'applicazione della contrattazione collettiva nazionale relativa alle funzioni locali, nonché la risoluzione del rapporto di impiego eventualmente in essere con altra amministrazione pubblica.

carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del RUP possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, dotati di adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali come previsto dall'articolo 24, comma 4, assicurando comunque il rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza. Resta fermo il divieto di frazionamento artificioso delle prestazioni allo scopo di sottrarle alle disposizioni del presente codice. Agli affidatari dei servizi di supporto di cui al presente comma si applicano le disposizioni di incompatibilità di cui all'articolo 24, comma 7, comprensive di eventuali incarichi di progettazione. 12. Il soggetto responsabile dell'unità organizzativa competente in relazione all'intervento, individua preventivamente le modalità organizzative e gestionali attraverso le quali garantire il controllo effettivo da parte della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, programmando accessi diretti del RUP o del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione sul luogo dell'esecuzione stessa, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti. Il documento di programmazione, corredato dalla successiva relazione su quanto effettivamente effettuato, costituisce obiettivo strategico nell'ambito del piano della performance organizzativa dei soggetti

interessati e conseguentemente se ne tiene conto in sede di valutazione dell'indennità di risultato. La valutazione di suddetta attività di controllo da parte dei competenti organismi di valutazione incide anche sulla corresponsione degli incentivi di cui all'articolo 113. 13. È vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, l'attribuzione dei compiti di responsabile unico del procedimento, responsabile dei lavori, direttore dei lavori, di collaudatore allo stesso contraente generale o soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato o soggetti ad essi collegati. 14. Le centrali di committenza e le aggregazioni di stazioni appaltanti designano un RUP per le attività di propria competenza con i compiti e le funzioni determinate dalla specificità e complessità dei processi di acquisizione gestiti direttamente».

³³ Approvate dal Consiglio dell'Autorità con Deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al D.Lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017.

Sulla questione si è soffermata anche la giurisprudenza contabile. I magistrati della sezione regionale di controllo per la Campania della Corte dei Conti³⁴, esprimendo un parere richiesto da un Sindaco - circa la possibilità di conferire un incarico di collaborazione, in forma gratuita, ad un funzionario collocato in quiescenza per raggiunti limiti di età, ex responsabile dell'ufficio tecnico comunale con funzioni dirigenziali e, in particolare, se l'incarico di collaborazione possa ricomprendere la conservazione della funzione di RUP per gli interventi iniziati in costanza del rapporto di lavoro - hanno fatto luce sulla questione rilevando che il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è connesso alla generale previsione di accesso tramite concorso, derogabile solo in forza di una disposizione di legge³⁵. Questa modalità di ingresso costituisce, da un lato, uno strumento al servizio del buon andamento dell'agire pubblico cui all'art. 97³⁶ della Carta Fondamentale (perché volto ad individuare il miglior candidato per la posizione bandita) e, dall'altro lato, presidia il diritto di tutti i cittadini ad accedere agli uffici pubblici cui fa riferimento l'art. 51³⁷ della Costituzione, strumento essenziale per promuovere l'uguaglianza e rimuovere gli ostacoli che di fatto la limitano³⁸. Ne discende che il rapporto di lavoro subordinato riveste un carattere necessariamente oneroso in aderenza al dettato dell'art. 36 della Costituzione, in forza del quale *«Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa»*. È rilevante anche il richiamo all'art. 2094³⁹ del Codice Civile che qualifica come prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione del datore

³⁴ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, 12 maggio 2021, deliberazione Campania/131/2021/PAR.

³⁵ L'art. 97, comma 4, della Costituzione stabilisce che *«Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge»*.

³⁶ *«Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge»*.

³⁷ *«Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini. La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica. Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro»*.

³⁸ Sul punto si richiama l'art. 3 della Costituzione: *«Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»*.

³⁹ *«È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore»*.

di lavoro. Da qui anche l'onerosità garantita dall'art. 2126⁴⁰ c.c., nel caso di nullità o annullamento del contratto di lavoro non derivante da illiceità dell'oggetto o della causa, che riconosce il diritto al trattamento retributivo per la prestazione di fatto svolta dal lavoratore.

Il carattere necessariamente oneroso del rapporto di lavoro subordinato è rimarcato, proprio con riferimento agli enti locali, anche dall'art. 90, comma 2, del T.U.E.L., a mente del quale *«al personale assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro del personale degli enti locali»*.

«Pur comprendendo le istanze dell'Ente (che riterrebbe auspicabile la continuità dell'azione amministrativa intrapresa e il mantenimento di un elevato livello qualitativo delle attività di competenza del RUP), deve ribadirsi che la disciplina generale in merito alla gestione del personale pubblico è informata e plasmata da principi sistematici tali che non consentono l'utilizzo di personale a titolo gratuito, quali quelli sopra espressi, legati alla tutela della dignità del lavoro e al rispetto della normativa generale in materia, oltre che alla necessità di evitare l'esposizione degli enti pubblici a rischi legali e di contenzioso e, quindi, finanziari per le ricadute sul bilancio in caso di soccombenza (cfr. SRC Campania n. 213/2015/PAR). In definitiva, il rapporto di una pubblica amministrazione con qualsiasi soggetto non può che essere di tipo oneroso e comunque inquadrabile in uno degli schemi giuridici previsti dal codice civile e dalle leggi speciali in materia di lavoro, anche in ragione del fatto che l'inserimento di un soggetto nell'organizzazione pubblica non può non comportare la soggezione al potere di controllo e di indirizzo necessario alla realizzazione delle sue finalità istituzionali, con le conseguenze di legge che si ricollegano alla instaurazione di un rapporto di servizio, incompatibile con una logica di precarietà giuridica conseguente alla gratuità delle prestazioni⁴¹».

Appare dirimente evidenziare che il lavoro gratuito è ammesso nei soli casi espressamente disciplinati dalla legge, ipotesi fra cui rileva il lavoro prestato gratuitamente nelle organizzazioni di volontariato. Del resto la Legge n. 266/1991 e, successivamente, il D.Lgs. n. 117/2017 hanno introdotto nell'ordinamento le organizzazioni di volontariato proprio al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione.

⁴⁰ «La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione».

⁴¹ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, 23 novembre 2016, deliberazione Campania/PAR/244/2016.

I giudici della sezione regionale di controllo per la Campania della Corte dei Conti hanno anche messo in evidenza che *«l'ipotesi prospettata appare, in ogni caso, in aperta contraddizione con le indicazioni fornite dall'Autorità nazionale anticorruzione e dalla giurisprudenza di questa Corte, volte a valorizzare il criterio di rotazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni. In particolare, nello schema di Piano nazionale anticorruzione 2016, (datato 20 maggio 2016), si auspica la rotazione del personale, quale misura organizzativa preventiva, finalizzata a limitare il consolidarsi di relazioni che possano alimentare dinamiche improprie nella gestione, contribuendo, inoltre, in tal modo, alla formazione del personale, accrescendo le conoscenze e la preparazione professionale del lavoratore, anche attraverso appositi percorsi di formazione⁴²»*.

Sempre in argomento non va sottaciuta la particolare natura di rapporto di lavoro subordinato dell'incaricato a titolo gratuito, che comporta necessariamente un assoggettamento alle disposizioni impartite dagli organi dell'Amministrazione in relazione ai profili di competenza. In altre parole non si configura un rapporto di natura autonoma e professionale, ma una eccezionale forma di lavoro alle dipendenze dell'Ente, con tutto ciò che implica l'incardinamento nella P.A., anche in ragione dei profili di responsabilità - nel caso di specie pienamente operativi - propri di un pubblico dipendente, in primo luogo la responsabilità amministrativo-contabile.

In conclusione appare utile richiamare anche un recente parere, reso dalla sezione regionale di controllo per la Campania della Corte dei Conti, con riferimento alla possibilità - da parte di un funzionario avvocato e/o dirigente avvocato ormai in quiescenza - di continuare a patrocinare a favore dell'Ente nei giudizi ove era costituito quale dipendente.

I giudici contabili si sono espressi muovendo le mosse dall'art. 85 del codice di procedura civile, il quale regola il conferimento della procura, e ne prevede la revocabilità da quando è stato nominato il nuovo difensore. In sostanza, indipendentemente dal rapporto interno avvocato-cliente, la procura, per evidenti ragioni di speditezza processuale, anche se revocata continua a mantenere fermi gli effetti rappresentativi fino a nuovo avvocato. Fa eccezione a questo principio l'ipotesi di avvocato pubblico dipendente che patrocini l'ente per cui lavora.

«[...] gli avvocati e procuratori dipendenti di enti pubblici ed iscritti nell'albo speciale annesso a quello professionale sono abilitati al patrocinio esclusivamente per le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera, onde la cessazione del rapporto di impiego, determinando la mancanza di legittimazione a compiere e a ricevere atti processuali relativi alle cause proprie dell'ente, comporta il totale venir meno dello jus postulandi per causa equiparabile a quelle elencate dall'art.

⁴² Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, 23 novembre 2016, deliberazione Campania/PAR/244/2016.

301⁴³ c.p.c.. È stato, in particolare, precisato (Cass. n. 20361 del 2008) che il rapporto di patrocinio che si instaura tra l'ente pubblico e l'avvocato in servizio presso l'ufficio legale dell'ente in qualità di lavoratore dipendente trova la propria origine nel rapporto di impiego, non è dunque assimilabile a quello che sorge dal contratto di prestazione d'opera professionale, regolato dalle norme ordinarie sul mandato, sicché, da una parte, il momento in cui esso cessa è inscindibilmente connesso alle vicende del rapporto di impiego assunto come unica fonte dell'incarico e dell'obbligazione lavorativa del dipendente con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 85 c.p.c., e, dall'altra, determina automaticamente l'interruzione del processo, ancorché il giudice o le altre parti non ne abbiano avuto conoscenza, con la conseguente nullità degli atti successivi e della sentenza eventualmente pronunciata. Tanto premesso, al raggiungimento della pensione cessa il potere rappresentativo del legale dipendente dell'ente, senza che quest'ultimo possa confermare l'incarico»⁴⁴.

7. L'iter amministrativo di conferimento dell'incarico

L'amministrazione, ravvisata l'esigenza di conferire un incarico direttivo ad un caposettore in quiescenza formalizzerà specifico un atto d'indirizzo al responsabile⁴⁵

⁴³ «Se la parte è costituita a mezzo di procuratore, il processo è interrotto dal giorno della morte, radiazione o sospensione del procuratore stesso. In tal caso si applica la disposizione dell'articolo 299. Non sono cause d'interruzione la revoca della procura o la rinuncia ad essa».

⁴⁴ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, 12 maggio 2021, deliberazione Campania/131/2021/PAR.

⁴⁵ Sul punto appare importante richiamare l'art. 1, comma 2, lettera b), del D.Lgs. n. 81/2008 che chiarisce la definizione di *datore di lavoro* nei termini che seguono: «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo». Ai sensi dell'art. 109 del D.Lgs. n. 267/2000 «gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 50, comma 10, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia e sono revocati in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione previsto dall'articolo 169 o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro. L'attribuzione degli incarichi può prescindere dalla precedente assegnazione di funzioni di direzione a seguito di concorsi. Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla

dell'ufficio personale, affinché proceda ad acquisire manifestazioni d'interesse da ex dipendenti della pubblica amministrazione in pensione che abbiano maturato accreditata esperienza professionale compatibile con il profilo da ricoprire.

In alternativa la Giunta Comunale, qualora ritenga di incaricare il precedente Responsabile, formulerà allo stesso un invito a continuare la collaborazione con l'Ente. Solo a seguito del riscontro formale e della manifestazione della disponibilità allo svolgimento dell'incarico, con l'accettazione di tutte le condizioni negoziali, sarà possibile passare alle fasi successive.

La motivazione sottesa alla Deliberazione della Giunta poggerà sulla evidenza che l'attribuzione di tale incarico è giustificata dalla necessità di non disperdere il bagaglio culturale, professionale e le esperienze acquisite dall'ex dipendente che avrà cura, nel periodo di efficacia dell'incarico, di trasmettere le proprie competenze e conoscenze al nuovo personale incardinato nel settore, attraverso una direzione che rappresenta un *continuum* con la precedente.

Con il medesimo atto - che non comporta modifiche alla Programmazione triennale Fabbisogno del personale - saranno definiti contenuto ed obiettivi della posizione organizzativa e la durata dell'incarico da formalizzarsi con specifica convenzione.

Nella deliberazione appare opportuno specificare come l'attività direttiva dell'ex dipendente si sia concretizzata, nel tempo, per attività connotate da: adeguate conoscenze ed esperienza pluriennale; contenuto di tipo tecnico-gestionale-direttivo, responsabilità di risultati relativi ad importanti e diversi procedimenti riguardanti il settore; relazioni organizzative interne di natura negoziale e complessa, gestite anche tra unità organizzative diverse da quella di appartenenza, relazioni esterne con altre istituzioni di tipo diretto; relazioni con gli utenti di natura diretta, anche complesse, e negoziale.

Qualora si proceda a mezzo avviso pubblico, alla scadenza del termine per la presentazione delle manifestazioni d'interesse, l'ufficio precedente accerterà le capacità e le competenze specifiche richieste per l'incarico dagli elementi desumibili dai documenti allegati alla domanda di partecipazione. Si formulerà, per l'effetto, un elenco di soggetti in possesso dei requisiti, senza redazione di una specifica graduatoria, da sottoporre al Sindaco per l'individuazione del soggetto ritenuto più qualificato. È fatta salva, comunque, la convocazione ad un eventuale colloquio. L'atto di conferimento dell'incarico sarà formalmente adottato, successivamente, dal responsabile dell'ufficio.

L'attribuzione dell'incarico, infatti, rientra nell'alveo delle prerogative datoriali di cui all'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 a tenore del quale *«nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro,*

loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione».

nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'articolo 9»⁴⁶.

Va evidenziato, altresì, come l'attribuzione dell'incarico sia strettamente funzionale all'interesse dell'ente piuttosto che del soggetto in quiescenza atteso che, come rilevato dalla circolare n. 6/2014 del Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, la p.a. provvede al conferimento dell'incarico di propria iniziativa, avendo verificato la disponibilità dell'interessato e non su domanda di quest'ultimo. Si fronteggerà, in questo modo, nell'immediato, una situazione di difficoltà nell'individuare un'altra unità competente che diriga il settore, spesso in vista della predisposizione di atti fondamentali per l'Ente e in attesa di poter adottare gli atti necessari per l'assunzione di nuovo personale.

Con propria Deliberazione, l'organo esecutivo, definirà: durata annuale; conferimento di mansioni direttive⁴⁷ (con responsabilità di organizzazione, direzione e

⁴⁶ BARTOLINI F., Codice Amministrativo, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2016

⁴⁷ *Ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 «1. Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. 2. Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108. 3. Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie; g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale; h) le attestazioni, certificazioni comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza; i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco. 4. Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative. 5. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'articolo 50, comma 3, e dall'articolo 54. 6. I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione. 7. Alla valutazione dei dirigenti degli enti locali si applicano i principi contenuti nell'articolo 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, secondo le modalità previste dall'articolo 147 del presente*

gestione degli uffici del Settore individuato); stipula di polizza assicurativa per infortuni e responsabilità civile; eventuale previsione in un limite massimo predeterminato o esclusione di rimborsi spesa; esenzione dell'obbligo di osservanza dell'orario d'ufficio⁴⁸; obbligo di assoluta riservatezza circa le notizie di cui l'incaricato verrà a conoscenza nell'espletamento dell'incarico; il rispetto di tutto l'assetto normativo e regolamentare vigente.

Con il medesimo atto si approverà anche lo schema di disciplinare di incarico gratuito finalizzato a regolare i rapporti tra l'amministrazione comunale e il dipendente in quiescenza, alla cui sottoscrizione provvederà il Responsabile dell'Ufficio Personale.

Andrà anche acquisita la dichiarazione dell'incaricato di non trovarsi in alcuna delle condizioni di incompatibilità e inconfiribilità e conflitto di interesse⁴⁹.

testo unico».

Il successivo art. 109 al comma 2 stabilisce poi che «nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione».

⁴⁸ Per un approfondimento sul punto si rimanda al paragrafo n. 9.

⁴⁹ Il D.Lgs. n. 39/2013 all'art. 1, comma 2, lettere g) e h), definisce l'inconfiribilità e l'incompatibilità nei termini che seguono: «g) inconfiribilità - la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico; h) incompatibilità - l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico». Con riferimento al conflitto d'interesse si richiamano le disposizioni del D.P.R. n. 62/2013, il regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici. L'art. 6 prevede che «fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando: a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione; b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici». Il successivo art. 7 del citato D.P.R. n. 62/2013 stabilisce che «il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza». Sempre sul conflitto di interesse si richiama l'art. 6-bis delle Legge n. 241/1990 secondo

Sarà prerogativa del Sindaco, successivamente, adottare apposito Decreto - ai sensi dell'art. 50, comma 10⁵⁰, del D.Lgs. n. 267/2000 - di individuazione delle attività esercitabili dall'incaricato riconducibili alle competenze esercitate quale Responsabile di Settore. Al contempo l'ufficio preposto provvederà anche alla comunicazione all'Anagrafe delle prestazioni⁵¹ del conferito incarico direttivo a titolo gratuito, con pubblicazione di esso sul sito istituzionale dell'Ente nella sezione *Amministrazione Trasparente* ai sensi del D.Lgs. n. 33/2013⁵².

8. L'eventuale rimborso delle spese

Il Dipartimento della Funzione Pubblica, con parere DFP-0011681 del 22 febbraio 2021, si è espresso in merito al rimborso delle spese per gli incarichi gratuiti conferiti a soggetti in quiescenza ai sensi del citato art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95/2012 e successive modifiche.

In particolare si fa chiarezza rispetto a due quesiti: se sia riconoscibile la rimborsabilità dei costi sostenuti dal soggetto interessato per i trasferimenti dal proprio

cui «*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.*

⁵⁰ «*Il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali.*

⁵¹ Ai sensi dell'art. 53, comma 14, del D.Lgs. n. 165/2001 «*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, tempestivamente e comunque nei termini previsti dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, i dati di cui agli articoli 15 e 18 del medesimo decreto legislativo n. 33 del 2013, relativi a tutti gli incarichi conferiti o autorizzati a qualsiasi titolo. 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 nonché l'attestazione dell'avvenuta verifica dell'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Le informazioni relative a consulenze e incarichi comunicate dalle amministrazioni al Dipartimento della funzione pubblica, nonché le informazioni pubblicate dalle stesse nelle proprie banche dati accessibili al pubblico per via telematica ai sensi del presente articolo, sono trasmesse e pubblicate in tabelle riassuntive rese liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici. 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 trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni di cui al terzo periodo del presente comma in formato digitale standard aperto. 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.*

⁵² PONTI B. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2013.

domicilio alla sede di lavoro e se, altresì, sia possibile assentire i rimborsi per le eventuali missioni autorizzate.

Il Dipartimento si è pronunciato nei termini che seguono: *«in relazione al primo quesito, deve constatarsi come la norma preveda che “devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata”. Il tenore letterale della disposizione consente quindi alle amministrazioni interessate di corrispondere i rimborsi spese in argomento, purché nel rispetto di due specifiche condizioni. La prima attiene al limite dell'importo rimborsabile, per la cui determinazione la norma fa espresso rinvio agli organi competenti delle amministrazioni interessate. In tale contesto, quindi, le amministrazioni - sulla base di proprie valutazioni, ferma restando la compatibilità con i vincoli già previsti dalla normativa vigente in materia di contenimento della spesa pubblica - avranno cura di determinare i limiti ed i criteri di eleggibilità delle spese, sia in relazione alle singole voci ammissibili a rimborso che ai criteri ad esse riferiti, dovendosi, in ogni caso, escludere la possibilità di attribuire rimborsi forfettari. La seconda è riferita alla necessità che tali rimborsi siano rendicontati e quindi supportati dai relativi documenti attestanti gli importi e le circostanze in relazione alle quali si è determinata la spesa. Con riferimento specifico alle spese relative allo spostamento del soggetto incaricato dal proprio domicilio alla sede dell'ente, l'amministrazione dovrà quindi valutare se prevedere tale tipologia di spesa ed i limiti entro cui possa avvenire il rimborso, anche in relazione alla frequenza con la quale gli spostamenti si verificano, all'effettiva distanza percorsa nonché alla possibilità di accedere prioritariamente ai mezzi di trasporto pubblico. Per quanto concerne il secondo quesito, appaiono assentibili, pur sempre nell'ambito del quadro normativo specifico di riferimento, eventuali spese per l'espletamento di missioni, che dovranno, in ogni caso, essere preventivamente autorizzate, riferirsi ad attività effettuate per conto dell'Ente ed attenersi puntualmente al mandato dell'incarico».*

È bene sottolineare che il parere è stato reso in termini di indicazioni generali, competendo sempre alle amministrazioni, in autonomia e nell'esercizio delle proprie funzioni, la decisione da assumere in ordine alle modalità applicative delle norme interpretate, relativamente alla specifica situazione.

9. L'esenzione dell'obbligo di osservanza dell'orario d'ufficio

Come si è detto l'incaricato di posizione organizzativa di ruolo è soggetto al rispetto dell'orario di lavoro e tale controllo è assicurato tramite sistemi automatici marcatempo che hanno lo scopo di verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni direttamente scaturenti dal rapporto di lavoro ed impedire la perpetrazione di comportamenti illeciti.

Fanno eccezione i soli dirigenti che prestano la propria opera per il tempo necessario al raggiungimento degli obiettivi fissati.

Anche gli incarichi di Posizione Organizzativa conferiti ai dipendenti in quiescenza, nei comuni privi di dirigenza, sembrano legarsi a questa specificità.

I disciplinari d'incarico, frequentemente, esulano l'incaricato da forme di controllo della presenza in servizio e dalla garanzia della durata minima della prestazione "lavorativa" settimanale, essendo questa collegata alla rilevanza ed alle effettive necessità delle funzioni da svolgere, nonché al tempo necessario per raggiungimento degli obiettivi fissati.

È quindi riconosciuta all'ex dipendente in pensione la più ampia flessibilità diretta a conseguire una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare.

In alcuni casi, per meglio conciliare anche esigenze di ricevimento del pubblico e coordinamento con gli altri uffici dell'ente, vengono individuate delle fasce temporali giornaliere di presenza in ufficio tenendo conto sia delle esigenze organizzative e funzionali dell'ente, sia delle eventuali esigenze dell'incaricato.

Per quanto attiene alle eventuali assenze per "ferie" occorrerà solo dare comunicazione al dirigente dell'ente. Nei casi di assenza o impedimento del titolare di posizione organizzativa il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi può prevedere che le rispettive funzioni vengano assicurate dal dipendente che lo stesso abbia designato a sostituirlo o, in mancanza, da quello più alto in grado. A parità di livello, poi, potrà essere designato quello con maggiore anzianità di servizio nella funzione ricoperta. Potrà essere sempre consentita, ove prevista e in relazione alle competenze, la sostituzione del responsabile di area ad opera del Segretario Comunale.

10. Il disciplinare d'incarico

Il Responsabile dell'ufficio personale e l'ex dipendente in quiescenza sottoscriveranno una specifica convenzione, da valere a tutti gli effetti di legge.

Richiamati, in premessa, l'atto presupposto e la nota di manifestata disponibilità della persona individuata allo svolgimento dell'incarico, appare opportuno strutturare il disciplinare in pochi, essenziali, articoli.

Si partirà dalla natura giuridica dell'incarico legata, come detto, all'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95/2012 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 135/2012), come poi variato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015.

Il successivo articolo riguarderà l'oggetto, la finalità, la durata e i limiti del rapporto. Si darà atto che la convenzione disciplina un incarico direttivo di settore, con funzioni di coordinamento dello stesso, potere di impegno dell'amministrazione verso l'esterno e firma per tutti gli atti di competenza.

La convenzione avrà la durata *ope legis* di un anno, salvo eventuali recessi, revoche nonché modifiche o integrazioni che potranno essere consensualmente effettuate, per iscritto, dalle parti.

Qualora esigenze funzionali ed operative rendano necessaria la modifica del disciplinare, con particolare riferimento ai tempi di lavoro e alle modalità di utilizzo, l'amministrazione provvederà, ove possibile, alla modifica della stessa con atti integrativi della stessa natura.

L'Ente potrà comunque determinare una scadenza anticipata dell'incarico, senza necessità di ulteriori formalità, attraverso una semplice comunicazione. Il rapporto giuridico, in genere, può essere sciolto anche nei seguenti casi: danno all'immagine dell'ente, sospensione ingiustificata della prestazione e reiterata inosservanza e degli obblighi stabiliti.

L'incarico, ai sensi della vigente normativa, non potrà essere né rinnovato, né prorogato.

All'incaricato verrà chiesto di rendere prestazioni lavorative riconducibili al ruolo di Responsabile di settore già esercitato, con potere di impegno dell'amministrazione verso l'esterno e con possibilità di utilizzare tutte le strumentazioni necessarie per il corretto espletamento dell'incarico in oggetto.

Il dipendente in quiescenza, durante la vigenza dell'incarico, sarà tenuto ad osservare le direttive impartite dal Sindaco e dalla Giunta Comunale.

Gli organi politici - che risultano privi di poteri di amministrazione concreta, ma che comunque rispondono dell'eventuale inefficienza dell'azione amministrativa con la loro responsabilità politica, devono essere in grado di controllare l'operato della posizione organizzativa incaricata che dovrà uniformare la sua condotta a tutte le disposizioni di legge, nonché al codice di comportamento dei dipendenti pubblici e quello adottato dal Comune.

Nei rapporti con l'Amministrazione l'incaricato dovrà, poi, ispirarsi ai principi di collaborazione ed adoperarsi per assicurare l'espletamento dell'incarico assegnatogli nel migliore dei modi.

Egli sarà tenuto, inoltre, a mantenere il segreto d'ufficio e la riservatezza e non potrà dare informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti, atti, fatti e notizie di qualsiasi natura di cui sia venuto a conoscenza.

L'incaricato non potrà partecipare, in qualità di RUP, ad appalti, forniture, concessioni ed attività in cui sia interessato l'Ente ed è sottoposto alla disciplina sulle incompatibilità e le norme del Codice di Comportamento nazionale e comunale.

Nello svolgimento della sua attività il dipendente in quiescenza non maturerà congedi, permessi, aspettative, ferie fatta salva la situazione di malattia, comunque, documentata.

L'incaricato di p.o. sarà direttamente responsabile, in via esclusiva, con riguardo agli obiettivi dell'ente, alla correttezza amministrativa, alla efficienza e ai risultati della

gestione. Risponderà, altresì, dei danni arrecati nell'esercizio delle sue funzioni con dolo o colpa grave all'amministrazione o ai terzi.

Un altro articolo riguarderà, poi, i compensi. L'Ente - sulla base di proprie valutazioni e ferma restando la compatibilità con i vincoli dettati dalla normativa vigente in materia di contenimento della spesa pubblica - avrà cura di determinare i limiti ed i criteri di eleggibilità delle spese, sia in relazione alle singole voci ammissibili a rimborso dovendosi, in ogni caso, escludere la possibilità di attribuire rimborsi forfettari. Andranno chiarite anche le modalità di rendiconto di tali rimborsi, che dovranno essere quindi supportati da documenti fiscali attestanti gli importi e le circostanze in relazione alle quali si è determinata la spesa. Con riferimento ai costi relativi allo spostamento del soggetto incaricato dal proprio domicilio alla sede dell'ente, l'amministrazione sarà chiamata a valutare se prevedere tale tipologia di spesa ed i limiti entro cui possa avvenire il rimborso, anche in relazione alla frequenza con la quale gli spostamenti si verificano, all'effettiva distanza percorsa, nonché alla possibilità di accedere prioritariamente ai mezzi di trasporto pubblico.

La seconda opzione è poi quella di specificare in convenzione che l'incarico sarà totalmente gratuito e, come spesso accade in questi casi, si riterrà escluso anche qualsiasi rimborso spesa e qualsiasi tipo di ristoro economico. L'ente resterà responsabile unicamente dell'onere della stipula di una polizza assicurativa per infortunio, responsabilità civile e malattie connesse allo svolgimento dell'attività stessa, nonché del rispetto degli adempimenti previsti dal D.Lgs. n. 81/2008 in materia di sicurezza sul lavoro.

L'insussistenza di cause di inconferibilità, incompatibilità e conflitto di interesse troverà spazio in un successivo articolo della convenzione. Ai fini del conferimento dell'incarico, infatti, andranno osservate le disposizioni della normativa vigente in materia e, con la sottoscrizione del disciplinare, si attesterà l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interesse.

Altro punto sarà relativo alla pubblicità. Ai sensi dell'art. 15⁵³, comma 1, del D.Lgs n. 33/2013 i contratti di conferimento di incarichi direttivi a soggetti in

⁵³ «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di comunicazione di cui all'articolo 17, comma 22, della legge 15 maggio 1997, n. 127, le pubbliche amministrazioni pubblicano e aggiornano le seguenti informazioni relative ai titolari di incarichi di collaborazione o consulenza: a) gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; b) il curriculum vitae; c) i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali; d) i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato. La pubblicazione degli estremi degli atti di conferimento di incarichi di collaborazione o di consulenza a soggetti esterni a qualsiasi titolo per i quali è previsto un compenso, completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato, nonché la comunicazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica dei relativi dati ai sensi dell'articolo 53, comma 14, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, sono condizioni per l'acquisizione dell'efficacia dell'atto e per la liquidazione dei relativi compensi. Le amministrazioni pubblicano e mantengono aggiornati sui rispettivi siti istituzionali gli elenchi dei propri consulenti

quiescenza dovranno essere pubblicati sul sito istituzionale dell'Ente nella sezione *Amministrazione Trasparente*, nonché comunicati all'Anagrafe delle prestazioni come detto in precedenza.

Segue l'articolo relativo alla normativa in materia di trattamento di dati personali e codice di comportamento.

La convenzione si chiuderà, infine, con l'indicazione del foro competente per ogni controversia inerente all'incarico.

10. La stipula della polizza assicurativa

L'INAIL, con nota 60010 dell'8 marzo 2017, ha fornito importanti chiarimenti in merito alla corretta copertura assicurativa da applicare in caso di affidamento di incarichi gratuiti a dipendenti in pensione da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nel documento si evidenzia che *«ai fini della corresponsione dell'obbligo assicurativo [...] non è rilevante la gratuità dell'incarico conferito, quanto piuttosto la qualificazione che la stessa amministrazione conferente intende dare al rapporto che va ad instaurare con il soggetto in relazione all'oggetto della prestazione dedotta nell'atto di conferimento o nel contratto. La disciplina recata dalla disposizione [...], non avendo carattere innovativo rispetto alla natura giuridica degli incarichi ivi contemplati e alle modalità di conferimento degli stessi, di natura amministrativa o contrattuale, non comporta, pertanto, novità rispetto all'assolvimento degli obblighi assicurativi connessi allo svolgimento degli incarichi ivi contemplati che potranno continuare ad essere assolti secondo le modalità già praticate antecedentemente all'entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012, in ragione della natura giuridica della qualificazione attribuita dalla stessa Amministrazione in sede di attribuzione dell'incarico. Tali obblighi assicurativi, pertanto, dovranno essere assolti con le modalità della speciale "gestione per conto" o della gestione assicurativa ordinaria, a seconda che il soggetto assicurante sia destinatario dell'una o dell'altra modalità e, nel caso di Amministrazioni pubbliche rientranti nella gestione per conto, della natura del rapporto di lavoro instaurato (lavoratore dipendente o meno). Pertanto, ove l'amministrazione conferente qualifichi l'incarico, ad esempio, quale collaborazione coordinata e continuativa scatterà*

indicando l'oggetto, la durata e il compenso dell'incarico. Il Dipartimento della funzione pubblica consente la consultazione, anche per nominativo, dei dati di cui al presente comma. In caso di omessa pubblicazione di quanto previsto al comma 2, il pagamento del corrispettivo determina la responsabilità del dirigente che l'ha disposto, accertata all'esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati cui ai commi 1 e 2 entro tre mesi dal conferimento dell'incarico e per i tre anni successivi alla cessazione dell'incarico».

l'obbligo assicurativo nella forma della gestione ordinaria, in presenza dei requisiti del coordinamento con il committente, della personalità e della continuità nelle prestazioni lavorative, dalle quali consegue l'esposizione dei soggetti in questione agli stessi rischi ai quali sono esposti tutti gli altri lavoratori addetti alle medesime lavorazioni. Quanto precede vale anche per le Amministrazioni statali rientranti nella "gestione per conto" di cui all'art. 127 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n.1124, in quanto l'applicazione dell'obbligo assicurativo alle categorie dei lavoratori parasubordinati configura una disciplina speciale e quindi trova attuazione anche per tali Amministrazioni. Infatti, i rapporti assicurativi dei lavoratori parasubordinati non sono ricompresi nella "gestione per conto" che attiene esclusivamente al personale dipendente dalle Amministrazioni Statali, secondo le disposizioni emanate con il Decreto Ministeriale del 10 ottobre 1985 (G. U. 46 del 25 febbraio 1986). Diversamente, ove gli incarichi gratuiti siano inquadrati dall'amministrazione conferente nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo, in assenza dei requisiti del coordinamento con l'attività del committente e della continuità nella esecuzione delle prestazioni, non potrà trovare attuazione l'obbligo assicurativo Inail, in assenza di un'apposita norma di riferimento».

12. Il decreto sindacale di attribuzione dell'incarico

Tra le prerogative del primo cittadino di un Comune figura la possibilità di adottare decreti finalizzati al buon andamento⁵⁴ della macchina amministrativa.

Per effetto di questo provvedimento amministrativo, emanato da un organo del potere esecutivo, vengono nominati i responsabili degli uffici e dei servizi e si attribuiscono incarichi ai dirigenti. Il fondamento normativo è insito all'art. 50 del D.Lgs. n. 267/2000 a tenore del quale «*Il sindaco [...] nomina i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuisce e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109⁵⁵ e*

⁵⁴ Per un approfondimento sul tema si rimanda a: ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo*, Società Ed. Libreria, Milano, 1912 - ROSSI G.P., *Diritto amministrativo - Principi*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2005.

⁵⁵ «*Gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 50, comma 10, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia e sono revocati in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione previsto dall'articolo 169 o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro. L'attribuzione degli incarichi può prescindere dalla precedente assegnazione di funzioni di direzione a seguito di concorsi. Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di*

110⁵⁶, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali [...]».

Per l'incarico di Responsabile di Posizione Organizzativa conferito ai sensi della normativa in commento il decreto sarà strutturato partendo dalla menzione dell'atto presupposto e del Disciplinare di conferimento d'incarico sottoscritto tra l'Ente - in persona del Responsabile dell'Ufficio Personale - e l'ex dipendente in quiescenza.

È rilevante, sempre nel preambolo, operare un richiamo all'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, a mente del quale *«ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati»*.

provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione».

⁵⁶ «Lo statuto può prevedere che la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, possa avvenire mediante contratto a tempo determinato. Per i posti di qualifica dirigenziale, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi definisce la quota degli stessi attribuibile mediante contratti a tempo determinato, comunque in misura non superiore al 30 per cento dei posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica e, comunque, per almeno una unità. Fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire, gli incarichi a contratto di cui al presente comma sono conferiti previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico. 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. Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5 per cento del totale della dotazione organica della dirigenza e dell'area direttiva e comunque per almeno una unità. Negli altri enti, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, solo in assenza di professionalità analoghe presenti all'interno dell'ente, contratti a tempo determinato di dirigenti, alte specializzazioni o funzionari dell'area direttiva, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire. Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5 per cento della dotazione organica dell'ente arrotondando il prodotto all'unità superiore, o ad una unità negli enti con una dotazione organica inferiore alle 20 unità. I contratti di cui ai precedenti commi non possono avere durata superiore al mandato elettivo del sindaco o del presidente della provincia in carica. Il trattamento economico, equivalente a quello previsto dai vigenti contratti collettivi nazionali e decentrati per il personale degli enti locali, può essere integrato, con provvedimento motivato della giunta, da una indennità ad personam, commisurata alla specifica qualificazione professionale e culturale, anche in considerazione della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali. Il trattamento economico e l'eventuale indennità ad personam sono definiti in stretta correlazione con il bilancio dell'ente e non vanno imputati al costo contrattuale e del personale. Il contratto a tempo determinato è risolto di diritto nel caso in cui l'ente locale dichiara il dissesto o venga a trovarsi nelle situazioni strutturalmente deficitarie. Per il periodo di durata degli incarichi di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo nonché dell'incarico di cui all'articolo 108, i dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono collocati in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio. Per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità».

Al pari andrà richiamato il contenuto dell'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 in riferimento alle funzioni e responsabilità della dirigenza⁵⁷.

Nel caso di specie andrà evidenziato che l'Ente non dispone, nella propria dotazione organica, di figure aventi qualifica dirigenziale e, pertanto, la disciplina dell'assegnazione degli incarichi apicali è regolata dall'art. 109 del D.Lgs. n. 267/2000 e dalle disposizioni contrattuali.

In conseguenza le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione del precedente art. 97⁵⁸, comma 4, lettera *d*), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del Sindaco, ai Responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione.

Nel decreto si prenderà atto, altresì, che l'ex dipendente è appartenuto alla categoria D, secondo la vigente declaratoria della contrattazione collettiva nazionale applicabile, al Comparto Regioni - Autonomie Locali e che la propria attività direttiva si è concretizzata nel tempo (e dovrà caratterizzarsi nell'ambito dell'incarico gratuito) per attività connotate da adeguate conoscenze ed esperienza pluriennale; contenuto di tipo tecnico, gestionale o direttivo con responsabilità di risultati relativi ad importanti e diversi procedimenti riguardanti il settore; relazioni organizzative interne di natura negoziale e complessa, gestite anche tra unità organizzative diverse da quella di appartenenza, relazioni esterne con altre istituzioni di tipo diretto; relazioni con gli utenti di natura diretta - anche complesse - e negoziale.

Si opererà, successivamente, un richiamo al Regolamento dell'ordinamento degli uffici e dei servizi, nonché dei relativi strumenti organizzativi attualmente vigenti in materia di gestione delle risorse umane (tra i quali, in particolare, la dotazione organica e l'organigramma dell'Ente), menzionando l'articolazione dei settori. Particolare attenzione andrà prestata nella redazione del dispositivo, che costituisce proprio l'atto di volontà della Pubblica Amministrazione. Nel caso *de quo* si decreterà, quindi, di conferire al dipendente in quiescenza l'incarico di titolare della posizione organizzativa di uno specifico settore, indicando la decorrenza dello stesso e specificando la durata annuale, la non rinnovabilità e la gratuità della prestazione.

⁵⁷ DE MARZIO G. e TOMEI R., *Commentario al Testo Unico sugli Enti Locali*, Cedam, Padova, 2002.

⁵⁸ «Il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività, salvo quando ai sensi e per gli effetti del comma 1 dell'articolo 108 il sindaco e il presidente della provincia abbiano nominato il direttore generale. Il segretario inoltre: a) partecipa con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta e ne cura la verbalizzazione; b) esprime il parere di cui all'articolo 49, in relazione alle sue competenze, nel caso in cui l'ente non abbia responsabili dei servizi; c) roga, su richiesta dell'ente, i contratti nei quali l'ente è parte e autentica scritture private ed atti unilaterali nell'interesse dell'ente; d) esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia; e) esercita le funzioni di direttore generale nell'ipotesi prevista dall'articolo 108, comma 4. Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, può prevedere un vicesegretario per coadiuvare il segretario e sostituirlo nei casi di vacanza, assenza o impedimento. Il rapporto di lavoro dei segretari comunali e provinciali è disciplinato dai contratti collettivi ai sensi del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni».

Si stabilirà, poi, che all'incaricato spetterà la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti, nel rispetto del principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo sono ascritti agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali.

Si indicherà che, allo stesso, è affidata l'esecuzione di tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108 del D.Lgs. n. 267/2000.

Con il medesimo decreto si procederà, indi, all'attribuzione di tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare: a) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; b) gli atti di amministrazione e gestione del personale; c) la stipulazione dei contratti; d) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza; e) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco. Si darà atto che, per effetto della nomina in parola, sono assegnate le risorse umane che risultano dal Piano Esecutivo di Gestione dell'anno di riferimento, le risorse strumentali che risultano in dotazione ai servizi e le risorse finanziarie da gestire sono quelle risultanti dai documenti di Bilancio, come approvate dagli organi comunali a ciò deputati.

Andrà, ovviamente, precisato (come già indicato nel disciplinare) che l'incaricato non potrà partecipare, in qualità di RUP, ad appalti, forniture, concessioni ed attività in cui sia interessato l'Ente ed è sottoposto alla disciplina sulle incompatibilità e le norme del Codice di Comportamento nazionale e comunale.

È bene ribadire anche che l'incarico, per la sua natura gratuita, benché venga riconosciuto un rimborso spese, non comporterà alcuna attribuzione di indennità di posizione e di risultato.

Nel periodo d'incarico presso il Comune l'ex dipendente sarà tenuto ad osservare le direttive impartite dal Sindaco e dalla Giunta Comunale e dovrà uniformare la sua condotta alle leggi ed ai Regolamenti.

13. Osservazioni conclusive

Negli Enti privi di dirigenza il ruolo apicale è assunto dai dipendenti di categoria D, congiuntura pratica tra politica e amministrazione, a cui viene conferita la titolarità della posizione organizzativa.

Sono proprio loro a rappresentare il traino dell'azione amministrativa per il raggiungimento degli obiettivi fissati dall'organo esecutivo.

Il noto principio del buon andamento dell'azione amministrativa indirizza la p.a. a perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico e, con riferimento alla costituzione di un rapporto di lavoro di natura dirigenziale, è essenziale l'espletamento di procedure imparziali e obiettive in grado di garantire la selezione delle migliori risorse umane.

Se si tiene conto che, sovente, il settore diretto dal funzionario titolare di posizione organizzativa è retto da pochissimi dipendenti, ben si comprende come l'improvvisa vacanza del posto di Responsabile, oltre a rappresentare un grave *vulnus* per tutta l'attività dell'Ente, determina anche la fondata preoccupazione di non riuscire a concludere adempimenti rilevanti.

Da qui la necessità, indispensabile, di individuare soluzioni alternative che consentano alla macchina amministrativa di non subire interruzioni e all'ex dipendente di concludere le procedure avviate durante il servizio, per le quali sono richieste specifiche conoscenze ed informazioni storiche non rinvenibili tra il personale in dotazione all'ufficio. Il tutto nelle more dell'indizione della procedura finalizzata al reclutamento, in tempi brevi, di personale.

La possibilità di conferire ad un ex dipendente di categoria D un incarico direttivo rappresenta, quindi, una ipotesi di carattere eccezionale attuabile solo in presenza di specifici requisiti posseduti dal lavoratore.

Per l'individuazione della persona idonea a ricoprire tale ruolo, come si è detto, è necessario attuare il criterio della competenza professionale, tenendo in debita evidenza le caratteristiche dell'azione di governo che l'Ente dovrà predisporre.

L'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 95/2012 prevede, in modo diretto e senza deroghe, un impedimento generalizzato al conferimento di incarichi dirigenziali o direttivi a soggetti in pensione, facendo salvi i soli incarichi a titolo gratuito per una durata non superiore a un anno, non prorogabile, né rinnovabile.

Sul punto va evidenziato come l'attribuzione dell'incarico sia strettamente funzionale all'interesse dell'ente piuttosto che del soggetto in quiescenza, tenuto conto che la pubblica amministrazione provvede al conferimento di propria iniziativa e non su domanda dell'interessato a cui viene richiesta la sola disponibilità.

Avuto riguardo dei limiti legati al compimento dei 67 anni, l'amministrazione sarà tenuta a valutare prudentemente la compatibilità dell'incarico con la gratuità, la durata massima, le responsabilità e i meccanismi di valutazione connessi all'incarico. Perché se da un lato la conferita posizione organizzativa ad un ex dipendente a riposo si caratterizza per l'elevata professionalità in termini gestionali, l'autonomia decisionale e i poteri di coordinamento e controllo del settore, dall'altro incontra precisi limiti operativi laddove è richiesto un inquadramento formale nei ruoli della pubblica amministrazione.

Le Amministrazioni, quindi, in autonomia e nell'esercizio delle proprie funzioni, valuteranno in maniera ponderata le decisioni da assumere in ordine alle modalità applicative delle norme richiamate in questo approfondimento giuridico, calando il caso alla specifica situazione del proprio ente.