

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

Il presente contributo trae spunto da una sentenza del [Consiglio di Stato, sez. IV, del 26 novembre 2015, n. 5372](#), la quale si pronuncia individuando quale sia la giurisdizione per le controversie relative alle procedure pubbliche di selezione per il conferimento di incarichi di lavoro autonomo, ai sensi dell'art. 7 del Dlgs. 165/2001^[1].

Secondo i giudici di Palazzo Spada, la procedura di selezione indetta dalla P.A. per il conferimento di un incarico professionale è volta alla costituzione di rapporti di lavoro autonomo, pertanto, in caso di controversie, la giurisdizione è devoluta al **Giudice ordinario**, in applicazione dell'art. 63 del Dlgs. 165/2001. Pur trattandosi della fase antecedente alla stipula del contratto, nella quale non sussistono posizioni di diritto soggettivo, la cognizione spetta al Giudice ordinario in quanto la procedura non è volta alla costituzione di un rapporto di "pubblico impiego". La decisione tiene conto del dato testuale dell'art. 63 comma 4 del citato Dlgs. 165/2001, secondo il quale alla giurisdizione del giudice amministrativo sono attribuite le controversie sulle «*procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*»^[2].

La posizione differisce da vari precedenti, anche recenti^[3], di ordine generale, che avevano ravvisato la giurisdizione del Giudice amministrativo in ogni caso in cui il rapporto di lavoro da stipulare con una pubblica amministrazione fosse qualificabile come rapporto di parasubordinazione. In tali ipotesi, le controversie attinenti alla fase precedente alla stipula della convenzione o del contratto, ove riferibili all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione, rientrerebbero nella giurisdizione di legittimità del Giudice Amministrativo, quale Giudice naturale dell'esercizio del potere pubblico. Per quanto attiene all'ambito specifico universitario, la Giurisdizione amministrativa era stata ravvisata anche per le procedure pubbliche comparative di individuazione degli assegnisti di ricerca^[4]. Dopo la decisione del Consiglio di Stato sopra illustrata è possibile, sebbene non auspicabile, che anche tali procedure siano attratte dalla Giurisdizione ordinaria.

Questa posizione è avvalorata da una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, sent. 12 maggio 2016 n. 1888, relativa agli incarichi (dirigenziali di lavoro subordinato) a tempo determinato, di cui all'art. 110 del Dlgs. 267/2000^[5]. Secondo tale sentenza, dopo la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, la convergente giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato interpretano la riserva di giurisdizione amministrativa sulle «*procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*» prevista dall'art. 63 (Controversie relative ai rapporti di lavoro), comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nel senso che essa è applicabile alle procedure selettive, comunque denominate, aperte ai soggetti in possesso di predeterminati requisiti soggettivi e caratterizzate da concorrenzialità fra i partecipanti alla selezione, destinate poi a concludersi con la formazione di una graduatoria di merito (Cass., SS.UU., 3 febbraio 2014, n. 2290, 16 aprile 2007, n. 8950; ord. 27 febbraio 2008, n. 5078 e 28 novembre 2005, n. 25042, 8 novembre 2005, n. 21593, 27 gennaio 2004, n. 1478, 15 maggio 2003, n. 7621; Cons. Stato, III, 16 dicembre 2015, n. 5693; V, 1 ottobre 2015, n. 4599, 31 agosto 2015, n. 4039). Per contro, laddove la scelta rivesta carattere non meramente competitivo, ancorché all'esito di una valutazione comparativa di una rosa di candidati, anche esterni all'amministrazione, sulla base di curricula a tal fine esaminati, la selezione non acquista natura di procedura concorsuale ai sensi del citato art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001 e la giurisdizione sulle relative controversie rientra in quella residuale del giudice ordinario. Infatti, a parte il

carattere temporaneo dell'incarico (che lo differenzia da uno stabile rapporto di lavoro dipendente, cui testualmente si riferisce il ricordato art. 63), va rilevato che in questo caso la valutazione svolta dall'amministrazione è di idoneità e di rispondenza del profilo professionale emergente dal singolo curriculum rispetto alle esigenze funzionali del posto da ricoprire. La comparazione non viene in altri termini svolta sulla base di prove episodiche di capacità o di titoli oggettivi e di tipo predeterminato, ma è relativa al profilo complessivo del singolo aspirante ed è di tipo globale: pertanto è estranea alla fattispecie, di stretta interpretazione, della procedura concorsuale, cui la norma suddetta riferisce l'eccezione alla giurisdizione ordinaria ^[6].

[1]

6. Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

- a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;
- b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;
- c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico;
- d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.

Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore.

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

6-bis. Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

6-ter. I regolamenti di cui all'[articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267](#), si adeguano ai principi di cui al comma 6.

6-quater. Le disposizioni di cui ai commi 6, 6-bis e 6-ter non si applicano ai componenti degli organismi di controllo interno e dei nuclei di valutazione, nonché degli organismi operanti per le finalità di cui all'[articolo 1, comma 5, della legge 17 maggio 1999, n. 144](#).

[2]

V. Foro Italiano n. 1/2016, parte III, pag. 4. In tal senso anche TAR Basilicata, Sez. I, sent. 22 ottobre 2013, n. 625.

[3]

V. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 22 ottobre 2015, n. 2246; [Consiglio di Stato sez. VI, sent. 8 luglio 2015 n. 3398](#).

[4]

V. TAR Toscana Sez. I, 23 febbraio 2005, n. 880; T.A.R. Sicilia Palermo Sez. II, Sent., 07 febbraio 2013, n. 317; TAR Emilia-Romagna Bologna Sez. I, Sent., 31 luglio 2009, n. 1125.

[5]

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. Il contratto a tempo determinato è risolto di diritto nel caso in cui l'ente locale dichiari il dissesto o venga a trovarsi nelle situazioni strutturalmente deficitarie.

5. 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.

6. Per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità.

[\[6\]](#) V. Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana, segnalazione del prof. avv. Menichetti