

LA NOVITÀ

In questa sezione prendiamo in esame la notizia che, secondo il comitato di redazione, rappresenta la novità più importante degli ultimi quindici giorni.

Si tratta di un primo commento. Potranno intervenire, successivamente, ulteriori approfondimenti, da parte di Personale News.

IL TERMINE DEGLI INCARICHI DI POSIZIONE ORGANIZZATIVA NEGLI ENTI SENZA LA DIRIGENZA

Commento a Corte di Cassazione civile, sez. Lavoro, 18 aprile 2017, n. 9728¹

di Mario Ferrari

1. La vicenda.

Nel lontano gennaio 2005 il commissario prefettizio di un comune conferisce l'incarico di responsabilità con connessa titolarità di posizione organizzativa ad un dipendente, ai sensi dell'articolo 109, comma 2, del TUEL e dell'articolo 15 del CCNL 22 gennaio 2004.

Dalla sentenza di legittimità non è molto chiaro quale fosse il contenuto specifico del decreto di conferimento dell'incarico. Quello che si può supporre è che nel decreto non fosse indicata la scadenza dell'incarico o che questa fosse successiva alle elezioni amministrative.

Dopo le elezioni, ad aprile del medesimo anno, con un apposito decreto il Sindaco neoeletto stabilisce che l'incarico conferito dal commissario è cessato automaticamente a seguito dell'insediamento dei nuovi organi politici e non conferisce al dipendente l'incarico già avuto ma ne attribuisce uno differente.

Il dipendente ricorre al giudice e, in primo grado, il Tribunale di Nocera Inferiore accoglie parzialmente le doglianze del dipendente.

In secondo grado la Corte d'Appello di Salerno esclude che il dipendente avesse un "*diritto soggettivo alla conservazione dell'incarico affidato*" e rigetta le richieste del dipendente.

Il dipendente impugna la sentenza della Corte d'Appello sotto diversi profili e la vicenda approda davanti alla Corte di Cassazione.

2. Le norme di riferimento.

Per inquadrare la vicenda è utile rappresentare il quadro normativo vigente al tempo dei fatti, che sostanzialmente è il medesimo odierno.

Dal lato legislativo abbiamo l'articolo 109, comma 2, del TUEL, che stabilisce: "*2. 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*

¹ <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20170418/snciv@sl0@a2017@n09728@tS.clean.pdf>

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".

Dal lato contrattuale abbiamo:

- gli articoli da 8 a 11 del CCNL 31 marzo 1999², in particolare in tema di conferimento e revoca degli incarichi l'articolo 9, comma 3, stabilisce: *"3. Gli incarichi possono essere revocati prima della scadenza con atto scritto e motivato, in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di specifico accertamento di risultati negativi"*.
- l'articolo 15 del CCNL 22 gennaio 2004 che stabilisce: *"1. Negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale, i responsabili delle strutture apicali secondo l'ordinamento organizzativo dell'ente, sono titolari delle organizzative disciplinate dagli artt. 8 e seguenti del CCNL del 31.3.1999"*.

3. Le valutazioni della Corte.

Gli ermellini esaminano la questione tenendo conto che l'incarico di posizione organizzativa nel predetto ente comporta l'esercizio di funzioni dirigenziali, in quanto l'ente è privo di dirigenti.

Trattandosi pertanto di incarico *latu sensu* dirigenziale, la Corte ritiene di applicare i principi enunciati dalla Corte costituzionale in merito alle norme che stabilivano una decadenza automatica degli incarichi dirigenziali in occasione del mutamento del vertice politico e osserva che *"La previsione di un'anticipata cessazione ex lege dell'incarico dirigenziale deresponsabilizza il dirigente dall'assunzione dei risultati amministrativi e rende arbitraria l'adozione di poteri di rimozione causalmente giustificabili soltanto nell'ottica della rispondenza ad un pubblico superiore interesse e non certo alla circostanza transeunte del mutamento dell'organo investito del potere di nomina"*.

Di conseguenza la revoca delle funzioni dirigenziali può essere conseguenza soltanto *"di una accertata responsabilità dirigenziale, in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato"*.

La Corte ritiene che i medesimi principi si applichino ai titolari di posizione organizzativa, tenendo in considerazione quanto disposto dall'articolo 15 del CCNL 22 gennaio 2004 e dall'articolo 9, comma 3, del CCNL 31 marzo 1999.

La Cassazione quindi conclude che:

- il decreto sindacale impugnato è illegittimo in quanto motivato esclusivamente sulla base di una presunta decadenza automatica dell'incarico a seguito del rinnovo delle cariche politiche;
- la corte territoriale, respingendo le richieste del dipendente, non ha applicato correttamente le disposizioni legislative e contrattuali, perché tali disposizioni non contemplano la decadenza *ope legis* degli incarichi al cambio dell'organo di vertice politico, e anche se vi fossero sarebbero comunque incostituzionali.

Il principio di diritto che viene enunciato è il seguente: *"la revoca degli incarichi di posizione organizzativa nell'ambito degli enti locali può essere disposta sulla base degli specifici presupposti indicati dall'articolo 9, comma 3, del c.c.n.l. 31.3.1999 ed è illegittima se comunicata in considerazione del mero mutamento dell'organo investito del potere di nomina"*.

4. Considerazioni.

Il tema della durata degli incarichi di posizione organizzativa negli enti senza dirigenza è stato trascurato sia dal legislatore che dalle parti contrattuali. L'unica disposizione in materia è contenuta nell'articolo 9, comma 1, del CCNL 31 marzo 1999, che però si riferisce agli enti con dirigenza: *"1. Gli incarichi relativi all'area delle posizioni organizzative sono conferiti dai dirigenti"*.

² <http://www.aranagenzia.it/contrattazione/comparti/regioni-ed-autonomie-locali/contratti/433-ccnl-revisione-sistema-classificazione-professionale.html>

per un periodo massimo non superiore a 5 anni, previa determinazione di criteri generali da parte degli enti, con atto scritto e motivato e possono essere rinnovati con le medesime formalità”.

Una eccezione nel panorama nazionale è rappresentata dalla contrattazione collettiva per gli enti situati nella Regione Friuli Venezia-Giulia. L'articolo 42, comma 4, del CCRL 7 dicembre 2006³, stabilisce: *“Le predette funzioni sono conferite, a tempo determinato, per un periodo non superiore al mandato elettivo in corso del sindaco all'atto dell'affidamento e comunque non inferiore ad un anno”.*

Altrove tutto è lasciato all'autonomia degli enti.

In proposito ricordiamo il parere del Ministero dell'Interno del 29 giugno 2013⁴ che recita: *“Con una nota un Comune ha rappresentato che con decreti sindacali sono stati conferiti, ai sensi dell'art. 109 e 110, comma 1 del Dlgs 267/2000, due incarichi dirigenziali a propri dipendenti di cat. D3, per la durata del mandato del Sindaco. Poiché il sindaco ha cessato le proprie funzioni per dimissioni è stato chiesto se detti decreti possano considerarsi ancora vigenti, tenuto conto del disposto di cui al comma 2 dell'art. 19 del Dlgs 165/2001 che fissa la durata degli incarichi dirigenziali da tre a cinque anni.*

Al riguardo, si rileva, in via generale, che gli incarichi fiduciari conferiti dal Sindaco ex art. 110 del citato Dlgs 267/2000, come quelli ex art. 90, sono strettamente legati alla durata del mandato, pertanto, gli stessi decadono nel momento della cessazione del mandato, per qualunque causa, ivi compresa le dimissioni (Cfr. Corte dei Conti sez. giur. d'appello Regione Sicilia n. 377/A/2011). Per quanto attiene il conferimento delle funzioni dirigenziali ai sensi dell'art. 109 dello stesso decreto legislativo è il regolamento degli uffici e dei servizi che ne stabilisce la scadenza che può essere legata o alla durata del mandato del Sindaco ovvero svincolata dallo stesso.

Pertanto, poiché nel caso in esame, la scadenza dei due incarichi di cui trattasi è stata fissata a quella del mandato sindacale, si ritiene che detti incarichi cessino con le dimissioni del Sindaco, non risultando, nella fattispecie, conferente il richiamo operato al citato art. 19, comma 2”.

Anche noi ci eravamo pronunciati in tale senso su queste pagine⁵.

5. Il principio fissato dalla Corte di Cassazione.

Relativamente agli incarichi di posizione organizzativa con funzioni dirigenziali la Corte di Cassazione ha applicato il medesimo principio sancito più volte dalla Corte costituzionale in tema di incarichi dirigenziali: la decadenza automatica a seguito del mutamento del vertice politico è generalmente vietata e l'interruzione anticipata dell'incarico è possibile solamente tramite l'istituto della revoca sulla base delle disposizioni contrattuali.

Da questo punto di vista forse è stata anche più rigorosa si quanto si possa rinvenire nelle pronunce della Consulta. La Corte costituzionale ha sempre ammesso due eccezioni al divieto generalizzato dello *spoils system*⁶:

- addetti ad uffici di diretta collaborazione (per gli enti locali, gli incaricati ai sensi dell'articolo 90 del TUEL);

³ Il contratto è disponibile al link: http://www.regione.fvg.it/rafig/export/sites/default/RAFIG/GEN/comparto-unico-contrattazione/allegati/07_12_2006.pdf

⁴ <http://incomune.interno.it/pareri/sono-stati-conferiti-ai-sensi-dellart-109-e-110-comma-1-del-dlgs-2672000-due>

⁵ Si veda: Ferrari Mario, “Incarichi di responsabilità e area delle posizioni organizzative negli enti senza dirigenza (prima parte)”, *Personale News*, n. 22/2013, pp. 6-17, in particolare il paragrafo 2.4.

⁶ *Ex multis*, Corte costituzionale, sentenza 24 gennaio 2017, n. 15 (disponibile nella banca dati della Corte: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>):

“I predetti meccanismi di decadenza automatica sono stati da questa Corte ritenuti compatibili con l'art. 97 Cost., esclusivamente ove riferiti ad addetti ad uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) o a figure apicali, quali quelle contemplate dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 (sentenza n. 34 del 2010).

Relativamente a tali incarichi, causa et ratio della relativa normativa e delle conseguenti pronunce confermate della loro legittimità costituzionale, vanno individuate nella necessità per l'organo di vertice di assicurare, intuito personae, una migliore fluidità e correttezza di rapporti con diretti collaboratori quali sono i dirigenti apicali e ovviamente il personale di staff, funzionali allo stesso miglior andamento dell'attività amministrativa.

Per il rimanente personale dirigenziale, i meccanismi di decadenza automatica, o meramente discrezionale, sono stati invece costantemente ritenuti incompatibili con l'art. 97 Cost. (ex plurimis, sentenze n. 228 e n. 124 del 2011, n. 224 del 2010, n. 104 e n. 103 del 2007)”.

- figure apicali (che nella dirigenza statale sono individuati dall'articolo 19, comma 3, del d.lgs. 165/2001 nelle seguenti figure: "incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente").

A questo punto dobbiamo capire cosa vuole dire "figure apicali" negli enti locali privi di dirigenti.

Ci avevamo provato qualche numero fa⁷ e avevamo ritenuto che potessero essere considerati apicali i: "responsabili degli uffici e dei servizi titolari di posizione organizzativa", escludendo che la risoluzione automatica potesse applicarsi ad "eventuali incarichi di alta specializzazione". Questo perché tra i predetti responsabili e l'organo di vertice politico non si frappongono altri "livelli" di responsabilità, in quanto la figura del segretario comunale non è gerarchicamente sovraordinata ai responsabili degli uffici e dei servizi (e ai dirigenti negli enti che li hanno), ma ha un mero potere di sovrintendenza e coordinamento⁸.

Forse, alla luce di questa sentenza, tale concetto è da rivedere e riferirlo ai soli segretari comunali (il cui attuale *status* già prevede la possibilità per il sindaco neoeletto di non riconfermare l'incarico⁹) e, per gli enti che li possono avere, ai direttori generali, che effettivamente rappresentano il "collegamento" tra organi di governo e struttura burocratica e il cui incarico può avere delle importanti connotazioni di fiduciarità.

6. Post scriptum: gli incarichi di direzione degli uffici e dei servizi a tempo determinato ex art. 110 del TUEL.

Fin qui abbiamo trattato degli incarichi di posizione organizzativa affidati a dipendenti a tempo indeterminato, ma cosa succede agli incarichi affidati con contratti a tempo determinato?

Pochi giorni fa sempre la Corte di Cassazione¹⁰ ha esaminato il caso della possibile decadenza degli incarichi di cui all'articolo 110, comma 1, del TUEL.

Nel caso di specie si trattava di un incarico di livello dirigenziale, ma abbiamo visto che per gli Ermellini il trattamento deve essere il medesimo sia per i dirigenti che per le posizioni organizzative apicali.

La Corte ha stabilito che nemmeno gli incarichi a tempo determinato cessano anticipatamente nel caso di conclusione anticipata del mandato del Sindaco che ha conferito l'incarico.

La pronuncia non è una vera e propria novità, conferma quanto già affermato con la precedente sentenza n. 2510 del 31 gennaio 2017¹¹. In quel caso si trattava di un dirigente regionale assunto ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del d.lgs. 165/2001. La più recente sentenza invece riguarda espressamente l'articolo 110 del TUEL.

Riassumiamo brevemente la vicenda.

A seguito del decesso del sindaco era stato dichiarato decaduto l'incarico di dirigente dei Settori urbanistica, lavori pubblici, programmazione e progettazione, conferito ai sensi dell'articolo 110 del TUEL. Il dirigente impugna gli atti, ma sia in primo grado che in appello non ottiene soddisfazione. Il dirigente non demorde e la vicenda arriva alla Corte di Cassazione.

La Corte non concorda con i giudici di merito e nelle sue considerazioni rappresenta che:

⁷ Si veda: Ferrari Mario, "Risoluzione anticipata dei contratti ex art. 110 del TUEL", *Personale News*, n. 3/2017, pp. 5-11.

⁸ L'articolo 97, comma 4, del TUEL stabilisce: "Il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività".

⁹ L'articolo 99 del TUEL dispone: "... 2. Salvo quanto disposto dall'articolo 100, la nomina ha durata corrispondente a quella del mandato del sindaco o del presidente della provincia che lo ha nominato. Il segretario cessa automaticamente dall'incarico con la cessazione del mandato del sindaco e del presidente della provincia, continuando ad esercitare le funzioni sino alla nomina del nuovo segretario.

3. La nomina è disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco e del presidente della provincia, decorsi i quali il segretario è confermato".

¹⁰ Corte di Cassazione civile, sezione Lavoro, 5 maggio 2017, n. 11015:

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20170505/snciv@sL0@a2017@n11015@tS.clean.pdf>

¹¹ Commentata in: Ferrari Mario, "Risoluzione anticipata dei contratti ex art. 110 del TUEL", *cit.* paragrafo 4.

- *“l’art. 110, comma 3, TUEL non può certamente essere inteso nel senso di consentire l’applicabilità dello ‘spoils system’ ad incarichi non apicali e di tipo tecnico-professionale, a meno che non sia dimostrato che la ‘fiduciarità’ iniziale si configuri come preventiva valutazione soggettiva di consonanza politica e personale tra l’incaricato del titolare dell’organo politico di cui si tratta”;*
- *“è incompatibile l’attribuzione all’espressione ‘in carica’ posta alla fine della prima frase dell’art. 110, comma 3, cit. ... del significato di consentire la decadenza automatica dell’incarico tutte le volte in cui il sindaco per una qualunque ragione ... non sia più in carica”;*
- *“la su riportata norma non può essere intesa come diretta a stabilire un limite oggettivo e chiaro di durata massima degli incarichi di cui si tratta ... attraverso un implicito riferimento al precedente art. 51 TUEL, ove è stabilita la durata quinquennale del mandato elettivo”;*
- *“nello stesso modo devono ... intendersi tutti gli atti che per gli incarichi in parola fanno riferimento alla durata del mandato, quindi anche la clausola contrattuale con la quale si è stabilito che il termine finale del rapporto ... doveva coincidere con ‘lo scadere del mandato elettorale del Sindaco”.*

Pertanto nella sentenza di rinvio alla Corte d’Appello vengono stabiliti i seguenti principi:

- *“le uniche ipotesi in cui l’applicazione dello ‘spoils system’ può essere ritenuta coerente con i principi costituzionali ... sono quelle nelle quali si riscontrano i requisiti di ‘apicalità’ dell’incarico nonché della ‘fiduciarità’ della scelta del soggetto da nominare, ... intesa come preventiva valutazione soggettiva di consonanza politica e personale con il titolare dell’organo politico, che di volta in volta viene in considerazione come nominante. Pertanto, il meccanismo non è applicabile in caso di incarico di tipo tecnico-professionale che non comporta il compito di collaborare direttamente al processo di formazione dell’indirizzo politico...”;*
- *“l’interpretazione costituzionalmente orientata ... del combinato disposto degli artt. 51 e 110, commi 3, primo periodo, e 4, del d.lgs. n. 267 del 2000 con l’art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, porta ad escludere che un incarico di tipo tecnico-professionale, che non implica il compito di collaborare direttamente al processo di formazione dell’indirizzo politico dell’Ente di riferimento ... possa essere oggetto di anticipata cessazione da parte del Comune stesso a causa della morte improvvisa del Sindaco persona fisica nominante, sull’assunto del ‘carattere fiduciario’ dell’incarico medesimo”.*

7. Cosa fare e cosa potrebbe accadere.

L’applicazione dei principi costituzionali secondo la ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione rende passibili di impugnazione tutti gli atti che dispongono la revoca o la decadenza dell’incarico dirigenziale o di posizione organizzativa apicale, conferiti sia a personale a tempo indeterminato che a soggetti reclutati ai sensi dell’articolo 110 del TUEL, quando questa sia motivata semplicemente dalla cessazione dell’organo politico che ha disposto la nomina.

A questo punto dovrebbero essere adeguati i regolamenti sull’ordinamento degli uffici e dei servizi eliminando previsioni di decadenza automatica e prevedendo solamente termini temporali agli incarichi.

Per quanto riguarda la formulazione, riteniamo che si possa prendere esempio dalla regolamentazione contenuta nel CCRL del Friuli Venezia-Giulia, quindi ponendo come limite massimo l’ordinaria scadenza del mandato elettivo del sindaco che effettua la nomina. Nel caso di cessazione anticipata del mandato amministrativo i responsabili resterebbero in carica per il residuo periodo.

Altra ipotesi potrebbe essere che, in assenza di limiti regolamentari come quelli sopra descritti (oppure previa eliminazione dei medesimi con una modifica del regolamento), il sindaco uscente proceda a nomine eccedenti il proprio ordinario mandato, violando quella che potremmo definire una regola di *fair play* istituzionale.

In entrambi i casi l'amministrazione entrante potrebbe trovarsi in una situazione imbarazzante: "vincolata" ad un gruppo dirigente sul quale potrebbe avere dei dubbi. A questo punto l'unica soluzione per uscire dall'imbarazzo sarebbe l'attivazione di una "riorganizzazione" dell'ente, per utilizzare la possibilità consentita dal CCNL di revocare gli incarichi per "*intervenuti mutamenti organizzativi*".

Tale strada è molto più complicata e lunga di quella delle normali nomine e, soprattutto, la riorganizzazione non può essere di facciata ma dovrà essere effettiva affinché le revoche degli incarichi resistano ad eventuali impugnazioni.

8. Un esempio di articolato.

Proponiamo un esempio di norme da inserire nel regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi per disciplinare la durata degli incarichi apicali, conforme all'attuale giurisprudenza di legittimità.

Ovviamente la formulazione delle norme dovrà essere adattata alle specificità del regolamento dell'ente, in particolare la parte relativa alle previsioni di attribuzione di incarichi provvisori da parte dei sindaci neoeletti.

Specifichiamo che, non aderendo alla tesi che la durata minima dell'incarico debba essere triennale¹², la bozza di articolato prevede la possibilità di incarichi di durata inferiore. Riteniamo comunque che sia opportuno esplicitare le motivazioni di una scelta di questo genere.

Articolo ...

Durata degli incarichi di responsabilità

1. Gli incarichi di responsabile apicale, titolare di posizione organizzativa, sono attribuiti per un periodo che non può superare il mandato amministrativo del Sindaco che li conferisce.
2. Fatto salvo quanto previsto ai commi 1 e 3, di norma la durata dell'incarico non può essere inferiore a tre anni. Il provvedimento che dispone un incarico di durata inferiore deve esplicitarne le ragioni.
3. Il Sindaco neo-eletto, con proprio provvedimento, per garantire la continuità amministrativa e gestionale può confermare provvisoriamente gli incarichi cessati per un periodo non superiore a 120 giorni, per consentire lo svolgimento delle procedure di attribuzione dei nuovi incarichi.
4. Nel caso di interruzione anticipata del mandato del Sindaco gli incarichi restano validi fino alla loro naturale scadenza.

Articolo ...

Durata dei contratti a tempo determinato ex art. 110 del TUEL

1. I contratti di cui all'articolo 110, commi 1 e 2, del TUEL, sono stipulati per un periodo che non può superare il mandato amministrativo del Sindaco che li conferisce.
2. Fatto salvo quanto previsto ai commi 1 e 3, di norma la durata del contratto non può essere inferiore a tre anni. Il provvedimento che dispone un contratto di durata inferiore deve esplicitarne le ragioni.
3. Il Sindaco neo-eletto, con proprio provvedimento, per garantire la continuità amministrativa e gestionale può rinnovare provvisoriamente i contratti cessati per un periodo non superiore a 180 giorni, per consentire lo svolgimento delle procedure di programmazione e di selezione previste dall'articolo 110 del TUEL.
4. Nel caso di interruzione anticipata del mandato del Sindaco i contratti stipulati restano validi fino alla loro naturale scadenza.

¹² Si veda: Ferrari Mario, "La durata minima degli incarichi dirigenziali a tempo determinato negli enti locali", *Personale News*, n. 3/2014, pp. 4-8.