

Gli **approfondimenti** di **Publika**

Approfondimento n. 98 – 18 settembre 2023

SCAVALCO D'ECCELENZA **COS'È E L'ESTENSIONE AI COMUNI FINO A 25.000 ABITANTI**

Di Davide d'Alfonso

SCAVALCO D'ECCEDEXENZA, COS'È E L'ESTENSIONE AI COMUNI FINO A 25.000 ABITANTI

Di Davide d'Alfonso

1. Premessa.

La legge n. 74 del 21 giugno 2023, di conversione del d.l. 44/2023, ha apportato molte e rilevanti aggiunte al testo del c.d. "Decreto PA", di cui abbiamo offerto un'analitica ricostruzione nel numero 2023-14 di *Personale News*¹.

Tra queste, attraverso l'introduzione del comma 6-*bis* all'articolo 3, il legislatore ha voluto prevedere l'estensione soggettiva ai comuni fino a 15.000 abitanti (in luogo del pregresso valore demografico di 5.000), poi ulteriormente elevata in sede di conversione in legge n. 112/2023 del d.l. 75/2023, con l'art. 28, comma 1-*ter*, ai comuni con popolazione inferiore a 25.000 abitanti, della previsione di cui all'articolo 1, comma 557, della legge 311/2004, altrimenti nota come "scavalco di eccedenza".

Si tratta, in estrema sintesi, della possibilità di avvalersi, al di fuori dell'orario di lavoro reso per l'amministrazione di appartenenza, della prestazione lavorativa del dipendente di un altro ente locale.

Uno strumento piuttosto diffuso, per ragioni comprensibili, tra i comuni più piccoli (nonché tra i consorzi, le comunità montane e le unioni di comuni, anch'essi ricompresi dalla fonte legale nel novero degli enti interessati fin dal primo momento). La possibilità di sfruttare la professionalità di un dipendente già formato e di contenere la spesa entro un numero limitato di ore settimanali è certamente appetibile per le amministrazioni di quel genere.

La carenza di personale negli enti anche più grandi e le note difficoltà nel procedere con nuove assunzioni, hanno evidentemente suggerito che lo strumento potesse essere d'aiuto a una platea più ampia di comuni, quanto meno per tamponare le molte situazioni di emergenza dotazionale, magari proprio in attesa di coprire certe posizioni attraverso procedure di assunzione a tempo indeterminato.

Pur trattandosi di un istituto risalente (prossimo a compiere vent'anni di età), il suo allargamento a tanti comuni in più rispetto a prima ci spinge a proporre di seguito un breve riepilogo dei suoi contenuti e delle regole applicative che, soprattutto in via interpretativa, sono maturate nel tempo.

2. La novella normativa e l'inquadramento essenziale.

Alla luce della modifica apportata in sede di conversione in legge, il testo del comma 557 (da non confondere, sia detto per inciso, con l'omonimo comma della legge 296/2006 che regola la spesa di personale) risulta ora il seguente:

"I Comuni con popolazione inferiore ai 25.000 abitanti, i consorzi tra enti locali gerenti servizi a rilevanza non industriale, le comunità montane e le unioni di comuni possono servirsi dell'attività lavorativa di dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni locali purché autorizzati dall'amministrazione di provenienza".

La sola modifica, evidenziata in grassetto, riguarda proprio l'elevazione della popolazione che consente a un comune di determinare se può fare ricorso o meno alla fattispecie.

¹ Si veda: Ferrari Mario, "La conversione del d.l. 44/2023", *Personale News*, n. 14/2023, pp. 4-12.

Sul punto, riteniamo che gli eventuali casi *borderline* (comuni con popolazione oscillante intorno alla soglia demografica individuata) un ragionevole criterio sia assumere a riferimento alla popolazione registrata al 31/12 dell'anno precedente a quello nel quale si intende far ricorso alla norma in esame.

Null'altro, si è detto, è stato modificato, e la norma era e resta *laconica*. I soli elementi di certezza immediatamente ricavabili dalla disposizione sono i seguenti:

- gli incarichi conferibili a dipendenti di terze amministrazioni sono **ciroscritti all'ambito degli enti locali**;
- **essi dovranno essere svolti fuori orario**: ciò si ricava dalla limitazione della loro attribuibilità esclusivamente a dipendenti *a tempo pieno*;
- **occorre la previa autorizzazione dell'ente di appartenenza del dipendente**. Ente che, ovviamente, non sarebbe obbligato a concederla se individuasse ragioni organizzative ostative: si consideri che la concessione del nulla osta certamente rende il dipendente meno disponibile (se non del tutto indisponibile) a rendere ore aggiuntive rispetto alle 36 svolte presso l'ente di provenienza, in quanto impegnato nell'altra amministrazione. Ciò potrebbe risultare critico, anche (forse soprattutto) quando sia coinvolto personale titolare di incarico di Elevata Qualificazione, per il quale, com'è noto, le 36 ore settimanali costituiscono un orizzonte minimo per la prestazione da rendere;
- **non è prevista la necessità di alcuna convenzione tra i due enti interessati**, a differenza di quanto accade nell'ipotesi dello *scavalco condiviso*, oggi regolato dall'art. 23 del CCNL 16 novembre 2022.

La fonte legale non dice di più: indicazioni ulteriori sulla sua applicazione sono giunte in via interpretativa.

3. Ulteriori profili di inquadramento dell'istituto.

Innanzitutto, occorre rammentare che il comma 557 è **capace di derogare**, in via del tutto eccezionale, **il principio ordinamentale dell'unicità del rapporto di lavoro nel pubblico impiego**.

In particolare, il Consiglio di Stato, con proprio parere n. 2141/2005 ribadito in anni più recenti, individuando la natura di fonte *speciale* della norma, ha statuito la sua capacità di superare, in considerazione delle sue finalità preminenti, il principio di cui sopra **per il personale a tempo pieno**, al quale non sarebbe ordinariamente applicabile la deroga prevista per il personale *part time* di cui all'articolo 1, comma 58-*bis* della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

Quanto all'inquadramento degli incarichi, come suggerito dalla giurisprudenza di Corte dei Conti², essi saranno formalizzati attraverso la stipula di un **contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e parziale**, regolato dal CCNL del Comparto delle Funzioni locali e contenuto entro le 12 ore settimanali medie, in modo da garantire il rispetto delle 48 ore settimanali medie imposte dall'art. 4, comma 4, del d.lgs. 66/2003, richiamato dall'art. 29, comma 2, del CCNL medesimo.

L'apposizione di un termine non sarebbe neppure espressamente prevista dalla norma, ma si ritiene paradossale immaginare che l'autorizzazione concessa dall'ente di appartenenza possa valere *sine die*.

Si tratterà di un contratto diverso e distinto rispetto a quello intrattenuto dal dipendente con l'ente di appartenenza, che comporterà **l'applicazione degli istituti contrattuali previsti per i contratti a tempo determinato e parziale**.

Il dipendente, ad esempio, maturerà le ferie anche presso l'ente utilizzatore, indipendentemente rispetto a quelle maturate e fruitive presso l'ente di appartenenza. L'ARAN, con il recente parere CFL214³, ha in effetti sostenuto che nel caso del comma 557 *"le ferie verranno maturate in proporzione secondo la disciplina oggi contenuta all'art. 38 del CCNL 16.11.2022"*.

² Cfr., innanzitutto, Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione 3/2009/PAR.

³ <https://www.aranagenzia.it/orientamenti-applicativi/comparti/funzioni-locali/7637-funzioni-locali-ferie-e-festivita/13740-cfl214.html>

La retribuzione oraria sarà quella derivante dall'inquadramento del dipendente presso l'ente di provenienza, che sarà retribuito e "cedolinato" direttamente ed autonomamente dall'ente utilizzatore, in quanto, come visto, non intercorrerà alcuna convenzione con quello di origine.

La retribuzione, in particolare, sarà **proporzionale alle ore di impegno settimanale stabilite nel contratto individuale a t.d.**

Ai dipendenti potrà essere corrisposto anche il *salario accessorio* previsto presso l'ente utilizzatore, a seconda del profilo e delle mansioni assegnate.

Quel personale, in effetti, potrà anche essere assegnatario di un incarico di Elevata Qualificazione, e in questo caso **la relativa indennità sarà riproporzionata - anch'essa - in base al numero di ore settimanali contrattualmente stabilite.**

Le eventuali somme corrisposte a quel fine, oviamente, saranno soggette al limite al trattamento accessorio dell'anno 2016, ex art. 23, comma 2, del d.lgs. 75/2017.

Poiché non c'è alcuna relazione tra i due rapporti di lavoro, riteniamo che nel caso di attribuzione della EQ nell'ente utilizzatore **non possa trovare applicazione la clausola dell'art. 23, comma 5, ultimo alinea, del CCNL 16 novembre 2022** (ovvero la maggiorazione fino al 30% della retribuzione di posizione).

Anche se alcune pregresse deliberazioni della Corte dei Conti, poggiando sul silenzio della norma sul tema, **ammettevano la possibilità che gli incarichi in esame fossero attribuiti anche come prestazioni di lavoro autonomo**, riteniamo che tale ipotesi debba oggi essere scartata.

In quel caso, infatti, occorrerebbe ragionare di una tipologia di incarichi che è in linea generale **vietata** - a partire dal luglio 2019 - **nella pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 7, comma 5-bis, del d.lgs. 165/2001**, e il cui conferimento, peraltro, è fonte di danno erariale.

Come esaurientemente riepilogato, tra le altre, dalla Sezione regionale di controllo per il Piemonte, con deliberazione 54/2021, *"il comma 5-bis dell'art. 7 D.Lgs. 165/2001, introdotto proprio dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, ha sancito il divieto per le amministrazioni pubbliche "di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro", comminando contestualmente la nullità di tali contratti e la responsabilità erariale -e, se del caso, dirigenziale- del funzionario stipulante. (...) Pertanto solo fino al 30 giugno 2019 le amministrazioni pubbliche hanno potuto ricorrere a tale tipologia contrattuale, nel rispetto degli altri parametri normativi; da ciò consegue che eventuali menzioni di contratti di collaborazioni personali, continuative ed organizzate dal committente (...) devono considerarsi già suscettibili di doverosa disapplicazione per mancanza della base normativa primaria legittimante, a partire dal 1° luglio 2019, data di entrata in vigore del citato comma 5bis dell'art. 7 D.Lgs n. 165/2001"*.

L'unica eccezione alla regola è, naturalmente, rappresentata dal particolare caso degli incarichi a soggetti di *alta specializzazione*, di cui al successivo comma 6 dello stesso articolo 7 del d.lgs. 165/2001.

Al di là della - per noi evidente - incongruenza generale del particolare caso di quegli incarichi con le ordinarie prestazioni richieste ai dipendenti di terzo ente locale nel caso del comma 557, occorre rammentare che sempre la Corte dei Conti, nella giurisprudenza recente anche di Sezioni giurisdizionali, rimarca⁴ come l'ipotesi speciale dell'art. 7, comma 6, richieda, tra gli altri aspetti:

- **che non si tratti in alcun modo di attività ordinarie dell'ente**, che *potrebbero* essere svolte da personale interno (ipotesi che invece strettamente si correla agli incarichi ex comma 557);
- **che si effettui una procedura comparativa per confrontare più potenziali soggetti atti a ricoprire l'incarico.**

Tra le moltissime delibere sul punto, si segnala anche, per la sua completezza, la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, con deliberazione 241/2021/PAR.

A nostro parere, quindi, l'inquadramento di quel personale non potrà che essere attuato mediante la **stipula di un contratto di lavoro subordinato**, regolato dal CCNL del Comparto e dalle norme a esso applicabili, come sopra narrato.

⁴ Cfr., *ex multis*, Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Veneto, con deliberazione n. 114/2019/RE.

Occorre soprattutto evidenziare che, attesi la *ratio* della norma, l'inquadramento del dipendente e le prestazioni richieste, **deve soprattutto escludersi, a nostro giudizio, qualsiasi possibilità di ricollegare agli incarichi in commento retribuzioni forfettarie.**

4. Fabbisogni e limiti giuscontabili

Gli incarichi in esame devono essere **previsti e motivati nel piano triennale dei fabbisogni di personale**, nell'ambito del PIAO. Essi, inoltre, **formano spesa di personale a tutti gli effetti**, e come stabilito anni addietro dalla sezione delle Autonomie con la deliberazione 23/SEZAUT/2016/QMIG:

- sono soggetti al comma 557 o 562 della legge 296/2006 (spesa media 2011/2013 o spesa dell'anno 2008);
- sono soggetti al limite di spesa per il lavoro *flessibile* ex art. 9 comma 28 del d.l. 78/2010 (tetto 2009).

Pur in assenza di giurisprudenza specifica, appare semplice ritenere, innanzitutto per la nozione di spesa di personale offerta dall'art. 2 del d.m. 17 marzo 2020, che **la spesa in questione sia rilevante anche ai fini del calcolo degli spazi assunzionali dei comuni interessati**; ma, in quanto comportanti assunzioni a tempo determinato, gli incarichi ai sensi del comma 557 non potranno essere sostenuti a valere sui *maggiori* spazi assunzionali eventualmente concessi dal decreto ai comuni "virtuosi" (in quanto quelli valgono solo per le assunzioni a tempo indeterminato).

Infine, come qualsiasi assunzione a tempo determinato, a nostro parere, gli incarichi in commento devono rispettare anche il limite quantitativo fissato dall'art. 60, comma 3, del CCNL 16 novembre 2022, ovvero "*il tetto annuale del 20% del personale a tempo indeterminato in servizio al 1° gennaio dell'anno di assunzione, con arrotondamento dei decimali all'unità superiore qualora esso sia uguale o superiore a 0,5*".