

<https://www.neopa.it/>

Nuovo parere della Corte dei conti sullo “scavalco d’ecedenza”

Pubblicato il 07/05/2022

da Luca Di Donna

Con deliberazione 80/2022/PAR, la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti della Puglia ha evidenziato che la disposizione di cui all’art. 1, comma 557, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, prevedendo un rapporto di lavoro che costituisce un *unicum* nel panorama del pubblico impiego, non può che operare nel rispetto dei requisiti e limiti previsti dall’ordinamento.

Nessun dubbio può sussistere, dunque, sul fatto che l’attività presso il comune ricevente possa svolgersi solo al di fuori dell’orario di lavoro ordinario e per un numero massimo di 12 ore settimanali, non potendosi superare il limite di durata massima dell’orario di lavoro, comprese le ore di lavoro straordinario di 48 ore a settimana (vedi SRC della Lombardia, deliberazione n.118/2012/PAR).

Così come è pacifico che il personale di cui l’Ente può avvalersi deve essere già assunto con contratto di lavoro individuale a tempo pieno presso altro ente e che l’amministrazione di appartenenza deve aver rilasciato un’espressa autorizzazione (cfr. SRC della Corte dei conti dell’Umbria deliberazione n. 129/2020/PAR).

Pertanto, non può essere ritenuto conforme a legge, per i comuni con popolazione superiore ai cinquemila abitanti, servirsi dell’attività lavorativa svolta da dipendenti di altre amministrazioni locali, ai sensi e nei termini indicati dal cit. art. 1, comma 557, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (SRC UMB/129/2020/PAR).

In ottemperanza al principio costituzionale di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione, precisano poi i Giudici, è lasciata alla volontà e discrezionalità degli enti la decisione di utilizzare l'attività lavorativa di dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni, a condizione che siano presenti tutti i requisiti voluti dal legislatore.

Così come è discrezionale la valutazione di concedere la autorizzazione laddove non arrechi pregiudizio al corretto e tempestivo svolgimento dell'attività presso l'ente di appartenenza e non interferisca con i compiti istituzionali, ferma restando la volontà del dipendente di prestare la propria attività presso enti diversi.

Per il Collegio, infine, la retribuzione da corrispondere al dipendente a fronte di una attività lavorativa ulteriore (anche di tipo differente) svolta nel comune con popolazione fino a 5.000 abitanti (o negli altri enti previsti dalla normativa in oggetto), deve necessariamente rispettare i vincoli e i parametri stabiliti dai contratti collettivi di riferimento.

Invero, come recentemente affermato dalla Sezione del controllo della Basilicata, nella deliberazione n. 1 del 2019: *“per determinare la retribuzione da corrispondere al dipendente utilizzato ai sensi del comma 557 dell'art. 1 della legge 311/2004, dovrà aversi riguardo al tipo di rapporto instaurato (subordinato o autonomo) tra l'Ente utilizzatore ed il dipendente; la scelta del tipo di rapporto e la sua gestione nel tempo andranno effettuate alla luce delle prescrizioni contenute nella normativa vigente e delle condizioni contenute nell'atto di autorizzazione dell'Ente di appartenenza. Nel caso di rapporto di tipo subordinato, il trattamento economico non potrà che essere stabilito in conformità alla normativa vigente e, in particolare, ai criteri ed ai parametri fissati dal CCNL di comparto, volta per volta, vigente in materia. Per l'effetto **non potrà essere convenuta una retribuzione a forfait** che - per come in concreto*

conformata- si ponga in deroga – seppure migliorativa- ai suddetti criteri e parametri. Nel caso in cui, fosse “in astratto ed in concreto” possibile (nel senso di legittimo) perfezionare un rapporto di lavoro di tipo autonomo, perché al di fuori del perimetro dei divieti fissati dal legislatore, il compenso convenuto, oltre ad essere oggetto di previa autorizzazione da parte dell’Ente di appartenenza, dovrà comunque essere conforme alle prescrizioni ed ai vincoli finanziari fissati dalla normativa vigente”.

<https://banchedati.corteconti.it/>

TIPO DELIBERAZIONE

Attività consultiva ai sensi dell'art. 7, co. 8, l. 131/2003 (pareri)

DESCRIZIONE

Comune di Tuglie -LE- Il Sindaco ha presentato una richiesta di parere, ex art. 7, comma 8 della L. n. 131/2003, avente ad oggetto il cosiddetto "scavalco d'eccedenza". Con riferimento all'art. 1, comma 557, della Legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Finanziaria 2005), ha formulato un quesito sulla possibilità che un dipendente di Ente locale, titolare di Posizione organizzativa, possa ricevere una duplice forma di retribuzione per le medesime ore, sia presso l'Ente di appartenenza, sia presso l'Ente che intenda assumerlo, in virtù dell'art. 1, comma 557, della Legge 311/2004; l'altro quesito verte sulla possibilità che l'Amministrazione locale di provenienza autorizzi l'impiego del dipendente (ai sensi di tale disposizione) senza commettere un danno erariale, tenuto conto che gli avrebbe già corrisposto il compenso per le ore oggetto di autorizzazione.

TESTO PROVVEDIMENTO

Deliberazione n.80 /2022/PAR

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA PUGLIA

La Sezione, composta dai magistrati:

Presidente Enrico Torri

Referendario Giovanni Natali

Referendario Nunzio Mario Tritto

Referendario Daniela Piacente

Referendario Lucia Minervini

Referendario Giovanna Olivadesse, *relatore*

ha adottato la seguente

DELIBERAZIONE

sulla richiesta di parere inoltrata dal Sindaco del Comune di Tuglie (LE) con nota prot. n.2795 del 10.03.2022, assunta in pari data al protocollo n. 1057 della Sezione;

vista la nota del Presidente della Sezione, protocollo n. 1200 del 21.03.2022, con cui è stata disposta l'assegnazione della citata richiesta di parere;

udito il relatore, dott.ssa Giovanna Olivadese, nella camera di consiglio del 3.5.2022 convocata con ordinanza n. 12/2022.

Premesso in

FATTO

Con la nota citata in epigrafe il Sindaco del Comune di Tuglie ha formulato una richiesta di parere ex art. 7, comma 8 della L. n. 131/2003 avente ad oggetto il *cosiddetto "scavalco d'eccedenza"*. Il riferimento è all'art. 1, comma 557, della Legge n.

(2)311/2004, in virtù del quale "I comuni con popolazione inferiore ai 5.000 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".

A tal proposito, l'Ente:

- ha richiamato la deliberazione n. 23 del 20.06.2016 della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti secondo la quale la prestazione resa da un dipendente di Ente locale a tempo pieno, al di fuori del suo ordinario orario di lavoro, ai sensi della richiamata disposizione, si inquadra all'interno di un nuovo rapporto di lavoro;
- ha affermato che la questione si porrebbe quando venga chiamato a svolgere una prestazione di tal tipo un dipendente che presso l'Ente di appartenenza sia responsabile di posizione organizzativa. *"Ciò perché questi, percependo le retribuzioni di posizione e di risultato, riceve già a monte il compenso per l'eventuale lavoro straordinario, in quanto già compreso nel predetto trattamento accessorio ai sensi dell'art. 15, comma 1, del CCNL 2016/2018"*;
- ha formulato la considerazione *"che le eventuali prestazioni straordinarie di un responsabile di posizione organizzativa vanno ad incidere proprio sulle 12 ore settimanali che si possono porre al di fuori dell'orario ordinario di 36 ore (cfr. art. 4, comma 2, del D.Lgs. 66/2003)"*.

Tutto ciò premesso, il Comune di Tuglie ha quindi formulato i seguenti quesiti:

- *"se sia possibile che un dipendente di ente locale possa ricevere una duplice forma di retribuzione per le medesime ore, sia presso l'Ente di appartenenza, sia presso l'Ente che intenda assumerlo in virtù dell'art. 1, comma 557, della Legge 311/2004"*;
- *"se l'Amministrazione locale di provenienza possa autorizzare l'impiego dello stesso dipendente ai sensi di tale disposizione, senza commettere un danno erariale, tenuto conto che gli avrebbe già corrisposto il compenso per le ore oggetto di autorizzazione"*.

Considerato in

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio è chiamato a scrutinare l'ammissibilità della richiesta di parere, sotto i profili soggettivo (legittimazione del soggetto e

(3)dell'organo richiedenti) e oggettivo (attinenza alla materia della contabilità pubblica; generalità e astrattezza del quesito; mancanza di interferenza con altre funzioni svolte dalla magistratura contabile o con giudizi pendenti presso le magistrature civile e amministrativa).

In relazione ai menzionati presupposti deve richiamarsi innanzitutto l'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 5 giugno 2003 il quale ha previsto la possibilità di richiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti «*pareri in materia di contabilità pubblica*». Devono essere tenuti presenti, altresì, i criteri elaborati dalla Corte dei conti - Sezione delle Autonomie- nell'adunanza del 27 aprile 2004 («*Indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva*») e nella deliberazione n. 5/AUT/2006, criteri integrati dalle successive deliberazioni n. 13/SEZAUT/2007, n. 9/SEZAUT/2009, n. 3/SEZAUT/2014/QMIG, n. 4/SEZAUT/2014/QMIG e n. 24/SEZAUT/2019/QMIG.

Di recente la Sezione delle Autonomie di questa Corte è nuovamente intervenuta (deliberazioni n. 11/SEZAUT/2020/QMIG e n. 1/SEZAUT/2021/QMIG) in merito ai requisiti di ammissibilità soggettiva e oggettiva indicanti *i caratteri di specializzazione funzionale* della Corte dei conti *in sede consultiva* e che giustificano la peculiare attribuzione da parte del legislatore ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131.

Con riferimento alla legittimazione soggettiva è stato ribadito il carattere tassativo dell'elencazione degli enti titolati a formulare richieste di parere, individuati in regioni, province, comuni, città metropolitane, unioni di comuni limitatamente a questioni inerenti alle funzioni proprie esercitate dall'unione stessa. Detti enti si avvalgono di tale possibilità attraverso i rispettivi rappresentanti legali pro-tempore o tramite il consiglio delle autonomie locali (CAL), se istituito.

Con riferimento alla verifica dell'ammissibilità oggettiva delle richieste di pareri, le Sezioni riunite di questa Corte (deliberazione n. 54/CONTR/2010) hanno precisato che alle Sezioni regionali di controllo non è stata attribuita una funzione di consulenza di portata generale, bensì limitata unicamente alla "*materia di contabilità pubblica*". Sulla base della considerazione che tutta l'attività amministrativa può avere riflessi finanziari, la Sezione delle Autonomie ha ritenuto che, *ove non si adottasse una nozione strettamente tecnica di detta materia, si incorrerebbe in una dilatazione dell'ambito oggettivo della funzione consultiva tale da rendere le Sezioni regionali*

(4)di controllo della Corte dei conti organi di consulenza generale dell'amministrazione pubblica (deliberazione n. 11/SEZAUT/2020/QMIG). La materia della contabilità pubblica va dunque circoscritta ad un "*ambito limitato alla normativa e ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede*

o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli" (Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 5/2006).

Recentemente la Sezione delle Autonomie (delibera 24/2019/QMIG) si è ulteriormente espressa sui limiti all'ammissibilità oggettiva delle richieste di pareri e, dopo aver precisato che *"la presenza di pronunce di organi giurisdizionali di diversi ordini (...) può costituire un indicatore sintomatico dell'estraneità della questione alla "materia di contabilità pubblica"* ha ribadito che *"la funzione consultiva di questa Corte non può espletarsi in riferimento a quesiti che riguardino comportamenti amministrativi suscettibili di valutazione della Procura della stessa Corte dei conti o di altri organi giudiziari, al fine di evitare che i pareri prefigurino soluzioni non conciliabili con successive pronunce dei competenti organi della giurisdizione (ordinaria, amministrativa, contabile o tributaria). La funzione consultiva della Corte dei conti, infatti, non può in alcun*

modo interferire e, meno che mai, sovrapporsi a quella degli organi giudiziari". Con tale

deliberazione la Sezione delle Autonomie, in materia di diritti soggettivi attinenti al rapporto di lavoro, esclude la funzione consultiva della Corte quando la materia *"riguarda la cognizione e l'accertamento di diritti soggettivi anche patrimoniali, la cui tutela si fonda su propri "statuti" processuali e sostanziali indefettibili rispetto ai quali non hanno rilevanza ed efficacia giuridica fonti ad essi estranee"*.

Considerata tale la nozione di contabilità pubblica, essa *non può ampliarsi al punto da ricomprendere qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria e/o patrimoniale*. Come giustamente evidenziato dalla Corte, se è vero che ad ogni provvedimento amministrativo può seguire una fase contabile, attinente all'amministrazione di entrate e spese ed alle connesse scritture di bilancio, è *anche vero che la disciplina contabile si riferisce solo a tale fase discendente*, distinta da quella sostanziale, antecedente, del procedimento amministrativo, non disciplinata dalla normativa contabile (deliberazione n. 11/SEZAUT/2020/QMIG).

(5) Il quesito sottoposto alla Corte deve essere finalizzato ad acquisire chiarimenti e/o indicazioni sulla corretta interpretazione di principi, norme ed istituti afferenti alla contabilità pubblica, non è pertanto possibile richiedere valutazioni su fattispecie o atti o comportamenti ben determinati ovvero precise, concrete e specifiche indicazioni operative e/o gestionali, riservate alla competenza (e discrezionalità) dell'Amministrazione. E', infatti, preclusa alla Corte dei conti un'ingerenza nell'attività amministrativo-gestionale dell'ente, ciò in quanto tutte le funzioni svolte si caratterizzano per il doveroso rispetto dei principi di legalità, competenza funzionale, terzietà ed indipendenza. Così il quesito non è ammissibile qualora si sostanzi in una

richiesta di consulenza di portata generale, che ha ad oggetto tutti gli ambiti dell'agere amministrativo (Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 11/2020).

La richiesta di parere deve, infine, connotarsi per il carattere della generalità ed astrattezza e *non deve implicare valutazioni inerenti ai comportamenti amministrativi da porre in essere.*

1. Ammissibilità soggettiva.

Tutto ciò premesso, sotto il profilo soggettivo, la richiesta di parere in esame deve ritenersi ammissibile in quanto sottoscritta dal Sindaco del Comune di Tuglie (LE), organo politico e di vertice, rappresentante legale del medesimo (*ex art. 50, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000, TUEL*). La istanza è stata trasmessa direttamente dall'ente richiedente e non già per il tramite del Consiglio delle autonomie locali, organo previsto dal vigente art. 123 della Costituzione. Ciò, comunque, non inficia l'ammissibilità della richiesta atteso che la formulazione dell'art. 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003 n. 131 non preclude un rapporto diretto tra le Amministrazioni e le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti. A ciò si aggiunge che, nella Regione Puglia, il suddetto Consiglio delle autonomie locali non risulta concretamente operante.

2. Ammissibilità oggettiva.

Alla luce delle sopra esposte considerazioni e alla nozione di "contabilità pubblica", intesa nell'accezione di *corretto utilizzo delle risorse pubbliche e gestione della spesa pubblica*, la richiesta di parere avanzata dal Comune di Tuglie va analizzata e circoscritta agli aspetti generali e astratti della questione, essendo precluso a questa

(6) Corte qualunque valutazione inerente ai risvolti applicativi della fattispecie esaminata (cfr. SRCPUG/155/2015/PAR). I quesiti sono, infatti, incentrati sulla interpretazione di disposizioni normative applicabili agli Enti locali -art. 1, comma 557, della Legge 311/2004 (cd. *scavalco d'eccedenza*) - già oggetto di numerosi pareri da parte delle Sezioni regionali di controllo e si pongono in stretta correlazione con la materia della contrattazione collettiva.

L'orientamento prevalente è nel senso che se la richiesta investe "*questioni*

inerenti al rapporto di lavoro in generale ed al momento retributivo in particolare" è sottratta al sindacato del Collegio in quanto non può essere ricondotta alla materia di contabilità pubblica (cfr. deliberazione Sezione Toscana n. 255/2019/PAR e Sezione Veneto del 21 maggio 2021 -PAR 131/2021). Né può utilmente rilevare, ai fini dell'ammissibilità, la deliberazione richiamata dal comune, n. 23/2016/QMIG della Sezione delle Autonomie, trattandosi di questione riguardante "il limite di spesa previsto dall'art. 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122". La Sezione delle Autonomie, infatti, ha valutato la natura del rapporto di lavoro di cui all'art. 1, comma 557, l. n. 311/2004

al fine di stabilire in ordine all'applicazione del "tetto di spesa di cui all'art. 9, comma 28, del D.L. n. 78/2010", affrontando pertanto una questione di contabilità pubblica. Tuttavia, a mero titolo di collaborazione istituzionale, il Collegio ritiene di dover formulare le considerazioni che seguono.

3. Considerazioni

La tematica del cd. "scavalco d'eccedenza" di cui all'art. 1, comma 557, della L. n.311/2004) è stata affrontata da diverse Sezioni regionali di Controllo, le quali ne hanno sottolineato la differenza con la fattispecie del cd. "scavalco condiviso", disciplinata dall'art. 14 del CCNL 2004 del personale del comparto delle regioni e delle autonomie locali.

Nello scavalco c.d. *condiviso* il titolare del rapporto lavorativo resta il solo ente di provenienza; nello scavalco c.d. *d'eccedenza* il lavoratore, pur restando legato al rapporto d'impiego (a tempo pieno) con l'ente originario, svolge ulteriori prestazioni lavorative in favore di uno degli enti indicati dalla norma, in forza dell'autorizzazione data dall'amministrazione di provenienza (cfr. Sezione Controllo Regione Molise 105/2016/PAR).

(7)3.1 La volontà del legislatore di introdurre una deroga al principio dell'esclusività del rapporto di lavoro a tempo pieno, mediante l'utilizzo di personale dipendente di altre amministrazioni locali, scaturisce dalla necessità di venire incontro agli enti di ridotte dimensioni, i quali incontrano notevoli difficoltà nello svolgimento delle proprie funzioni e nell'assunzione di personale.

Il Consiglio di Stato con il parere n. 3764/2013, di conferma del precedente parere n. 2141/2005, recepito in toto dal Ministero dell'Interno con la circolare n. 2 del 26 maggio 2014, mette in evidenza proprio questo aspetto di "deroga al principio dell'unicità del rapporto di lavoro espresso dall'art. 53, comma TI, del d.lgs. n. 165/2001".

Dal canto suo, il Ministero dell'Interno, nella sopra citata Circolare del 21/10/2005, n. 2 (*Problematiche interpretative in materia di personale dipendente dagli enti locali: art. 1, comma 557, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 -legge finanziaria 2005*), ha affermato che a tale fattispecie può essere applicata, "in quanto compatibile" la disciplina dettata in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale, contenuta nell'art. 4, comma 7 e seguenti, del CCNL per il comparto regioni e autonomie locali del 14 settembre 2000 (Rapporto di lavoro a tempo parziale), oggi trasfusa nell'art. 53, comma 7, del CCNL del 21 maggio 2018.

Per il Consiglio di Stato si intende consentire ai dipendenti degli Enti locali di svolgere, previa autorizzazione, attività lavorativa a favore di altri Enti locali, di piccole dimensioni ovvero associati tra loro, non solo ai titolari di un rapporto di lavoro a tempo parziale ma anche ai titolari di un rapporto di lavoro a tempo pieno (parere n. 2141/2005). In questo assetto, la seconda attività lavorativa del dipendente di altro Ente

può avvenire sulla base sia di un nuovo contratto di lavoro subordinato (a tempo parziale) sia di un contratto di lavoro autonomo. In entrambi i casi, la permanenza del rapporto di lavoro a tempo pieno con l'Amministrazione di appartenenza fa sì che quest'ultima *“possa subordinare l'autorizzazione a vincoli ed oneri che assicurino il permanere della compatibilità della prestazione lavorativa con il rapporto a tempo pieno in essere”*. È chiaro, dunque, che in queste ipotesi, l'atto autorizzatorio avrà ad oggetto essenzialmente la definizione dei tempi e dei modi attraverso i quali l'attività lavorativa svolta presso l'Ente utilizzatore non arrechi pregiudizio al corretto svolgimento dei compiti istituzionali dell'Ente di appartenenza. Ne discende che, una volta definiti i limiti esterni ed interni cui l'Ente utilizzatore dovrà informare lo svolgimento della prestazione lavorativa, l'Amministrazione di

(8) appartenenza continuerà a gestire il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in assoluta autonomia e senza alcuna modificazione o novazione, oggettiva o soggettiva, dello stesso. L'art. 1, comma 557, della L. n. 311 del 2004 configurerebbe una situazione non dissimile, nei suoi tratti essenziali e in particolare sul piano dei rapporti fra le parti interessate (le due Amministrazioni e il lavoratore), da quella che si verifica nel caso di svolgimento di una seconda attività lavorativa da parte di un dipendente pubblico a tempo parziale. La indubbia lacunosità della disposizione può essere colmata con l'applicazione della particolare disciplina prevista per tale fattispecie (vedi Presidenza del Consiglio dei Ministri-Nota 23 maggio 2008, n. 34/08/UPPA).

3.2 Non vi è, quindi, nella fattispecie interessata dai quesiti, un unico rapporto di lavoro ripartito tra due enti. Né si può pensare, come già chiarito in precedenza dalla Corte, ad un unico rapporto di lavoro nell'ente di provenienza che si espanderebbe fino ad altre 12 ore nell'ente di destinazione.

Non si può, d'altronde, trascurare il fatto che il legislatore non abbia utilizzato nessuna qualificazione per definire tale tipologia di impiego (distacco, assegnazione temporanea, comando, etc.). Infatti, nessuna di queste si attaglia ad un *“unicum”* che trova giustificazione nella esigenza di permettere, agli enti di piccole dimensioni, di assicurare i servizi e svolgere i propri compiti istituzionali, in un particolare momento storico in cui l'assunzione di personale è sottoposta a vincoli stringenti. L'ARAN ha ritenuto che, nel caso di utilizzo di un dipendente a tempo parziale tra due enti in base all'art.14 del CCNL del 22/01/2004, *“la possibilità di ricorrere ad un autonomo contratto di lavoro a tempo determinato, al di là dell'orario di obbligo già ripartito in sede di convenzione, pone dubbi di legittimità a causa dei vincoli di incompatibilità di più rapporti di lavoro in capo al medesimo soggetto contemporaneamente, ai sensi dell'art.53 del D.Lgs. n.165/2001, facendo salva la sola particolare ipotesi di cui all'art. TI, comma 557, della legge n.311/2004”*. (RAL 1554 Orientamenti applicativi)

3.3 Per quanto attiene al trattamento economico dei dipendenti della pubblica amministrazione, l'art. 2 del D.Lgs 165/2001, al comma 3, espressamente prevede che *“l'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi e salvo i casi previsti dai commi 3-ter e 3-quater dell'articolo 40 (...)”*. Ed

infatti l'art. 45, comma 1, del D.Lgs 165/2001 stabilisce che il trattamento economico fondamentale ed accessorio, fatte salve le eccezioni ivi previste, è definito dai

(9) contratti collettivi e che le PA garantiscono ai propri dipendenti *“parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi”*. Altro punto di cruciale importanza -per i quesiti in oggetto- è dato dal comma 3 dello stesso art. 45. Questo prevede che siano sempre i contratti collettivi a determinare i trattamenti economici accessori collegati alla performance individuale ed alla performance organizzativa, con riferimento all'Amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative, o aree di responsabilità, in cui si articola l'amministrazione. Infine, in caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati dalla contrattazione collettiva, trovano applicazione gli articoli 1339 e 1419 secondo comma, del Codice civile.

Come rilevato dalla Sezione di Controllo della Basilicata nel parere n.1/2019, la giurisprudenza della Corte di Cassazione è pacifica nel ritenere che *“In tema di pubblico impiego contrattualizzato, poiché il rapporto è regolato esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato, il datore di lavoro pubblico non ha il potere di attribuire inquadramenti in violazione del contratto collettivo, ma solo la possibilità di adattare i profili professionali, indicati a titolo esemplificativo, alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie”* Ed ancora: *“ne consegue che è affetto da nullità per violazione di norma imperativa, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, l'atto di inquadramento in deroga, anche "in melius", alle disposizioni del contratto collettivo.”*(cfr. ex pluribus Cass. civ. Sez. lavoro Ord. 01/10/2018, n. 23757).

Pertanto, ritornando all'art. 1, comma 557, della legge n.311/2004, come già evidenziato in precedenza dai pareri conformi della Corte e dal Consiglio di Stato (n. 2141/2005): *“qualora il rapporto fosse di tipo “subordinato” non potrebbe essere convenuta una retribuzione forfettaria in deroga ai criteri ed ai parametri, anche orari, stabiliti dal contratto collettivo di riferimento in relazione al tipo di rapporto di lavoro instaurato. Invece, nel caso di rapporto di lavoro di tipo autonomo, il ricorso a tale tipologia di contratto è condizionato alla sussistenza (e persistenza per tutta la durata del rapporto) di specifici presupposti e requisiti codificati dalla normativa vigente, tra cui -a mero titolo esemplificativo e non esaustivo- le disposizioni di cui ai commi 5bis e 6 dell'art. 7 del Dlgs 165/2001, così come successivamente modificato e integrato.”* Laddove, ai sensi del comma 5 bis, *“E' fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali,*

(10)*continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. I contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato”*.

In conclusione, come recentemente affermato dalla Sezione del controllo della Basilicata, nella deliberazione n.1 del 2019: *“per determinare la retribuzione da corrispondere al dipendente utilizzato ai sensi del comma 557 dell’art. 1 della legge 311/2004, dovrà aversi riguardo al tipo di rapporto instaurato (subordinato o autonomo) tra l’Ente utilizzatore ed il dipendente; la scelta del tipo di rapporto e la sua gestione nel tempo andranno effettuate alla luce delle prescrizioni contenute nella normativa vigente e delle condizioni contenute nell’atto di autorizzazione dell’Ente di appartenenza. Nel caso di rapporto di tipo subordinato, il trattamento economico non potrà che essere stabilito in conformità alla normativa vigente e, in particolare, ai criteri ed ai parametri fissati dal CCNL di comparto, volta per volta, vigente in materia. Per l’effetto non potrà essere convenuta una retribuzione a forfait che - per come in concreto conformata- si ponga in deroga – seppure migliorativa- ai suddetti criteri e parametri. Nel caso in cui, fosse “in astratto ed in concreto” possibile (nel senso di legittimo) perfezionare un rapporto di lavoro di tipo autonomo, perché al di fuori del perimetro dei divieti fissati dal legislatore, il compenso convenuto, oltre ad essere oggetto di previa autorizzazione da parte dell’Ente di appartenenza, dovrà comunque essere conforme alle prescrizioni ed ai vincoli finanziari fissati dalla normativa vigente”*.

Riassumendo, al fine dell’utilizzo del comma 557 dell’art. 1 della legge 311/2004 *“l’Ente dovrà verificare che tale strumento risulti, tra l’altro: a) compatibile con il soddisfacimento in concreto delle esigenze di funzionamento dell’Ente, avendo riguardo all’esiguità del numero di ore “consentite” per l’espletamento dell’incarico ed a tutti gli ulteriori limiti derivanti dalla natura a tempo pieno del rapporto principale, e ciò anche alla luce del livello di gravosità delle funzioni assegnate e della necessità di garantirne l’espletamento in via continuativa o meno; b) compatibile con i vincoli finanziari prescritti dalla normativa vigente (...) (Sezione regionale Basilicata, deliberazione n. 36/2015). Così anche la Sezione delle Autonomie che, nella citata deliberazione n.23/2016/QMIG, afferma trattarsi “di fattispecie concreta a sé stante che individua una modalità di utilizzo reciproco del dipendente pubblico da parte di più enti, mediante il quale, ‘rimanendo legato all’unico rapporto d’impiego con l’ente locale originario, il lavoratore rivolgerebbe parte delle*

(11)proprie prestazioni lavorative anche di detto comune in forza dell’autorizzazione dell’ente di appartenenza”.

3.4 Nessun dubbio vi è, dunque, sul fatto che il cd. *scavalco d’eccedenza* sia consentito dall’ordinamento alle condizioni e nei limiti così specificati, che l’attività presso il comune ricevente possa svolgersi solo al di fuori dell’orario di lavoro ordinario e per un numero massimo di 12 ore settimanali, non potendosi superare il limite di durata massima dell’orario di lavoro, comprese le ore di lavoro straordinario di 48 ore a settimana (vedi SRC della Lombardia, deliberazione n.118/2012/PAR). Così come è pacifico che il personale di cui l’Ente può avvalersi deve essere già assunto con contratto di lavoro individuale a tempo pieno presso altro ente e che l’amministrazione di appartenenza deve aver rilasciato un’espressa autorizzazione (cfr. SRC della Corte dei conti dell’Umbria deliberazione n. 129/2020/PAR). Pertanto, non può essere ritenuto

conforme a legge, per i comuni con popolazione superiore ai cinquemila abitanti, servirsi dell'attività lavorativa svolta da dipendenti di altre amministrazioni locali, ai sensi e nei termini indicati dall'art. 1, comma 557 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (SRC UMB/129/2020/PAR).

Ciò che rileva e che deve costantemente rappresentare il faro dell'azione amministrativa è il necessario rispetto dell'art. 97 della Costituzione: deve essere sempre perseguito e assicurato *il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione*. È dunque questa la valutazione, che non può che essere discrezionale e oggettiva, che l'Ente titolare del rapporto di lavoro a tempo pieno deve effettuare prima di concedere l'autorizzazione al proprio personale dipendente. E può e deve farlo solo se l'utilizzazione presso altri enti locali non arrechi pregiudizio al corretto svolgimento della propria attività amministrativa, non interferisca con i propri compiti istituzionali e non leda la propria funzionalità, né intacchi la tempestività di azione.

3.5 Come chiarito dalla sopraccitata circolare ministeriale, i dipendenti utilizzati ai sensi del comma 557 della legge n. 311/2004 possono essere nominati titolari di posizione organizzativa.

Con riferimento all'orario di lavoro, l'art. 22 del CCNL 2016-2018 Funzioni locali, specifica che quello ordinario è di 36 ore settimanali ed è funzionale all'orario di servizio e di apertura al pubblico. Il medesimo contratto collettivo, agli articoli 13

(12) e seguenti, riporta la disciplina delle *Aree delle posizioni organizzative* (c.d. P.O.). Si tratta del conferimento, da parte degli Enti, di particolari incarichi al personale dipendente in possesso di specifiche competenze professionali. Queste posizioni di lavoro comportano una assunzione diretta "*di elevata responsabilità di prodotto e di risultato*" e richiedono: a) lo svolgimento di funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa; b) lo svolgimento di attività con contenuti di alta professionalità e specializzazione, correlate a diplomi di laurea e/o di scuole universitarie e/o alla iscrizione ad albi professionali (...) (cfr. art.8 del CCNL del

31.3.1999 e art.10 del CCNL del 22.1.2004).

In materia di conferimento degli incarichi relativi alle posizioni organizzative, è confermata in via esclusiva la disciplina dell'art. 11 del CCNL del 31 marzo 1999, in particolare per la parte relativa alla individuazione della categoria dei lavoratori che possono essere incaricati della responsabilità delle posizioni organizzative negli

enti privi di personale con qualifica dirigenziale, anche nella vigenza dell'art 109, comma 2, del TUEL n. 267/2000 (Sezione prima centrale di Appello della Corte dei conti, sentenza n. 33/2020).

Al personale titolare di posizione organizzativa spetta, come ricordato dal Sindaco del Comune di Tuglie, sia la retribuzione di posizione che quella di risultato, ma non si tratta

di un mero ed automatico riconoscimento. Ed è lo stesso CCNL che lo evidenzia in modo inequivocabile: *“I risultati delle attività svolte dai dipendenti cui siano stati attribuiti gli incarichi di cui al presente articolo sono soggetti a valutazione annuale in base al sistema a tal fine adottato dall’ente. La valutazione **positiva** dà anche titolo alla corresponsione della retribuzione di risultato di cui all’art. 15.”* Questo articolo, dal canto suo, è proprio rubricato *Retribuzione di posizione e retribuzione di risultato* e chiarisce che: *il trattamento economico accessorio del personale della categoria D titolare delle posizioni di cui all’art. 13 (P.O.) è composto dalla retribuzione di posizione e dalla retribuzione di risultato. Tale trattamento assorbe tutte le competenze accessorie e le indennità previste dal contratto collettivo nazionale, compreso il compenso per il lavoro straordinario. L’importo della retribuzione di posizione varia da un minimo di € 5.000 ad un massimo di € 16.000 annui lordi per tredici mensilità, sulla base della graduazione di ciascuna posizione organizzativa.* Non si tratta di una novità in quanto già l’art. 10, comma 1, del CCNL del 31.3.1999 non consentiva di corrispondere al personale incaricato di posizione organizzativa il compenso per lavoro straordinario, (13)

dovendosi ritenere che le eventuali prestazioni eccedenti le 36 ore d’obbligo siano, comunque, compensate con la retribuzione di posizione e di risultato. Come chiarito dall’Aran, poiché è vietata la corresponsione del compenso per lavoro straordinario deve ritenersi vietata anche l’applicazione di istituti sostitutivi di detto compenso. (ARAN RAL 620).

Il titolare di posizione organizzativa, laddove sia necessario per esigenze di servizio, può svolgere lavoro straordinario, come tutti gli altri dipendenti ma, a differenza di questi, non ha diritto alla retribuzione ulteriore, salvo poche eccezioni. Si ricorda che il lavoro straordinario è comunque soggetto a stringenti limitazioni ed è subordinato alla preventiva e formale autorizzazione allo svolgimento; l’autorizzazione successiva, cd. in sanatoria, è consentita solo in presenza di esigenze di servizio indifferibili ed improcrastinabili (v. CdS n. 1370 del 2010).

Sul punto l’Aran (RAL 1383) specifica che *“la vigente disciplina contrattuale, in relazione ai titolari di posizione organizzativa, si limita a stabilire la durata minima della prestazione lavorativa settimanale (le 36 ore) e non anche quella massima, che sarà, invece, collegata, genericamente e dinamicamente, alla rilevanza ed alle effettive necessità delle funzioni da svolgere”*. Dunque, non vi è automatismo tra titolarità di PO e straordinario. Ancora l’Aran, nel sopraccitato orientamento applicativo, sostiene che: *l’orario minimo settimanale “deve essere soggetto alla vigente disciplina relativa a tutto il personale dell’ente e agli ordinari controlli sulla relativa quantificazione. Pertanto, relativamente all’orario di lavoro, il personale incaricato delle posizioni organizzative, diversamente dai dirigenti, è tenuto ad effettuare prestazioni lavorative settimanali non inferiori a 36 ore, mentre non sono retribuite le eventuali prestazioni ulteriori che gli interessati potrebbero aver effettuato, e che neppure danno titolo o diritto ad eventuali recuperi compensativi, in relazione all’incarico affidato e agli obiettivi da conseguire”*. Ancora più chiaramente: *“le eventuali prestazioni eccedenti le 36 ore d’obbligo rappresentano sempre orario di lavoro ordinario e sono compensate con la retribuzione*

di posizione e di risultato". L'orientamento applicativo si chiude con la seguente dichiarazione: *"La vigente contrattazione collettiva di comparto, in particolare, non attribuisce in alcun modo al dipendente il potere o il diritto alla autogestione dell'orario settimanale consentita, invece, al solo personale dirigenziale, né questa potrebbe essere consentita dal datore di lavoro"*.

(14) Per quanto attiene al D.Lgs n.66/2003, pure menzionato dal Sindaco del Comune di Tuglie, l'art. 4 in merito ai limiti del lavoro straordinario, chiarisce che esso è volto a fronteggiare situazioni eccezionali e non può essere utilizzato come fattore ordinario di programmazione del tempo di lavoro e di copertura dell'orario di lavoro.

Nel settore del pubblico impiego nemmeno la contrattazione decentrata può introdurre discipline difformi da quella collettiva nazionale, se non nei limiti ad essa riservati. L'art. 6 (Durata massima dell'orario di lavoro) del D.Lgs n.66/2003 prevede un sistema di limiti alla durata della prestazione lavorativa. In particolare, dispone che la durata massima settimanale dell'orario di lavoro, comprensiva sia del lavoro ordinario sia di quello straordinario, è stabilita dai contratti collettivi e riguarda, in generale, sia il settore pubblico sia il settore privato. *"La durata media dell'orario di lavoro non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario (comma 2 art. 4 Dlgs n.66/2003)* A questo limite deve dunque conformarsi l'autonomia e la discrezionalità degli Enti nell'organizzazione della attività lavorativa dei propri dipendenti. Ma l'articolo 4 specifica ancora che *"ai fini della disposizione di cui al comma 2, la durata media dell'orario di lavoro deve essere calcolata con riferimento a un periodo non superiore a quattro mesi"* (comma 3). Per il comma successivo *"I contratti collettivi di lavoro possono in ogni caso elevare il limite di cui al comma 3 fino a sei mesi ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi"*.

Come chiarito anche dalla circolare a cui fa esplicito riferimento il decreto legislativo in esame, nella settimana lavorativa si potrà superare il limite delle 48 ore settimanali purché vi siano settimane lavorative con meno di 48 ore, in modo da effettuare una compensazione e non superare il limite delle 48 ore medie nel periodo di riferimento. Quindi l'attività lavorativa potrà essere concentrata in alcuni periodi e ridotta in altri, in modo da realizzare una efficiente gestione.

Alla luce di quanto ricostruito in base alla normativa di riferimento, risulta chiaro che il compenso da erogare ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni trova il proprio riferimento nella contrattazione collettiva nazionale e decentrata (per il salario accessorio), oltre che nella legge. Infatti, laddove il legislatore consente che il trattamento economico *"equivalente a quello previsto dai vigenti contratti collettivi*

(15) *nazionali e decentrati per il personale degli enti locali"* sia integrato da una *indennità ad personam* (art. 110 Tuel) richiede sia un provvedimento motivato della Giunta che una commisurazione alla specifica qualificazione professionale e culturale, anche in considerazione della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato.

Ma, subito dopo, chiarisce che sia il trattamento economico che l'indennità ad personam *“sono definiti in stretta correlazione con il bilancio dell'ente”*.

3.6 Altrettanto evidente è l'impossibilità di erogare legittimamente una duplice e differente forma di retribuzione allo stesso dipendente per le medesime ore lavorate presso enti diversi. Il dipendente con rapporto di lavoro ex art. 1, comma 557 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 deve essere retribuito sulla base dei parametri oggettivi di riferimento, a seconda della tipologia di lavoro (subordinato-autonomo) e per il numero di ore autorizzate, nei limiti stabiliti dalla contrattazione collettiva, come chiarito anche dalla Circolare del Ministero dell'Interno n.21/10/2005, n. 2.

In un'ottica di valorizzazione del merito, ciascun ente deve operare la graduazione, sulla base di criteri predeterminati, che tengono conto della complessità nonché della rilevanza delle responsabilità amministrative e gestionali di ciascuna posizione organizzativa (non del dipendente), con conseguente assegnazione della retribuzione di posizione delle PO ricompresa nel range tra i 5.000 e i 16.000 euro.

Per quanto attiene poi alla retribuzione di risultato l'art. 15, comma 4, del CCNL del 2018 prevede che *“Gli enti definiscono i criteri per la determinazione e per l'erogazione annuale della retribuzione di risultato delle posizioni organizzative, destinando a tale particolare voce retributiva una quota non inferiore al 15% delle risorse complessivamente finalizzate alla erogazione della retribuzione di posizione e di risultato di tutte le posizioni organizzative previste dal proprio ordinamento”*.

Le risorse destinate al finanziamento della retribuzione di posizione e di risultato delle posizioni organizzative sono corrisposte a carico dei bilanci degli enti. L'art. 67, comma 1, del CCNL 2016-2018 prevede che *“A decorrere dal 2018, il Fondo risorse decentrate, è costituito da un unico importo consolidato di tutte le risorse decentrate stabili (...) relative all'anno 2017, come certificate dal collegio dei revisori (...)”*. A questo proposito, recentemente la Sezione controllo della Regione Sicilia (deliberazione n. 22/2022) ha ribadito un orientamento che può dirsi consolidato: la quantificazione

(16)del Fondo risorse decentrate e di quelle destinate agli incarichi di posizione organizzativa, di cui all'art. 15, comma 5, deve comunque avvenire, complessivamente, nel rispetto dell'art. 23, comma 2 del D. Lgs. n. 75/2017 (in senso conforme Sez. Puglia deliberazione n. 6/2022/ e Liguria delibera n.56/2019). Gli enti sono chiamati a definire, autonomamente, in sede di contrattazione integrativa, i criteri generali per la determinazione della retribuzione di risultato delle diverse posizioni organizzative, nell'ambito delle risorse a tal fine effettivamente disponibili. E sono sempre gli enti che definiscono le finalità da raggiungere sulla base del programma di mandato e della programmazione successiva, trasformandole in obiettivi attraverso le diverse fasi del ciclo della performance. Infatti, il sistema prevede la definizione e l'assegnazione degli obiettivi, il collegamento tra gli obiettivi e le risorse, il monitoraggio costante con l'attivazione di eventuali interventi correttivi, e poi la misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale, con utilizzo dei sistemi premianti. Quindi è l'adozione del piano della performance (che può assumere nomi diversi a seconda degli

enti) che costituisce un vincolo essenziale per potere procedere alla valutazione ed alla conseguente erogazione del salario accessorio legato alla performance mentre gli obiettivi devono rispondere ai requisiti stabiliti dal d.lgs. n. 150/2009 ed integrarsi con il piano per la prevenzione della corruzione. Infatti, se non si completa il ciclo della valutazione, le indennità di risultato erogate costituiscono danno erariale (Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana, sentenza n 134 del 3 febbraio 2021).

Va dunque scardinata una apodittica e pericolosa ricostruzione automatica della retribuzione (anche accessoria) del pubblico dipendente nonché la sua quantificazione slegata da elementi oggettivi. Il trattamento economico del lavoratore è ancorato alle rigide previsioni dei contratti collettivi, che devono essere rispettati nella loro globalità da tutti gli enti presso i quali il dipendente presta la attività. Il contratto collettivo va interpretato mediante il coordinamento delle varie clausole contrattuali, come prescritto dall'art. 1363 del codice civile, anche quando l'interpretazione possa essere compiuta sulla base del senso letterale delle parole, senza residui di incertezza poiché l'espressione "senso letterale delle parole" deve intendersi come riferita all'intera formulazione letterale della dichiarazione negoziale e non già limitata a una parte soltanto, qual è una singola clausola del contratto composto da più clausole (Cass. 17/2/2010 n. 3685).

(17) Ne consegue che la disposizione dell'art. 1, comma 557 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, prevedendo un rapporto di lavoro che costituisce un *unicum* nel panorama del pubblico impiego non può che operare nel rispetto dei requisiti e limiti previsti dall'ordinamento. In ottemperanza al principio costituzionale di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione è lasciata alla volontà e discrezionalità degli enti la decisione di utilizzare l'attività lavorativa di dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni, a condizione che siano presenti tutti i requisiti voluti dal legislatore. Così come è discrezionale la valutazione di concedere la autorizzazione laddove non arrechi pregiudizio al corretto e tempestivo svolgimento dell'attività presso l'ente di appartenenza e non interferisca con i compiti istituzionali, ferma restando la volontà del dipendente di prestare la propria attività presso enti diversi. La retribuzione, a fronte di una attività lavorativa ulteriore (anche di tipo differente) svolta nel comune con popolazione fino a 5.000 abitanti (o negli altri enti previsti dalla normativa in oggetto) deve necessariamente rispettare i vincoli e i parametri stabiliti dai contratti collettivi di riferimento.

P.Q.M.

Nelle sopra esposte considerazioni è il parere della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Puglia in relazione alla richiesta formulata dal Sindaco del Comune di Tuglie.

La presente deliberazione sarà trasmessa, a cura della Segreteria, all'Amministrazione interessata.

Così deliberato in Bari, nella camera di consiglio del 3.5.2022

Il Magistrato Relatore Il Presidente

F.to Giovanna Olivadesse F.to Enrico Torri

Depositata in Segreteria il 4 maggio 2022

Il Direttore della Segreteria

F.to Salvatore Sabato