

<https://leautonomie.asmel.eu/>

La prassi illegittima del comando parziale

09/08/2022 Luigi Oliveri Pubblico Impiego

E' molto diffusa, in particolare tra gli enti locali, la prassi del "comando parziale". Si tratta, cioè, della cessione in comando di un dipendente da un ente all'altro ente per alcuni giorni e ore la settimana.

Il metodo è nella prassi molto utile per i comuni di piccole dimensioni, sempre a caccia di dipendenti, ma spesso poco attrattivi per organizzazione e logistica, ai quali va comunque bene anche un impegno lavorativo appunto parziale, vista la dimensione anche quantitativa e di complessità del lavoro da svolgere.

Da qui, dunque, la prassi: il comando diviene un istituto ibrido, di creazione gestionale (nel diritto civile si direbbe "pattizia") ed operativa, misto con lo scavalco.

Tuttavia, nonostante l'utilità pratica di questa "prassi", essa va considerata illegittima e da respingere come metodo di regolazione dei rapporti con i dipendenti.

E' certamente vero che comando, distacco, scavalco, sono fattispecie non definite in maniera troppo chiara dal legislatore. Il che porta molti a ritenere possibile la creazione di fattispecie ulteriori, combinando quelle regolate sul presupposto che quanto non espressamente disciplinato o vietato permetta l'elaborazione di nuovi istituti.

Si utilizzano, quindi, spezzoni di norme apparentemente disciplinanti istituti analoghi, per "creare" nuove fattispecie giuridiche.

L'operazione non è corretta. Non si deve dimenticare che l'azione amministrativa si regge sul principio di legalità, per effetto del quale la Pa può agire solo mediante atti tipici e nominati, discendenti quindi da norme di legge che dispongono in maniera chiara e tassativa il potere esercitabile ed i provvedimenti che ne conseguono. **Dunque, la PA non ha modo di agire sulla base di norme "implicite" incuneandosi tra ciò che "non è espressamente vietato", ma, all'opposto può agire, disporre e regolare esclusivamente nell'esercizio dei poteri tipicamente consentiti.**

Ora, il comando è regolato dall'articolo 30, comma 2-sexies, del d.lgs 165/2001 e, in parte, dall'articolo 19, comma 1, del Ccnl 22.1.2004. L'articolo 30, comma 2-sexies, solo per una frazione del tempo di lavoro del dipendente interessato dispone: *“Le pubbliche amministrazioni, per motivate esigenze organizzative, risultanti dai documenti di programmazione previsti all'articolo 6, possono utilizzare in assegnazione temporanea, con le modalità previste dai rispettivi ordinamenti, personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a tre anni, fermo restando quanto già previsto da norme speciali sulla materia, nonché il regime di spesa eventualmente previsto da tali norme e dal presente decreto”*.

Tale previsione stabilisce, quindi, che le amministrazioni pubbliche possono soddisfare, per una durata complessiva limitata, i fabbisogni di personale determinati col piano triennale di cui all'articolo 6 del d.lgs 165/2001, avvalendosi dell'attività lavorativa di personale dipendente da altre amministrazioni, invece di assumere nuovo personale.

Leggendo la disposizione non si reperisce, in effetti, alcun divieto al comando “parziale”. Ma, questa osservazione, alla luce dei principi enunciati sopra, non è sufficiente per attivarlo. Lo scopo della norma è consentire la copertura **integrale** del fabbisogno pianificato mediante il comando, che uno strumento di copertura completa della posizione lavorativa mancante del tutto alternativo al concorso.

Insomma, il comando è pensato per coprire una vacanza d'organico senza incrementare l'organico stesso, semplicemente spostando da un'amministrazione che può consentirsi di privarsi di un dipendente, verso altro ufficio in situazioni di carenza organica.

Il comando si differenzia dalla mobilità volontaria, perché non comporta il definitivo trasferimento del dipendente dall'ente di provenienza a quello di destinazione, ma l'adibizione del dipendente comandato al rapporto di servizio presso l'ente comandatario per un periodo massimo di tre anni. Il comando, tuttavia, potrebbe costituire presupposto per la successiva mobilità definitiva.

Come è noto, anche a causa delle ibridazioni e delle prassi discutibili, il legislatore è recentemente intervenuto allo scopo di mettere un freno ai comandi. Il d.l. 36/2022, con l'articolo 6, comma 1, ha novellato l'articolo 30 del d.lgs 165/2001 introducendo il comma 1-quinquies, ai sensi del quale *“per il personale non dirigenziale delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, delle autorità amministrative indipendenti e dei soggetti di cui all'articolo 70, comma 4, i comandi o distacchi sono consentiti esclusivamente nel limite del 25 per cento dei posti non coperti all'esito delle procedure di mobilità di cui al presente articolo. La disposizione di cui al primo periodo non si applica ai comandi o distacchi obbligatori, previsti da disposizioni di legge, ivi inclusi quelli relativi agli uffici di diretta collaborazione, nonché a quelli relativi alla partecipazione ad organi, comunque denominati, istituiti da disposizioni legislative o regolamentari che prevedono la partecipazione di personale di amministrazioni diverse, nonché ai comandi presso le sedi territoriali dei ministeri, o presso le Unioni di comuni per i Comuni che ne fanno parte”*.

Come si nota, la norma mette in stretta relazione comandi e mobilità, esattamente perché sono diretti alla copertura integrale di un fabbisogno. La prassi del comando “parziale” va in evidente contrasto con la ratio complessiva del sistema.

L'illegittimità del comando parziale è confermata non solo dall'inesistenza di una norma tipica (che, stando al principio di legalità, è assolutamente necessaria) che lo preveda, ma è sottolineata dalla simmetrica presenza di una norma tipica pensata esattamente allo scopo di permettere, in particolare agli enti locali, di fruire parzialmente dell'attività lavorativa di un dipendente, che, mantenendo il rapporto di servizio presso l'ente di appartenenza, distribuisca il rapporto organico tra due enti.

Si tratta dell'istituto dello scavalco, di cui all'articolo 1, comma 124, della legge 145/2018: *“Al fine di soddisfare la migliore realizzazione dei servizi istituzionali e di conseguire una economica gestione delle risorse, gli enti locali possono utilizzare, con il consenso dei lavoratori interessati, personale assegnato da altri enti cui si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto funzioni locali per periodi predeterminati e per una parte del tempo di lavoro d'obbligo,*

mediante convenzione e previo assenso dell'ente di appartenenza. La convenzione definisce, tra l'altro, il tempo di lavoro in assegnazione, nel rispetto del vincolo dell'orario settimanale d'obbligo, la ripartizione degli oneri finanziari e tutti gli altri aspetti utili per regolare il corretto utilizzo del lavoratore. Si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 14 del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto delle regioni e delle autonomie locali del 22 gennaio 2004".

Il dipendente resta alle dipendenze dirette dell'ente assegnante: istituti come ferie, permessi, assenze, cessione del quinto e ogni altro sono pertinenza sola ed esclusiva dell'ente di appartenenza. Nel caso del comando, invece, una parte fondamentale della regolazione del rapporto (che formalmente resta in capo all'ente comandante) va al comandatario, che assume, per esempio, la titolarità della gestione delle ferie e delle assenze dal lavoro.

L'esistenza della disciplina dello scavalco, che risponde esattamente ai fini della prassi del comando parziale evidenzia l'illegittimità del secondo.

Per altro, la normativa consente anche attività extra orario a beneficio di enti di piccole dimensioni mediante l'articolo 1, comma 557, della legge 311/2004. Anch'esso si distingue dal comando, perchè permette al dipendente di un ente di grandi dimensioni di svolgere attività lavorativa presso un ente di piccole dimensioni, oltre l'orario contrattuale delle 36 ore; non si sposta, quindi, il rapporto di servizio da un ente all'altro, semplicemente si consente all'ente di grandi dimensioni di autorizzare (la norma parla di autorizzazione, non c'è alcuna convenzione tra i due enti) l'espletamento di attività extra oraria, rinunciando così implicitamente a parte del possibile straordinario pretensibile. **Né si realizza uno scavalco:** il dipendente autorizzato non espleta un unico rapporto di lavoro a cavallo tra due enti ma conduce due distinti rapporti di lavoro, quello principale con l'ente autorizzante, per 36 ore e quello accessorio, con l'ente autorizzato, per massimo 12 ore. **Il secondo è un vero e proprio ulteriore rapporto di lavoro a tempo parziale,** possibile in deroga all'obbligo di esclusività posto dalla legge.

Il principio di legalità, dunque, impone agli enti di utilizzare gli istituti tipizzati dalla legge. L'impiego parziale di un dipendente di altro ente è tipizzato nello scavalco: quello è l'unico istituto al quale riferirsi.

La riforma all'articolo 30 del d.lgs 165/2001 apportata dal d.l. 36/2022 è la conferma inconfutabile dell'incompatibilità del comando con modalità di impiego diverse dalla sua finalità, la copertura integrale (ma per un lasso di tempo non superiore a tre anni) di un fabbisogno.