



Riassunto – Il saggio affronta la questione della parità di trattamento tra “dirigenti esterni”, posti in posizione di comando o di assegnazione temporanea presso altra amministrazione, e dirigenti di ruolo, con particolare riferimento al trattamento economico accessorio e alla cosiddetta parte fissa della retribuzione di posizione, che in molti contratti d'area costituisce parte del trattamento economico fondamentale, perdendo le caratteristiche prescritte dall'articolo 24 del d.lgs. n. 165/2001.

Abstract – The essay analyses the issue of equal treatment of external Directors, in a position of command or temporary assignments at the others Directors and executives of the role, with particular reference to the remuneration accessory, and the so-called fixed part of the remuneration of position, that in many area contracts is part of the basic compensation, losing the characteristics prescribed by art. 24 of Legislative Decree no. 165/2001.

1. - Tra le linee portanti della cosiddetta riforma Brunetta (l. n. 15/2009 e d.lgs. n. 150/2009), la mobilità del personale, anche dirigenziale, e tra diverse amministrazioni, è stata concepita come una delle misure d'intervento volte a rafforzare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa¹.

Sotto questo profilo, la “terza riforma del lavoro pubblico” si muove in continuità con il passato, in quanto è sempre stato presente l'obiettivo di favorire lo scambio, ovvero il prestito, di personale tra amministrazioni pubbliche².

¹ Da ultimo, sull'istituto della mobilità, in generale, come modificato dal d.lgs. n. 150/2009, A. RICCOBONO, *Uffici, piante organiche, mobilità e accessi*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro nelle Pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 1152 e ss.

² S. MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario, Torino, 2004, V, p. 719; G. LEONE, *La mobilità individuale e collettiva*, in U. Carabelli, M. T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*², Bari, 2010, p. 239 ss.; V. LUCIANI, «Centralismo» e «garantismo» nella mobilità del lavoro pubblico, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 129 ss.; P. COSMAI, *La mobilità nel pubblico impiego ante e post Brunetta*, in *Lav. giur.*, 2010, p.

Dirigenti “esterni”, trattamento economico accessorio e parità di trattamento

di

Marina Nicolosi

Sommario - 1. La mobilità della dirigenza nel d.lgs. n. 150/2009. – 2. Incarichi dirigenziali ad esterni ex art. 19, d.lgs. n. 165/2001. – 3. Il conferimento di incarico dirigenziale ad esterno per sopravvenuta vacanza in organico. – 4. L'istituto del comando e dell'assegnazione temporanea nel settore pubblico. – 5. La disciplina del trattamento economico del dirigente in comando e assegnazione temporanea presso altra Amministrazione. – 6. Trattamento economico accessorio: retribuzione di posizione, retribuzione di risultato e parità di trattamento.

Con particolare riferimento alla mobilità della dirigenza, l'obiettivo di svilupparne un mercato plurale era stato esplicitato sin dalla legge delega: l'art. 6, comma 2, lett. n), della l. n. 15/2009 aveva stabilito di «semplificare la disciplina della mobilità nazionale e internazionale dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni, al fine di renderne più ampia l'applicazione e di valorizzare il relativo periodo lavorativo a fini del conferimento degli incarichi». Sul punto, però, il d.lgs. n. 150/2009 non ha dettato

53 ss.; M. ESPOSITO, R. SANTAGATA, *La mobilità del personale tra «autonomia negoziale» ed «evidenza pubblica»*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 339; P. SORDI, *La mobilità volontaria nel pubblico impiego privatizzato*, in *Scritti in onore di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, p. 2917 ss.; A. MANNA, *La mobilità nel pubblico impiego: ammortizzatore sociale e strumento di razionalizzazione delle risorse umane*, in *Dir. lav.*, 2001, p. 316 ss.; F. BASENGHI, *Mobilità intercompartimentale e passaggio diretto di personale*, in G. Amoroso, L. Fiorillo, A. Maresca e V. Di Cerbo (a cura di), *Diritto del lavoro*, III, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2011, p. 384. Con specifico riferimento alla mobilità dei dirigenti di cui all'art. 23 bis del d.lgs. n. 165/2001, A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Dirigenza Area I*, in F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni, dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Milano, 2005, p. 186 e ss.; A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri*

un'apposita disciplina: sicché, la disposizione di riferimento continua ad essere l'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 165/01, che non è stato oggetto di sostanziali modifiche³.

Il sistema, dunque, nel suo attuale assetto, risale alla l. n. 145/2002, che aveva modificato l'art. 23 del d.lgs. n. 165/2001, ed aveva, altresì, introdotto l'art. 23 *bis*. Soprattutto quest'ultima disposizione aveva già posto alcune regole volte tanto ad agevolare percorsi di mobilità "tra pubblico e privato", quanto, più in generale, a favorire la circolazione dei dirigenti, anche all'interno delle stesse pubbliche amministrazioni⁴.

e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, I, p. 28. p. 57.

³ L'inciso, secondo cui la mobilità dei dirigenti è assicurata nei limiti dei posti disponibili, «sulla base dell'art. 30», introduce un "rinvio dinamico all'intero contenuto di tale articolo, ivi compresa la nuova procedura di pubblicizzazione delle vacanze in organico e della relativa selezione delle domande di trasferimento". Tale novità allinea la disciplina delle varie tipologie di passaggio diretto a quella del conferimento degli incarichi dirigenziali ed all'obbligo di esperire una procedura di valutazione delle candidature, assai simile a quella prevista per le ipotesi di mobilità volontaria, in cui la legge scandisce il procedimento di scelta in diverse fasi, imponendo dapprima il rispetto degli obblighi di pubblicità e trasparenza e, successivamente, lo svolgimento di una selezione di tipo paraconcorsuale. Sicché, il criterio fiduciario risulta limitato dall'obbligo di tener conto di criteri oggettivi coincidenti con le attitudini professionali, le capacità organizzative ed i risultati conseguiti in precedenza da ogni singolo dirigente. Sulle innovazioni in tema di procedure per il conferimento di incarichi dirigenziali, F. CARINCI, *Il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato, i termini del raffronto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2699 ss.; A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2710 ss., spec. p. 2712; L. MENGHINI, *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 629 ss., spec. 638. Per effetto del rinvio dinamico all'art. 30, inoltre, secondo la lettura più preferibile, si deve ritenere che la regola del previo esperimento della mobilità rispetto all'indizione di concorsi pubblici sia applicabile anche quando l'assunzione risulti finalizzata a coprire un posto con qualifica dirigenziale: su quest'aspetto, più diffusamente, A. RICCOBONO, *Uffici, piante organiche, mobilità e accessi*, cit., p. 1152 e ss.

⁴ G. NATULLO, *Nuove ipotesi di mobilità nel settore pubblico e verso il settore privato: il "collocamento in aspettativa" e l' "assegnazione temporanea"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 324 e ss. In seno a detto articolo vengono disciplinate due

La l. n. 145/2002, quindi, ha contribuito a creare un regime degli incarichi dirigenziali caratterizzato da particolare flessibilità, con l'obiettivo di valorizzare la mobilità dei dirigenti. Sotto il profilo sistematico, l'istituto della mobilità si pone, pertanto, in "armonia" con le regole in tema di conferimento di incarichi dirigenziali, in quanto anche tale disciplina, profondamente innovata dalla l. n. 145/2002, contempla la possibilità di affidare funzioni dirigenziali ad "esterni", mediante contratti a tempo determinato (art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001), ovvero tramite l'assegnazione a dirigenti appartenenti ad amministrazioni di comparti diversi, utilizzando provvedimenti di fuori ruolo, comando o altro provvedimento come previsto dai rispettivi ordinamenti (art. 19, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 165/2001).

Secondo l'opinione dominante, quindi, la l. n. 145/2001, da un lato, ha inteso accrescere la professionalità del dirigente attraverso "fecondi interscambi che trasferiscano al 'pubblico' prassi e logiche manageriali diffuse nel 'privato'"⁵; dall'altro, ha mirato ad assecondare specifiche esigenze delle amministrazioni interessate che siano portatrici dell'interesse a ricorrere a professionalità esterne non presenti nei suoi ruoli, secondo lo schema tipico del comando/distacco⁶.

ipotesi di mobilità, denominate rispettivamente "collocamento in aspettativa per lo svolgimento di attività presso soggetti privati o pubblici" e "assegnazione temporanea di personale presso imprese private".

⁵ A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Dirigenza Area I*, cit., p. 186 e ss.

⁶ A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Dirigenza Area I*, cit., p. 189 e ss., G. NATULLO, *Gestione delle eccedenze di personale*, in F. Carinci, L. Zoppoli, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1060. Non vengono presi in considerazione, perché esulano dall'oggetto del presente lavoro, gli istituti della mobilità connessi ad esigenze di gestione degli esuberanti e di eccedenza di personale (artt. 33-34 *bis*, d.lgs. n. 165/2001), per i quali si rinvia a A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Dirigenza Area I*, cit., p. 189 e ss. e, dopo la riforma Brunetta, G. LEONE, La mobilità individuale e collettiva, in M.T. Carinci, U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 239 e ss.

2. - Quando la mobilità del personale con qualifica dirigenziale è prevista per fare fronte a specifiche esigenze della pubblica amministrazione, la possibilità di affidare uffici dirigenziali a soggetti esterni alle amministrazioni interessate risponde ad una duplice logica: quella di incrementare ed integrare le professionalità già a disposizione dell'amministrazione attraverso l'acquisizione di ulteriori competenze che siano state maturate altrove; quella di innescare dinamiche virtuose che vedrebbero i dirigenti di ruolo presso l'amministrazione conferente l'incarico chiamati a confrontarsi con professionalità esterne, portatrici di esperienze organizzative diverse⁷.

La disciplina, introdotta dal d.lgs. n. 80/1998, e modificata dalla l. n. 145/2002, è contenuta nell'art. 19, commi 5 *bis* e ss., d.lgs. n. 165/2001, e prevede quindi due diverse fattispecie, in quanto è stata esplicitamente prevista la possibilità di conferire incarichi dirigenziali anche a dipendenti della medesima amministrazione, ma non appartenenti ai ruoli dirigenziali, purché inquadrati in posizioni funzionali per l'accesso alle quali è prevista la laurea.

In realtà, il conferimento di incarichi dirigenziali a tempo determinato a personale interno non dirigente era stato messo in discussione dal Consiglio di Stato⁸. Esso, però, è stato definitivamente consacrato dall'art. 14 *sexies*, comma 3, del d.l. n. 115/2005, convertito in l. n. 168/2005, che ha modificato il comma 6 dell'art. 19, d.lgs. n. 165/2001. Tale sistema, costituisce oggi l'aspetto più controverso della disciplina del conferimento di incarichi dirigenziali, in quanto sebbene fosse stato originariamente introdotto per consentire l'acquisizione di professionalità dall'esterno, ha finito per favorire percorsi di carriera

⁷ Su tale disposizione, da ultimo, D. SERRA, L. BUSICO, *Gli incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'amministrazione*, in *Lav. giur.*, 2010, p. 973 e ss.

⁸ Cons. Stato, Comm. Spec. P.I., 27 febbraio 2003, n. 514/2003, in *Foro it.*, 2003, III, c. 447. *Contra*, Corte conti, Sez. contr. St., 30 gennaio 2001, n. 7 in *Riv. C. Conti*, 2001, 1, p. 13; Corte conti, Sez. Contr. St., 21 dicembre 2004, n. 12, in *Cons. St.*, 2005, II, p. 148.

agevolati per il personale interno, privo di qualifica dirigenziale, indiscutibilmente alternativi alle regole in tema di accesso alla qualifica dirigenziale⁹.

La possibilità di attribuire incarichi di funzioni dirigenziali a dirigenti esterni alle pubbliche amministrazioni conferenti, invece, è disciplinata dall'art. 19, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui "gli incarichi di cui ai commi da 1 a 5 possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, entro il limite del dieci per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli di cui all'art. 23 e del cinque per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia, anche a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui al medesimo art. 23, purché dipendenti delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, ovvero di organi costituzionali, previo collocamento fuori ruolo, comando o analogo provvedimento secondo i rispettivi ordinamenti"¹⁰.

Sulle reali capacità benefiche di tale sistema, nel suo complesso, si è però espressa in senso critico la dottrina. E' vero che esso mira a dotare l'amministrazione di professionalità da attingere all'esterno, che con il loro apporto accrescano il livello delle competenze già presenti nei ruoli. Il collegamento con l'esterno, peraltro, favorisce l'instaurazione di canali di comunicazione che possono solo indurre la circolazione di modelli manageriali tipici del settore privato sì da alimentare sane competizioni tra la dirigenza pubblica e quella privata. Tuttavia, va detto che, in linea generale, anche

⁹ G. D'ALESSIO, *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, p. 445.

¹⁰ Va ricordato che, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, "per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale, l'ARAN e le Agenzie di cui al d.lgs. n. 300/1999".

questo aspetto della disciplina degli incarichi dirigenziali incide sul rapporto tra politica ed amministrazione, accentuando la dipendenza del dirigente nei confronti del titolare del potere di nomina. Come è stato osservato, la possibilità di ricorrere a soggetti esterni “presenta il rischio di diffondere (...) una forte dipendenza e fidelizzazione nei confronti del potere politico”, sia con riferimento alla dirigenza di ruolo dell’amministrazione interessata, che, sotto la pressione della concorrenza con l’esterno, tende ad assumere atteggiamenti più accondiscendenti nei confronti del titolare del potere di nomina, sia con riferimento al soggetto esterno nominato¹¹. Quest’ultimo non soltanto sarà selezionato all’interno di un bacino ben più ampio rispetto a quello dal quale viene normalmente scelto un interno, ma, anche per questa ragione, sarà maggiormente condizionato, durante l’intero incarico, dalla legittima aspirazione ad essere riconfermato. Ed infatti, la prassi applicativa della disposizione ha mostrato usi impropri dell’istituto, piegato a logiche clientelari o di affiliazione politica a danno di reali esigenze tecnico-professionali¹². Quando, peraltro, si tratta di personale esterno ai ruoli dirigenziali ma comunque dipendente della medesima amministrazione che conferisce l’incarico, l’istituto è stato utilizzato per garantire percorsi professionali privilegiati per le elevate professionalità, prive della qualifica dirigenziale, con evidente aggiramento della regola del concorso come unica forma di accesso alle qualifiche superiori *ex art. 97 Cost.*, ed in particolare a quella dirigenziale¹³.

¹¹ Sul punto BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 108.

¹² G. D’ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 549 ss., spec. p. 571; D. BOLOGNINO, *Nuove ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale: alcune riflessioni sulle “estensioni” legislative dello spoils system e sulla valutazione del personale con incarico dirigenziale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, p. 70 ss.

¹³ G. D’AURIA, *Commento alla legge n. 145/02*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1161 e ss. che ha segnalato come la disposizione possa facilmente tradursi in un percorso preferenziale per affidare incarichi dirigenziali a soggetti più affini politicamente, a prescindere dalla effettiva esigenza di ricorrere all’esterno per colmare lacune presenti nei ruoli.

Proprio per correggere tali abusi, la l. n. 15/2009 aveva delegato il Governo a «ridefinire, altresì, la disciplina relativa al conferimento degli incarichi a soggetti estranei alla pubblica amministrazione e ai dirigenti non appartenenti ai ruoli, prevedendo comunque la riduzione, rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente, delle quote percentuali di dotazione organica, entro cui è possibile il conferimento degli incarichi medesimi».

Tuttavia, anche disattendendo le considerazioni critiche della dottrina, il d.lgs. n. 150/2009 non ha innovato in maniera significativa la disciplina del conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali a soggetti esterni al ruolo, anche se ne ha limitato, con l’irrigidimento di alcuni presupposti, il ricorso¹⁴.

Sicché, rispetto alla delega, comunque fin troppo generica, l’introduzione nel comma 6 dell’art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 del requisito della non rinvenibilità nei ruoli (dirigenziali) dell’amministrazione della «particolare e comprovata qualificazione professionale», costituisce oggi un utile strumento di garanzia, sia perché ancora il ricorso alla professionalità esterna ad una reale esigenza dell’amministrazione cui con la dotazione organica presente non si riesce a fare fronte, sia perché il dirigente interno non si vedrà pretermesso dall’esterno, rispetto ad un incarico cui legittimamente poteva aspirare, in quanto in possesso dei connessi requisiti professionali.

Più rigorosi risultano anche i presupposti professionali oggi richiesti per l’assegnazione di incarichi di funzioni dirigenziali a personale esterno al ruolo, in quanto le concrete esperienze di lavoro idonee a comprovare la particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica devono essere state maturate per almeno un quinquennio. Rimane fermo che l’anzidetta specializzazione può essere desunta dalla formazione universitaria e post-universitaria e dalle pubblicazioni scientifiche. Però, l’esperienza sul piano scientifico, da sola, non è più

¹⁴ G. D’ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, cit., p. 7.

sufficiente, visto che ad essa si aggiunge la dimostrazione di una concreta esperienza sul campo (cfr. la sostituzione della disgiuntiva “o” con la congiunzione “e”).

Pure l’obbligo di un’esplicita motivazione del ricorso alla professionalità esterna garantisce il rispetto del principio di trasparenza, anche perché è logico ritenere che la motivazione debba contenere il riferimento all’assenza di quella specifica professionalità che occorre tra i ruoli dirigenziali.

E’, invece, rimasta inattuata la parte della delega che aveva imposto una riduzione dei limiti percentuali di dotazione organica entro cui legittimamente conferire tali incarichi¹⁵. Il decreto ha mantenuto la diversa quota percentuale con riferimento ai dirigenti di prima fascia (10%) e di seconda fascia (8%), ed ha introdotto un sistema di calcolo di tali percentuali che prescrive un arrotondamento all’unità inferiore se il primo decimale è inferiore a cinque, ovvero all’unità superiore quando il primo decimale sia uguale o superiore a cinque. La suddetta regola è oggi contenuta nel nuovo comma 6° *bis* dell’art. 19, d.lgs. n. 165/2001, che si estende anche alle percentuali prescritte dai commi 3° e 5° *bis* del medesimo art. 19. Il comma 5° *bis* disciplina la possibilità, sempre entro limiti percentuali della dotazione organica (pari al 10% dei dirigenti appartenenti alla prima fascia ed al 5% dei dirigenti appartenenti alla seconda) di conferire incarichi di funzioni dirigenziali anche a dirigenti dipendenti da altre amministrazioni (di cui all’art. 1, comma 2°, d.lgs. n. 165/2001), ovvero dipendenti da organi costituzionali, attraverso l’istituto del comando o del collocamento fuori ruolo. Vero è che la riduzione dei limiti percentuali potrebbe discendere dal nuovo comma 6° *ter* che estende esplicitamente l’applicazione dei commi 6° e 6° *bis* a tutte le amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2°, e quindi diminuisce nei fatti il ricorso a soggetti esterni in tutte le amministrazioni che prima del d.lgs. n.

¹⁵ Paventa il rischio di una violazione della delega, S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 43.

150/2009 non erano espressamente vincolate al rispetto dei limiti e dei presupposti ivi contenuti. La Regione Piemonte ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell’art. 40, d.lgs. n. 150/2009, che ha introdotto il nuovo comma 6° *ter* dell’art. 19, intervenendo in una materia riservata alla potestà legislativa residuale delle Regioni. La Corte costituzionale, però, ha ritenuto l’istanza non accoglibile, perché non influente in quel giudizio di legittimità costituzionale¹⁶.

Evidentemente ispirandosi alla giurisprudenza costituzionale, peraltro, l’art. 40, d.lgs. n. 150/2009 ha espunto gli incarichi di cui ai commi 5° *bis* e 6° dell’art. 19, d.lgs. n. 165/2001 dal regime di *spoils system* disciplinato dal comma 8° dello stesso art. 19¹⁷. Anche questo aspetto della normativa sulla dirigenza è stato ripetutamente ritoccato, prima della riforma del 2009. La automatica cessazione degli incarichi di funzioni dirigenziali, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, era stata introdotta, originariamente per i soli dirigenti apicali ed era stata poi estesa anche agli incarichi *ex art. 19* comma 5° *bis* e 6° dall’art. 2, comma 159°, l. n. 286/2006. La Corte costituzionale ha però precisato come questo tipo di incarichi, anche se spesso conferiti su base fiduciaria, non attribuiscono funzioni di tipo fiduciario, parificabili a quelle attribuite con gli incarichi di cui al comma 3° dell’art. 19, e non giustificano, pertanto, un

¹⁶ Corte cost. 11 gennaio 2010, n. 9, in *www.giurcost.org*. Il nuovo comma 6° *ter*, nel precisare che solo i commi 6° e 6° *bis* si applicano alle amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2°, d.lgs. n. 165/2001, esclude tali amministrazioni dall’ambito di applicazione del comma 5°. Il che potrebbe autorizzare interpretazioni letterali del testo normativo tali da consentire alle amministrazioni anzidette di sfiorare i limiti percentuali richiesti dalla disposizione, attraverso l’esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare (art. 27, d.lgs. n. 165/2001). Va precisato che tale esclusione potrebbe essere giustificata dal fatto che il comma 5° si riferisce a personale di altre amministrazioni, comunque dotato di qualifica dirigenziale: la regola del concorso pubblico, pertanto, in questo caso sarebbe rispettata.

¹⁷ Su cui, diffusamente, A. ZOPPOLI, *Sub art. 19 d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1999, p. 1168.

meccanismo di cessazione automatica, svincolata dalla valutazione dei risultati¹⁸.

3. - Normalmente il conferimento di un incarico dirigenziale ad un soggetto esterno – dirigente o no – all'amministrazione conferente risponde all'esigenza di ovviare ad una sopraggiunta vacanza in organico. Qui si configurano tre diverse possibilità: affidare l'incarico *ad interim* ad altro dirigente della stessa amministrazione; sfruttare la possibilità prevista dall'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, incaricando un dipendente interno, privo di qualifica dirigenziale; ovvero ricorrere ad una professionalità del tutto esterna all'amministrazione conferente, incaricando della funzione un soggetto esterno, ma dirigente di altra amministrazione. Quest'ultima, ovvero la soluzione del conferimento dell'incarico vacante ad altro dirigente, sia pure appartenente ad altra amministrazione, appare preferibile rispetto all'affidamento dell'incarico *ad interim* a dirigente interno, perché più conforme all'orientamento espresso nella circolare della Funzione pubblica n. 10 del 19 dicembre 2007, relativa all' "affidamento, mutamento e revoca degli incarichi di direzione di uffici dirigenziali". Secondo tale Dipartimento, infatti, "nell'ottica di una corretta procedura per il conferimento degli incarichi", è necessario che le Amministrazioni compiano "un'adeguata ponderazione per individuare il dirigente di ruolo o, se non possibile, la persona estranea al ruolo stesso, che abbia le caratteristiche più rispondenti e la professionalità più idonee allo svolgimento dell'incarico"; e che "siano conservati i caratteri dell'eccezionalità, residualità e breve durata di istituti quali la reggenza dell'ufficio mediante incarico *ad interim*; pertanto, incarichi della specie, anche nel caso di imminenti revisioni organizzative, dovranno essere limitati per quanto possibile".

La posizione espressa dalla Funzione Pubblica appare condivisibile. Infatti, l'istituto di cui all'art. 19, comma 5 *bis*, del d.lgs. n. 165/2001 (dirigenti non

appartenenti ai ruoli di cui all'art. 23), differisce profondamente dalla fattispecie disciplinata dal successivo comma 6 del medesimo art. 19 (persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, prive di qualifica dirigenziale).

Nel primo caso, infatti, il dirigente è esterno al ruolo dell'amministrazione conferente l'incarico, ma è pur sempre dirigente, anche se dipendente di un'altra amministrazione, nel pieno rispetto del principio del concorso pubblico per l'accesso alla relativa qualifica. Tanto che l'art. 19, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 165/2001 non richiede per tale personale gli stessi presupposti di carattere oggettivo (relativi alla comprovata qualificazione professionale), prescritti dal comma 6, ed impone limiti percentuali meno stringenti, atteso che, ai sensi del comma 6 *ter* dell'art. 19, d.lgs. n. 165/2001, introdotto dal d.lgs. n. 150/2009, le amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 sono oggi tenute al rispetto dei soli limiti di cui al comma 6 e 6 *bis* dell'art. 19, d.lgs. n. 165/2001.

Che le due fattispecie non vadano confuse e che sussista un maggiore favore per il conferimento di incarichi dirigenziali a dirigenti appartenenti ad altre amministrazioni è stato confermato dalla stessa Corte Costituzionale che, quanto alle modalità di conferimento degli incarichi di dirigenza generale dello Stato, con riferimento ai soggetti che ne possono essere investiti, ha precisato come essi debbano essere, "innanzi tutto", attribuiti a personale inserito nel cosiddetto ruolo dei dirigenti, istituito presso ciascuna amministrazione statale e articolato in due fasce (art. 23, d.lgs. n. 165/2001); "in secondo luogo" le funzioni dirigenziali possono essere conferite anche a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui al medesimo art. 23, purché dipendenti da altre amministrazioni pubbliche; "infine", è prevista la possibilità che ciascuna amministrazione attribuisca la titolarità di tali uffici dirigenziali a tempo determinato a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, in possesso dei requisiti specificamente previsti dal comma 6 dello stesso articolo 19, cioè soggetti

¹⁸ Corte cost. 20 maggio 2008, n. 161, cit. e, da ultimo, Corte cost. 11 aprile 2011, n. 124, in www.altalex.com, n. 3215/2011, p. 1.

estranei, all'atto della nomina, alle amministrazioni statali¹⁹.

Anche nell'impostazione della Corte Costituzionale emerge dunque come il complesso meccanismo delineato dall'art. 19, d.lgs. n. 165/2001 intenda dotare la pubblica amministrazione di una dirigenza che sia in parte (prevalente) costituita da dipendenti di ruolo ed in parte (minore) costituita da soggetti esterni al ruolo²⁰. Il che conferma come la riserva agli esterni abbia come obiettivo anche quello di evitare possibili fenomeni di elusione della disciplina generale che richiede, per l'accesso alla dirigenza, il rispetto del pubblico concorso.

Nella stessa sentenza, la Corte Costituzionale, proprio con riferimento ad un dirigente esterno, ha chiarito che "il rapporto di lavoro che l'amministrazione instaura con soggetti inseriti nei ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165/2001, vale a dire con personale già dipendente dalla stessa amministrazione conferente, rispetto al contratto stipulato con personale esterno dipendente da "altre" amministrazioni pubbliche, si caratterizza esclusivamente per il peculiare atteggiarsi della relazione esistente tra rapporto di servizio e rapporto di ufficio". Tale sostanziale equiparazione ha indotto la Corte costituzionale ad estendere anche all'incarico conferito a dirigenti esterni quelle "specifiche garanzie, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico – amministrativo e quelli di gestione".

¹⁹ Corte cost. 20 maggio 2008, n. 161, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, p. 361, con nota di M. FERRETTI, *I limiti dello spoils system nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. In materia di *spoils system*, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale che si è espressa sul tema, A. VALLEBONA, *Spoils system: solo per il vertice*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 325; E. GRAGNOLI, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p. 40 e ss.

²⁰ A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Dirigenza Area I*, cit., p. 170 e ss.

4. - Nel pieno rispetto dei limiti percentuali prescritti dall'art. 19, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, il conferimento di incarichi dirigenziali a dirigenti esterni all'amministrazione, presuppone il "previo collocamento fuori ruolo, comando o analogo provvedimento secondo i rispettivi ordinamenti". Spesso il comando e gli altri "analoghi provvedimenti" vengono ricompresi nella comune formula riassuntiva della "assegnazione temporanea".

La disciplina del comando o distacco nel settore pubblico, invero, risale agli artt. 56 e 57 del t.u. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, d.p.r. n. 3/1957²¹, dove, sovente, il termine distacco è stato utilizzato come sinonimo di comando²².

²¹ Si tratta della normativa base, il cui precedente storico risale all'art. 101 del r.d. n. 2960/1923 che, al fine di contenere i costi delle amministrazioni statali, dopo la prima guerra mondiale, disponeva il generale divieto di disporre comandi, autorizzando, tuttavia, quelli previsti da leggi speciali. In realtà, successivamente al 1957, molte altre ipotesi più specifiche di comando o distacco sono state disciplinate da diverse normative, per le quali si rinvia a M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Milano, 2000, p. 176, nota 2. Anche il nucleo originario della disciplina contenuto negli artt. 56 e 57 del d.p.r. n. 3/1957 ha subito modifiche (art. 34, d.p.r. n. 1077/1970; art. 17, l. n. 127/1997). In generale, sul comando nel pubblico impiego, M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 741; ID., *Il «comando» dei pubblici dipendenti tra vecchie e nuove forme di mobilità*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Bologna, 1993, p. 345; M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 845 ss.; S. BATTINI, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, p. 520 ss.; R. ALESSE, voce *Comando (dir. pubbl.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1998.

²² Secondo S. MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 1091, il termine distacco nel settore pubblico appare come una «variabile semantica» del comando. Il distacco, regolato solo in alcuni interventi settoriali (r.d.l. n. 110/1924), a differenza del comando, non ha mai trovato un'esplicita definizione normativa, ed è sempre stato caratterizzato da una evidente carenza di disciplina giuridica, ponendosi pertanto come una «mera situazione di fatto, concretata dallo svolgimento delle proprie funzioni di istituto presso uffici dipendenti da altra

L'istituto era originariamente sorto «per rispondere all'oggettiva rigidità della vecchia disciplina amministrativa in materia di assunzioni, carriere e ruoli organici»²³. Col tempo, però, esso ha subito una progressiva evoluzione e, oltre che per soddisfare le oggettive esigenze gestionali di una circolazione più efficiente e flessibile delle professionalità all'interno delle amministrazioni pubbliche, è stato anche impiegato per assecondare «le aspirazioni più individualistiche dei lavoratori»²⁴.

Secondo la definizione più diffusa, con il comando il lavoratore pubblico è chiamato a svolgere servizio presso un'amministrazione o un ente differenti da quello di appartenenza, per un tempo determinato, in via eccezionale e per riconosciute esigenze di servizio o quando sia richiesta una speciale competenza²⁵.

amministrazione». Così M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, p. 268. Secondo un'isolata posizione invece, comando e distacco definiscono fattispecie diverse e la differenza riposa nella diversa natura dell'ente presso cui il dipendente è inviato a svolgere il servizio. Pertanto, mentre il comando si svolge tra amministrazioni statali, in tutti gli altri casi si realizzerebbe l'ipotesi del distacco. Così, P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 2002, p. 153.

²³ M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, cit., p. 741.

²⁴ M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 845, che osserva come in generale l'articolata e complessa vocazione organizzativa degli istituti di mobilità temporanea si sia prestata nel settore pubblico a forme di incentivo all'utilizzo «ampio (e talora disinvolto) degli stessi».

²⁵ M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 864. TAR Sicilia – Palermo, sez. II, 12 giugno 1995, n. 530, in *Foro amm.*, 1996, p. 10057. Nel pubblico impiego, il distacco o comando si distingue, pertanto, dal collocamento fuori ruolo (artt. 58 e 59, d.p.r. n. 3/1957), che ammette lo spostamento temporaneo di personale solo all'interno delle pubbliche amministrazioni o di strutture equiparate, in deroga alla tendenziale inamovibilità del lavoratore pubblico (art. 56, d.p.r. n. 3/1957), ed in caso di disimpegno di funzioni dello Stato o di altri enti pubblici. In questa ipotesi, l'impiegato «non occupa posto nella qualifica del ruolo organico cui appartiene», per cui «nella qualifica iniziale del ruolo stesso è lasciato scoperto un posto per ogni impiegato collocato fuori ruolo» (art. 58, comma 2, d.p.r. n. 3/1957). Il comando, invece, anch'esso in deroga alla tendenziale inamovibilità del lavoratore pubblico, ed anche qui

Così, secondo l'opinione prevalente, il comando determina una modificazione del rapporto di servizio²⁶: a seguito del comando, infatti, le prestazioni vengono svolte presso altra amministrazione e nell'interesse della stessa, che subentra a quella originaria di appartenenza nell'esercizio del potere gerarchico cui è sottoposto il dipendente. Ne consegue che la nuova destinazione lascia inalterato il rapporto di lavoro originario, ed a questa regolamentazione giuridica il dipendente rimane sottoposto. E' dunque da escludersi, come pure è stato sostenuto, la creazione di un distinto rapporto di impiego, o l'affievolimento di quello preesistente²⁷, nonché la temporanea e parziale novazione soggettiva del rapporto di impiego²⁸. Ne deriva che la posizione originaria rimasta scoperta a causa del comando non potrà essere ricoperta per concorso o con qualunque altra forma di mobilità, e il lavoratore comandato continua ad essere computato nelle dotazioni organiche dell'amministrazione di appartenenza²⁹.

per ragioni determinate e specifiche (riconosciute esigenze di servizio o necessità di un specifica competenza), prevede lo spostamento temporaneo di personale ad altra amministrazione o struttura equivalente: in questo caso, tuttavia, il dipendente distaccato rimane in carico nell'organico dell'amministrazione di provenienza alla quale continua ad appartenere. TAR Calabria – Reggio Calabria 26 luglio 1983, in *Tar*, 1983, p. 3053; Corte conti, sez. contr., 25 settembre 1980, n. 1099, in *Cons. Stato*, II, 1980, p. 218.

²⁶ M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, cit., p. 746; R. ALESSE, voce *Comando*, cit., p. 2; L. MANTERO, voce *Impiego pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 13; M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 848. In giurisprudenza, tra le tante, Cons. Stato 27 novembre 1996, n. 1637, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1811.

²⁷ M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, 1935, p. 330.

²⁸ L. MASCI, *Natura e disciplina giuridica del «comando» dei pubblici dipendenti*, in *Corr. amm.*, 1952, p. 803.

²⁹ M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 849.

Quanto alla disciplina del rapporto di lavoro in caso di comando, è stato sottolineato come il rapporto di servizio prosegue con l'amministrazione di provenienza, senza alcuna soluzione di continuità³⁰. Quest'ultima, pertanto, rimane competente per tutti i provvedimenti che concernono lo stato giuridico del personale comandato, compresa l'applicazione di eventuali sanzioni disciplinari. L'amministrazione di destinazione, invece, sarà competente per i provvedimenti relativi all'esplicazione del servizio³¹. Ai sensi dell'art. 57, comma 2, d.p.r. n. 3/1957, la spesa per il personale distaccato presso altra amministrazione dello Stato resta a carico dell'amministrazione di provenienza³².

³⁰ Per l'opinione giurisprudenziale secondo cui invece il comando realizza una dissociazione tra rapporto organico, che continua ad intercorrere tra il dipendente e l'amministrazione di provenienza, e rapporto di servizio che a seguito del comando subisce una modifica, atteso che il dipendente viene inserito, sotto il profilo organizzativo-funzionale e gerarchico-disciplinare, nell'amministrazione di destinazione, a favore della quale egli presta esclusivamente la sua opera, Cass. 8 settembre 2005, n. 17842, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 220, con nota di E. LAZZATI, *Sul comando del dipendente pubblico*; Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 1996, n. 1637, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1811; Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 1990, n. 308, in *Foro amm.*, 1990, p. 895; Cass., S.U., 20 gennaio 1993, n. 642, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 84. Va segnalato che, tanto l'art. 57 d.p.r. n. 3/1957, quanto la contrattazione collettiva, prevedono espressamente che il dipendente in posizione di comando venga coinvolto in tutte le progressioni economiche e di carriera relative all'amministrazione di appartenenza. In giurisprudenza, Cass., S.U., 14 dicembre 1998, n. 12543, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3501; Cass., S.U., 16 novembre 1992, n. 12262, in *Mass. Giur. it.*, 1992.

³¹ P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, cit., p. 337. Spetterebbe allora all'amministrazione utilizzatrice l'interruzione del rapporto di comando. In questo senso, TAR Campania, sez. V, 9 ottobre 2001, n. 4522, in *Foro amm.*, 2001, p. 3006; Trib. Salerno 20 giugno 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 1079; TAR Campania – Napoli, sez. I, 17 luglio 1995, in *Tar*, I, 1995, p. 4320.

³² Esclude che gravino sull'amministrazione di appartenenza (Azienda municipalizzata) gli oneri economici direttamente connessi all'attività prestata presso l'amministrazione di destinazione (Commissariato di Governo per il terremoto), fatta salva una diversa ed esplicita previsione di legge che diversamente disponga, Cass. 8 settembre 2005, n. 17842, cit., con riferimento a somme erogate per straordinario continuativo e a titolo di indennità "fisse".

Per il pubblico impiego "privatizzato", l'istituto del comando o distacco è disciplinato dal d.lgs. n. 165/2001, il quale all'art. 70, comma 12, dedica una disciplina molto sommaria (e limitata agli aspetti economici del fenomeno nei rapporti tra le amministrazioni in esso coinvolte³³), mentre all'art. 23-bis (introdotto dal d.lgs. n. 145/2002 e poi modificato dal d.lgs. n. 150/2009) detta alcune norme in materia di mobilità tra pubblico e privato, mantenendo ferma la disciplina vigente in materia di collocamento fuori ruolo, nei casi consentiti³⁴.

L'art. 13 della l. n. 183/2010 ("Collegato lavoro"), infine, ha introdotto nell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 («Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse») il comma 2-sexies, secondo cui «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

³³ L'art. 70, comma 12, d.lgs. n. 165/2001, si limita a prescrivere l'obbligo di rimborso per la spesa relativa al trattamento economico fondamentale a carico delle amministrazioni che utilizzino personale di altre amministrazioni, in posizione di comando, di fuori ruolo o altra analoga posizione. Mentre, per la giurisprudenza maggioritaria, grava sull'amministrazione di destinazione la spesa relativa alla retribuzione accessoria, con l'unico limite contenuto nell'art. 3, comma 63, della l. n. 537/1993, che vieta ai dipendenti in posizione di comando di fuori ruolo o in altre analoghe posizioni di cumulare indennità compensi o emolumenti, comunque denominati, anche se pensionabili, corrisposti dall'amministrazione di appartenenza, con altri analoghi trattamenti economici accessori, previsti da specifiche disposizioni di legge a favore del personale dell'amministrazione presso la quale i predetti pubblici dipendenti prestano servizio. In questo senso, Cons. stato, sez. VI, 10 luglio 1997, n. 705, in *Cons. stato*, 1997, I, p. 98; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 1 luglio 1999, n. 303, in *Rass. amm. sic.*, 1999, p. 716. Per il riconoscimento a favore del dipendente comandato del diritto di opzione per il trattamento economico accessorio più favorevole, Cons. Stato, Comm. spec. pubbl. impiego, parere del 9 aprile 2001, n. 4859.

³⁴ Su cui, da ultimo, A. RICCOBONO, *Uffici, mobilità, piante organiche e accessi*, cit., p. 1152 ss.

eventualmente previsto da tali norme e dal presente decreto»³⁵. Ne consegue che, dopo il Collegato, le assegnazioni temporanee saranno ammesse solo per motivate esigenze organizzative, peraltro già prese in considerazione nel documento di programmazione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 (organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche), e per un periodo di tempo limitato, comunque non superiore a tre anni³⁶. La disposizione, tuttavia, mantiene ferme le discipline speciali.

Per il personale privatizzato, era stata sollevata la questione della conservazione delle norme del d.p.r. n. 3/1957, in base a quanto disposto dall'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, che prevede la disapplicazione della normativa previgente relativa al rapporto di lavoro, a seguito della sottoscrizione dei contratti collettivi del quadriennio 1998-2001.

La questione, secondo la tesi più convincente, andava risolta caso per caso, poiché ove i contratti collettivi di comparto avessero disciplinato l'utilizzo temporaneo dei dipendenti pubblici, specie sotto forma della cosiddetta «assegnazione temporanea», la disciplina di riferimento sarebbe stata quella disposta dall'accordo collettivo, benché le caratteristiche del comando fossero rimaste sostanzialmente inalterate³⁷. Nel caso

³⁵ A norma del comma successivo, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della disposizione, le amministrazioni avrebbero potuto rivedere le assegnazioni temporanee in corso. Viceversa, tali rapporti sarebbero stati regolati dalle originarie fonti.

³⁶V. LASCA, *Le novità per mobilità e comando*, in *Guida pubbl. imp.*, 2010, p. 25.

³⁷ Così, M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 852, cui si rinvia per gli approfondimenti sui diversi contratti collettivi di comparto che contemplano una disciplina del comando. La locuzione «assegnazione temporanea» è stata recentemente adottata in numerosi contratti collettivi, ma anche in alcune normative, e viene utilizzata come formula riassuntiva di tutte le forme di mobilità temporanea. Vi sono, tuttavia, casi in cui essa indica una particolare forma di mobilità temporanea, come nel caso del citato art. 23-bis del d.lgs. n. 165/2001, in cui la fattispecie regolata sembra discostarsi tanto dal comando, quanto dal collocamento fuori ruolo. Per la possibilità che la contrattazione collettiva favorisca un adattamento del contenuto dell'art. 30 del d.lgs. n.

in cui, invece, la contrattazione collettiva del quadriennio 1998-2001 non avesse dettato una disciplina apposita dell'istituto (o di altri sostanzialmente afferenti alla mobilità temporanea), allora si sarebbe continuata ad applicare la disciplina pregressa, secondo quanto disposto in via generale dall'art. 71 del d.lgs. n. 165/2001³⁸.

Sotto il profilo della disciplina, il comando presenta alcune caratteristiche che lo distinguono da figure equivalenti presenti anche nel settore privato, come nel caso del distacco, ormai disciplinato dall'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003. In primo luogo, nel settore pubblico, l'istituto è diretto a fare fronte a specifiche esigenze proprie non dell'amministrazione di appartenenza, ma di quella di destinazione, cui va riferito l'interesse alle esigenze di servizio o a reperire una professionalità non presente nel proprio organico *ex art.* 56, d.p.r. n. 3/1957³⁹. Anche per l'assegnazione temporanea *ex art.* 30, comma 2-*sexies* le motivate esigenze organizzative devono riguardare l'amministrazione di destinazione. E' a quest'ultima, pertanto, che va ricondotta la titolarità del potere di avviare, di fronte al verificarsi delle condizioni

276/2003 al settore pubblico, M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, cit., p. 741 ss.

³⁸ M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, cit., pp. 744 e 745; M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 853. Ritengono invece ormai inapplicabili gli artt. 56 e 57 del t.u. n. 3/1957, a causa dell'esaurimento della fase transitoria connessa alla privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, M. TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 234; M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, p. 206; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 178.

³⁹ Va segnalato che, come si vedrà, per il personale dirigenziale sovente i contratti collettivi d'Area disciplinano la possibilità che i dirigenti ottengano incarichi presso le amministrazioni e gli enti compresi nell'Area I, anche per consentire l'acquisizione e lo sviluppo di esperienze professionali, realizzando in tal modo una maggiore armonia con il settore privato, attraverso l'individuazione di uno specifico interesse al comando anche da parte dell'amministrazione di appartenenza del dirigente comandato.

ipotizzate, la fase dell'iniziativa procedimentale, che si concreta nella richiesta nominativa dell'impiegato prescelto, nonché la titolarità del potere di cessazione della posizione di comando, al venire meno delle specifiche esigenze che abbiano originariamente giustificato il provvedimento⁴⁰. Ne consegue che nessun rilievo dovrebbe essere accordato al provvedimento di revoca del comando da parte dell'amministrazione di provenienza, o di una manifestazione di dissenso da parte del dipendente distaccato⁴¹.

La temporaneità, quale requisito del comando pubblico, non viene rigidamente predefinita per legge, nel caso previsto dall'art. 56 del d.p.r. n. 3/1957: essa, infatti, è collegata, più che altro - come in passato nel settore privato, del resto - alla persistenza delle ragioni che hanno provocato il comando⁴². La posizione di comando discende dunque da un provvedimento non definitivo, la cui operatività dipende dal venire meno delle specifiche esigenze manifestate dall'amministrazione destinataria che lo ha richiesto⁴³. La nuova definizione legale del distacco nel settore privato, invece, prescrive oggi che esso sia anche temporaneo. La temporaneità è prescritta anche per il pubblico impiego privatizzato, dove è previsto perfino un limite massimo, a norma dell'art. 30, comma 2-*sexies* del d.lgs. n. 165/2001.

⁴⁰ L'art. 17, commi 14, 15 e 17, della l. n. 127/1997 (cosiddetta Bassanini *bis*) ha profondamente modificato, semplificandolo, il procedimento che conduce al provvedimento di comando, instaurando una sorta di «doppio binario procedimentale», al fine di neutralizzare l'eventuale ostruzionismo manifestato da parte dell'amministrazione nei cui ruoli è inserito il dipendente da comandare. In questo senso R. ALESSE, voce *Comando*, cit., p. 2, secondo cui la disposizione risponderebbe alla intenzione di trasformare il comando in uno strumento di gestione più flessibile, in relazione alle mutate funzioni della pubblica amministrazione.

⁴¹ Cons. Stato, 8 gennaio 2003, n. 2, in *Foro it.*, 2003, III, p. 138.

⁴² TAR Lazio – Roma, sez. II *ter*, 11 aprile 2011, n. 3184, inedita a quanto consta; Cass. 23 maggio 1984, n. 3159, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 240; Cass. 7 novembre 1983, n. 6581, in *Mass. giur. it.*, 1983; Cass. 13 maggio 1981, n. 3150, in *Mass. giur. it.*, 1981; Cass. 13 maggio 1981, n. 3150, in *Notiziario giur. lav.*, 1982, p. 107.

⁴³ Trib. Salerno 20 giugno 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 1079.

Anche nel settore pubblico, compreso quello privatizzato, come nel caso del distacco nel settore privato, non è richiesto tra i requisiti costitutivi il consenso del dipendente. Il comma 3 dell'art. 56 del d.p.r. n. 3/1957 prevede solo che egli sia sentito, ma non anche che presti il proprio assenso al comando. Nulla è disposto sul punto nel caso dell'assegnazione temporanea. Soltanto nella regolamentazione pattizia, e quindi recentemente, sembra progressivamente consolidarsi la necessità del consenso del dipendente quale requisito costitutivo del comando⁴⁴.

5. - Quindi, la disciplina del rapporto di lavoro del dirigente posto in posizione di comando o di assegnazione temporanea si deduce dall'analisi del quadro normativo applicato presso l'Amministrazione di appartenenza.

Qui l'analisi della contrattazione collettiva d'Area mette in evidenza una disciplina che prende in considerazione diversi aspetti, muovendosi lungo alcune direttrici ricorrenti.

Tendenzialmente l'istituto viene regolato all'interno delle disposizioni contrattuali che governano la mobilità del dirigente in generale⁴⁵. Di norma il comando viene disposto su richiesta dell'amministrazione di destinazione ed ha durata temporale pari all'incarico⁴⁶. A differenza della disciplina del comando del personale dei relativi comparti, e della disciplina equivalente nel settore privato, è sempre richiesto il consenso del dirigente

⁴⁴ Per una compiuta rassegna delle disposizioni contrattuali che si sono mosse in questo senso, si rinvia ancora a M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 866, spec. nota 65.

⁴⁵ Art. 33 CCNL relativo al personale dell'Area I, per il quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2005, che apre il capo V, rubricato "mobilità"; art. 20 CCNL dell'Area della dirigenza sanitaria professionale tecnica e amministrativa del SSN, quadriennio 1998-2001 e biennio 1998-1999, che apre il capo IV, rubricato, anch'esso "mobilità".

⁴⁶ Art. 33 CCNL relativo al personale dell'Area I, per il quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2005; art. 33 CCNL relativo al personale dirigente dell'Area VI, quadriennio normativo 2002-2005, biennio economico 2002-2003.

interessato. Spesso è espressamente previsto che, al termine dell'incarico il dirigente può chiedere, in relazione alla disponibilità di posti in organico, il passaggio diretto all'amministrazione di destinazione, secondo le procedure di cui all'art. 30, d.lgs. n. 165/2001⁴⁷. In molti casi è precisato che il posto lasciato disponibile dal dirigente comandato non può essere ricoperto per concorso o per qualsiasi altra forma di mobilità; e che i posti vacanti temporaneamente ricoperti dal dirigente comandato sono considerati disponibili sia a fini concorsuali sia per i trasferimenti⁴⁸.

Vanno anche segnalate disposizioni contrattuali, come l'art. 23 comma 2 del CCNL dell'Area I, quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2003, del 21 aprile 2006, che disciplinano la possibilità che i dirigenti ottengano incarichi presso le amministrazioni e gli enti compresi nell'Area I, anche per consentire l'acquisizione e lo sviluppo di esperienze professionali, realizzando in tal modo una maggiore armonia con il settore privato, attraverso l'individuazione di uno specifico interesse al comando anche da parte dell'amministrazione di appartenenza del dirigente comandato⁴⁹. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 24 del CCNL per il personale dell'Area V della dirigenza scolastica.

Questo livello estremamente eterogeneo di regolamentazione dell'istituto del comando del personale dirigenziale lascia aperto il dubbio sullo spazio di autonomia concesso all'amministrazione richiedente nella contrattazione individuale con il singolo dirigente, a seguito del conferimento dell'incarico. E pone altresì il problema del presunto obbligo della parità di trattamento rispetto agli altri

⁴⁷ Art. 33 CCNL relativo al personale dell'Area I, per il quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2005; art. 33 CCNL relativo al personale dirigente dell'Area VI, quadriennio normativo 2002-2005, biennio economico 2002-2003; art. 33 CCNL relativo al personale dirigente dell'Area VIII, per il quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2003.

⁴⁸ Art. 20 CCNL dell'Area della dirigenza sanitaria professionale tecnica e amministrativa del SSN, quadriennio 1998-2001 e biennio 1998-1999.

⁴⁹ A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Dirigenza Area I*, cit. p. 192.

dirigenti appartenenti ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico.

Il problema si è posto, essenzialmente per l'aspetto economico del comando o dell'assegnazione temporanea del dirigente appartenente ad altra amministrazione. Premesso che, anche per quanto riguarda il trattamento economico del personale dirigenziale in posizione di comando, normalmente, la disciplina è contenuta nel contratto collettivo applicato presso l'amministrazione di appartenenza, va detto che quasi tutti i contratti di Area dispongono che il trattamento economico grava sull'amministrazione di destinazione, "salvo diversa disposizione prevista da specifiche norme di legge"⁵⁰. Solo in alcuni di essi è espressamente specificata la garanzia della conservazione del trattamento economico di posizione del dirigente comandato, eventualmente precisando il suo diritto a rivalutazione, nel caso in cui l'amministrazione di appartenenza provveda a rideterminare gli importi economici delle posizioni dirigenziali, ma sempre che siano svolte mansioni di livello corrispondente⁵¹.

In altri casi, conformemente a quanto disposto dall'art. 70, comma 12, d.lgs. n. 165/2001⁵², i contratti collettivi hanno dettato una disciplina più analitica in merito alla distribuzione del carico economico relativo

⁵⁰ Così, ad esempio, nel caso dell'art. 33 CCNL relativo al personale dell'Area I per il quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2005.

⁵¹ E' il caso del contratto collettivo nazionale di lavoro area della dirigenza (II) per il quadriennio 1998 - 2001, in cui l'art. 40 (disposizioni transitorie e particolari) dispone che "ai dirigenti assegnati ad organismi operanti a livello statale cui partecipano gli enti del comparto, è conservata la retribuzione di posizione in godimento presso l'ente di provenienza nel caso che svolgano funzioni di livello corrispondente eventualmente rivalutata in caso di rideterminazione dei valori economici delle posizioni dirigenziali successivamente al comando o al collocamento fuori ruolo. Analoga previsione opera anche nei confronti dei dirigenti che usufruiscono dei distacchi di cui al CCNL quadro del 7.8.1998".

⁵² Tale articolo, come ricordato, si limita a prescrivere l'obbligo di rimborso per la spesa relativa al trattamento economico fondamentale a carico delle amministrazioni che utilizzino personale di altre amministrazioni, in posizione di comando, di fuori ruolo o altra analoga posizione.

al dirigente in posizione di comando. E', ad esempio, il caso del trattamento economico dei dirigenti regionali in assegnazione temporanea presso altre amministrazioni, disciplinato dall'art. art. 47, comma 8, del Contratto Collettivo Regionale di lavoro del personale con qualifica dirigenziale della Regione siciliana - quadriennio 2002 2005. Detto articolo dispone che "salvo che non sia diversamente disposto da norme di legge e da protocolli intercorsi tra le Amministrazioni, *l'Amministrazione che utilizza il personale in assegnazione temporanea rimborsa all'Amministrazione l'onere relativo al trattamento fondamentale. La retribuzione di posizione e di risultato è in ogni caso a carico dell'Amministrazione di destinazione in relazione alla tipologia di incarico da questa conferito secondo il rispettivo ordinamento*" (corsivo nostro).

Sicché diversi contratti individuali di conferimento di funzioni dirigenziali hanno disposto che all'Amministrazione di destinazione compete il rimborso del trattamento economico complessivo lordo, calcolato secondo i parametri della amministrazione di appartenenza.

Il problema è sorto, invece, per il calcolo del trattamento economico accessorio, che normalmente è posto a carico dell'Amministrazione di destinazione, secondo parametri e sistemi di calcolo vigenti presso quest'ultima.

Tale regola, diffusa in moltissimi comparti, risponde alla logica per cui il trattamento economico accessorio del personale comandato deve essere erogato in relazione all'attività concretamente esercitata. E poiché nel caso del comando o dell'assegnazione temporanea tale attività viene prestata presso un'altra amministrazione, il trattamento economico accessorio va calcolato secondo le regole vigenti presso l'amministrazione di destinazione⁵³.

⁵³ Per la giurisprudenza che riconosce il diritto del dipendente comandato a godere delle varie e speciali indennità erogate in quel contesto organizzativo, collegate proprio alle particolari caratteristiche del lavoro che ivi è chiamato a svolgere, Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 1997, n. 705; in *Cons. stato*, 1997, I, p. 98;

6. - Tuttavia, per quanto riguarda il trattamento economico accessorio dei dirigenti, il discorso assume aspetti problematici, connessi alla particolare struttura di tale quota della retribuzione, che l'art. 24, d.lgs. n. 165/2001 prescrive sia "correlata alle funzioni attribuite, alle connesse responsabilità e ai risultati conseguiti"⁵⁴.

Invero, con specifico riferimento alla retribuzione di posizione va ricordato come essa assolva la funzione

Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 1 luglio 1999, n. 303, in *Rass. amm. sic.*, 1999, p. 716.

⁵⁴ Si tratta di una delle novità introdotte dal d.lgs. n. 150/2009, in tema di trattamento retributivo dei dirigenti. Esse vanno interamente ricondotte al criterio della valorizzazione del collegamento tra attività dirigenziale e risultati, dettato dalla legge delega, all'art. 6, comma 2, lett. l), l. n. 15/09. Sicché, ferma restando la tradizionale tripartizione del trattamento retributivo della dirigenza in retribuzione tabellare, retribuzione di posizione e retribuzione di risultato, l'art. 45, d.lgs. n. 150/2009 ha modificato l'art. 24, d.lgs. n. 165/01. E, mantenuta la competenza dei contratti collettivi per la determinazione del trattamento economico accessorio, il nuovo art. 24 prescrive che questo sia correlato, non più soltanto alle funzioni attribuite ed alle «connesse responsabilità», ma anche ai «risultati conseguiti». Inoltre, proprio in tema di retribuzione di risultato, ne impone la determinazione della misura, fissandola in «almeno il 30 per cento della retribuzione complessiva». Ai contratti collettivi, infine, è affidato il compito di incrementare progressivamente tale quota del trattamento accessorio, sì da adeguarsi alla predetta percentuale, entro la tornata successiva a quella che decorre dal 1 gennaio 2010. Dall'ambito di applicazione di questa disciplina è esclusa la dirigenza del servizio sanitario nazionale. Va precisato che l'operatività di tale disposizione risulta, comunque, largamente compromessa dall'art. 9, comma 1, d.l. n. 78/10, secondo cui il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale – ivi compreso il trattamento accessorio – per il triennio 2011-2013 non può superare il trattamento in godimento nell'anno 2010. Sul punto, diffusamente, Corte conti, Deliberazione n. 2/2011/G, 10 marzo 2011, *Indagine sulla riorganizzazione della dirigenza dopo il d.lgs. n. 150/2009*. In generale sulla struttura della retribuzione del dirigente, G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, p. 889, Id., *Onnicomprensività o "onniretribuibilità" per i dirigenti pubblici?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, p. 234; G. REBORA, *Il nuovo assetto della dirigenza pubblica nei contratti di lavoro*, in F. Carinci, C. D'Orta (a cura di), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, *Commentario*, Milano, 1998, p. 49 e ss.; C. MEOLI, *Sub. art. 24*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, Milano, 1995, p. 525; F. CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi*

di “riflettere il livello di responsabilità attribuito con l’incarico di funzione, con l’obbiettivo di evitare appiattimenti retributivi e di misurare, al di là di qualsiasi automatismo, il valore economico di ogni posizione dirigenziale”⁵⁵. Sul punto, costituisce principio consolidato in giurisprudenza la necessità che tale voce retributiva miri a remunerare l’effettivo incarico attribuito al dirigente e le connesse responsabilità, da ragguagliare ad una misurazione oggettiva del “peso” della posizione ricoperta, nell’ambito di una articolazione della struttura organizzativa⁵⁶.

E’ evidente, quindi, che ciascuna Amministrazione procederà, ai sensi di quanto prescritto dallo stesso art. 24, d.lgs. n. 165/2001, ad “una graduazione delle funzioni e responsabilità ai fini del trattamento accessorio”, con decreto ministeriale per le amministrazioni dello Stato e con provvedimenti dei rispettivi organi di governo per le altre

applicativa, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004.

⁵⁵ Così, da ultimo, Cass. 15 maggio 2007, n. 11084, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 917 ss., con nota di G. ZILIO GRANDI, *Ancora sul principio di onnicomprensività per il trattamento economico dei dirigenti pubblici: il punto di vista della Cassazione*.

⁵⁶ Con specifico riferimento alla retribuzione di posizione del dirigente regionale, Cons. Stato, sez. IV, 21 luglio 2000, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 217, con nota di L. ZAPPALÀ, *L’indennità di posizione dei dirigenti «presa sul serio»: le potenzialità di uno strumento incentivante*. In generale, sulla funzione dell’indennità di posizione che riflette “il livello di responsabilità attribuito con l’incarico di funzione”, a prescindere dalla qualifica dirigenziale “alla quale corrisponde nel lavoro pubblico, soltanto l’attitudine professionale all’assunzione di incarichi dirigenziali di qualunque tipo” e che costituisce la ragion d’essere del trattamento economico fondamentale, Cass. 2 febbraio 2011, n. 2459, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, 172 e Cass. 15 maggio 2007, n. 11084, in *Giust. civ.*, 2008, I, p.1801, che sottolinea la funzione di differenziazione e di incentivazione del trattamento economico accessorio del dirigente, il quale è strutturalmente collegato al valore economico di ogni posizione dirigenziale che permette la previsione di una pluralità di fasce retributive anche nell’ambito di una medesima qualifica dirigenziale. Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa e segnatamente Cons. Stato 6 giugno 2006, n. 3365, inedita a quanto consta. Nonché Cons. Stato, ad. plen., 11 dicembre 2006, in *Foro amm. cds*, 2006, 3286.

amministrazioni o enti”. Tale differenza di “graduazione delle funzioni e responsabilità”, di conseguenza determina una differente retribuzione di posizione tra dirigenti appartenenti a diverse amministrazioni.

In virtù del sistema che distribuisce gli oneri economici del comando di un dirigente appartenente ad altra amministrazione, tale quota della retribuzione, di stretta pertinenza dell’Amministrazione di destinazione, dovrebbe essere calcolata secondo parametri e criteri applicati presso quest’ultima. Il che sarebbe già sufficiente a garantire al dirigente in comando la parità di trattamento rispetto agli altri dirigenti di ruolo nella amministrazione presso cui presta servizio.

Il problema sorge in quanto, proprio con riferimento alla retribuzione di posizione la maggior parte dei contratti collettivi di Area ha provveduto a scindere, peraltro in maniera del tutto discutibile⁵⁷, una parte

⁵⁷ Dopo l’istituzione della qualifica unica dirigenziale, che ha consentito alle amministrazioni una gestione flessibile degli incarichi e dei percorsi di sviluppo professionale e di carriera, in virtù della “filosofia retributiva” del d.lgs. n. 29/1993, i dirigenti pubblici di nuova assunzione (derivante dai concorsi regolati dalla legge) sono stati dotati di uno stipendio di base unico, comprensivo dell’indennità integrativa speciale, unitamente ad un valore minimo di retribuzione di posizione. “A partire da questa base si aprirà per loro la prospettiva di una progressione economica, segnata, senza automatismi, e senza la necessità di superare altri concorsi, dalla rilevanza degli incarichi e delle responsabilità via via affidate, e dalla valutazione dei risultati ottenuti”. Così, G. REBORA, *Il nuovo assetto della dirigenza pubblica nei contratti di lavoro*, in F. Carinci, C. D’Orta (a cura di), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, Commentario, Milano, 1998, p. 49 e ss. Da allora, i nuovi sistemi contrattuali, hanno distinto il possesso della qualifica di dirigente dall’inserimento in una specifica posizione organizzativa, dando la possibilità agli enti di prevedere una forte articolazione delle posizioni dirigenziali cui corrispondono condizioni retributive differenziate (la cosiddetta pesatura). Teoricamente, quindi, sul trattamento di base, uguale per tutti i dirigenti avrebbe dovuto innestarsi la retribuzione di posizione, che l’ente avrebbe gestito attraverso la manovra di un fondo, destinato a finanziare la componente retributiva di risultato. Tuttavia, proprio il “processo di graduazione delle funzioni/attribuzione del salario di posizione” ha costituito uno dei punti critici della disciplina del trattamento economico dettata dai CCNL per le aree dirigenziali, in quanto

della retribuzione di posizione (la cosiddetta parte fissa), ancorandola al trattamento economico fondamentale⁵⁸. E poiché nel caso del comando, la contrattazione collettiva prescrive che il trattamento economico fondamentale sia rimborsato e calcolato secondo le regole dell'amministrazione di appartenenza, spesso la contrattazione individuale definisce trattamenti economici complessivamente inferiori rispetto a quelli spettanti ai dirigenti di ruolo dell'Amministrazione che conferisce l'incarico,

essa si è subito rivelata un istituto dal significato ambivalente, facilmente ricompresa nel cosiddetto salario accessorio, perché variabile in considerazione della posizione ricoperta, in realtà sovente ancorata ad una "posizione statica, nell'ambito dell'organizzazione della singola amministrazione". Così G. ZILIO GRANDI, *Il trattamento economico*, in F. Carinci, C. D'Orta (a cura di), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali, Commentario*, cit., p. 286 e ss., che segnala come in realtà tale voce, pur formalmente inquadrabile nel trattamento economico accessorio, abbia sostanzialmente assunto la funzione di riassumere, sostituendole "de futuro" le precedenti indennità di funzione e tutti quegli istituti collegati alla singola posizione lavorativa/organizzativa del dirigente. "Ciò è tanto più dimostrato dal fatto che la stessa risulta talora distinta in parte fissa e parte variabile": ancora G. ZILIO GRANDI, *Il trattamento economico*, cit., p. 293. Il che le fa perdere il ruolo di elemento caratterizzante il trattamento economico accessorio, attribuendole semmai quello "di componente fissa e non più legata, come vorrebbe il senso della sua stessa previsione originaria, al livello di responsabilità conseguente all'incarico di funzione dirigenziale attribuito": ID., *Il trattamento economico dei dirigenti pubblici tra legge, contrattazione e giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 549, spec. p. 559. Sul punto ha espresso un giudizio negativo rilevando il sostanziale appiattimento di tale voce retributiva anche la Corte dei conti, Sez. un., Adunanza 27 giugno 2001, capitolo V Relazione sul rendiconto finanziario dello Stato per l'esercizio finanziario 2000.

⁵⁸ G. ZILIO GRANDI, *Ancora sul principio di onnicomprensività per il trattamento economico dei dirigenti pubblici: il punto di vista della Cassazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p. 923 e ss.; M. PIZZOLI, *Sulla retribuzione di posizione dei dirigenti e sua quantificazione*, in *Ragiusan*, 2010, p. 340 e ss. Sulla struttura del trattamento economico di posizione in giurisprudenza Cass. 27 maggio 2009, n. 12335, in *Ragiusan*, 2010, p. 352, secondo cui "il valore complessivo dell'incarico è la risultante della somma del minimo contrattuale e della quota aggiuntiva variabile definita aziendalmente" e per cui "tale valore si ottiene mediante i relativi conguagli sulla parte variabile rispetto al minimo contrattuale in godimento fino al raggiungimento del valore economico complessivo". Con riferimento all'Area relativa al comparto Regioni-Autonomie locali, dove la retribuzione dei dirigenti è articolata in stipendio tabellare, indennità integrativa speciale,

perché inferiori risultano le parti fisse delle retribuzioni di posizione dei dirigenti comandati.

Tale circostanza, tuttavia, suggerisce che ciascuna amministrazione consideri la retribuzione di posizione nel suo complesso, comprensiva di parte fissa e di parte variabile, e di operare eventuali "compensazioni" tra le due quote, ove l'intero si discostasse dal valore assegnato a quella specifica funzione dirigenziale affidata al dirigente esterno. Si consideri, peraltro, che la contrattazione collettiva stabilisce che le amministrazioni individuino le retribuzioni di posizione – parte fissa e parte variabile – connesse ai diversi incarichi di struttura da affidare ai dirigenti, tramite apposite fasce di valori minimi e massimi (la cosiddetta pesatura degli uffici ai fini della retribuzione di risultato)⁵⁹. Sicché esiste un concreto margine di manovra a disposizione delle amministrazioni che volessero compensare il minore importo della parte fissa della retribuzione di posizione del dirigente in comando, incrementando la parte variabile, in modo da allineare tutte le retribuzioni di posizione, complessivamente intese, per ogni incarico equivalente, senza necessariamente superare il predetto limite massimo.

Ragionando diversamente, il trattamento economico di posizione non potrebbe assolvere allo specifico ruolo previsto dalla legge, qualora fosse rigidamente parametrato, sia pure solo per la parte fissa, ad una

retribuzione individuale di anzianità, retribuzione di posizione e retribuzione di merito, senza precisazione di quali voci vadano a comporre il trattamento fondamentale e quali quello accessorio, che la retribuzione di posizione "rifletta il livello di responsabilità attribuito con l'incarico di funzione e che debba esprimere lo specifico valore economico di una determinata posizione dirigenziale, al di fuori di ogni automatismo è sostenuto da Cass. 15 maggio 2007, n. 11804, cit. Mentre che la retribuzione di posizione non possa che avere natura di trattamento economico accessorio, in collegata immediatamente con la posizione concretamente ricoperta dal dirigente che per effetto dell'abolizione delle carriere ante d.lgs. n. 29/1993 è integrata dal tipo di incarico ricoperto è affermato, nella giurisprudenza di merito da TAR Campobasso Molise, 15 gennaio 2007, n. 10, inedita a quanto consta.

⁵⁹ A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Dirigenza Area I*, cit., p. 220 e ss.

articolazione della struttura organizzativa dove il dirigente non riveste alcun incarico.

Considerazioni analoghe investono la retribuzione di risultato. Considerato che molti contratti collettivi d'area calcolano tale quota del trattamento economico come percentuale della retribuzione di posizione, se non si uniformasse il trattamento economico di posizione del dirigente in comando o in assegnazione temporanea a quello degli altri dirigenti di ruolo si otterrebbe un'ulteriore anomalia, in quanto, all'esito della valutazione, a parità di risultati, si avrebbero retribuzioni di risultato differenti, difficilmente conciliabili con i principi attuati dal d.lgs. n. 150/2009.

Infatti, considerato il perno della "riforma Brunetta", il principio secondo cui non possa essere erogata alcuna componente accessoria della retribuzione, in assenza di una preventiva procedura di valutazione della prestazione individuale e, segnatamente, di quella dirigenziale compare in diverse disposizioni del d.lgs. n. 150/2009⁶⁰.

La *ratio* di tale principio è a tutti nota e va riferita all'illegittimità di alcune prassi, spesso autorizzate da disposizioni contrattuali, in sede integrativa, che legittimavano l'anticipazione o la complessiva erogazione della retribuzione di risultato, senza la preventiva verifica dell'effettivo raggiungimento degli

⁶⁰ Segnatamente nell'art. 18 e nell'art. 45 che introduce il comma 1-*quater* dell'art. 24 del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui è fatto divieto, in generale, di corrispondere al dirigente responsabile la parte della retribuzione collegata al raggiungimento dei risultati della prestazione, qualora l'amministrazione di appartenenza non abbia predisposto il sistema di valutazione. Su questa disposizione v. le osservazioni critiche di A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, cit., 2717. Sull'effettiva portata innovativa del d.lgs. n. 150/2009 rispetto a quanto già non fosse stato prescritto dal d.lgs. n. 165/2001, e dal sistema delle privatizzazioni dell'impiego pubblico in generale, con riferimento ai sistemi di valutazione del personale, da ultimo, A. GABRIELE, *Merito e premi*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato*, cit., p. 1256 ss., nonché S. BATTINI, B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit. p. 278.

obbiettivi da parte del personale e, segnatamente, di quello dirigenziale⁶¹. Pur trattandosi, probabilmente, di uno degli aspetti condivisibili della riforma, la critica più ricorrente ha riguardato, anche se con riferimento ai meccanismi di valutazione del personale in generale, una significativa invasione della fonte legale su un ambito che oggi risulta sottratto alla libera iniziativa ed alla discrezionalità tecnica del dirigente o dei nuovi organismi di valutazione. Il rischio, da più parti paventato, è che invece di incentivare il merito sia stato introdotto un meccanismo tale da ridurre la valutazione ad un'operazione meccanica: nella sua versione originaria, infatti, la riforma imponeva un'applicazione draconiana del principio di selettività nell'attribuzione del trattamento economico, attraverso la mera collocazione del personale, ivi compreso quello dirigenziale, in fasce precostituite (le cosiddette fasce di merito) e, peraltro, secondo percentuali prefissate, ancorché parzialmente modificabili dalla contrattazione collettiva, in virtù di quanto disposto dall'art. 19 del d.lgs. n. 150/2009⁶². Sicché, anche se le

⁶¹ Sul punto si rinvia a A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Dirigenza Area I*, cit., p. 223, con riferimento a meccanismi di erogazione del trattamento accessorio, "a pioggia" o a "a rotazione", in misura percentuale stabilita in sede di concertazione con le organizzazioni sindacali o, in alcuni casi, sulla base di una sorta di autocertificazione del raggiungimento degli obiettivi assegnati. Sul punto v. anche Corte dei Conti, Sez. centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Deliberazione n. 15/2003/G, "Esiti dell'indagine sulla ristrutturazione e funzionamento dei servizi di controllo interno nell'ambito delle amministrazioni dello Stato nel corso del 2002".

⁶² Secondo tale disposizione, infatti, in ogni amministrazione l'Organismo indipendente di valutazione delle *performance* compila una graduatoria delle valutazioni individuali dei dirigenti, distinta per il livello generale e per il livello non generale, raggruppandoli in tre differenti fasce che corrispondono a tre diversi livelli di *performance*, secondo percentuali del 25% nella fascia di merito alta, del 50% nella fascia di merito intermedia, 25% nella fascia di merito bassa. La contrattazione può prevedere deroghe del 5% alla percentuale della fascia di merito alta, e delle altre due fasce, nonché alla distribuzione tra le varie fasce delle risorse destinate ai trattamenti accessori connessi alla *performance* individuale. Infatti, se alla fascia bassa non deve corrispondere l'attribuzione di alcun trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale, per le altre due fasce è prevista l'erogazione di una retribuzione di risultato effettivamente

intenzioni erano ragionevoli, lo strumento adottato potrebbe rivelarsi inidoneo al raggiungimento dello scopo⁶³.

La questione, però, ha perso in parte attualità, atteso che l'intero sistema delle fasce di merito è stato sostanzialmente paralizzato, prima, con la cosiddetta manovra Tremonti (d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010), il cui art. 9, comma 1, ha escluso che il singolo dipendente pubblico possa percepire per gli anni da 2011 a 2013, un trattamento economico complessivo (compreso il trattamento accessorio) superiore al trattamento ordinariamente spettante per il 2010. Sullo stesso punto è successivamente intervenuto il d.lgs. n. 141/2011 che all'art. 6, comma 1, ha previsto che "la differenziazione retributiva in fasce prevista dagli articoli 19, commi 2 e 3, e 31, comma 2, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, si applica a partire dalla tornata di contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009"⁶⁴. Rimane comunque aperta la questione collegata alla possibile utilizzazione delle fasce di merito in considerazione di quanto prescritto da tutta una serie di disposizioni che, regolamentando alcuni aspetti della contrattazione integrativa, potrebbero essere lette a favore di una possibile, anche in via parziale, rivitalizzazione di tale sistema.

variabile in funzione del merito.

⁶³ A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 24. L'insuccesso del sistema delle fasce di merito avrebbe portato l'attuale Governo Monti a rielaborare un nuovo sistema di distribuzione di premi ed incentivi di produttività che sarà al centro della fase 2 della "Spending Review" d'autunno, come anticipato in diversi articoli di stampa giornalistica, a partire dal Sole 24 Ore del 21 agosto 2012.

⁶⁴ La disposizione sostanzialmente recepisce il contenuto dell'Accordo tra Governo e parti sociali (ad eccezione della CGIL) "Intesa per la regolazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro nel pubblico impiego, del 4 febbraio 2011, sulla cui legittimità A. BELLAVISTA, *Il decreto correttivo della riforma Brunetta e il "cantiere aperto" del lavoro pubblico*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 1185 ss.

A prescindere dalla soluzione che verrà prospettata da ogni singola amministrazione, resta da analizzare gli effetti distorsivi che possono riguardare il trattamento economico del personale con qualifica dirigenziale in posizione di comando presso diversa amministrazione.

Quanto all'art. 3, comma 63, della l. n. 537/1993, che vieta ai dipendenti in posizione di comando, di fuori ruolo o in altre analoghe posizioni, di cumulare indennità compensi o emolumenti comunque denominati anche se pensionabili corrisposti dall'amministrazione di appartenenza con altri analoghi trattamenti economici accessori, previsti da specifiche disposizioni di legge a favore del personale dell'amministrazione presso la quale i predetti pubblici dipendenti prestano servizio⁶⁵, va ricordata la posizione espressa dal Consiglio di Stato - Commissione speciale per il pubblico impiego. Nel parere del 9 aprile 2001, n. 4859, il Consiglio di Stato ha precisato come il divieto di cumulo di cui alla l. n. 537/1993 trovi la sua *ratio* anche nella circostanza per cui i trattamenti economici accessori, comunque denominati, sono ancorati all'effettivo svolgimento di determinate mansioni, e spettano fintanto che vengano espletate le mansioni per cui il trattamento economico viene corrisposto. Il personale in assegnazione temporanea, infatti, non svolge contemporaneamente le mansioni dell'una e dell'altra amministrazione, ma solo quelle dell'amministrazione di destinazione: tale personale, pertanto, non può cumulare entrambi i trattamenti, ma deve ricevere quello legato allo svolgimento dell'attività lavorativa concretamente svolta, e cioè quello dell'amministrazione di destinazione, "*oppure optare per quello a lui più favorevole*" (il diritto di opzione è espressamente previsto per i magistrati in posizione di comando fuori ruolo e simili, *ex art. 3, comma 62, l. n. 537/1993*).

Questo orientamento, tra l'altro, si fonda anche sulla necessità di incoraggiare istituti di mobilità in senso lato, che giovano alle esigenze organizzative delle amministrazioni, anche attraverso un'incentivazione di carattere economico del dipendente. Esso, peraltro,

⁶⁵ TAR Roma Lazio, sez. II, 16 ottobre 2006, n. 10399.

risponde perfettamente al principio della conformazione del trattamento economico del personale comandato con quello del personale dipendente dell'amministrazione utilizzatrice. Si tratta di un principio intimamente connesso all'art. 45, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, che impone alle amministrazioni pubbliche il dovere di assicurare parità di trattamento contrattuale a tutti i dipendenti. Tra questi non può che ricomprendersi anche il personale comandato o in assegnazione temporanea, di cui per tutto il periodo di tale assegnazione le amministrazioni di destinazione usufruiscono.

Una diversa opzione, d'altronde, produrrebbe una disparità di trattamento tra dipendenti adibiti alle medesime mansioni, come precisato anche dalla giurisprudenza amministrativa, che non ha considerato preclusiva nemmeno la mancata previsione di una specifica indennità nel contratto collettivo del comparto di provenienza⁶⁶. Essa determinerebbe, altresì, un ingiustificato vantaggio per l'amministrazione che usufruisce del comando qualora questo "costasse" meno rispetto al ricorso ad un dirigente recuperato al suo interno; nonché un indebito pregiudizio economico per il dirigente distaccato che, a seguito del comando, ricevesse un incarico retribuito in misura inferiore rispetto a quello che avrebbe potuto ricevere dall'amministrazione di appartenenza. E smentirebbe l'orientamento assolutamente in giurisprudenza, secondo cui l'art. 24, d.lgs. n. 165/2001 –nel disciplinare il trattamento economico del personale appartenente alle qualifiche dirigenziali – dispone che la componente accessoria della retribuzione (di posizione e di risultato) sia strettamente correlata alle funzioni attribuite, alle connesse responsabilità ed ai risultati conseguiti: per cui "il trattamento riservato al dirigente è strutturalmente connesso all'essere incardinato nella posizione dell'ufficio ed alle funzioni attribuite con l'incarico, dal quale derivano precisi effetti con riguardo, in particolare al sorgere delle responsabilità, soprattutto di carattere dirigenziale"⁶⁷.

⁶⁶ TAR Roma Lazio, sez. II, 16 ottobre 2006, n. 10399.

⁶⁷ TAR Trieste Friuli Venezia Giulia, sez. I, 15 settembre 2011.

Al momento, la questione, limitatamente ad incarichi dirigenziali dell'Area medico-veterinaria e dell'Area sanitaria, professionale, tecnica, amministrativa, è stata sottoposta all'attenzione dell'ARAN, che con parere del 5 ottobre 2011 ha precisato che "la retribuzione di posizione è una componente del trattamento economico dei dirigenti che – in relazione alla graduazione delle funzioni – è collegata all'incarico agli stessi conferito"; che "ai fini di una corretta determinazione della retribuzione di posizione", va ricordato che "essa è composta di due parti, una fissa e l'altra variabile"; che "la componente fissa", di norma, "non è modificabile a livello aziendale"; tuttavia, "la componente variabile aziendale è suscettibile di incremento da parte delle singole aziende sulla base della graduazione delle funzioni e degli incarichi conferiti in relazione alle risorse disponibili nell'apposito fondo. Conseguentemente, la retribuzione di posizione dei dirigenti segue il principio che, a parità di graduazione delle funzioni e di incarico, deve essere di uguale importo complessivo nell'ambito della medesima azienda. *Pertanto, ai fini della retribuzione di un incarico della medesima complessità e del medesimo valore economico, non rileva la diversa posizione giuridica di provenienza dei dirigenti interessati*"⁶⁸.

La questione, probabilmente, andrebbe risolta in sede legislativa, o preferibilmente contrattuale, dove da tempo si auspica una regolamentazione omogenea del fenomeno, che introduca, al pari di altri istituti che hanno ormai assunto assetti più definiti, parametri certi che restituiscano al dirigente pubblico in comando una disciplina del rapporto di lavoro parificata a quella degli altri dirigenti in servizio presso l'Amministrazione di destinazione.

⁶⁸ AIII153_Orientamenti Applicativi, in www.Aranagenzia.it. Il corsivo è nostro.