

STUDIO LEGALE AVV. MATTEO TOLA & Partners

Patrocinio avanti le Superiori Magistrature

Civile- Penale- Amministrativo

Via TIRSO n. 32 - 09170 ORISTANO - Tel/ Fax 0783.303390 – 328 8921284

studiolegaletola@gmail.com – avvmatteotola@puntopec.it

Oristano, li 14/05/20

Diritto dell'indennità di rapporto esclusivo per il conferimento, mediante l'istituto del comando da altre Pubbliche amministrazioni, delle funzioni di Direttore del Servizio Sanità pubblica veterinaria e sicurezza alimentare della Direzione Generale della Sanità dell'Assessorato dell'igiene e Sanità e dell'Assistenza Sociale, Regione Autonoma della Sardegna - Direzione generale dell'organizzazione e del personale.

In particolare per affrontare adeguatamente la questione concreta, occorrerà preliminarmente partire dall'art. **56 t.u. n. 3/1957** (Comando presso altra amministrazione) che recita testualmente: *"L'impiegato può essere comandato a prestare servizio presso altra amministrazione statale o presso enti pubblici, esclusi quelli sottoposti alla vigilanza dell'amministrazione cui l'impiegato stesso appartiene. Il comando è disposto, per tempo determinato e in via eccezionale, per riconosciute esigenze di servizio o quando sia richiesta una speciale competenza. Al comando si provvede con decreto dei ministri competenti di concerto con il ministro per il Tesoro, sentiti l'impiegato ed il Consiglio di amministrazione. Per l'impiegato con qualifica non inferiore a direttore generale, si provvede con decreto del presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio dei ministri, su proposta dei ministri competenti di concerto con quello per il Tesoro. È vietata l'assegnazione anche temporanea di impiegati ad uffici diversi da quelli per i quali sono istituiti i ruoli cui essi appartengono."*

In sintesi, l'istituto del comando prevede che il dipendente possa essere comandato a prestare servizio presso un'altra amministrazione statale o presso enti pubblici, per un tempo determinato e in via eccezionale, per riconosciute esigenze di servizio o quando sia richiesta una speciale competenza. Ne consegue, perciò, che il dipendente pubblico, titolare di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso una pubblica amministrazione, viene temporaneamente assegnato a prestare servizio presso un'altra pubblica amministrazione, con la transitoria sospensione di talune obbligazioni di servizio in atto nei confronti dell'amministrazione di appartenenza.

Tale istituto è anche disciplinato dall'articolo 30 del D. Lgs. 165/2001, il quale prevede che le pubbliche amministrazioni possono utilizzare personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a tre anni, qualora sussistano motivate esigenze organizzative.

In relazione alla durata dell'istituto del comando, per inciso, il nuovo CCNL del comparto "Funzioni centrali", per il triennio 2016-2018, sottoscritto il 12 febbraio 2018, all'art. 51, ripropone la disciplina il termine annuale ("l'assegnazione temporanea cessa al termine previsto e non può superare la durata di 12 mesi, rinnovabili").

Non si rinviene, invece, analoga disposizione nell'ipotesi di accordo sul CCNL del comparto "Funzioni locali", per il medesimo triennio 2016-2018.

Pertanto, per gli enti territoriali (fra cui, in primo luogo, **regioni** ed enti locali), la possibilità di utilizzare temporaneamente un dipendente in organico presso altra pubblica amministrazione trova fonte normativa nel solo art. 30, comma 2-sexies, del d.lgs. n. 165 del 2001.

Il limite temporale contenuto in quest'ultima disposizione appare coerente con i due caratteri propri dell'istituto del "comando", quello della temporaneità e quello della strumentalità (o propedeuticità) al passaggio definitivo presso altra pubblica amministrazione (mediante cessione del contratto ex art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001). (Corte dei Conti Sezione regionale di controllo per la Liguria - Deliberazione n. 61/2018/PAR).

STUDIO LEGALE AVV. MATTEO TOLA & Partners

Patrocinio avanti le Superiori Magistrature

Civile- Penale- Amministrativo

Via TIRSO n. 32 - 09170 ORISTANO - Tel/ Fax 0783.303390 – 328 8921284

studiolegaletola@gmail.com – avvmatteotola@puntopec.it

Oristano, li 14/05/20

Nel caso concreto il Dott. Montisci, quale dipendente dell'ATS della ex Azienda Sanitaria Locale n. 5 di Oristano (Asl n. 5), se dovesse accettare l'incarico di cui all'oggetto, non andrebbe ad intaccare il rapporto di impiego instaurato ma al contempo implicherebbe una rilevante modificazione in senso oggettivo, in quanto verrebbe destinato a prestare servizio, in via ordinaria e abituale, presso un'amministrazione diversa da quella di appartenenza, in questo caso la Regione Autonoma della Sardegna.

Pertanto, rimarrebbe immutato il c.d. rapporto organico (che continua ad intercorrere tra il dipendente e l'ente di appartenenza o di titolarità – dell'ATS della ex Azienda Sanitaria Locale n. 5 di Oristano (Asl n. 5)), si modificherebbe il c.d. rapporto di servizio, in quanto il dipendente verrebbe inserito, sia sotto il profilo organizzativo - funzionale, sia sotto quello gerarchico e disciplinare, nella nuova amministrazione di destinazione, a favore della quale egli presterebbe esclusivamente la sua opera. (Cass. 8.9.2005 n. 17842).

Infatti, la caratteristica propria della posizione di comando è essenzialmente la temporaneità della destinazione e, dunque, la sua reversibilità, ciò implica che alla posizione di comando del dipendente presso una nuova amministrazione non si accompagna la corrispondente soppressione del posto in organico presso l'amministrazione di provenienza.

Anche il **Consiglio di Stato sez. IV, 27 aprile 1995, n. 271** ha affermato che il comando comporta lo spostamento del pubblico dipendente per un periodo non breve in un'altra località e presso altra amministrazione che ne diventa la ordinaria sede di lavoro.

La disposizione del dipendente in stato di comando persegue un interesse non esclusivo, ma prevalente dell'amministrazione utilizzatrice, la quale è tenuta a sostenere il relativo onere economico.

La retribuzione di posizione e di risultato non potrà più essere corrisposta dall'amministrazione di provenienza (pertanto si perde a partire dal primo giorno di comando), ma secondo le regole ed i limiti del contratto decentrato l'ente di destinazione potrà attribuire la citata posizione organizzativa nei limiti delle disponibilità finanziarie e delle regole decentrate integrative".

In tale contesto assume rilevanza la corretta applicazione degli istituti economici accessori connessi alle prestazioni e al ruolo rivestito dal dipendente, nell'ambito dei sistemi di finanziamento da impiegare per corrispondere il salario accessorio al dipendente oggetto di comando; infatti, la regolazione del sistema di finanziamento è di agevole individuazione nell'ipotesi in cui il trattamento economico accessorio venga erogato direttamente dall'amministrazione utilizzatrice del dipendente comandato: in questo caso vengono attinte risorse direttamente dall'amministrazione che impiega la prestazione. Conseguentemente l'ente di appartenenza organica dovrà procedere ad una riduzione delle risorse economiche allocate sul fondo della contrattazione decentrata, in ragione del minor numero di soggetti partecipanti. Se, invece, l'amministrazione utilizzatrice procede a un rimborso delle spese sostenute dall'ente di appartenenza organica, si configura una diversa modalità di regolazione del sistema di finanziamento; in questo caso, infatti, l'amministrazione di appartenenza organica finanzia il trattamento accessorio imputandolo al proprio fondo della contrattazione decentrata, trattandosi di personale organicamente inserito nella stessa, mentre l'amministrazione utilizzatrice dovrà alimentare tale assegnazione economica imputandola al fondo di finanziamento del trattamento accessorio del proprio personale dipendente, evitando così di finanziare il salario accessorio con risorse di bilancio. In conclusione, per evitare ogni impiego distorto delle dinamiche gestionali del finanziamento del salario accessorio del personale comandato è opportuno sfruttare la facoltà di erogazione diretta, tramite l'elaborazione della busta paga, del trattamento economico applicato al personale comandato, compreso quello di carattere accessorio, a carico dell'amministrazione utilizzatrice.

Sintetizzando emerge quanto segue:

STUDIO LEGALE AVV. MATTEO TOLA & Partners

Patrocinio avanti le Superiori Magistrature

Civile- Penale- Amministrativo

Via TIRSO n. 32 - 09170 ORISTANO - Tel/ Fax 0783.303390 – 328 8921284

studiolegaletola@gmail.com – avvmatteotola@puntopec.it

Oristano, li 14/05/20

a) secondo le regole generali, il personale in comando, e per tutta la durata dello stesso, diventa dipendente, in senso funzionale e a tutti gli effetti dell'ente nel quale presta effettivamente servizio; **b)** nella vigente disciplina contrattuale relativa al comparto Regioni-Autonomie Locali, non esiste, attualmente, una autonoma e specifica regolamentazione dell'istituto del comando; **c)** per la regolamentazione del trattamento economico occorre fare riferimento alla vigente legislazione. Infatti, l'art. 70, comma 12, del D.Lgs.n.165/2001 dispone che l'ente che utilizza il datore di lavoro deve rimborsare all'amministrazione di appartenenza del lavoratore gli oneri relativi al trattamento fondamentale. Ciò vuol dire che l'ente utilizzatore, comunque, deve garantire al dipendente il trattamento fondamentale in godimento presso il suo effettivo datore di lavoro, come determinato in base al CCNL a lui direttamente applicabile; **d)** analoga garanzia dovrebbe essere prevista anche per il trattamento accessorio; **e)** questo, secondo una regola generale ormai consolidata nella prassi applicativa, viene corrisposto al dipendente dall'ente presso il quale lo stesso rende la sua prestazione. In proposito, l'ente utilizzatore applicherà, al fine di evitare situazioni di disparità di trattamento tra lavoratori addetti ai medesimi compiti, la disciplina del trattamento accessorio valevole per tutti gli altri lavoratori in servizio presso lo stesso; **f)** conseguentemente, gli oneri per il trattamento economico fondamentale del personale comandato sono anch'essi a carico dell'ente utilizzatore (art. 70 del D. lgs.n.165/2001e dichiarazione congiunta n. 13 del CCNL 22.1.2004); **g)** gli oneri relativi saranno sostenuti mediante l'utilizzazione delle risorse decentrate (stabili o variabili), non essendo consentita alcuna ipotesi di accollo degli stessi oneri a carico del bilancio dell'ente.

Chiarito il ruolo di comando, la problematica verte sul diniego, a mio parere palesemente illegittimo, espresso dalla Regione Sardegna, del diritto all'indennità di rapporto esclusivo nei confronti del Dott. Montisci.

Ai fini di un'ordinata esposizione delle fonti rilevanti del presente parere, occorre premettere che la c.d. **indennità di esclusività** trova disciplina nell'art. 15 quater d.lgs. 502/92 (come successivamente modificato ed integrato dal d.lgs. 229/99, dal d.lgs. 49/00 e dal d.lgs. 254/00, nonché dal d.l. 81/04).

Essa viene riconosciuta, a date condizioni, ai medici dipendenti di strutture pubbliche ed in regime di esclusività, che - non potendo rendere a terzi le loro prestazioni professionali - hanno diritto ad un trattamento economico aggiuntivo.

Essa viene riconosciuta, a date condizioni, ai medici dipendenti di strutture pubbliche ed in regime di esclusività, che - non potendo rendere a terzi le loro prestazioni professionali - hanno diritto ad un trattamento economico aggiuntivo.

La disposizione citata, rubricata "**Esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti del ruolo sanitario**", così dispone: "*1. I dirigenti sanitari, con rapporto di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato, con i quali sia stato stipulato il contratto di lavoro o un nuovo contratto di lavoro in data successiva al 31 dicembre 1998, nonché quelli che, alla data di entrata in vigore del presente decreto, che modifica il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, abbiano optato per l'esercizio dell'attività libero professionale intramuraria, sono assoggettati al rapporto di lavoro esclusivo. (...) 4. I soggetti di cui ai commi 1, 2 e 3 possono optare, su richiesta da presentare entro il 30 novembre di ciascun anno, per il rapporto di lavoro non esclusivo, con effetto dall'1 gennaio dell'anno successivo. Le regioni hanno la facoltà di stabilire una cadenza temporale più breve. Il rapporto di lavoro esclusivo può essere ripristinato secondo le modalità di cui al comma 2. Coloro che mantengono una esclusività del rapporto non perdono i benefici economici di cui al comma 5, trattandosi di indennità di esclusività e non di indennità di irreversibilità. La non esclusività del rapporto di lavoro non preclude la direzione di strutture semplici e complesse. 5. I contratti collettivi di lavoro stabiliscono il trattamento economico aggiuntivo da*

STUDIO LEGALE AVV. MATTEO TOLA & Partners

Patrocinio avanti le Superiori Magistrature

Civile- Penale- Amministrativo

Via TIRSO n. 32 - 09170 ORISTANO - Tel/ Fax 0783.303390 – 328 8921284

studiolegaletola@gmail.com – avvmatteotola@puntopec.it

Oristano, li 14/05/20

attribuire ai dirigenti sanitari con rapporto di lavoro esclusivo ai sensi dell'articolo 1, comma 12, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, nei limiti delle risorse destinate alla contrattazione collettiva".

La giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., Sez. lav., 17/11/2017, n. 27342) ha, in proposito, affermato che l'indennità in esame "costituisce voce stipendiale aggiuntiva che rientra nel trattamento fondamentale e va riconosciuta in presenza della opzione di esclusività"

Il suddetto trattamento economico è disciplinato nel dettaglio dall'art. 5 C.C.N.L. 8.6.2000 (II biennio economico), che fra l'altro individua quattro categorie di beneficiari, stabilendo l'entità dell'emolumento per ciascuna di tali categorie, che sono costituite da: dirigenti di struttura complessa; dirigenti con incarico previsto dall'art. 27 lett. b) o c) del C.C.N.L. 8.6.2000 ed esperienza professionale nel SSN superiore a quindici anni; dirigenti con incarico previsto dall'art. 27 lett. b) o c) del C.C.N.L. 8.6.2000 ed esperienza professionale nel SSN fra cinque e quindici anni; dirigenti con esperienza professionale nel SSN sino a cinque anni.

Per inciso, l'elencazione degli incarichi contenuta nell'art. 27 C.C.N.L. dell'8.6.2000 è la seguente: "a) incarico di direzione di struttura complessa. Tra essi sono ricompresi l'incarico di direttore di dipartimento, di distretto sanitario o di presidio ospedaliero di cui al d.lgs. 502/1992; b) incarico di direzione di struttura semplice; c) incarichi di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, di studio, e ricerca, ispettivi, di verifica e di controllo. d) incarichi di natura professionale conferibili ai dirigenti con meno di cinque anni di attività". Anche l'art. 5 della parte economica annessa al CCNL 98/2001 area sanità comparto pubblico dirigenza non medica (norma identica, a parte gli importi a quella concernente la dirigenza medica), a sua volta, così dispone: "1. In applicazione di quanto previsto dalla norma di rinvio contenuta nell'art. 42, CCNL 8.6.00, con la presente clausola viene disciplinata, a decorrere dall'1.1.00, l'indennità per l'esclusività del rapporto dei dirigenti del ruolo sanitario.

L'indennità di esclusività, fissa e ricorrente, è corrisposta per 13 mensilità.

Essa costituisce un elemento distinto della retribuzione che non viene calcolato al fine della determinazione del monte salari cui fanno riferimento gli incrementi contrattuali". (Tribunale di Bari – sez. Lavoro - sentenza n. 3600/2018)

Per completezza si richiama inoltre la disposizione ARAL RAL_1553_ e EPNE 183 Orientamenti Applicativi che precisano:

- a) secondo le regole generali, il personale in comando, e per tutta la durata dello stesso, diventa dipendente, in senso funzionale e a tutti gli effetti dell'ente nel quale presta effettivamente servizio;
- b) nella vigente disciplina contrattuale relativa al comparto Regioni-Autonomie Locali, non esiste, attualmente, una autonoma e specifica regolamentazione dell'istituto del comando;
- c) per la regolamentazione del trattamento economico occorre fare riferimento alla vigente legislazione. Infatti, l'art. 70, comma 12, del D.Lgs.n.165/2001 dispone che l'ente che utilizza il datore di lavoro deve rimborsare all'amministrazione di appartenenza del lavoratore gli oneri relativi al trattamento fondamentale. Ciò vuol dire che l'ente utilizzatore, comunque, deve garantire al dipendente il trattamento fondamentale in godimento presso il suo effettivo datore di lavoro, come determinato in base al CCNL a lui direttamente applicabile;
- d) analoga garanzia non è prevista anche per il trattamento accessorio;
- e) questo, secondo una regola generale ormai consolidata nella prassi applicativa, viene corrisposto al dipendente dall'ente presso il quale lo stesso rende la sua prestazione. In proposito, l'ente utilizzatore applicherà, al fine di evitare situazioni di disparità di trattamento tra lavoratori addetti ai medesimi compiti, la disciplina del trattamento accessorio valevole per tutti gli altri lavoratori in servizio presso lo stesso
- f) nella vigente disciplina contrattuale relativa al comparto Enti pubblici non economici, non esiste, attualmente, una autonoma e specifica regolamentazione dell'istituto del comando;

STUDIO LEGALE AVV. MATTEO TOLA & Partners

Patrocinio avanti le Superiori Magistrature

Civile- Penale- Amministrativo

Via TIRSO n. 32 - 09170 ORISTANO - Tel/ Fax 0783.303390 – 328 8921284

studiolegaletola@gmail.com – avvmatteotola@puntopec.it

Oristano, li 14/05/20

g) pertanto, in materia, occorre fare riferimento esclusivamente alle previsioni legislative che attualmente disciplinano la materia. In proposito si richiama l'art. 70, comma 12, del D.Lgs.n.165/2001 che si limita a disporre che l'ente che utilizza **il lavoratore deve rimborsare all'amministrazione di appartenenza dello stesso gli oneri relativi al trattamento fondamentale**. In base a tale previsione, l'ente utilizzatore comunque deve garantire al dipendente il trattamento fondamentale in godimento presso il suo effettivo datore di lavoro, come determinato in base al CCNL a lui direttamente applicabile; L' art. 70, comma 12, del D.Lgs.n.165/2001 70, dispone che: " In tutti i casi, anche se previsti da normative speciali, nei quali enti pubblici territoriali, enti pubblici non economici o altre amministrazioni pubbliche, dotate di autonomia finanziaria sono tenute ad autorizzare la utilizzazione da parte di altre pubbliche amministrazioni di proprio personale, in posizione di comando, di fuori ruolo, o in altra analoga posizione, l'amministrazione che utilizza il personale rimborsa all'amministrazione di appartenenza l'onere relativo al trattamento fondamentale". Alla luce di questa disposizione è utile evidenziare le voci fondamentali stipendiali in base al Contratto collettivo nazionale di lavoro dell'area sanità - Triennio 2016-2018 che all' Art. 83 stabilisce:

Struttura della retribuzione

1. La struttura della retribuzione dei dirigenti si compone delle seguenti voci:

a) trattamento fondamentale:

stipendio tabellare per la qualifica dirigenziale comprensivo dell'indennità integrativa speciale conglobata ai sensi dell'art. 34 del C.C.N.L. del 3 novembre 2005 (Indennità integrativa speciale);
retribuzione individuale di anzianità, ove acquisita
indennità di specificità medico-veterinaria;
retribuzione di posizione d'incarico parte fissa;
assegni personali, ove spettanti, ai sensi delle vigenti norme contrattuali;
indennità di esclusività per i dirigenti con rapporto di lavoro esclusivo ove spettante.

Dallo studio effettuato in materia è emerso che tale indennità spetta sicuramente al Dott. Montisci, in quanto essa è espressamente prevista sia dai CCNL del settore sia dal D.lgs. 502 del 30 dicembre 1992 e successive integrazioni e modificazioni (testo aggiornato in seguito all'entrata in vigore della Legge 8.11.2012 n. 189, "Riordino della disciplina in materia Sanitaria", in particolare l'art. 15 quater).

Il comando, pertanto, se sicuramente comporta l'applicabilità al dipendente, oltre alla retribuzione fondamentale anche degli istituti propri del trattamento accessorio - secondo le tipologie, gli importi e le modalità- previsti dalla contrattazione integrativa dell'ente ricevente, non implica anche l'inapplicabilità allo stesso delle regole contrattuali che disciplinano gli aspetti fondamentali del suo rapporto di lavoro e la modifica dei contenuti del suo contratto individuale.

Infatti, il lavoratore comandato resta sempre dipendente dell'ente cedente sulla base del contratto individuale a suo tempo stipulato, anche se in virtù del comando il rapporto di lavoro si svolge presso l'ente utilizzatore.

In sostanza, il rapporto di lavoro originario prosegue presso un nuovo datore di lavoro;

Il riconoscimento dell'indennità di esclusività, quale elemento accessorio pertanto, prescinde dalla stabilità o meno del rapporto di lavoro instaurato sia esso a tempo determinato e/o indeterminato, infatti tale indennità è correlata all'esperienza professionale acquisita.

Stante quanto sopra riportato, corredato dalla normativa citata sopra, per quanto attiene nello specifico il caso del Dott. Montisci, lo stesso ha diritto senza timore di smentita alcuna all'indennità di rapporto in esclusiva.

STUDIO LEGALE AVV. MATTEO TOLA & Partners

Patrocinio avanti le Superiori Magistrature

Civile- Penale- Amministrativo

Via TIRSO n. 32 - 09170 ORISTANO - Tel/ Fax 0783.303390 – 328 8921284

studiolegaletola@gmail.com – avvmatteotola@puntopec.it

Oristano, li 14/05/20

È stato chiarito che, il periodo di servizio svolto in posizione di comando è equiparato a quello svolto nella propria amministrazione e, pertanto, va compreso nel computo dell'esperienza professionale ancorché non svolto specificatamente nell'Azienda.

Avv. Matteo Tola