



Coordinamento Nazionale FLP Giustizia



Ministeri e
Polizia Penitenziaria

Reperibilità 3928836510 - 3206889937

Coordinamento Nazionale: c/o Ministero della Giustizia Via Arenula, 70 - 00186 ROMA tel. 06/64760274 - telefax 06/68853024
sito internet: www.flpgiustizia.it e-mail: flpgiustizia@flp.it - flpmingiustizia@libero.it

Informativa n. 189

Roma, 20 settembre 2011

LA FLP AVEVA VISTO GIUSTO. PRIMO STOP ALLA LEGGE BRUNETTA.



**SOLLEVATA QUESTIONE DI LEGITTIMITA' DELLA NORMA RELATIVA
ALLA DECURTAZIONE DELLO STIPENDIO PER I PRIMI 10 GIORNI DI
MALATTIA PER I DIPENDENTI PUBBLICI.**





La FLP fin dal parto del decreto legge 112/2008 convertito con legge 133/2008 (legge Brunetta) ha sempre dichiarato e combattuto nella forma e nel merito il principio che si interveniva nei contratti collettivi con norme di legge.

Abbiamo sempre sostenuto l'illegittimità della norma (vedasi informative.....) e durante le contrattazioni al Ministero della Giustizia.

Oggi arriva un primo segnale che va nella direzione da quanto da noi sostenuto da tempo in ordine alla violazione posta in essere dalla norma relativa alla decurtazione dello stipendio per i primi dieci giorni di malattia dei dipendenti pubblici.

La norma è stata recentemente cassata dal giudice del lavoro di Livorno, Jacqueline Monica Magi, su richiesta di circa 50 lavoratori pubblici della Toscana, che ha sollevato con ordinanza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 71 della legge 133/08, in violazione degli articoli 3, 32, 36 e 38 della legge costituzionale. Per maggior approfondimento si allega:

- 1. nota della Federazione in materia;**
- 2. ricorso presentato al Tar Lazio nell'ottobre del 2008;**
- 3. articolo giornalistico.**

Come sempre vi terremo informati.

Vieni in FLP con te saremo più forti!!!

**Coordinamento Nazionale FLP Giustizia
(Piero Piazza – Raimondo Castellana)**





Federazione Lavoratori Pubblici e Funzioni Pubbliche



00187 ROMA – Via Piave 61
tel. 06/42000358 – 06/42010899
fax. 06/42010628

sito internet: www.flp.it Email: flp@flp.it

Segreteria Generale

Prot. n. 1460/FLP11

Roma, 19 settembre 2011

NOTIZIARIO N° 58

Ai Coordinamenti Nazionali FLP
Alle OO.SS. federate alla FLP
Alle Strutture periferiche FLP
Ai Responsabili FLP
Ai Componenti delle RSU
LORO SEDI

LEGGE BRUNETTA INCOSTITUZIONALE? LA FLP AVEVA VISTO GIUSTO E PRESENTATO RICORSO AL TAR 3 ANNI FA. ORA ANCHE I GIUDICI DEL LAVORO INIZIANO A DARE RAGIONE ALLE NOSTRE TESI.

Abbiamo dato mandato ai nostri legali affinché chiedano nuovamente al TAR la discussione del ricorso.

Tre anni fa, quando il ministro Brunetta iniziò a presentare i primi decreti punitivi nei confronti dei dipendenti pubblici, la FLP fu il primo sindacato a muoversi e a dire che, poiché non vi era speranza che una classe politica compattamente contro il pubblico impiego rigettasse i provvedimenti legislativi tanto cari al ministro, bisognava azionare tutti gli strumenti di difesa, ivi compresi quelli legali, per tutelarci.

Ci sarà un giudice a Berlino pensammo, parafrasando il mugnaio di Potsdam che osò opporsi alle pretese del re di Prussia.

E poiché ravvisavamo numerose misure discriminatorie e incostituzionali, incardinammo un ricorso al TAR del Lazio chiedendo il rinvio delle carte alla Corte Costituzionale.

A distanza di tre anni (si sa che in Italia la giustizia è lenta), cominciano ad arrivare sentenze di giudici del lavoro che testimoniano che quella era la strada giusta da percorrere. Proprio nei giorni scorsi il Giudice del lavoro di Livorno, adito da una cinquantina di lavoratori della scuola, ha ravvisato la fondatezza di incostituzionalità nella parte della Legge Brunetta che decurta una parte di salario in caso di malattia e ha inviato perciò le carte alla Corte Costituzionale affinché si pronunci.

Proprio una delle questioni che la FLP sollevava nel proprio ricorso al TAR del Lazio. Al riguardo, vogliamo informarvi che abbiamo dato mandato ai nostri legali di chiedere nuovamente al TAR suddetto di mettere in calendario la discussione del ricorso di cui, anche al fine di mettere tutti i lavoratori a conoscenza della giustezza dell'azione intrapresa a suo tempo, alleghiamo una copia omettendo per ragioni di privacy i nomi dei ricorrenti.

Cordiali saluti

La Segreteria Generale FLP



**ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO
REGIONALE DEL LAZIO
RICORSO**

- di

OMISSIS

e **F.L.P.** – *Federazione Lavoratori Pubblici e Funzioni Pubbliche*, C.F. 97172020584, in persona del suo segretario generale e legale rappresentante p.t. Sig. Marco Carlomagno con sede in Roma, Via Piave n. 61, tutti rappresentati e difesi, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Michele Lioi, Stefano Viti e Mario Marconi ed elettivamente domiciliati presso il loro studio in Roma, Piazza della Libertà 20, giuste deleghe a margine e in calce al presente atto;

- contro **MINISTERO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E L'INNOVAZIONE;**
PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI –
DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA;

- avverso e per l'annullamento delle circolari del Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione 17 luglio 2008, n. 7 e n. 8/2008, unitamente a tutti gli atti presupposti, connessi e

conseguenziali, con le quali è stata data esecuzione alle disposizioni di cui al D.L. n. 112/2008, convertito nella L. n. 133/2008, previa rimessione alla Corte Costituzionale delle questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative predette.

FATTO

Come è noto, il D.L. n. 112/2008, convertito dalla L. n. 133/2008, ha introdotto numerose norme che vengono ad incidere su istituti fondamentali del rapporto di impiego alle dipendenze della Pubblica Amministrazione.

Le nuove norme, in via generale, trovano applicazione nei confronti di tutti i dipendenti pubblici, contrattualizzati **e non**, nonché, in quanto compatibili, anche nei confronti dei dipendenti assunti con forme di impiego flessibili del personale (circolare Ministero per la Pubblica Amministrazione n. 7/2008).

Con le recenti circolari n. 7 e n. 8 del 2008 il Ministero per la Pubblica Amministrazione ha fornito a tutte le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, Dlgs. n. 165/2001 (*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'Agenzia per la Rappresentanza Negoziata delle Pubbliche Amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto n. 300/1999*) le indicazioni applicative delle nuove norme richiedendone la massima e puntuale osservanza.

Senonché, come verrà illustrato nei singoli mezzi di censura, le nuove disposizioni risultano ingiustamente mortificatrici di fondamentali diritti dei pubblici dipendenti e, in particolare, costituzionalmente illegittime.

Parimenti le circolari suindicate, in diversi punti, vi hanno dato esecuzione erronea ed ingiusta.

Di qui pertanto l'interesse dei ricorrenti indicati in epigrafe, ognuno dipendente dell'Amministrazione a fianco specificata, e della F.L.P., organizzazione sindacale maggiormente rappresentativa nel pubblico impiego e pertanto ente esponente degli interessi dei lavoratori pubblici, ad impugnare le circolari del Ministero per la Pubblica

Amministrazione, che a quelle norme danno applicazione, per illegittimità autonoma e derivata e, in particolare, per i seguenti

MOTIVI

I. Art. 67, comma 1 e 2, D.L. n. 112/2008 – Illegittimità costituzionale per violazione artt. 3, 36 e 117, Cost. .

L'art. 67, comma 1, D.L. n. 112, stabilisce la riduzione (10%) per l'anno 2007, e quindi con efficacia retroattiva, delle risorse incentivanti destinate ai dipendenti dell'Amministrazione finanziaria, derivanti dall'applicazione delle misure di cui all'art. 12, D.L. n. 79/2007 (disposizioni per il potenziamento dell'amministrazione finanziaria e delle attività di contrasto dell'evasione fiscale).

Il successivo secondo comma stabilisce invece, nelle more di un generale riordino della materia concernente il trattamento economico accessorio ai sensi e per gli effetti dell'art. 45, Dlgs. n. 165/2001, la disapplicazione per l'anno 2009 di tutte le disposizioni di cui all'allegato B al Decreto Legge che prevedono risorse aggiuntive a favore dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa delle amministrazioni statali.

Riguardo tali norme giova preliminarmente sottolineare come la Corte Costituzionale abbia affrontato ripetutamente la questione della costituzionalità delle disposizioni di legge che dispongono in senso retroattivo.

In proposito è stato precisato che il *divieto generale di retroattività della legge* costituisce un principio generale dell'ordinamento, nonché un fondamentale valore di civiltà giuridica a cui il legislatore deve in linea di principio attenersi, sebbene "*lo stesso non sia stato tuttavia elevato a dignità costituzionale ad eccezione di quanto stabilito dall'art.25 Cost., limitatamente alle leggi in materia penale*" (ex plurimis sentenze n. 6 e n. 397 del 1994, n.432 del 1997, n.229 e n.416 del 1999, n.419 del 2000, n.374 del 2002, n.291 del 2003).

Tuttavia, sempre secondo la giurisprudenza costituzionale, se è vero che *“il legislatore ordinario può, nel rispetto di tale limite, emanare norme retroattive”*, tali norme devono pur sempre trovare *“adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza”* e non porsi *“in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere dalle leggi precedenti”*; di talché solo *“se queste condizioni sono osservate, la retroattività, di per se da sola, non può ritenersi elemento idoneo ad integrare un vizio della legge”* (sent. n.432 del 1997).

Le *condizioni* richiamate dal Giudice delle leggi riguardano il rispetto, oltre che di principi costituzionalmente cristallizzati, anche di altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali, per quel che qui rileva, il rispetto del **principio generale di ragionevolezza** (che si traduce nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento), la **tutela dell'affidamento** legittimamente determinato nei consociati, **la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico** (sent. n.6 del 1994).

Ora, la disposizione di cui all'art. 67, comma 1, viene ad incidere retroattivamente su diritti quesiti dei dipendenti delle Agenzie Fiscali e del Ministero dell'Economia e delle Finanze in quanto riduce i fondi destinati alla contrattazione integrativa per l'anno 2007, per un periodo cioè in cui detti dipendenti hanno già reso la loro prestazione lavorativa.

Di qui quindi il contrasto con l'art. 3, Cost., sotto il profilo della irragionevolezza, e con l'art. 36, Cost., sotto il profilo dell'indebita compressione del diritto del lavoratore a percepire una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato.

Quest'ultimo principio infatti si traduce innanzitutto nel diritto a percepire la retribuzione maturata in base alla legge ed al contratto applicabili nel periodo in cui la prestazione è stata resa.

Ebbene, in ragione del richiamo del 2^o comma dell'art. 12, D.L. n. 79/1997, la decurtazione per l'anno 2007 in discorso ha inciso sulle

risorse destinate a remunerare gli "obiettivi di produttività definiti" (peraltro, sempre in base all'art. 12 menzionato, spetterebbe alla contrattazione integrativa stabilire "i tempi e le modalità di erogazione dei fondi").

Per effetto dell'art. 67, comma 1, non risulterà quindi più sufficientemente remunerato l'avvenuto raggiungimento degli obiettivi di produttività - e, quindi, la qualità della prestazione resa - con irragionevole lesione della clausola di salvaguardia di cui all'art. 36, Cost.

Ma, anche il 2° comma dell'art. 67, laddove prevede per l'anno 2009 una riduzione delle risorse aggiuntive destinate alla contrattazione integrativa delle amministrazioni statali per la determinazione dei trattamenti accessori, non sfugge ad analoghe censure di incostituzionalità.

L'art. 45, Dlgs. n. 165/2001, che in base all'art. 1, comma 3, costituisce principio fondamentale ai sensi dell'art. 117, Cost., stabilisce che i contratti collettivi definiscono i trattamenti accessori collegati alla produttività individuale, alla produttività collettiva e allo svolgimento di mansioni disagiate o pregiudizievoli alla salute.

I trattamenti accessori dunque concorrono a pieno titolo a rendere la retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato.

Senonché, l'art. 67, comma 2, riducendo i fondi destinati alla contrattazione integrativa, determinerà per l'anno 2009 una riduzione del trattamento economico complessivo a parità di impegno lavorativo.

Tale disposizione, realizzando siffatto risultato, tuttavia si pone in contrasto con le disposizioni costituzionali richiamate in epigrafe.

II - Art. 70, commi 1 e 1 bis, D.L. n. 112/2008 - Illegittimità costituzionale per violazione artt. 3, 32, 36, 38 e 97, Cost.

In base, all'art. 70, comma 1, D.L. n. 112/2008, in caso di infermità del dipendente da causa di servizio ascritta ad una delle categorie della tabella A annessa al D.P.R. n. 915/1978 è esclusa, a decorrere dal 1°

gennaio 2009, l'erogazione al pubblico dipendente di qualsiasi trattamento economico aggiuntivo previsto da norme di legge o pattizie, fermo restando il diritto all'equo indennizzo.

Per effetto di tale disposizione dunque, il pubblico dipendente che, in ragione dell'attività lavorativa espletata nell'interesse dell'Amministrazione, venga a patire uno dei gravissimi eventi lesivi indicati nella tabella predetta (perdita di arti o sensi, lesioni permanenti ad organi o funzioni organiche) vede decurtato il trattamento economico cui avrebbe avuto invece diritto sino al 31 dicembre 2008.

La scelta legislativa è irragionevole e viola il principio della piena tutela sociale e retributiva da assicurarsi al lavoratore che, a causa del servizio prestato, subisca una menomazione fisica.

In tale ipotesi, infatti, proprio perché l'evento lesivo è sofferto nell'interesse del datore di lavoro pubblico, al dipendente non può essere negata la conservazione integrale dello stipendio.

Il "*trattamento economico aggiuntivo*" svolge invero la funzione di evitare che il dipendente patisca un depauperamento patrimoniale per le conseguenze pregiudizievoli derivanti all'espletamento di una attività di esclusiva utilità dell'Amministrazione.

Il negare siffatto diritto significa dunque conculcare irragionevolmente il diritto costituzionalmente garantito del lavoratore ad una tutela sia retributiva che previdenziale piena. Ed invero la funzione assolta dai trattamenti economici aggiuntivi va apprezzata tanto sul piano retributivo quanto su quello previdenziale considerato che detti trattamenti concorrono a soddisfare l'esigenza di bisogno in cui versa il dipendente in ragione di un evento pregiudizievole.

Peraltro, in sede di conversione è stato introdotto all'art. 70, il comma 1[^] bis, in forza del quale il personale del comparto sicurezza e difesa continua invece a beneficiare dei trattamenti economici aggiuntivi.

Tale diverso regime non trova però alcuna plausibile ragione giustificatrice e, quindi, risulta ingiustamente discriminatorio.

Non si comprende invero la *ratio* sottesa ad una norma che, in via generale, esclude il dipendente, che patisca un'infermità a causa del servizio, dalla fruizione dei trattamenti economici aggiuntivi, laddove appartenga a comparti diversi dalla sicurezza e difesa; lo riconosca invece laddove vi appartenga.

Di qui quindi l'incostituzionalità della norma per violazione di tutte le disposizioni costituzionali indicate in epigrafe.

III. Art. 71, commi 1, 1 bis e 2, D.L. n. 112/2008 – Illegittimità costituzionale per violazione artt. 3, 10, 32, 36, 37, 38 e 97, Cost.

In relazione ai periodi di assenza per malattia di qualsivoglia durata, per i primi dieci giorni di assenza viene corrisposto esclusivamente il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento comunque denominati aventi carattere fisso e continuativo nonché di ogni altro trattamento accessorio. Resta fermo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute ad infortunio sul lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a day hospital, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita.

Tale norma penalizza all'evidenza il trattamento economico del pubblico dipendente per i primi dieci giorni di malattia.

Peraltro, per completare il quadro, in caso di malattia, decurtazioni in punto di indennità di amministrazione sono già previste da alcuni Ccnl, quale ad esempio quello delle Agenzie Fiscali il quale però, in caso di superamento del quindicesimo giorno di malattia, stabilisce la liquidazione della retribuzione piena sin dal primo giorno di malattia.

Per comprendere la particolare *durezza* della disciplina in questione va osservato come nella circolare n. 7/2008 la Funzione Pubblica venga precisato (in disparte gli ulteriori profili di illegittimità di cui si dirà nel successivo motivo) che *"la disciplina in esame, a mente dell'ultimo*

comma dell'art. 71, non può essere derogata dai contratti collettivi"; nella successiva circolare n. 8 viene inoltre espresso l'avviso che "i dieci giorni non sono un contingente predefinito esaurito il quale si applicano le regole contrattuali e l'assenza per malattia che si protrae oltre il decimo giorno non consente la corresponsione della retribuzione contrattuale (individuata dai CCNL e dagli accordi di comparto) a partire dal primo giorno, ma il trattamento deve essere comunque "scontato" relativamente ai primi dieci giorni....i vigenti contratti collettivi già disciplinano una decurtazione retributiva che è di diversa entità a seconda dei periodi di assenza. Queste decurtazioni non sono state soppresse dalla nuova disciplina legale e permangono, cosicché la trattenuta di cui al comma 1[^] dell'art.71 opera per i primi dieci giorni sovrapponendosi al regime contrattuale relativo alla retribuzione in caso di malattia".

Ora, tale disposizione si presta a svariate censure di incostituzionalità e, innanzitutto, segnatamente a quelle:

- di violazione dell'art. 38, Cost., che impone al legislatore di assicurare al lavoratore mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio e malattia; di contro le assenze per malattia per i primi dieci giorni comportano di fatto la riduzione della retribuzione del dipendente alla metà;

- di violazione dell'art. 32, Cost., sotto il profilo della tutela della salute, in quanto è evidente che il lavoratore, benché malato e debba magari sottoporsi ad accertamenti sanitari, preferirà non prendersi cura della sua persona per non incorrere nelle penalizzazioni in parola;

- della violazione dell'art. 3, Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza, in quanto la norma determina una ingiustificata disparità di trattamento tra lavoratore pubblico e privato, da apprezzarsi anche alla luce della normativa europea diretta ad eliminare ingiustificate differenziazioni dei regimi di tutela fondate sul mero dato formale della natura pubblica ovvero privata del rapporto;

- di violazione dell'art. 3, Cost. sotto il profilo del principio di ragionevolezza, non rispondendo ad alcun canone di logica e di ragionevolezza il mortificare il trattamento economico del dipendente per i primi dieci giorni di malattia; tale regolamentazione appare invero ispirata alla inammissibile presunzione che il lavoratore pubblico, a differenza di quello privato, sarebbe incline a far indebito ricorso all'istituto della malattia ovvero all'assurdo convincimento che lo stato di malattia sarebbe imputabile a colpa del pubblico dipendente anziché costituire un caso di forza maggiore preclusivo della prestazione lavorativa.

A riguardo giova ricordare come la Corte Costituzionale, nella sua decisione n. 78/1988, abbia ben messo in luce che *"per quanto riguarda la dedotta violazione dell'art. 38, secondo comma, Cost., può anzitutto affermarsi che il precetto costituzionale pone un principio di ordine generale riguardante le situazioni bisognevoli di prestazioni previdenziali ed assistenziali; non esclude che la legge disciplini gli ordinamenti che meglio si adeguino alle particolarità delle singole situazioni predisponendosi all'uopo i mezzi finanziari necessari. Lo Stato è impegnato ad assicurare, attraverso gli istituti e gli organi appositi, l'assistenza anche sanitaria a mezzo di trattamenti medici ed economici, realizzandosi così il fine più generale della sicurezza sociale; **a fornire, cioè, a tutti i lavoratori, anche nell'evento malattia, tra gli altri, mezzi adeguati alle loro esigenze di vita, all'erogazione dei quali essi hanno un vero e proprio diritto.** Il precetto non risulta però violato allorché, con apposita normativa, siano regolati l'insorgenza e l'esercizio di detto diritto; siano poste con essa condizioni, requisiti ed anche oneri, **i quali, però, non devono essere né vessatori né eccessivamente gravosi**".*

Nella specie, di contro, la vessatorietà della normativa risulta *ictu oculi* in quanto il lavoratore per i primi dieci giorni di malattia vede decurtato il proprio trattamento economico non solo delle voci retributive e accessorie ma anche di tutte le voci fisse e continuative

che, come l'indennità di amministrazione, sono finalizzate ad adeguare il trattamento economico alla specifica attività lavorativa richiesta dall'Amministrazione di appartenenza (Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2007, n. 4852).

Peraltro, anche in questo caso in sede di conversione è stato introdotto all'art. 71, il comma 1[^] bis, in forza del quale la nuova penalizzante disciplina non si estende al personale del comparto sicurezza e difesa.

Pure in questo caso, tuttavia, tale diverso regime non trova alcuna plausibile ragione giustificatrice e, quindi, risulta ingiustamente discriminatorio.

Ma i profili di incostituzionalità non si esauriscono nei rilievi in precedenza illustrati.

Va infatti osservato come le particolari condizioni in cui versa la lavoratrice madre e le esigenze di tutela dei figli minori ostano a che siano introdotte penalizzazioni retributive del tipo di quelle in discorso atte a costringere la lavoratrice malata a rendere comunque la prestazione lavorativa.

Il principio di pari opportunità impone infatti di tener conto della situazione di svantaggio in cui versa la lavoratrice madre, ragione per cui le decurtazioni retributive che comportano un minor grado di tutela economica nelle situazioni di bisogno originate dallo stato di malattia non possono essere estese *sic et simpliciter* a tale categoria di lavoratrici.

Ma v'è di più.

In base all'art. 70, comma 2, nell'ipotesi di malattia che si protragga oltre il 10[^] giorno ovvero, in ogni caso, dopo il 2[^] evento di malattia nell'anno solare, l'assenza va giustificata esclusivamente mediante presentazione di certificazione medica rilasciata da struttura sanitaria pubblica.

La Funzione Pubblica (circolare n. 7/2008) cerca di superare, per sua stessa ammissione, il dato testuale assumendo che è sufficiente, sulla

base di una interpretazione sistematica che faccia leva sulle norme del Servizio Sanitario Nazionale, il certificato del medico convenzionato.

Ciò nondimeno rimane il dato testuale della norma, in ragione del quale il certificato dovrebbe essere rilasciato esclusivamente da una struttura sanitaria pubblica.

Senonché siffatta previsione urta all'evidenza con i più elementari principi in materia di autodeterminazione nella scelta del medico cui farsi assistere e del conseguente trattamento terapeutico, ponendo a carico del pubblico dipendente un onere inutilmente gravoso e vessatorio.

La norma in esame risulta quindi, alla luce di tutto quanto sin qui esposto, incostituzionale per il suo contrasto con tutte le disposizioni costituzionali indicate nella rubrica del motivo.

IV. SEGUE: Violazione artt. 3 e 97, Cost.,; art. 71, D.L. n. 112/2008, conv. L. N. 133/2008; artt. 2 e 45, Dlgs. n. 165/2001- Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, della falsità dei presupposti, del difetto di motivazione, della manifesta ingiustizia irragionevolezza nonché dello sviamento di funzione.

Le circolari recano peraltro, in punto di nuovo regime di malattia, degli autonomi profili di illegittimità.

* * *

La circolare n. 7/2008 esprime l'avviso che il trattamento economico fondamentale, sottratto alla penalizzazione di cui all'art. 71, comma 1, D.L. n. 112/2008, comprende per il personale dirigente la retribuzione di parte fissa.

Non menziona tuttavia la retribuzione di posizione parte variabile che risulta dunque ricadere, ad avviso della Funzione Pubblica, sotto la scure della decurtazione.

Sennonché la retribuzione di posizione parte variabile altro non è che la parte del trattamento retributivo che risulta commisurata al livello di responsabilità che involge la posizione dirigenziale ricoperta.

Per i dirigenti di II fascia le posizioni dirigenziali sono articolate in quattro livelli di responsabilità ad ognuno dei quali corrisponde una determinata retribuzione di posizione parte variabile, identica per tutte le posizioni ricondotte nel medesimo livello.

A differenza pertanto della retribuzione di risultato, quella di posizione parte variabile, direttamente corrispettiva delle responsabilità assunte dal dirigente, non può ricadere nel divieto di erogazione introdotto dal D.L. n. 112/2008 per i primi dieci giorni di malattia.

* * *

Sempre secondo la circolare in parola, l'art. 71, comma 3, D.L. n. 112/2008 **imporrebbe** alle Amministrazioni l'obbligo di disporre la visita fiscale anche nell'ipotesi di malattie di un solo giorno.

In realtà la norma non impone alcunché in tal senso rimettendo alla discrezionalità delle amministrazioni ogni determinazione al riguardo come risulta chiaramente dal suo tenore: *"l'Amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un sol giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative"*.

* * *

La successiva circolare n. 8/2008 sancisce poi, come già anticipato, un criterio applicativo della decurtazione del trattamento economico prevista dall'art. 1, D.L. n. 112/2008, particolarmente affittivo che non trova però riscontro nella norma di legge: premesso che numerosi contratti collettivi già prevedono decurtazioni del trattamento economico in caso di malattia, ad avviso della circolare, tali decurtazioni non sarebbero soppresse, ovvero quanto meno assorbite sino al limite della trattenuta fissata dall'art. 71, comma 1, ma si cumulerebbero con quest'ultima.

Sennonché, è evidente che, così argomentando, si perverrebbe all'assurdo, illegittimo e ingiusto risultato di assoggettare il dipendente ad una falciata del trattamento economico superiore sia a quanto previsto dalla legge, sia a quanto previsto dalla contrattazione collettiva la quale, nel momento in cui ha ritenuto di introdurre delle decurtazioni, era naturalmente ignara delle successive determinazioni del legislatore.

* * *

Sempre in base alla circolare n. 8/2008, la decurtazione di cui all'art. 71, comma 1, troverebbe applicazione "*per ogni episodio di assenza*".

Di contro una corretta interpretazione della norma conduce a ritenere che, nel caso in cui le successive assenze per malattia dipendano dall'identico evento morboso, i vari periodi di assenza debbono cumularsi e la trattenuta debba operare solamente per i primi dieci giorni del periodo complessivo risultante dalla sommatoria delle singole assenze.

V. Art. 71, comma 3, D.L. n. 112/2008 – Illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 13, 16, 32, 38 e 97, Cost.

In forza della disposizione in epigrafe le fasce orarie di reperibilità del pubblico dipendente sono state estese, fissandole dalle ore 8.00 alle ore 13.00 e dalle ore 14.00 alle ore 20.00 di tutti i giorni compresi i non lavorativi e i festivi.

Tale estensione dell'obbligo di reperibilità per la sua ampiezza viene ad incidere irragionevolmente sulla stessa libertà personale e di movimento del pubblico dipendente garantite dagli artt. 13 e 16, Cost., obliterando il dato che le fasce di reperibilità devono essere strumentali – e quindi strettamente commisurate – all'esigenza di consentire il controllo sullo stato di malattia del lavoratore e non possono invece integrare una sorta di sanzione restrittiva a carico del lavoratore in malattia.

Inoltre, anche in questo caso, patente è la discriminazione rispetto ai lavoratori privati considerata che la diversa regolamentazione delle fasce di reperibilità (per i lavoratori privati fissata dal D.M. 15 luglio 1986 nelle ore 10.00/12.00 e 17.00/19.00) non trova alcuna coerente giustificazione (se non, per l'appunto, quella punitiva).

La fondatezza dei rilievi suesposti trovano il conforto della giurisprudenza costituzionale.

Giova trascrivere i seguenti passi delle sentenze n. 78/1988 (di cui in parte si è dato già conto) e n. 1143/1978

Sentenza n. 78/1988.

"Il controllo del lavoratore, assente dal posto di lavoro per malattia, è stato legislativamente previsto già dall'art. 5 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei Lavoratori).

Al suddetto fine, il datore di lavoro aveva la possibilità di richiedere agli Istituti previdenziali l'accertamento, a mezzo dei loro servizi ispettivi, della malattia denunciata dal dipendente.

La norma era ritenuta costituzionalmente legittima in riferimento all'art. 13, primo e secondo comma, Cost. (sent. n. 23 del 1975). Successivamente sono intervenute varie modifiche. La funzione degli accertamenti e delle certificazioni è stata affidata alle Unità Sanitarie Locali (legge 23 dicembre 1978 n. 833, art. 14, lett. q) ma transitoriamente, fino all'emanazione della nuova legge, è rimasta all'I.N.P.S. (art. 75) al quale, in via esclusiva, è stata affidata l'erogazione delle prestazioni e, successivamente (art. 2, legge 29 febbraio 1980 n. 33, di conversione, con modifica, del d.l. 30 dicembre 1979 n. 663), l'obbligo dell'anticipazione è stato imposto al datore di lavoro. La certificazione della malattia è stata demandata ai medici curanti ed il controllo dello stato di malattia ai medici delle Unità Sanitarie Locali su richiesta o del datore di lavoro, quale parte del rapporto di lavoro, o dell'I.N.P.S., quale debitore della prestazione economica di malattia (art. 2, primo e secondo comma, legge cit.). La disciplina dei suddetti controlli ancora successivamente è stata

attribuita (art. 8 bis, legge 27 giugno 1981 n. 331) all'I.N.P.S. ed alle Unità Sanitarie Locali che dovevano stipulare convenzioni sulla base di schemi, elaborati d'accordo con le Regioni e di intesa con il Ministero della Sanità entro un certo termine, trascorso il quale, provvedeva direttamente il Ministero della Sanità di concerto con il Ministero del Lavoro e della Previdenza (artt. 8 bis e 10, ottavo comma, legge 27 giugno 1981 n. 331).

L'indirizzo giurisprudenziale formatosi sul punto degli effetti della irreperibilità del lavoratore alla visita medica di controllo prima della legge in esame non era uniforme. Secondo alcuni giudici, essi si producevano sul piano del rapporto di lavoro onde la possibilità del datore di lavoro di infliggere sanzioni disciplinari di varia entità e misura, secondo la gravità del caso. Secondo altri giudici, invece, si verificavano sul piano del rapporto assicurativo, concretandosi un inadempimento del lavoratore agli obblighi derivanti dal relativo rapporto, l'Istituto poteva sospendere o ridurre l'indennità di malattia.

2.2 - La richiamata disciplina legislativa non produceva gli effetti utili sperati e il fenomeno dell'assenteismo assumeva dimensioni sempre più rilevanti. Tanto che il Protocollo di Intesa, intervenuto il 22 gennaio 1983 tra Governo e parti sociali prevedeva (punto 10) alcuni provvedimenti da prendersi con legge; tra essi uno che avesse sancito l'obbligo del lavoratore assente dal lavoro per malattia di rendersi reperibile alla visita medica di controllo da effettuarsi in fasce orarie prestabilite e l'obbligo dell'immediato rientro in azienda in caso di irreperibilità non giustificata.

In attuazione del detto protocollo è stata emanata la norma in esame, la quale è stata inserita in un più ampio contesto legislativo (d.l. n. 463 del 1983, conv. con modif. in legge n. 638 del 1983) che ha apprestato misure urgenti in materia di previdenza e di sanità nonché per il contenimento della spesa (pubblica) in vari settori della Pubblica Amministrazione.

Con la suddetta norma si è prevista una visita medica di controllo da effettuarsi al domicilio del lavoratore da parte di medici o delle Unità Sanitarie Locali o dell'I.N.P.S., iscritti in un'apposita lista, in fasce orarie che da ultimo il d.m. 8 gennaio 1985 ha fissato nelle ore 10 - 12 del mattino e 17 - 19 del pomeriggio. Invece, del rientro nell'azienda o nell'ufficio, è stata disposta, a danno del lavoratore irreperibile, la decadenza dal trattamento economico di malattia per l'intero per i primi dieci giorni e per la metà per i rimanenti giorni, per tutta la durata della malattia.

3. - La reperibilità del lavoratore in fasce orarie, **PERALTRO MOLTO LIMITATE**, e la decadenza dal trattamento economico di malattia in caso di sua irreperibilità sono ora decisamente inserite nel rapporto assicurativo.

Si rileva anzitutto che, per un principio di ordine generale, gli enti erogatori di prestazioni hanno il potere-dovere di accertare, nei modi, nei tempi e con la forma stabilita dalla legge, nell'ambito della loro gestione amministrativa, i fatti e le situazioni che comportano il verificarsi del rischio il quale è il presupposto della prestazione. **In particolare, si osserva poi che l'onere della reperibilità alla visita medica di controllo, posto a carico del lavoratore, è estrinsecazione della doverosa cooperazione che egli deve prestare affinché siano realizzate le condizioni richieste per l'erogazione del trattamento di malattia e non contrasta con la natura pubblicistica del rapporto assicurativo, tanto più che essa può essere fornita con un minimo di diligenza e di disponibilità, ATTESO L'AMBITO MOLTO LIMITATO DELLE FASCE ORARIE DI REPERIBILITÀ PER CUI NON RISULTA NEMMENO GRAVOSO O VESSATORIO.** Ed anche perché al lavoratore è data la possibilità di giustificare la sua irreperibilità adducendo un motivo valido e serio sia nella fase amministrativa sia, eventualmente, nella successiva fase giudiziaria. In altri termini, vi è un procedimento amministrativo che comprende la contestazione, da parte dell'Istituto previdenziale, della

irreperibilità del lavoratore; l'eventuale deduzione, da parte di quest'ultimo, del motivo di giustificazione; la sua valutazione da parte dello stesso Istituto con il conseguente accoglimento o rigetto e, solo in quest'ultimo caso, la previsione della decadenza dal trattamento economico di malattia.

Al procedimento amministrativo può seguire quello giudiziario nel quale il lavoratore può far valere le sue ragioni dinanzi al giudice.

3.1 - La decadenza dal trattamento economico di malattia, inserita anche essa nel sistema dei controlli spettanti all'I.N.P.S., è diretta a garantire la necessaria efficienza del funzionamento del sistema assicurativo e il corretto espletamento della funzione previdenziale nonché a realizzare la finalità di evitare abusi. Essa pone rimedio al pericolo di danni che l'ingiustificato comportamento del lavoratore, valutato nella sua dimensione sociale, può arrecare all'interesse pubblico essenziale alla corretta ed economica gestione dell'assicurazione sociale e, cioè, al sistema previdenziale nonché al sistema economico nel suo complesso.

Ha, quindi, una propria rilevanza. Attinendo al rapporto assicurativo pubblico e rientrante nel potere esclusivo dell'I.N.P.S., travalica l'ambito interno del rapporto di lavoro e non costituisce esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro al quale, peraltro, la contrattazione collettiva, in aggiunta, può riconoscere la facoltà di infliggere sanzioni disciplinari.

4. - Per quanto riguarda la dedotta violazione dell'art. 38, secondo comma, Cost., può anzitutto affermarsi che il precetto costituzionale pone un principio di ordine generale riguardante le situazioni bisognevoli di prestazioni previdenziali ed assistenziali; non esclude che la legge disciplini gli ordinamenti che meglio si adeguino alle particolarità delle singole situazioni predisponendosi all'uopo i mezzi finanziari necessari. Lo Stato è impegnato ad assicurare, attraverso gli istituti e gli organi appositi, l'assistenza anche sanitaria a mezzo di trattamenti medici ed economici, realizzandosi così il fine più generale della sicurezza sociale;

a fornire, cioè, a tutti i lavoratori, anche nell'evento malattia, tra gli altri, mezzi adeguati alle loro esigenze di vita, all'erogazione dei quali essi hanno un vero e proprio diritto.

Il precetto non risulta però violato allorché, con apposita normativa, siano regolati l'insorgenza e l'esercizio di detto diritto; **SIANO POSTE CON ESSA CONDIZIONI, REQUISITI ED ANCHE ONERI, I QUALI, PERÒ, NON DEVONO ESSERE NÉ VESSATORI NÉ ECCESSIVAMENTE GRAVOSI.**

La determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse, sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti anche costituzionalmente garantiti da un lato, e delle disponibilità finanziarie dall'altro, rientra nella discrezionalità del legislatore che non può essere sindacata in sede di giudizio di legittimità costituzionale se non quando emerge la manifesta irrazionalità della relativa normativa (sent. n. 180 del 1982). In via generale può, quindi, ritenersi che il sistema di controllo instaurato con la norma in esame, per i principi che lo ispirano e che esso è diretto a realizzare, per le modalità di attuazione, per la garanzia accordata al lavoratore (adduzione di un giustificato motivo della irreperibilità) **PER LA INSUSSISTENZA DI ONERI GRAVOSI O VESSATORI**, non è in contrasto con il surrichiamato principio. Tanto più che risulta conforme anche al precetto di cui all'art. 97 Cost.. Costituisce certamente indice di buona amministrazione l'espletamento, da parte dell'I.N.P.S., di controlli diretti ad accertare la sussistenza del rischio presupposto dell'erogazione assistenziale e previdenziale, l'attuazione delle misure predisposte dalla legge perché i detti controlli risultino veramente efficaci e siano realizzate le finalità indicate, e la richiesta della cooperazione degli stessi beneficiari. La citata norma non è manifestamente irrazionale allorché prevede la decadenza dal trattamento di malattia nella misura fissa ed uguale per tutti di dieci giorni da parte dello stesso per l'inosservanza del non

gravoso onere della reperibilità alla visita medica di controllo, attesa anche la possibilità data allo stesso lavoratore di addurre a giustificazione della irreperibilità un motivo serio ed apprezzabile. È, invece, certamente irrazionale nella parte in cui prevede anche la perdita del trattamento economico nella misura del 50% per i giorni successivi per tutta la durata della malattia.

Anzitutto perché anche questa decadenza è legata allo stesso fatto (irreperibilità non giustificata alla visita medica di controllo) la cui valenza e rilevanza sociale, invece, naturalmente diminuisce con il passar del tempo.

Inoltre, perché siccome connessa alla durata della malattia, che varia da lavoratore a lavoratore, la perdita del trattamento non risulta uguale per tutti come invece lo è per la prima parte, pur rimanendo sempre come conseguenza di un medesimo comportamento. Infine, essendo la durata della malattia incerta ed indeterminata, potendo anche essere molto lunga, sussiste il pericolo che la perdita del trattamento economico di malattia, sia pure per la metà, diventi troppo gravosa e lo stesso trattamento non risulti più adeguato alle esigenze di vita del lavoratore che, invece, versa in uno stato di bisogno il quale, di contro, si aggrava sempre di più per il protrarsi della sospensione dell'attività lavorativa a causa della malattia e della corresponsione della retribuzione. Sicché il relativo diritto costituzionalmente riconosciuto risulta eccessivamente compresso e gravemente leso. Questa Corte, invece, ha più volte affermato (sentt. n. 67/75 e n. 91/76) che è tassativa la erogazione dell'indennità di malattia destinata a coprire il danno subito dal lavoratore ammalato, costretto a non prestare l'attività lavorativa dalla quale ritrae i mezzi necessari per soddisfare le esigenze di vita e che, in caso di malattia, il sistema delle assicurazioni sociali deve garantire a tutti i lavoratori il trattamento assistenziale riconosciuto dall'art. 38, secondo comma, Cost. Secondo questa Corte, la rilevata manifesta irrazionalità della norma non sussiste se, invece, la perdita del trattamento economico di

malattia per la metà, per tutta la durata della malattia, sia collegata alla irreperibilità del lavoratore ad una seconda visita medica di controllo siccome sarebbe conseguenza di un ulteriore comportamento, di più grave valenza e rilevanza sociale, e produttivo di ulteriori e più gravi effetti negativi sul funzionamento del sistema previdenziale ed assicurativo.

Va, quindi, dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 5, quattordicesimo comma, della legge n. 638 del 1983 nella parte in cui non prevede una seconda visita medica di controllo prima della decadenza dal diritto a qualsiasi trattamento economico di malattia nella misura della metà per l'ulteriore periodo. Le violazioni degli altri precetti costituzionali restano assorbite".

Sentenza n. 1143/1988

"A parte le suddette considerazioni, non può dubitarsi che l'imposizione di un onere legato ad un termine perentorio molto breve (NDR invio del certificato medico) importa violazione dell'altro precetto costituzionale (art. 38, secondo comma, Cost.) invocato, se non sia consentita all'onere la deduzione dell'eventuale giustificato motivo del ritardo dell'inoltro, sia pure con il conseguente carico della relativa prova.

Rileva che, per la stessa natura dell'onere, la sua inosservanza dipende dalla volontà dell'onere e, quindi, anche la conseguenza, cioè la perdita totale o parziale del diritto e che manca una fonte normativa specifica di previsione della sanzione.

Comunque, l'interpretazione giurisprudenziale che prevede un onere nella materia di cui trattasi, per quanto finalizzato al conseguimento di un interesse pubblico, quale è la repressione dell'assenteismo, sia pure nella sfera del precetto costituzionale del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), non deve importare violazione di altri precetti costituzionali, quali la tutela della salute (art. 32 Cost.) e il diritto del lavoratore ad avere, in caso di malattia, i mezzi adeguati alle sue esigenze di

vita (art. 38, secondo comma, Cost.), onde la necessità quanto meno di un bilanciamento degli interessi.

*Per quanto riguarda il precetto di cui all'art. 38, secondo comma, Cost., si è affermato più volte che, pur essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore la regolamentazione delle modalità di erogazione della prestazione previdenziale (nella specie, l'indennità di malattia), **non si possono porre CONDIZIONI, REQUISITI ED ONERI VESSATORI ED ECCESSIVAMENTE GRAVOSI, tali da rendere nulla la detta erogazione alla quale, invece, il lavoratore ha diritto.***

E nella specie è eccessivamente gravoso e vessatorio l'onere dell'invio del certificato medico relativo, entro il termine di due giorni, classificato come perentorio, all'I.N.P.S. o alla struttura pubblica indicata dallo stesso Istituto, d'intesa con la Regione, senza consentire al lavoratore ammalato di addurre, a giustificazione dell'eventuale ritardo dell'inoltro, un serio e apprezzabile motivo, da provarsi dallo stesso lavoratore, sia pure rigorosamente, perché importa indiscriminatamente la perdita, sia pure parziale, dell'indennità quale mezzo diretto a soddisfare essenziali esigenze di vita, onde la violazione dell'art. 38, secondo comma, Cost.. Pertanto, va dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma censurata, interpretata nel senso che non consente al lavoratore assicurato di addurre e provare un giustificato motivo del ritardato invio del certificato medico attestante la malattia che lo ha colpito".

Alla luce di tali principi è agevole concludere che, se rientra nella discrezionalità del legislatore fissare le fasce di reperibilità al fine di rendere possibili le visite di controllo cui è subordinata la conservazione del diritto al trattamento economico di malattia, è altrettanto vero che l'individuazione di tali fasce deve rispondere a criteri di ragionevolezza senza tramutarsi in una serie di oneri gravosi e vessatori che vengono a svuotare il diritto alla tutela sociale.

Sennonché ciò è proprio quanto avvenuto con l'art. 71, comma 3, D.L. n. 112/2008, che sostanzialmente per l'intero arco diurno della

giornata viene ad astringere la persona del pubblico dipendente malato nella sua abitazione, limitando in maniera irragionevole ed ultronea la sua libertà di movimento rispetto alle finalità da assicurare (consentire l'effettività dei controlli sanitari presso il domicilio).

Ed invero, benché malato e quindi inidoneo a rendere la prestazione lavorativa, il dipendente può legittimamente avere la necessità di lasciare la propria abitazione (per sottoporsi a visite o accertamenti sanitari, per recarsi in farmacia, per andare alla posta e spedire il certificato medico, per acquistare generi alimentari, nel caso di patologie per le quali è controindicata una situazione di *clausura*, etc.).

Di qui quindi la violazione da parte della nuova previsione di legge – la cui finalità punitiva è di palmare evidenza - delle norme costituzionali richiamate in epigrafe.

VI. Art. 71, commi 4 e 5, D.L. n. 122/2008 – Illegittimità costituzionale per violazione artt. 2, 3, 29-31 e 97, Cost..

L'art. 71, comma 4, demanda alla contrattazione collettiva il compito di stabilire una quantificazione solamente ad ore delle tipologie di permesso retribuito per le quali leggi, regolamenti e contratti collettivi stabiliscono modalità di fruizione a giorni ovvero ad ore. Nel caso di fruizione dell'intera giornata lavorativa l'incidenza dell'assenza sul monte ore a disposizione del dipendente per ciascuna tipologia viene computata con riferimento all'orario che avrebbe dovuto essere osservato nella giornata di assenza.

Il successivo comma 5 stabilisce che le assenze per malattia non sono equiparate alla presenza in servizio ai fini della distribuzione delle somme dei fondi per la contrattazione integrativa, ad eccezione delle assenze per congedo di maternità, di paternità, delle assenze dovute per permessi per lutto, per citazione a testimoniare, per l'espletamento delle funzioni di giudice popolare, delle assenze di cui all'art. 4, comma 1, L. n. 53/2000 (diritto della lavoratrice/tore ad un permesso retribuito di tre giorni lavorativi all'anno in caso di decesso o di documentata

grave infermità del coniuge o di un parente entro il secondo grado o del convivente) e, per i soli portatori di handicap, dei permessi di cui all'art. 33, comma 6, L. n. 104/1992.

Ne consegue che, in assenza di richiamo nella norma di legge, dovrebbe concludersi che i permessi di cui all'art. 33, comma 3, L. n. 104/1992 (permessi fissati nella misura di tre giorni di permesso mensile in favore della lavoratrice madre o lavoratore padre che assista minore con handicap in situazione di gravità, ovvero del lavoratore che assista parente o affine entro il terzo grado, convivente, con situazione di handicap) non sarebbero equiparabili alla presenza in servizio ai fini dell'attribuzione dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione integrativa.

Tale esclusione appare tuttavia irragionevole, e comunque contraria a basilari principi di tutela della sicurezza sociale, considerato che invece il legislatore ha giustamente fatti salvi i successivi permessi di cui al comma 6 dell'art 33.

Non si comprende invero in base a quale logica il lavoratore che assiste un familiare portatore di handicap dovrebbe essere discriminato rispetto ai lavoratori portatori di handicap e rispetto agli altri lavoratori che maturino assenze per i titoli fatti salvi dalla norma di legge in esame ai fini dell'equiparazione alla presenza in servizio. E ciò in quanto le assenze per assistere il familiare portatore di handicap costituiscono espressione di doveri e valori di solidarietà sociale e familiare di rango costituzionale non inferiore ai doveri e ai valori cui si riconnettono le altre tipologie di assenze fatte salve.

La circolare ministeriale n. 8/2008 rammenta inoltre, nella sua parte finale, le disposizioni di legge che riconoscono il diritto a fruire di permessi retribuiti per i donatori di sangue e di midollo osseo, evidenzia che tali casistiche non sono incise dal D.L. n. 112/2008, sottolinea tuttavia l'esigenza di *"promuovere delle iniziative normative per evitare discriminazioni o compromissioni alle importanti attività in questione che sono il frutto di ammirevoli atti di solidarietà"*.

Cioè a dire che, a ben vedere, la stessa Funzione Pubblica riconosce che allo stato, in assenza di interventi normativi correttivi, stante il tenore dell'art. 71, comma 4, del tutto ingiustamente le assenze per donazione di sangue o di midollo osseo non dovrebbero computarsi come presenza in servizio ai fini della attribuzione dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione integrativa.

Anche sotto tale profilo è quindi evidente la violazione degli art. 2, 3, 29-32 e 38, Cost. perpetrata dal D.L. n. 112/2008.

VII. SEGUE: Violazione artt. 3, 36 e 97, Cost.; art. 71, D.L. n. 112/2008, conv. nella L. n. 133/2008; artt. 2 e 45, Dlgs. n. 165/2001; art. 2110, cod. Civ. – Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, della falsità dei presupposti, del difetto di motivazione e dello sviamento di funzione.

Anche la circolare n. 7/2008 reca autonomi profili di illegittimità sul punto.

* * *

Come detto, ai sensi dell'art. 71, comma 4, D.L. n. 112/2008, le assenze dal servizio per malattia non sono equiparate alla presenza in servizio ai fini della distribuzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa.

Nella circolare n. 7 si legge tuttavia che tali assenze non sarebbero equiparabili alla presenza in servizio neppure ai fini delle "*progressioni professionali ed economiche*".

Sennonché nella disposizione di legge non si rinviene alcuna previsione in tal senso in quanto la mancata equiparazione viene stabilita unicamente ai fini della maturazione del diritto a percepire i trattamenti economici regolati dalla contrattazione integrativa.

Di qui quindi l'illegittimità della circolare in parola per violazione del summenzionato art. 71.

* * *

La circolare n. 7 precisa pure che, durante le assenze per malattia, non decorrerebbero *“le indennità o le retribuzioni connesse a determinate modalità della prestazione lavorativa”* quali *“turno, reperibilità, rischio, disagio”*.

In realtà, come è noto, non esistendo nel nostro ordinamento un principio di omnicomprensività della retribuzione, la questione del computo di detti emolumenti nel trattamento economico di malattia non può essere risolta e definita in termini astratti e assoluti, dovendosi di volta in volta accertare ciò che dispone in proposito il singolo contratto collettivo.

Né dispone alcunché al riguardo l'art. 71, comma 4, D.L. n. 112/2008 che, come più volte sottolineato, si limita ad escludere la equiparabilità delle assenze per malattia alla presenza in servizio ai fini della distribuzione delle risorse destinate alla contrattazione integrativa.

Anche sotto tale profilo la circolare risulta illegittima e ingiusta.

* * *

Come detto, l'art. 71, comma 4, demanda alla contrattazione collettiva il compito di stabilire una quantificazione solamente ad ore delle tipologie di permesso retribuito per le quali leggi, regolamenti e contratti collettivi stabiliscono modalità di fruizione a giorni ovvero ad ore. Nel caso di fruizione dell'intera giornata lavorativa l'incidenza dell'assenza sul monte ore a disposizione del dipendente per ciascuna tipologia viene computata con riferimento all'orario che avrebbe dovuto essere osservato nella giornata di assenza.

Secondo quanto si legge nella circolare n. 8/2008 con precipuo riferimento ai permessi per motivi personali e familiari, la disciplina suesposta troverebbe immediata applicazione nel caso in cui il contratto collettivo consenta la fruizione di detti permessi frazionatamente fissando – come avviene usualmente – un monte ore annuo pari a 18.

Sulla base di tale premessa, e sul rilievo della mancanza di una disciplina transitoria, la circolare conclude che per l'anno 2008 bisognerebbe operare come segue:

- tutti i permessi giornalieri fruiti nel periodo 2 gennaio 2008/24 giugno 2008 (data di entrata in vigore del D.L. n. 112/2008) vanno considerati figurativamente pari a 6 ore;

- nel caso di intervenuto superamento dell'ammontare di 18 ore annue previsto dal contratto collettivo, non si procederà al recupero.

Senonché la disposizione di cui all'art. 71, comma 4, non è all'evidenza immediatamente applicativa essendo rimessa alla contrattazione collettiva la "*quantificazione esclusivamente ad ore delle tipologie di permesso retribuito*". Ciò con il vincolo per il contratto, nel caso di assenza per l'intera giornata lavorativa, di stabilire che l'incidenza dell'assenza sul monte ore annuo vada determinata avendo riguardo all'orario di lavoro che avrebbe dovuto essere osservato in detta giornata.

Di talché, sotto tale profilo, la circolare n. 8/2008 è illegittima nella parte in cui predica l'immediata precettività dell'art. 71, comma 4.

In ogni caso, anche a volere ritenere tale norma immediatamente applicativa, la disposizione *de qua*, per esigenza di certezza del diritto e dei rapporti, non può trovare applicazione che dal 2009. Ciò non potendosi parimenti applicare al monte ore annuo in corso alla data di entrata in vigore del decreto le disposizioni dettate da quest'ultimo, disposizioni che verrebbero in definitiva a regolare retroattivamente permessi fruiti in costanza di diversa disciplina.

VIII. Art. 72, D.L. n. 122/2008 – Illegittimità costituzionale per violazione art. 3 e 97, Cost..

In base all'art. 72 del D.L. n. 112, per gli anni 2009, 2010 e 2011, il personale in servizio presso le Amministrazioni dello Stato, le Agenzie Fiscali e le altre Amministrazioni indicate nella norma, **con esclusione del personale della scuola**, può chiedere di essere esonerato dal servizio nel corso del quinquennio antecedente la data di maturazione dell'anzianità contributiva massima di 40 anni.

La richiesta di esonero va presentata entro il 1^o marzo di ciascun anno a condizione che nell'anno solare l'interessato raggiunga il requisito contributivo minimo utile.

Durante il periodo di esonero dal servizio al dipendente spetta un trattamento pari al 50% di quello complessivamente goduto, elevato al 70% in favore di colui che svolge attività di volontariato secondo le modalità sempre indicate nella norma in discorso.

Il trattamento temporaneo è cumulabile con redditi derivanti da prestazioni di lavoro autonomo, consulenze e collaborazioni.

All'atto del collocamento a riposo il dipendente ha diritto al trattamento di quiescenza e previdenza che gli sarebbe spettato se fosse rimasto in servizio.

La disposizione in esame risulta incostituzionale sotto diversi profili.

Innanzitutto risulta del tutto ingiustificata e discriminatrice l'esclusione dal beneficio del personale della scuola che non risulta assistita da alcuna plausibile motivazione.

In secondo luogo la circostanza che, a fronte di una pluralità di domande, sia rimessa genericamente alla discrezionalità dell'Amministrazione, seppure da esercitarsi in base alle proprie esigenze funzionali, la scelta di quali istanze accogliere, risulta porsi in contrasto con i canoni di imparzialità, buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa, oltre che di uguaglianza.

L'art. 72, comma 4, si limita infatti a stabilire il principio che l'Amministrazione deve dare priorità al personale interessato da processi di riorganizzazione della rete centrale o periferica o di razionalizzazione o appartenente a qualifiche di personale per le quali è prevista una riduzione di organico.

Senonché è evidente che, in base ai canoni di uguaglianza e buon andamento di cui agli artt. 3 e 97 Cost., la norma di legge avrebbe dovuto imporre all'Amministrazione l'adozione di criteri selettivi ai fini dell'accoglimento delle domande onde evitare abusi in sede di ammissione al beneficio.

Peraltro, non può sottacersi l'intrinseca contraddittorietà tra tale beneficio (il personale non rende la sua prestazione lavorativa all'Amministrazione e ciò nondimeno continua a fruire del trattamento economico nella misura, a secondo dei casi, del 50% ovvero del 70% e a maturare, ai fini pensionistici, l'anzianità contributiva ed assicurativa come se avesse prestato servizio) e le misure penalizzanti in precedenza illustrate e, in particolare, le decurtazioni retributive in caso di malattia e infermità a causa del servizio, oltre che il suo contrasto con la stessa finalità di contenere la spesa pubblica.

Se il legislatore infatti vuole perseguire il fine della stabilizzazione della finanza pubblica, ciò non può che avvenire nel rispetto della coerenza, ragionevolezza e giustizia delle misure adottate singolarmente ed unitariamente apprezzate.

IX. Art. 73, comma 1, D.L. n. 112/2008 – Illegittimità costituzionale per violazione artt. 4, 10 e 35, Cost.; Direttiva CE 1997/81.

L'art. 73 ha novellato l'art. 1, comma 58, L. n. 662/1996 trasformando il diritto del dipendente ad ottenere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale in una facoltà dell'Amministrazione la quale, nel termine di 60 giorni dalla presentazione della richiesta, può accogliere o meno la domanda del lavoratore in tal senso.

Tale disposizione contrasta tuttavia con tutta la normativa nazionale, e soprattutto con la normativa comunitaria diretta ad incentivare il ricorso al part-time, pregiudicando il consolidato diritto del lavoratore di optare per la tipologia di lavoro in parola in funzione del migliore assolvimento di altri impegni di pari valore (gli impegni genitoriali, familiari, politici, di studio, etc.).

X. Illegittimità costituzionale art. 71, commi 3, 4 e 5, e art. 73 del D.L. n. 112/2008 per violazione dell'ar. 77, Cost.;

Illegittimità costituzionale della L. n. 133/2008 per violazione degli artt. 70 – 72, Cost.

Le disposizioni di cui all'art. 71, comma 3 (fasce orarie di reperibilità), comma 4 (obbligo di quantificare solamente ad ore i permessi), comma 5 (non computabilità delle assenze per malattia ai fini della distribuzione delle somme dei fondi per la contrattazione integrative) e di cui all'art. 73, comma 1 (trasformazione del diritto del pubblico dipendente ad ottenere la conversione in *part time* del rapporto di lavoro in una facoltà dell'Amministrazione) sono costituzionalmente illegittime per difetto dei presupposti per la decretazione d'urgenza di cui all'art. 77, comma 2 (sussistenza di ipotesi straordinarie di necessità ed urgenza da regolare con disposizioni aventi forza di legge).

Giova al riguardo ricordare, anche in questo caso, gli insegnamenti della Corte Costituzionale.

Corte Costituzionale sentenza 30 aprile 2008, n. 128.

"Questa Corte, con recente pronuncia (sentenza n. 171 del 2007), nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di un decreto legge, convertito in legge con modificazioni, per difetto dei requisiti di cui all'art. 77, comma secondo, della Costituzione, ha affermato, richiamando una precedente decisione (sentenza n. 29 del 1995), che la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto decreto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura in primo luogo un vizio di illegittimità costituzionale del decreto legge che risulti adottato al di fuori dell'ambito applicativo costituzionalmente previsto.

La stessa sentenza ha altresì precisato che lo scrutinio di costituzionalità "deve svolgersi su un piano diverso" rispetto all'esercizio del potere legislativo, in cui "le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti", avendo la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali tale

compito è predisposto”; ha aggiunto che “il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d’urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità” deve “risultare evidente”, e che tale difetto di presupposti, “una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge” ed ha escluso, con ciò, l’eventuale efficacia sanante di quest’ultima, dal momento che “affermare che tale legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto, significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie”.

Nel fare proprie e riaffermare i principi suesposti, la sentenza n. 128/2008 ha altresì ribadito che, pur nella prudenza del sindacato, per stabilire “*se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e urgenza*” la prima verifica cui procedere è quella dell’esistenza di un obiettivo “*collegamento*” tra le premesse esplicitanti la finalità dell’intervento d’urgenza e la parte dispositiva.

Ora, nella specie, l’art. 1, del D.L. n. 112/2008, individua “*finalità ed ambito dell’intervento*” nell’obiettivo di riduzione dell’ “*indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche*” e nella “*crescita del tasso di incremento del PIL*”, quest’ultima da realizzarsi attraverso maggiori investimenti, diversificazione delle fonti di energia, potenziamento dell’attività della P.A., rilancio delle privatizzazioni, dell’edilizia residenziale e dello sviluppo delle città, accelerazioni delle procedure amministrative e giurisdizionali, semplificazione dei rapporti di lavoro.

Ebbene, premesso che anche le disposizioni che comportano risparmi di spesa devono risultare comunque rispettose dei valori costituzionali fondamentali (a differenza di quanto avvenuto con le disposizioni censurate nei motivi che precedono), gli artt. 71, commi 3, 4 e 5, e 73, comma 1, se apprezzati nella loro obiettività, non comportano certo risparmi di spesa, riduzione dell’indebitamento, crescita del PIL.

Ciò è evidente per l'ampliamento in misura irragionevole delle fasce di reperibilità in caso di malattia (sempreché non si voglia muovere dalla inammissibile presunzione che il lavoratore che comunichi lo stato di malattia renda mendacio), ma ancor di più lo è per quanto riguarda la non computabilità delle assenze per malattia ai fini della distribuzione delle risorse della contrattazione integrativa e la trasformazione del diritto del lavoratore ad ottenere la conversione del rapporto in *part. time* in una facoltà dell'amministrazione.

Ed invero:

- la prima misura comporta semplicemente una diversa distribuzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa **ma non anche una riduzione dello stanziamento**, di talché non si comprende quale siano le ragioni di straordinaria urgenza per le quali bisognava provvedere con decreto legge, anziché demandare come d'uopo alla contrattazione collettiva la fissazione di nuove regole per la determinazione dei trattamenti accessori;

- per quanto invece concerne la seconda misura va invece osservato come il passaggio da rapporto *full time* a rapporto *part time* **comporti per l'amministrazione sempre un risparmio di spesa**, di talché non può assolutamente predicarsi che l'introduzione della nuova disciplina sul punto sia correlata ad urgenti e straordinarie esigenze di stabilizzazione della finanza pubblica, **ANZI**.

Di qui pertanto l'illegittimità costituzionale delle predette disposizioni del D.L. n. 112/2008 per difetto delle condizioni di cui all'art. 77, comma 2, Cost. (ma la censura potrebbe estendersi a numerose altre norme del decreto) e della legge di conversione n. 133/2008 per vizio *in procedendo*.

XI. Illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 39, 97 e 117, Cost.

L'art. 2, comma 3, Dlgs. n. 165/2001, stabilisce che i rapporti individuali di lavoro dei lavoratori alle dipendenze della P.A. sono regolati contrattualmente.

Il successivo art. 45, comma 1, dispone che il trattamento economico, fondamentale ed accessorio, è definito dai contratti collettivi.

L'art. 51 ribadisce che il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli **2, commi 2 e 3**, e 3, comma 1.

In base all'art. 1, comma 3, le disposizioni suesposte costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, Cost..

Orbene, alla luce delle disposizioni in esame, è agevole constatare come il nostro ordinamento abbia istituito una vera e propria riserva in favore della contrattazione collettiva quanto alla disciplina del rapporto di lavoro.

Tant'è che nel pubblico impiego i contratti collettivi stipulati dall'Aran e dalle organizzazioni sindacali di comparto maggiormente rappresentative hanno efficacia generalizzata nei confronti di tutti i dipendenti del comparto medesimo (artt. 43 e 45, comma 2).

La disciplina dettata dal Dlgs. n. 165/2001 risulta quindi realizzare un momento di sintesi tra la necessità, costituzionalmente dovuta (art. 39), di rispettare la funzione di tutela degli interessi collettivi dei lavoratori esercitata dalle organizzazioni sindacali, e il valore del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97, Cost.).

Senonché il D.L. n. 112/2008, e segnatamente le sue disposizioni censurate nel presente ricorso, costituiscono all'opposto un inammissibile momento di rottura del sistema in quanto il Governo, attraverso lo strumento del decreto legge, è intervenuto unilateralmente e autoritativamente nella disciplina di istituti che, per scelte normative costituenti diretta espressione di valori costituzionalmente protetti, sono riservati alla contrattazione collettiva.

P.Q.M.

Si chiede l'accoglimento del presente ricorso, previa sospensione del giudizio per la rimessione alla Corte Costituzionale delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nella parte impugnativa in quanto rilevanti e non manifestamente infondate, con ogni consequenziale pronuncia in ordine a spese competenze ed onorari di giudizio.

Roma, 27 ottobre 2008

Avv. Michele Lioi

Avv. Stefano Viti

Avv. Mario Marconi

PROCURA ALLE LITI

Deleghiamo gli avvocati Michele Lioi, Stefano Viti e Mario Marconi, anche disgiuntamente fra loro, a rappresentarci e difenderci nel presente giudizio innanzi al Tar del Lazio avverso e per l'impugnativa delle circolari nn. 7 ed 8/2008 del Ministro della Pubblica Amministrazione e Innovazione applicative del D.L. n. 112/2008 convertito in L. 133/2008, unitamente a tutti i presupposti connessi e consequenziali, nonché per l'accertamento ed il riconoscimento dei diritti pregiudicati dagli atti e dalle disposizioni predetti, conferendo ai medesimi difensori ogni più ampia facoltà ivi compresa quella di firmare il ricorso, formulare motivi aggiunti, nominare sostituti, presentare memorie, rinunciare al ricorso.

Eleggiamo domicilio presso il loro studio in Roma, P.zza della Libertà n. 20.

Autorizziamo il trattamento dei nostri dati personali secondo legge sulla privacy.

f.to

OMISSIS

Vere sono le firme
Avv. Stefano Viti

Roma, 27 ottobre 2008

Avv. Michele Lioi

Avv. Stefano Viti

Avv. Mario Marconi

RELATA DI NOTIFICA

Istante come in atti io sott. Uff. giudiziario addetto all'Ufficio Unico Notifiche della Corte d'Appello di Roma ho notificato copia autentica e conforme dell'antescritto originale di ricorso composto di n. tot. ___ pagine comprese le deleghe a:

1) MINISTERO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E L'INNOVAZIONE, in persona del legale rapp.te p.t., dom.to ex lege presso l'Avvocatura Generale dello Stato in Via dei Portoghesi n. 12 – 00186 ROMA;

2) PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, in persona del legale rapp.te p.t., dom.to ex lege presso l'Avvocatura Generale dello Stato in Via dei Portoghesi n. 12 – 00186 ROMA;

3) OMISSIS;

4) OMISSIS;

5) OMISSIS;

RESPINTA LA RIDUZIONE DELLA BUSTA PAGA PER I DIPENDENTI AMMALATI

Statali, il giudice contro Brunetta

Il magistrato: la malattia non è un lusso

SANDRA RICCIO
MILANO

Ammalarsi per un dipendente pubblico non può diventare un lusso. Ecco perché il giudice va contro il ministro della funzione pubblica e legislatore Renato Brunetta. In base all'articolo 71 della cosiddetta legge Brunetta, la 133 del 2008, di fatto «diventa un lusso che il lavoratore non potrà più permettersi e ciò appare in contrasto» con la Costituzione che prevede «sia garantita una retribuzione proporzionata ed in ogni caso sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa».

È questo uno dei passaggi principali dell'ordinanza emessa dal giudice del lavoro di Livorno, Jacqueline Monica Magi, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli articoli 3, 32, 36 e 38 della Costituzione, della norma che prevede per i dipendenti della Pubblica amministrazione, per i primi 10 giorni di malattia, una decurtazione di fatto della busta paga, con il taglio del trattamento accessorio dello stipendio. Il giudice ha così accolto un'eccezione sollevata da 50 lavoratori della scuola della provincia di Livorno (docenti e personale Ata), rappresentati dall'avvocato Claudio Altini e patrocinati dall'Unicobas della Toscana, che hanno fatto ricorso.

Alcuni avevano avuto una riduzione della busta paga dopo periodi di malattia. L'ordinanza è del 5 agosto scorso ed è stata resa nota ieri dal sindacato: per il segretario toscano

Claudio Galatolo «è la prima pronuncia in Italia», per la segretaria provinciale Patrizia Nesti la causa «per la sua portata» si configura come una class action di fatto perché la ricaduta è ampia e riguarda l'intero pubblico impiego».

In particolare il giudice del lavoro di Livorno, Jacqueline Monica Magi, con riferimento al principio di uguaglianza (articolo 3 della Carta costituzionale) parla di «un'illegittima disparità di trattamento nel rapporto di lavoro» tra dipendenti pubblici e privati. Con riferimento al «diritto alla salute» (il riferimento è all'articolo 32 della Carta), invece, «crea di fatto un abbassamento della tutela della salute del lavoratore che, spinto dalle necessità economiche, viene di fatto indotto a lavorare aggravando il proprio stato di malattia, creando così un *vulnus* a se stesso e al Paese».

Riguardo all'articolo 36, con la decurtazione del guadagno, «dati gli stipendi che percepiscono ad oggi i lavoratori del comparto pubblico, diventa tale da non garantire al lavoratore una vita dignitosa». «Privare durante la malattia un lavoratore di parte dello stipendio e della retribuzione globale di fatto - scrive infine il giudice di Livorno riferendosi all'articolo 38 della Costituzione - integra esattamente quel far venire meno i mezzi di mantenimento e assistenza al cittadino in quel momento inabile al lavoro».

Sulla vicenda interviene poi il dipartimento della Funzione pubblica, che, «senza senza vo-

ler entrare nel merito della questione», che precisa che «l'articolo 71 non prevede alcuna riduzione dello stipendio in caso di malattia fino a 10 giorni ma solo la decurtazione del trattamento accessorio, cioè di quello legato alla effettiva prestazione o alla produttività dei dipendenti pubblici» e che «tale disposizione è prevista, per una durata diversa, anche all'interno di alcuni contratti collettivi nazionali di lavoro».

