



2674/10

L. 2011
Mod. 251

NUNZIATA

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso

TRIBUNALE DI ROMA – SEZIONE LAVORO 1° GRADO

MEMORIA DIFENSIVA DI COSTITUZIONE

Ricorso ex art. 700 c.p.c. - Udienza del 19/10/2010 (Dott. Nunziata)

nell'interesse della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione - Dipartimento Funzione Pubblica, via del Sudario 49 00187 Roma, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Rossi e dal dott. Giuseppe Ferrara in virtù di mandato a margine del presente atto.

FATTO

Con ricorso ex artt. 413 e 414 c.p.c. (giudice designato dott. Nunziata), la sig.ra Paola Melograni, premesso di essere dipendente dell'Agenzia delle Dogane, contestava la ritenuta sul trattamento economico operata dall'Agenzia predetta in occasione dell'assenza di alcuni giorni dal lavoro per malattia, ai sensi della disciplina collettiva del comparto Agenzie Fiscali e dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008, convertito il L. n. 133/2008 (d'ora in avanti denominato D.L. n. 112/2008), contestando altresì la legittimità delle Circolari n. 7/2008 e n. 8/2008 del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione emanate sulla materia de qua. Deduceva comunque

Nella qualità appresso indicata, io sottoscritto dott. Eugenio Gallozzi, dirigente di prima fascia con l'incarico dirigenziale generale di direttore dell'Ufficio affari generali e per il personale del Dipartimento della Funzione Pubblica, nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, conferisco e delego, all'avv. Marco Rossi - Direttore del Servizio Affari Legali e Contenzioso ed al dott. Giuseppe Ferrara, funzionario del predetto Servizio, domiciliati a tutti gli effetti del presente giudizio presso il Dipartimento della Funzione Pubblica – Via del Sudario 49 Roma, il mandato a rappresentare, congiuntamente ovvero disgiuntamente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione - Dipartimento della Funzione Pubblica e a difenderla nel procedimento di cui al presente atto, in ogni fase e stato del procedimento di primo grado davanti al Tribunale di Roma – Sezione Lavoro. Eleggo domicilio presso il Dipartimento della Funzione Pubblica – Servizio affari legali e contenzioso - Via del Sudario 49, 00187 Roma. Roma, 08/10/2010

Dott. Eugenio Gallozzi

E' autentica.



Presidenza del Consiglio dei Ministri

**Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso**

dall'art. 71 del D.L. n. 112/2008 per violazione di numerose disposizioni costituzionali (artt. 2, 3, 4, 13, 27, 32, 38, 77, 97, 117 Cost.), nonché la violazione e falsa applicazione della disciplina del Trattato CE e dei principi fondamentali dei diritti dell'uomo, chiedendo, all'esito eventualmente positivo del giudizio di costituzionalità e/o della deliberazione della contrarietà alle norme dell'Unione Europea, la condanna della parte resistente alla restituzione della somma decurtata di euro 112,37 oltre maggiorazione degli interessi e rivalutazione monetaria nonché condanna alle spese di lite.

Asseriva, infine, di aver inutilmente promosso il tentativo obbligatorio di conciliazione, che però non risulta né esperito, né notificato ovvero comunicato a questa Amministrazione.

DIRITTO

Preliminarmente occorre rilevare l'improcedibilità del ricorso proposto, stante il mancato esperimento del previo ed obbligatorio tentativo di conciliazione nei confronti della Presidenza del consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica. Inoltre si rileva il difetto di legittimazione passiva di questa amministrazione, tenuto conto che le Circolari n. 7/2008 e n. 8/2008 del Ministro per la pubblica amministrazione



Presidenza del Consiglio dei Ministri

**Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso**

e l'innovazione pur costituenti atti diretti agli organi ed uffici delle pubbliche amministrazioni, non hanno di per sé valore normativo o provvedimento o comunque vincolante per i soggetti estranei all'Amministrazione. Per gli organi e uffici destinatari delle circolari, queste ultime sono vincolanti solo se legittime, di talché è doverosa, da parte degli stessi, la disapplicazione delle circolari eventualmente ritenute o riconosciute *contra legem*. Pertanto le ritenute operate dall'Agenzia delle dogane – datore di lavoro della ricorrente – sono state effettuate in piena autonomia decisionale da parte dell'Agenzia medesima.

Per quanto riguarda il merito del ricorso, occorre rilevare che la ricorrente riconosce la conformità alla legge delle ritenute operate sul trattamento economico da parte dell'Agenzia - datore di lavoro, in applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 71 del D.L. n. 112/2008, le cui disposizioni comunque prevalgono sulle disposizioni contrattuali del comparto Agenzie Fiscali ai sensi del comma 6 del predetto art. 71, il quale così dispone: "Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi."

Di conseguenza la ricorrente fonda l'invalidità/illegittimità della ritenuta operata sul trattamento economico sul presupposto della illegittimità costituzionale della disciplina contenuta nell'art. 71 del D.L. n. 112/2008, deducendo preliminarmente l'eccezione di incostituzionalità sotto vari



Presidenza del Consiglio dei Ministri

**Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso**

profili, che di seguito vengono riportati, ciascuno con le deduzioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel senso della manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 71 del D.L. 112/2008:

- 1) parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 77 della Costituzione, in particolare l'art. 71 del D.L. n. 112/2008 costituirebbe una disposizione emanata con atto del Governo avente forza di legge ordinaria senza i necessari requisiti di straordinaria necessità ed urgenza. Di contro, il Governo, preso atto dell'oggettivo cospicuo onere per la finanza pubblica costituito dalle assenze per malattia dei pubblici dipendenti e stante la difficile congiuntura economica che ha comportato anche di recente – nel solco delle misure di contenimento degli oneri per il personale pubblico avviate proprio con il D.L. 112/2008 – ulteriori decise misure di contenimento degli oneri retributivi e contrattuali per il pubblico impiego (D.L. n. 78/2009 e D.L. n. 78/2010), ritenne di procedere immediatamente a misure di contenimento degli oneri per assenze per malattie, per non differire ulteriormente una misura che riguarda una non indifferente quota dei circa tre milioni di dipendenti pubblici attualmente interessati dall'applicazione della disposizione in questione; in tal senso se da una parte si è dunque proceduto con



Presidenza del Consiglio dei Ministri

**Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso**

lo strumento del decreto-legge tenuto conto della straordinaria necessità ed urgenza di contenere i rilevanti oneri finanziari derivanti dalle assenze per malattia, dall'altra occorre rimarcare, al solo fine di rispondere alle censure mosse da parte ricorrente laddove sostiene che tali misure furono dettate al solo fine di combattere l'assenteismo dei dipendenti pubblici, che in effetti, a seguito dell'introduzione della misura contestata, si è rilevato un sensibile calo delle assenze per malattia nel comparto pubblico (pari al -38%, secondo quanto riportato nella Circolare del Dipartimento Funzione Pubblica n. 8/2010 del 19/7/2010), benché questo non fosse lo scopo unico perseguito dal Governo ma più propriamente uno dei possibili effetti ragionevolmente da attendersi dall'introduzione dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008;

2) parte ricorrente denuncia inoltre la violazione degli artt. 2, 3, 4, 13, 27, 32, 38, 77, 97, 117 Cost., in particolare l'art. 71 del D.L. n. 112/2008 contrasterebbe con i suddetti principi costituzionali in quanto:

a) introdurrebbe, in caso di malattia del dipendente pubblico, una sorta di "sanzione amministrativa per causa di malattia" nei confronti del dipendente che si ammala, costituita dalla ritenuta della parte di trattamento economico definito "indennità



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso

continuative e fisse", con i conseguenti riflessi sul trattamento pensionistico spettante; **di contro**, occorre rilevare che la ritenuta riguarda la parte non fondamentale del trattamento economico ed in questo senso la giurisprudenza (T.A.R. Lazio, sez. I, 24 aprile 2009, n. 4078) ha già avuto modo di sottolineare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale (d'ora innanzi q.l.c.) della disposizione contenuta nell'art. 71 d.l. n. 112 del 2008, conv. nella l. n. 133 del 2008, laddove impone alle amministrazioni di applicare decurtazioni del trattamento economico accessorio al dipendente assente per malattia, in quanto tale previsione normativa si aggiunge, senza causare aggravii alla posizione dei dipendenti, alle analoghe disposizioni già presenti nei C.C.N.L. dei comparti e delle aree del pubblico impiego (si veda, ad esempio, l'art. 21, comma 7, del Ccnl Ministeri 1994-1997, stipulato il 16 maggio 1995, come modificato dall'art. 6 del Ccnl integrativo del 16 febbraio 1999, per il quale al dipendente che si assenta per malattia spetta l'intera retribuzione fissa mensile con esclusione di ogni compenso accessorio; per le malattie di durata pari o superiori a quindici giorni o in caso di ricovero ospedaliero, e per il periodo di convalescenza post ricovero, al dipendente spetta per intero l'indennità di amministrazione, altrimenti decurtata in



Presidenza del Consiglio dei Ministri

**Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso**

misura proporzionale ai giorni di assenza). Spetta dunque al legislatore, secondo il T.A.R. Lazio, il compito sia di valutare la possibilità di prevedere regimi differenziati per situazioni non assimilabili, sia di provvedere al contemperamento di interessi diversi e tutti meritevoli di tutela; in questo senso, secondo il predetto T.A.R., la trattenuta di cui al comma 1 dell'art. 71 D.L. n. 112/2008, operando solo per i primi 10 giorni e su voci non fondamentali del trattamento economico (emolumenti aggiuntivi e/o accessori), non determina per il lavoratore alcun serio e credibile pregiudizio sui mezzi di sussistenza, derivandone, pertanto, la manifesta infondatezza della q.l.c. con riguardo all'art. 36 Cost. (viene indicato in sentenza, presumibilmente per un refuso di battitura, l'art. 27 Cost.); Il Giudice amministrativo ha, infatti, ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 71, in quanto la decurtazione dei soli emolumenti accessori (prevista ora dalla legge, ma già prevista dai contratti collettivi), non è in grado di arrecare al lavoratore un serio pregiudizio in relazione ai suoi mezzi di sussistenza. Le considerazioni del TAR sul punto si inseriscono nel solco di una consolidata giurisprudenza, anche costituzionale, secondo la quale *"al fine di verificare la legittimità delle norme in tema di trattamento economico dei lavoratori*



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso

dipendenti in relazione al disposto dell'art. 36 (e, in particolare, la conformità della retribuzione ai requisiti costituzionali della proporzionalità e della sufficienza), occorre far riferimento, non già alle singole componenti di quel trattamento, ma alla retribuzione nel suo complesso" (Corte Cost., 3-14 luglio 2006, n. 287, in GC, 2966, 2006; il medesimo principio è affermato dalla Corte, tra le altre, nelle sentenze 20-22 novembre 2002, n. 470, in GC, 3941, 2002, e 14-28 aprile 1994, n. 164, in RIDL, 1995, II, 25, con nota di MARIANI M., La parola definitiva della Corte costituzionale sulla questione del servizio mensa).

b) introdurrebbe fasce di reperibilità per il controllo della sussistenza della malattia estese a tutta la giornata, in violazione dell'art. 13 Cost. (violazione del diritto alla libertà personale) e di "tutti i diritti fondamentali dei lavoratori e dei cittadini previsti dalla Costituzione"; viene richiamata inoltre la giurisprudenza della Corte Costituzionale da cui si evincerebbe il diritto del lavoratore a rifiutare la visita nonché ad assentarsi dal domicilio eletto durante le fasce di reperibilità per dei giustificati motivi, nonché la illegittimità costituzionale di una disciplina che non riconoscesse alcun trattamento economico durante l'assenza per malattia; di contro, premesso che il regime delle fasce orarie di reperibilità



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso

contestato dalla ricorrente è stato soppresso a seguito dell'intervenuta abrogazione della relativa disposizione da parte del D.L. n. 78/2010) ed ora sostituito, ai sensi dell'art. 55-*septies*, comma 5, con le fasce di reperibilità introdotte con D.M. 18/12/2009, n. 206 (dalle 9 alle 13 e dalle 15 alle 18), la questione di costituzionalità delle disposizione in materia di fasce di reperibilità, come disciplinata in precedenza dall'art. 71 del D.L. n. 112/2008, non appare in alcun modo rilevante nel presente giudizio ai fini del decidere, con riferimento alla domanda di restituzione delle trattenute operate dal suo datore di lavoro.

c) parte ricorrente sostiene che la disciplina dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008 introdurrebbe una disparità di trattamento all'interno del pubblico impiego, in quanto ad alcune categorie di dipendenti pubblici tale disciplina non si applica (comparto sicurezza e difesa e VV.FF.), lamenta inoltre l'introduzione di una disciplina difforme da quella applicabile al lavoro privato, in violazione dell'art. 3 Cost.; **di contro**, occorre rilevare come non possa configurarsi una ingiustificata disparità di trattamento, come lamenta la ricorrente, con altre categorie di lavoratori (cui le decurtazioni non si applicano, per esplicita esclusione del comma 1-*bis* dell'art. 71, qualora la malattia sia conseguente a lesioni riportate in attività



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso

operative e addestrative). Difatti, non solo tale esclusione si ricollega alle specifiche mansioni e funzioni, nonché rischi relativi, cui è sottoposto il personale escluso dall'applicazione della norma in questione, ma la stessa Corte costituzionale ha, inoltre, costantemente escluso *"la possibilità di raffrontare situazioni caratterizzate da mancanza di omogeneità tra categorie di dipendenti e da un diverso meccanismo di determinazione dei rispettivi trattamenti retributivi"* (Corte Cost., sentenza n. 287/2006). Spetta, infatti, al Legislatore la valutazione in ordine all'applicabilità di regimi differenziati a situazioni non assimilabili (i dipendenti privati, ad esempio, in caso di malattia, godono dell'indennità corrisposta dall'INPS, che sostituisce la retribuzione). Né vale a sostenere le ragioni di incostituzionalità sostenute dalla ricorrente il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 34/1971 in quanto la disparità in materia di trattamento dell'assenza per malattia riguardava, nella fattispecie esaminata dalla Corte, la differenziazione operata dal legislatore tra personale di ruolo e non di ruolo, situazione disomogenea con quella ora posta all'esame di codesto Tribunale in quanto nel caso dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008 trattasi di una differenziazione fondata sulle specifiche mansioni e contesti – ed in considerazioni dei connessi maggiori



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso

rischi per l'incolumità e di morbilità – cui è sottoposto il personale escluso dall'applicazione della ritenuta sul trattamento economico (personale del comparto sicurezza e difesa e VV.FF.); nella stessa sentenza della Corte Costituzionale, in questo senso, la Corte non esclude che il legislatore possa introdurre un trattamento dell'assenza per malattia differenziato tra categorie di dipendenti pubblici "quando la disparità trovi fondamento su presupposti logici obiettivi", quali sono appunto quelli che hanno condotto all'esclusione del predetto personale;

e) viene addotto che la disciplina dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008, in particolare per quanto riguarda la decurtazione del trattamento economico in caso di malattia, violerebbe il diritto alla salute sancito dalla Costituzione; **di contro** va rilevato che la retribuzione fondamentale del dipendente non viene intaccata, né le fasce di reperibilità impediscono al dipendente di attendere alle cure ed alle indagini diagnostiche necessarie, stante la piena giustificazione del dipendente in caso di assenza al controllo qualora l'assenza sia dovuta a questi scopi; inoltre, la ricorrente, pur lamentando la ristrettezza delle fasce di reperibilità, ha comunque prestato la propria acquiescenza ai controlli disposti dal datore di lavoro, né la questione di costituzionalità delle disposizione in materia di fasce di



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso

reperibilità, come si è illustrato in precedenza, appare rilevante nel presente giudizio ai fini del decidere con riferimento alla domanda di restituzione delle trattenute operate dal suo datore di lavoro.

3) parte ricorrente denuncia inoltre la contrarietà della disciplina contenuta nell'art. 71 del D.L. n. 112/2008 alla normativa dell'Unione Europea in materia di lavoro e giusta retribuzione, anche sotto il profilo della tutela della salute e disparità di trattamento,, anche con riferimento agli artt. 39, 40, 41 e 137 del Trattato CE; **di contro** va rilevato che la disposizione in questione abbia riportato nella sfera legislativa una materia demandata in precedenza (dal 1995 al 2008) alla competenza della contrattazione collettiva e che proprio la disciplina collettiva dei comparti pubblici prevedeva comunque specifiche norme sulle assenze per malattia, che contemplavano l'applicazione di decurtazioni stipendiali per le assenze di durata inferiore a quindici giorni: in tal senso, sia la disciplina collettiva che quella attuale unilaterale di natura legislativa hanno previsto un regime specifico per i pubblici dipendenti, in quanto la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, pur di principio privatizzata ex art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, comunque soggiace allo specifico "statuto" costituzionale del pubblico dipendente, che impedisce la piena assimilazione del lavoratore pubblico a quello privato ed impone ovvero consente - per determinate materie ed istituti del rapporto di lavoro – una



Presidenza del Consiglio dei Ministri

**Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso**

disciplina differenziata dal lavoratore privato, anche nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione; in questo senso, la disciplina contestata dalla ricorrente non appare assolutamente contrastante con i principi della legislazione comunitaria, che, di contro, lasciano ai singoli Stati la possibilità di disciplinare in modo parzialmente difforme alcuni istituti del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici per la salvaguardia di interessi generali, tra i quali rientra anche quello del raggiungimento di risparmi di spesa ai fini del rientro proprio nei parametri imposti dall'appartenenza all'Unione, la maggiore efficienza ed efficacia dell'organizzazione e dell'azione amministrative ed, eventualmente, anche la prospettata finalità di riduzione dell'assenteismo, trattandosi di un bacino di circa tre milioni di pubblici dipendenti, ditalchè supponendo un fenomeno di assenteismo superiore al fisiologico, questo determinerebbe pur sempre un onere significativamente rilevante per la finanza pubblica, che giustifica comunque l'intervento in giudizio del Dipartimento della Funzione Pubblica (art. 61, comma 1-bis, D.Lgs. n. 165/2001).

SI CONCLUDE

perché l'adito Tribunale respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa, voglia:

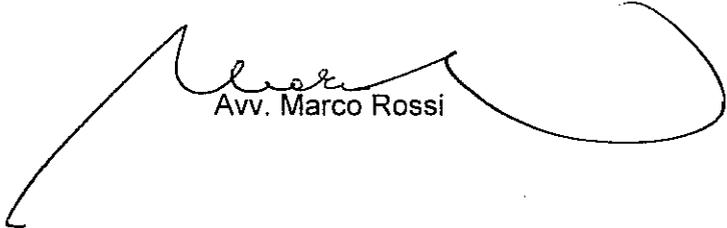


Presidenza del Consiglio dei Ministri

**Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio affari generali e personale – Servizio affari legali e contenzioso**

- dichiarare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008 e, comunque, la non rilevanza della questione con riferimento al giudizio in corso con riferimento ai prospettati profili di incostituzionalità riguardanti la disciplina delle fasce di reperibilità;
- dichiarare la non contrarietà dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008 con la normativa comunitaria;
- rigettare, per l'effetto, la domanda dei ricorrenti, perché del tutto infondata in fatto ed in diritto.

Roma, li 8 ottobre 2010


Avv. Marco Rossi