

IL TRATTAMENTO ECONOMICO DI MALATTIA DEI PUBBLICI DIPENDENTI AL VAGLIO
DELLA CORTE COSTITUZIONALE

(Nota a Corte costituzionale, 7 maggio 2012, n. 120)

CORTE COSTITUZIONALE, 7 maggio 2012, n. 120 – Pres. Quaranta – Red. Mazzella – Ciurli ed altri c. Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca e Ufficio scolastico provinciale di Livorno¹.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Impiego pubblico - Periodi di assenza per malattia - Trattamento economico nei primi dieci giorni di assenza - Corresponsione del solo trattamento fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio - Asserita lesione del diritto alla salute, disparità di trattamento in danno dei lavoratori pubblici, lesione del diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, lesione del diritto alla assistenza - Insussistenza - Non fondatezza delle questioni. - D.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133), art. 71. - Costituzione, artt. 3, 32, 36 e 38.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 71, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, co. 1, l. 6 agosto 2008, n. 133, in riferimento agli artt. 3, 32, 36 e 38 Cost., recante la seguente disposizione: «Per i periodi di assenza per malattia, di qualunque durata, ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto 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. I risparmi derivanti dall’applicazione del presente comma costituiscono economie di bilancio per le amministrazioni dello Stato e concorrono per gli enti diversi dalle amministrazioni statali al miglioramento dei saldi di bilancio. Tali somme non possono essere utilizzate per incrementare i fondi per la contrattazione integrativa».

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Le motivazioni della Corte costituzionale. – 3. Cenni sul trattamento economico e normativo di malattia nel pubblico impiego. – 4. Brevi spunti ricostruttivi.

¹ Il testo della sentenza della Corte costituzionale n. 120/2012, pubblicato in G.U. – I Serie Speciale – Corte costituzionale, n. 20 del 16/05/2012, è altresì reperibile in www.giurcost.org/decisioni/index.html.

1. Con ordinanza n. 257 del 5 agosto 2011², il Tribunale di Livorno, in funzione di Giudice del Lavoro, sollevava innanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 71, d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modificazioni nella l. n. 133 del 6 agosto 2008, in relazione agli artt. 3, 32, 36, 38 della Costituzione.

I ricorrenti, dipendenti del Comparto scuola, chiedevano, in particolare, l'accertamento del proprio diritto a ricevere, in caso di malattia, l'intero trattamento retributivo in busta paga e «non solo il trattamento minimo o fondamentale», giusta previsione dell'art. 71 d.l. n. 112/2008, del quale invocavano la disapplicazione in riferimento alle trattenute subite a far data dall'entrata in vigore del decreto legge³. Con effetto da tale data, infatti, il legislatore introduceva la disposizione riportata in epigrafe.

Nell'ordinanza di rimessione, la questione veniva valutata rilevante in quanto centrale ai fini del giudizio di che trattasi. Circa la non manifesta infondatezza, i possibili profili d'incostituzionalità esposti, riferiti agli artt. 3, 32, 36 e 38 della Costituzione, venivano motivati come segue.

Sotto il primo profilo (art. 3), la disposizione incriminata parrebbe idonea a ledere il principio generale di eguaglianza in quanto «l'art. 71 del citato decreto, applicabile ai soli lavoratori del settore pubblico, prevedendo nei periodi di assenza dal lavoro per malattia, la sola corresponsione del trattamento economico fondamentale, [...] determina un'illegittima disparità di trattamento dei lavoratori del settore pubblico rispetto a quelli del settore privato», ove al massimo si giunge, in alcuni contratti collettivi, alla previsione dell'omesso pagamento dei primi tre giorni (periodo di carenza), subentrando dal quarto giorno la copertura INPS.

L'appartenenza al settore pubblico, pertanto, finirebbe con l'essere elemento discriminante tra i lavoratori dei due settori, atteso che, dopo le riforme intervenute nel corso del tempo (c.d. privatizzazione del pubblico impiego), entrambi i rapporti di lavoro sono caratterizzati da identici tratti distintivi (con particolare riguardo all'elemento della subordinazione) e, a maggior ragione, perché rispetto all'evento malattia «[...] non ha alcuna rilevanza la natura pubblica o privata del datore di lavoro».

Con riferimento al secondo profilo, poi, cioè alla garanzia del diritto alla salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, sancita dall'art. 32 Cost.,

² L'ordinanza, pubblicata in G.U. – I Serie speciale – Corte costituzionale, n. 52 del 14/12/2011, è altresì reperibile in www.giurcost.org/decisioni/index.html.

³ Il d.l. n. 112/2008 è entrato in vigore con la pubblicazione in G.U. – Serie Generale, n. 147 del 25 giugno 2008. Da tale data si applica, pertanto, il nuovo regime delle trattenute per malattia ivi previsto.

l'ordinanza poneva in risalto come la decurtazione economica potesse tradursi in un abbassamento del livello della tutela costituzionale poiché il lavoratore, «[...] spinto dalle necessità economiche, viene di fatto indotto a lavorare aggravando il proprio stato di malattia».

V'è poi il rilievo riferito al presunto conflitto dell'art. 71, d.l. n. 112/2008 con l'art. 36 Cost. che enuncia il principio della retribuzione giusta e sufficiente a garantire al lavoratore ed alla rispettiva famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Il dipendente pubblico contrattualizzato, percepisce, oltre al c.d. stipendio tabellare, un numero di indennità variamente denominate in funzione del ruolo ricoperto, delle responsabilità attribuite, della produttività conseguita etc.. Dato il cospicuo rilievo di dette indennità in rapporto alla complessiva retribuzione, la decurtazione protratta per dieci giorni può avere un notevole impatto sulla busta paga del lavoratore assente per malattia. In tal senso, probabilmente, è da interpretarsi l'inciso contenuto nell'ordinanza di rimessione, secondo il quale la riduzione subita in busta paga «[...] diventa tale da non garantire al lavoratore una vita dignitosa».

Infine, con riferimento all'art. 38 Cost., il giudice *a quo*, completando il quadro della non manifesta infondatezza, laconicamente riferiva essere lampante la violazione del precetto costituzionale: «Non è chi non possa vedere come il privare, durante la malattia, un lavoratore di parte dello stipendio, della retribuzione globale di fatto, integri esattamente quel fare venire meno i mezzi di mantenimento e assistenza al cittadino in quel momento inabile al lavoro».

2. «Nel merito, le questioni non sono fondate. 3.1. – La disposizione censurata prevede inderogabilmente la detrazione delle competenze accessorie dal trattamento dovuto al lavoratore in malattia per i primi dieci giorni, in un quadro di misure dirette alla riduzione dei giorni di assenza per malattia dei dipendenti pubblici, al fine di “riportare il tasso di assenteismo del settore pubblico nei limiti di quello privato” (relazione al disegno di legge n. 1386 presentato alla Camera dei deputati il 25 giugno 2008) e con l'effetto dichiarato di utilizzare i risparmi in tal modo realizzati per il miglioramento dei saldi di bilancio delle pubbliche amministrazioni, senza alcuna confluenza nei fondi per la contrattazione integrativa. La differenza più rilevante rispetto alla disciplina previgente, di fonte eminentemente contrattuale (art. 17 del contratto collettivo relativo al personale del comparto scuola sottoscritto il 29 novembre 2007) risiede nella generalizzata operatività della riduzione in esame, indipendentemente dalla durata della malattia. Così ricostruita la *ratio legis*, la disposizione in oggetto si sottrae alle censure del rimettente. 3.2.– Dev'essere, anzitutto,

esclusa la denunciata violazione dell'art. 3 Cost. In primo luogo, l'art. 2110 del codice civile dispone che, in caso di malattia, spettano al lavoratore la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalla contrattazione collettiva, dagli usi o secondo equità. Ciò significa che già la norma generale di disciplina dell'istituto è programmaticamente aperta ad una pluralità di soluzioni regolative di dettaglio. In secondo luogo, sotto il profilo in esame, l'impianto normativo del lavoro pubblico non è confrontabile con quello del lavoro privato, per il fatto che nell'ambito di quest'ultimo convivono regimi notevolmente diversificati. Invero, per esso, talora si fa ricorso ad un sistema assicurativo obbligatorio (destinato peraltro solo ad una parte dei lavoratori: operai, agricoltori ed altre specifiche categorie), rispetto al quale, di conseguenza, la contrattazione collettiva svolge una funzione integrativa nei vari settori merceologici (intervendo con una quota della retribuzione in aggiunta alla prestazione previdenziale). Talora, invece, la copertura previdenziale non è prevista (come nel caso degli impiegati). La legge speciale (art. 6 del regio decreto-legge 13 novembre 1924, n. 1825, recante "Disposizioni relative al contratto d'impiego privato") e i contratti collettivi dispongono, quindi, autonomamente un trattamento retributivo a favore del lavoratore malato. Diversamente, nel lavoro pubblico privatizzato – al quale appartengono i lavoratori della scuola che sono parti nel giudizio a quo – la materia è sostanzialmente demandata alla contrattazione collettiva, in ossequio ai principi regolatori della normativa del settore, di cui agli artt. 2, 45 e 51 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), con una varietà di discipline che risentono delle peculiarità di ciascun comparto di riferimento. Sicché, i due sistemi, privato e pubblico, già significativamente differenziati al loro interno, risultano assolutamente incomparabili, contrariamente a quanto ritenuto dal rimettente, proprio in relazione al regime della malattia. A tutto ciò va aggiunto che, malgrado la tendenziale omogeneizzazione derivante dalla privatizzazione della disciplina del pubblico impiego, la Corte non ha mancato di escludere l'equiparabilità tra gli ambiti del lavoro pubblico e del lavoro privato, affermando a più riprese la non perfetta coincidenza dei relativi regimi (sentenze n. 146 del 2008, n. 367 del 2006, nn. 199 e 82 del 2003, n. 309 del 1997, nonché nn. 313 e 388 del 1996). Peraltro, la scelta di depurare del trattamento accessorio la retribuzione fissa mensile del dipendente assente per malattia, sia pure con diverse sfumature, rappresenta una costante nei contratti collettivi del pubblico impiego, e non soltanto nel comparto scuola. Con l'effetto che la norma censurata s'iscrive nel sistema risultante dal complesso della

contrattazione collettiva rivolta al personale pubblico dei singoli settori. 3.3.– Neppure la questione di legittimità dell'art. 71 del decreto-legge n. 112 del 2008, proposta in relazione all'art. 36 Cost., è fondata. La conservazione del trattamento fondamentale garantisce, per definizione, l'adeguatezza della retribuzione e la sua funzione alimentare durante il periodo di malattia, tanto più che la durata della riduzione è contenuta dalla disposizione censurata nei limiti della decade. Del resto, questa Corte ha reiteratamente chiarito che il giudizio sulla conformità di un trattamento all'art. 36 Cost. non può essere svolto per singoli istituti, né – può aggiungersi – giorno per giorno, ma occorre valutare l'insieme delle voci che compongono il trattamento complessivo del lavoratore in un arco temporale di una qualche significativa ampiezza (sentenze nn. 366 e 287 del 2006, n. 470 del 2002 e n. 164 del 1994). Con la conseguenza che la decurtazione del trattamento accessorio per i soli primi dieci giorni di malattia non arreca alla retribuzione del lavoratore una perdita che possa pregiudicarne, in spregio al dettato costituzionale, la “proporzionalità” o la “sufficienza”. 3.4.– Per ragioni analoghe non è ravvisabile alcun contrasto della norma in oggetto con l'art. 38 Cost. Infatti, nessuna disposizione, né generale, né settoriale, impone che la prestazione economica in costanza di malattia coincida o tenda a coincidere con la retribuzione del lavoratore in servizio o con una sua determinata porzione. Sicché, il ragguaglio di essa al mero trattamento fondamentale per i soli primi dieci giorni di assenza non è così drastico da privare il lavoratore infermo di mezzi idonei di sussistenza. D'altro canto, si realizza in tal modo il ponderato bilanciamento, sia con altri principi costituzionalmente garantiti, come quello di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), indirettamente perseguito scoraggiando con la forza deterrente della penalizzazione economica fenomeni di assenteismo, sia con ulteriori esigenze di rango primario, come quella (particolarmente avvertita in materia previdenziale) di controllo della spesa pubblica. 3.5.– Infine, non sussiste la denunciata lesione dell'art. 32 Cost. È, infatti, non sostenibile che la riduzione di retribuzione sancita dalla norma in questione, con la salvezza del trattamento fondamentale e la brevità della durata, costringa il lavoratore ammalato, come opina il rimettente, a rimanere in servizio pur di non subirla, anche a costo di compromettere ulteriormente la salute. La decurtazione retributiva de qua, non comportando aggravii particolari, è del tutto inidonea ad esercitare qualunque coazione al riguardo. D'altro canto, a tutto voler concedere, questa Corte ha già riconosciuto che anche il diritto alla salute dev'essere temperato con altre esigenze costituzionalmente tutelate (sentenze n. 212 del 1998 e n. 212 del 1983; ordinanza n. 140 del 1995). E nella specie viene, altresì, in rilievo,

come si è visto, il buon andamento della pubblica amministrazione, che la norma censurata si propone a ragion veduta di perseguire disincentivando l'assenteismo».

3. Per i dipendenti pubblici, non diversamente da quelli del settore privato, la malattia costituisce causa di sospensione del rapporto di lavoro⁴.

La regolazione dell'istituto si rinviene innanzitutto nella disciplina codicistica: l'art. 2110 c.c., garantisce, infatti, la conservazione del posto di lavoro ed il relativo trattamento economico⁵, nei termini quantitativi e temporali delineati dalla legge o dal contratto collettivo di riferimento⁶.

Inizialmente, nel pubblico impiego, è la legge che provvede a regolare, oltre all'intera materia del rapporto di lavoro, gli aspetti relativi alla malattia: il riferimento normativo è il testo unico emanato con d.P.R. n. 3 del 10 gennaio 1957⁷ in cui si collocano organicamente gli istituti economici e normativi applicabili ai dipendenti civili dello Stato.

Pur nel comune ancoraggio agli articoli 32, 36 e 38 della Costituzione, la malattia nel settore pubblico palesa non pochi segni distintivi rispetto all'omologo istituto del settore privato. Ciò è evidente guardando, in primo luogo, all'elemento fondativo del rapporto di lavoro, che, nel pubblico, è l'atto amministrativo di nomina (almeno in una prima stagione), nel privato, invece, il contratto di lavoro, con le differenze in termini di funzione e le variazioni contenutistiche che ne derivano. Lo stesso *nomen iuris* degli istituti di malattia, utilizzato nel suddetto testo unico, varia, inoltre, in riferimento ai termini di aspettativa e di congedo straordinario⁸.

L'impronta pubblicistica si conserva pressoché inalterata anche nella stagione inaugurata dalla l. n. 93 del 29 marzo 1983 (c.d. legge quadro sul pubblico impiego): da tale

⁴ In generale, sulle cause di sospensione del rapporto di lavoro cfr. R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, 2010, Torino, p. 306 ss.; G. FALASCA, *Manuale di diritto del lavoro*, 2012, Milano, p. 256 ss.; M. CINELLI, *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, 1984, Milano, p. 191 ss..

⁵ Sui diritti garantiti dall'art. 2110 c.c., quali il diritto alla conservazione del posto ed il divieto di licenziamento, il diritto alle prestazioni economiche, il diritto alla maturazione dell'anzianità di servizio etc., cfr. specificamente M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, 2002, Padova, p. 5 ss..

⁶ Cfr., sul concetto di sospensione del rapporto di lavoro per malattia quale causa di interruzione della prestazione non imputabile al lavoratore e sul campo di operatività dell'art. 2110 c.c., G. LAVAGNINI, *La sospensione del rapporto di lavoro*, 1961, Milano, p. 88 ss..

⁷ Per una ricostruzione aggiornata ed una panoramica sulla malattia dei dipendenti pubblici, cfr. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, 2011, Torino, p. 159 ss..

⁸ Cfr. art. 37 (congedo straordinario) e art. 68 (aspettativa per infermità), d.P.R. n. 3/1957. Sul punto cfr. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, op. cit., p. 159.

momento, però, l'elemento contrattuale, almeno al livello collettivo (accordi sindacali), assume un ruolo crescente nella definizione del contenuto del rapporto di lavoro (gli accordi stipulati venivano poi recepiti in decreti del Presidente della Repubblica così da dispiegare efficacia *erga omnes*).

A far data dal d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993⁹ – poi confluito nel nuovo t.u. dei pubblici dipendenti, emanato con il d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 e s.m.i.¹⁰ – il ruolo della contrattazione collettiva e del contratto individuale di lavoro (come fonte costitutiva del rapporto) prende corpo per effetto delle previsioni di legge e degli sviluppi avutisi nella negoziazione di comparto: così la regolazione della malattia nel settore pubblico si uniforma, sotto più d'un riguardo, a quella del settore privato¹¹. Ciò, soprattutto a partire dalla seconda tornata contrattuale (1998-2001) che, giusta previsione dell'art. 72, d.lgs. n. 29/1993, sancisce una più forte delegificazione¹², con disapplicazione di moltissime delle norme di legge in precedenza vigenti e loro sostituzione con disposizioni di derivazione pattizia (C.C.N.L.)¹³.

⁹ Sulla riforma del pubblico impiego di cui al d.lgs. n. 29/1993 cfr. diffusamente L. ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, 1998, Torino, p. 15 ss..

¹⁰ Per una panoramica sulle problematiche insorte nel periodo che va dal d.lgs. n. 29/1993 al t.u. approvato con d.lgs. n. 165/2001, anche in rapporto alla stipula dei c.c.n.l. della c.d. "seconda tornata", cfr. F. CARINCI – L. ZOPPOLI, *Progettando il testo unico sul pubblico impiego*, in *Lav. pubb. amm.*, 2000, I, p. 5 ss..

¹¹ Sulla contrattualizzazione del pubblico impiego cfr. F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci – M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario, I, 2000, p. 177 ss.; Osserva R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, op. cit., p. 333, che «L'ampliamento delle funzioni dello Stato [...] e l'ingresso, a partire dagli anni '70, di dinamiche sindacali conformi a quelle dei settori produttivi hanno avviato un processo di omogeneizzazione del lavoro pubblico e di quello privato, consolidatosi con la legge quadro sul pubblico impiego (legge n. 93/1983) che realizza anche l'inserimento sistematico della contrattazione collettiva nel processo regolativo di questo rapporto». Ciò avviene soprattutto dopo la l. n. 421 del 23 ottobre 1992 «sulla base della quale è stato emanato il d.lgs. n. 29/1993, poi ripetutamente integrato e modificato».

¹² Cfr. L. ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, op. cit., p. 33 ss..

¹³ Recita in proposito l'art. 72, d.lgs. n. 29/1993: «Salvo che per le materie di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421, gli accordi sindacali recepiti in decreti del Presidente della Repubblica in base alla legge 29 marzo 1983, n. 93, e le norme generali e speciali del pubblico impiego, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto e non abrogate, costituiscono, limitatamente agli istituti del rapporto di lavoro, la disciplina di cui all'articolo 2, comma 2. Tali disposizioni sono inapplicabili a seguito della stipulazione dei contratti collettivi disciplinati dal presente decreto in relazione ai soggetti e alle materie dagli stessi contemplati. Le disposizioni vigenti cessano in ogni caso di produrre effetti dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, del secondo contratto collettivo previsto dal presente decreto». Sulla disapplicazione delle disposizioni relative alle materie disciplinate dai c.c.n.l. di comparto, di cui al citato art. 72, d.lgs. n. 29/1993, cfr., per es., c.c.n.l. – Comparto Ministeri del 16 febbraio 1999 (art. 39); c.c.n.l. – Comparto Università del 9 agosto 2000 (art. 75); c.c.c.l. – Comparto Regioni ed Autonomie Locali del 1 aprile 1999 (art. 28), in www.aranagenzia.it/index.php/contrattazione/comparti. Circa il ruolo centrale della contrattazione collettiva nell'impianto del d.lgs. n. 29/1993, ed in particolare sul concetto di delegificazione, cfr. V. SPEZIALE, *La deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo*, in F. Carinci – M. D'Antona (a cura di), op. cit., p. 257 ss.; In generale su contrattazione collettiva

Nel nuovo assetto del pubblico impiego privatizzato, pertanto, il rapporto di lavoro della quasi totalità dei dipendenti (i c.d. contrattualizzati) viene regolamentato dalla fonte collettiva, sia di livello nazionale che decentrato: il rapporto individuale è, invece, disciplinato non più da un atto amministrativo di nomina ma sulla base di un contratto individuale di lavoro¹⁴. Per tali categorie, anche il *nomen iuris*, si armonizza a quello utilizzato in ambito privatistico, parlandosi ormai *tout court* di malattia (e non più di aspettativa).

Solo di recente, l'art. 1 della l. n. 15 del 4 marzo 2009¹⁵, nuovamente modificando il rapporto tra legge e contrattazione collettiva, ha cambiato il *modus operandi* del meccanismo che consentiva la deroga, da parte del contratto collettivo successivo, alle disposizioni di legge precedenti recanti regole riservate ai lavoratori pubblici¹⁶. Mentre in passato la deroga era sempre possibile, tranne nel caso che la legge disponesse contrariamente, attualmente lo è solo se la legge dispone espressamente in tal senso.

Venendo dunque, dopo le necessarie premesse, al regime giuridico ed economico della malattia nel comparto pubblico, si evidenzia innanzitutto il diritto del lavoratore assente alla conservazione del posto (come nel settore privato) per un periodo abbastanza consistente, definito dalla contrattazione collettiva di riferimento (c.d. periodo di comportamento)¹⁷.

I primi 18 mesi di assenza sono oggetto di una copertura pressoché completa.

Infatti, la sospensione dell'attività di lavoro non è soggetta a particolari condizioni ed è retribuita nei limiti previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro e dal regime legale introdotto dall'art. 71, d.l. n. 112/2008 e s.m.i., oggetto della pronuncia in commento. Possono

ed efficacia del contratto collettivo nel settore pubblico, cfr. B. CARUSO, *Le relazioni sindacali*, in B. Caruso – M. Cinelli – G. Ferraro (a cura di), *Manuali modulari di diritto del lavoro*, p. 156 ss..

¹⁴ Le categorie in regime di diritto pubblico, sono indicate nell'art. 3, d.lgs. n. 165/2001. In riferimento a tali categorie, cfr. A. TURSI, *Categorie ed amministrazioni escluse dalla privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. Carinci – M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario, I, 2000, p. 317 ss..

¹⁵ L'art. 1, co. 1, l. n. 15/2009 dispone che «Il secondo periodo del comma 2 dell'articolo 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è sostituito dal seguente: "Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge"».

¹⁶ Cfr. A. BELLAVISTA – A. GARILLI, *Regolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pub. amm.*, 2010, 1, p. 14. Osservano gli AA. che «In questo modo il riformatore esprime una sorta di sfiducia nella legge e di completa sfiducia nella capacità della contrattazione collettiva di garantire gli interessi pubblici coinvolti nella gestione del personale».

¹⁷ Sul diritto alla conservazione del posto e sul divieto di licenziamento del lavoratore cfr. M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, op. cit., p. 5 ss..

poi essere concessi, a richiesta del dipendente ed in casi di particolare gravità, fino a ulteriori 18 mesi senza stipendio e senza maturazione dell'anzianità di servizio¹⁸.

A richiesta del lavoratore, prima di procedere alla concessione di tale ulteriore periodo, il datore di lavoro dispone l'accertamento delle condizioni di salute del lavoratore medesimo, e, nel caso in cui venga accertata, in esito alla visita collegiale, l'inidoneità a svolgere qualsiasi proficuo lavoro, l'amministrazione pubblica procede alla risoluzione del rapporto, previa corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso¹⁹.

La possibilità di fruizione del secondo periodo di malattia senza stipendio segna una prima vistosa differenza rispetto al settore privato, ove non è presente una tutela temporalmente così estesa²⁰.

Altra differenza di rilievo è quella attinente al trattamento economico del periodo retribuito: nel privato, tale trattamento è a carico dell'INPS il quale eroga, oltre il terzo giorno (c.d. periodo di carenza) e fino al ventesimo giorno, un importo pari al 50% della retribuzione media globale giornaliera, e, oltre il ventesimo giorno, un importo corrispondente al 66,66% (calcolato sulla medesima retribuzione)²¹. Quasi tutti i contratti collettivi del settore privato, tuttavia, danno copertura anche al c.d. periodo di carenza²².

Nel pubblico impiego, invece, il trattamento economico di malattia (la cui regolazione si rinviene nei contratti collettivi di comparto fin dalla tornata contrattuale 1994–1997) è a carico dell'ente datore di lavoro.

Quest'ultimo, nei primi nove mesi di assenza, è tenuto a corrispondere al dipendente l'intera retribuzione fissa mensile, con esclusione di ogni compenso accessorio comunque

¹⁸ Solo al termine di tale periodo, definito di comparto (che può essere computato in maniera secca o per sommatoria), il datore di lavoro potrà esercitare il recesso dal rapporto di lavoro. Cfr. M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, op. cit., p. 169 ss..

¹⁹ Per quanto attiene alle disposizioni applicate dai c.c.n.l. del comparto pubblico in caso di malattia nelle varie tornate contrattuali, cfr., a titolo di esempio, art. 21, c.c.n.l. – Comparto Ministeri, quadriennio normativo 1994-1997; art. 21, c.c.n.l. – Comparto Regioni ed Autonomie Locali, quadriennio normativo 1994-1997; art. 21, c.c.n.l. – Comparto Enti Pubblici non Economici, quadriennio normativo 1994-1997; art. 34, c.c.n.l. – Comparto Università, quadriennio normativo 1998-2001, in www.aranagenzia.it/index.php/contrattazione/comparti..

²⁰ Cfr. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, op. cit., p. 161.

²¹ Sul trattamento economico della malattia nel settore privato e sui riflessi previdenziali cfr., M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, 2012, Torino, p. 426 ss..

²² In riferimento al c.d. periodo di carenza, è molto diffusa nella contrattazione collettiva privata «la prassi di porre a carico del datore di lavoro l'obbligo di coprire questo periodo mediante il pagamento di un'indennità di importo equivalente a quella riconosciuta dall'INPS». In tal senso, cfr. G. FALASCA, *Manuale di diritto del lavoro*, op. cit., p. 258 ss.; Sul trattamento migliorativo garantito dai c.c.n.l. vigenti vari settori per il c.d. periodo di carenza, cfr., M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, op. cit., p. 429.

denominato²³. Nell'ambito di tale periodo, per le malattie superiori a quindici giorni lavorativi o in caso di ricovero ospedaliero e per il successivo periodo di convalescenza post ricovero, al dipendente compete anche il trattamento economico accessorio come determinato dal c.c.n.l. del comparto di riferimento²⁴.

Nei successivi 3 mesi, poi, spetta il 90% della retribuzione suddetta; per gli ulteriori 6 mesi, infine, compete il 50% della retribuzione utile²⁵.

Nel quadro sopra brevemente tracciato s'inserisce l'art. 71, d.l. n. 112/2008 e s.m.i.²⁶. Tale disposizione non fa che riportare (almeno in parte) la materia delle trattenute, tradizionalmente appannaggio della contrattazione collettiva, nella sfera della regolazione legislativa²⁷. La previsione normativa si aggiunge, senza causare aggravii alla posizione dei dipendenti, alle analoghe disposizioni già presenti nei contratti collettivi di comparto, introducendo il legittimo principio per cui a tutti i dipendenti pubblici, contrattualizzati e non, nei primi dieci giorni di malattia non è dovuto altro trattamento all'infuori di quello fondamentale. In tal senso si è espresso il TAR Lazio, Sez. I bis, nella sentenza del 3 aprile 2009, n. 4078, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata da una dipendente ministeriale in riferimento alle decurtazioni subite ai sensi dell'art. 71, d.l. n. 112/2008²⁸.

²³ Cfr. in proposito l'art. 21, c.c.n.l. comparto Ministeri, relativo al quadriennio normativo 1994 –1997, il quale, facendo riferimento all'art. 34 del medesimo c.c.n.l. (che a sua volta rinvia all'allegato B), già di fatto contiene una previsione di decurtazione del trattamento accessorio in godimento al dipendente ministeriale, limitatamente ai primi quindici giorni di assenza.

²⁴ In tal senso dispongono quasi tutti i contratti del comparto pubblico, con sfumature diverse riguardo alle indennità da considerare utili ai fini della decurtazione del trattamento accessorio. Per es., l'art. 21 del c.c.n.l. Regioni ed Autonomie Locali, nel definire il trattamento economico di malattia, rinvia alla tabella 1, dettagliando in modo molto specifico quali siano le indennità accessorie soggette a decurtazione e quali no, in caso di malattia superiore a quindici giorni. Per un commento sui c.c.n.l. comparto Regioni e Autonomie Locali, succedutisi nel tempo, cfr. N. ROLLO – A. LULLI, *Interruzione e sospensione del rapporto di lavoro*, in G. De Marzo – R. Tomei (a cura di), *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali*, 2004, Padova, p. 209 ss..

²⁵ Cfr. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, op. cit., p. 161. Per la contrattazione collettiva cfr. *supra*, in nota n. 19.

²⁶ Per un primo commento sull'art. 71, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, cfr. E. GRAGNOLI, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico fra controllo della spesa e auspicato miglioramento dell'efficienza*, in M. Miscione – D. Garofalo (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, 2009, Milano, p. 186 ss..

²⁷ Cfr., C. DI NARDO, *Le decurtazioni stipendiali per le assenze per malattia nel pubblico impiego dopo il dl n. 112/2008*, Nota a sentenza TAR Lazio, Sez. I bis, 3 aprile 2009, n. 4078, in *Lav. pub. amm.*, 2010, 3-4, p. 675 ss..

²⁸ Cfr. TAR Lazio, Sez. I bis, 3 aprile 2009, n. 4078, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it/WEBY2K/frmRicercaSentenza.asp.

Le circolari ministeriali emanate a chiarimento della disposizione di che trattasi precisano, per la qualificazione delle voci retributive (fondamentale ed accessoria), che le amministrazioni dovranno comunque far riferimento alle eventuali definizioni fornite dai contratti collettivi per ciascun comparto o area di riferimento²⁹.

Dette circolari si focalizzano anche sul punto della retribuzione esente da trattenuta, identificabile in alcuni emolumenti ben individuati: il trattamento tabellare iniziale (e l'indennità integrativa speciale in esso conglobata), le posizioni economiche, la tredicesima mensilità, la c.d. retribuzione individuale di anzianità (r.i.a.), ove acquisita, l'eventuale assegno *ad personam*, l'indennità di posizione di parte fissa per il personale dirigenziale delle varie aree³⁰.

Inoltre, resta esente dalla trattenuta l'indennità di risultato del personale dirigenziale atteso che tale voce retributiva «[...] non può essere assimilata ad un'indennità giornaliera, legata alla presenza in servizio, poiché viene corrisposta solo se e nella misura in cui gli obiettivi assegnati risultino conseguiti e l'attività svolta risulti valutabile a tale fine»³¹. Il medesimo ragionamento vale anche per le altre categorie di personale, compreso il personale ad ordinamento pubblicistico, che percepiscano indennità analoghe.

Nel regime legale, restano invece senza copertura (salve alcune eccezioni, quali, per esempio, l'infortunio sul lavoro, il ricovero ospedaliero e le malattie richiedenti terapie salvavita) le altre indennità a carattere non fondamentale, altrimenti erogate al personale durante la normale attività di servizio.

In buona sostanza, con l'introduzione del d.l. n. 112/2008, si profilano due differenti regimi di trattenute applicabili in modo complementare e non cumulativo: l'uno è quello legale, che vige in relazione ai primi dieci giorni di assenza, a prescindere dalla durata della

²⁹ Sull'art. 71, d.l. n. 112/2008, sono state emanate le seguenti circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica: circ. n. 7 del 17 luglio 2008; circ. n. 8 del 5 settembre 2008; circ. n. 2 del 28 settembre 2010 (quest'ultima emanata di concerto con il Dipartimento per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e l'innovazione tecnologica); circ. n. 8 del 19 luglio 2010. In particolare, cfr. circ. Dipartimento della funzione pubblica n. 7/2008, *cit.*, p. 2, la quale richiama il principio contenuto nell'art. 45, d.lgs. n. 165/2001, giusta il quale «Il trattamento economico fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi».

³⁰ Per le indicazioni sugli emolumenti da considerare erogabili al fine che interessa, cfr. circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 7/2008, *cit.*, p. 2.

³¹ Cfr. circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica di concerto con il Dipartimento per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e l'innovazione tecnologica, n. 8/2010, *cit.*, p. 3.

malattia; l'altro è quello contrattuale che si attiva nel caso in cui l'estensione temporale della malattia ecceda i dieci giorni³².

In particolare, in tale ultima ipotesi, ferma l'applicazione del regime legale³³, l'amministrazione di appartenenza opererà le trattenute previste dal regime contrattuale di comparto se la durata dell'assenza è compresa tra gli undici ed i quindici giorni; se invece l'assenza eccede i quindici giorni non verranno operate ritenute sul trattamento accessorio ai sensi del c.c.n.l. di comparto vigente, ma solo quelle risultanti dal regime legale³⁴.

4. Dalla ricostruzione proposta è evidente che : a) vi sono state in passato e tuttora sussistono vistose differenze tra il regime di malattia dei dipendenti pubblici e quello dei dipendenti privati; b) che i dipendenti pubblici, già prima della c.d. riforma Brunetta, scontavano (con i doverosi distinguo per i vari comparti) trattenute sul salario accessorio, giusta i regimi contrattuali caso per caso applicabili. Da un lato, quindi, il clamore ed il senso di contrarietà che hanno accompagnato l'introduzione della norma, per l'essere destinata a colpire tutti indistintamente, anche i lavoratori non assenteisti, e per causare un aggravio burocratico³⁵, può apparire alquanto eccessivo; dall'altro, però, gli stessi proclami governativi

³² Cfr. in tal senso, C. DI NARDO, *Il regime delle assenze per malattia dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e la certificazione medica* on line, in *Lav. pub. amm.*, 2010, 3-4, p. 715 ss.. L'A., nel richiamare anche il contenuto della circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica, n. 8/2008, mette in luce come «[...] l'amministrazione dovrà applicare le decurtazioni per i primi dieci giorni in base al dettato dell'art. 71 e, se l'assenza perdura, proseguire nella detrazione della retribuzione accessoria in ottemperanza alle disposizioni contrattuali fino, al massimo, al quindicesimo giorno, facendo salvo, comunque, il trattamento più favorevole previsto dal contratto collettivo o dalle specifiche normative di settore (quale, ad esempio, quello dettato per il caso di assenza dovuta ad infortunio sul lavoro o a malattia riconducibile a causa di servizio)».

³³ Cfr. circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica, n. 8/2008, cit., p. 2, la quale evidenzia come «In sostanza, i dieci giorni non sono un contingente predefinito massimo entro 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 c.c.n.l. e dagli accordi di comparto) a partire dal primo giorno, ma il trattamento deve comunque essere "scontato" relativamente ai primi dieci giorni».

³⁴ Cfr. in tal senso, C. DI NARDO, *Il regime delle assenze per malattia dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e la certificazione medica* on line, in *Lav. pub. amm., op. cit.*, p. 716. L'A., nel richiamare anche il contenuto della circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica, n. 8/2008, mette in luce come «[...] l'amministrazione dovrà applicare le decurtazioni per i primi dieci giorni in base al dettato dell'art. 71 e, se l'assenza perdura, proseguire nella detrazione della retribuzione accessoria in ottemperanza alle disposizioni contrattuali fino, al massimo, al quindicesimo giorno, facendo salvo, comunque, il trattamento più favorevole previsto dal contratto collettivo o dalle specifiche normative di settore (quale, ad esempio, quello dettato per il caso di assenza dovuta ad infortunio sul lavoro o a malattia riconducibile a causa di servizio)».

³⁵ Cfr., tra gli altri, M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro dopo il D.L. n. 112 del 2008 su sviluppo economico e semplificazione*, in *Lav. giur.*, 2008, 10, p. 977.

più volte lanciati sull'assenteismo dei pubblici dipendenti ed il presunto effetto taumaturgico imputato alla disposizione, sembrano, com'è stato osservato, il classico «ruggito del topo», in quanto l'innovazione introdotta non è poi così eclatante come sembra³⁶.

Le note ricostruttive sopra sviluppate, appaiono già sufficienti ad insinuare più d'un interrogativo sulla postulata incostituzionalità dell'art. 71, d.l. n. 112/2008.

Ad ogni modo, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 120 del 7 maggio 2012, da un lato confermando alcuni orientamenti espressi in precedenti pronunce³⁷, dissolve definitivamente i dubbi sollevati da giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione n. 257/2011, in riferimento agli artt. 3, 32, 36 e 38 Cost., facendo perno, tra l'altro, proprio su argomenti quale, ad esempio, quello per cui la legge, nella sostanza, ripropone (sia pure con diverse sfumature), una previsione costante nei contratti collettivi del pubblico impiego³⁸.

Più nello specifico, con riferimento all'art. 3 Cost., viene evidenziata una assoluta non comparabilità del lavoro privato rispetto a quello pubblico (cfr. *supra* par. 2), sia sulla base dell'art. 2110 c.c., sia argomentando dai principi costituzionali applicabili alla materia, e ciò «[...] malgrado la tendenziale omogeneizzazione derivante dalla privatizzazione della disciplina del pubblico impiego» che tuttavia non equivale a «perfetta coincidenza dei relativi regimi»³⁹.

Né l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata può ricondursi alla violazione dell'art. 36 Cost.⁴⁰, giacché il giudizio di sufficienza ai sensi di tale ultimo articolo

³⁶ Cfr. B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) nel lavoro pubblico nella legge n. 133 del 2008 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *W.P. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, 79/2008, p. 26. Osserva l'A. come, a proposito di assenteismo dei lavoratori pubblici, «i dati snocciolati dal ministero e pubblicati nel sito web della funzione pubblica ... sembrano un bollettino di guerra vittoriosa a un punto tale di trionfalismo, che il ministro si è pure potuto permettere di organizzare pubblicamente l'autoironia». Ma, poi, prosegue sostenendo che, in effetti, escludendo i dirigenti, rispetto ai quali la retribuzione accessoria ha un maggiore peso percentuale sulla retribuzione complessiva, per i dipendenti dei comparti gli istituti retributivi fissi e continuativi ulteriori rispetto alla retribuzione fondamentale e i compensi accessori «[...] oltre a non essere quantitativamente rilevanti come nella dirigenza, sono già spesso esclusi dalla contrattazione collettiva in caso di malattia. Per cui la situazione non cambierebbe granché rispetto al passato».

³⁷ Cfr., tra le altre, Corte cost., 3 luglio 2006, n. 287, in www.giurcost.org/decisioni/index.html.

³⁸ In tal senso, cfr., in motivazione, Corte cost., 7 maggio 2012, n. 120, *cit.*, n. 3.2.

³⁹ Cfr. per es., Corte cost., 7 maggio 2008, n. 146, in www.giurcost.org/decisioni/index.html, ove viene rilevato come la Corte abbia in più occasioni precisato che «la specificità del “lavoro pubblico, per il quale rileva l'art. 97 Cost.” (sentenza n. 367 del 2006) legittima differenziazioni di trattamento rispetto al lavoro privato».

⁴⁰ In dottrina, nel senso che l'art. 71 non sia in conflitto con l'art. 36 Cost., perché la decurtazione è soggetta ad un limite temporale breve (10 giorni) che ne limita l'incidenza sulla retribuzione talché questa rimarrebbe comunque sufficiente cfr., per es., P. JORI, *La legittimità costituzionale dell'articolo 71 della legge 6 agosto 2008 n. 133 concernente: “Conversione in legge, con modificazioni del decreto legge 25 giugno*

«[...] non può essere svolto per singoli istituti... ma occorre valutare l'insieme delle voci che compongono il trattamento complessivo del lavoratore in un arco temporale di una qualche significativa ampiezza» e, in ogni caso, il fatto che «La conservazione del trattamento fondamentale garantisce, per definizione, l'adeguatezza della retribuzione e la sua funzione alimentare durante il periodo di malattia»⁴¹.

Il giudizio dato dalla Corte in riferimento all'art. 38 Cost., viene argomentato con ragioni analoghe a quelle esposte relativamente all'art. 36 Cost., non esistendo, da un lato, alcuna specifica disposizione che imponga al datore di lavoro di corrispondere al lavoratore malato un trattamento equivalente a quello dovuto in attività di servizio, e, dall'altro, non essendo verosimile che la decurtazione del salario accessorio, limitata ai primi dieci giorni di assenza, possa rivelarsi tale da privare il lavoratore infermo dei mezzi adeguati alle esigenze di vita.

Infine, non appare sostenibile, l'argomentazione del giudice rimettente, riferita all'art. 32 Cost.⁴², per cui il timore della trattenuta potrebbe forzare il lavoratore malato a prestare comunque servizio onde evitarne l'applicazione. Come sopra chiarito, infatti, l'entità della trattenuta è tale da non poter esercitare alcuna coazione in tal senso. E poi, «[...] a tutto voler concedere ... il diritto alla salute deve essere temperato con altre esigenze costituzionalmente tutelate»: nella specie, trattandosi di pubblici uffici, l'art. 32 va bilanciato con l'art. 97 Cost., nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione, che potrebbe passare anche attraverso misure (come quelle introdotte dalla norma censurata) atte a disincentivare l'assenteismo⁴³.

dott. Alfredo Salvatori

2008, n. 112 Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”, in *LexItalia.it*, 2008, 9, p. 6.

⁴¹ Cfr. Corte cost., 7 maggio 2012, n. 120, *cit.*, n. 3.3.

⁴² In riferimento all'art. 32, Cost., cfr. ancora, P. JORI, *La legittimità costituzionale dell'articolo 71 della legge 6 agosto 2008 n. 133 concernente: “Conversione in legge, con modificazioni del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”*, *op. cit.*, p. 6. Secondo l'A. «[...] la nuova disciplina delle assenze per malattia non appare incompatibile con l'interesse primario costituito dalla tutela della salute».

⁴³ Cfr. Corte cost., 7 maggio 2012, n. 120, *cit.*, n. 3.5.