

STUDIO LEGALE CARINCI

PROF. AVV. FRANCO CARINCI

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO DEL LAVORO NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

PROF. AVV. SANDRO MAINARDI

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO DEL LAVORO NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

AVV. FEDERICA SANVIDO

AVV. SUSANNA CARINCI

AVV. MATTEO MARSANO

Segreteria e Amministrazione

SIMONA STIFANELLI

CONCETTA PIETROPAOLI

Bologna, 1° aprile 2010

Spett.le Associazione Nazionale Presidi
Alla c.a. del Presidente Dott. Giorgio Rembado
Viale del Policlinico 129/a
00161 Roma

Oggetto: *parere legale.*

Mi si chiede parere legale in ordine:

1) alla sussistenza, ed alla conseguente possibilità di azionare in giudizio, del diritto dei dirigenti "scolastici" collocati nell'area V di contrattazione collettiva ad una perequazione retributiva rispetto ai dirigenti "statali", collocati nell'area I di contrattazione; perequazione che dovrebbe soprattutto avere ad oggetto la retribuzione di posizione e di risultato prevista dalla contrattazione collettiva, stante la sostanziale uguaglianza del trattamento fondamentale.

2) alla sussistenza, ed alla conseguente possibilità di azionare in giudizio, del diritto dei dirigenti "scolastici", assunti successivamente al momento del passaggio all'interno della categoria dirigenziale dei capi d'istituto, realizzato tramite il CCNL 1° marzo 2002, ad una perequazione retributiva nei confronti di questi ultimi; perequazione riferita alla mancata attribuzione ai primi, ad opera della contrattazione collettiva, della retribuzione individuale di anzianità (RID), invece, riconosciuta, al momento del passaggio all'interno della categoria dirigenziale, ai secondi.

I. Sul diritto ad una perequazione retributiva dei dirigenti dell'area V nei confronti dei dirigenti dell'area I.

Il primo quesito - e quindi la sussistenza di un diritto dei dirigenti dell'area V ad ottenere una perequazione retributiva ai dirigenti dell'area I, nonostante le diverse disposizioni della contrattazione collettiva - trova una soluzione negativa, innanzi tutto, nella

giurisprudenza ormai consolidata da oltre un ventennio, in ragione della quale la contrattazione collettiva è libera di predeterminare la retribuzione da attribuirsi ai lavoratori subordinati, definendone, altresì, la struttura, nei soli limiti stabiliti dalle norme imperative di legge ⁽¹⁾.

Quanto, poi, alle disposizioni di legge, appunto, idonee a concorrere ed altresì limitare la contrattazione collettiva nella propria attività di predeterminazione delle retribuzioni, è dato rinvenire soltanto alcune disposizioni dedicate a *specifiche* voci retributive, irrilevanti nel caso *de quo*, quali, il trattamento di fine rapporto (art 2121 c.c.), l'indennità sostitutiva del preavviso (art. 2120 c.c.), retribuzione per le festività infrasettimanali (art. 5, legge n. 260/1949), tredicesima mensilità (d.p.r. 1070/1960). Con riferimento al solo pubblico impiego, è dato rinvenire una disposizione che si occupa della *globale* retribuzione dei dirigenti, rappresentata dall'art. 24 del d.lgs. n. 165/2001: "*la retribuzione del personale con qualifica dirigenziale è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità*". Se ne deve dedurre che proprio la legge, e proprio con riferimento ai dirigenti pubblici, conferma il ruolo della contrattazione collettiva, già riconosciuto dalla giurisprudenza, a determinare il *quantum* del trattamento retributivo dirigenziale, oltretutto in via esclusiva. L'unico limite che trova la contrattazione collettiva, ai sensi della menzionata disposizione, è quello riferito alla sola "struttura" della retribuzione dirigenziale, la quale deve contenere un trattamento accessorio collegato alle funzioni ed alle responsabilità. Quello che legge si limita qui a prescrivere è, però, soltanto l'obbligo per la contrattazione collettiva di prevedere un trattamento accessorio a quello fondamentale. Non si spinge anche ad imporre il *quantum* di tale trattamento, che è, invece, rimesso alla piena discrezionalità della contrattazione collettiva.

Non resta, dunque, che osservare come nello stabilire un trattamento inferiore per i dirigenti dell'area V rispetto a quelli dell'area I, riferito al trattamento accessorio, la contrattazione collettiva non abbia fatto altro che adempiere alla propria ed esclusiva funzione tariffaria, muovendosi perfettamente all'interno delle disposizioni legali. Anche l'"inopportunità" o l'"incongruità" della scelta operata dalla contrattazione collettiva, alla luce della maggiore complessità, onerosità, responsabilità delle funzioni svolte dai dirigenti "scolastici", in raffronto ai dirigenti "statali", non appare criterio suscettibile di inficiare le scelte discrezionalmente operate dalla contrattazione collettiva, una volta attribuita a favore della stessa una competenza "in bianco" a determinare il trattamento economico dei dirigenti.

¹ Si vedano tra le tante pronunce l'importante Cass. S.U. 3888/1993, nonché le antecedenti Cass. 3818/1990, 4635/1990, 5942/1991, 9003/1991, 168/1992, 1786/1992, 8043/1992.

In astratto, un sindacato di “opportunità” o “incongruità” delle scelte operate dell'autonomia collettiva potrebbe essere condotto richiamando i principi costituzionali in tema di retribuzione.

Il riferimento è, innanzi tutto, ai principi posti in tema di retribuzione dall'art. 36 Cost.: *proporzionalità* della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro svolto e *sufficienza* della stessa a garantire al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa. Escludendo a priori un possibile contrasto con il principio di sufficienza, che appare del tutto inverosimile, con riferimento al principio di proporzionalità, si deve rilevare come la giurisprudenza sia consolidata anche qui da oltre un trentennio nel riconoscere proprio le scelte discrezionalmente operate dalle parti collettive il parametro della proporzionalità della retribuzione.

Ciò non toglie, ed è la stessa giurisprudenza che lo ha talvolta riconosciuto ⁽²⁾, che il trattamento dei contratti collettivi possa essere riconosciuto come inadeguato, ai sensi del principio di proporzionalità della retribuzione, rispetto alla natura, onerosità, complessità, responsabilità degli incarichi conferiti ai dirigenti dell'area V. Appare, tuttavia, un tentativo con scarse probabilità di riuscita, innanzi tutto, perché l'onere di provare l'inadeguatezza dello specifico contratto collettivo rispetto al disposto costituzionale, sarebbe a carico del lavoratore che la eccepisce in giudizio; prova che appare tutt'altro che semplice, anche perché, in concreto, si tratterebbe di convincere il Giudice che il parametro di adeguatezza della retribuzione che egli abitualmente utilizza, appunto il contratto collettivo, è esso stesso in contrasto con l'art. 36 menzionato.

In ogni caso, a troncare ogni margine di successo appare il principio statuito dalla Corte di Cassazione, anche in una recente pronuncia (18 dicembre 2008, n. 29761), a tenore del quale *“la garanzia dell'art. 36 Cost, sia il divieto di riduzione dei livelli retributivi in godimento, non possono trovare applicazione per il trattamento economico accessorio costituito dalla retribuzione di posizione, preordinata, diversamente dal trattamento fondamentale, allo svolgimento di una funzione di differenziazione e di incentivazione, necessariamente temporanea e revocabile in quanto strettamente connessa allo specifico incarico conferito”*. Pertanto, proprio il trattamento economico accessorio del dirigente pubblico, il quale sarebbe oggetto della specifica richiesta di adeguamento che si cercherebbe di proporre, esula dalla copertura del principio costituzionale di adeguatezza della retribuzione.

Si potrebbe, ancora, in astratto, sollevare una violazione del principio costituzionale di uguaglianza da parte della contrattazione collettiva dell'area V, emergente dal confronto con la contrattazione dell'area I. Tuttavia, anche su questo aspetto la posizione consolidata e

compatta della giurisprudenza è ancora una volta del tutto contraria alla posizione che si vorrebbe sostenere. E' stata, infatti, riconosciuta l'impossibilità di rinvenire nel nostro ordinamento un principio di parità di trattamento riferito a lavoratori che svolgono le stesse mansioni e di uguale anzianità. Ciò, in quanto l'art. 3 della Costituzione nello stabilire il principio di uguaglianza si riferisce e applica nei rapporti con il potere pubblico e non nei rapporti interprivati, ed ancora l'art. 36 Cost. si limita a stabilire il principio di sufficienza ed adeguatezza della retribuzione prescindendo da ogni comparazione intersoggettiva ⁽³⁾. Sono fatti, ovviamente, salvi fatti i divieti di discriminazione.

L'autonomia privata individuale, pertanto, fatta eccezione però per il pubblico impiego come ci si appresta ad evidenziare, non è compressa da alcuna disposizione costituzionale ed, allo stato, nemmeno legale in ordine alla determinazione della retribuzione, nel senso di garantire un'uguaglianza retributiva a lavoratori che svolgono le medesime mansioni.

Si diceva, tale conclusione non vale proprio per il pubblico impiego in ragione del principio di parità retributiva esplicitamente posto dal legislatore con l'art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001: "*Le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi*". Il suddetto principio, si configura, comunque, come una limitazione posta alla sola contrattazione individuale. Sicuramente non è applicabile, invece, nei confronti della contrattazione collettiva, la quale, proprio ai sensi del già citato art. 24 del d.lgs. n. 165/2001, ma anche dello stesso art. 45, è libera di quantificare le retribuzioni nei diversi comparti ed aree, senza certamente, essere da nessuna norma, né ordinaria, né tantomeno costituzionale, obbligata a predeterminare in misura uguale le retribuzioni nei diversi comparti.

Le conclusioni circa l'inesistenza di un principio di uguaglianza retributiva a carico della contrattazione collettiva non è messa in discussione nemmeno da quelle norme che, con riferimento ad alcuni rapporti di lavoro atipico, quali il lavoro a termine (art. 6, d.lgs. n. 368/2001), il part time (art. 4, d.lgs. n. 61/2000), la somministrazione di lavoro (art. 23, d.lgs. n. 276/2003), impongono, in un'evidente chiave di non discriminazione ⁽⁴⁾ e non già di assoluta perequazione retributiva, di non differenziare i trattamenti in atto nell'impresa tra lavoratori atipici e lavoratori tipici "comparabili". Ne deriva che è certamente vero che la contrattazione collettiva, al pari del datore di lavoro, nel rispetto di tali norme, non possa differenziare i trattamenti riservati ai lavoratori atipici rispetto a quelli tipici "comparabili".

² Vedi Cass. 928/1993 e Cass. 4147/1990.

³ Vedi sul punto, da ultimo Cass. 20845/2009; prima, tra le tante, Cass. SU 6030/1993; Cass. 4570/1996; Cass. 16262/2004; Cass. 1603/2004.

⁴ Ciò è confermato dall'art. 6, d.lgs. n. 368/2001 e dall'art. 4, d.lgs. n. 61/2000 in quanto norme espressamente rubricate "principio di non discriminazione".

Non può, invece, assolutamente derivarne un'elevazione di tale regola al rango di principio generale, da estendersi anche al trattamento riservato ai lavoratori appartenenti a categorie o comparti/aree diversi.

Nel senso appena delineato va letta la Sentenza 13.9.2007 della Corte di Giustizia Europea, citata nel secondo quesito posto alla nostra attenzione, laddove stabilisce che al principio di parità di trattamento retributivo non si possa derogare neanche tramite una disposizione legislativa, regolamentare o contrattuale collettiva di uno stato membro.

Alla luce di tutto quanto sopra delineato, non resta, dunque, che concludere per l'inesistenza di un diritto soggettivo dei dirigenti afferenti all'area V di contrattazione all'equiparazione del proprio trattamento retributivo con quello previsto per i dirigenti dell'area I. Equiparazione, o anche semplice rivalutazione, che può avvenire, invece, soltanto ad opera della contrattazione collettiva.

II. Sul diritto ad una perequazione retributiva interna all'area V di contrattazione a favore dei dirigenti sprovvisti di retribuzione individuale di anzianità.

Le conclusioni appena raggiunte valgono anche a fornire una risposta negativa al secondo quesito oggetto del presente parere. Basti a tale ultimo proposito, aggiungere che il giudizio di adeguatezza, a cui può essere sottoposta la retribuzione corrisposta ad un lavoratore subordinato, riguarda il livello complessivo della stessa e non anche la sua struttura. Dall'art. 36 Cost. non discende, infatti, un diritto del lavoratore a percepire una retribuzione strutturata su determinate voci, ma soltanto il diritto ad una retribuzione minima, proporzionata al lavoro svolto e sufficiente a garantire un reddito decoroso. In questo senso, ciò che coerentemente può essere richiesto al giudice è una valutazione di congruenza della complessiva retribuzione in godimento, da parte dei dirigenti che sono stati esclusi dalla RIA, in relazione ai principi posti dall'art. 36 Cost.

Escluso a priori che possa qui discutersi di insufficienza della retribuzione, per sostenere la non proporzionalità, valgono le considerazioni sopra già esposte e cioè: il lavoratore deve assolvere all'onere di provare che tale compenso, così come quantificato dalla contrattazione collettiva, non è in linea con il precetto costituzionale; prova quest'ultima che, alla luce delle medesime considerazioni già evidenziate, è alquanto difficile.

Per quanto riguarda, poi, il principio di uguaglianza, non può, per le ragioni già sopra premesse, ritenersi presente nel nostro ordinamento un obbligo per l'autonomia collettiva di quantificare in maniera assolutamente uniforme il trattamento retributivo dei dirigenti all'interno della stessa area. Al contrario, per ragioni che non siano suscettibili di concretare una qualche forma di discriminazione, legislativamente o costituzionalmente proibita, non

STUDIO LEGALE CARINCI

può escludersi la facoltà dell'autonomia collettiva di introdurre determinate differenziazioni di retribuzione tra dirigenti, ancorate a situazioni oggettive. In questo senso appare, pertanto, del tutto legittima la scelta operata dalla contrattazione collettiva nell'area V, in relazione al riconoscimento soltanto limitato della RIA; anche questa, scelta che non pare sindacabile in sede giudiziale.

Ringraziando fin d'ora per la fiducia accordatami, colgo l'occasione per porgere i miei migliori saluti

Prof. Avv. Franco Carinci

