**Parere**

**Oggetto: Emolumento denominato IMA e legittimità dell’art. 5 dell’ipotesi di accordo collettivo integrativo – anno 2014 stipulato tra l’Università di Roma “Tor Vergata” e le OOSS.**

**1)** La vera natura giuridica dell’IMA è quella di componente fissa della retribuzione e non di emolumento accessorio.

**A)** Depone in questo senso la struttura e la funzione che ha sempre caratterizzato tale emolumento. Infatti, prima del 2012, esso veniva chiamato “Indennità di professionalità” ed è sempre stato una componente fissa della retribuzione mensile, non legata ad alcun risultato né ad alcuna valutazione. Si trattava, dunque, di un’indennità professionale fissa mensile che concorreva, unitamente alla componente base, alla determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente, ai fini del rispetto dell’art. 36 Cost.

Altri erano, invece, gli emolumenti accessori legati alle particolari caratteristiche di luogo, di tempo e di modo delle diverse mansioni, come ad esempio l’indennità di articolazione oraria o quella di rischio o quella di luogo disagiato.

Nel 2012, l’ “indennità di professionalità” cambiava solo di nome, venendo ridefinita come “Indennità Mensile Accessoria”, ma rimanendo, in realtà, inalterata sia la sua struttura che la sua funzione di elemento retributivo fisso mensile. Ed è evidente che il mutamento del mero *nomen* giuridico non può certo far mutare la natura di istituto retributivo fisso, confermata dal fatto che, anche in questa fase, l’indennità continuava ad essere erogata senza bisogno di alcuna valutazione preventiva.

Sicché l’IMA può ritenersi estranea alla retribuzione autenticamente accessoria, a cui fa riferimento l’art. 40, comma 3-bis, della D.lgs. n. 165/2001, come novellato dalla D.lgs. n. 150/2009, poiché, come si è detto, essa non ha una funzione premiale rispetto alle performance individuali, bensì quella di corrispettivo della prestazione ordinaria dovuta dal dipendente.

Ciò tra l’altro implica che il suddetto elemento della retribuzione fissa sia configurabile come un diritto quesito del lavoratore, con le caratteristiche, struttura e funzione di retribuzione ordinaria di cui si è detto.

Pertanto, il contratto collettivo integrativo che non preveda una valutazione del dipendente ai fini dell’erogazione dell’IMA non è in contrasto con il comma 3-bis del citato art. 40, proprio perché qui si tratta di retribuzione accessoria solo nominalmente, ma non di fatto né di diritto, con conseguente inapplicabilità della citata norma del D.lgs. n. 165/2001.

**B)** Né ha modificato la natura di istituto retributivo fisso dell’IMA, il fatto che l’Università di Tor Vergata, per il 2013, abbia previsto, non a caso in via unilaterale, una valutazione trimestrale a fini della sua erogazione. Invero, tale valutazione, che doveva essere effettuata attraverso un’attestazione dei dirigenti, non ha inciso sulla struttura e funzione di tale emolumento, il quale risulta essere stato erogato a tutti i dipendenti, tranne un caso eccezionale, dovuto a motivazioni del tutto particolari.

Nel contratto collettivo integrativo del 20 febbraio 2014 si è tornati invece alla coerenza rispetto alla vera natura giuridica di tale elemento fisso della retribuzione, venendo previsto, all’art. 5, che l’IMA sia erogata per dodici mensilità, senza alcuna valutazione, proprio al fine di assicurare che la retribuzione del dipendente sia rispettosa dei criteri inderogabili della proporzionalità e sufficienza di cui all’art. 36 Cost.

Al riguardo è opportuno ricordare che, in alcuni contratti collettivi, la retribuzione base è più bassa di quella conforme all’art. 36 Cost., proprio perché vi sono altre voci che la vanno ad integrare, come avviene, nella specie, con l’IMA.

Ad esempio, un impiegato dell’Università di Tor Vergata di livello C2 risulta percepire una retribuzione mensile netta pari a 1.190,00 Euro, comprensiva anche dell’IMA computata in circa 123,00 Euro; qualora l’IMA non dovesse più essere corrisposta con carattere di generalità, è evidente che la retribuzione del medesimo dipendente, pari a soli 1.060,00 Euro, solleverebbe il problema, ben più serio, del rispetto dell’art. 36 Cost.

**C)** Non smentiscono questa ricostruzione le previsioni dei contratti collettivi nazionali di comparto succedutesi nel tempo. Quella del 2005, all’art. 41, comma 4, stabiliva che la contrattazione collettiva integrativa istituisse un’indennità accessoria mensile che era distribuita per dodici mensilità, senza essere subordinata ad alcuna valutazione di performances del dipendente; anzi, nel prevedere espressamente che questo emolumento “*assorbe e sostituisce le indennità già corrisposte con carattere di generalità*”, rafforzava la sua natura giuridica di elemento fisso della retribuzione mensile.

Inoltre, il C.c.n.l. del 28 marzo 2006, all’art. 10, comma 1, lett. E, si limitava a precisare che l’IMA “*non è decurtabile se non in caso di sciopero*”.

Il successivo contratto collettivo del 2008 non modificava la suddetta natura giuridica dell’IMA, nonostante la sua menzione nell’art. 88, dedicato al fondo per le progressioni economiche e per la produttività. Invero, il comma 3 di tale articolo, nel far riferimento all’indennità mensile suddetta, nulla aggiungeva rispetto alle sue precedenti caratteristiche, limitandosi soltanto a prevederne un incremento.

**D)** Una volta assicurata la doverosa conformità al precetto costituzionale di cui all’art. 36 Cost., anche attraverso l’erogazione dell’IMA, il contratto collettivo integrativo del 20 febbraio 2014 ha potuto destinare ulteriori risorse, questa volta effettivamente dirette alla valorizzazione del merito e all’incentivazione della performance, sia per le elevate professionalità, agli artt. 2 e 3, sia soprattutto relativamente a progetti ed incentivi individuali rivolti alle categorie B, C, D, all’art. 4.

In questo caso è evidente la natura di compenso accessorio collegato alle performances, tanto è vero che il contratto collettivo lo subordina alla definizione di “*progetti chiari, perseguibili e verificabili nell’ambito degli obiettivi strategici* *da eseguire… in orari pomeridiani, in modo che le attività connesse si esplicano nelle fasce in cui la necessità di compresenza di personale e l’accesso dell’utenza sono minori*”. Ed infatti l’incentivo è sottoposto ad una verifica periodica del raggiungimento degli obiettivi, e viene attribuito in proporzione al grado di raggiungimento degli stessi.

oooOooo

**2)** In subordine, anche nella non condivisibile ipotesi in cui si ritenesse erroneamente di includere l’IMA nella retribuzione accessoria di cui all’art. 40, comma 3-bis, del D.lgs. n. 165/2001, egualmente sarebbe legittimo l’art. 5 del contratto integrativo del 20 febbraio 2014, che prevede l’erogazione dell’IMA senza subordinarla ad alcuna valutazione.

È pur vero che l’art. 65 del D.lgs. n. 150/2009, stabilisce che i contratti collettivi integrativi, vigenti alla data di pubblicazione del decreto medesimo, devono essere adeguati, entro il 31 dicembre 2010, a “*quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III del presente decreto*”; e questa disposizione è stata rafforzata da una norma di (inutile) interpretazione autentica, che ha appunto ribadito che ai contratti collettivi integrativi sottoscritti successivamente all’entrata in vigore del D.lgs. n. 150/2009 “*si applicano immediatamente le disposizioni introdotte dal medesimo decreto*”.

Tuttavia, questo adeguamento del contratto integrativo al Titolo III del suddetto decreto non implica automaticamente l’obbligo da parte della contrattazione collettiva di attuare proprio quegli strumenti di incentivazione, i cui meccanismi di valutazione della performance dei dipendenti sono tipizzati negli artt. 19 e seguenti del suddetto Titolo III.

Infatti, trova qui applicazione il principio generale, valido per tutti gli altri emolumenti comunque legati alla produttività, secondo cui le amministrazioni pubbliche promuovono il miglioramento della performance organizzativa ed individuale anche, ma non solo, attraverso meccanismi di valutazione del merito (cfr. art. 18, comma 1, del D.lgs. n. 150/2009).

Né potrebbe sostenersi che l’IMA rientri negli strumenti tassativamente elencati agli artt. 20 e seguenti del Titolo III del D.lgs. n. 150/2009.

Tali strumenti, come è noto, sono: a) il bonus annuale delle eccellenze; b) il premio annuale per l’innovazione; c) le progressioni economiche; d) le progressioni di carriera; e) l’attribuzione di incarichi e responsabilità; f) l’accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale in ambito nazionale ed internazionale.

È evidente che l’IMA non rientra fra gli strumenti previsti alle lettere da c) ad f) sopracitate (progressioni economiche; progressioni di carriera; attribuzione di incarichi e responsabilità; accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale in ambito nazionale ed internazionale).

Neppure sembra che l’IMA possa essere assimilata ad un bonus per l’eccellenza, ai sensi dell’art. 21, in quanto quest’ultimo riguarda performances esemplari dei singoli dipendenti, circoscritte a non oltre il 5% del personale. Il bonus è, dunque, uno strumento del tutto eccezionale e straordinario, incompatibile con la natura e la funzione dell’IMA, la quale, come si è visto sopra, nasce per sostituire tutte le precedenti indennità “*corrisposte con carattere di generalità*” (cfr. art. 41, comma 4, del C.c.n.l. del 27 gennaio 2005).

Neppure sembra che l’IMA possa essere assimilata ad un premio annuale per l’innovazione, ai sensi dell’art. 22, in quanto la stessa corresponsione mensile dell’indennità è evidentemente incompatibile con il meccanismo di valutazione annuale previsto per tale premio.

Inoltre, il premio per l’innovazione viene attribuito anche ai dirigenti, mentre è pacifico che l’IMA viene corrisposta esclusivamente agli impiegati appartenenti ai livelli B, C e D, ai sensi dell’art. 5 del contratto integrativo del 20 febbraio 2014.

Infine, anche in questa ipotesi subordinata, in cui si dovesse ritenere l’IMA un istituto retributivo accessorio, collegato all’attività svolta dai dipendenti, è evidente l’incompatibilità di una tale attività con la nozione di “progetto” a cui fa riferimento il citato art. 22. Invero, ai sensi di tale norma, il “progetto” non deve necessariamente essere stato implementato, essendo invece sufficiente che esso sia stato realizzato e candidato alla premiazione, su iniziativa dei dirigenti, dipendenti o gruppi di lavoro. Ed infatti, una volta presentata la candidatura, l’Organismo indipendente di valutazione, di cui al comma 3, non sarà tenuto a concedere il premio sulla base di un effettivo aumento della produttività, dovendo invece solo stabilire se il progetto sia “*in grado di produrre un significativo cambiamento dei servizi offerti o dei processi interni di lavoro*”.

Senza dire che, l’IMA si distingue ulteriormente, tanto dai bonus per le eccellenze, quanto dai premi per l’innovazione, anche per il suo differente meccanismo di finanziamento. Invero, ai sensi dell’art. 41, comma 4, del C.c.n.l. del 27 gennaio 2005, gli oneri derivanti dalla corresponsione dell’IMA gravano interamente “*sulle risorse del Fondo per le progressioni economiche e per la produttività collettiva ed individuale di cui all’art. 67 del CCNL 9/8/2000*”, mentre gli incentivi per le eccellenze e per le innovazioni “*sono riconosciuti a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva integrativa*”, come espressamente previsto dall’art. 20, comma 2, del D.lgs. n. 150/2009.

Sicché, anche in questa ipotesi subordinata, in cui si considerasse l’IMA come retribuzione accessoria, ai sensi dell’art. 40, comma 3-bis, del D.lgs. n. 165/2001, comunque non sarebbe necessario attivare, per la sua corresponsione, il complesso meccanismo di valutazione disciplinato dagli artt. 19 e ss. del Titolo III del D.lgs. n. 150/2009.

Risulta così confermata la piena legittimità dell’art. 5 del contratto integrativo, nella parte in cui non prevede alcuna valutazione preventiva sulle modalità di corresponsione dell’IMA.

oooOooo

**3)** In estremo subordine, nella ulteriore non condivisibile ipotesi in cui si ritenesse che l’IMA integri uno degli strumenti premiali di cui all’art. 20 del D.lgs. n. 150/2009, sarebbe comunque legittima la previsione di cui all’art. 5 del contratto integrativo che non richiede, ai fini della corresponsione dell’indennità medesima, alcuna valutazione preventiva.

Invero, la suddetta clausola dell’accordo integrativo non poteva fare altro che conformarsi alla disciplina dell’IMA già contenuta nel C.c.n.l. del 27 gennaio 2005, e poi recepita anche dal C.c.n.l. del 6 ottobre 2008, secondo cui l’IMA non è soggetta ad alcuna valutazione selettiva, trattandosi di indennità che, si ripete, “*sostituisce le indennità già corrisposte con carattere di generalità*”.

Questa gerarchia delle fonti è sancita anche dall’art. 40 del D.lgs. n. 165/2001, norma cardine in materia di trattamento economico accessorio, il quale stabilisce espressamente che la contrattazione integrativa “*si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali*”.

Ovviamente, le norme di fonte collettiva nazionale che escludono la valutazione per il pagamento dell’IMA sono pacificamente legittime, in quanto ad esse non è applicabile il D.lgs. n. 150/2009, che è entrato in vigore successivamente al contratto collettivo del 6 ottobre 2008, tutt’ora vigente, stante il blocco del rinnovo del C.c.n.l. fino al 31 dicembre 2014. Al riguardo, è chiarissimo il principio più volte ribadito dal legislatore secondo cui le disposizioni di cui al Titolo III del D.lgs. n. 150/2009 sono applicabili esclusivamente ai contratti collettivi nazionali stipulati “*a decorrere dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto*” (cfr. artt. 29 e 65, comma 5, del D.lgs. n. 150/2009). Tale principio è stato inoltre recepito dalla giurisprudenza di merito chiamata a pronunciarsi sul punto (Trib. Trieste, 5 ottobre 2010; Trib. Torino, 21 settembre 2010).

Sicché non sembra ammissibile che la contrattazione decentrata, in violazione, o comunque andando oltre i limiti, della contrattazione collettiva nazionale primaria, possa “auto attribuirsi” una competenza che non le spetta, quale quella di istituire per l’IMA dei meccanismi di valutazione analoghi a quelli indicati nel Titolo III del D.lgs. n. 150/2009.

Senza dire che una tale “spontanea” iniziativa potrebbe esporre l’amministrazione, nonché i suoi organi di revisione contabile, al rischio di un’azione di responsabilità per danno erariale, poiché costringerebbe l’Università ad implementare per l’IMA il meccanismo di valutazione previsto dall’art. 19 del D.lgs. n. 150/2009, con i conseguenti notevoli costi legati alla nomina di un “Organismo indipendente”, nonché all’attivazione di procedure selettive e alla formazione di apposite graduatorie distribuite su tre diversi livelli di performance, da sottoporre, poi, al Dipartimento della funzione pubblica affinché verifichi il rispetto dei princípi di selettività e meritocrazia.

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza contabile che, in casi del tutto assimilabili al nostro, ha ritenuto danno erariale l’aver sottoscritto “*un contratto integrativo, relativo alla dotazione e alla ripartizione del fondo per il salario accessorio del personale, contenente clausole contrastanti con il contratto collettivo nazionale di comparto*” (Corte dei Conti, Trentino Alto Adige, 12 febbraio 2007, n. 6; Corte dei Conti, Lombardia, 10 marzo 2006, n. 172).

D’altronde è noto che, quando il legislatore ha voluto consentire alla contrattazione collettiva decentrata di derogare *in peius* alla contrattazione collettiva nazionale, lo ha previsto espressamente (cfr. ad esempio, art. 8 D.L. n. 138/2011, convertito in Legge n. 148/2011).

Ed infatti gli eventuali scostamenti dalla contrattazione collettiva di livello nazionale, ad opera della contrattazione integrativa, sono stati esclusi dalla giurisprudenza di merito, che ha rilevato come sarebbe “*poco coerente*”, o addirittura “*non avrebbe alcun senso*”, che “*il contratto gerarchicamente subordinato… deve operare… in contrasto con la contrattazione di livello superiore*” (Trib. Velletri, decr., 27 settembre 2011).

Non a caso risulta che si sano attenuti alla suddetta interpretazione, che esclude eventuali responsabilità per danno erariale, tutti gli Atenei della Regione Lazio, nonché la stragrande maggioranza degli Atenei nazionali.

Roma, 24 aprile 2014

Prof. Avv. Carlo Pisani