Il personale a tempo indeterminato assunto a far data dal 01.01.2001 e quello assunto a termine dopo il 30.05.2000 è assoggettato al regime di TFR disciplinato dall'**art. 2120 c.c.** in forza del rinvio contenuto nel DPCM 20.12.1999.

E' soggetto inoltre alla disciplina del TFR il personale che, pur assunto prima del 01.01.2001, e quindi in TFS, abbia optato per aderire ai fondi previdenza complementare.

In sostanza per tali dipendenti pubblici vige la disciplina prevista per i dipendenti del settore privato. Il TFR nel settore privato è disciplinato dalla legge 29 maggio 1982, n.297 che ha modificato l'art. 2120 del codice civile. Per ciascun anno di servizio il datore di lavoro accantona contabilmente una quota pari alla retribuzione annua utile, tredicesima compresa, divisa per 13,5 (tali somme sono poi rivalutate annualmente al tasso composto dal 1,5% + 75% del tasso di inflazione annuo certificato dall'ISTAT).

Ciò vuol dire che ogni anno viene accantonato il **7,41%** della retribuzione utile.

Per i lavoratori privati, l'aliquota di computo per l'accantonamento è pari al 7,41% della retribuzione alla quale però si deve sottrarre lo 0,5% destinato per tale categoria un Fondo di Garanzia istituito presso l'INPS. **Rimane perciò accantonato utilmente per la prestazione, il 6,91% della base retributiva utile.**

Per i lavoratori pubblici non essendo previsto il versamento della quota dello 0,5% al Fondo istituito presso l'INPS, **l'aliquota di computo è assunta al netto della stessa, cioè pari al 6,91%.**

Quindi il datore di lavoro pubblico, per il personale in TFR, deve accantonare ogni anno il 6,91% della retribuzione sino alla cessazione del rapporto.

Il DPCM 20.12.1999, stabilendo che i dipendenti assunti dal 01.01.2001 sono in regime di TFR (la cui disciplina è essenzialmente quella sopra richiamata)., sancisce in effetti che la trattenuta pari al 2,5% del 80% retribuzione non si applichi più. Tuttavia è lo stesso DPCM a stabilire che per mantenere invariato il trattamento retributivo rispetto al personale in TFS (per capirsi ciò che va in tasca al lavoratore ogni mese) **"la retribuzione lorda viene ridotta in misura pari al contributo previdenziale obbligatorio soppresso e contestualmente viene stabilito un recupero in misura pari alla riduzione attraverso un corrispondente incremento figurativo ai fini previdenziali e dell'applicazione delle norme sul trattamento di fine rapporto"**.

Alla luce della disciplina sopra richiamata si deve concludere **che la retribuzione annuale utile ai fini dell'accantonamento del TFR NON RISENTE DELLA TRATTENUTA.**

Tuttavia è indubbio che la retribuzione lorda spettante al lavoratore in regime di TFR (e quindi ciò che va in tasca ogni mese al lavoratore) risulti comunque decurtata in concreto ed ogni mese di un 2,5% del 80% che poi è uguale al 2% del totale.

Sorge il sospetto, quindi, che attraverso detta trattenuta il dipendente in regime di TFR contribuisca comunque all'accantonamento delle somme necessarie per il pagamento del trattamento.

Legittimamente ci si può porre una domanda: la disciplina TFR dei dipendenti pubblici (e quindi anche i dipendenti comunali) è rispettosa del principio di parità di trattamento tra lavoratori posto che nel settore privato l'accantonamento annuale a fini TFR è completamente a carico del datore di lavoro ed il dipendente non subisce alcuna decurtazione della retribuzione mensile?

Nel settore pubblico detta trattenuta è prevista anche per il personale in regime di TFS (regime ripristinato all'indomani della sentenza della Corte Cost. che dichiarava illegittimo l'art. 12, comma

10 d.l. 78/2010 in forza del quale veniva sancito il passaggio in regime di TFR del personale ancora in TFS) ma in funzione di un trattamento, TFS, che tendenzialmente potrebbe risultare migliore rispetto a quello spettante al personale in regime di TFR.
Al riguardo rilevo che **negli enti locali il TFS** viene detto **IPS** (indennità premio servizio): la prestazione da liquidare alla cessazione del rapporto per IPS viene determinata moltiplicando un quindicesimo del 80% della retribuzione contributiva degli ultimi dodici mesi di servizio, comprensiva della tredicesima mensilità, per il numero degli anni utili (**legge 152 del 2 aprile 1968**). Si considera come anno intero la frazione di anno superiore a sei mesi, mentre quella inferiore a sei mesi viene trascurata.
Per i dipendenti comunali in regime di IPS si applica la trattenuta del 2,5% sul 80% della retribuzione: la trattenuta incide tanto sulla retribuzione mensile (quindi entrano in taca meno soldi) sia sulla base (retribuzione contributiva) per il calcolo della prestazione al momento della cessazione del rapporto.

La domanda si è posta anche e soprattutto dopo la sentenza della Corte Costituzionale 223/2012 che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 12,comma 10 dl 78/2010 ove si stabiliva :
[*10. Con effetto sulle anzianità contributive maturate a decorrere dal 1 gennaio 2011, per i lavoratori alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, per i quali il computo dei trattamenti di fine servizio, comunque denominati, in riferimento alle predette anzianità contributive non è già regolato in base a quanto previsto dall'articolo 2120 del codice civile in materia di trattamento di fine rapporto, il computo dei predetti trattamenti di fine servizio si effettua secondo le regole di cui al citato articolo 2120 del codice civile, con applicazione dell'aliquota del 6,91 per cento.*].

Come noto le P.A., successivamente all'entrata in vigore della predetta norma, hanno continuato a trattenere al suddetto personale passato in TFR il 2,5% della retribuzione ritenendo appunto che la nuova disciplina non incidesse sulla natura della prestazione che rimaneva nominalmente trattamento di fine servizio e dunque soggetto alla contribuzione diretta da parte del dipendente prevista dal DPR 1032/1973 ovvero dalla legge 152/1968 (per gli enti locali).

NELLE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA N. 223/2012 osserva la Corte Cost che:
1"*4.— Anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 10, del citato d.l. n. 78 del 2010, sollevata in riferimento agli articoli 3 e 36 Cost. è fondata.*
La premessa interpretativa del TAR per l'Umbria è, innanzitutto, corretta in punto di ricostruzione del quadro normativo, poiché la mancata espressa esclusione del permanere della trattenuta a carico del lavoratore non potrebbe indurre a far uso dell'argomento a silentio sia pure per perseguire un'interpretazione costituzionalmente orientata. Il perdurare del prelievo di cui si discute, infatti, oltre a derivare dall'astratta compatibilità fra il nuovo regime e la disciplina contenuta nel d.P.R. n. 1032 del 1973, è avvalorato dal fatto che il citato art. 12, comma 10, non contiene affatto una disciplina organica sulle prestazioni previdenziali in favore dei dipendenti dello Stato, in grado di sostituirsi, in senso novativo, al d.P.R. n. 1032 del 1973, come del resto ritenuto dall'Amministrazione in sede applicativa.
Ciò posto, va osservato che fino al 31 dicembre 2010 la normativa imponeva al datore di lavoro pubblico un accantonamento complessivo del 9,60% sull'80% della retribuzione lorda, con una trattenuta a carico del dipendente pari al 2,50%, calcolato sempre sull'80% della retribuzione. La differente normativa pregressa prevedeva dunque un accantonamento determinato su una base di computo inferiore e, a fronte di un miglior trattamento di fine rapporto, esigeva la rivalsa sul dipendente di cui si discute.
Nel nuovo assetto dell'istituto determinato dalla norma impugnata, invece, la percentuale di accantonamento opera sull'intera retribuzione, con la conseguenza che il mantenimento della

rivalsa sul dipendente, in assenza peraltro della "fascia esente", determina una diminuzione della retribuzione e, nel contempo, la diminuzione della quantità del TFR maturata nel tempo. La disposizione censurata, a fronte dell'estensione del regime di cui all'art. 2120 del codice civile (ai fini del computo dei trattamenti di fine rapporto) sulle anzianità contributive maturate a fare tempo dal 1° gennaio 2011, determina irragionevolmente l'applicazione dell'aliquota del 6,91% sull'intera retribuzione, senza escludere nel contempo la vigenza della trattenuta a carico del dipendente pari al 2,50% della base contributiva della buonuscita, operata a titolo di rivalsa sull'accantonamento per l'indennità di buonuscita, in combinato con l'art. 37 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032.
62
Nel consentire allo Stato una riduzione dell'accantonamento, irragionevole perché non collegata con la qualità e quantità del lavoro prestato e perché – a parità di retribuzione – determina un ingiustificato trattamento deteriore dei dipendenti pubblici rispetto a quelli privati, non sottoposti a rivalsa da parte del datore di lavoro, la disposizione impugnata viola per ciò stesso gli articoli 3 e 36 della Costituzione.
14.1.— Va, quindi, pronunciata l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui non esclude l'applicazione a carico del dipendente della rivalsa pari al 2,50% della base contributiva, prevista dall'art. 37, comma 1, del d.P.R. n. 1032 del 1973."

Orbene dalla motivazione sopra riportata a mio avviso si possono trarre alcune conseguenze:
1) In primo luogo la Corte non ritiene illegittima la scelta legislativa del passaggio dal regime di TFS al regime di TFR.
Osservo inoltre che la Corte ha preso in considerazione la posizione dei dipendenti pubblici in regime di Indennità di buonuscita di cui al *d.P.R. n. 1032 del 1973*. La sentenza cioè non prende in esplicita considerazione il personale enti locali che se assunto ante 2001 risultava soggetto al regime di trattamento di fine servizio denominato IPS di cui alla legge 152/1968 e previsto aggiungo per completezza anche per i dipendenti del servizio sanitario nazionale e degli altri enti iscritti all'ex Inadel (ma ciò non vieta di estendere il ragionamento anche a tali dipendenti).

2) La Corte censura l'art. 12, comma 10 d.l. 78/2010 nella parte in cui, ferma la legittimità del passaggio al regime di TFR, continua a prevedere una trattenuta del 2,5% tale da incidere negativamente sia su ciò che mensilmente viene percepito a titolo di retribuzione sia sulla base utile per la determinazione del TFR e quindi diminuendo anche la stessa misura della futura prestazione finale: situazione che complessivamente determina una situazione di INGIUSTIFICATA disparità con i dipendenti del settore privato.
3) In sostanza CIO' CHE E' CERTO E CHE all'indomani della sentenza i dipendenti soggetti al passaggio in regime di TFR in applicazione dell'art.12 comma 10 dl 78/2010 avrebbero potuto richiedere la ripetizione delle somme trattenute in forza della predetta disposizione a far data dal gennaio 2011.
E**' noto però che per evitare tale effetto restitutorio il Governo è intervenuto abrogando integralmente l'art. 12,c.10 dl 78/2010, di fatto ripristinando (con preteso effetto retroattivo) il regime di TFS per i soli lavoratori che alla data di entrata in vigore del suddetto articolo si trovavano ancora in regime di TFS (cioè assunti a tempo indeterminato ante 1.1.2001)**.

IMPORTANTE: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN PAROLA NON TRATTA ASSOLUTAMENTE DELLA DISCIPLINA DEL DPCM 20.12.1999 ED IN PARTICOLARE NON AFFERMA CHE LA TRATTENUTA DEL 2,5% PREVISTA DAL DPCM 20.12.1999 SIA ILLEGITTIMA O INDEBITA.

All'indomani della sentenza della Corte Cost. e del nuovo intervento legislativo (dl 185/2012), nel settore pubblico siamo ritornati alla situazione ante 2010 e quindi:

1) Personale assunto a tempo indeterminato prima del 01.01.2001 regime di TFS (comunque denominato) con trattenuta del 2,5% sull'80% retribuzione: trattenuta che incide diminuendola sia la retribuzione mensile sia sulla base per determinare la prestazione (tuttavia è opinione diffusa che le regole di liquidazione del TFS comportino comunque un trattamento migliore);
2) Personale assunto a tempo indeterminato dal 01.01.2001 in poi, o a termine dal 30.05.2000, regime di TFR. Per questi dipendenti il datore di lavoro deve accantonare ogni anno una quota pari al 6,91% della retribuzione ai fini del TFR. Tale accantonamento è carico esclusivo del datore.

Tuttavia ai sensi del DPCM 20.12.1999 la trattenuta del 2,5% sull'80% retribuzione si applica anche i dipendenti pubblici in REGIME DI TFR e per essere chiari la trattenuta incide sulle somme che entrano(o meglio non entrano) in tasca tutti i mesi (per garantire l'invarianza della retribuzione rispetto al personale in TFS).

Tale trattenuta tuttavia non incide sulla retribuzione utile ai fini dell'accantonamento annuale per TFR giacché tale retribuzione viene figurativamente incrementata di una somma pari alla trattenuta stessa.

QUINDI PER TALI LAVORATORI OGNI ANNO VIENE ACCANTONATA AI FINI DEL TFR UNA SOMMA PARI AL 6,91% DI UNA RETRIBUZIONE ANNUA CHE NON RISENTE DI ALCUNA DIMINUZIONE.

DETTO IN MODO DIVERSO LA TRATTENUTA IN PAROLA NON DETERMINA ALCUNA DIMINUZIONDE DELLE SOMME ANNUALMENTE ACCANTONATE A TITOLO DI TFR.

NONDIMENO se si dovesse ritenere che la trattenuta operata tutti i mesi rappresenti in concreto una forma di contribuzione a carico del dipendente in funzione del finanziamento del TFR si potrebbe concludere per la sussistenza di una disparità di trattamento rispetto ai **dipendenti privati** che non soffrono di nessuna trattenuta.

Una disparità potrebbe poi rilevarsi anche nel diverso trattamento esistente tra i lavoratori pubblici in regime di TFS e quelli in regime di TFR a condizione che effettivamente si sia in grado di provare che il trattamento di fine servizio garantisca la liquidazione di somme maggiori rispetto al TFR.

La questione è molto scivolosa, ed aggiungo, che di tali situazioni di disparità (ammesso che la Corte Cost., ove investita della questione, si pronunci in tal senso ovvero i tribunali ritengano di disapplicare la normativa del DPCM riconoscendo ai lavoratori il diritto alla ripetizione delle somme trattenute) ci saremmo tutti accorti con circa 13 anni di ritardo.

Rilevo poi che su questioni ben più pregnanti la Corte Cost. non ha esitato a giustificare la piena legittimità di situazioni e discipline diversificate tra pubblico e privato (a titolo di esempio richiamo la questione sugli effetti derivanti dalla violazione della disciplina relativa ai rapporti di lavoro c.d. Precario che nel settore privato determinano la conversione a tempo indeterminato mentre nel pubblico al più un risarcimento ex art. 36 dlgs 165/2001).

Concordo, infine, che “nel più ci sta il meno” e quindi, a fini cautelativi, una diffida potrebbe essere predisposta per impedire gli effetti della prescrizione del diritto alla ripetizione delle somme, ammesso che la trattenuta del 2,5% debba davvero considerarsi indebita.

La lettera di diffida da inviare all'amministrazione (per un dipendente a tempo indeterminato asunto dopo il 2001) potrebbe avere il seguente tenore:

OGGETTO: RICHIESTA RIPETIZIONE PER INDEBITA TRATTENUTA DEL 2,5% EX D.P.C.M. 20.12.1999

Il sottoscritto ---------- dipendente del ---------- dal ---------- qualifica ----------

PREMESSO

che il DPCM 20.12.1999 ha previsto il passaggio al regime di TFR di cui all'art. 2120 c.c. per tutti i dipendenti pubblici a tempo indeterminato assunti successivamente alla data del 31.12.2000;
che il medesimo DPCM ha stabilito che la retribuzione lorda dei dipendenti in regime di TFR subisca una riduzione di importo pari al contributo previdenziale obbligatorio che le amministrazioni, in forza dell'art. 37 DPR 1032/1973 e all'art. 11 legge 152/1968, recuperano a titolo di rivalsa sulle retribuzioni dei dipendenti in regime di trattamento di fine servizio.;
che per effetto della predetta disciplina il sottoscritto, in regime di TFR, subisce ogni mese una ingiustificata trattenuta del 2,5% applicata sul 80% della propria retribuzione con la quale in concreto contribuisco all'accantonamento annuale del TFR;
che tali trattenute non trovano alcuna giustificazione nella disciplina del trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 cc ove l'accantonamento è posto ad esclusivo carico del datore di lavoro senza alcuna rivalsa o onere a carico del lavoratore;
che la sentenza n. 223/2012 la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale per violazione dell'art. 3 e 36 Cost. l'art. 12, comma 10 d.l. 78/2010 nella parte in cui, sancendo il passaggio dei dipendenti ancora in regime di TFS al regime di TFR di cui all'art. 2120, non sopprimeva la trattenuta del 2,5% a carico del dipendente;
che in forza dei principi affermati dalla predetta sentenza della Corte Costituzionale la trattenuta in oggetto deve ritenersi in contrasto con i principi di parità di trattamento tra dipendenti pubblici e privati e di proporzionalità della retribuzione.

Per tutto quanto esposto diffido formalmente l'amministrazione in indirizzo dal continuare ad operare la trattenuta del 2,5% sul 80% della propria retribuzione e quindi chiedo la ripetizione e restituzione di tutte le somme illegittimamente trattenute dall'amministrazione a far data dalla mia assunzione oltre rivalutazione monetaria ed interessi dalla data di ogni illegittimo prelievo, riservandomi in difetto di adire le competenti autorità giudiziarie.
Valga inoltre la presente ai fini interruttivi di ogni prescrizione e decadenza.

LUOGO DATA *FIRMA*