

RGL 2/2024

PARTE II

RGL GIURISPRUDENZA ONLINE

NEWSLETTER N. 4/2024

APPROFONDIMENTI

I

TAR Lazio, 3.11.2023, n. 16305, S. IV-ter – Est. Tricarico.

Malattia – Fasce orarie di reperibilità – Illegittima differenziazione tra lavoratori pubblici e privati – Annullamento – Necessaria armonizzazione delle discipline – Trattamento penalizzante per i dipendenti pubblici.

Il Tar annulla l'art. 3 del d.m. del 17 ottobre 2017, n. 206, ritenendolo illegittimo nella parte in cui ha lasciato immutata la disciplina delle fasce orarie di reperibilità già previste per i dipendenti pubblici assenti dal servizio per malattia, nonostante a tale fonte fosse stata ex ante demandata l'armonizzazione rispetto alla disciplina prevista per i dipendenti del settore privato. (1)

(1) ILLEGITTIME LE FASCE ORARIE DI REPERIBILITÀ PREVISTE PER I DIPENDENTI PUBBLICI ASSENTI DAL SERVIZIO PER MALATTIA

1. — La sentenza del Tar in commento dichiara illegittima la disciplina delle fasce orarie di reperibilità previste per i dipendenti pubblici assenti dal servizio per malattia, contenuta nel d.m. n. 206/2017.

Preliminarmente a un'analisi del ricorso proposto nonché del contenuto della decisione del giudice, si ritiene opportuno ripercorrere – seppur senza presunzione di esaustività – l'intricata evoluzione legislativa in materia, anche al fine di comprendere un'eventuale *ratio* della stessa.

L'originaria disciplina dei controlli domiciliari delle assenze per malattia era prevista dall'art. 5 del d.l. n. 463/1983, convertito con l. n. 638/1983, con espressa estensione al pubblico impiego.

A seguito della contrattualizzazione degli anni novanta, per il lavoro pubblico trovò applicazione anche la relativa regolamentazione attuativa, in particolare l'art. 4 del d.m. 15 luglio 1986, sulla base del quale la contrattazione collettiva stabilì che le fasce

orarie di reperibilità andassero dalle ore 10 alle 12, e dalle ore 17 alle 19, analogamente a quanto previsto nel settore privato.

Successivamente, la necessità di ridurre i tassi di assenza per malattia nel lavoro pubblico portò a un cambio di rotta, non solo attraverso un aumento dei controlli domiciliari ma anche attraverso l'ampliamento delle fasce orarie di obbligatoria reperibilità. E difatti, con l'art. 71, c. 3, del d.l. n. 112/2008, convertito con l. n. 133/2008, le fasce orarie di reperibilità dalle tradizionali furono portate da 4 ore giornaliere a ben 11 ore (dalle 8 alle 13 e dalle 14 alle 20).

La disciplina suscitò subito notevoli perplessità, non solo da parte dei sindacati; la dottrina evidenziò, infatti, l'evidente limitazione della libertà personale (Cfr.: Poso 2008, 309 ss.; Miscione 2008, 977 ss.; Casillo 2009, 393 ss.; Gragnoli 2009, 193 ss.).

Tale eccessiva dilatazione delle fasce orarie fu eliminata con il d.l. n. 78/2009, convertito con l. n. 102/2009, venendo così meno, sia pure temporaneamente, la differenza tra lavoro privato e pubblico.

La questione fu ripresa lo stesso anno nel cd. decreto Brunetta (d.lgs. n. 150/2009), che introdusse il c. 5 all'art. 55-*septies* del d.lgs. n. 165/2001 (T.U. sul pubblico impiego), attribuendo al ministro per la Pubblica Amministrazione il potere di determinare le fasce orarie con proprio decreto. E così, con il d.m. n. 206/2009 si estesero nuovamente le fasce orarie di reperibilità, portandole a 7 ore giornaliere (dalle ore 9 alle 13, e dalle ore 15 alle 18): una soluzione intermedia tra le 11 ore giornaliere imposte nel 2008 e le tradizionali 4 ore giornaliere (vigenti nel lavoro privato) previste dai contratti collettivi.

Tale assetto regolativo fu ritenuto non irragionevole dal Consiglio di Stato (Parere n. 7186 del 10.12.2009, in www.giustizia-amministrativa.it); anche in dottrina si ritenne tale assetto immune da critiche di costituzionalità, posto che l'onere per il lavoratore di restare a casa propria – per un tempo analogo a quello normalmente occorrente allo svolgimento delle mansioni discendenti dal contratto di lavoro – sarebbe funzionale alla possibilità di espletare i controlli circa l'efficacia impeditiva della malattia rispetto allo svolgimento delle mansioni dedotte in contratto (Casale 2012, 513 ss.).

L'attribuzione del potere di regolare le fasce orarie di reperibilità in capo al ministro per la Pubblica Amministrazione rimase anche nel c. 5-*bis* dell'art. 55-*septies* del T.U. sul pubblico impiego, introdotto dal d.l. n. 98/2011, convertito con l. n. 111/2011.

Il legislatore intervenne nuovamente in materia con l'art. 17 della l. delega n. 124/2015, recante «Riordino della disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni», stabilendo la necessità di riorganizzare la disciplina in materia di accertamento medico-legale sulle assenze dal servizio per malattia dei dipendenti pubblici, al fine di garantire l'effettività del controllo (Per un'analisi della disciplina delle visite domiciliari di controllo dei dipendenti della p.a., cfr. Casale 2021, 552 ss.).

Il legislatore delegato, mediante l'art. 18 del d.lgs. n. 75/2017, modificò l'art. 55-*septies*, c. 5-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001, disponendo che con decreto del ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, di concerto con il ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, si sarebbero dovute stabilire le fasce orarie di reperibilità entro le quali poter effettuare le visite di controllo in caso di assenza dal servizio per malattia, in

vista del dichiarato obiettivo di armonizzare la disciplina dei settori pubblico e privato.

Al fine di dare attuazione alla delega fu adottato il decreto ministeriale del 17 ottobre 2017, n. 206, rubricato «Regolamento recante modalità per lo svolgimento delle visite fiscali e per l'accertamento delle assenze dal servizio per malattia, nonché l'individuazione delle fasce orarie di reperibilità».

L'art. 3 di tale decreto, oggetto della sentenza in commento, così testualmente recita: «In caso di assenza per malattia, le fasce di reperibilità dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono fissate secondo i seguenti orari: dalle 9 alle 13 e dalle 15 alle 18. L'obbligo di reperibilità sussiste anche nei giorni non lavorativi e festivi».

Il d.m. n. 206/2017 abroga, dunque, la previgente disciplina contenuta nel d.m. n. 206/2009, il quale, come osservato poco *supra*, prevedeva esattamente le medesime 7 ore di reperibilità giornaliera (dalle ore 9 alle 13 e dalle ore 15 alle 18).

Ebbene, proprio su questo assetto regolativo si pronuncia il Tar Lazio con la sentenza in commento.

2. — Visto l'evidente affastellamento di norme intervenute sul tema, idonee a generare un'evidente disparità di trattamento tra dipendenti pubblici e privati, un intervento «ripristinatore» della giurisprudenza in materia era quanto mai auspicabile.

Il Tar – accogliendo il ricorso proposto dal sindacato Uil pubblica amministrazione Polizia penitenziaria e da alcuni appartenenti alla Polizia penitenziaria – annulla il decreto del 17 ottobre 2017, n. 206, nella parte relativa alle fasce orarie di reperibilità dei dipendenti pubblici, ritenendolo illegittimo per via del mancato rispetto della delega conferita dal legislatore nonché per via della violazione del principio di uguaglianza con il settore privato.

In particolare, per quanto attiene al primo aspetto, parte ricorrente censurava l'art. 3 del suddetto decreto, il quale – nell'individuare le fasce orarie durante le quali possono essere effettuate le visite fiscali nei confronti di dipendenti pubblici assenti dal servizio per malattia – lasciava immutata la disciplina degli orari già anteriormente prevista dal d.m. n. 206/2009.

In ciò si evincerebbe un travisamento della delega conferita dal legislatore ai fini dell'armonizzazione delle discipline nel settore pubblico e privato; la mancata armonizzazione sarebbe pertanto sintomatica di eccesso di potere.

Ebbene, il Tar valuta la fondatezza del ricorso proposto proprio verificando se la normativa impugnata abbia effettivamente dato attuazione alla norma primaria (e cioè alla delega conferita dal legislatore); a tal proposito, osserva che una mera lettura della norma impugnata sia sufficiente ad appurare che essa non sia idonea a dare attuazione alla delega, posto che le fasce di reperibilità sono rimaste invariate. Insomma, il Collegio conferma lo sviamento di potere censurato dalla parte ricorrente in relazione alla mancata armonizzazione della disciplina dei settori pubblico e privato cui il decreto avrebbe dovuto ottemperare.

Un *focus* particolare è posto sul parere reso dalla Sezione «Atti normativi» del Consiglio di Stato sul d.m. n. 206/2017, ritenuto pienamente condivisibile dal Collegio (Cons. Stato 4.9.2017, n. 1939, S. atti normativi, in *DeJure*).

Il Consiglio di Stato aveva osservato che il nuovo decreto non aveva affatto innovato la precedente disciplina, lasciando immutati gli orari già in vigore. A tal proposito, aveva postulato la necessità di adeguare il quadro normativo esistente uniformandolo alla disciplina vigente per i dipendenti privati in virtù della delega esplicitamente conferita dal legislatore, di cui all'art. 55-*septies*, c. 5-*bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001. A giustificazione del decreto adottato, l'amministrazione aveva affermato che l'armonizzazione rispetto alla disciplina prevista per i lavoratori privati avrebbe ridotto l'incisività dei controlli; tale argomentazione, a parere del Consiglio di Stato, non poteva reputarsi idonea a giustificare la mancata attuazione della legge delega.

Proprio in relazione alla motivazione adottata dall'amministrazione nell'interlocuzione con il Consiglio di Stato, il Tar si esprime in termini critici osservando che essa sia una dimostrazione del fatto che l'idea dalla quale si parte nel regolamentare il pubblico impiego è che occorran controlli rafforzati.

3. — Altro vizio di illegittimità, secondo parte ricorrente, sarebbe costituito dalla violazione di legge, in particolare dell'art. 3 Cost., nonché della Direttiva n. 2000/78/Ce, recante «Quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro».

Infatti, la differenziazione delle fasce orarie di reperibilità – sulla base della natura pubblica o privata del rapporto di lavoro – determinerebbe un'illegittima disparità di trattamento, in violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost, non avendo essa alcuna giustificazione; i rapporti di lavoro dei dipendenti della p.a. e dei dipendenti privati sarebbero caratterizzati dagli stessi elementi di subordinazione e, in relazione alla malattia, non rilevarebbe affatto la natura pubblica o privata del datore di lavoro. Sarebbe altresì violata la Direttiva n. 2000/78/Ce, in quanto il diritto comunitario si oppone all'adozione di discipline che determinino una disparità di trattamento tra lavoratori senza ragioni oggettive.

Il Collegio condivide tale doglianza, in quanto «un evento come la malattia non può essere trattato diversamente a seconda del rapporto di lavoro intrattenuto dal personale che ne viene colpito».

Pertanto, secondo parte ricorrente, una lettura sistematica delle norme contenute nel decreto farebbe emergere la volontà di sviare l'azione amministrativa orientandola verso il sanzionamento del dipendente pubblico ammalato. Da ciò discenderebbe una violazione dei principi del buon andamento e dell'imparzialità della p.a. di cui all'art. 97 Cost. Tali disposizioni sembrerebbero avere l'obiettivo di «dissuadere» il lavoratore pubblico a ricorrere alla malattia, ponendosi così in chiara contrapposizione con l'art. 32 Cost., che tutela il diritto alla salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Anche tale censura viene accolta dal giudice, in quanto questo «celato» (non troppo) obiettivo di dissuasione del dipendente pubblico travalica il dovere di salvaguardare il preminente interesse pubblico, nonché l'efficienza, l'efficacia e il buon andamento della p.a., proprio perché in contrapposizione al diritto di cui all'art. 32 Cost.

4. — A seguito della sentenza del Tar, in attesa del nuovo decreto ministeriale, l'Inps – tenuto ad adeguarsi al contenuto della sentenza visto l'effetto conformativo riconosciuto alle sentenze del giudice amministrativo –, con il messaggio n. 4640 del 22 dicembre 2023, ha comunicato le nuove fasce di reperibilità per le visite fiscali dei dipendenti pubblici, i quali dovranno essere reperibili dalle ore 10 alle 12 e dalle 17 alle 19 di tutti i giorni, compresi domeniche e festivi. È stata così ripristinata l'identità di disciplina tra privato e pubblico.

A ogni modo, è necessario che intervenga un nuovo decreto a confermare le suddette fasce orarie comunicate dall'Inps.

Riferimenti bibliografici

Casale D. (2012), *La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico*, in LPA, n. 3-4, 513 ss.

Casale D. (2021), *La malattia del lavoratore: tutele, controlli e disincentivi*, in A. Boscati (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al governo Draghi*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 552 ss.

Casillo R. (2009), *La malattia del dipendente pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 393 ss.

Gragnoli E. (2009), *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico fra controllo della spesa e auspicato miglioramento dell'efficienza*, in D. Garofalo, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Ipsoa, Milano, 193 ss.

Miscione M. (2008), *Il diritto del lavoro dopo il d.l. 112 del 2008*, in LG, n. 10, 975 ss.

Poso V.A. (2009), *Le certificazioni e le prestazioni sanitarie*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, vol. II, Utet, Torino, 309 ss.

Carmela Falaguerra
Dottoranda di ricerca
presso l'Università di Foggia