

NOTIZARIO DEL LAVORO

n.2 OL - anno III

Indice:

- Pag. 1 **Corte Costituzionale e Tutele (De)crescenti.** A cura di Pierfrancesco Zecca
- Pag. 7 **“Breve disamina sulla reperibilità e orario di lavoro secondo i dettami europei”.** A cura di Carmen De Girolamo.
- Pag. 9 **“Uomini e donne”.** A cura di Pippo De Lucia
- Pag. 12 **“L’importanza del diritto di accesso agli atti amministrativi nel diritto del lavoro”.** A cura di Raffaella Romano.
- Pag. 15 **“Competenza della Corte dei Conti”.** A cura di Marco Junior Tamma
- Pag. 17 **Normativa e documentazione nazionale**
- Pag. 18 **Osservatorio della Giurisprudenza**
- Pag. 19 **Eventi, nazionali e sul territorio**

CORTE COSTITUZIONALE E TUTELE (DE)CRESCENTI

A cura di Pierfrancesco Zecca

La sentenza della Corte Costituzionale 194/2018, appena pubblicata, merita la massima attenzione degli operatori di diritto in una materia tanto tormentata e tanto mutevole come quella che, definita in termini estremamente semplici, è la materia dei licenziamenti individuali e degli strumenti, che la stessa legislazione regolatrice del fenomeno ha apprestato con diverse modulazioni legate esplicitamente al fattore tempo (ma in realtà alla incidenza di fattori economici e socio-culturali di varia e continuamente mutevole caratura) per dare effettività alle tutele che sono secondo lo stesso linguaggio del legislatore crescenti ancorché viceversa siano vissute come tutele decrescenti.

La motivazione, estremamente ricca di articolazioni tecniche quali si convengono alle sentenze del Giudice delle Leggi, consente proprio a causa di questa ricchezza di leggere lo sforzo di quel giudice di scegliere la “diritta via” in una selva molto oscura di novellazioni

portatrici di discontinuità, torsioni sistematiche, cambiamenti di senso capaci di annerire ogni principio e ogni esigenza comune di certezza del diritto (in proposito diventa necessario esercizio di lettura del sistema e dei livelli di certezza – la interpretazione della normativa che regola i licenziamenti, lettura già offerta dai giudici di merito con ordinanza dell'11.10.2018 n. 43328/2018 proprio del Tribunale Lavoro di Bari, estensore dott.ssa I. Calia, in chiave costituzionalmente orientata. Il Tribunale di Bari, accertata l'illegittimità per violazione dell'art. 4 co. 3 e co. 9 l. 223/1991 del licenziamento scrutinato, ha dichiarato estinto il rapporto di lavoro e condannato il datore di lavoro al pagamento in favore del ricorrente di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, quantificata nella misura di dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e ha giustificato tale quantificazione col richiamo di superiori criteri di ragionevolezza esemplificati con la considerevole gravità della violazione procedurale commessa dal datore di lavoro, con le ridotte dimensioni dell'attività economica, col basso numero di lavoratori occupati e con la scarsa anzianità del ricorrente).

In questa chiave di lettura appaiono centrali il richiamo del criterio di giudizio della ragionevolezza e la sottolineatura della rilevanza degli obiettivi di tutela del lavoro e degli interessi delle imprese. Sempre in questa chiave di lettura è possibile misurare la difficoltà della Corte di offrire persuasive analisi della ragionevolezza riscontrabile in un sistema che ha portato a convivenza una prima declamata tendenza alla tutela reale (pur inadeguata benché tanto contrastata) del posto di lavoro, ora modulata con l'apprestamento di un crescente spazio per tutele meramente obbligatorie, peraltro scandite da gradi diversi di copertura e da tempi diversi di applicabilità.

Rimane poi relegata in una ordinanza resa nel corso del giudizio costituzionale la estromissione dal giudizio della CGIL, estromissione affidata ad argomenti che ad avviso di chi scrive chiedono di essere ripensati sul piano del processo costituzionale e del ruolo che in esso spetta alle Organizzazioni storicamente rappresentative dei diritti di tutti i cittadini in quanto lavoratori (e lavoratori in atto o in potenza, in quanto cittadini).

Riguardo a tale ordinanza, salva la necessità di migliori approfondimenti, non è possibile tacere che il richiamo da essa operato alla giurisprudenza della stessa Corte non appare utilizzato in una lettura dell'universo normativo del lavoro e del diritto sindacale soddisfacente. Invero la ordinanza rammenta che, nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, l'intervento di soggetti estranei al giudizio principale è ammissibile (ai sensi dell'art. 4, comma 3, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale) soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (*ex plurimis*, sentenza n. 120 del 2018 e la relativa ordinanza letta all'udienza del 10 aprile 2018, sentenze n. 77 del 2018 e n. 275 del 2017). Ora tale sottolineatura in sé ineccepibile non risulta adeguatamente a fuoco rispetto ad una complessiva analisi storica, giuridica e politica, del ruolo e della funzione che le Associazioni Sindacali hanno svolto e svolgono, e tratteggia in termini insufficientemente persuasivi il complesso edificio costituzionale che, al di là delle prassi introdotte da temporanee maggioranze di governo, attribuisce ancora oggi alle associazioni dei lavoratori, e tra esse certamente la CGIL, diritti e interessi fondamentali rispetto a tutti i rapporti sostanziali di lavoro e comunque decisivi per i lavoratori e per i soggetti collettivi nei quali essi liberamente si organizzano.

Il giudice remittente aveva ben messo in sintetica evidenza che il contrasto con la Costituzione era da lui ravvisato, non in ragione dell'eliminazione parziale della tutela reintegratoria con riduzione della restante tutela alla sola monetizzazione assicurata al

lavoratore, ma doveva focalizzarsi sulla disciplina dell'indennità risarcitoria dettata dagli articoli censurati.

Il catalogo delle norme esaminate in sentenza comprende l'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, al dichiarato "scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione", delegò il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, «in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali», nel rispetto dei principi e criteri direttivi della «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

Ancora vengono in rilievo gli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 – adottato dal Governo nell'esercizio di tale delega – che dettano il regime di tutela del lavoratore contro i licenziamenti, rispettivamente, "discriminatorio, nullo e intimato in forma orale" (art. 2), "per giustificato motivo e giusta causa" quando si accerti che non ricorrono gli estremi di tali causali (art. 3) e affetto da "vizi formali e procedurali" (art. 4).

Come previsto, in generale, per il regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015, anche i denunciati artt. 2, 3 e 4 si applicano ai lavoratori con "qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del [...] decreto" (art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015); quindi ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato instaurati a decorrere dal 7 marzo 2015. Ai lavoratori assunti prima di tale data continua pertanto ad applicarsi il "precedente" regime dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento), come modificato dall'art. 1, comma 42, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita).

Infine, successivamente all'ordinanza di rimessione, è entrato in vigore il decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96. Tale decreto, all'art. 3, comma 1, ha modificato una delle disposizioni oggetto del presente giudizio, e cioè l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, limitatamente alla parte in cui stabilisce il limite minimo e il limite massimo entro cui è possibile determinare l'indennità da corrispondere al lavoratore ingiustamente licenziato. Il citato art. 3, comma 1, del d.l. n. 87 del 2018 ha innalzato tali limiti, rispettivamente, da quattro a sei mensilità (limite minimo) e da ventiquattro a trentasei mensilità (limite massimo) dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (TFR).

A questo punto è necessario riportare la parte del dispositivo della sentenza 194/2018 che comporta la espulsione dall'ordinamento positivo di una disciplina normativa non conforme a Costituzione.

La pronunzia in commento investe dunque solo l'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183) – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito,

con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96 – limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio,»; sicché colpisce il solo il criterio di quantificazione dell’indennità di licenziamento adottato in termini di non ragionevolezza dal legislatore. Infatti la Corte rileva che, dall’esposizione del giudice *a quo*, si evince in modo inequivocabile che il giudizio principale ha a oggetto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che la lavoratrice ricorrente ha chiesto la tutela prevista dall’art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 per i casi in cui non ricorrono gli estremi, tra le altre, di tale causale e che anche il rimettente ritiene che il caso sottoposto al suo esame sia inquadrabile in tale fattispecie e comporti la tutela («quattro mensilità») di cui all’art. 3 (comma 1) del d.lgs. n. 23 del 2015, nel testo originario. Peraltro non devono essere oggetto di scrutinio le parti del detto art.3 del d.lgs. n. 23 del 2015 che attribuiscono tutele diverse da quella monetaria per fattispecie non considerate dal giudice remittente. Da tutto ciò scaturisce l’affermazione della evidente inapplicabilità nel giudizio *a quo* dell’art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015. La Corte ritiene parimenti inapplicabile nel giudizio *a quo* l’art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 che stabilisce la tutela per le ipotesi, in esso indicate, di vizi formali e procedurali del recesso datoriale, e dunque resta regola anch’essa estranea al giudizio che trova origine nel provvedimento del Tribunale del lavoro di Roma.

L’esame del testo modificato con l.96/2018 è introdotto *ex officio* dalla Corte che deve autonomamente valutare in che misura lo *ius superveniens* incida sul presente giudizio incidentale e se si spinga fino a modificare «la norma censurata quanto alla parte oggetto delle censure di legittimità costituzionale» (sentenza n. 125 del 2018). Nel caso in esame la Corte conclude che non mutano i termini essenziali della questione posta dal giudice *a quo*.

La sentenza 194/2018 afferma che la previsione denunciata, nel prestabilire interamente la misura dell’indennità, la connota, oltre che come «certa», anche come rigida, perché non graduabile in relazione a parametri diversi dall’anzianità di servizio. Inoltre, l’impossibilità di incrementare l’indennità, fornendo la relativa prova, la configura come una liquidazione legale forfetizzata, in relazione, appunto, all’unico parametro prefissato dell’anzianità di servizio.

In occasione dell’esame di disposizioni introduttive di forfetizzazioni legali limitative del risarcimento del danno, la Corte ha più volte affermato che “la regola generale di integralità della riparazione è di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale” (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l’adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)» (sentenza n. 303 del 2011, punto 3.3.1.del Considerato in diritto). Il risarcimento, dunque, ancorché non necessariamente riparatorio dell’intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere necessariamente equilibrato.

Dalle stesse pronunce emerge altresì che, l’adeguatezza del risarcimento forfetizzato, richiede che esso sia tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto (sentenze n. 235 del 2014, n. 303 del 2011, n. 482 del 2000, n. 132 del 1985).

Non contrasta con tale nozione di adeguatezza il limite di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento.

In conclusione, in parziale accoglimento delle questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 (in relazione sia al principio di eguaglianza, sotto il profilo dell’ingiustificata omologazione di situazioni diverse, sia al principio di ragionevolezza), 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi due articoli in relazione all’art. 24 della Carta sociale europea), il denunciato art. 3, comma 1, deve essere

dichiarato costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole “di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”.

Le “mensilità”, cui fa ora riferimento l’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sono da intendersi relative all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, così come si evince dal d.lgs. n. 23 del 2015 nel suo complesso, con riguardo alla commisurazione dei risarcimenti.

Non può trascurarsi che la sentenza in discorso si occupa lungamente e puntigliosamente dei limiti entro i quali intende contenere lo scrutinio di conformità o difformità dalla Carta Costituzionale e per tale parte della sentenza, pur portatrice di rilevanti insegnamenti processuali, basterà, in aggiunta alle considerazioni fin qui svolte, rammentare il catalogo dei limiti individuati.

Allo scopo è necessario tenere a mente la parte del dispositivo con il suo corredo motivazionale in forza dei quali la sentenza 194/2018:

A) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 7, lettera c), della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell’attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro) e degli artt. 2, 3, commi 2 e 3, e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, della Costituzione – questi ultimi due articoli in relazione all’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, alla Convenzione sul licenziamento n. 158 del 1982 (Convenzione sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro), adottata a Ginevra dalla Conferenza generale dell’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) il 22 giugno 1982, e all’art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30 –, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro, con l’ordinanza indicata in epigrafe;

B) Dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro, con l’ordinanza indicata in epigrafe;

C) Dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 30 CDFUE, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro.

La sentenza 194/2018 ricorda che l’art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, al dichiarato «scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», delegò il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, “in coerenza con la regolazione dell’Unione europea e le convenzioni internazionali”, nel rispetto dei principi e criteri direttivi della “previsione”, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all’anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo. In proposito la Corte ritiene di escludere qualsiasi violazione di norme costituzionali derivante

dalla applicazione di norme interposte a partire dal principio di “coerenza con la regolazione dell’Unione europea e le convenzioni internazionali”, negando ad alcune norme indicate (la Convenzione OIL 22/6/1982 non ratificata dallo Stato Italiano) il carattere della vigenza (e perciò della giuridica rilevanza) nell’ordinamento italiano e offrendo per le altre una compiuta valutazione (le altre sono: l’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE) proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, nella parte in cui stabilisce che “ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”...*omissis*...“impone agli Stati membri di garantire una adeguata tutela in caso di licenziamento ingiustificato”; l’art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30, nella parte in cui, “per assicurare l’effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s’impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell’impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione”).

Ancora , la sentenza 194/2018 esclude che la modulazione temporale dell’applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015, censurata dal remittente, contrasti con il «canone di ragionevolezza» e, quindi, con il principio di eguaglianza, se a essa si guarda alla luce della ragione giustificatrice costituita dallo “scopo”, dichiaratamente perseguito dal legislatore, “di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione” (alinea dell’art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014).

Il problema della alluvione di discipline e della diversificazione delle tutele secondo il tempo è così risolto con la menzione di ben note posizioni dei precedenti della Corte sul punto. Scrive la Corte che, a proposito della delimitazione della sfera di applicazione *ratione temporis* di normative che si succedono nel tempo, nella giurisprudenza di questa Corte è costante l’affermazione – nota anche al giudice rimettente – che “non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche (ordinanze n. 25 del 2012, n. 224 del 2011, n. 61 del 2010, n. 170 del 2009, n. 212 e n. 77 del 2008)” (sentenza n. 254 del 2014, punto 3. del Considerato in diritto). Questa Corte ha al riguardo argomentato che “spetta difatti alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme [...] (sentenze n. 273 del 2011, punto 4.2. del Considerato in diritto, e n. 94 del 2009, punto 7.2. del Considerato in diritto)” (sentenza n. 104 del 2018, punto 7.1. del Considerato in diritto). Si tratta di una ragion pratica che al cittadino destinatario di tutela decrescenti può invece apparire irragionevole e ingiusta.

Altri profili di possibile illegittimità costituzionale sono esclusi per difetto di motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza delle questioni, difetto di motivazione addebitato al provvedimento di rimessione.

Risulta alla fine evidente la laboriosità del percorso motivazionale utilizzato, la complessità delle culture giuridiche nazionali e sopranazionali poste a fondamento di fonti prese a contributo diretto o indiretto, fonti non omogenee a partire dai modelli giuridici a ciascuna sottostanti e risulta evidente la asprezza di un contrasto tra mutamenti alluvionali delle garanzie, pur riservati alla discrezionalità del legislatore, certezza del diritto da applicare e percezione comune della ragionevolezza di così fatti assetti di giustizia.

Pierfrancesco Zecca

Breve disamina sulla reperibilità e orario di lavoro secondo i dettami europei.

A cura di Carmen De Girolamo

CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA SENTENZA 21 febbraio 2018 Causa C-518/15) «Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2003/88/CE – Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori – Organizzazione dell’orario di lavoro – Articolo 2 – Nozioni di “orario di lavoro” e “periodo di riposo” – Articolo 17 – Deroghe – Vigili del fuoco – Ore di guardia – Servizi di guardia al proprio domicilio» (FONTE: RACCOLTA SUL SITO CURIA)

Nel segnalare la recente sentenza della Corte di Giustizia Europea, in materia di reperibilità e orario di lavoro, è di grande attualità richiamare l'importanza delle prescrizioni minime contenute nella Direttiva Europea 2003/88, atte a vedere migliorare le condizioni di vita e di lavoro, determinando le regole inderogabilmente poste " *a salvaguardia della sicurezza e della salute dei lavoratori nell'organizzazione dell'orario di lavoro*" (crf art. 1).

In motivazione la Corte di giustizia ha inteso sottolineare l'ampia efficacia precettiva della direttiva comunitaria quale fonte di immediata applicazione in tutti gli stati dell'Unione, essendo i principi inderogabili, come fissati, in particolare sub. art. 2, di portata autonoma propria del diritto dell'Unione.

Al fine di garantire la corretta applicazione di tali norme, la Corte di Giustizia Europea ha inteso dirimere alcuni dubbi applicativi nel riferirsi alle singole disposizioni contenute nella direttiva, per fornire una puntuale interpretazione dei precetti normativi, operando ogni distinguo sugli aspetti rilevanti e alla stessa Corte sottoponibili, rispetto alle competenze potestative dei singoli stati, anche nel ridefinire i limiti delle deroghe previste dalle singole disposizioni.

Le questioni pregiudiziali poste all'attenzione della Corte Europea afferiscono testualmente:

- 1) *se l'articolo 17, paragrafo 3, lettera c), punto iii), della direttiva 2003/88 (...) debba essere interpretato nel senso che autorizza gli Stati membri a escludere talune categorie di vigili del fuoco reclutati dai servizi pubblici antincendio da tutte le disposizioni che garantiscono la trasposizione della presente direttiva, ivi compresa quella che definisce l'orario di lavoro e i periodi di riposo;*
- 2) *se, nella misura in cui la direttiva (...) 2003/88 (...) prevede solamente prescrizioni minime, essa debba essere interpretata nel senso che non osta a che il legislatore nazionale mantenga o adotti una definizione meno restrittiva di orario di lavoro;*
- 3) *se, tenuto conto dell'articolo 153, paragrafo 5, del TFUE e degli obiettivi della direttiva 2003/88 (...), l'articolo 2 di detta direttiva, in quanto definisce le principali nozioni utilizzate dalla stessa e, in particolare, quelle di orario di lavoro e di periodi di riposo, debba essere ritenuto non applicabile alla nozione di orario di lavoro che deve consentire di determinare le retribuzioni dovute in caso di servizi di guardia al proprio domicilio;*
- 4) *se la direttiva 2003/88 (...) osti alla possibilità di considerare le ore di guardia al proprio domicilio come orario di lavoro qualora, anche se il servizio di guardia è svolto presso il domicilio del lavoratore, i vincoli gravanti su quest'ultimo durante la guardia (come l'obbligo di rispondere alle convocazioni dei datori di lavoro entro 8 minuti), limitino in modo significativo le possibilità di svolgere altre attività».*

Orbene, nel ricordare il principio ritenuto inderogabile e di ampia portata precettiva sub. art. 2 della direttiva, 2003/88, nel definire la nozione di **“orario di lavoro”**: *qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua*

attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali; per “periodo di riposo”: *qualsiasi periodo che non rientra nell’orario di lavoro*», e per le ulteriori disposizioni più favorevoli sub. art. 15 nel senso che «*La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori o di favorire o consentire l’applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali, più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori*»; e sub. art «17 della direttiva 2003/88, intitolato Deroghe» cui si rinvia, la CORTE HA CONCLUSO :

- 1) L’articolo 17, paragrafo 3, lettera c), punto iii), della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri non possono derogare, con riferimento a talune categorie di vigili del fuoco reclutati dai servizi pubblici antincendio, a tutti gli obblighi derivanti dalle disposizioni di tale direttiva, ivi compreso l’articolo 2 di quest’ultima, che definisce in particolare le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo».
- 2) L’articolo 15 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso non consente agli Stati membri di adottare o mantenere una definizione della nozione di «orario di lavoro» meno restrittiva di quella contenuta all’articolo 2 di tale direttiva.
- 3) L’articolo 2 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso non impone agli Stati membri di determinare la retribuzione dei periodi di guardia al proprio domicilio come quelli di cui al procedimento principale in funzione della previa qualificazione di tali periodi come «orario di lavoro» o «periodo di riposo».
- 4) L’articolo 2 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che le ore di guardia che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l’obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti, obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività, devono essere considerate come «orario di lavoro».

In sintesi, l’istituto della reperibilità assume, a ben vedere, una nuova connotazione, vista l’importanza riscontrata nel suo utilizzo in molti contesti lavorativi e nel settore pubblico, quale realtà da sottoporre ad una più attenta valutazione, per l’intervenuta abrogazione di molte disposizioni contrarie ai precetti della direttiva europea anche in Italia, con la Legge 161 del 2014.

Tale regolamentazione, a prescindere dal dato economico e retributivo, per essere tale aspetto non propriamente attinente alle competenze della Corte Europea piuttosto dei singoli stati, dovrà essere necessariamente revisionata alla luce delle interpretazioni contenute nella sentenza di cui si discute.

E’ vero che la posizione assunta dalla Corte costituisce il giusto parametro indispensabile per i paesi dell’Unione, se è vero che l’attuazione del principio mira a riaffermare la centralità della persona, il diritto ad una esistenza libera, dignitosa e conforme alla dignità umana, nel rispetto di una durata equilibrata dell’orario di lavoro e per non essere sempre a disposizione del datore di lavoro. E ciò è doveroso affermarlo in un periodo particolarmente difficile per il mondo del lavoro, ove si registra da un lato la carenza di posti di lavoro dall’altro la costrizione a lavorare con ritmi serrati e vedere sacrificare sempre più la propria vita e quella dei propri cari.

L'organizzazione dell'orario di lavoro anche in termini di rispetto della sua durata massima, in tutte le sue articolazioni, senza l'utilizzo indiscriminato di deroghe eccessivamente applicate in molti settori anche nel pubblico, rappresenta un aspetto da non trascurare, nell'essere investita la condizione umana a garantire piuttosto la massima produttività.

Il pensiero di noi tutti, non necessariamente giuristi, è indubbiamente non tollerante verso forme incompatibili all'attuazione del principio di irriducibilità della dignità umana, dovendo soffermarci alla dimensione del vivere quotidiano di molti lavoratori nel correre stanchi e senza soffermarsi a pensare, costretti a conciliare faticosamente la propria vita con il lavoro, e apprendere le notizie tragiche di cronaca di chi ha dimenticato il proprio figlio in auto, per recarsi al lavoro.

Carmen De Girolamo

“Uomini e donne”

A cura di Pippo De Lucia

“Avvocato, mi hanno licenziato”.

“Accidenti, mi dispiace, e perché?”

“Hanno scritto per crisi; ma in realtà credo sia perché mi sono sposato tre mesi fa, questa cosa del matrimonio non l'hanno digerita bene”.

Durante il dialogo, questo è il momento in cui inizi a intravedere una possibilità concreta di tutela reale e di un concreto “rito Fornero”.

Un giovane uomo davanti a te, con gli occhi tremanti per la incertezza sul futuro. Se al suo posto ci fosse stata una donna, non avresti avuto dubbi, avresti gridato: è vietato, sono più di cinquant'anni che è vietato, la pagheranno.

Ma lì c'è un uomo, e tu sai che la legge è rivolta solo alle donne; ripassi velocemente tutti i principi in tema di antidiscriminazione, per applicarli a rovescio. La tutela concessa alla moglie deve poter essere concessa anche al marito, sennò che legge sarebbe quella che consente una discriminazione basata sul sesso. Ma non hai certezze, quindi lo congedi così: *“Senta, è complicato, mi studio meglio la faccenda e la richiamo”.*

Riepiloghiamo.

Nei primi anni sessanta arriva la legge che vieta il licenziamento per causa di matrimonio. Dopo il 1950, anno di emanazione della prima legge repubblicana sulla “tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri”, le clausole di nubilato (da sempre diffuse e sopravvissute alle grandi trasformazioni politiche del dopoguerra e all'entrata in vigore della costituzione) si erano infatti diffuse a dismisura (soprattutto nel settore dell'industria, del commercio e del credito); i contratti collettivi (e di conseguenza anche quelli individuali) prevedevano la automatica risoluzione del contratto di lavoro se la lavoratrice avesse perso la sua qualità di nubile. Sembra preistoria, ma è proprio così: in conseguenza della maggior tutela, il costo del lavoro di una lavoratrice madre era aumentato, e invalse la prassi, per risolvere il problema in maniera *tranchant*, di riservare tendenzialmente il lavoro subordinato alle sole nubili. Le donne, preoccupate di conservare il posto di lavoro, mantenevano la segretezza delle loro nozze, giustamente temendo le reazioni dei datori di lavoro, nelle mani dei quali restava comunque (in assenza in quegli anni di una disciplina limitativa dei licenziamenti individuali ed in un clima culturale e politico molto diverso da quello attuale) lo strumento molto diffuso ed incontrollabile del licenziamento *ad nutum*, vale a dire la possibilità di licenziare la lavoratrice coniugata in qualsiasi momento e senza motivazione.

Non era quindi sufficiente tutelare la lavoratrice madre, se prima non si tutelava la donna in occasione della sua decisione di contrarre matrimonio: la legge 7\1963 dispose così la nullità di tali clausole (individuali e collettive, ed anche se inserite in regolamenti aziendali) nonché, indipendentemente dalla esistenza di una tale clausola, la nullità del licenziamento per causa di matrimonio, definendo quest'ultimo come quello intervenuto nel periodo compreso tra le pubblicazioni e l'anno successivo.

Anno 2006, arriva il codice delle pari opportunità; la legge del 1963 rifluisce nel testo dell'art. 35 del d. lgs. 198/2006; a quel punto il legislatore, che ne conferma integralmente il testo, ha però già da cinque anni in mente le eccezioni al divieto di licenziamento delle lavoratrici madri (art.54 d. lgs. 151/2001), e quindi le ripropone anche per le mogli; fanno eccezione:

le lavoratrici domestiche;

i licenziamenti per giusta causa;

la cessazione definitiva e totale della attività della azienda;

la ultimazione delle prestazioni per le quali la lavoratrice è stata assunta, oppure la cessazione del contratto a termine.

La presunzione di nullità opera oggettivamente, indipendentemente dalla consapevolezza o meno dell'avvenuto matrimonio; nel giudizio l'onere della prova della legittimità del licenziamento è come di consueto a carico della parte datoriale.

Il legislatore ha indubbiamente usato il genere femminile, la norma menziona solo "le lavoratrici". E gli uomini? Ce ne siamo dimenticati?

All'inizio, nel vigore della vecchia legge e prima del 2006, si diceva - per la verità qualcuno lo ha anche scritto - che la logica della esclusione maschile era dovuta ai "prevedibili costi" legati ad una eventuale maternità.

Ma dal 2006 tutto è cambiato: usare il genere femminile sembra proprio un bel "retaggio del passato" (così la giurisprudenza), in quanto anticamente solo la donna era destinataria di una serie di benefici legati alla maternità: oggi invece tutta una serie di istituti sono riferibili anche al marito.

Ad ogni modo la norma, quando più avanti commina la sanzione della nullità, non menziona alcun genere ("Del pari, nulli sono i licenziamenti attuati a causa di matrimonio").

Insomma, la *ratio* dell'intero codice delle pari opportunità è abolire le discriminazioni di genere: è l'Europa che lo vuole (art. 2 della Direttiva 76/207/CE: "il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia").

Eppure qualcosa ancora non torna, proviamo altrove; qui parliamo di parità tra spose e sposi, ma che dice la legge sulla parità tra madri e padri?

È vero che il D.lgs. 151/2001 ha introdotto alcune norme che riconoscono anche al lavoratore padre alcuni dei diritti ritenuti da sempre prerogativa delle sole lavoratrici madri, tra cui il congedo di paternità e i congedi parentali; ma ai sensi dell'art. 55 del decreto, in caso di dimissioni volontarie presentate durante il primo anno di vita del bambino, la lavoratrice può dimettersi in tronco con diritto all'indennità sostitutiva del preavviso, e tale diritto non si estende automaticamente al padre lavoratore, salvo il caso che abbia fruito del congedo di paternità. Vi è quindi una netta distinzione di trattamento, non vi è perfetta parità tra padri e madri; ecco perché è più difficile concludere per una necessaria e automatica parità tra sposi e spose. Senza contare che il divieto di licenziamento di una lavoratrice madre non potrà mai essere esteso anche al padre, lì ciò che la legge protegge è il legame mamma\neonato; la maternità (dare alla luce un figlio) è questione solo femminile; è la classica "discriminazione" legittima poiché giustificata, cioè basata su una situazione di fondo completamente squilibrata e quindi da riequilibrare.

E poi, siamo proprio sicuri che sia l'Europa che lo voglia? Nella Direttiva 5 luglio 2006,

n.2006/54/CE, si legge (21° considerando): "Il divieto di discriminazione non dovrebbe pregiudicare il mantenimento o l'adozione da parte degli Stati membri di misure volte a prevenire o compensare gli svantaggi incontrati da un gruppo di persone di uno dei due sessi". Più avanti (24° considerando): "La Corte di giustizia ha costantemente riconosciuto la legittimità, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, della protezione della condizione biologica della donna durante la gravidanza e la maternità nonché dell'introduzione di misure di protezione della maternità come strumento per garantire una sostanziale parità".

Pur tra i dubbi di cui si è fatto cenno, tuttavia, sussiste una certa interpretazione giurisprudenziale favorevole, anche se solo di merito, che ha avuto il merito di compiere un decisivo sforzo e passo in avanti per tentare di strutturare una solida interpretazione estensiva della norma.

Lo richiami: *"Ci sono alcune possibilità, si può fare; dovremmo rivederci, le spiegherò tutto a voce"*.

"Grazie, grazie mille. Comunque non le ho detto una cosa: io e Paolo ci vogliamo davvero bene. Cambia qualcosa?"

E lì, d'istinto vorresti dire: *"No, e perchè dovrebbe?"*; ma non lo fai, ti hanno insegnato cautela, e sai solo ripetere *"mmmhh, senta, mi studio meglio la faccenda e la richiamo"*.

Non può cambiare qualcosa, non può essere diverso. Gli ordinamenti devono rimuovere qualsiasi ostacolo alla partecipazione economica, politica e sociale di un qualsiasi individuo per ragioni connesse al genere, religione e convinzioni personali, razza e origine etnica, disabilità, età, orientamento sessuale o politico.

La legge recentemente introdotta (76/2016) si limita a stabilire genericamente (art. 1, comma 20) che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio si applicano anche a ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Certamente il rischio è quello di un'estensione soggettiva della tutela per matrimonio così generale da diventare eccessivamente gravosa per le imprese; e poi, differentemente dai tempi di promulgazione della legge 7/1963, i lavoratori e le lavoratrici possono contrarre anche vari matrimoni e/o unioni civili durante loro vita lavorativa.

Ma dobbiamo crederci, se vogliamo realmente dare un senso alla legge Cirinnà e se vogliamo colmare il vuoto legislativo con una ulteriore interpretazione che sia sì estensiva, ma tutto sommato credibile ed evolutiva.

Così ti convinci sempre più che appare ragionevole:

A- il divieto di licenziamento anche per i mariti, con gli stessi limiti temporali di quello che riguarda le mogli;

B- estendere tale interpretazione anche alle unioni civili, riservando così tale diritto anche alle parti di quel rapporto.

Così, mentre pensi che solo la tutela riservata alle madri non può essere oggetto di estensione in via interpretativa, lo richiami per dirgli che si può fare, ma lui, dopo averti ringraziato, riesce ancora a sorprenderti: *"le ho già detto che il mese scorso abbiamo finalmente adottato un bimbo?"*.

Pippo De Lucia

L'importanza del diritto di accesso agli atti amministrativi nel diritto del lavoro.

A cura di Raffaella Romano

Qualsiasi avvocato giuslavorista sa bene che ci sono degli importanti punti di intersezione tra il diritto del lavoro e il diritto amministrativo.

Non ci si riferisce -non almeno in questa sede- alla contrattualizzazione del pubblico impiego ed ai suoi effetti sul riparto di giurisdizione, su cui da oltre un ventennio le penne più illustri hanno firmato numerose quanto importanti pagine di dottrina e giurisprudenza, bensì ad un istituto giuridico che, pur essendo tra i più tipici del diritto amministrativo, può rivelarsi un valido alleato degli "avvocati del lavoro": l'accesso agli atti amministrativi.

I requisiti del diritto di accesso.

Ai sensi della vigente disciplina, e segnatamente dell'art. 22 comma I della L. 241/90, per «*diritto di accesso*» si intende il «*diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi*» (lett. a) e, per «*interessati, tutti i soggetti privati, compresi quelli di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un <<interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso>>*» (lett. b). In buona sostanza, la norma richiede che vi sia, e che venga palesato nell'istanza di accesso, un legame tra la finalità dichiarata dall'interessato e il documento da lui richiesto.

La funzione del diritto di accesso.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241 (c.d. "*Legge sul procedimento amministrativo*"), venendo poi negli anni rivisitato da numerosi interventi correttivi ed ampliativi, che da un lato lo hanno elevato al rango dei principi generali dell'attività amministrativa, e dall'altro hanno segnato la sua "*doppia anima*": da un lato, il suo essere finalizzato alla cura di interessi pubblici (attuazione degli obiettivi costituzionali di trasparenza, imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa), dall'altro, il suo essere strumentale alla tutela di situazioni soggettive (quando cioè il privato, nel rapportarsi ad un soggetto di natura pubblicistica, chiede di conoscere un documento amministrativo al fine di esercitare un diritto o interesse legittimo).

Pertanto, in campo giuslavoristico, il diritto di accesso può rivelarsi uno strumento utile, se non addirittura indispensabile, per fornire una adeguata assistenza legale tanto al pubblico dipendente, qualora la conoscenza di determinati documenti amministrativi si riveli indispensabile, o comunque potenzialmente utile, alla tutela della sua posizione lavorativa, quanto all'organizzazione sindacale, laddove l'acquisizione di atti detenuti dalla P.A. sia strumentale all'esercizio ed alla tutela delle prerogative del sindacato.

Inoltre, la conoscenza dei documenti in qualche modo interferenti con la posizione soggettiva del proprio assistito, titolare del diritto di accesso, può essere utile anche a valutare i margini di successo dell'azione giudiziale che si ipotizza di intraprendere e, in questa misura, fornire un servizio utile sia alla parte che, più in generale, al servizio giustizia, stante l'effetto deflattivo del contenzioso.

Si pensi innanzitutto ai procedimenti disciplinari, il cui significativo incremento, negli ultimi anni, evidentemente foraggiato dalla sempre maggiore attenzione dei legislatori alle responsabilità disciplinari dei pubblici dipendenti, rafforza l'importanza della previa conoscenza di tutti i documenti a carico dell'incolpato: tanto può essere utile sia nella fase endoprocedimentale, per poter cioè formulare le controdeduzioni 'a difesa' nella maniera il più possibile calibrata e ponderata sugli atti a disposizione della P.A. che ha formulato

l'addebito, sia nella fase successiva alla conclusione del procedimento disciplinare, quando cioè la sanzione è ormai stata irrogata ed è interesse del lavoratore valutare, in modo oculato, se sussistano le condizioni per una fondata azione giudiziale di tipo impugnatorio.

Diversamente opinando, negare l'accesso al dipendente significherebbe costringerlo a scegliere tra due strade, entrambe svantaggiose: o la rinuncia *sic et simpliciter* a qualsiasi tipo di tutela giudiziale (nel timore di una soccombenza processuale con addebito delle spese), oppure la proposizione di un'azione giudiziaria "al buio" (senza cioè la previa valutazione di tutti quegli elementi che la P.A., per resistere alla lite, andrebbe poi a svelare in corso di causa).

Analogo discorso può farsi, in linea più generale, ogni qual volta si verificano eventi suscettibili di incidere, limitandola od ampliandola, sulla posizione soggettiva del lavoratore: basti pensare ai trasferimenti adottati per incompatibilità ambientale, alla contestazione dei punteggi attribuiti per la determinazione di esuberi, diritti di precedenza, valutazioni, ecc.

Al fine di delineare, in un elenco meramente esemplificativo e di certo non esaustivo, la casistica delle situazioni in cui l'esercizio del diritto di accesso può rivelarsi una strategia utile a sondare il terreno in una controversia da esperire, si riportano alcuni interessanti interventi della giurisprudenza amministrativa (A.G. deputata alla tutela del diritto di accesso agli atti amministrativi), con particolare riguardo al T.A.R. locale, che esprimono principi ed indirizzi da ritenersi ormai consolidati.

T.A.R. Puglia-Bari, III sez., sent. 11-12-16 n. 171.

La sentenza interviene in materia di accesso ai documenti di un'ispezione a carico di un insegnante.

Riassunti i principi basilari del diritto di accesso (<<*legame tra finalità dichiarata ed il documento richiesto*>>) e precisato che <<*l'interesse enunciato dal ricorrente appare idoneo a supportare adeguatamente la sua pretesa: ed invero, esso si correla alla necessità di conoscere il contenuto di atti che lo riguardano, al fine di determinarsi in ordine alla instaurazione di un giudizio civile avverso la condotta antisindacale del datore di lavoro*>>, la sentenza ribadisce – e per questo merita di essere segnalata – che la valutazione da effettuare in ordine alla necessità dell'accesso ai fini della difesa degli interessi giuridici dell'interessato <<*va effettuata in astratto e, per dir così, 'ab externo', senza che nell'esercizio di quest'ultima funzione vi sia spazio per compiere apprezzamenti diretti (e indebiti) sulla documentazione richiesta quale strumento di prova diretta, o di mancata prova, della lesione sofferta dalla parte in sede di giudizio civile e sulla fondatezza della domanda giudiziale civile, ossia della pretesa sottostante (CGARS sent. 7 maggio 2014 n. 310)*>>. Analogo principio è stato ribadito anche in altre pronunzie, come ad esempio Consiglio di Stato, sent. 30-08-2013 n. 4321 e 13 aprile 2006, n. 2068: <<*il soggetto la cui posizione giuridica [...] è incisa da un provvedimento amministrativo, null'altro deve dimostrare, per legittimare l'actio ad exhibendum nei confronti degli atti e documenti formati nel relativo procedimento, se non la sua veste di destinatario del provvedimento stesso*>>.

Si tratta di un principio importantissimo soprattutto perché le Pubbliche Amministrazioni, quando intendono sottrarre alcuni documenti all'accesso, spesso motivano il proprio diniego svilendo l'importanza del documento, ai fini del concreto esercizio del diritto soggettivo dichiarato dall'interessato, così di fatto sostituendosi ad una valutazione che compete unicamente all'accedente.

T.A.R. Bari, (Puglia), sez. III, 28/09/2016, n. 1144.

La pronunzia è intervenuta in merito alla richiesta di accesso ai documenti inseriti nel fascicolo personale di una dipendente di una ASL (in particolare, contratti di lavoro a tempo determinato, da esibire in una futura ed eventuale azione giudiziaria da esperire per la

conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato).

Richiamando giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato, la sentenza afferma: <<con riguardo all'interesse dell'impiegato all'accesso degli atti inseriti nel proprio fascicolo personale, deve riconoscersi in capo a quest'ultimo una situazione particolare, tale da consentire di prescindere anche dalla esplicitazione delle ragioni per le quali chiede l'ostensione di tali documenti. I motivi di tale richiesta devono ritenersi in re ipsa, cioè nella circostanza di essere, o di essere stato, titolare di un rapporto di dipendenza dalla pubblica amministrazione, e di poter, pertanto, vantare una posizione giuridicamente tutelata alla conoscibilità di tali atti, indipendentemente dalla circostanza che, dall'esame dei documenti richiesti, possa o meno scaturire la proposizione di una domanda giudiziaria ammissibile e fondata ovvero a prescindere dalla sussistenza di un interesse concreto ed immediato alla verifica della documentazione per cui ha avanzato istanza>>.

T.A.R. Puglia-Bari, sent. 24/01/2018, n. 96

Il Tribunale locale è stato adito per impugnare il diniego di accesso ai documenti utilizzati da una Fondazione Lirico Sinfonica (che <<pur essendo formalmente ente di diritto privato, costituisce "pubblica amministrazione" ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. e) legge n. 241/1990 e quindi soggetta alla disciplina sul diritto di accesso di cui alla stessa legge n. 241/1990>>) per la formazione della graduatoria del personale in esubero.

La sentenza merita di essere segnalata perché ribadisce il principio secondo cui, in mancanza di ragioni ostative alla esibizione dei documenti richiesti, l'accesso deve in ogni caso essere consentito.

<<La domanda di accesso ha ad oggetto atti determinati [in particolare: copia dei contratti della ricorrente e di una sua collega, valutati ai fini della assegnazione del punteggio per 'anzianità aziendale'; copia dei documenti di un'altra collega, valutati ai fini della assegnazione dei punteggi per 'carichi di famiglia'], e quindi non può certamente considerarsi preordinata ad un illegittimo controllo generalizzato sugli atti della pubblica amministrazione vietato dall'art. 24, comma 3 legge n. 241/1990. Peraltro, non vi sono ragioni ostative alla esibizione della documentazione in esame>>.

La precisazione, per quanto apparentemente ovvia, è in realtà necessaria per motivare l'illegittimità del diniego, che spesso la P.A. oppone semplicemente trincerandosi dietro lo scudo della 'riservatezza dei dati' o di un 'controllo generalizzato sull'attività amministrativa'. Sullo stesso argomento, si segnala anche una decisione della Commissione per l'Accesso agli Atti Amministrativi: <<la ricorrente, quale partecipante alla procedura selettiva in esame, è titolare di un interesse endoprocedimentale, di cui all'art. 10 L. 241/90, senza che sia necessaria la specificazione della motivazione essendo quest'ultima presunta dalla legge stessa>> (decisione resa dalla Commissione per l'Accesso nella seduta del 17-12-17).

T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, sent. 17/12/2006, n. 109

La sentenza è intervenuta su ricorso di una Organizzazione Sindacale, a fronte del diniego di accesso ai documenti attestanti le misure organizzative adottate da una P.A. in occasione di uno sciopero.

<<Trattandosi di un accesso promosso da un'Associazione sindacale, quale ente esponenziale degli interessi dei lavoratori che rappresenta, e titolare di un proprio interesse a svolgere liberamente l'attività sindacale, occorre stabilire se i documenti richiesti hanno rilevanza ai fini della cura e difesa di tali interessi. Dall'esame dell'istanza, che contiene un elenco dettagliato di documenti, ciascuno dei quali identificato con puntuali riferimenti all'oggetto, ai destinatari e all'efficacia temporale, si evince agevolmente che la finalità perseguita è quella di accertare se l'Istituto scolastico avesse fatto fronte alle assenze del personale aderente allo sciopero, mediante sostituzione con altro personale in servizio, tenendo così una condotta ritenuta antisindacale dalla ricorrente. Sussiste

pertanto, l'interesse qualificato a conseguire la disponibilità dei predetti documenti, mentre la richiesta contenuta nell'istanza di accesso di acquisire eventuali, ulteriori informazioni sull'organizzazione del servizio e sulle attività svolte presso l'Istituto scolastico intimato nella giornata ...dello sciopero, non vale di per sé ad orientare la predetta istanza verso un inammissibile controllo generalizzato sull'operato dell'Istituto scolastico. Dette informazioni riguardano, infatti, dati attinenti alla finalità dichiarata nell'istanza, i quali ben potrebbero essere contenuti nei documenti richiesti>>.

Sempre sulla legittimazione della Organizzazione Sindacale all'accesso, cfr. anche **T.A.R. Puglia-Bari**, III sez., sent. 14/01/2016 n. 172: <<*tale interesse si rivela certamente "attinente al ruolo del sindacato quale istituzione esponenziale di una categoria di lavoratori, che agisce a tutela delle posizioni di lavoro degli associati, nel cui interesse e rappresentanza opera" (C.d.S., VI Sezione, 11 gennaio 2010, n. 24). D'altra parte, la giurisprudenza, a proposito della legittimazione attiva del sindacato, ha anche affermato che "sussiste interesse del sindacato per la cognizione di documenti che possono coinvolgere le prerogative del sindacato quale istituzione esponenziale di categoria, sia le posizioni di lavoro di singoli iscritti nel cui interesse opera l'associazione (C.d.S., VI Sezione, n. 5511 del 20.11.2013)">>.*

T.A.R. Puglia-Bari, III sez., sent. 15/01/2015, n. 56.

In tal caso l'accesso era stato richiesto da una Organizzazione Sindacale che, nel ruolo di garante degli interessi collettivi dei suoi iscritti e, segnatamente, nell'ambito di un'azione di monitoraggio intrapresa sulle scuole della provincia per verificare il rispetto della normativa sulla sicurezza, chiedeva ad una istituzione scolastica una copia, anche informatica, del Documento di Valutazione dei Rischi (DVR).

<<Non ostano divieti e preclusioni normative all'esercizio del diritto di accesso, non riguardando l'istanza atti sottratti all'accesso, né sostanziandosi in un controllo generalizzato sull'attività dell'Amministrazione. Va, inoltre, considerato inconferente il richiamo che parte resistente opera in riferimento alla legislazione giuslavoristica, quasi che essa possa prevalere sulla legge "generale" sul procedimento amministrativo: "In realtà la normativa invocata dall'amministrazione intimata riguarda ogni rapporto di lavoro subordinato, laddove nella vertenza in esame trattasi di rapporti di lavoro alle dipendenze di un'amministrazione pubblica (nell'accezione estensiva prevista dall'art. 23 L. n. 241 del 1990) che in quanto tale rimane specificamente tenuta all'accesso, anche per atti di diritto di privato se di riverbero con il pubblico interesse" (TAR Abruzzo, sent. 12/7/12 n. 467). Risulta, in definitiva, illegittimo l'accoglimento dell'istanza da parte del D.S. dell'Istituto ...scolastico, siccome limitato alla mera consultazione "in sede" del documento richiesto; va, al contrario, consentito all'O.S. di ottenere copia del DVR, tenuto conto – peraltro – che del documento – in formato digitale - è richiesto l'invio alla p.e.c. indicata nell'istanza, con conseguente semplificazione dell'attività gravante sull'ufficio scolastico>>

Raffaella Romano

Competenza della Corte dei Conti

A cura di Marco Junior Tamma

È dubbio quale sia, tra il Giudice ordinario (o amministrativo) e contabile, quello competente a conoscere le problematiche connesse ai diritti previdenziali dei dipendenti pubblici o, in altri termini, quale esso sia per il dipendente pubblico che voglia definire e/o tutelare in maniera precisa il suo diritto alla pensione inteso sia come diritto al collocamento in quiescenza al di là delle questioni meramente contabili.

Il dato normativo da cui partire è certamente l'art. 3, del R.D. 1214/1934, il quale attrae alla competenza della Corte dei Conti i *ricorsi in materia di pensioni di cui all'art. 62* che a sua volta dispone:

«Contro i provvedimenti definitivi di liquidazione di pensione a carico totale o parziale dello Stato è ammesso il ricorso alla competente sezione della Corte, la quale giudica con le norme di cui agli articoli seguenti. Alla medesima sezione sono devoluti anche tutti gli altri ricorsi in materia di pensione, che leggi speciali attribuiscono alla Corte dei conti, nonché le istanze dirette ad ottenere la sentenza che tenga luogo del decreto di collocamento a riposo o in riforma e dichiarati essersi verificate nell'impiegato dello Stato o nel militare le condizioni dalle quali, secondo le leggi vigenti, sorge il diritto a pensione, assegno o indennità. In materia di riscatto di servizi il ricorso è ammesso soltanto contro il decreto concernente la Liquidazione».

Ai fini di quanto qui rileva, il passo senza interessante è il comma II che sembra attrarre alla competenza contabile solo quelle vertenze inerenti la pensione come diritto acquisito o in via di acquisizione lasciando spazi a dubbi interpretativi riassumibili nell'interrogativo: è competente la Corte dei Conti ogni qualvolta siano in discussione aspetti pensionistici del pubblico dipendente ovvero vi sono materie su cui ricade la competenza del Giudice ordinario (A.G.O.)?

Infatti, nel caso concreto potrebbero verificarsi, anche in via concorrente con riguardo alla stessa posizione, più aspetti di natura – o con riflessi – pensionistici quali, ad esempio ma non esaustivamente: il riconoscimento di particolari benefici che diano luogo ad aumenti figurativi della contribuzione previdenziale (lavoro in presenza di amianto, aria insalubre etc.), infortuni sul lavoro e/o cause di servizio che hanno riconosciuto o possono riconoscere privilegi sull'anzianità contributiva, o ancora il riscatto di anni contributivi ai fini previdenziali etc., che pongono il soggetto in condizione di chiedere tutela giudiziaria prodromica al collocamento in quiescenza, e sia per il riconoscimento del beneficio in sé che sarà utile ai fini del pensionamento.

A risolvere la questione, non di poco conto attesi i contrasti registratisi nella Giurisprudenza ordinaria e contabile è stato l'ultimo intervento registrato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione al proposito che, in sede di regolamento di competenza, ha pronunciato l'ordinanza nr. 7958 del 04/aprile/2015, la quale, con il passaggio determinante, ha sancito il criterio discriminante tra le competenze funzionali di giudice contabile e A.G.O., individuandolo nel *petitum sostanziale* della causa.

Dunque non già una distinzione netta sulla scorta del tema dedotto in giudizio, quello di pensione del pubblico dipendente, ma bensì sul criterio tecnico ossia la verifica del bene della vita da tutelare, il fine dell'azione piuttosto che il suo inizio.

Infatti, con rinvio alla propria costante Giurisprudenza e citato il precedente relativo alla competenza tra A.G.O. ed A.G.A., ove le Sezioni chiarirono che *«la giurisdizione della Corte dei conti in materia di pensioni (R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, artt. 13 e 62) ha carattere esclusivo, in quanto affidata al criterio di collegamento costituito dalla materia, onde in essa sono comprese tutte le controversie in cui il rapporto pensionistico costituisca elemento identificativo del petitum sostanziale e, quindi, tutte le controversie concernenti la sussistenza del diritto, la misura e la decorrenza della pensione dei pubblici dipendenti, nonché, pur in costanza di lavoro, ogni diritto relativo al rapporto pensionistico»* questa

volta le Sezioni Unite chiariscono in maniera ancora più profonda il concetto del *petitum sostanziale* – bene della vita – che si tutela innanzi alla Corte dei Conti.

Muovendo, dunque, dall'ordinanza di rimessione della Sezione Contabile del Piemonte e disconoscendone il ragionamento devolutivo alla giurisdizione ordinaria, in favore della contabile, chiariscono che «*il bene della vita di cui si chiede tutela non è, pertanto, l'accertamento della cessazione del rapporto di lavoro ... omissis ... bensì proprio l'accertamento della verifica, nell'ambito del rapporto previdenziale collegato all'esistenza del rapporto delle condizioni, che sulla base della disciplina di detto rapporto, possono giustificare di riflesso la consequenziale incidenza come fatto giustificativo dell'estinzione del rapporto di lavoro, cioè del diritto di andare in pensione*».

Dunque l'accertamento della “data di pensionamento” e quindi di tutti gli altri aspetti preliminari o presupposti del collocamento in quiescenza, costituiscono un mero antecedente logico nell'azione di tutela del dipendente pubblico quando, invece, a venire in rilievo, è il fine della qualificazione del modo di essere del successivo rapporto pensionistico come fatto estintivo del rapporto di lavoro.

Individuato nei suddetti termini il *petitum sostanziale* della richiesta tutela giurisdizionale, l'incidenza dell'accertamento del diritto a veder maturare il pensionamento ad una certa data, resta sul piano di una «*correlazione fra la maturazione del diritto alla pensione e la cessazione del rapporto di lavoro, connaturato alla giurisdizione contabile quando sollecitata, come giurisdizione esclusiva*»: l'accertamento, pertanto, è la maturazione del diritto alla pensione al verificarsi di certe condizioni, senza che abbia rilievo la «*ricognizione della situazione giuridica ed economica conseguita dal lavoratore benché funzionale alla richiesta del bene della vita*».

Tirando le fila e muovendo dall'esame della citata pronuncia a SS.UU. emessa sulla determinazione della data di pensionamento di alcuni dipendenti pubblici, può dirsi che il criterio di distinzione della competenza funzionale tra A.G.O. (A.G.A.) e Corte dei Conti è quello del bene della vita da tutelare, ovvero il *petitum sostanziale* che dovrà consistere non già in un mero accertamento di un evento attribuibile al normale corso del rapporto lavorativo ma bensì quello della sua idoneità ad incidere sul rapporto pensionistico ai fini della maturazione del diritto al pensionamento.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, rimarrà attratta nella giurisdizione ordinaria ogni questione attinente all'accertamento di fatti, come eventi isolati ed incidenti sull'ordinario svolgimento del rapporto lavorativo, rimanendo invece attratte dalla giurisdizione esclusiva contabile, quand'anche identiche, quelle dirette ad incidere sulla conclusione del rapporto lavorativo e la successiva incidenza sul pensionamento o sul collocamento in quiescenza del lavoratore.

Marco Junior Tamma

Normativa e documentazione nazionale

- Legge 29 dicembre 2017, n. 205 - (c.d. *Legge di Bilancio*)
- Decreto Interministeriale del 27 aprile 2018 – *individuazione delle attività lavorative a bordo delle navi o delle unità, di cui art. 2 D. Lgs 28 luglio 1999 n.271, alle quali è vietato adibire i minori di anni diciotto*
- Decreto Legislativo n. 51/2018 - *Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o*

esecuzione di sanzioni.

- Decreto Legislativo n. 71/2018 – *Condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi e collocamento alla pari*
- Decreto Legislativo n. 72/2018 - *Tutela del lavoro nell'ambito delle imprese sequestrate e confiscate in attuazione dell'articolo 34 della legge 17 ottobre 2017, n. 161.*

Osservatorio della giurisprudenza

Cassazione civ., Sez. Lavoro, ord. 20-06-2018, n. 16256

Nell'ipotesi in cui il lavoratore chieda il risarcimento del danno patito alla propria integrità psicofisica in conseguenza di una pluralità di comportamenti del datore di lavoro e dei colleghi di lavoro di natura asseritamente vessatoria, il giudice del merito, pur nell'accertata insussistenza di un intento persecutorio idoneo ad unificare tutti gli episodi addotti dall'interessato e quindi della configurabilità di una condotta di "mobbing", è tenuto a valutare se alcuni dei comportamenti denunciati - esaminati singolarmente, ma sempre in sequenza causale - pur non essendo accomunati dal medesimo fine persecutorio, possano essere considerati vessatori e mortificanti per il lavoratore e, come tali, siano ascrivibili a responsabilità del datore di lavoro, che possa essere chiamato a risponderne, nei limiti dei danni a lui imputabili.

Cassazione civ., Sez. Lavoro, sent. 22-06-2018, n. 16571

In tema di apprendistato, l'inadempimento degli obblighi di formazione ne determina la trasformazione, fin dall'inizio, in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ove l'inadempimento abbia un'obiettiva rilevanza, concretizzandosi nella totale mancanza di formazione, teorica e pratica, ovvero in un'attività formativa carente o inadeguata rispetto agli obiettivi indicati nel progetto di formazione e trasfusi nel contratto, ferma la necessità, per il giudice, in tale ultima ipotesi, di valutare, in base ai principi generali, la gravità dell'inadempimento al fine della declaratoria di trasformazione del rapporto in tutti i casi di inosservanza degli obblighi di formazione di non scarsa importanza.

Cassazione civ. Sez. Lavoro, ord. 27-08-2018 n. 21189

Il requisito costitutivo dell'età anagrafica per la pensione supplementare deve essere perfezionato al momento della domanda amministrativa, restando privo di qualsivoglia rilevanza il compimento dell'età anagrafica in epoca successiva alla presentazione della domanda amministrativa, giacché la decorrenza del beneficio, dal primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda, comporterebbe la erogazione di un trattamento pensionistico supplementare con il requisito anagrafico perfezionatosi solo nel corso del procedimento amministrativo e con decorrenza da epoca diversa dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda amministrativa. Di talché solo al raggiungimento dell'età anagrafica l'assicurato può proporre la relativa domanda amministrativa, con decorrenza del trattamento pensionistico dal primo giorno del mese successivo all'istanza.

Cassazione civ. Sez. Lavoro, ord. 27-08-2018 n. 21193

In materia di procedimento disciplinare a carico del pubblico dipendente per fatti integranti anche ipotesi di reato, il momento determinante ai fini dell'assoggettamento o meno della fattispecie alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 150 del 2009 è costituito dall'acquisizione della

notizia (qualificata) dell'infrazione. Ed infatti, dal momento di tale acquisizione decorrono i termini per la contestazione dell'addebito all'incolpato, di talché il procedimento, nella sua unitarietà, si snoda a partire dall'acquisizione della notizia. (Nel caso in esame, la Corte territoriale ha evidenziato che la molteplicità delle accuse e l'intreccio delle condotte dei concorrenti nei reati contestati, rendeva difficile definire le responsabilità del dipendente nella complessa vicenda sulla base della sola formulazione del provvedimento di rinvio a giudizio, per cui la notizia dell'infrazione occorrente per la formulazione di una precisa contestazione non poteva che farsi risalire alla condanna di primo grado. Tale ricostruzione costituisce, peraltro, accertamento di fatto demandato al giudice di merito.)

Cassazione civ. Sez. Lavoro, ord. n. 24118/2018

Circa l'obbligo scaturente dall'art. 2094 cc è stato chiarito che l'eventuale adibizione a mansioni non rispondenti alla qualifica rivestita può consentire al lavoratore di richiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza ma non autorizza il lavoratore a rifiutarne aprioristicamente l'adempimento in quanto egli è tenuto ad osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartito dall'imprenditore, ex art. 2086 e 2104cc.

Eventi:

Eventi sul Territorio

- **La nuova legislazione sul lavoro e la tutela della dignità del lavoratore**
Bari, 16.11.2018 ore 11-14, Sala Consiliare Ordine avvocati Bari
- **Un aggiornamento sui licenziamenti dopo il “decreto dignità”, la Corte Costituzionale e la più recente giurisprudenza**
Trani, 30.11.2018 ore 16, Museo Diocesano

Eventi nazionali:

- **Convengo “Il primo grado del processo del lavoro: profili critici”**
Trento, giovedì 15 novembre 2018, h. 16-19 presso la sala conferenze della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento
- **Seminario “Il giudizio del Lavoro in Cassazione”**
Bologna, 16.11.2018, Aula Magna della Scuola Superiore di Studi Giuridici, Via B. Andreatta 14, ore 15:00 – 18:00
- **Seminario “Diritto del lavoro e relazioni industriali”**
Assago (MI), mercoledì 21 novembre 2018, presso al FestoAcademy
- **Seminario “Controllo dei lavoratori e tutela del patrimonio aziendale”**
Milano, giovedì 29 novembre 2018, h. 9.30 – 13.30, presso Hotel Michelangelo
- **Convengo “Consulenza giuslavoristica nelle start up di imprese o di business”**
Verona, mercoledì 19 dicembre 2018, h. 14 – 17.30, DB Hotel



Commissione Lavoro Bari

Coordinatrice Serena Triggiani

Segretario Carlo De Liddo

Il **Notiziario del Lavoro** è diretto da Pierfrancesco Zecca

Comitato Scientifico

- Pierfrancesco Zecca
- Rosalba Acquaviva
- Carmen De Girolamo
- Pippo De Lucia
- Madia Favia
- Michele Imperio
- Carla Marinaci
- Manuela Misceo
- Terry Siciliani

mail To:

commissionelavoro.avvocatibari@gmail.com

PER LA VISUALIZZAZIONE IN PDF DI ALLEGATI E DOCUMENTI CLICCARE SUL SEGUENTE LINK:

<http://www.ordineavvocati.bari.it/default.asp?idlingua=1&idContenuto=2512>