

Pubblicato il 03/11/2023

N. 16305/2023 REG.PROV.COLL.

N. 02760/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2760 del 2018, proposto da UIL Pubblica Amministrazione Polizia Penitenziaria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Angelo Urso e Gennarino De Fazio, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocato Lorenzo Di Gaetano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

- del Decreto Ministeriale n. 206 del 17 ottobre 2017, emesso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a firma del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica amministrazione e del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali, conosciuto il 29 dicembre 2017 a seguito di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 392, concernente il "*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, ai sensi dell'articolo 55-septies, comma 5-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*";

- di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali, e, in particolare, dell'art. 3, laddove il decreto individua le fasce di reperibilità per la visita fiscale in caso di malattia tra le 9 e le 13 e tra le 15 e le 18 di ciascun giorno, mantenendo così gli orari attualmente previsti per la P.A. e lasciando immutata la differenziazione tra il pubblico e il privato, per il quale le finestre sono più brevi, ricomprese tra le ore 10 e le 12 e tra le ore 17 e le 19.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2023 il Presidente Rita Tricarico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. Con il ricorso in epigrafe il Sindacato UIL Pubblica Amministrazione Penitenziaria e alcuni appartenenti alla Polizia penitenziaria impugnano il D.M. n. 206 del 17 ottobre 2017, adottato dal Ministro per la Semplificazione e per la Funzione pubblica, di concerto con quello del Lavoro e delle Politiche sociali, censurandolo, in modo particolare, nella parte in cui ha lasciato invariate e differenziate le fasce orarie di reperibilità per la visita fiscale, in caso di malattia, per i dipendenti di Amministrazioni pubbliche e di soggetti privati, pur essendo stata *ex ante* demandata a tale fonte la loro armonizzazione.

II. Premettendo la sussistenza nella specie della giurisdizione del Giudice adito e la propria legittimazione *ad causam* in ragione del contenuto del contestato decreto, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione e falsa applicazione di legge, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, illogicità e incoerenza del Decreto Ministeriale n. 206 del 17 ottobre 2017 e, in particolare, dell'art. 3 del citato decreto perché in contrasto con degli artt. 3 e 97 della Costituzione, nonché eccesso di potere sotto i profili dell'illogicità manifesta e della disparità di trattamento per difformità dalla delega contenuta nell'art. 55 septies, comma 5 bis, d.lgs. 165/2001.

La Funzione pubblica ha lasciato invariate le fasce orarie di reperibilità, ossia nelle quali il dipendente "pubblico" deve necessariamente farsi trovare presso il proprio domicilio dal medico fiscale, pena una sanzione disciplinare anche di natura economica.

Sulla questione il Consiglio di Stato, esaminando il decreto attuativo della riforma Madia, aveva sollevato varie osservazioni, tra cui quella di equiparare i controlli nel settore pubblico con quelli del settore privato, tentando di dare una armonizzazione alle discipline, ma, secondo la P.A., la riduzione delle ore di accertamento avrebbe di fatto ridotto "*...l'incisività della disciplina dei controlli*".

Non vi sarebbe stata, perciò, alcuna volontà, da parte del Legislatore delegato, di equiparare il settore privato al settore pubblico in fatto di fasce di reperibilità, lasciando in essere una manifesta discriminazione.

L'art. 3 del decreto gravato risulterebbe innanzitutto in palese contrasto con l'art. 3 Costituzione, determinando un'illegittima disparità di trattamento tra il rapporto di lavoro dei dipendenti del settore pubblico e quello del settore privato.

In oltre nel settore pubblico l'Inps effettua le visite fiscali per i dipendenti pubblici anche d'ufficio, ossia non solo su richiesta dei dirigenti della pubblica amministrazione.

In tal modo non sarebbe stato rispettato l'obbligo di armonizzazione sancito dal legislatore con l'art. 55 septies, comma 5 bis, del d. lgs. n. 165/2001, e succ. mod., in violazione dell'art. 3 Costituzione in relazione al principio di uguaglianza tra i lavoratori, i cui rapporti di lavoro sarebbero entrambi caratterizzati dagli stessi elementi di subordinazione, per i quali la malattia è un evento per cui non ha alcuna rilevanza la natura pubblica o privata del datore di lavoro e per i quali altresì sarebbero parificate le restanti modalità di controllo, ivi comprese le più restrittive cause di esenzione, che passano dalle cinque, individuate dal DM Brunetta del 2009, a tre.

2) Violazione di legge, e in particolare, dell'art. 3 del decreto 17 ottobre 2017, n. 206, per contrasto con la Direttiva n. 2000/78/CE recante "Quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro".

Il diritto comunitario osta all'adozione di una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero di un contratto collettivo concluso tra i Rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro, che determini una disparità di trattamento tra lavoratori senza che sussistano ragioni oggettive.

Si richiamano poi le disposizioni del diritto dell'Unione europea e alcune pronunce della Corte di Giustizia UE concernenti il dedotto profilo.

3) Eccesso di potere, illogicità, irrazionalità e sviamento del D.M. 17 ottobre 2017, n. 206, in particolare dell'art. 3, per disparità di trattamento tra lavoratori pubblici e privati.

Il Regolamento emanato, così facendo, non perseguirebbe l'interesse pubblico generale e si porrebbe in contrasto con i principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione sanciti dall'articolo 97 della Carta Costituzionale. In sintesi, sarebbe stata violata soprattutto l'imparzialità dell'agire della Pubblica Amministrazione e, inoltre, sarebbe stato posto in essere un travisamento della delega per l'armonizzazione del settore pubblico e privato.

Peraltro il combinato disposto di cui all'art. 2 ("Le visite fiscali possono essere effettuate con cadenza sistematica e ripetitiva ..."), all'art. 3 (Fasce orarie di reperibilità) e dell'art. 4 (Esclusioni dall'obbligo di reperibilità) del DM, oltre a manifestare i profili di illegittimità di cui prima, sembrerebbero sviare l'azione amministrativa, la quale parrebbe, non solo o principalmente mirata ad accertare la sussistenza della malattia, ma – specie dopo essere stata accertata ed essere stato prognosticato il decorso – a penalizzare e "sanzionare" il lavoratore pubblico ammalato anche quando non ve ne sarebbe alcuna necessità.

Le disposizioni citate sembrerebbero altresì perseguire un obiettivo di dissuasione al ricorso all'assenza per malattia del dipendente pubblico, che travalicherebbe il dovere di salvaguardare il preminente interesse pubblico, nonché l'efficienza, l'efficacia e in buon andamento della Pubblica Amministrazione, in quanto in contrapposizione al diritto di cui all'art. 32 della Costituzione.

III. Con atto depositato il 6 aprile 2018, si sono costituite in giudizio le intime Amministrazioni.

III.1. Fissata l'udienza pubblica del 26 settembre 2023 per la definizione del ricorso, queste ultime hanno depositato una breve memoria difensiva, di controdeduzioni alle doglianze di parte avversa.

IV. Infine nella predetta udienza pubblica il ricorso è stato introitato per la decisione.

V. Preliminarmente va detto che è pacifica la sussistenza della legittimazione processuale in capo ai ricorrenti e, in particolare, al Sindacato, alla luce di quanto contenuto nello Statuto versato in atti, dal quale emerge con chiarezza il carattere rappresentativo di UIL Pubblica Amministrazione anche relativamente alla Polizia penitenziaria, attesa la specifica previsione di cui all'art. 22 di tale atto.

V.1. Quanto agli altri ricorrenti, gli stessi precisano la propria posizione quali appartenenti alla Polizia penitenziaria, senza che tale dato sia smentito dalle costituite Amministrazioni.

VI. Si ravvisa altresì l'interesse a ricorrente, stante l'immediata e diretta applicazione delle censurate previsioni dell'impugnato provvedimento, da cui deriva la loro portata lesiva diretta.

VII. Acclarata l'ammissibilità del ricorso, in verità non contestata da parte resistente, e passando al merito, risulta necessario in via pregiudiziale fornire il quadro normativo nel quale s'incasella l'impugnato decreto.

VII.1. L'art. 17 della legge delega n. 124 del 2015, recante "Riordino della disciplina del lavoro nelle amministrazioni pubbliche", ha fissato, per quanto qui interessa, al comma 1, lett. l), i seguenti criteri e obiettivi: "*riorganizzazione delle funzioni in materia di accertamento medico-legale sulle assenze dal servizio per malattia dei dipendenti pubblici, al fine di garantire l'effettività del controllo, con attribuzione all'Istituto nazionale della previdenza sociale della relativa competenza e delle risorse attualmente impiegate dalle amministrazioni pubbliche per l'effettuazione degli accertamenti...*".

VII.2. Vi è stata data attuazione con il d.lgs n. 75 del 2017, con cui è stato *in parte qua* modificato e integrato il d.lgs n. 165 del 2011.

VII.3. In particolare, l'art. 18 del citato d.lgs n. 75 del 2017 ha novellato l'art. 55 septies del d.lgs n. 165 del 2001, introducendo il comma 2 bis, concernente la competenza dei controlli in capo

all'INPS, con la previsione di apposite convenzioni per disciplinare il rapporto tra detto Ente e i medici di medicina fiscale, e modificando il comma 5 bis nel seguente modo: *“Al fine di armonizzare la disciplina dei settori pubblico e privato, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sono stabilite le fasce orarie di reperibilità entro le quali devono essere effettuate le visite di controllo e sono definite le modalità per lo svolgimento delle visite medesime e per l'accertamento, anche con cadenza sistematica e ripetitiva, delle assenze dal servizio per malattia. Qualora il dipendente debba allontanarsi dall'indirizzo comunicato durante le fasce di reperibilità per effettuare visite mediche, prestazioni o accertamenti specialistici o per altri giustificati motivi, che devono essere, a richiesta, documentati, è tenuto a darne preventiva comunicazione all'amministrazione che, a sua volta, ne dà comunicazione all'Inps”*.

VII.4. Il Decreto Ministeriale n. 206 del 17 ottobre 2017, oggetto dell'impugnativa in esame, è stato adottato dal Ministro per la Semplificazione e la Pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali, proprio per dare attuazione al disposto di cui al citato art. 55 septies, comma 5 bis, del d.lgs n. 165 del 2001, come novellato dall'art. 18 del d.lgs n. 75 del 2017. Ed in effetti il decreto *de quo* è così intitolato: *“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, ai sensi dell'articolo 55-septies, comma 5-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.”*.

VIII. Va quindi verificato se esso effettivamente dia attuazione alla richiamata norma primaria. Ed infatti la risposta a tale domanda consente di chiarire la fondatezza o meno del ricorso in epigrafe.

VIII.1. Al riguardo è sufficiente leggere l'art. 3 del decreto per concludere nel senso della non idonea attuazione della suindicata norma di legge.

In particolare, con riferimento al solo settore pubblico, le fasce orarie di reperibilità sono così indicate: 9-13 e 15-18, con obbligo di reperibilità anche nei giorni non lavorativi e festivi.

Nulla è innovato rispetto al decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 206 del 2009, specificamente riferito solo ai dipendenti pubblici.

Deve osservarsi che per il settore privato le fasce orarie di reperibilità per la visita fiscale, anch'esse non modificate, sono completamente diverse: 10-12 e 17-19.

VIII.2. In questo modo è evidente che non è stata assicurata l'armonizzazione della disciplina dei settori pubblico e privato, alla quale il decreto era chiamato, relativamente alle fasce orarie di reperibilità, che sono rimaste profondamente differenziate, in modo decisamente più penalizzante per i dipendenti pubblici.

Come ha osservato il Consiglio di Stato nel parere reso con riguardo proprio al detto decreto, sussisteva la *“necessità di adeguare il quadro normativo allo sviluppo tecnologico dei sistemi di comunicazione digitale sia in ragione del progressivo allineamento della disciplina normativa concernente i dipendenti pubblici con quella relativa al settore privato, conseguente al processo di “privatizzazione” del pubblico impiego che ha avuto luogo a partire dall'inizio degli anni '90.”*.

VIII.3. Il Consiglio di Stato, con specifico riferimento all'art. 3 in esame, ha poi evidenziato in fatto *“che tale articolo - nell'individuare quali fasce orarie di reperibilità i periodi ricompresi tra le ore 9 e le 13 e tra le ore 15 e le 18 di ciascun giorno - mantiene gli orari attualmente previsti per i pubblici dipendenti, lasciando dunque immutata la differenziazione tra dipendenti pubblici e privati, in relazione ai quali sono previste fasce orarie di reperibilità più brevi, ricomprese tra le ore 10 e le 12 e tra le ore 17 e le 19.”*.

Facendo ancora notare come l'Amministrazione abbia motivato con il rilievo che *“l'armonizzazione alla disciplina prevista per i lavoratori privati avrebbe comportato (per i dipendenti pubblici) una riduzione delle fasce orarie da sette ore giornaliere a sole quattro e, quindi, una minore incisività della disciplina dei controlli”*, la Sezione “Atti normativi” del

Consiglio di Stato ha dichiarato che *“non può esimersi dal rilevare che la motivazione esplicitata dall'Amministrazione, basandosi su una nozione di controllo prettamente quantitativa, non appare adeguata a superare la circostanza che la disposizione in esame potrebbe essere ritenuta non conforme al criterio di delega recato dall'art. 55 septies, comma 5 bis del d. lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui dispone che l'atto normativo de quo debba essere finalizzato a “armonizzare la disciplina dei settori pubblico e privato”*”.

Essa ha quindi sostenuto la necessità di *“invitare l'Amministrazione a procedere, con le modalità ritenute più opportune, all'armonizzazione della disciplina delle fasce orarie di reperibilità fra dipendenti pubblici e dipendenti del settore privato, in base a quanto esplicitamente previsto dalla normativa di delega di cui al richiamato art. 55 septies, comma 5 bis del d. lgs. n. 165 del 2001.”*.

VIII.4. Il parere richiamato è chiaro nel rilevare in modo critico l'inosservanza della disposizione in ultimo richiamata. Esso è certamente condivisibile.

IX. La mancata armonizzazione ha altresì determinato una disparità di trattamento tra settore pubblico e settore privato, a parere del Collegio, del tutto ingiustificata, considerato che un evento come la malattia non può essere trattato diversamente a seconda del rapporto di lavoro intrattenuto dal personale che ne viene colpito. Ne è quindi derivata la violazione dell'art. 3 Costituzione, non essendo rispettato il principio di uguaglianza.

X. Il mantenimento delle differenziate fasce orarie, con una durata complessiva, per il settore pubblico, quasi doppia rispetto a quella del settore privato (7 ore a fronte di 4 nell'arco di una giornata) è indicativo anche di uno sviamento di potere: la stessa motivazione addotta dall'Amministrazione nell'interlocuzione con il Consiglio di Stato (il mancato allineamento delle fasce di reperibilità per il settore pubblico a quelle del privato è dovuto ad una minore incisività della disciplina dei controlli) è una dimostrazione del fatto che si parte dall'idea che per il settore pubblico servano controlli rafforzati. Tali controlli ripetuti, associati ad una restrizione delle ipotesi di esclusione dall'obbligo di rispettarle, sembrano piuttosto diretti a dissuadere dal ricorso al congedo per malattia, in contrasto con la tutela sancita dalla Carta costituzionale dall'art. 32.

XI. Le considerazioni svolte nella presente disamina conducono all'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento *in parte qua* del provvedimento che ne costituisce l'oggetto.

XI.1. Stante l'effetto conformativo riconosciuto alla sentenza, nell'adozione del nuovo decreto non potrà non tenersi conto di quanto affermato nel presente provvedimento.

XII. In ragione della peculiarità della questione disaminata, si ravvisano, tuttavia, i presupposti per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando:

- accoglie nei modi di cui in motivazione il ricorso, come in epigrafe proposto;
- compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2023 con l'intervento dei Magistrati:

Rita Tricarico, Presidente, Estensore

Monica Gallo, Referendario

Valentino Battiloro, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Rita Tricarico

IL SEGRETARIO