

Lavoro e previdenza oggi n. 3-4/2020

Antonio Federici

I permessi per l'assistenza ai disabili dalla parte del care giver: funzione compensativa e diritto al sollievo

Il contributo si incentra sull'analisi dei permessi per l'assistenza ai disabili ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104/1992, attraverso una ricostruzione giuslavoristica della figura del *care giver*. Tale ricostruzione ruota attorno alla funzione "assistenziale" che i permessi di cui all'art. 33 ult. cit. devono assolvere, per arrivare poi alla conclusione secondo cui il difetto della funzione assistenziale rende illecito o, comunque, contrario alla buona fede il ricorso ai suddetti permessi: per vero, la sottrazione del lavoratore a tale funzione, unitamente all'assenza - ingiustificata - dal lavoro, manifesta una condotta fraudolenta sotto ogni punto di vista, non tollerando l'ordinamento italiano alcuna strumentalizzazione della condizione di disabilità, prima ancora che una frustrazione delle esigenze del datore di lavoro.

The essay is focused on the analysis of permits for assistance to disabled people pursuant to art. 33 of the law n. 104/1992, through a reconstruction of the figure of the care giver. This reconstruction moves forward from the "welfare" function that characterise the permits art. 33 refers to, so as to arrive at the conclusion that the lack of the welfare function makes the recourse to the aforementioned permits illegal or, in any case, contrary to good faith: indeed, the absence of such function, together with the - unjustified - absence from work, manifests a fraudulent conduct under every point of view, not tolerating the Italian legal system any exploitation of the condition of disability, before any frustration of the employer's needs.

Tiziana Orrù

Novità in tema di risarcimento del danno non patrimoniale alla persona

Il contributo è incentrato sulla fattispecie del danno non patrimoniale e dei suoi meccanismi di liquidazione e "personalizzazione", anche alla luce delle notorie tabelle elaborate dal Tribunale di Roma e dal Tribunale di Milano. A tal proposito, l'Autrice parte dalla ricostruzione della fattispecie di danno non patrimoniale per come cristallizzata nella nota sentenza n. 6752/2006, resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, per poi focalizzarsi sui meccanismi di quantificazione del suddetto danno, invero agevolati dall'adozione dei meccanismi tabellari sopra richiamati; meccanismi che, secondo la giurisprudenza consolidatasi nel tempo, fanno salva la possibilità per il Giudice di ricorrere, secondo equità, ad altri criteri ancora, se ritenuti più aderenti alla fattispecie concreta. Da ultimo, l'Autrice si diffonde in una

disamina tecnico-pratica dei differenti criteri di liquidazione posti alla base dell'uno e dell'altro meccanismo tabellare, onde ricercarne le differenze e le eventuali somiglianze.

The essay is focused on the case of non-pecuniary damage, under the perspectives of its settlement and "personalization" mechanisms, also in light of the well-known tables drawn up by the Court of Rome and by the Court of Milan. In this regard, the Author starts from the reconstruction of the case of non-pecuniary damage as crystallized in the well-known sentence no. 6752/2006, issued by the United Sections of the Italian Supreme Court, so as to then focus the attention on the mechanisms for quantifying the aforementioned damage, indeed facilitated by the adoption of the table mechanisms *tolda bove*. These mechanisms, according to the jurisprudence consolidated over time, does not prevent the possibility for the Judge to apply, according to the equity principles, other criteria, if they are considered more adherent to the specific case. Lastly, the Author spreads herself in a technical-practical examination of the different liquidation criteria of one and of the other table mechanism, in order to search for their differences and similarities.

Nicola De Marinis

I controlli difensivi tra vecchi orientamenti interpretativi e rinnovate regole legali

Il contributo si incentra sull'analisi della sentenza resa dalla Corte di Appello di Roma in data 14 ottobre 2019, che si è pronunciata in merito ad un caso di utilizzo, a fini disciplinari, delle registrazioni effettuate a mezzo di telecamere non assoggettate ad alcuna procedura autorizzativa prevista per legge (sindacale od amministrativa). Precisamente, l'Autore si incentra sulle ragioni per cui, nell'ottica del Collegio capitolino, l'utilizzo di tali registrazioni sarebbe ammissibile sulla scorta del fatto che le registrazioni in questione, da un lato, concernevano un orario antecedente a quello di lavoro e, dall'altro, avrebbero avuto il solo scopo di monitorare gli accessi ai sensi dell'art. 4, comma 2, legge n. 300/1970, onde soddisfare mere esigenze di salvaguardia del patrimonio aziendale. Entrambi i profili vengono affrontati in modo critico dall'Autore, anche alla luce dei requisiti sanciti sul punto dalla giurisprudenza europea in ambito di tutela della *privacy* nei luoghi di lavoro.

The essay is focused on the analysis of the sentence issued by the Court of Appeal of Rome on 14 October 2019, which ruled on a case of use, for disciplinary purposes, of the recordings made by means of cameras not subject to any prior authorization procedure required by law (with the support of trade unions or administrative). Specifically, the Author focuses on the reasons why, from the point of view of the

Capitoline College, the use of such recordings would be admissible, on the basis that those recordings, on the one hand, concerned a period of no-working time and on the other hand, they would have had the sole purpose of monitoring access to the company's factories pursuant to art. 4, paragraph 2, law n. 300/1970, in order to satisfy the mere need of safeguarding the corporate assets. Both profiles are critically dealt by the Author, also in the light of the requirements established on this point by the European jurisprudence in the field of privacy protection at the workplaces.

Sergio Galleano

La vexata questio sulla natura del rapporto dei giudici onorari di Tribunale italiani

Il contributo è incentrato sull'analisi della disciplina giuslavoristica applicabile ai c.d. "Giudici onorari di Tribunale" e, in particolar modo, sull'assimilabilità del loro rapporto di impiego ad un rapporto di lavoro *tout court* subordinato, prendendo posizione sull'ordinanza di rimessione alla Corte Europea di Giustizia resa in data 29 ottobre 2019 dal Tribunale di Vicenza. Tale analisi viene sviluppata ripercorrendo, anzitutto, i contenuti dell'art. 106 Cost., che ammette la nomina di "magistrati onorari", che vengono poi incanalati all'interno della normativa europea richiamata dal Giudice vicentino e, precisamente, all'interno della clausola 2 delle Direttive UE 97/81 e 70/99. L'assimilazione dei "magistrati onorari" a lavoratori subordinati, evidenziata dall'Autore, ha quale conseguenza l'applicazione del divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e a tempo determinato di cui alla clausola 4 di dette direttive, così come del diritto a un trattamento retributivo e previdenziale compatibile con quello dei giudici ordinari togati. Da ultimo, con taglio critico, l'Autore non manca di evidenziare come le riforme susseguitesisi sul punto, tra cui quella registratasi nel 2017, hanno delineato una classe di "magistrati onorari" di fatto a tempo pieno e che inevitabilmente si è ribellata ad una sostanziale mancanza di tutele divenuta, ormai, intollerabile.

The essay is focused on the analysis of the labor law applicable to the so-called "Honorary Court Judges" and, in particular, on the similarity of their employment relationship to a subordinate employment relationship, taking position on the decision to refer to the European Court of Justice issued on 29 October 2019 by the Court of Vicenza. This analysis is developed by reviewing, first of all, the contents of art. 106 of the Italian Constitution, which admits the appointment of "honorary magistrates", and, second of all, by examining the European legislation mentioned by the Judge of Vicenza and, precisely, the clause no. 2 of the EU Directives 97/81 and 70/99. The assimilation of "honorary magistrates" to subordinate workers,

highlighted by the Author, has as a consequence the application of the prohibition of discrimination between part-time and fixed-term workers as per the clause no. 4 of these directives, as well as the application of the right to a remuneration and a social security treatment compatible with that the ordinary judges are entitled to. Lastly, with a critical slant, the Author highlights also how the Italian reforms that followed on this point, including the one registered in 2017, have outlined a class of "honorary magistrates" which turned out to be, in fact, a full-time class of magistrates who inevitably rebelled against a substantial lack of protection, which has now become intolerable.

Sabrina Mostarda

La compatibilità delle tutele previste dagli artt. 21, co. 1 e 33, co. 3, L. n. 104/1992 per il dipendente pubblico con necessità di cura ed assistenza ed il rapporto di lavoro dirigenziale pubblico, con particolare riferimento alla dirigenza scolastica

Il contributo è incentrato sull'analisi dell'ordinanza resa in data 26 settembre 2019 dalla Sezione Lavoro del Tribunale di Palermo sul caso di una docente residente in Sicilia che, risultata vincitrice di concorso nazionale per dirigente scolastico indetto con D.D.G. 23.11.2017 n. 1259, veniva destinata nei ruoli regionali dell'Emilia Romagna, senza che fosse tenuto in alcun conto il fatto di essere ella titolare del diritto di cui all'art. 33, co. 6, L. n. 104/1992, giacché portatrice di *handicap*. Tanto sarebbe stato reso possibile dall'art. 15 del D.D.G. 23.11.2017 n. 1259, nella parte in cui dispone l'assegnazione nei ruoli regionali esclusivamente sulla base dell'ordine di graduatoria e delle preferenze espresse all'atto dello scorrimento della graduatoria stessa, limitando la rilevanza e l'applicazione dei benefici di cui alla L. n. 104/1992 al momento successivo di assegnazione della sede di servizio da parte dell'Ufficio Scolastico Regionale. Clausola, quella contenuta nell'art. 15 ult. cit., che è stata giudicata illegittima e disapplicata dal Tribunale palermitano, il quale ha sancito il diritto della docente in questione di ottenere l'inserimento nel ruolo della regione più vicina al luogo di cura ed assistenza, non sussistendo alcuna ipotesi di deroga al meccanismo di precedenza sancito dall'art. 21, co. 1, L. n. 104/1992, perfettamente applicabile anche ai dirigenti scolastici.

The essay is focused on the analysis of the decision issued on September 26, 2019 by the Labor Section of the Court of Palermo on the case of a teacher residing in Sicily, who was winner of a national competition for executives of the school sector announced by D.D.G. 23.11.2017 n. 1259, assigned to the regional roles of Emilia Romagna, without taking into account the fact she was entitled to the right referred to in art. 33, co. 6, L. n. 104/1992, since she has a handicap. Such assignation would have been made possible by art. 15 of the D.D.G. 23.11.2017 n. 1259, in the part in

which it provides for the assignment to regional roles exclusively on the basis of the ranking order and the preferences expressed at the time of scrolling the ranking itself, limiting the relevance and application of the benefits referred to in Law no. 104/1992 at the subsequent time of assignment to the place of employment by the Regional School Office. This clause, however, was judged as illegitimate by the Palermo Court, which therefore proclaimed the right of the teacher to obtain the inclusion in the role of the region closest to her place of care and assistance, as there is no possibility of derogation from the mechanism of precedence sanctioned by art. 21, co. 1, L. n. 104/1992, perfectly applicable also to the executives of the school sector.

Nicole Piperno

I poteri istruttori nel processo del lavoro tra previsione codicistica e apporto giurisprudenziale

Il contributo è incentrato sull'analisi di un caso processuale molto frequente in ambito giuslavoristico e, cioè, il mancato esercizio dei poteri istruttori del Giudice di merito (previsti, nel rito del lavoro, dall'art. 421 c.p.c.). In particolare, tale caso, affrontato dal Supremo Collegio anche con ordinanza n. 26225/2019 – su cui si focalizza l'Autore – non è sindacabile in sede di legittimità, se non si traduce in un vizio di illogicità della sentenza. Al ricorrere di questa ipotesi, la denuncia di omessa attivazione dei poteri istruttori da parte del Giudice del merito, soprattutto se dedotta come vizio motivazionale (art. 360, n. 5, Cod. Proc. Civ.), e non come *error in procedendo* (art. 360, n. 3, Cod. Proc. Civ.), impedendo al giudice di legittimità l'esame diretto degli atti, impone al ricorrente che muova siffatta censura di riportare nel ricorso per cassazione, testualmente, tutti quegli elementi, emergenti dagli atti di causa ed erroneamente non presi in considerazione dal Giudice di merito, dai quali era desumibile la sussistenza delle condizioni necessarie per l'esercizio degli invocati poteri. Questo in ossequio all'intramontabile principio di autosufficienza del ricorso per cassazione.

The essay is focused on the analysis of a very frequent procedural case in the field of labor law, that is the failure to exercise, by the Judge of merit, the investigative powers provided, in the labor rite, by Article 421 of the Italian Code of Civil Procedure. In particular, this case, addressed by the Supreme College also with ordinance n. 26225/2019 - on which the Author focuses his attention - cannot be questioned in terms of legitimacy, if it does not reveal a defect of illogicality of the sentence. Upon the recurrence of this hypothesis, the denunciation of the failure to activate the investigative powers by the Judge of merit, especially if it is inferred as a motivational defect (art. 360, no. 5, Cod. Proc. Civ.), and not as an error in

proceeding (art. 360, n. 3, Cod. Proc. Civ.), preventing the judge of legitimacy from examining the documents directly, requires the appellant, who makes such a complaint, to report before the Court of Cassation, verbatim, all the elements, emerging from the acts of the proceeding and erroneously not taken into consideration by the Judge of the merit, from which it was possible to deduce the existence of the necessary conditions for the exercise of the invoked investigative powers. This is in accordance with the timeless principle of self-sufficiency of the appeal before the Court of Cassation.

Almerindo Proietti Semproni

Come azionare i crediti di lavoro in caso di fallimento chiuso per mancanza di attivo e di conseguente estinzione della società? La soluzione indicata dal Tribunale di Roma e, per un caso simile, dalla Corte di Appello di Milano

Il contributo è incentrato sull'analisi di due provvedimenti, uno reso dalla Sezione Lavoro del Tribunale di Roma (sent. 7488/2019, est. Conte) e uno reso dalla Sezione Lavoro della Corte di Appello di Milano (sent. n. 1354/2019) aventi ad oggetto una lettura "costituzionalmente orientata" delle tutele creditorie dei lavoratori in caso di fallimento della società datrice di lavoro. In particolare, con il primo provvedimento è stato sancito che la cancellazione della società conseguente alla chiusura del suo fallimento per insufficienza di attivo non ne determina, per eccezione, l'estinzione, legittimando i creditori sociali a far valere i loro diritti direttamente nei confronti della medesima società, tornata "in bonis", in persona del suo liquidatore: ciò per evitare che l'impossibilità di esperire alcuna azione esecutiva nei confronti della società *de qua* privi di ogni e qualsiasi garanzia i lavoratori-creditori. Con il secondo provvedimento, invece, è stato sancito che in ipotesi di chiusura della procedura fallimentare per assoluta insufficienza dell'attivo, per accedere al Fondo di Garanzia dell'Inps è bastevole la prova documentale del credito (busta paga), non richiedendosi la preventiva acquisizione di un titolo esecutivo, né la prova dell'infruttuoso esperimento dell'esecuzione forzata, stante la palese mancanza delle garanzie patrimoniali del debitore: ogni provvedimento di segno contrario emesso dal Fondo di Garanzia dell'INPS è, pertanto, illegittimo.

The essay is focused on the analysis of two decisions, one issued by the Labor Section of the Court of Rome (sentence 7488/2019, est. Conte) and one issued by the Labor Section of the Court of Appeal of Milan (sentence no. 2019) concerning a "constitutionally oriented" reading of the protection of workers' credit in the event of bankruptcy of the employer. In particular, with the first decision it has been proclaimed that the cancellation of the company following the closure because of bankruptcy due to insufficient assets does not determine, by exception, its

extinction, legitimizing the corporate creditors to assert their rights directly against the company, becoming "performing" once again, in the person of its liquidator: this aims at preventing the impossibility of taking any executive action against the company itself without any guarantee for the workers-creditors. With the second decision it has been proclaimed that, in the event of company's closure, after a bankruptcy procedure, due to absolute insufficiency of the assets, it is sufficient the documentary proof of the credit (pay slip) to access the INPS Guarantee Fund, as it isn't require the preventive acquisition of an enforceable title, nor any proof of the unsuccessful forced execution experiment, given the obvious lack of the debtor's financial guarantees: any decision by INPS Guarantee Fund which is contrary to such principle is therefore illegitimate.

Livia Tamburro

Licenziamento del Rappresentante Sindacale per discriminazione.

Continua l'altalena di orientamenti sulla inclusione del concetto di ritorsività nelle tipologie della discriminazione

La sentenza affronta la questione della legittimità del licenziamento per giusta causa irrogato dal datore di lavoro ad un lavoratore rappresentante sindacale, in relazione a violazioni disciplinari contestategli all'esito di indagini investigative, dalle quali era emerso che, a dire della società datrice, nei report mensili inoltrati all'azienda per il rimborso di spese asseritamente sopportate in funzione della prestazione di lavoro, in realtà il dipendente avesse incluso tempi relativi ad attività private e personali.

Il lavoratore ha impugnato il licenziamento poiché asseritamente discriminatorio e/o ritorsivo, in quanto intimato invece, in ragione dell'attività sindacale da lui svolta e considerata sgradita dalla società datrice; chiedeva, pertanto, la tutela reintegratoria piena, ex art. 18, commi 1 e 2 L. 300/1970.

La Corte ha sancito che, in forza del recepimento delle direttive europee n. 2000/78/CE, n. 2006/54/CE e n. 2000/43/CE, così come interpretate dalla CGUE, incombe sul lavoratore l'onere di allegare e dimostrare il fattore di rischio e il trattamento che assume meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti attivi in condizioni analoghe, allegando, nel contempo, una correlazione significativa tra tali presupposti; il datore di lavoro – a propria volta - deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi altro lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione.

La Corte ha ritenuto infondati i motivi di reclamo proposti dalla società datrice, che in gran parte "si risolvono" in ragione del mancato assolvimento, da parte di

quest'ultima, della rigorosa dimostrazione della ragione per la quale aveva disposto gli accertamenti investigativi de quibus, ragione che doveva riguardare almeno il sospetto che il dipendente potesse aver assunto condotte fraudolente, pregiudizievoli per il datore, restando esclusa, quindi, la legittimità dei controlli che si configurano come mera verifica dell'adempimento della prestazione lavorativa.

The judgment addresses the issue of the legitimacy of dismissal for just cause imposed by the employer to a worker union representative, in relation to disciplinary violations challenged as a result of investigative investigations, which showed that, according to the employer, in the monthly reports forwarded to the company for the reimbursement of expenses allegedly incurred in the performance of work, in reality the employee had included time related to private and personal activities.

The employee contested the dismissal as allegedly discriminatory and/or retaliatory, in that it was issued instead, due to the trade union activity carried out by him and considered undesirable by the company; he therefore requested full reinstatement protection, pursuant to art. 18, paragraphs 1 and 2 of Law no. 300/1970.

The Court ruled that, by virtue of the implementation of European Directives no. 2000/78/CE, no. 2006/54/CE and no. 2000/43/EC, as interpreted by the CJEU, it is up to the employee to allege and demonstrate the risk factor and the treatment he/she assumes to be less favorable than that reserved for employees in similar conditions, while alleging a significant correlation between such assumptions; the employer - in turn - must deduce and prove unequivocal circumstances, suitable to exclude, for accuracy gravity and concordance of meaning, the discriminatory nature of the termination, as demonstrative of a choice that would have been made with the same parameters in respect of any other worker without the risk factor, who had found himself in the same position.

The Court found unfounded the grounds of claim brought by the company, which largely "are resolved" because of the failure of the latter, the rigorous demonstration of the reason for which it had ordered the investigative assessments de quibus, reason that had to concern at least the suspicion that the employee may have assumed fraudulent conduct, prejudicial to the employer, being excluded, therefore, the legitimacy of controls that are configured as a mere verification of the performance of work.

Sergio Testa

Lo ius variandi nel pubblico impiego contrattualizzato: una forma di ampia flessibilità del lavoro esigibile

Il contributo è incentrato sull'esercizio dello *ius variandi* nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, ripercorrendo il consolidato orientamento della Corte di

Cassazione in merito all'applicazione – quale spia rivelatrice di un possibile demansionamento – il solo criterio dell'equivalenza formale tra le mansioni pregresse e quelle di nuova assegnazione, svincolando l'apprezzamento del Giudice dalla ben più fluida nozione di professionalità. Analogo criterio è destinato a trovare applicazione anche ai fini dell'accertamento del diritto all'assegnazione di mansioni superiori, pur nel contemperamento – come affermato dalla sentenza n. 29624/2019 – della fonte negoziale costituita dalla contrattazione collettiva di comparto e, segnatamente, alla classificazione dei lavoratori approntata dalla stessa. Così facendo, osserva l'Autore, il concetto di equivalenza sostanziale non viene totalmente dismesso ma, semplicemente, assorbito dalla contrattazione collettiva e oggetto di confronto tra le parti sociali.

The essay is focused on the exercise of the *ius variandi* in the context of privatized public employment, retracing the consolidated orientation of the Court of Cassation regarding the application - as a spy revealing a possible downgrading - the only criterion of formal equivalence between previous and lastly duties of the employee, freeing the Judge's appreciation from the much more fluid notion of professionalism. A similar criterion is intended to be applied also for the purposes of ascertaining the right to be assigned higher duties, even in reconciliation - as stated by sentence no. 29624/2019 - of the negotiating source constituted by the collective bargaining and, in particular, to the classification of workers prepared by the trade unions. In doing so, the Author observes, the concept of substantial equivalence is not totally abandoned but, simply, absorbed by collective bargaining, so as to become the subject of confrontation between the social parties.