

02 / 2021

# DIRITTI & LAVORO

## FLASH

idee e strumenti per il sindacato

# TIRO AL BERSAGLIO

*Ennesima questione di costituzionalità sul Jobs Act: stavolta tocca al licenziamento nelle piccole imprese*



---

La Corte di giustizia  
sui contratti a termine  
nella PA

---

Riders e repressione  
della condotta  
antisindacale

---

Il Ministero del lavoro e l'INL  
su lavoro intermittente  
e CCNL

---

Licenziamento  
e misure di protezione  
anti Covid 19

# 02

## Febbraio 2021

04

**Si può fare: la Corte di Giustizia  
si pronuncia sulla stabilizzazione per via  
giudiziaria dei lavoratori a termine  
nel lavoro pubblico**

di *Andrea Danilo Conte*

06

**L'anacronistica decisione di un Tribunale  
fuori dal tempo: negata ai riders  
la tutela processuale contro  
la condotta antisindacale**

di *Carlo de Marchis Gómez*

09

**Jobs Act e licenziamento  
nelle piccole imprese:  
la parola di nuovo alla Consulta**

di *Ivan Petrone*

12

**Il Ministero del Lavoro si adegua  
alla Cassazione sull'impossibilità,  
per il contratto collettivo,  
di vietare il ricorso al lavoro a chiamata**

di *Andrea Ranfagni*

14

**Rifiuto di servire  
il cliente senza mascherina?  
Il licenziamento è escluso**

di *Giovanni Calvellini*

# DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

# FLASH

A cura di

**Centro Studi**  
***"Diritti & Lavoro"***

Direttore Scientifico

**Prof. Giovanni Orlandini**

Comitato di Redazione

**Andrea Danilo Conte**  
Presidente

**Francesca Bassetti**  
**Giovanni Calvellini**  
**Giulia Frosecchi**  
**Ivan Petrone**  
**Andrea Ranfagni**  
**Marco Tufo**

Progetto grafico

**Dario D'Ovidio**

Contatti

**Centro Studi**  
**Diritti & Lavoro**  
Via Lorenzo il Magnifico, 14  
50129 - Firenze

web: [dirittilavoro.it](http://dirittilavoro.it)

email: [dirittilavoro@gmail.com](mailto:dirittilavoro@gmail.com)

Questo periodico è iscritto al  
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

#### **Crediti fotografici**

Per le immagini senza crediti  
l'editore ha ricercato con ogni  
mezzo i titolari dei diritti fotografici  
senza riuscire a reperirli.  
È ovviamente a completa  
disposizione per l'assolvimento di  
quanto occorre nei loro confronti.

# Si può fare: la Corte di Giustizia si pronuncia sulla stabilizzazione per via giudiziaria dei lavoratori a termine nel lavoro pubblico

di  
Andrea  
Danilo  
Conte

La Corte di Giustizia Europea torna, ancora una volta, sul tema del precariato nel pubblico impiego e segna con la Sentenza dell'11 febbraio 2021 (causa C-760/2018 - M.V. e altri / Organismos Topikis Aftodioikisis) un passaggio importante destinato a riaprire il dibattito e ad incidere sul contenzioso in materia di precariato pubblico.

L'occasione è data da un rinvio operato dal Tribunale di Lasithi (Grecia) il quale ha chiesto alla Corte una pronuncia pregiudiziale di conformità alla Direttiva 1999/70 della normativa greca in materia di successioni e proroghe di contratti a termine nel settore pubblico.

Il pronunciamento della Corte europea presente due profili di interesse.

Sotto un primo profilo la Corte chiarisce la nozione di "successione di contratti". La questione sottoposta alla sua attenzione riguarda una normativa che ha previsto ripetute proroghe ex lege della durata dei contratti a tempo determinato. Nel giudizio di rinvio si chiedeva che la Corte chiarisse se la nozione di "successione" di contratti richiede necessariamente la cessazione di un contratto e la stipula di un nuovo contratto o se essa possa comprendere anche la proroga di un solo contratto senza soluzione di continuità. La Corte scioglie la questione in modo poco formale e molto sostanziale. Ciò che rileva è il raggiungimento degli

obiettivi della Direttiva che sono notoriamente quella di contrastare gli abusi in materia di contratti a tempo determinato e più precisamente che un datore di lavoro (pubblico o privato non rileva) ricorra a forme di lavoro a termine a fronte di esigenze stabili e permanenti e non, come dovrebbe essere, di esigenze temporanee e transitorie. La discrezionalità lasciata agli Stati membri in materia di rinnovo, proroga e successione di contratti, "non è illimitata poiché non può in nessun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l'efficacia pratica dell'accordo quadro". Se infatti si limitasse l'applicazione dei principi in materia di successione di contratti, che prevedono l'illegittimità della successione nell'ipotesi che con essa si faccia fronte ad esigenze permanenti, alla sola ipotesi di contratti formalmente separati e quindi la si subordinasse alla stipula di contratti distinti, ciò "consentirebbe di assumere lavoratori in modo precario per anni", in palese contrasto con la finalità della Direttiva. La Corte conclude pertanto che la modifica del termine ad un contratto (ossia la sua proroga) debba essere, sotto il profilo della disciplina applicabile, "assimilata" alla stipula di nuovo contratto. Con la conseguenza pratica che anche alla proroga dovrà applicarsi il principio della direttiva in materia di successione di contratti che impone la sussistenza di una ragione temporanea per la legittimità degli stessi.

Il pronunciamento della Corte Europea è destinato ad avere un risvolto pratico anche in materia di proroga dei

contratti nel nostro Paese poiché esso consente di sostenere che anche la proroga del contratto necessita della prova della sussistenza della “ragione obiettiva” che l’ha causata, pena l’illegittimità della proroga stessa.

La seconda questione riguarda, ancora una volta, la conformità alla Direttiva di quella normativa di uno Stato membro che, nell’ipotesi di illegittima apposizione del termine in un contratto con una pubblica amministrazione, non preveda la sua conversione in contratto a tempo indeterminato. La normativa greca infatti presenta elementi di grande analogia con la normativa italiana: una legge “ordinaria” che prevede la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti illegittimi ed una norma speciale superiore di “rango Costituzionale”, che sancisce il divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi nell’ambito dell’impiego pubblico, stante la modalità di reclutamento presso la pubblica amministrazione mediante pubblico concorso.

La Corte Europea affronta la questione ribadendo inizialmente principi consolidati ossia che la Direttiva europea non prevede espressamente quale debba essere la sanzione che discende dall’illegittima apposizione del termine, che spetta quindi agli Stati membri individuare, liberamente, le conseguenze di tale illegittimità, che le sanzioni autonomamente individuate dagli Stati membri debbano avere le caratteristiche della effettività e della dissuasività in modo tale da ‘*garantire la piena efficacia delle norme adottate*’; che spetta al Giudice di merito valutare la sussistenza di tali ultime caratteristiche nelle sanzioni predisposte dagli Stati membri.

Impostata la questione nel solco della consolidata giurisprudenza europea la Corte giunge però a conclusioni che sembrano aprire inediti spiragli. Ed infatti nelle conclusioni la Corte si spinge a sancire che è obbligo del Giudice del rinvio valutare se le sanzioni previste dall’ordinamento interno abbiano il carattere della effettività e della dissuasività avendo come primario canone interpretativo l’idoneità delle suddette sanzioni a scongiurare il ricorso abusivo e reiterato a contratti a termine per far fronte ad esigenze stabili e che tale valutazione potrà estendersi sino a verificare l’opportunità di sanzionare la trasformazione a tempo indeterminato “*sebbene disposizioni nazionali di natura costituzionale vietino in modo assoluto, nel settore pubblico, una siffatta conversione*”. Ed è quest’ultimo aspetto che merita rilievo.

Dunque “si può fare”. La Corte europea espressamente prevede che qualora il singolo Giudice di merito valuti che una sanzione puramente economica sia inidonea a dissuadere e a garantire l’effettivo contrasto all’abuso del contratto a termine, egli possa disporre la conversione del

contratto a tempo indeterminato, qualora una normativa interna lo preveda per altri settori, anche in disapplicazione di una norma di carattere costituzionale che espressamente neghi tale possibilità.

Si tratta di un pronunciamento destinato a riaprire il dibattito sulla convertibilità dei contratti a termine illegittimi nel pubblico impiego e probabilmente anche a suscitare qualche attrito nelle dinamiche tra Alte Corti. Quello che è certo è che il reclutamento mediante selezione pubblica, scudo indiscusso per negare la convertibilità dei contratti, ne esce indebolito. Ed il pronunciamento potrebbe avere un effetto dirompente rispetto al d.l. 59/2019 in materia di Fondazioni liriche che per la prima volta ha previsto la non convertibilità di un contratto a termine illegittimo in un ambito di applicazione privatistico, aggiungendo per tale decreto dubbi di conformità al diritto europeo ai dubbi di costituzionalità già preesistenti. Certo, non sono prevedibili facili mutamenti di orientamento nella giurisprudenza di merito, ma intanto il messaggio da Lussemburgo è arrivato: “si può fare”. ■

## FLASH

### Risoluzione del rapporto in vigore del blocco dei licenziamenti: i chiarimenti dell’INPS

Importante chiarimento dell’INPS (messaggio n. 689 del 17.2.2021) in merito alla disciplina del blocco dei licenziamenti collettivi e per giustificato motivo oggettivo, ad oggi come noto prorogato fino al 31 marzo e del quale si attende ulteriore proroga. La vigente normativa (art.1, comma 309-311, l. 30.12.2020, n. 178) prevede che il divieto di licenziamento non operi nei confronti dei lavoratori che abbiano aderito ad un accordo aziendale stipulato dalle “organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale”, avente ad oggetto un incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro. Si è posta la questione se, per l’operatività della norma, fosse sufficiente la sottoscrizione di detto accordo anche da parte di una sola organizzazione sindacale dotata del requisito di rappresentatività, o se invece fosse necessaria la firma di tutte le organizzazioni comparativamente più rappresentative (cioè, di fatto, aderenti ai sindacati confederali). La Direzione centrale ammortizzatori centrali dell’INPS aderisce alla prima opzione interpretativa, ricordando che nel caso di risoluzione consensuale del rapporto conseguente all’adesione ad un accordo stipulato anche da una sola organizzazione sindacale al lavoratore è garantito l’accesso alla Naspi (naturalmente in presenza degli altri requisiti di cui al d.lgs. 22/15).

# L'anacronistica decisione di un Tribunale fuori dal tempo: negata ai riders la tutela processuale contro la condotta antisindacale

di  
Carlo de  
Marchis  
Gómez

Il Tribunale di Firenze con il provvedimento del 10 febbraio 2021, nel dichiarare inammissibile il ricorso per condotta antisindacale promosso dalle organizzazioni sindacali Nidil, Filt e Filcams Cgil ha imposto una brusca quanto inaspettata frenata al travagliato cammino dei *rider* per la conquista dei basilari diritti sociali.

La vicenda è nota ma conviene brevemente riassumerla.

Le principali aziende della consegna del cibo a domicilio associate ad Assodelivery nell'ottobre scorso, senza alcuna informativa alle organizzazioni sindacali con le quali erano in trattativa, avevano risolto tutti i contratti di collaborazione con i propri *rider* al fine di imporre come condizione per proseguire il rapporto di lavoro un contratto collettivo sottoscritto poco prima con una altra organizzazione sindacale (UGL riders), fino ad allora priva di qualsiasi rappresentatività, che sposava in toto

il modello di rapporto auspicato dalla azienda leader del settore.

In buona sostanza se il rider voleva continuare a lavorare con le piattaforme associate a Assodelivery doveva accettare il nuovo contratto collettivo che tra l'altro - secondo le prime analisi del testo - prevedeva anche forme economiche di sostegno all'attività sindacale dei rappresentanti dell'unica organizzazione firmataria nell'ambito di un sistema chiuso di rappresentanza.

La trattativa, condotta in segreto dal general manager di Deliveroo nella sua doppia veste di amministratore della società leader del settore e di presidente anche dell'associazione di categoria, era rimasta sotto traccia mentre le altre parti sociali erano impegnate in una "inutile" quanto defatigante trattativa presso il ministero del lavoro.

La trattativa "segreta" era infine sfociata in un accordo firmato proprio

a ridosso della scadenza del periodo transitorio stabilito dalla legge 123/19, al fine di impedire l'applicazione dei compensi assai più vantaggiosi parametrati sulla contrattazione delle organizzazioni sindacali più rappresentative dei settori affini.

Il contratto collettivo era emerso all'improvviso come un fiume carsico travolgendo tutte le aspettative dei *rider* in quanto ratificava l'autonomia del rapporto, sanciva il cottimo e introduceva una normativa parzialmente derogatoria della disciplina antinfortunistica affermando, infine, un sistema di compenso molto affine, se non del tutto sovrapponibile, a quello già applicato da Deliveroo.

Il "contratto collettivo" era stato immediatamente censurato dal Ministero del lavoro che aveva reagito con inusitata rapidità inviando una nota fortemente critica all'associazione di categoria datoriale il cui Presidente coincideva

emblematicamente - come detto - con il general manager di Deliveroo che sin da subito aveva condizionato la prosecuzione del rapporto di lavoro all'adesione dell'accordo.

La vicenda non era passata inosservata neppure a livello internazionale tanto che l'assemblea dei rappresentanti dei lavoratori all'interno del CESE (il Comitato Economico e Sociale che opera nell'ambito dell'UE) aveva votato, pressoché all'unanimità, l'espulsione del membro dell'organizzazione sindacale firmataria.

Filcams Nidil e Filt CGIL impegnate nei tavoli di trattativa ministeriale tenute fino ad allora all'oscuro reagivano immediatamente presentando due ricorsi per condotta antisindacale a Firenze e Bologna.

Deliveroo nel corso dei giudizi si è difesa opponendo il proprio diritto di libertà sindacale prudentemente protetto da un muro di eccezioni processuali tese a paralizzare l'azione.

L'azienda contestando l'ammissibilità di un accertamento incidentale della natura dei rapporti, eccepiva alle organizzazioni sindacali la legittimazione ad agire con il ricorso ex art. 28 legge 20 maggio 1970 perché ritenuto patrimonio esclusivo di organizzazioni sindacali di lavoratori subordinati il cui contenuto processuale non è da ritenersi ricompreso nella norma di disciplina dei rapporti di lavoro etero-organizzati di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015.

Il giudice fiorentino accogliendo tale tesi ha definito il processo pronunciando una sentenza in rito che richiama una remota decisione della Corte Costituzionale con la quale

si preclude la strada ad una effettiva tutela della dimensione collettiva non solo dei *rider* ma di buona parte dei lavoratori della *gig economy* per i quali la decisione costituisce una vera e propria "doccia fredda".

Il Tribunale, escluso che la fase sommaria del ricorso per condotta antisindacale consenta di effettuare una qualificazione incidentale dei rapporti, conclude per l'inammissibilità dell'azione che ritiene non esperibile dalle organizzazioni rappresentative dei *rider* il cui rapporto, evidentemente, riconduce sulla base di una valutazione del tutto astratta nell'area della etero-organizzazione.

Il provvedimento formula una discutibile scissione della norma statutaria tra diritto e azione con riferimento alla condotta antisindacale. La perimetrazione della normativa applicabile effettuata dal Giudice fiorentino perviene alla conclusione che l'equiparazione normativa contenuta nell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 non si estenda alla dimensione collettiva di tali rapporti e quindi alla speciale azione a tutela dei diritti collettivi e della libertà sindacale che pure l'ordinamento riconosce a tali lavoratori.

La decisione costituisce una battuta di arresto che rende irragionevolmente priva di una concreta difesa l'azione collettiva che viene riconosciuta, affermata e promossa dall'ordinamento anche per i lavoratori etero - organizzati.

C'è, infatti, da domandarsi quale concreto significato possano, infatti, assumere il diritto di contrattazione, la rappresentanza e la tutela di interessi collettivi, le prerogative di azione e di autotutela spontanea o organizzata

se a fronte di condotte aziendali che negano in radice tali facoltà l'ordinamento privi il sindacato del potere di reagire in forma efficace avvalendosi di una norma fulcro a presidio delle regole di un sistema sindacale al momento ancora per gran parte privo di disciplina legale e quindi regolato nella sua dinamica da rapporti di forza.

Non si può nascondere che la decisione lasci l'amaro in bocca a coloro che vedevano nel riconoscimento delle tutele sindacali dello Statuto dei lavoratori, comprese quelle di matrice processuale, la chiusura di un cerchio virtuoso che ricomprendeva al suo interno anche i lavoratori *non standard* per i quali l'ordinamento non solo nazionale riconosce ormai una piena equiparazione dei diritti di rappresentanza collettiva, di sciopero, di contrattazione e in genere di tutti i diritti di libertà sindacale e di azione collettiva.

L'operazione di delimitazione alla sola dimensione individuale produce una conseguenza paradossale in quanto priva lavoratori, per i quali l'ordinamento ha ritenuto essenziale di assicurare una tutela analoga a quella del lavoro subordinati, della azione collettiva esponendoli ad un confronto impari e irragionevolmente sbilanciato perché spostato su una dimensione prettamente individuale.

L'evoluzione normativa è totalmente ignorata dal Tribunale di Firenze che richiama a sostegno della propria pronuncia una remota decisione della Corte Costituzionale adottata nel lontano 1975.

Il Giudice della fase sommaria ritiene, infatti, che l'azione per condotta antisindacale si applichi "ai soli conflitti che si sviluppano



all'interno dei rapporti di lavoro di natura subordinata e che vedono come controparte appunto, il datore di lavoro, non rientrando, invece, nel campo di applicazione della norma statutaria de qua i conflitti che coinvolgono, i diritti di libertà, attività sindacale o astensione dal lavoro dei lavoratori autonomi (C. Cost. 75/241) o parasubordinati.”

Il richiamo alla decisione della Corte Costituzionale è del tutto “fuori tempo” in quanto effettuato rispetto ad una dimensione temporale statica che evidentemente ignora l'evoluzione normativa, ovverosia proprio quel “fluire del tempo”, ben noto alla Corte, che ha determinato il legislatore alla progressiva equiparazione dei rapporti etero organizzati al lavoro subordinato raggiunta nel 2015.

L'errore prospettico dell'ordinanza colloca, quindi, il Tribunale in una sorta di limbo caratterizzato da una “dilatazione temporale gravitazionale”, più nota ai fisici che ai giuristi, nel quale il tempo “normativo” del Giudice scorre nell'ordinanza con una velocità decisamente più lenta dell'evoluzione dell'ordinamento.

Negare il diritto alla protezione della sfera collettiva richiamando una decisione della Corte Costituzionale adottata agli albori dello Statuto che esclude la disparità “dato che il principio di eguaglianza postula parità di trattamento solo quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive a cui si riferisce una determinata disciplina giuridica”, vuol dire ignorare 50 anni di evoluzione normativa che hanno portato al riconoscimento della equiparazione tra lavoratori etero - diretti e subordinati.

La sentenza della Corte Costituzionale richiamata dall'estensore del provvedimento per negare il diritto ad esperire l'azione cardine a presidio della dimensione collettiva conduce, infatti, il lettore in una epoca remota in una sorta di viaggio a ritroso nel tempo attraverso prospettive normative ormai abbandonate. Nella torrida estate del 1973 allorquando il giudice del rinvio sollevava la questione di costituzionalità respinta dalla Consulta non esisteva ancora il rito lavoro e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. erano pertanto, una categoria concettuale allora del tutto sconosciuta e il modello di lavoro della *gig economy* era pura fantascienza.

Nessuna concreta rilevanza può quindi assumere nell'attuale assetto normativo una decisione adottata in contesti normativi del tutto disomogenei.

La decisione è incentrata, quindi, su una consapevole operazione di selezione normativa e qualificatoria laddove perimetra l'estensione delle norme al solo rapporto di lavoro e afferma che il richiamo al datore di lavoro evocato nell'art. 28 Stat. lav. osti all'applicazione della tutela della repressione delle condotte antisindacali in favore di organizzazioni sindacali di prestatori etero organizzati.

L'operazione non appare condivisibile in quanto si pone in chiara contrapposizione con quanto deciso dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza 1663/15 per la quale “l'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato” impedisce di “selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata ex post alla variabile interpretazione dei singoli giudici.”

La disciplina del lavoro subordinato contiene, a pena di una estensione incompleta, anche quella che regola l'attività e la difesa degli interessi collettivi da parte delle organizzazioni sindacali.

La decisione nega una effettiva tutela alla sfera sindacale e pone quindi il sistema in rotta di collisione con le fonti sovranazionali che, viceversa, affermano la necessità di assicurare un adeguato sistema di protezione effettivo della contrattazione e della libertà sindacale.

Oltre alla Carta Sociale Europea, le Convenzioni OIL in materia di libertà sindacale, le norme del diritto dell'Unione, ampiamente richiamate nei ricorsi, impongono procedure di informazione, consultazione e negoziazione per le associazioni rappresentative dei *worker* che, quindi, prescindono da operazioni qualificatorie del rapporto da parte dei singoli ordinamenti nazionali che, invece, il Tribunale ha apertamente effettuato.

Mentre si attende l'esito del ricorso di Bologna e altre aziende si oppongono nei diversi contenziosi ad una giustiziabilità della condotta antisindacale si spera che la decisione del Tribunale di Firenze rimanga un isolato incidente di percorso dovendosi altrimenti ipotizzare che sia giunto il momento di riproporre nuovamente alla Corte Costituzionale di rivedere il proprio orientamento alla luce della evoluzione normativa e socio-economica evidentemente sfuggita al giudice fiorentino. ■



# Jobs Act e licenziamento nelle piccole imprese: la parola di nuovo alla Consulta

di  
Ivan  
Petrone

**D**ifficile trovare nella storia repubblicana una normativa che ha dato origine a più questioni di costituzionalità della riforma del licenziamento attuata col c.d. Jobs Act. In questo senso, davvero, il d.lgs. 23/15 può legittimamente dirsi una normativa di portata “storica”.

Dopo aver dichiarato incostituzionale il meccanismo di calcolo automatico dell’indennizzo basato sul criterio dell’anzianità di servizio, sia in caso di vizi sostanziali (sentenza 194/18) sia in caso di vizi formali (sentenza 150/2020), i Giudici delle leggi sono adesso chiamati dal Tribunale di Roma ad esprimersi in merito alla costituzionalità del regime sanzionatorio previsto dall’art. 9 del d. lgs. 23/15 per i lavoratori impiegati nelle piccole imprese, cioè in unità produttive con meno di 16 dipendenti: per inciso, quasi la metà dei lavoratori dipendenti occupati nel nostro paese.

Il giudice romano (con l’ordinanza del 24 febbraio scorso) giunge alla dichiarazione di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità richiamando i principi enunciati dalla stessa Corte costituzionale nella sua recente giurisprudenza relativa al d.lgs. 23/15. Pur riconoscendo che rientra nella discrezionalità del legislatore sia la scelta tra tutela

indennitaria e tutela reintegratoria e pur facendo salva anche la previsione di tetti massimi all’importo dell’indennizzo, la Corte, nel censurare la riforma renziana, ha sottolineato a più riprese che la sanzione per licenziamento illegittimo debba comunque assolvere alla duplice funzione di ristoro del pregiudizio arrecato e di deterrenza verso i comportamenti contra legem del datore. E proprio perché l’indennizzo previsto dalla legge deve assolvere a queste due funzioni, è inammissibile un regime che, come quello originariamente previsto nel d.lgs. 23/15, impone al giudice di calcolarlo sulla base dell’unico criterio dell’anzianità di servizio. Da ciò l’invito della Corte costituzionale a considerare, nella quantificazione dell’indennizzo, anche gli altri criteri ricavabili dalla disciplina del licenziamento applicabile ai lavoratori già assunti prima dell’entrata in vigore del Jobs Act, ovvero dagli art. 8 l. 604/66 e 18 l. 300/70 (gravità delle violazioni, numero degli occupati, dimensioni dell’impresa, comportamento e condizioni delle parti).

E’ muovendo da questi principi che il Tribunale di Roma conclude per l’evidente fondatezza della questione di costituzionalità in merito al regime applicabile nelle piccole imprese. In base all’art. 9, d.lgs. 23/15, infatti, al lavoratore illegittimamente licenziato spetta un’indennità dimezzata rispetto a quella prevista per le imprese di maggiori dimensioni, vale a dire di un importo compreso tra un minimo di tre ed un massimo di sei mensilità. Si tratta quindi, a parere del giudice romano, di un rimedio chiaramente inadeguato a ristorare il danno subito, pur ammettendo (come afferma la Consulta) che

il ristoro possa non riparare integralmente il pregiudizio conseguente al licenziamento. D'altra parte il basso importo dell'indennizzo previsto dalla normativa vigente lo rende privo del carattere dissuasivo nei confronti delle condotte illegittime del datore; carattere che, come detto, la Corte reputa costituzionalmente doveroso.

Il caso all'origine della controversia permette di confortare tale conclusione. Il giudizio a quo riguarda una lavoratrice licenziata in assenza di giustificato motivo oggettivo, alla quale spetterebbe un indennizzo compreso tra un minimo di 835, 47 euro e un massimo di 1.670, 94 euro. L'esigua differenza tra i due importi comporta dunque la concreta impossibilità di valorizzare i diversi criteri indicati dalla Corte costituzionale per quantificare l'indennizzo, determinando una situazione nella quale il giudice si trova costretto ad applicare una sanzione pressoché analoga a fronte di situazioni affatto diverse. Il giudice rimettente chiede perciò alla Corte di riconoscere che il regime sanzionatorio previsto dall'art. 9 viola sia il principio costituzionali di ragionevolezza di cui all'art.3 Cost e sia quello di effettività della tutela, deducibile dagli articoli 4 e 35 Cost.

Il profilo più innovativo (e per questo più interessante) dell'ordinanza di rimessione attiene però al modo affatto inedito con il quale vengono valorizzate le fonti internazionali del lavoro, come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità. L'art. 9 d.lgs. 23/15 configura infatti anche una violazione dell'art. 24 della Carta sociale europea, convenzione di diritto internazionale dalla quale scaturiscono obblighi internazionali sui quali, appunto, la Consulta è deputata ad esprimersi ai sensi dell'art. 117, comma 1 Cost.

La Carta sociale è già stata utilizzata come parametro interposto di costituzionalità dalla Corte nelle precedenti sentenze 194/15 e 150/20 a supporto della censura fondata sugli artt. 4 e 35 Cost. L'elemento di novità nel caso di specie è costituito dal sopravvenire della decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali Cgil c. Italy dell'11 febbraio 2020 che ha avuto ad oggetto l'intero sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. 23/15, ivi compreso quello relativo alle piccole imprese. Ne consegue che, a differenza che nei casi precedenti, adesso un'eventuale dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità da parte della Corte si porrebbe in contrasto con l'interpretazione

dell'art. 24 fornita dagli esperti di Strasburgo; cioè dell'organismo istituzionalmente deputato a monitorare il rispetto della Carta da parte degli Stati aderenti.

La Corte ha già precisato, nei propri precedenti, che le decisioni del CEDS non possono ritenersi giuridicamente vincolanti nell'ordinamento italiano; e che, dunque, è ben possibile per i giudici delle leggi discostarsene. Tuttavia una tale conclusione dovrebbe essere adeguatamente motivata da una diversa declinazione dei valori costituzionali in gioco, difficile da prefigurare nel caso concreto. Più agevole appare allora la via che conduce ad una declaratoria di incostituzionalità, che permetterebbe di allineare i principi costituzionali agli standard del diritto internazionale, evitando frizioni con gli organismi competenti a definirli.

L'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 9, d.lgs. 23/15 porterebbe ad estendere il regime generale previsto dall'art. 3 alle piccole imprese. Il che appare del tutto ragionevole, considerando che, nell'ampio margine di discrezionalità che tale norma concede al giudice nella determinazione dell'indennizzo, rientra anche una valutazione che tenga conto del numero dei dipendenti (criterio che, come detto, i giudici sono chiamati a considerare, in concorso con gli altri elencati negli art. 8 l. 604/66 e 18 l. 300/70).

In caso di declaratoria di incostituzionalità, resterebbe piuttosto da interrogarsi sulla ragionevolezza della sopravvivenza del regime di cui all'art. 8 l. 604/66 applicabile ai lavoratori già occupati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 23/15. E' vero infatti che in questo caso il tetto all'indennizzo è di importo superiore, potendo arrivare a 14 mesi per i lavoratori con oltre venti anni di servizio, o a 10, per quelli con oltre dieci; ma per i lavoratori con anzianità inferiore l'importo massimo è identico a quello previsto dal Jobs Act, per cui una censura di incostituzionalità che investisse quest'ultimo renderebbe quanto meno opinabile la legittimità della norma in questione.

Pacifico è poi il contrasto anche di tale disciplina con l'art.24 della Carta sociale, come interpretato dal CEDS. In vero, qualsiasi tetto di legge che impedisca al giudice di quantificare l'indennizzo in modo da realizzare la sua duplice funzione satisfattiva e dissuasiva, non è compatibile

con gli standard internazionali definiti dagli esperti di Strasburgo; da cui la contrarietà alla Carta dell'intera normativa italiana in materia di licenziamento (compresa quella di cui all'art.18), con la sola eccezione del regime forte della tutela reale previsto in caso di licenziamento discriminatorio.

Sotto questo profilo si configura però una chiara divergenza tra esperti europei e giudici delle leggi nazionali, circa il modo di intendere il requisito di adeguatezza dell'indennizzo, giacché i secondi, come detto, non ritengono in sé inammissibile la previsione di un plafond di legge all'importo dell'indennizzo. E siccome è difficile pensare ad una brusca inversione negli orientamenti della Consulta per adeguarsi ai dicta di Strasburgo, forzare i giudici delle leggi ad esprimersi sul punto potrebbe non rivelarsi una strategia vincente. ■

## FLASH

### Rifiuto della vaccinazione e diritto all'indennizzo in caso di contagio: le indicazioni dell'INAIL

L'INAIL si esprime sulla delicata e controversa questione delle conseguenze del rifiuto da parte di un lavoratore di sottoporsi a vaccino anti Covid-19 (istruzione operativa del 1° marzo 2021). Il quesito era stato sollevato dall'Ospedale Policlinico San Martino di Genova in ragione della mancata adesione di parte del proprio personale infermieristico al piano nazionale vaccinale.

L'istituto previdenziale affronta la questione in relazione al profilo previdenziale, rientrando nelle sue competenze. Qualora il lavoratore che si è rifiutato di vaccinarsi risulti contagiato, vale il principio generale per cui la colpa del lavoratore non esclude il diritto ad essere indennizzati in caso di infortunio sul lavoro. Né il rifiuto di vaccinarsi può essere ricondotto all'ipotesi di "rischio elettivo", la cui assunzione da parte del lavoratore determina la perdita del diritto ad essere indennizzati. Mancano infatti in questo caso i presupposti del rischio elettivo, che presuppone la volontaria assunzione da parte del lavoratore di un rischio non inerente l'attività lavorativa.

D'altra parte, osserva l'INAIL, non esiste un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore, né nella disciplina generale relativa alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. 81/08) né in quella emergenziale approvata per far fronte alla crisi sanitaria. Ed in ragione della riserva assoluta di legge prevista dall'art. 32 Cost in merito ai trattamenti sanitari obbligatori, tale obbligo non può dedursi per via interpretativa o analogica.

Da ciò non consegue comunque l'automatica ammissione alla tutela dell'INAIL del lavoratore che abbia contratto il contagio e non si sia sottoposto alla profilassi vaccinale, in quanto occorre comunque accertare concretamente la riconduzione dell'evento infortunistico all'occasione di lavoro (così anche in circolazione n. 13/2020).

Resta aperta la questione della possibile responsabilità del lavoratore per un comportamento non rispettoso dei generali obblighi prevenzionistici. In merito ai profili attinenti al rapporto di lavoro infatti, l'INAIL si limita ad osservare che il comportamento colposo del lavoratore può ridurre oppure escludere la responsabilità del datore di lavoro (facendo venir meno il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno nei suoi confronti) e che la violazione di norme antinfortunistiche da parte del lavoratore configura un comportamento illecito, in quanto tale in ipotesi sanzionabile. Quest'ultima precisazione, tuttavia, non sembra riguardare il rifiuto di vaccinazione, proprio in ragione della mancanza di un obbligo di legge attribuibile al lavoratore.



di  
Andrea  
Ranfagni

# Il Ministero del Lavoro si adegua alla Cassazione sull'impossibilità, per il contratto collettivo, di vietare il ricorso al lavoro a chiamata

Con le Note n. 930 e 931 del 1° febbraio 2021, il Ministero del Lavoro ha recepito il principio affermato dalla Corte di Cassazione, nella Sentenza n. 29423 del 13 novembre 2019, secondo il quale il contratto collettivo, anche se firmato dalle Organizzazioni Sindacali più rappresentative, non può in assoluto vietare, in un determinato settore o in una determinata azienda, il ricorso al cosiddetto lavoro "a chiamata"; ovvero, al contratto di lavoro "intermittente", introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 276/03 e oggi regolato dagli art. 13-18 del d.lgs. 81/15.

Nell' Bollettino n. 8/2019 (articolo a firma Giulia Frosecchi) si erano evidenziati i forti elementi di criticità della sentenza della Corte di Cassazione, la quale, chiamata a pronunciarsi su di un caso in cui il CCNL aveva vietato il ricorso alla tipologia contrattuale in questione, aveva negato la legittimità di una simile previsione del contratto

collettivo. E ciò in quanto, ad avviso della Suprema Corte, la legge sottintende la volontà del legislatore di garantire l'operatività del tipo di contratto in discussione. Il legislatore, infatti, avrebbe consentito al contratto collettivo solo di prevedere le esigenze per le quali è possibile fare ricorso al lavoro a chiamata, con intervento sostitutivo del Ministero del Lavoro ove tale specificazione non via sia. Proprio dal potere sostitutivo del Ministero deriverebbe questa volontà del legislatore di consentire l'operatività del contratto in questione e quindi l'impossibilità di vietarlo mediante contratto collettivo.

Se non che ad una simile affermazione si possono fondatamente opporre principi generali del nostro ordinamento, ovvero la possibilità per i privati (quali sono i sindacati e le associazioni datoriali) di regolare autonomamente i propri rapporti, oltre che, soprattutto, il c.d. principio del favor che da sempre regola i rapporti tra legge e contratto

collettivo, per cui la prima può essere derogata dal secondo ove quest'ultimo introduca un trattamento di miglior favore per il lavoratore. E certamente di maggior favore va considerata una previsione di contratto collettivo che escluda il ricorso al lavoro a chiamata; tipologia contrattuale che produce una forte precarizzazione del rapporto lavorativo e che lascia il lavoratore in una situazione di incertezza assoluta in merito alle prestazioni da eseguire e, quindi, al salario da percepire. Perfino superfluo dire che il principio del "favor" è espressione della funzione storica del diritto del lavoro, che è quella di tutelare il lavoratore quale soggetto debole del rapporto economico con il datore di lavoro, al fine di riequilibrare lo disparità socio-economica esistente tra le parti.

Con precedente Nota del 4 ottobre 2016, in realtà, il Ministero del Lavoro aveva affermato il contrario della Cassazione, ovvero, appunto, la piena legittimità di clausole contrattuali collettive di divieto del ricorso al

lavoro a chiamata. Concludendo, altresì, che nel caso di violazione delle medesime, il contratto di lavoro intermittente si sarebbe trasformato in ordinario rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, con conseguente garanzia, così, della prestazione, oltre che della retribuzione. Evidentemente, però, la sentenza della Corte di Cassazione, che, tecnicamente, non sarebbe vincolante, ha avuto un peso ed ha portato il Ministero del Lavoro a recepirlo, quindi a cambiare il proprio orientamento.

Tale cambiamento, prontamente recepito anche dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare n. 1/2021, è accompagnato poi dalla precisazione secondo la quale restano fermi i limiti previsti dalla legge, ovvero la necessità che il contratto sia stipulato in presenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi fissati dall'art. 13, d.lgs. 81/15. Quanto ai primi, possono essere assunti con rapporto di lavoro intermittente soggetti di età inferiore a 24 anni o con più di 55 anni. Quanto ai secondi, la normativa vigente prevede che, anche in assenza dei suddetti requisiti di età, il contratto di lavoro intermittente può essere stipulato per svolgere mansioni di carattere "discontinuo". La specificazione delle esigenze per le quali può essere stipulato il contratto a "chiamata" ad opera della contrattazione collettiva o, in sua sostituzione, ad opera del Ministero del Lavoro, rientra dunque proprio nell'ambito dei requisiti "oggettivi".

Sempre con riferimento a tali requisiti, il Ministero del Lavoro e lo stesso Ispettorato Nazionale del Lavoro continuano a ritenere utilizzabile, al fine di individuare i lavori di tipo "discontinuo", la tabella di cui al R.D. n. 2657/1923, a sua volta richiamata dal D.M. 23 ottobre 2004 che fu adottato nella vigenza della

precedente normativa di riferimento in materia di lavoro a chiamata (d.lgs. n. 276/2003). Secondo il Ministero, quindi, è a tale elenco che si deve guardare in assenza di previsioni della contrattazione collettiva.

Il Ministero del lavoro, peraltro, chiarisce che nel settore dell'autotrasporto, dove il CCNL non specifica le esigenze per cui è possibile ricorrere alla tipologia contrattuale in questione, si deve fare riferimento, alla previsione (contenuta appunto, nel R.D. n. 2657/1923) che individua il "personale addetto al trasporto di persone e di merci: personale addetto ai lavori di carico e scarico, esclusi quelli che a giudizio dell'Ispettorato dell'industria e del lavoro non abbiano carattere di discontinuità". Alla luce di tale previsione è stato ritenuto ammissibile il ricorso al lavoro intermittente solo con riferimento alle mansioni di carico e scarico, non anche a quelle di autista.

Il Ministero del Lavoro cambia dunque orientamento e si adegua alla Corte di Cassazione. Come è criticabile la sentenza della Suprema Corte, altrettanto lo è la posizione dell'Amministrazione. Quest'ultima poteva anche disattendere la decisione degli Ermellini e dare invece seguito alla propria precedente posizione. Le sentenze della Cassazione, infatti, non sono giuridicamente vincolanti. Inoltre, la sentenza 29423/19 costituisce un solo precedente, quindi in materia non si può dire che esista un orientamento giurisprudenziale "consolidato".

La sentenza della Cassazione, così come la posizione del Ministero del Lavoro, sono l'evidente espressione di una cultura che mette sempre di più al centro l'impresa (per la quale, certo, contratti come quello a chiamata costituiscono un'opzione vantaggiosa)

e non il lavoratore e le sue condizioni disagiate. Rendere impossibile per un contratto collettivo vietare una tra le tipologie contrattuali più dannose per il lavoratore, significa non solo indebolire la portata di un principio cardine del diritto del lavoro, che regola i rapporti tra legge e contratto collettivo, ma anche negare di fatto il ruolo del sindacato come soggetto in grado di migliorare le condizioni di lavoro dei dipendenti. Significa, in altre parole, impedire lo svolgimento di un'attività sindacale, e quindi la stessa libertà fondamentale affermata dall'art. 39 della Costituzione. ■

# Rifiuto di servire il cliente senza mascherina? Il licenziamento è escluso

di  
Giovanni  
Calvellini

La pandemia da Covid-19 espone chi lavora a nuovi rischi e, di conseguenza, rende più gravosa la posizione debitoria datoriale relativa alla tutela della salute e della sicurezza dei propri dipendenti. La prevenzione del contagio negli ambienti di lavoro è stata sin da subito oggetto di grande attenzione da parte di governo e parti sociali. Oltre che con le misure contenute nei provvedimenti normativi emanati per contrastare la pandemia, la materia è stata trattata con accordi di concertazione che hanno stabilito delle linee-guida per l'adozione di protocolli finalizzati ad assicurare alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione contro il contagio. Non va dimenticato inoltre che la struttura aperta dell'art. 2087 cod.civ. costringe il datore di lavoro ad adottare non solo le specifiche misure di tutela indicate in specifici atti normativi, ma, secondo il principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile, anche tutti gli altri accorgimenti che, tenuto conto delle conoscenze scientifiche del momento, siano più efficaci nella prevenzione della diffusione del virus in un determinato contesto produttivo ed in relazione alle specifiche mansioni svolte dal lavoratore.

In questo quadro di riferimento sommariamente descritto, può apparire a dir poco paradossale che un dipendente venga licenziato per aver preteso che un cliente indossasse la mascherina, proprio come è avvenuto nel caso deciso dal Tribunale di Arezzo con sentenza del 13 gennaio 2021.

Questo il fatto: il lavoratore, addetto alla cassa del punto vendita di un'area di servizio autostradale, chiede all'avventore sprovvisto di mascherina protettiva di provvedere, prima di avvicinarsi alla cassa, a coprirsi naso e bocca con il collo della felpa che indossa. Il cliente, di tutta risposta, inveisce all'indirizzo del lavoratore e se ne va, poi lamentandosi pubblicamente dell'accaduto su di un *social network*. In seguito all'accaduto il dipendente viene licenziato per giusta causa. Come motivazione del provvedimento espulsivo il datore di lavoro adduce il fatto che l'aver rifiutato la transazione in cassa a un cliente privo della mascherina protettiva configura comunque un inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, avendo questi «disatteso le indicazioni aziendali previste in questo periodo di emergenza sanitaria» e «danneggiato gravemente l'immagine aziendale».

Il Tribunale di Arezzo, con la sentenza citata, ha rigettato l'opposizione proposta dal datore di lavoro avverso l'ordinanza che aveva accolto il ricorso del lavoratore disponendone la reintegrazione.

In particolare, secondo il Giudice, i fatti, come ricostruiti, non potevano integrare quelle "gravi offese alla dignità" e quei "gravi fatti di pregiudizio all'interesse del proprietario e della clientela" che il contratto collettivo indicava come ipotesi di giusta causa di licenziamento. Le frasi attribuite al lavoratore non potevano infatti ritenersi ingiuriose od



offensive. «Al più - sostiene il Tribunale - costituiscono una reazione verbale giustificata dall'aspettativa per una condotta altrui omissiva, denotante ignorante sottovalutazione del fenomeno pandemico, accompagnata da frasi villane e sprezzanti della salute propria e degli altri clienti, oltreché del cassiere».

La condotta censurata da parte datoriale era, pertanto, inidonea a ledere definitivamente la fiducia alla base del rapporto di lavoro, così non potendo integrare una giusta causa di licenziamento ex art 2119 cod.civ.

Ma vi è di più; perché con tutta evidenza la condotta del lavoratore, non solo non assume una gravità tale da giustificare il provvedimento espulsivo, ma non avrebbe neppure potuto comportare una sanzione conservativa, risultando essa espressione dell'esercizio di un diritto di rilevanza costituzionale. Di questo aspetto assolutamente dirimente il Tribunale mostra di avere piena consapevolezza. Nella sentenza si legge infatti che nella fattispecie «il lavoratore si è limitato ad esercitare il proprio diritto, costituzionalmente garantito, a svolgere la propria prestazione in condizioni di sicurezza. L'esimente dello stato di necessità gli consentiva del resto, pur in assenza di una specifica disposizione di legge, anche di astenersi dal lavoro poiché lo svolgimento della prestazione lo esponeva ad un rischio di danno alla persona».

Il diritto costituzionale a cui il Giudice fa riferimento è quello alla tutela della salute (art. 32 Cost.), il quale, insieme alla previsione di un limite all'iniziativa economica privata a garanzia della sicurezza e della dignità umana (art. 41, comma 2 Cost.), dà fondamento all'intera disciplina in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Espressione dell'altissimo valore giuridico dei principi in parola è la speciale procedura prevista per la gestione delle emergenze dagli artt. 43 ss., d.lgs. n. 81/2008. Vale la pena, in particolare, richiamare l'attenzione sul c.d. "diritto di resistenza" riconosciuto al lavoratore (art. 44), cioè sul diritto di questi, in caso di pericolo grave e immediato, (a) di adottare le misure per evitare le conseguenze di tale pericolo oppure (b), se quest'ultimo non può essere evitato, di allontanarsi dal posto di lavoro o dalla zona pericolosa. In entrambi i casi, la condotta del lavoratore non può dar luogo ad alcun pregiudizio né ad alcuna conseguenza dannosa nei suoi riguardi.

Il diritto di resistenza del lavoratore trova senz'altro fondamento nei principi generali in materia di contratti sinallagmatici: basti pensare all'autotutela di cui all'art. 1460 cod.civ., che permette a ciascun contraente di non adempiere la propria prestazione, se l'altro non offre contestualmente la propria, e, ai principi della buona fede e correttezza ex artt. 1375 e 1175 cod.civ. Ma quel diritto si giustifica, ancor prima che in ragione del diritto comune dei contratti, sulla base delle norme costituzionali sopra richiamate. Il rifiuto dell'adempimento al cospetto di una situazione che metta in grave e imminente pericolo la salute del lavoratore è infatti legittimo a prescindere dalla condotta inadempiente della controparte datoriale. Detto altrimenti, non esiste ragione produttiva e/o economica che possa essere di ostacolo alla massima tutela della salute del lavoratore e, di conseguenza, qualora in concreto si renda necessario sacrificare uno dei due interessi, è senza dubbio il primo a cedere.

È a tutto questo che allude il Giudice quando parla di "esimente dello stato di necessità", facendo riferimento a una clausola generale del nostro ordinamento (citata espressamente all'art. 2045 cod.civ. e all'art. 54 cod. pen., ma, più in generale, corollario del principio personalista cui si ispira l'intero edificio costituzionale) in base alla quale un illecito è scusato se la sua commissione è stata determinata dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona altrimenti inevitabile.

Ecco allora che il rifiuto di servire il cliente privo di mascherina protettiva non poteva dar luogo ad alcuna conseguenza dannosa per il lavoratore; quella condotta costituisce infatti la riaffermazione della priorità della tutela della salute rispetto all'osservanza degli obblighi contrattuali, e quindi, in fondo, della prevalenza della persona sull'interesse economico-produttivo. Non può non rilevarsi, d'altronde, l'assurdità delle ragioni sottese al licenziamento. Evidentemente, secondo il datore di lavoro, il cassiere avrebbe dovuto eseguire la prestazione, e dunque servire il cliente, esponendo sé stesso (e non solo) a un pericolo della cui serietà non si può dubitare. È chiaro che, in un ordinamento costituzionale come il nostro, che pone al centro la persona umana, una soluzione interpretativa di questo tipo non è neanche prospettabile e non può quindi certamente legittimare una sanzione disciplinare a carico del lavoratore. ■