

02 / 2023

# DIRITTI & LAVORO

## FLASH

idee e strumenti per il sindacato

# IL BUON CONSIGLIO

*Il Consiglio di Stato censura la Commissione di garanzia e annulla la delibera di provvisoria regolamentazione dello sciopero nel trasporto pubblico locale*

La Corte Costituzionale sui contratti di prossimità ex art. 8 d.l. 138/11 e sull'obbligo vaccinale

Il recepimento della c.d. "Direttiva Whistleblowing"

Le SS. UU. sui precari delle Fondazioni Lirico Sinfoniche

02

Marzo 2023

04

**Fallisce la via giudiziaria per l'abrogazione degli accordi di prossimità: la Consulta dichiara inammissibili le questioni di legittimità sull'art. 8 d. l. n. 138/11**

di *Ivan Petrone*

07

**Il difficile equilibrio tra lotta alla corruzione, tutela della riservatezza e diritto di difesa nella normativa di recepimento della c.d. Direttiva Whistleblowing**

di *Francesca Bassetti*

11

**Il Consiglio di Stato censura la Commissione di garanzia: violato il diritto di sciopero dalla delibera di provvisoria regolamentazione relativa al trasporto pubblico locale**

di *Giovanni Orlandini*

14

**La Corte costituzionale sull'obbligo vaccinale per il personale sanitario**

di *Giulia Frosecchi*

17

**IL SIPARIO STRAPPATO  
Note (molto) critiche alle SS.UU. 5542/2023 e 5556/2023 in materia di convertibilità dei contratti a termine delle Fondazioni lirico sinfoniche**

di *Danilo Conte*

# 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**  
**Mariagrazia Lombardi**  
**Ivan Petrone**  
**Andrea Ranfagni**  
**Marco Tufo**

Progetto grafico

**Dario D'Ovidio**

Contatti

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

Piazza dei Rossi, 1  
50125 - 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.

# Fallisce la via giudiziaria per l'abrogazione degli accordi di prossimità: la Consulta dichiara inammissibili le questioni di legittimità sull'art. 8 d. l. n. 138/11

di  
Ivan  
Petrone

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 52/2023 deposita lo scorso 28 marzo, fa salvi gli accordi di prossimità di cui all'art. 8 d.l. n. 138/11, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'Appello di Napoli con l'ordinanza del 3 febbraio 2022. Resta così possibile derogare agli standard di tutela del lavoro previsti dalla legge e dalla contrattazione nazionale tramite accordo aziendale dotato di efficacia generale e non viene disinnescata quella "bomba ad orologeria" (per usare l'efficace metafora coniata da Umberto Romagnoli) che il governo Berlusconi ha posta sotto il sistema italiano di diritto del lavoro nell'agosto del 2011. In vero, l'esito del giudizio di legittimità costituzionale, se è certamente deludente, non dovrebbe sorprendere più di tanto i lettori di questa rivista, dal momento che i Giudici delle leggi confermano i dubbi - evidenziati da chi scrive in sede di commento all'ordinanza di rimessione - circa la correttezza dell'inquadramento dell'accordo all'origine della controversia operato dal giudice partenopeo (vd Bollettino 3/2022).

Alla Consulta si è arrivati a seguito dell'impugnazione da parte di alcuni lavoratori di una sentenza con la quale il Tribunale di Napoli aveva negato il diritto di questi all'erogazione di una serie di emolumenti retributivi

(scatti di anzianità, ferie ed altro) non corrisposti dal datore in virtù dell'esistenza di un accordo aziendale peggiorativo del CCNL, stipulato con un sindacato (SINALV CISAL) ritenuto "maggiormente rappresentativo" e, quindi, legittimato ai sensi dell'art.8, d.l. 138/11. Sulla base di questo assunto, il giudice d'appello ha sollevato una duplice questione di costituzionalità, attinente da una parte al presunto contrasto della norma contestata con gli art.2 e 39, primo comma Cost., per l'indebita compressione che l'efficacia *erga omnes* dell'accordo di prossimità determinerebbe sia sulla libertà sindacale del singolo lavoratore iscritto a diverso sindacato, sia sulla libertà del sindacato stesso di svolgere la propria funzione rappresentativa dei lavoratori dissenzienti; nonché con l'art. 39, comma 4, dal momento che l'art. 8 attribuirebbe un'efficacia generale ad un accordo collettivo in assenza dei presupposti sostanziali e procedurali richiesti da tale norma costituzionale, contraddicendo quanto affermato dalla Consulta sin dalla sentenza n. 106/62 di censura della "Legge Vigorelli".

Ma, come detto, entrambe le questioni restano senza risposta e, con esse, i dubbi di legittimità della controversa norma sui quali si interroga da ormai più di un decennio la dottrina giuslavoristica. E ciò perché il giudice rimettente ha omesso di "*motivare, seppur in termini di mera plausibilità,*

## FLASH

### L'Inps chiarisce: la NASpl spetta anche in caso di dimissioni da parte del lavoratore padre che ha fruito il congedo di paternità

Con la circolare 32 del 20 marzo 2023 l'Inps ha fornito un chiarimento rispetto all'accessibilità alla NASpl per il lavoratore padre che abbia presentato le proprie dimissioni durante e a seguito della fruizione del congedo di "paternità obbligatoria" o "alternativo" di cui agli articoli 27 bis e 28 del TU in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità cioè il dlgs 26 marzo 2001. Come già visto in questo bollettino ( si veda al numero 6 di agosto-settembre del 2022) l'introduzione in via stabile del congedo di paternità obbligatoria prevede che il padre lavoratore dipendente sia obbligato ad assentarsi dal lavoro per un periodo di 10 giorni lavorativi, raddoppiati nel caso di parto plurimo, non frazionabili a ore e fruibili anche in via non continuativa, nell'arco temporale che va dai 2 mesi precedenti la data presunta del parto fino ai 5 mesi successivi alla nascita. Mentre è rimasto sostanzialmente invariato il congedo di paternità alternativo di cui l'art 28 TU. Tali previsioni, tuttavia necessitavano di un chiarimento da parte dell'ente previdenziale sull'estensibilità delle tutele, già previste per la madre lavoratrice, in caso di dimissioni durante il periodo di cui al comma 7 del nuovo art 54 cioè " In caso di fruizione del congedo di paternità di cui agli art 27-bis e 28, il divieto di licenziamento si applica anche al padre lavoratore per la durata del congedo stesso e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino". Con la circolare in commento l'Inps chiarisce che ai sensi dell'art 55 del TU "in caso dimissioni volontarie presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma dell'art 54, il divieto di licenziamento, la lavoratrice ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento. La lavoratrice e il lavoratore che si dimettono in predetto periodo non sono tenuti al preavviso". Il comma 2 del medesimo articolo, creando un meccanismo di equiparazione tra la madre lavoratrice e il padre lavoratore che ha fruito del congedo di paternità obbligatorio e/o di quello alternativo, fa sì che anch'egli abbia diritto a godere dell'indennità di disoccupazione NASpl qualora abbia presentato le proprie dimissioni nei suddetti periodi e ne ricorrano tutti gli altri requisiti legalmente previsti.

*in ordine alla dedotta circostanza che l'accordo aziendale, oggetto della sua cognizione, rientrasse proprio nella fattispecie del contratto collettivo aziendale di prossimità [...] e non fosse invece un ordinario accordo aziendale". Insomma, l'accordo da cui la controversia è originata è stato apoditticamente qualificato come "di prossimità", senza alcuna verifica sull'effettiva esistenza dei presupposti richiesti dall'art.8; da cui l'inammissibilità delle questioni sollevate, in quanto il sindacato di legittimità costituzionale di una disposizione di legge "in tanto è possibile [...] in quanto ne sussista la rilevanza nel giudizio principale".*

La delusione circa l'esito della vicenda è però in parte mitigata dal fatto che essa ha comunque fornito alla Corte l'occasione di chiarire quali siano i presupposti di legge per stipulare gli accordi di prossimità, rimarcandone il carattere di "eccezionalità" rispetto agli "ordinari" accordi aziendali. Sulla scia della consolidata giurisprudenza di Cassazione, i Giudici delle leggi ricordano come al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 8 i contratti aziendali siano dotati di "un'efficacia solo tendenzialmente estesa a tutti i lavoratori in azienda"; infatti, se è vero che tali accordi di norma si applicano anche ai lavoratori iscritti a sindacati non firmatari (o non iscritti ad alcun sindacato), l'estensione dell'efficacia trova il proprio limite invalicabile nella possibilità per detti lavoratori (e per i sindacati non firmatari) di rifiutarne l'applicazione, non potendo un contratto di diritto comune (qual è appunto un accordo aziendale) produrre effetti vincolanti verso terzi.

Questo limite, derivante dai principi generale del diritto civile, è invece superato dall'articolo 8, che rende vincolanti gli accordi di prossimità anche nei confronti dei soggetti terzi dissenzienti. Il che fa assumere alla norma un "carattere chiaramente eccezionale", come per altro già sottolineato dalla stessa Corte nella sentenza n. 221/2012 con la quale è stata sancita la compatibilità dell'art. 8 con il riparto di competenze tra Stato e Regioni definito dall'art. 117 Cost.. Rispetto al proprio precedente, la Corte enfatizza però ulteriormente l'eccezionalità della controversa disposizione del 2011 rispetto ai generali principi dell'ordinamento, in ragione dell'effetto derogatorio degli standard protettivi di legge di contratto nazionale che essa consente. Da qui la necessità di vagliare con la massima attenzione l'effettiva sussistenza dei presupposti individuati dalla legge come condizione per far acquisire

all'accordo aziendale efficacia *erga omnes*: primo fra tutti, quello relativo alla "maggior rappresentatività comparata" dei soggetti stipulanti (sindacati o loro rappresentanze in azienda); presupposto rafforzato dalla necessità che l'accordo di prossimità sia sottoscritto dalle rappresentanze sindacali "sulla base di un criterio maggioritario".

Nel caso di specie, un simile vaglio è mancato in maniera evidente, giacché il giudice rimettente non ha fornito alcun elemento a prova del grado di rappresentatività del sindacato stipulante, limitandosi a qualificarlo come "maggiormente rappresentativo" e ignorando che il requisito di legge è piuttosto quello della maggior rappresentatività "comparata"; requisito di cui il sindacato firmatario (SINALV CISAL) difficilmente può fregiarsi, come conferma la giurisprudenza amministrativa (citata dalla stessa Consulta) che ne ha escluso la sussistenza decidendo in merito agli accordi sulla Cassa integrazione in deroga siglati da tale sindacato.

Neppure è stata posta alcuna attenzione sul rispetto del criterio maggioritario, sulla cui base l'accordo di prossimità deve fondarsi e che, come suggerisce la stessa legge, può dirsi soddisfatto dal voto dei lavoratori in azienda; voto che, evidentemente, non ha interessato l'accordo firmato dal SINALV CISAL.

Così come è mancato il vaglio degli altri presupposti tipizzati dall'art. 8, relativi alle finalità ed al contenuto dell'accordo di prossimità: il fine "occupazionale" infatti è richiamato dall'ordinanza di rimessione "in termini meramente assertivi", ovvero, nella sostanza, replicando la lettera della norma che lo prescrive; mentre, la riduzione del trattamento economico complessivo, operando in deroga a quanto previsto dal CCNL in relazione ad una serie di istituti retributivi, non rientra di per sé tra le materia elencate dal comma 2 dell'art. 8.

In conclusione, la sentenza della Consulta in commento può essere accolta con (moderata) soddisfazione per aver chiarito in maniera inequivoca come l'art. 8 in tanto possa produrre i suoi effetti (*erga omnes* e deroga alla legge ed al CCNL) in quanto sia possibile provare l'effettiva sussistenza di tutti i requisiti elencati dalla legge, non essendo a tal fine sufficiente l'"autoqualificazione" data all'accordo dalle parti firmatarie. Ciò vale a garantire che, per superare il dissenso manifestato dai sindacati non firmatari e dai loro iscritti, l'accordo sia firmato da

sindacati di certa rappresentatività e sia sottoposto al voto di tutti i lavoratori dell'azienda; nonché ad imporre che le supposte finalità perseguite dall'accordo, siano (quanto meno) plausibilmente fondate sulla reale situazione (economico-produttiva o di mercato) in cui si trova l'azienda, fermo restando che tale situazione non può comunque giustificare deroghe alla parte economica del CCNL. Il che, se non è sufficiente a disinnescare la "bomba ad orologeria" posta sotto il diritto del lavoro nazionale, quanto meno, di tale bomba, permette di ridurre i più dannosi effetti deflagranti.

Resta aperta la questione della costituzionalità della norma, giacché la Consulta non avalla, neppure implicitamente, la legittimità costituzionale dell'art.8 solo per il fatto di fornire indicazioni in merito alla sua corretta interpretazione ed applicazione. Certo, non è escluso che, qualora fossero di nuovo chiamati ad esprimersi, i Giudici delle leggi possano giustificare con un fine costituzionalmente legittimo la compressione della libertà sindacale e dei principi deducibili dall'art. 39 comma 4 che il riconoscimento dell'*erga omnes* dell'accordo aziendale comporta. Nel farlo, dovrebbero comunque oggi tener conto anche di quanto recentemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in merito alla compatibilità con l'art. 11 della CEDU della normativa tedesca che sancisce l'efficacia generale di contratti aziendali (vd Bollettino n. 5/2022); ovvero che una simile efficacia, per non ledere la libertà sindacale, si debba iscrivere in un quadro di regole tese a garantire "un corretto ed equo funzionamento del sistema contrattuale", nonché tali da permettere ai sindacati dissenzienti l'effettiva agibilità in azienda dei loro diritti, in rappresentanza dei propri iscritti. Ed è quanto meno incerto che simili obiettivi siano effettivamente perseguibili nel quadro di anomia in cui versa il vigente sistema di rappresentanza sindacale del nostro paese. ■

# Il difficile equilibrio tra lotta alla corruzione, tutela della riservatezza e diritto di difesa nella normativa di recepimento della c.d. Direttiva *Whistleblowing*

di  
Francesca  
Bassetti

**A** brogando le precedenti discipline in materia, l'Italia ha recepito con Decreto Legislativo 24/2023 la Direttiva Europea 2019/1937, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, così detta Direttiva Whistleblowing.

La Direttiva ha lo scopo di fornire una base comune di tutela minima in favore delle "persone", fisiche, non giuridiche, che, operando nel settore privato o pubblico, abbiano appreso nel contesto lavorativo informazioni in base alle quali effettuino segnalazioni (o denunce all'autorità giudiziaria, ma qui ci concentreremo sui sistemi di segnalazione) relative a "violazioni".

Occorre premettere che, avvalendosi della facoltà riconosciuta dalla Direttiva, il legislatore italiano ha esteso l'ambito di protezione del segnalante oltre i casi in cui fornisca informazioni su violazioni relative

al diritto dell'Unione, agli interessi finanziari della stessa ed al mercato interno (art. 2 della Direttiva, le materie ricomprese nel primo ambito sono moltissime, tra cui appalti pubblici, servizi, prodotti, mercati finanziari, tutela della vita privata, dei dati personali o dell'ambiente), includendovi segnalazioni di violazioni del diritto nazionale, pure lesive dell'interesse pubblico o dell'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato. L'ampia definizione delle "violazioni" riconducibili a tali fattispecie comprende illeciti amministrativi, contabili, civili o penali, nonché atti o omissioni che ledano l'interesse dell'Unione o riguardanti il mercato interno, incluse le violazioni in materia di concorrenza o aiuti di Stato, o che comunque vanifichino l'oggetto o la finalità degli atti dell'Unione nei settori indicati (art. 2 c. 1 lett. a d.lgs. 24/2023). Poiché il perimetro di applicazione della normativa attiene sia alle violazioni commesse nell'ambito della pubblica amministrazione che

nell'ambito delle imprese private (generalmente con più di cinquanta dipendenti, salvi i casi di cui ai punti 2 e 3 della lett. q dell'art. 2 e con le precisazioni di cui al c. 2 dell'art. 3), il legislatore espressamente vi ricomprende anche quelle rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 o comunque relative ai modelli di organizzazione e gestione previsti da tale normativa, come noto riguardante la responsabilità amministrativa da reato di enti privati, società ed associazioni anche prive di personalità giuridica.

L'attenzione specifica riservata a detta disciplina non è casuale. Sul versante della pubblica amministrazione, certamente, la tutela del whistleblower si pone come uno degli strumenti della trasparenza e della lotta alla corruzione. La trasparenza è in ambito pubblico un principio ed un vero e proprio canone (anche organizzativo), sempre più attenzionato nella transizione in atto verso un modello di governance incentrata sulla partecipazione crescente dei pri-

vati alla definizione delle politiche ed all'erogazione dei servizi pubblici. Sotto altro profilo, il principio di trasparenza si va affermando come un cardine delle democrazie mature. La Corte Costituzionale, in particolare con la sentenza 20/2019, ha indicato i principi di pubblicità e trasparenza quale corollario dello stesso principio democratico espresso dall'art. 1 Cost., oltre che del principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Sul versante delle organizzazioni private, un ruolo assonante è affidato proprio alla disciplina del d.lgs. 231/2001, che ha lo scopo di imporre l'adozione di modelli organizzativi e di controllo idonei a prevenire la commissione di illeciti. Sia nell'ente pubblico che nell'organizzazione privata, dunque, la figura del whistleblower si inserisce nei sistemi qui appena accennati quale fattore di emersione "dall'interno" di eventuali condotte illecite che gli strumenti di prevenzione e di controllo non abbiano disinnescato.

La segnalazione che egli può effettuare è definita in modo assai ampio, la stessa infatti può riguardare informazioni, compresi sospetti, però fondati, su violazioni commesse o che, sulla base di elementi concreti, potrebbero essere commesse nell'organizzazione (violazioni dunque ancora potenziali, non in atto né già avvenute), ai sensi dell'art 2 lett. b.

I soggetti che possono effettuare la segnalazione (o denuncia) godendo della protezione accordata dalla disciplina in esame sono i lavoratori subordinati, autonomi o con contratti di collaborazione direttamente di-

pendenti dall'organizzazione in cui è avvenuta la violazione o che entrino in contatto con essa quali dipendenti di altri soggetti o come lavoratori autonomi nell'ambito di forniture di beni o servizi o per la realizzazione di opere, nonché liberi professionisti, volontari e tirocinanti (retribuiti e non retribuiti), azionisti e persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo, vigilanza o rappresentanza, anche esercitate di fatto. Come si vede, dunque, il catalogo è molto eterogeneo e il contatto con l'organizzazione oggetto di segnalazione può essere anche occasionale, al punto che vi rientrano casi in cui non sia ancora sorto alcun rapporto giuridico, se le informazioni sulle violazioni sono state acquisite durante il processo di selezione o in altre fasi precontrattuali, o sia cessato, per informazioni apprese quando lo stesso aveva corso.

Tali soggetti non possono subire alcuna ritorsione, intendendosi per tale qualsiasi comportamento, atto od omissione, anche solo tentato o minacciato, posto in essere in ragione della segnalazione e che provoca o può provocare, in via diretta o indiretta, un danno ingiusto. Gli atti adottati in violazione del divieto di ritorsione sono nulli. Ai sensi dell'art. 17, spetta all'organizzazione provare che comportamenti, atti o omissioni sono stati posti in essere per ragioni diverse dalla segnalazione, come pure in presenza di un danno per il segnalante esso si presume causato dalla segnalazione, salvo prova contraria dell'organizzazione.

Analoga inversione dell'onere della prova non è accordata a soggetti

diversi dal segnalante per i quali pure sono comunque vietate ritorsioni; si tratta di facilitatori (soggetti che hanno coadiuvato il segnalante), persone che operano nello stesso ambito lavorativo del segnalante e che hanno con lui stabile legame affettivo o di parentela entro il quarto grado, oltre a colleghi con rapporto abituale e corrente. Unico caso di protezione di persone giuridiche è quello di enti di proprietà della persona segnalante o per i quali lo stesso lavora o che operano nello stesso contesto lavorativo, su cui pure sono vietate ritorsioni.

Presso l'ANAC è istituito il registro di enti del terzo settore cui il whistleblower può rivolgersi per ottenere sostegno (art. 18). Esso dovrebbe attuarsi sotto forma principalmente di informazioni, assistenza e consulenze a titolo gratuito sulle modalità di segnalazione e sulla protezione dalle ritorsioni.

Quest'ultima è infatti accordata al segnalante (o denunciante), indipendentemente dai motivi che lo hanno spinto, solo se nel momento in cui l'ha effettuata aveva fondate ragioni di ritenere la segnalazione (o denuncia), non solo vera, ma, anche, attinente ad una "violazione" ascrivibile a quelle riguardate dalla disciplina in esame (come indicate all'inizio del presente contributo), nonché a condizione che abbia rispettato le modalità di segnalazione dettagliate dal decreto (art. 16).

Non si tratta di elementi sempre facili da comprendere e certamente uno dei punti delicati della disciplina è nella difficoltà, per chi intendesse effettuare una segnalazione, di



essere certo della sua applicabilità, specialmente ove non abbia particolare dimestichezza con le complesse discipline cui le “violazioni” fanno riferimento, o di districarsi tra le condizioni di ricorso all’una o all’altra procedura, di cui si dirà, affidate anche a clausole aperte e dunque a componenti valutative. Non pare che tali criticità possano esser superate con il debole strumento del sostegno.

Il whistleblower che ritenga di aver subito ritorsioni, oltre ad adire l’autorità giudiziaria, può anche rivolgersi all’ANAC, la quale informa l’Ispettorato della funzione pubblica (per enti pubblici) o l’Ispettorato del lavoro (per privati), conduce con l’ausilio di detti servizi indagini ed irroga sanzioni amministrative pecuniarie, salvi tutti gli altri profili di responsabilità (artt. 19 e 21).

Particolare attenzione è data nel decreto alle modalità di trattamento dei dati del segnalante e, in parte, del segnalato, anche in base alle osservazioni espresse nell’iter di approvazione dal Garante per la protezione dei dati personali, che ha infine dato parere positivo sul testo.

Sotto tale profilo, ai sensi dell’art. 13, ogni trattamento dei dati personali deve essere effettuato a norma del Regolamento Europeo sulla protezione dei dati 2016/679, dunque nel pieno rispetto della normativa a tutela della privacy. In particolare, il decreto impone poi che i dati personali manifestamente non utili a gestire la segnalazione non sono raccolti o, se raccolti accidentalmente, siano cancellati immediatamente. Le segnalazioni non possono inoltre essere

utilizzate oltre quanto necessario per dar loro adeguato seguito (art. 12 c. 1), esse e la relativa documentazione sono conservate per il tempo necessario al trattamento e comunque non oltre cinque anni dalla data di comunicazione dell’esito finale (art. 14 c. 1). Sono previste specifiche disposizioni per il caso di segnalazioni telefoniche o effettuate di persona, registrate o meno, tese a garantire il consenso del segnalante alla registrazione o la sua verifica del contenuto della eventuale trascrizione (art. 14 cc. 2 - 4).

Nella prima fase successiva al ricevimento della segnalazione, l’identità della persona segnalante e qualsiasi altra informazione da cui essa possa evincersi non possono essere rivelate a persone diverse da quelle specificamente addette a trattare il caso, salvo il consenso espresso dello stesso segnalante. Qualora dunque la rivelazione dell’identità sia indispensabile per la difesa della persona accusata (che va comunque garantita), il whistleblower riceve informazione scritta su detta circostanza e può esprimere il proprio consenso.

La protezione dell’identità del whistleblower, d’altra parte, è un cardine della disciplina, seppure essa è accordata fino a momenti diversi a seconda della procedura che si instaura all’esito della segnalazione, in particolare nel caso in cui alla stessa venga dato seguito giudiziario o disciplinare (art. 12). Si tratta, ancora una volta, del necessario bilanciamento con il diritto di difesa del segnalato. Per il processo penale, è richiamato l’art. 329 cpp, secondo il quale gli atti di indagine sono coperti dal segreto

fino a quando l’imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari. Nell’ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, è stabilito che l’identità della persona segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell’ambito del procedimento disciplinare, l’identità della persona segnalante non può essere rivelata, ma solo ove l’addebito disciplinare sia fondato su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora invece la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell’identità della persona segnalante sia indispensabile per la difesa dell’incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza del consenso espresso della persona segnalante alla rivelazione della propria identità.

Senza potersi soffermare per l’economia di questo contributo, che ha lo scopo di illustrare almeno in generale le finalità ed i concetti principali della disciplina, è opportuno dare brevemente conto dei diversi canali di segnalazione indicati dal decreto, che si affiancano come premesso alla possibilità di denuncia diretta all’autorità giudiziaria, anch’essa coperta dallo stesso divieto di ritorsione sopra visto.

Il primo canale, preferenziale rispetto agli altri, è quello della segnalazione interna. Sia gli enti pubblici che i soggetti privati si dotano, a norma dell’art. 4, di canali interni di segnalazione affidati a una persona o un ufficio interno autonomo dedicato e con personale specificamente formato, ovvero affidati a un sogget-

to esterno, anch'esso autonomo e con personale specificamente formato. Che la segnalazione avvenga in forma scritta o orale, come anticipato, deve essere assicurata la riservatezza dell'identità della persona segnalante, del segnalato e delle persone comunque menzionate, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione. L'ufficio dedicato svolge il procedimento secondo regole minime di diligenza indicate dal decreto (che includono il dar seguito alle segnalazioni, il rilascio di un protocollo, il mantenimento dell'interlocuzione con il segnalante) fornendo riscontro entro tre mesi dalla segnalazione (art. 5).

La segnalazione esterna (artt. 6-11) è il secondo procedimento previsto, attivabile solo ad una delle seguenti condizioni: mancanza di strutture di segnalazione interna; segnalazione interna non riscontrata nei termini; fondati motivi per cui il segnalante ritenga che alla segnalazione interna non sarebbe dato seguito o che lo esporrebbe a ritorsioni o che la violazione costituisca un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse. Il canale di segnalazione esterna è gestito dall'ANAC, appositamente integrata di ventidue unità di personale con relativo stanziamento di risorse. Sono previste le stesse garanzie di riservatezza e regole base procedurali non dissimili da quelle sopra indicate, nonché l'obbligo di comunicare al segnalante l'esito finale, con termine che può essere esteso fino a sei mesi dalla segnalazione. Il provvedimento finale può consistere anche nell'archiviazione, o in una raccomandazione o

in una sanzione amministrativa oppure, nel caso in cui ANAC non ravvisi la propria competenza, nella trasmissione alle autorità amministrative o giudiziarie o europee competenti. La procedura dovrebbe essere ulteriormente chiarita dall'ANAC con linee guida e attraverso informazioni nel proprio sito.

Ulteriore gradato canale di segnalazione è la divulgazione pubblica. Essa è possibile beneficiando della protezione prevista dal decreto ove ricorra una delle seguenti condizioni: segnalazione interna ed esterna o direttamente esterna già effettuate ma rimaste prive di riscontro nei termini; fondato motivo di ritenere che la segnalazione esterna possa comportare ritorsioni o possa non avere seguito efficace o possano essere distrutte o occultate prove o il ricevente possa essere coinvolto nella violazione; fondato motivo di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse. Peraltro, tale ultima condizione è abilitante anche per la segnalazione esterna, sembra dunque che il whistleblower dovrebbe valutare in base al tipo di pericolo lo strumento più adeguato a fronteggiarlo.

La nuova disciplina si applicherà alle segnalazioni (e denunce) effettuate dal 15 luglio 2023. Sarà importante verificare sul medio periodo i risultati dell'attuazione. Lo stanziamento di risorse per la creazione di una struttura dedicata all'interno di ANAC denota l'importanza attribuita agli istituti in esame, ma i profili più critici restano nella complessità tecnica della disciplina, tale da poter scoraggiare il

potenziale segnalante, oltre che nell'esigenza di stabilire una adeguata tutela dei soggetti "accusati", non del tutto messa a fuoco ma necessaria a scoraggiare abusi e comportamenti opportunistici. ■

# Il Consiglio di Stato censura la Commissione di garanzia: violato il diritto di sciopero dalla delibera di provvisoria regolamentazione relativa al trasporto pubblico locale

di  
Giovanni  
Orlandini

**N**on è eccessivo definire storica la coppia di sentenze (n. 2115 e n. 2116 pubblicate il primo marzo scorso) con le quali la sesta sezione del Consiglio di Stato (decidendo due ricorsi “paralleli” della Fil-Cisl e Filt-Cgil) ha dichiarato l’illegittimità della delibera di provvisoria regolamentazione dello sciopero nel trasporto pubblico locale, adottata il 23 aprile del 2018 dalla Commissione di garanzia a parziale modifica dell’accordo nazionale raggiunto dalle parti sociali (Filt, Fit e Uil e Federtrasporti) il 28 febbraio dello stesso anno. Al di là dello stesso merito della vicenda, si tratta infatti di un intervento di censura da parte dei giudici amministrativi inedito, a quanto consta, che potrebbe aprire una nuova stagione nell’operato dei Garanti, inducendoli ad un approccio più rispettoso del diritto di sciopero nell’esercizio delle funzioni loro attribuite dalla l. n. 146/90.

La vicenda sfociata nelle sentenze in commento trae origine dalla proposta di provvisoria regolamentazione adotta dalla Commissione l’11 gennaio 2018, tesa a modificare la precedente regolamentazione del 2002. L’inasprimento della disciplina dello sciopero operato dalla nuova delibera veniva argomentato con l’esigenza

di contenere un asserito incremento degli scioperi verificatosi nel quinquennio precedente ed imputabile ad una crescente conflittualità inter-sindacale: un quadro appunto tale da rendere la precedente regolamentazione non più idonea a tutelare i diritti degli utenti. In particolare, la Commissione comunicava alle parti sociali l’intenzione di modificare la disciplina della c.d. rarefazione oggettiva, aumentando la durata dell’intervallo tra due azioni di sciopero (indipendentemente dal soggetto proclamante) dagli originari dieci giorni a venti giorni. A tale proposta rispondevano le parti sociali, raggiungendo un accordo il 28 febbraio, con il quale venivano confermati i dieci giorni di intervallo. Ne conseguiva una nuova proposta adottata ai sensi dell’art.13, lett. a), l. 146/90, con la quale le parti erano invitate a modificare l’accordo adeguandosi alle prescrizioni della Commissione. A fronte della ferma opposizione del fronte sindacale a procedere in tal senso, veniva quindi adottata una nuova delibera di provvisoria regolamentazione (delibera del 23 aprile 2018 n. 18/138) che giudicava idoneo l’accordo, modificandone però le parti in contrasto con l’originaria proposta, ivi compresa quella relativa alla rarefazione oggettiva (in merito, vd Bollettino n. 5/2018). Ed è su questa delibera che si è espresso il

Consiglio di Stato, riformando la sentenza del TAR Lazio che aveva respinto le contestazioni dei ricorrenti (sentenza n. 14078/2019).

L'iter argomentativo seguito dai Supremi giudici amministrativi per rovesciare il giudizio del TAR è di estremo interesse, perché se da una parte mette in luce la debolezza complessiva dell'impianto configurato dalla l. n. 146/90 nel fornire strumenti efficaci a difesa del diritto di sciopero, dall'altra fornisce indicazioni preziose in merito ai margini (appunto, assai ristretti) di sindacabilità delle decisioni della Commissione di garanzia.

Il cuore della questione affrontata dal Consiglio di Stato attiene alla fondatezza del presupposto da cui muove la Commissione per giustificare l'estensione dell'intervallo di rarefazione, ovvero il supposto incremento degli scioperi nel quinquennio 2013-2018. Per verificare la veridicità di tale presupposto, i giudici amministrativi hanno acquisito dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti una relazione redatta dall'Osservatorio sui conflitti sindacali circa l'andamento degli scioperi in tale arco temporale. E dalla relazione dell'Osservatorio si ricava effettivamente che il trend del numero totale degli scioperi nel settore è in aumento; ma si ricavano anche significative discordanze tra questi dati (che attestano il numero di scioperi effettuati) e quelli a disposizione della Commissione di garanzia (fondati sulle comunicazioni dei soggetti proclamanti). Soprattutto poi, osservano i giudici amministrativi, da nessun dato a disposizione della Commissione è possibile acquisire informazioni "esaustive" sul quadro effettivo dell'andamento della conflittualità nel quinquennio interessato, dal momento che da essi non si ricavano informazioni in merito alla durata ed al numero dei giorni di sciopero; elementi evidentemente centrali per valutare il disagio provocato all'utenza e reperibili da altre istituzioni (come la Prefettura).

In breve, tutte le informazioni che concorrono a definire il quadro effettivo dell'andamento della conflittualità nel settore avrebbero dovuto essere acquisite e soppesate dalla Commissione di garanzia nel procedimento che ha portato all'adozione della regolamentazione provvisoria, onde giustificare l'inasprimento della disciplina della rarefazione oggettiva. Cosa che non è avvenuta, dal momento che i Garanti si sono limitati ad invocare apoditticamente "l'eccessiva compromissione del godimento del diritto dei cittadini alla libertà di circolazione [causata dall'] eccessiva frammentazione sindacale". E' quindi la carenza di motivazione a viziare irrimediabilmente la delibera della Commissione, conseguente all'assenza di un'adeguata

istruttoria in merito ai fatti posti a sua giustificazione.

Il vizio evidenziato dal Consiglio di Stato è di natura meramente procedurale, tanto che nel dispositivo la Commissione è invitata a "*riesercitare motivatamente il proprio potere [...] all'esito deliberando se confermare nel doppio l'innalzamento del periodo di rarefazione o se lasciarlo del tutto invariato, ovvero se adottare soluzioni intermedie*". Ed è questo, evidentemente, il profilo più critico e opinabile delle sentenze. Tuttavia non può essere ignorata l'importanza di quanto in entrambe le sentenze si afferma in merito al corretto esercizio del potere della Commissione, declinando con estremo rigore gli obblighi di istruttoria e, conseguentemente, di motivazione che la l.146/90 (ed in specie l'art.13, lett. a) pone a suo carico. "*Proprio perché involge e coinvolge diritti costituzionalmente garantiti*", ricordano i giudici di Palazzo Spada, "*l'ampia discrezionalità decisionale [della Commissione] merita di essere esercitata con particolare cautela e attenzione, assumendo decisioni che siano il frutto di una accurata istruttoria e che siano caratterizzate, nell'individuazione della misura più opportuna da mettere in campo, da una motivazione puntuale*". Un simile rigore nella motivazione è necessario per compensare il fatto che la l. 146/90 attribuisce alla Commissione un'"*ampia discrezionalità decisionale*"; discrezionalità che trova di fatto il suo unico argine nella "*irragionevolezza ed illogicità delle scelte operate*". Insomma, sembrano dire i Supremi giudici amministrativi, gli obblighi di motivazione vanno presi massimamente sul serio proprio perché, affidando la legge alla Commissione un potere quasi *legibus solutus*, costituiscono l'unico argine alla compressione di un diritto costituzionalmente garantito, quale è lo sciopero.

Tutto ciò non significa che bastino gli obblighi di motivazione, così declinati, per preservare spazi adeguati di esercizio del diritto di sciopero nel nostro ordinamento. Anzi, quanto affermato dal Consiglio di Stato denuncia un quadro normativo difficilmente compatibile con la natura di diritto fondamentale dello sciopero, risultando l'esercizio di quel diritto nei fatti limitabile da un potere amministrativo che il legislatore disegna "*senza particolari vincoli*", ovvero sottoposto ad un sindacato giurisdizionale relativo ai soli profili dell'irragionevolezza e dell'illogicità. D'altra parte, se l'estensione dell'intervallo tra gli scioperi richiede per i giudici amministrativi una motivata giustificazione fondata su dati oggettivi, non è in alcun modo revocato in dubbio il fatto che tali dati debbano riguardare l'incremento della conflittualità e i conseguenti rischi di maggior disagio per gli utenti. Il che fa emergere il vizio di fondo della *ratio* che ispira l'intero sistema di

regole delineato dalla l. 146/90: il fatto di legittimare la compressione del diritto di sciopero in ragione della sua crescente capacità vulnerante, configurando così un sistema di regole del conflitto strutturalmente concepito per depotenziarne i suoi effetti. A conferma di ciò, nessun criterio sembra configurabile per sindacare in sede giurisdizionale la "ragionevolezza" dell'originario intervallo fissato dalle parti sociali; così come di qualsiasi altra regola d'esercizio dello sciopero valutata "idonea" dalla Commissione. Con la conseguenza che il diritto di sciopero finisce per essere privato (unico tra i diritti fondamentali) di un suo nucleo incomprimibile, sottratto in quanto tale alla possibilità di essere limitato per via negoziale o amministrativa.

Che un simile quadro regolatorio sia di dubbia

compatibilità con i principi costituzionali si è già detto. Certo esso stride con il modello di democrazia "progressiva" concepito dai Padri costituenti, che assegna al conflitto sindacale un ruolo insostituibile nel garantire la piena partecipazione di "tutti i lavoratori all'organizzazione politico, economico e sociale del Paese". Così come più che dubbia è la compatibilità della vigente normativa con i principi del diritto internazionale: problema, questo, che sarà a breve affrontato dal Comitato europeo dei diritti sociali di Strasburgo, chiamato a decidere sul reclamo collettivo (n. 208/2022) con il quale USB (sostenuta dall'intervento adesivo della Confederazione europea dei sindacati) ha denunciato il contrasto della disciplina italiana dello sciopero nei servizi pubblici essenziali con gli standard ricavabili dall'art. 6.4 della Carta sociale europea. ■

## FLASH

### Tutte le proroghe in materia di lavoro nella legge di conversione del cosiddetto Decreto Milleproroghe

Con la Legge n. 14 del 24 febbraio 2023 è stato convertito il cosiddetto "Decreto Milleproroghe", ovvero il d.l. n. 198 del 29 dicembre 2022 contenente disposizioni che prorogano termini contenuti in altri provvedimenti legislativi.

Tra le novità in materia di lavoro vi è da segnalare, in primo luogo, quella che proroga al 30 giugno 2025 la possibilità che il contratto di somministrazione di manodopera duri oltre il termine di 24 mesi fissato dalla legge quale limite massimo di durata della somministrazione di manodopera a termine presso il medesimo utilizzatore. Condizione perché possa sforsarsi detto termine, come già prevedeva la legge, è che tra l'agenzia ed il lavoratore vi sia un contratto di lavoro a tempo indeterminato ed, altresì, che l'agenzia abbia comunicato all'utilizzatore l'esistenza di tale contratto.

In secondo luogo, per effetto dell'intervento normativo in commento, viene prorogata al 30 giugno 2023 la possibilità di svolgere la prestazione in modalità "smart working" per i lavoratori cosiddetti "fragili", nonché il diritto dei lavoratori genitori di figli con età inferiore a 14 anni a lavorare sempre in "smart working".

Per quanto riguarda i lavoratori cosiddetti "fragili", si ricorda che la disposizione prorogata è rappresentata dall'art. 26, d.l. n. 18/2020, che, per effetto di varie modifiche succedutesi nel tempo, prevede che lo smart working costituisca la forma "ordinaria" di svolgimento della prestazione lavorativa di questi lavoratori e ciò attraverso anche l'adibizione a diversa mansione rientrante nella medesima categoria o area di inquadramento, come definiti dai contratti collettivi di lavoro vigenti, senza alcuna decurtazione della retribuzione in godimento. Quanto all'individuazione del lavoratore "fragile", si ricorda come sia stato adottato il D.M. del 4 febbraio 2022 che specifica le patologie per le quali si ritiene possa ritenersi presente la condizione di "fragilità".

Per quanto riguarda, invece, i genitori di minori di anni 14, è condizione per il diritto allo smart working il fatto che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore ed, altresì, che lo smart working sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa.

Tra gli altri termini prorogati, sempre relativi al mondo del lavoro, si segnala poi la proroga di 2 mesi dei termini per l'adozione dei decreti correttivi ed integrativi dei decreti legislativi adottati in materia di riforma dell'ordinamento sportivo (proroga che decorre dalla scadenza dei termini originariamente previsti); la proroga al 1° luglio 2023 dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2021 di riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo; la proroga al 15 marzo 2024 del termine di adozione di uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità; la proroga di 24 mesi del termine per l'attuazione delle deleghe al Governo per il riordino delle disposizioni di legge in materia di spettacolo; la proroga di 24 mesi dei termini per l'attuazione delle deleghe al Governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia; la proroga a tutto il 2023 dell'operatività del Fondo Nuove Competenze; la proroga al 31 dicembre 2023 della possibilità per gli enti del terzo settore di adeguarsi alle norme inderogabili della disciplina di riforma del codice del terzo settore; la proroga fino al 2026 dell'estensione a sette anni della possibilità di concordare piani di esodo anticipato a carico dell'azienda di lavoratori distanti sette anni dall'età pensionabile (cosiddetta "isopensione").

# La Corte costituzionale sull'obbligo vaccinale per il personale sanitario

di  
Giulia  
Frosecchi

La Corte costituzionale si è pronunciata su una serie di rinvii pregiudiziali in materia di obbligo vaccinale (v. d.l. n. 44 del 2021 e modifiche apportate dal d.l. n. 172 del 2021) e relative conseguenze in caso di inadempimento per determinate categorie di lavoratori, con tre pronunce pubblicate in Gazzetta ufficiale il 9 febbraio 2023: Corte costituzionale n. 14/2023; Corte costituzionale n. 15/2023; Corte costituzionale n. 16/2023.

Le tre pronunce sopra citate non verranno qui esaminate in dettaglio, ma si cercherà di estrapolarne i principi fondamentali. I profili di maggior interesse attengono, primariamente, al conflitto tra diritto alla salute individuale e diritto alla salute collettiva (art. 32 Cost.) e al possibile conflitto tra diritto alla salute collettiva e diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.), laddove siano previste conseguenze sul piano del rapporto di lavoro a seguito del rifiuto di sottoporsi al trattamento sanitario.

## Articolo 32 Cost. e diritto alla salute individuale e collettivo

La premessa necessaria alle argomentazioni della Corte è che l'Art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari

non richiesti o non accettati) con il coesistente diritto degli altri e quindi con l'interesse della collettività. Da cui discende che una legge impositiva di un trattamento sanitario è conforme alla disposizione costituzionale fintanto che rispetti tre presupposti di legittimità, già elaborati dalla Corte in precedenti pronunce e applicabili anche ai casi di specie: «a) “se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale” (cfr. sentenza 1990 n. 307); b) se vi sia “la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili” (ivi); c) se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - sia prevista comunque la corresponsione di una “equa indennità” in favore del danneggiato (cfr. sentenza 307 cit. e v. ora legge n. 210/1992)».

Il trattamento sanitario che risponde a siffatti criteri non solo è legittimo, ma costituisce una declinazione del principio di solidarietà che costituisce il fondamento della convivenza sociale. Il rischio che i vaccini o, più in generale, i trattamenti sanitari possano causare eventi avversi anche gravi non può reputarsi “non tollerabile” fintanto che essi siano necessari a tutelare la salute collettiva, siano stati tenuti in considerazione i dati scientifici che dimostrano la sicurezza del trattamento e sia previsto un indennizzo. Citando una precedente pronuncia, la Corte fa leva sulla discrezionalità del legislatore a fronte di ipotesi di ineliminabile conflitto, nel qual caso “la legge che impone l’obbligo della vaccinazione «compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi e individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate “scelte tragiche” del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene [...] che comporta il rischio di un male [...]. L’elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri. Finché ogni rischio di complicità non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche [...] la decisione in ordine alla sua imposizione obbligatoria apparterrà a questo genere di scelte pubbliche»” (il riferimento è a Sentenza n. 118/1996).

La discrezionalità del legislatore non è esente dal vaglio dei giudici costituzionali, che, nelle tre pronunce in oggetto, valutano se il contemperamento tra la dimensione individuale e collettiva del diritto della salute sia stato non irragionevole e non sproporzionato.

### **L’obbligo vaccinale per il personale sanitario**

Il vaglio della Corte in merito alle norme che prescrivevano l’obbligo vaccinale per i lavoratori esercenti professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario si è articolato lungo due direttrici: la valutazione della situazione di fatto, ossia la peculiarità delle condizioni epidemiologiche e il dovere di solidarietà che discende dalla dimensione collettiva della salute; l’esame della rilevanza riconosciuta dal legislatore alle risultanze scientifiche in merito alle condizioni sanitarie e ai vaccini, elaborate dagli organismi istituzionalmente preposti (non

può passare inosservata la nota polemica nei confronti di altri “esperti”, così virgolettati in sentenza n. 14/2023), nonché le continue evoluzioni della scienza medica.

A seguito di ampia argomentazione la discrezionalità del legislatore della pandemia viene giudicata “non pura discrezionalità politica”, ma “discrezionalità politica fondata su evidenze scientifiche”, di cui lo stesso legislatore pareva pienamente consapevole. Vagliando le disposizioni contestate dal giudice rimettente il Giudice costituzionale le trova coerenti con i risultati scientifici disponibili al momento dell’adozione delle suddette misure. In particolare, i dati scientifici in merito ai vaccini disponibili al momento dell’introduzione dell’obbligo hanno confermato che questi erano non sperimentali, efficaci e sicuri (si veda in particolare sentenza 14/2023, par. 11). L’attendibilità scientifica a cui si è rifatto il legislatore è altresì confermata dal fatto che la disciplina dell’obbligo vaccinale ha subito modifiche al mutare delle stesse evidenze scientifiche (come ricostruito nella sentenza 15/2023, par. 10.3.4).

La legittimità dell’obbligo vaccinale per le professioni sanitarie si giustifica, oltre che sulla base dei dati scientifici che dimostravano la piena efficacia del vaccino, anche in ragione della sua idoneità a raggiungere la finalità di ridurre la circolazione del virus (da distinguersi dall’immunizzazione al 100%, che non rientrava tra le finalità del legislatore). Nello specifico, tale scopo si ottiene tutelando una categoria particolarmente soggetta a rischio, nonché chi è in contatto con il personale sanitario ed evitando, così, l’interruzione dei servizi essenziali. Così, alla luce della concreta situazione epidemiologica e sanitaria, la disposizione supera il sindacato di ragionevolezza.

La stessa è giudicata, altresì, proporzionata rispetto alle finalità perseguite, poiché non esistevano ipotesi alternative altrettanto efficaci e percorribili. Ad esempio, l’opzione di sottoporre il personale sanitario a test diagnostici dell’infezione con elevata frequenza sarebbe stata una misura, da un lato, troppo costosa, dall’altro, non idonea a prevenire il diffondersi della malattia.

Neanche l’aver previsto, come conseguenza del mancato adempimento dell’obbligo, la sospensione dal lavoro è sufficiente a ravvisare l’illegittimità della norma. Ciò poiché, secondo la Corte: la sospensione in questione (ossia, “il sacrificio dell’operatore”, v. sentenza 15/2023,

par. 11.4) non ha natura sanzionatoria; i suoi effetti sono calibrati dall'introduzione di una durata predeterminata dell'obbligo vaccinale, che è stata prorogata o anticipata a seconda dell'evolversi della pandemia (in sentenza 14/2023 si utilizza anche la prospettiva comparata per ricordare come in Francia una sospensione analoga sia stata ritenuta un corretto equilibrio, mentre in Germania in Regno Unito e negli Stati Uniti è stato addirittura consentito ricorrere al licenziamento); non eccede quanto necessario agli scopi pubblici di riduzione del virus.

Da quanto sopra concisamente esposto consegue che non sussiste violazione degli Articoli 3 e 32 Cost.

### **In particolare sulla conformità agli Articoli 4 e 35 Cost.**

La sentenza 15/2023 affronta, altresì, profili specifici al rapporto di lavoro.

Poiché il diritto al lavoro enunciato dagli Articoli 4 e 35 Cost. “non implica necessariamente il diritto di svolgere l'attività lavorativa ove la stessa costituisca fattore di rischio per la tutela della salute pubblica e per il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza”, la sospensione del lavoratore non vaccinato è in sintonia con l'obbligo di sicurezza imposto dall'Art. 2087 c.c. e con il Testo Unico sulla Sicurezza (in particolare con gli articoli 18, 20 e 279 d.lgs. 81/2008).

Ne consegue che il legislatore, nel prevedere la sospensione come conseguenza del mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, ha agito in attuazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza.

La Corte non riscontra irragionevolezza neanche nella scelta di limitare l'adibizione a mansioni diverse, senza decurtazione della retribuzione, ai soggetti per i quali la vaccinazione può essere omessa o differita, a causa di accertato pericolo per la salute, oppure per il personale docente ed educativo della scuola, con riferimento al quale è imposto al dirigente scolastico di utilizzare il lavoratore inadempiente all'obbligo vaccinale in attività di supporto alla istituzione scolastica e non anche nei confronti del personale rimasto privo di vaccinazione per una libera scelta individuale.

A seguito della modifica introdotta dal d.l. n. 172 del 2021, il legislatore ha escluso “l'opportunità di addossare al

datore un obbligo generalizzato di adottare accomodamenti organizzativi, non ravvisando, in rapporto alle categorie professionali in esame, le condizioni della fungibilità e della sia pur parziale idoneità lavorativa residua del dipendente non vaccinato, condizioni sempre necessarie, in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione, per giustificare la permanenza di un apprezzabile interesse datoriale a una diversa prestazione lavorativa”, ha dunque legittimamente circoscritto l'obbligo a coloro i quali abbiano liberamente scelto di non vaccinarsi. Difatti, in quest'ultimo caso l'impossibilità sopravvenuta della prestazione deriva da una libera scelta del lavoratore, il quale manca volontariamente di un requisito sanitario essenziale allo svolgimento della prestazione lavorativa, e non da un fatto oggettivo.

L'eccezione ammessa per i soggetti che avessero dovuto omettere o differire la vaccinazione per motivi di salute costituisce misura eccezionale di natura solidaristica imposta ai datori di lavoro. Mentre, il diverso trattamento normativo previsto per il personale scolastico pare giustificato in ragione sia del minore rischio di contagio che deriva dalla struttura in cui questi presta la propria attività lavorativa, sia dalla possibilità di imporre al dirigente scolastico il c.d. ripescaggio e eventuali adattamenti ragionevoli, che avrebbero invece costituito un eccessivo fattore di rigidità organizzativa per il datore di lavoro sanitario.

Anche l'esclusione dall'assegno alimentare (in misura non superiore alla metà dello stipendio, come, ad esempio, previsto per gli impiegati civili dello Stato dall'art. 82 del d.P.R. n. 3 del 1957, e in altri casi dalla contrattazione collettiva) per il lavoratore che decida di non sottoporsi alla vaccinazione, nel periodo di sospensione, supera il vaglio di costituzionalità, in conseguenza del generale principio di corrispettività e “considerando che il lavoratore decide di non vaccinarsi per una libera scelta, in ogni momento rivedibile”. Per la stessa ragione non sono paragonabili le ipotesi di sospensione connesse a eventi impediti aventi carattere oggettivo, dove è, invece, ragionevole che il datore di lavoro sia onerato dall'erogazione dell'assegno. ■



# **IL SIPARIO STRAPPATO**

Note (molto) critiche  
alle SS.UU. 5542/2023 e 5556/2023  
in materia di convertibilità dei contratti a  
termine delle Fondazioni lirico sinfoniche

di  
**Danilo  
Conte**

Con due sentenze gemelle n. 5542 e 5556 del 23.1.2023 le Sezioni Unite della Cassazione operano un autentico strappo sul tessuto normativo che regola i rapporti di lavoro delle Fondazioni lirico sinfoniche. Le due sentenze stabiliscono che l'effetto della declaratoria di illegittimità dell'apposizione del termine in un contratto a tempo determinato stipulato dalle Fondazioni liriche non può essere la sua conversione a tempo indeterminato ma deve limitarsi ad un'indennità di carattere economico. Le motivazioni poste a fondamento di tali conclusioni suscitano non poche perplessità su una pluralità di aspetti. Si deve in via preliminare rilevare una prima anomalia dei due pronunciamenti. Essi sanano un contrasto giurisprudenziale che... non c'era. O quanto meno, non c'era a livello di giurisprudenza di legittimità. Prima di tali sentenze, infatti, la Suprema Corte aveva sempre ritenuto pacifica la conversione del contratto a tempo determinato

illegittimo stipulato dalle Fondazioni liriche. Tant'è vero che sia le due sentenze in esame sia l'ordinanza di rinvio alle SS.UU. n. 18866/2022 omettono ogni richiamo, consueto in tali provvedimenti, al (presunto) insanabile contrasto presente all'interno della Sezione lavoro e sono prive di qualsiasi citazione anche di una sola sentenza di segno opposto rispetto alle decine di sentenze che in questi anni avevano unanimemente previsto la conversione del contratto illegittimo in contratto a tempo indeterminato (cfr. ex multis Cass. 6680/2019, 11121/2019; 11122/2019; 8214/2019; 6547/2014; 10924/2014; 19189/2016; 9896/2018; 25800/2018; 32420/2019; 32150/2019). E quando le SS.UU. attingono all'opposto orientamento (nell'ordinanza di rinvio) sono costrette a farlo richiamando pronunciamenti aventi ad oggetto contratti stipulati da soggetti ben diversi, quali le partecipate pubbliche. Ma superando questa anomalia genetica, sono numerosi

i passaggi della motivazione che si connotano per le intrinseche contraddizioni o per le sorprendenti omissioni delle tesi argomentative.

Partiamo dalla tesi principale su cui si fondano i due pronunciamenti: le “peculiarità” delle Fondazioni liriche giustificano l’individuazione di una diversa conseguenza dell’illegittima apposizione del termine rispetto a quella della conversione, normalmente prevista per i rapporti privatistici. E tale peculiarità consisterebbe dall’interesse generale pubblico che connota la materia delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

Per poter comprendere la portata di un siffatto argomento occorre partire da un dato normativo. L’art. 22 del d. lgs. 367/1996 (il decreto che istituisce la Fondazioni lirico sinfoniche “privatizzandole”, non una norma di secondaria importanza), prevede che ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle Fondazioni in esame si applica la normativa “*sui rapporti di lavoro subordinato dell’impresa*”. La legge quindi è chiara e non siamo in presenza, come erroneamente viene detto in alcuni pronunciamenti di merito antesignani dei due pronunciamenti in esame, di una lacuna normativa. La legge che istituisce le Fondazioni liriche, conferisce loro natura privatistica (art. 1 d. lgs. 367/1996) e prevede che ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle stesse si applichi la normativa privatistica delle imprese e non quella dei dipendenti pubblici. Tant’è vero che a decorrere dall’approvazione di tale norma tutte le leggi successive in materia di contratti a termine privatistici hanno espressamente previsto la loro piena applicabilità anche ai dipendenti delle Fondazioni liriche, sia pure facendosi carico della peculiarità della materia con la previsione di deroghe e norme speciali (così la 368/2001, artt. 4 e 5; così la 81/2015, art. 29). Il legislatore a decorrere dal 1996, coerentemente al principio statuito dall’art. 22 sopra richiamato, ha inquadrato i contratti a termine delle Fondazioni nell’ordinaria disciplina privatistica e non ha ricondotto mai i suddetti rapporti nell’ambito dell’art. 36 d. lgs. 165/2001 (Testo Unico pubblico impiego). Occorre ribadire che peraltro in tale operazione il legislatore e le parti collettive si sono già fatti carico delle peculiarità di tali Fondazioni in materia di rinnovo e durata dei contratti, di stagionalità, di pausa tra un contratto e l’altro. La “peculiarità” non ha mai indotto invece il legislatore,

sino al d.l. 59/2019 a prevedere un diverso regime delle conseguenze giuridiche dell’illegittima apposizione del termine. Il legislatore dunque *ubi voluit dixit*, l’assenza di una diversa previsione sul punto avrebbe dovuto rendere pacifica ed evidente la scelta di prevedere sul punto il medesimo trattamento rispetto a tutti gli altri rapporti privatistici.

Ma ciò che meno convince è, a monte, la ricostruzione circa la natura delle Fondazioni. Le SS. UU. nelle premesse danno atto della natura ibrida delle stesse ma di tale natura ibrida non si tiene conto sorprendentemente nelle sbrigative conclusioni, in cui si sposa la natura pubblicistica ritenuta prevalente. Le SS.UU. avrebbero dovuto prendere atto che uno schizofrenico legislatore ha, consapevolmente o inconsapevolmente, delineato delle figure giuridiche ibride fortemente connotate da innegabili richiami pubblicistici e da altrettanto innegabili caratteri privatistici. L’elenco delle norme che in questo quarto di secolo hanno, contraddittoriamente, attratto le Fondazioni liriche ora nella sfera pubblica ora in quella privata è lunghissimo ed è, in parte, richiamato nelle motivazioni delle sentenze in esame. Ma arrivati al bivio il criterio con cui decidere doveva essere rilevato nel richiamo a quell’art. 22 sopra citato e non ad un fumoso richiamo agli interessi generali. La domanda doveva essere: ai rapporti di lavoro dei dipendenti di queste ibride fondazioni, oggettivamente in parte pubbliche in parte private, quale normativa si applica? Da questo punto di vista l’art. 22 non lascia dubbi anche perché la diversa soluzione apre aporie ben maggiori: a questi dipendenti si applica già il diritto delle imprese per tutti gli altri aspetti (o per la maggior parte) gestionali del rapporto di lavoro: sanzioni disciplinari, assenza di qualsiasi previsione normativa in materia di mobilità, licenziamenti, persino licenziamenti collettivi, inclusa l’applicazione della 223/1991. C’è da chiedersi, dunque, come mai solo in punto di sanzioni al conclamato sfruttamento del precariato trovi applicazione la normativa pubblicistica.

Ma torniamo alla “peculiarità” del lavoro nelle Fondazioni. Essa risponde ad una nozione troppo generica per fondare sulla stessa una tale rilevante disparità di trattamento. Al pari del lavoro nelle Fondazioni liriche, infatti, può ritenersi “peculiare”, ad esempio, il lavoro nei porti, o quello

assistenziale. Scrivono le Sezioni Unite che nel nostro caso la peculiarità sarebbe rinvenibile nel perseguimento di interesse generali pubblici di rango costituzionale, ma non è questa anche la peculiarità di chi opera nei trasporti o nella sanità privata o nell'assistenza e servizi alla persona o in altri ambiti culturali di pari importanza? E desta non poche perplessità che a sostegno della peculiarità degli interessi pubblici costituzionalmente protetti si citi la Corte Costituzionale n. 153/2011 che interveniva in punto di conflitto di competenze ex art. 117 tra Stato e Regioni e non si ricordi che il successivo pronunciamento del Giudice delle leggi con la sentenza 260/2015, pur facendosi carico di questa connotazione pubblicistica, ribadiva che la stessa era pregnante in punto di attrazione della materia alla sfera di competenza dello Stato ma appariva secondaria in materia di normativa da applicare ai rapporti di lavoro nei quali il carattere privatistico doveva essere dichiarato pacifico e prevalente.

Il fulcro della decisione in esame appare dunque assai fragile e contraddittorio. Esso non era mai stato in passato fatto proprio da alcun pronunciamento della Suprema Corte, tant'è vero che l'ancora giurisprudenziale dei due pronunciamenti in esame viene individuata in precedenti riguardanti le aziende partecipate pubbliche. Ma, se quest'ultime sono da sempre unanimemente ritenute la *longa manus* della pubblica amministrazione, non può dirsi altrettanto delle Fondazioni liriche. Le Fondazioni pur mantenendo un'impronta pubblicistica sono e rimangono Fondazioni di diritto privato: vedono sedere all'interno del Consiglio di indirizzo membri indicati dal mondo confindustriale o bancario, si connotano per lo svolgimento di attività di vendita al dettaglio di servizi culturali e per la stipula di rapporti commerciali che non trova corrispondenza nella gran parte delle partecipate. Di ciò si dà ampia contezza nel pronunciamento a SS.UU della Corte dei Conti con la sentenza n. 1/2020 che ha dichiarato la natura privatistica della Fondazione della Scala di Milano proprio in virtù della forte presenza di capitale privato nel bilancio della stessa; presenza che finisce col condizionarne pesantemente l'autonomia gestionale con modalità del tutto privatistiche. E d'altra parte verrebbe da chiedere perché il legislatore del 1996 ha voluto che gli ex Enti lirici si trasformassero in Fondazioni private, con

propri autonomi statuti ed organi di amministrazione e non ha scelto la forma della partecipata pubblica se poi si doveva giungere ad una equiparazione giurisprudenziale delle stesse sia pure così estemporanea e solo in materia di contratti a termine.

Infine (ma ciò costituisce il punto di maggiore perplessità) mal si comprende il richiamo che i Giudici di legittimità fanno all'art. 41 della Costituzione, la cui portata risulta addirittura rovesciata. Le Sezioni Unite, infatti, dapprima negano la natura privatistica dei rapporti di lavoro delle Fondazioni privatizzate e poi trovano nell'art. 41 un argine alla natura imprenditoriale della loro azione; argine che sarebbe da individuare nell'utilità sociale, evidentemente interpretata come sinonimo di tutela dei bilanci delle Fondazioni medesime e quindi dello Stato. La nozione di sicurezza, libertà e dignità umana coinciderebbe secondo tale visione con l'intangibilità del pareggio di bilancio in un corto circuito interpretativo in cui la tutela della parte più debole e le vittime del conclamato abuso dei contratti a termine sono additati addirittura come colpevoli di mettere a rischio i superiori interessi pubblici di risparmio della spesa pubblica. È evidente, se mai, che una corretta interpretazione dell'art. 41 Cost. obblighi ad un ribaltamento di tale narrazione: chiunque eserciti un'iniziativa economica, che si tratti della pubblica amministrazione, di una società partecipata, di una Fondazione privata o di un'impresa può farlo liberamente ma deve temperare il perseguimento dei suoi obiettivi con i principi di tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana tra i quali deve essere ricompresa la difesa della parte debole da ogni abuso in materia di precariato essendo principio generale del nostro ordinamento e dell'ordinamento europeo (Direttiva n. 70/99) che il rapporto di lavoro debba intendersi, di norma, come rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Le due sentenze, dunque, non chiudono la partita, anche se nell'immediato mettono a rischio decine di posti di lavoro di precari storici che si erano visti riconoscere il diritto alla stabilizzazione e che si trovano ancora con i giudizi di impugnazione pendenti. Il quadro normativo risultante dalle due pronunce presenta forti dubbi di costituzionalità, già rilevati nella sentenza 260/2015 della Corte Costituzionale dove l'ipotesi di non convertibilità

del contratto a termine per “vizi genetici” dello stesso è stata ritenuta inammissibile in quanto “*pregiudica un aspetto fondamentale delle tutele accordate dall’ordinamento ai rapporti di lavoro in un contesto già marcatamente derogatorio rispetto al diritto comune*”.

Si riproporrà inoltre da subito il tema della adeguatezza sotto il profilo dell’efficacia dissuasiva e della proporzionalità di un risarcimento del danno comunitario nella misura sin qui fatta propria dalla Giurisprudenza di merito con riferimento agli orientamenti della Corte di Giustizia rispetto alla Direttiva n. 70/99. In un contesto in cui le Fondazioni continueranno a reiterare contratti illegittimi con lo stesso lavoratore raggiungendo vette di oltre 100 contratti per coprire un posto vacante e per

un arco temporale di oltre un quarto di secolo, il risarcimento del danno comunitario nella misura tra le 2,5 e le 12 mensilità appare inadeguato, sproporzionato ed inefficace, come dimostra la reiterazione di tale abuso anche successiva alle condanne subite dalle Fondazioni.

La questione dovrà dunque essere rimessa alle Corti Superiori, tanto alla Corte Costituzionale quanto alla Corte di Giustizia europea, nella certezza che un legislatore in stato confusionale sarà in grado di intervenire solo con provvedimento estemporanei e, probabilmente, peggiorativi. Il sipario è strappato, ma non è ancora calato. ■

## FLASH

### La Cassazione sul diritto alla retribuzione in caso di cessione d’azienda illegittima

Per ottenere le retribuzioni tra la data della cessione d’azienda illegittima e quella della sentenza è necessaria la preventiva messa a disposizione della prestazione lavorativa in favore del cedente. Questo quanto affermato dalla Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, nella Sentenza n. 5788 del 24 febbraio 2023.

Il caso è quello di un dipendente destinatario di un trasferimento d’azienda, con prosecuzione della prestazione lavorativa presso l’azienda subentrante, quindi cessionaria dell’azienda stessa. Come talvolta succede, le operazioni che portano ai trasferimenti non soddisfano i requisiti che l’art. 2112 cc individua perché possa parlarsi di trasferimento d’azienda (o di ramo d’azienda), con conseguente prosecuzione del rapporto di lavoro presso l’azienda che acquista, senza che il lavoratore possa obiettare alcunché. Nello specifico, è necessario che il complesso di beni e persone che passa da un soggetto all’altro si caratterizzi per una sua autonoma organizzazione in grado di svolgere un’attività imprenditoriale e che esista prima e dopo il passaggio, senza alcuna variazione. Se vengono a mancare questi requisiti non può parlarsi di azienda o di ramo d’azienda, quindi di trasferimento ai sensi dell’art. 2112 cc. In questi casi, il lavoratore non può passare presso la nuova azienda e se avviene tale “forzatura” i dipendenti interessati possono impugnare l’operazione e chiedere di ritornare a lavorare presso l’azienda cedente.

In questi tipi di cause, normalmente, oltre alla reintegra presso il cedente si chiede al Tribunale anche la condanna al pagamento delle retribuzioni che sarebbero state maturate presso il cedente dalla data dell’operazione dichiarata illegittima a quella della effettiva reintegra.

La Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con la sentenza in commento ha precisato che per ottenere le retribuzioni dal giorno della cessione illegittima a quello della sentenza che la dichiara illecita è necessario che ci sia stata la cosiddetta “messa in mora”, ovvero l’offerta della prestazione lavorativa. Solo in questo modo, infatti, secondo la Corte risulta rispettato il meccanismo “sinallagmatico” che caratterizza il rapporto di lavoro, ovvero il porsi come contratto a prestazione corrispettive, per cui sussiste il diritto alla retribuzione se esiste l’obbligo di svolgerla e viceversa.

Conseguentemente, per ottenere le retribuzioni in questione è necessario che il lavoratore già dalla cessione, comunque da un momento successivo, abbia dimostrato la volontà di lavorare. Solo a quel punto, il rapporto di lavoro e soprattutto i relativi obblighi rivivono e può ritenersi sussistente il diritto alla retribuzione del dipendente anche in assenza della prestazione lavorativa, essendo tale assenza imputabile all’azienda.

Diverso il discorso, invece, per quanto riguarda il periodo successivo alla sentenza che dichiara illegittimo il trasferimento e dispone la reintegra. In questi casi, per il tempo (di ritardo) che passa tra la sentenza e l’effettiva reintegra da parte dell’azienda cedente spettano le retribuzioni in quanto vi è un obbligo scaturente dalla sentenza, che non viene adempiuto e che quindi porta ad un risarcimento del danno.