



MIND THE GAP

*Riformato il codice delle pari opportunità
per contrastare le disparità salariali di genere
(in attesa della direttiva dell'UE)*

Il c.d. decreto fiscale e le nuove
sanzioni in materia di salute e
sicurezza

Diritto al dissenso e tutela
antidiscriminatoria
dei riders

Il Tribunale di Monza sugli
obblighi di informazione
sindacale nel CCNL
metalmecanici

Chiarimenti del Governo
sulle norme relative
al greenpass

07 Ottobre 2021

04

Approvate le modifiche al Codice delle pari opportunità: un passo avanti verso la parità salariale, con qualche ambiguità

di *Francesca Bassetti*

07

Norme emergenziali e nuove sanzioni in materia di sicurezza sul lavoro nel c.d. decreto fiscale

di *Giovanni Calvellini*

10

Gli incerti confini degli obblighi di informazione: l'articolo 9 del CCNL Metalmeccanici non basta ai lavoratori della Gianetti Ruote

di *Giulia Frosecchi*

12

Cronaca di una discriminazione annunciata

di *Carlo de Marchis Gómez*

15

Pillole di Green Pass. Tutti gli aggiornamenti dall'adozione del decreto legge n. 127/2021 ad oggi

di *Andrea Ranfagni*

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

email: 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.

Approvate le modifiche al Codice delle pari opportunità: un passo avanti verso la parità salariale, con qualche ambiguità

di
Francesca
Bassetti

La maggior parte dei commenti giornalistici sulle modifiche approvate da Camera e Senato al c.d. Codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/2006) apre citando i dati statistici sul divario salariale tra uomini e donne, che il provvedimento citato intende combattere. Rafforzare la parità tra uomini e donne sul lavoro naturalmente non richiede una giustificazione, ma è opportuno inquadrare l'intervento legislativo, in corso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, nel contesto concreto in cui dovrà essere attuato. Anche questo contributo, dunque, inizierà menzionando tali dati, i quali probabilmente possono anche essere utili a riflettere sul modo in cui la disparità persista, pur a fronte del già vigente divieto di discriminazione.

L'Italia non è tra i Paesi Europei in cui il divario retributivo di genere medio è tra i più alti. Anzi, rispetto ad una media europea del 14,1%, l'Italia nel 2019 registrava una differenza tra retribuzione oraria media maschile e femminile del 4,7%, peraltro in calo rispetto agli anni precedenti, secondo una tendenza che coinvolge tutti i Paesi dell'Unione.

Il dato tuttavia non deve trarre in errore. L'Italia, purtroppo, è il Paese in cui il tasso di occupazione femminile è il peggiore d'Europa dopo la Grecia, attestandosi al 50,1% nel 2019 ed addirittura in calo nel 2020, quando è sceso al 49%, anche a causa della pandemia che ha colpito in special modo il lavoro delle donne.

E dunque il divario retributivo di genere complessivo, l'indicatore che prende in considerazione, oltre alla retribuzione oraria, anche la media mensile di ore retribuite ed il tasso di occupazione femminile, è particolarmente alto nel nostro Paese, attestandosi addirittura al 43,7%, contro una media europea del 39% (peggio solo Paesi Bassi ed Au-

stria). Secondo i dati Istat 2020, le donne in part time sono il 32,8% del totale delle lavoratrici, contro il 8,7% degli uomini, ed il 60% dei part-time sono involontari, cioè dettati da richiesta del datore di lavoro e non da esigenze di conciliazione vita-lavoro. Le donne, infine, percepiscono una pensione mediamente inferiore di oltre il 30% rispetto a quella degli uomini, dato in linea con la media europea.

In questo contesto, alcune delle norme del provvedimento in commento sembrano volte più a facilitare l'accertamento della sussistenza di una discriminazione che ad ampliare effettivamente il campo degli atti o comportamenti vietati.

In tale direzione pare andare l'esplicitazione, nelle definizioni di discriminazione diretta ed indiretta, dell'applicazione di tutto l'apparato di tutela alla selezione del personale, fermo che il divieto di discriminazione comprendeva già la fase di accesso al lavoro (art. 27 d.lgs. 198/2006). Il testo modificato dell'art. 25 d.lgs. 198/2006 dispone che i comportamenti, le disposizioni, i criteri, le prassi o i patti rilevanti per la tutela antidiscriminatoria, perché produttivi di effetti pregiudizievoli (discriminazione diretta) o capaci di determinare particolare svantaggio anche se apparentemente neutri (discriminazione indiretta), sono anche quelli posti in essere nei confronti di candidati e candidate, oltre che lavoratori e lavoratrici. Altra norma con la medesima funzione pare essere quella che specifica, ancora nella definizione di discriminazione indiretta, che possano configurarla anche atti di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro, se capaci dell'effetto discriminatorio.

Di incerta collocazione, invece, la modifica del comma 2 bis dello stesso art. 25. La nuova formulazione prevede che costituisca discriminazione "ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro" che,

in ragione del genere, dell'età, delle esigenze di cura personale e familiare, dello stato di gravidanza o della paternità o maternità anche adottivi o dell'esercizio dei relativi diritti ponga o possa porre il lavoratore in situazione di "svantaggio" (non "particolare", come nella definizione di discriminazione indiretta) oppure comporti "limitazione delle opportunità partecipazione alla vita o alle scelte aziendali" o "limitazione all'accesso ai meccanismi di avanzamento o progressione nella carriera". Il comma, peraltro, non richiama l'esclusione applicabile alla discriminazione indiretta, secondo cui gli atti datoriali possono essere giustificati, anche ove comportino "particolare svantaggio", nell'ipotesi in cui "riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari". Quella in commento sembrerebbe, almeno a prima lettura, una ulteriore ipotesi di discriminazione, ampia, perché comprendente "ogni trattamento", e, forse, rafforzata, dal punto di vista dei pregiudizi sufficienti a configurarla. La sua corretta collocazione rispetto alle nozioni di discriminazione diretta ed indiretta, che hanno una salda definizione ed un consolidato ambito nel diritto dell'Unione, è ad oggi tutta da approfondire.

I punti sui quali il legislatore è intervenuto, come si vede, intercettano alcune delle problematiche che le statistiche evidenziano quali fattori di perdurante divario di genere, dall'orario di lavoro alla sua organizzazione, incluse le possibilità di carriera e progressione.

Su tale ultimo tema il provvedimento in commento interviene anche estendendo l'applicazione del comma 1 ter dell'art. 147 bis del d.lgs. 58/1998, in materia di rappresentazione dei generi nei consigli di amministrazione, alle società controllate (ai sensi dell'art. 2359 cc) da pubbliche amministrazioni.

E' tuttavia un'altra la parte del provvedimento in commento che ha canalizzato fino ad ora l'attenzione dei commentatori ed è quella relativa agli strumenti volti a contrastare il persistente divario retributivo di genere, in particolare attraverso meccanismi di trasparenza e premialità. Il legislatore italiano ha qui tentato di anticipare alcuni dei contenuti della proposta di Direttiva europea volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi (atto della Commissione, COM(2021) 93 final, del 4.3.2021).

In particolare, è esteso alle aziende con oltre 50 dipendenti (in luogo dei 100 ad oggi previsti) l'obbligo di redigere almeno ogni 2 anni un rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta. Il documento dovrebbe dunque fotografare la situazione occupazionale e lavorativa di lavoratori e lavoratrici e sarà redatto in via telematica, attraverso la compilazione di un modello le cui caratteristiche, già stabilite con un certo grado di dettaglio dalla legge, saranno oggetto di un decreto del Ministero del Lavoro di prossima redazione. Tali rapporti saranno accessibili ai consiglieri di parità competenti per territorio, i quali li trasmetteranno ad una serie di organi competenti, tra cui le sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro, la consigliera o consigliere nazionale di parità ed il Ministero del lavoro. Lo stesso decreto ministeriale dovrà prevedere le modalità di accesso al rapporto da parte dei dipendenti e delle organizzazioni sindacali, al fine della tutela giudiziaria dei diritti di detti soggetti. In base alla nuova normativa, peraltro, le aziende con meno di 50 dipendenti possono redigere volontariamente il rapporto. A chiusura del sistema, sono inoltre inasprite le sanzioni già previste per le aziende tenute alla trasmissione dei dati, qualora non vi provvedano.

La redazione del rapporto, anche per le aziende che non vi sono tenute ma che decidano di compilarlo, è legata ai neo introdotti sistemi di certificazione della parità di genere e della conseguente premialità.

La certificazione entrerà in vigore dal 1.1.2022, secondo criteri che saranno definiti con decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri contenente i parametri minimi per l'ottenimento della stessa, la definizione del sistema di trasmissione dei dati, le modalità di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e dei consiglieri di parità, nonché le forme di pubblicità da dare a detta certificazione.

Con riguardo al sistema premiale, per l'anno 2022, alle aziende private in possesso della certificazione sarà concesso un esonero dal versamento dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro, in misura non superiore all'1 per cento e nel limite massimo di 50.000 euro annui per ciascuna azienda (nonché entro un limite complessivo

di 50 milioni di euro). Alle stesse aziende sarà inoltre riconosciuto un punteggio premiale per la valutazione, da parte di autorità titolari di fondi europei nazionali e regionali, di proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti.

Le norme da ultimo esaminate si pongono, come accennato, quale una sorta di anticipazione dei contenuti che potrebbe avere la Direttiva la cui proposta è in discussione in sede europea. Quest'ultima, infatti, non dovrebbe intervenire sull'impianto della tutela antidiscriminatoria ma, piuttosto, introdurre strumenti che ne facilitino l'effettiva attuazione. Rimandando i commenti al momento in cui saranno adottati i decreti ministeriali ed a quello in cui verranno più chiare anche le scelte del legislatore europeo, si può qui anticipare che la proposta di direttiva prevede una forte spinta alla trasparenza, che il legislatore italiano non

ha finora del tutto raccolto. Se la proposta fosse approvata con l'impostazione attuale, l'Italia dovrà probabilmente intervenire nuovamente per recepirla, incrementando, tra le altre cose, il diritto di accesso di ciascun lavoratore ai dati rilevanti a verificare l'esistenza del divario salariale, il coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori ed il livello di trasparenza globale maggiore, si pensi all'obbligo ipotizzato dal legislatore europeo, per le aziende con più di 250 dipendenti, di pubblicare nel proprio sito internet (annualmente) una serie di dati relativi al divario retributivo tra generi.

La novella legislativa in commento, per tutto quanto brevemente detto, deve certamente essere accolta come uno sforzo meritevole, verso un obiettivo ancora non del tutto raggiunto. ■

FLASH

Chiarimenti dell'INL in merito alle novità in materia di distacco transnazionale introdotte dal d.lgs.122/20

Con la circolare n. 2 del 19 ottobre 2021 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) fornisce indicazioni operative agli ispettori per applicare le nuove disposizioni in materia di distacco transnazionale introdotte dal d.lgs. 122/20, che ha riformato il d.lgs. 136/16 in attuazione della direttiva 2018/957. La circolare si sofferma in particolare sulla fattispecie del distacco a catena, che si realizza nel caso in cui dei lavoratori somministrati presso un'impresa con sede in un altro Stato siano distaccati da quest'ultima presso un'impresa stabilita in Italia (distacco a catena in ingresso o in entrata), ovvero nel caso in cui un'impresa utilizzatrice stabilita in Italia distacchi i lavoratori somministrati presso un ulteriore somministratore stabilito all'estero (distacco a catena in uscita). In entrambi i casi il lavoratore deve ritenersi distaccato da parte dell'agenzia nel paese dove ha sede l'impresa utilizzatrice "finale" ed è dunque l'agenzia ad essere l'unica responsabile del trattamento economico normativo dei lavoratori e dei relativi obblighi amministrativi previsti per permettere l'esercizio dell'attività ispettiva (ex art. 10, d.lgs. 136/16): da ciò l'imposizione all'agenzia dell'obbligo di comunicazione preventiva di distacco (tramite il modello UNI- Distacco UE) solo nel caso di distacco a catena in entrata, posto che la legge regolatrice del distacco "in uscita" non è quella italiana. Per favorire la corretta trasmissione delle informazioni relative ai lavoratori distaccati, necessaria a permettere il contrasto di pratiche elusive, la normativa italiana prevede comunque obblighi di comunicazione anche a carico dell'impresa utilizzatrice stabilita all'estero (in vero non previsti dalla direttiva 957) sia nei confronti dell'agenzia che nei confronti dell'impresa utilizzatrice italiana (art.10 - bis, comma 3); mentre nel caso di distacco a catena in uscita grava sull'utilizzatore "distaccante" italiano l'obbligo di informare tempestivamente l'agenzia stabilita all'estero dell'intenzione di distaccare i lavoratori all'estero (art.10 - bis, comma 2). Spetta, infine, all'utilizzatore italiano (sia in caso di somministrazione "bilaterale" sia in caso di distacco a catena) l'obbligo di comunicare all'agenzia con sede all'estero le condizioni di lavoro da applicare ai lavoratori distaccati. La circolare contiene poi importanti precisazioni in merito alla verifica della liceità del distacco a catena, posto che la fattispecie presuppone l'esistenza di un genuino contratto di natura commerciale (ovvero un appalto) tra l'utilizzatore stabilito all'estero e l'impresa utilizzatrice stabilita in Italia. Da ciò il rilievo degli indici di liceità dell'appalto previsti dall'art. 29, d.lgs. 276/03, onde valutare il carattere genuino dell'impresa distaccante e i lavoratori somministrati in Italia. L'illiceità del distacco sussiste anche nel caso in cui il lavoratore formalmente distaccato in Italia risulti in realtà abitualmente impiegato sul territorio italiano o nel paese dell'impresa utilizzatrice. Va da sé che per procedere a simili accertamenti, risulta indispensabile il corretto funzionamento delle procedure di cooperazione amministrativa tra autorità ispettive nazionali e straniere, realizzate tramite la piattaforma IMI. In tutti i casi in cui le autorità ispettive accertino l'illiceità del distacco "a catena", le sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 136/16 sono addebitate a tutti i soggetti coinvolti (agenzia, utilizzatore straniero e utilizzatore "finale" italiano).

In merito alle condizioni economiche e normative spettanti ai lavoratori, l'INL ricorda che in caso di somministrazione transnazionale vale il principio della parità di trattamento a parità di mansioni svolte, previsto per i lavoratori somministrati dalle agenzie con sede in Italia (ex art.35 comma 1, d.lgs.81/15). Nel caso invece di distacco operato nell'ambito di un appalto o all'interno di un gruppo di imprese, al lavoratore distaccato spetta comunque un trattamento retributivo determinato considerando gli elementi dal carattere "fisso e continuativo" previsti dai contratti collettivi nazionali e territoriali della categoria di riferimento.



di
Giovanni
Calvellini

Norme emergenziali e nuove sanzioni in materia di sicurezza sul lavoro nel c.d. decreto fiscale

Il recente d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, meglio noto come “decreto fiscale”, ha introdotto una serie di novità in materia di tutela del lavoro nell’ambito dell’emergenza epidemiologia e non solo. Questa volta lo spezzatino di misure preparato dal Governo interessa l’indennità per quarantena, quella per i lavoratori fragili, i congedi parentali Covid-19, l’integrazione salariale emergenziale, il reddito di cittadinanza, il lavoro somministrato e la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Solo poche parole su indennità per quarantena, indennità per lavoratori fragili e reddito di cittadinanza. Ebbene, a copertura della prime due, cioè dell’indennità di malattia per periodi di quarantena consorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria dei lavoratori del settore privato e dell’indennità di ricovero ospedaliero per i periodi di assenza da lavoro dei lavoratori fragili, viene stanziata l’ulteriore somma di € 976,7 mln per il 2021. È inoltre previsto un rimborso forfettario a favore del datore di lavoro privato (con obbligo di

assicurazione presso le Gestioni Inps, esclusi i datori di lavoro domestico) delle spese sostenute in relazione ai propri lavoratori dipendenti non aventi diritto all’assicurazione Inps per malattia, a condizione però che la prestazione lavorativa, durante l’evento, non potesse essere svolta in modalità agile (art. 8). Quanto poi al reddito di cittadinanza, in risposta (comunque insoddisfacente) al disagio economico di una larghissima fetta della popolazione, è disposto un innalzamento di € 200 mln del tetto di spesa autorizzata dallo Stato per la sua erogazione nel 2021 (art. 11 comma 13).

Nella prospettiva di fronteggiare il persistente impatto economico sistemico della pandemia è inoltre disposta la proroga della cassa integrazione Covid-19 a favore di alcuni settori produttivi (art. 11 commi 1-12). Segnatamente, in caso di sospensione o riduzione dell’attività lavorativa per eventi riconducibili all’emergenza epidemiologica, potranno beneficiare di una proroga di massimo tredici settimane

nell’ultimo trimestre del 2021 i datori di lavoro che operano nei settori non industriali e che sono tutelati dal fondo di integrazione salariale e dai fondi di solidarietà bilaterali mediante l’assegno ordinario, nonché quelli rientranti nell’ambito di applicazione della cassa integrazione in deroga. Il tetto massimo alla proroga si riduce poi a nove settimane (sempre nel periodo ottobre - dicembre 2021) per le imprese tessili, di confezione di articoli di abbigliamento, in pelle e pelliccia e di fabbricazione di articoli in pelle e simili.

Naturalmente, per i datori di lavoro che decidono di ricorrere a questi meccanismi di integrazione salariale restano preclusi - per la durata del trattamento - tanto l’avvio di procedure di licenziamento collettivo quanto l’intimazione di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. Come già nei precedenti provvedimenti emergenziali che avevano disposto il blocco dei licenziamenti, fanno eccezione a questi divieti i recessi motivati dalla cessazione definitiva dell’attività,

le ipotesi di adesione da parte di lavoratori ad accordi aziendali che prevedono un incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro e i licenziamenti intimati in caso di fallimento (quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa o ne sia disposta la cessazione).

Il decreto in esame - come anticipato - interviene anche in tema di congedi parentali Covid-19 (art. 9), prevedendo che, fino al 31 dicembre di quest'anno, i lavoratori dipendenti e gli autonomi iscritti alla Gestione separata o alle gestioni speciali dell'Inps possono astenersi dal lavoro qualora il figlio convivente di età inferiore ai 17 anni abbia contratto l'infezione, si trovi in quarantena a seguito di contatto con un positivo oppure sia coinvolto dalla sospensione dell'attività didattica o educativa in presenza. Il diritto al congedo è riconosciuto al ricorrere di queste medesime circostanze anche al lavoratore genitore di disabile grave ai sensi dell'art. 3 comma 3, legge n. 104/1992, a prescindere dall'età.

Durante tutto il periodo di astensione al lavoratore spetta, in luogo della retribuzione, un'indennità pari al 50% della retribuzione stessa e la copertura della propria posizione previdenziale con la contribuzione figurativa, fatto salvo il caso in cui il figlio (non disabile) abbia un'età compresa tra 14 e 16. In quest'ultima ipotesi, infatti, la fruizione del congedo è accompagnata dalle sole garanzie del divieto di licenziamento e del diritto alla conservazione del posto. In ogni caso, va precisato che il diritto al congedo in parola può essere esercitato soltanto da un genitore in alternativa all'altro.

Infine, è stabilito che i periodi di congedo parentale ex artt. 32 e 33, d.lgs. n. 151/2001 di cui il genitore lavoratore dovesse aver fruito per una delle suddette causali (figlio in DAD, in quarantena o positivo al Covid-19) a partire dall'inizio dell'anno scolastico in corso fino all'entrata in vigore del decreto in esame possono essere convertiti nel congedo parentale Covid-19, con diritto, quindi, all'indennità di importo più elevato prevista per quest'ultimo. La conversione è subordinata alla presentazione di un'apposita domanda da parte del lavoratore.

Ha poco o nulla a che fare con l'emergenza pandemica la previsione che elimina il carattere provvisorio (con scadenza fissata al 31 dicembre 2021) della modifica apportata alla disciplina della somministrazione di lavoro dal d.l. n. 104/2020. Quest'ultimo provvedimento aveva infatti introdotto all'art. 31 comma 1, d.lgs. n. 81/2015 la possibilità che il lavoratore assunto a tempo indeterminato dall'agenzia potesse essere inviato in missione a tempo determinato presso un utilizzatore senza rispettare il limite di durata complessiva massima di 24 mesi previsto per i rapporti a termine. Questa disposizione, però, aveva in origine efficacia soltanto fino al 31 dicembre 2021. Il d.l. n. 146/2021 (art. 11 comma 15) interviene proprio a sopprimere questo termine di efficacia, rendendo così strutturale la modifica.

Si dirà: se è assunto a tempo indeterminato dall'agenzia che importa se la missione ha una scadenza? In realtà, a dispetto delle apparenze, tale novella porta con sé

una serie di importanti implicazioni sia sistematiche (di fatto, si apre per le imprese una strada per procurarsi manodopera a termine senza assoggettarsi ai limiti previsti per il contratto a tempo determinato e per la somministrazione a termine) che in punto di tutela della posizione del lavoratore (il quale, nei periodi tra una missione e l'altra, vede fortemente ridimensionati i propri di diritti, anche retributivi). Pertanto, la disposizione, sebbene a prima vista incentivi le assunzioni a tempo indeterminato da parte delle agenzie, a ben vedere finisce per favorire una "stabilità precaria" assolutamente deleteria da più punti di vista.

Le ultime novità in materia di lavoro che si rinvergono nel decreto fiscale sono quelle - più significative - che riguardano il rafforzamento del sistema di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 13). Il provvedimento si colloca sulla scia della crescente indignazione sociale per alcuni episodi di morte sul lavoro occorsi negli ultimi tempi e ai quali è stato dato molto risalto dai *media*, solo occasionalmente attenti a un fenomeno che, in realtà, è un'intollerabile costante nel nostro Paese.

La novella interviene principalmente sull'apparato sanzionatorio disponendone un inasprimento. In particolare, con la modifica dell'art. 14, d.lgs. n. 81/2008, è ridotta (dal 20 al 10%) la percentuale dei lavoratori in nero superata la quale l'Ispettorato Territoriale del Lavoro o i servizi ispettivi delle Aziende Sanitarie Locali devono (in precedenza, "potevano") adottare il provvedimento di sospensione

ed è altresì stabilita la medesima conseguenza «in caso di gravi violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro di cui all'allegato I» (in precedenza, le violazioni dovevano essere «gravi e reiterate»); un documento, quest'ultimo, a sua volta integralmente riscritto dal d.l. n. 146/2021.

La sospensione è disposta dall'TTL o dalle ASL nell'immediatezza degli accertamenti, nonché, su segnalazione di altre amministrazioni, entro sette giorni dal ricevimento del relativo verbale. È inoltre previsto che, per tutto il periodo di sospensione dell'attività, l'impresa non può contrattare con la pubblica amministrazione.

Qualora il datore di lavoro non ottemperi al provvedimento di sospensione è comminato l'arresto fino a sei mesi nelle ipotesi di sospensione per le violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e l'arresto da tre a sei mesi o l'ammenda da 2.500 a 6.400 € nelle ipotesi di sospensione per lavoro irregolare.

Sono inoltre rese più rigorose le condizioni per la revoca del provvedimento di sospensione, individuate in: la regolarizzazione dei lavoratori in nero anche sotto il profilo degli adempimenti in materia di salute e sicurezza; l'accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro nelle ipotesi di violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro; la rimozione delle conseguenze pericolose delle violazioni nelle ipotesi di cui all'allegato I; nei casi di lavoro irregolare, il pagamento di una somma aggiuntiva pari a € 2.500

fino a cinque lavoratori irregolari e pari a € 5.000 qualora siano impiegati più di cinque lavoratori irregolari; nelle ipotesi di cui all'allegato I, il pagamento di una somma aggiuntiva di importo pari a quanto indicato nello stesso documento con riferimento a ciascuna fattispecie.

Più in generale, il decreto cerca di intervenire a rafforzare i poteri e le funzioni dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro nell'ambito della prevenzione e sicurezza sul lavoro, nonché nel senso di assegnare all'TTL e alle ASL compiti di coordinamento delle attività di vigilanza a livello provinciale. La riforma, da questo punto di vista, dimostra quantomeno una presa di coscienza del problema da parte del legislatore, anche se, a ben vedere, quelle introdotte sono misure ancora troppo circoscritte che non imprimeranno al sistema di tutela quella svolta di cui necessiterebbe. Il previsto incremento della dotazione organica degli organismi ispettivi è un'altra testimonianza di quanto appena detto: sicuramente si tratta di un segnale che va nella direzione giusta, ma i numeri del reclutamento sono ancora troppo bassi per potersi dire soddisfatti dell'intervento riformatore su un sistema che vede nella scarsità delle risorse umane disponibili uno dei limiti più significativi. ■



Gli incerti confini degli obblighi di informazione: l'articolo 9 del CCNL Metalmeccanici non basta ai lavoratori della Gianetti Ruote

Il ricorso per condotta antisindacale ex art. 28, l. 300/70, promosso congiuntamente da FIOM-CGIL Brianza, UILM-UIL di Milano-Monza Brianza e FIM-CISL Monza Brianza Lecco contro Gianetti FAD Wheels s.r.l., il 29 luglio 2021, non è si è concluso come sperato dalle organizzazioni sindacali e dai 152 lavoratori dello stabilimento di Ceriano Laghetto.

L'8 ottobre 2021 la Sezione Lavoro del Tribunale di Monza ha decretato l'insussistenza del comportamento lesivo della libertà e dell'azione sindacale da parte di Gianetti, non essendo stata provata la violazione, da parte dell'azienda, né della procedura di licenziamento collettivo né degli obblighi informativi previsti dal CCNL Metalmeccanici Industria.

La vicenda giudiziaria si rende particolarmente interessante perché in apparente contrasto con la quasi concomitante conclusione del Tribunale di Firenze del 23 settembre 2021, che ha decretato il comportamento antisindacale di GKN Driveline a danno della ricorrente, FIOM-CGIL della Provincia di Firenze (già commentata in Diritti e Lavoro Flash, n. 6/2021). La pronuncia della Giudice fiorentina si basava,

parzialmente, sulla stessa norma del CCNL chiamata in causa dalle organizzazioni sindacali di fronte al Tribunale di Monza, ma vero è che le differenze tra i due ricorsi sono sostanziali e determinanti, svelando, ancora una volta, la portata, evidentemente anche processuale, di clausole contrattuali che vincolano il datore di lavoro in maniera puntuale e anche a livello aziendale.

Nel caso in commento, le organizzazioni sindacali adivano il Tribunale di Monza per chiedere l'accertamento della illegittimità della procedura di licenziamento collettivo dei 152 lavoratori coinvolti, giustificata da cessazione di attività e chiusura dello stabilimento. L'antisindacalità del comportamento consisteva, secondo le ricorrenti, in quattro condotte, solo due delle quali ritenute fondate. Esse attenevano in particolare alla violazione di due norme, l'una di legge: l'articolo 4 della legge 223/1991, avendo l'azienda comunicato la propria intenzione di procedere ai licenziamenti prima ai lavoratori, con telegramma, e solo in seguito alle organizzazioni sindacali; l'altra contrattuale: l'articolo 9 della prima sezione del CCNL Metalmeccanici Industria - disposizione già nota a chi si è

interessato alla summenzionata vicenda GKN - in ragione della mancata informativa alle RSU circa l'intenzione di chiudere lo stabilimento in questione.

Il Tribunale di Monza non ravvisa la violazione dell'articolo 4 della l. 223/1991, in ragione del fatto che la comunicazione scritta di avvio della procedura di licenziamento collettivo è stata inviata alle organizzazioni sindacali conformemente alla norma. Difatti, tale comunicazione deve essere "preventiva alla riduzione del personale" e non preventiva a qualsiasi comunicazione ai lavoratori e, tantomeno - evidentemente - alla decisione di cessare l'attività o di procedere con dei licenziamenti collettivi. Nel caso di specie, dunque, la seguente comunicazione inviata da Gianetti ai lavoratori, a mezzo telegramma, il 3 luglio 2021, ovvero lo stesso giorno in cui l'azienda ha trasmesso alle organizzazioni sindacali la lettera di inizio della procedura di licenziamento collettivo, risulta conforme al dettato normativo: "con la presente le comunichiamo che a seguito della procedura di chiusura del sito di Ceriano Laghetto a far data dal 5 luglio 2021 lei sarà posto in ferie sino a nostra differente comunicazione".

I “numerosi incontri” che si sono tenuti successivamente alla comunicazione inviata il 3 luglio 2021 per procedere all’esame congiunto di cui all’art. 4, l. 223/1991, provano, da ultimo, il pieno rispetto della procedura da parte di Gianetti.

Neanche l’art. 9 del CCNL di settore pare violato. La disposizione contrattuale prevede un obbligo di informazione in merito alle dinamiche occupazionali e produttive a carico delle aziende che occupano almeno 50 dipendenti, eventualmente assorbito dalla procedura ex l. 223/1991, e un ulteriore obbligo per chi occupa più di 150 dipendenti cui adempiere esclusivamente nel corso di un apposito incontro.

La Giudice deduce il rispetto dell’impegno assunto nel contratto collettivo in ragione di una serie di incontri “quasi mensili tenutisi tra la direzione e i rappresentanti sindacali”. Non può sfuggire, tuttavia, che tali incontri, stando alle date riportate nel corpo del decreto, vanno dal 20 febbraio 2020 al 10 dicembre dello stesso anno, per cui sono intercorsi 7 mesi tra l’ultimo incontro e, quindi, l’assolvimento dell’obbligo informativo, e l’avvio della procedura di licenziamento collettivo. È difficile credere che in un tale periodo l’azienda non abbia maturato ulteriori valutazioni circa “decisioni che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell’organizzazione del lavoro e dei contratti di lavoro con riferimento a: [...] le operazioni di scorporo e di decentramento permanente al di fuori dello stabilimento di importanti fasi dell’attività produttiva in atto qualora esse influiscano complessivamente sull’occupazione”, su

cui era tenuta, a norma dell’articolo 9 del CCNL Metalmeccanici, a fornire informazioni alle rappresentanze sindacali nel corso di un apposito incontro. Si potrebbe forse solo osservare che un siffatto obbligo informativo sia stato assorbito dall’espletamento delle procedure previste dalla Legge 23 luglio 1991, n. 223, conformemente a quanto previsto dallo stesso articolo 9, ma ciò è diverso da asserire, semplicemente, che gli obblighi informativi siano stati rispettati per il semplice fatto che ci sono stati degli incontri nell’anno precedente.

Ancora, sempre a norma dell’articolo 9 del CCNL di settore, “Le Direzioni delle unità produttive che occupano più di 150 dipendenti” hanno l’obbligo di fornire “annualmente alle Rappresentanze sindacali unitarie e, tramite l’Associazione imprenditoriale di competenza, alle Organizzazioni territoriali dei sindacati stipulanti, nel corso di un apposito incontro, informazioni su: - i livelli occupazionali suddivisi per tipologia di rapporto di lavoro e previsioni sulle dinamiche occupazionali anche in relazione all’andamento della domanda e dei conseguenti carichi di lavoro”. È incontestabile che dal testo del decreto non si evinca se ci sia stato questo “apposito incontro” o se questo fosse o meno necessario.

Sebbene, come già detto, i presupposti per dichiarare l’antisindacalità della condotta datoriale fossero ben più solidi nel caso fiorentino, grazie alla presenza di un accordo aziendale che vincolava in maniera puntuale il datore di lavoro all’obbligo informativo, vi è un elemento, estraneo alle clausole

contrattuali, che emerge chiaramente nell’ordinanza del Tribunale fiorentino ed è, invece, del tutto ignorato dal Tribunale monzese. Quest’ultimo non ritiene necessario riflettere sulla possibilità che mettere i lavoratori in ferie in ragione della chiusura dello stabilimento costituisca un comportamento contrario a correttezza e buona fede, questo soprattutto in riferimento a quello che per le ricorrenti sarebbe stato il terzo motivo di gravame, giudicato però infondato, ossia il fatto che Gianetti avesse “solo formalmente iniziato la procedura su entrambi i siti produttivi (Ceriano Laghetto e Carpenedolo), ponendo, tuttavia, in ferie i soli lavoratori addetti allo stabilimento di Ceriano Laghetto”. Tuttavia, poco può essere detto in merito, poiché l’ordinanza non chiarisce questo passaggio.

In ultimo, è opportuno porre l’accento su un obbligo a carico dell’azienda nei confronti della Regione Lombardia, che i sindacati avevano tentato di far valere nel ricorso per condotta antisindacale, ma che, ragionevolmente, è stato giudicato estraneo all’ambito di applicazione della procedura ex art. 28, L. 300/70. Si tratta dell’asserita “violazione del decreto della Regione Lombardia che prevedeva a carico dell’odierna resistente l’obbligo di mantenere inalterati i livelli occupazionali per un quinquennio dalla conclusione di un progetto di ricerca e sviluppo finanziato dalla Regione medesima.” Se davvero così fosse c’è da augurarsi che la Regione Lombardia vorrà pretendere il rispetto degli impegni assunti dall’azienda con l’autorità pubblica, ossia con il territorio. ■



di
Carlo de
Marchis
Gómez

Cronaca di una discriminazione annunciata

Quando la *start up* siciliana del *food delivery* ha deciso di imporre il contratto collettivo Ugl Rider a tutta la sua rete di ciclofattorini non immaginava certo che un caparbio studente avrebbe preferito perdere il lavoro e avviare un contenzioso con la sua azienda piuttosto che accettare le condizioni di un contratto firmato da una organizzazione sindacale nella quale non si riconosceva.

Tutto nasce da quel breve messaggio apparso sul suo *smartphone* con il quale l'azienda gli aveva preannunciato la risoluzione del contratto di lavoro che gli permetteva di guadagnare tra un esame e un altro, a meno di non accettare le condizioni del contratto collettivo, pomposamente definito come il primo contratto della *gig economy* nel quale, tuttavia il *rider* non si riconosceva.

Ma la via per il riconoscimento dei diritti per i lavoratori dell'economia digitale passa indubbiamente per la Sicilia che si dimostra all'avanguardia sui temi del lavoro della nuova economia digitale.

I Giudici siciliani si caratterizzano, infatti, ancora una volta nell'ormai noto contenzioso che oppone le storiche organizzazioni sindacali al controverso contratto cd. Ugl Rider per l'innovativa decisione adottata,

con la quale sanciscono anche per i lavoratori della *gig economy* il diritto al dissenso rispetto alle modifiche delle loro condizioni contrattuali attuate dalle piattaforme dell'economia digitale.

La Corte di Appello di Palermo con la sentenza in commento, depositata il 12 ottobre 2021, nel confermare la decisione del giudice di primo grado che aveva ritenuto discriminatoria la risoluzione del contratto e l'accettazione di un nuovo contratto di lavoro che recepiva il CCNL Ugl rider quale condizione per proseguire il rapporto, ha stabilito che deve essere tutelato "il dissenso contrattuale quale espressione della libertà sindacale".

La decisione offre numerosi spunti di riflessione sul tema dissenso nelle sue molteplici sfaccettature dalla discriminazione alle pratiche negoziali di abuso della posizione dominante, che trovano applicazione anche ai rapporti di lavoro autonomo non imprenditoriale per effetto della estensione della disciplina attuata dall'art. 3, quarto comma del d.lgs 81/2017.

La Corte di Appello, attraverso un percorso argomentativo elaborato nel solco delle norme "tradizionali" del diritto del lavoro, ha affermato che costituisce una

forma di discriminazione sindacale la risoluzione del rapporto di lavoro attuata in forza di una clausola di libera recedibilità prevista in un contratto al fine di imporre la disciplina collettiva stipulata da una organizzazione sindacale nella quale il lavoratore non si riconosce.

Si legge nella decisione che l'azienda: "ha effettivamente compiuto un atto di discriminazione indiretta, nella misura in cui ha prospettato ai lavoratori, ove non acconsentissero alla sottoscrizione del nuovo contratto, quale unica alternativa, l'immediata risoluzione (anticipata rispetto alla sua naturale scadenza) del contratto in corso di esecuzione; si è trattato, infatti, a ben vedere di una condotta che ha fortemente coartato la libertà negoziale dei collaboratori costringendoli di fatto, ad accettare le nuove condizioni contrattuali, a pena di perdita del rapporto di lavoro".

La conclusione è pienamente condivisibile dal momento la "dimensione sindacale" del lavoratore trova protezione nell'ordinamento che assicura una piena tutela a questa forma di legittima espressione del modo di essere di un lavoratore e del suo coerente modo di agire.

La tutela della dimensione sindacale del lavoratore, che trova pieno riconoscimento nelle fonti sovranazionali e in particolare nel

diritto dell'Unione e nelle convenzioni fondamentali dell'OIL, costituisce l'oggetto della norma cardine della libertà sindacale, affermata dal titolo II dello Statuto dei lavoratori, che nell'art. 15 espressamente vieta ogni forma di discriminazione sia in sede di accesso al lavoro che quale motivo di licenziamento.

L'estensione della tutela antidiscriminatoria a sua volta viene sancita per i lavoratori autonomi in termini generali dal d.lgs 216/03, attuativo della direttiva 200/78/CE, rispetto al quale la Corte di Cassazione ne riconosce l'applicazione alla dimensione sindacale (cfr. da ultimo Cassazione ss.uu. 21 luglio 2021 n.20819), per i prestatori etero organizzati dalla norma di disciplina contenuta nell'art. 2 del d.lgs 81/15 e, in particolare, per i lavoratori autonomi che svolgono consegne tramite biciclette o motorini dall'art. 47 quinquies del medesimo decreto.

Non vi è dubbio quindi che il divieto di discriminare per motivi sindacali rappresenti un diritto universale che trova applicazione nei confronti di tutti i lavoratori a prescindere dalla natura del loro rapporto.

L'esercizio di una facoltà di recesso, ancorchè libera nella sua astratta ammissibilità, non deve pertanto determinare - come pacificamente affermato dalla giurisprudenza anche nazionale (Cassazione, 5 aprile 2016 n. 657) - un effetto oggettivamente discriminatorio.

Nel caso sottoposto ai giudici palermitani i magistrati hanno dovuto valutare se la decisione dell'azienda, in sè formalmente legittima, di risolvere un rapporto, determinasse, tuttavia, in concreto un effetto illecito in quanto era strumentale all'imposizione di un contratto collettivo sottoscritto dalla organizzazione sindacale datoriale alla quale la società aderiva.

FLASH

Chiarimenti dell'INL sul nuovo regime di subappalto nel codice dei contratti pubblici

L'Ispettorato nazionale del lavoro fornisce importanti precisazioni sul regime del subappalto in ambito pubblico, dettando alle autorità ispettive indicazioni in merito all'applicazione del "nuovo" comma 14 dell'art. 105 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), recentemente riformato dall'art.49 del d.l. 77/21 (conv. In l. 108/21) (sul quale vd. Bollettino 5/2021). La norma novellata intende contrastare il dumping contrattuale nei pubblici appalti, imponendo alle imprese subappaltatrici di riconoscere ai propri dipendenti "un trattamento economico e normativo non inferiore quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi CCNL". L'obbligo della parità di trattamento non è però incondizionato, trovando applicazione nel caso in cui il subappalto riguardi attività ricomprese nell'oggetto dell'appalto, come identificato dal capitolato, cioè non attenga ad attività marginali o accessorie rispetto all'opera o al servizio appaltato; ovvero nel caso in cui dette attività siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale e facciano parte della "categoria prevalente", cioè della "categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara" (ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. oo-bis, d.lgs. 50/2016).

In presenza di tali condizioni, si perfeziona il diritto dei lavoratori impiegati dal subappaltatore a ricevere un trattamento non inferiore a quello loro spettante qualora fossero stati alle dirette dipendenze del contraente principale. Tale trattamento va identificato sulla base di quanto disposto dall'art.30 comma 4 dello stesso codice dei contratti, ovvero facendo riferimento al "contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente". Ciò che rileva per identificare il CCNL di riferimento (precisa l'INL, sulla scorta della recente giurisprudenza amministrativa) è dunque l'attività oggetto del contratto di appalto, come identificata negli atti di gara, e non l'attività eventualmente esercitata dall'impresa appaltatrice. Dall'applicazione della norma consegue la necessità di operare un raffronto tra il CCNL così identificato ed i diversi trattamenti eventualmente applicati dall'impresa subappaltatrice. Secondo l'INL il raffronto va operato in relazione ai singoli istituti retributivi o normativi (come le ferie, i permessi, l'orario, la regolazione delle varie tipologie contrattuali...), e non considerando il trattamento complessivo spettante al lavoratore; resta cioè esclusa la possibilità di "compensazione" tra diversi istituti (sul modello di quanto previsto per i lavoratori somministrati). Qualora accerti scostamenti in peius non consentiti dalla legge, l'autorità ispettiva adotterà il provvedimento di disposizione ai sensi dell'art.14 d.lgs.124/04 per imporre al datore il rispetto dei trattamenti dovuti per tutta la durata dell'esecuzione del subappalto. Mentre il lavoratore può agire nei confronti del contraente principale per rivendicare i differenziali retributivi non corrisposti, in virtù del regime della responsabilità solidale che lega quest'ultimo al subappaltante ai sensi del comma 8 dell'art.105 (che rinvia alla generale disciplina prevista dall'art.29, d.lgs. 276 e dall'art. 1676 c.c.).

L'azienda, infatti, si era difesa affermando il proprio diritto a regolare i rapporti di lavoro in conformità alle regole alle quali era astretta in forza della sua adesione all'associazione di categoria Assodelivery.

La conclusione raggiunta dalla Corte di Appello di Palermo consente di porre un freno alla enfaticizzazione della libertà negoziale, che peraltro caratterizza l'economia digitale, che mal si concilia con l'esigenza di tutelare i soggetti a rischio discriminazione e con le esigenze solidaristiche e di utilità sociale alle quali l'autonomia negoziale è comunque asservita.

L'esercizio del potere di recesso, a prescindere dalla sua libera esercitabilità, persegue - secondo la Corte distrettuale - una azione che "ha coartato la libertà negoziale" e in particolare la libertà sindacale che, rispetto ad un determinato assetto negoziale, deve essere libera di esprimersi consentendo al lavoratore anche il diritto di opporsi senza subire per ciò solo la perdita del lavoro.

In tale prospettiva non vi è, dunque, differenza tra la risoluzione di un contratto a tempo determinato - come nel caso sottoposto ai giudici siciliani - ovvero un recesso da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in quanto la invalidità dell'atto discriminatorio non deriva dall'esercizio in sé lecito di una facoltà negoziale quanto dall'effetto oggettivo che l'atto negoziale, ovvero sia il licenziamento, concretamente produce.

La risoluzione di un contratto a termine è stata ritenuta illegittima dal magistrato siciliano non tanto perché effettuata *ante tempus*, stante la clausola di libera recedibilità apposta nel contratto, quanto per l'effetto prodotto con la risoluzione che determinava una concreta costrizione della libertà sindacale.

La libertà sindacale, che consente in ragione della diversa posizione delle parti e della finalizzazione della libertà negoziale una tutela asimmetrica, in ogni caso contiene nel suo nucleo fondamentale anche il diritto negativo ad opporsi ad una unilaterale imposizione di un determinato assetto negoziale frutto di una contrattazione stipulata da un soggetto di cui si disconosce legittimamente la rappresentanza.

L'imposizione di un determinato assetto negoziale a fronte della "minaccia" della perdita del lavoro costituisce la forma più plateale di negazione di detto diritto e in ciò si produce l'effetto della discriminazione sindacale al pari di una condotta consistente nell'imporre una adesione ad una organizzazione sindacale onde proseguire il rapporto di lavoro.

L'imposizione ai lavoratori appartenenti ad una determinata comunità di lavoro di una contrattazione collettiva da loro non liberamente accettata e riconducibile ad associazioni sindacali nelle quali non si riconoscono, a pena di una loro estromissione dalla "comunità" alla quale legittimamente appartengono, equivale a negare il diritto di associazione che contiene in sé, in un legame inscindibile, il diritto di contrattazione.

La logica che caratterizza il divieto di "subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca" ad una associazione è quella di consentire al prestatore di lavoro di scegliere liberamente la contrattazione espressa dall'associazione sindacale nella quale si riconosce.

Il diritto di associarsi liberamente contiene, pertanto, necessariamente anche il diritto di opporsi a una contrattazione di altre organizzazioni di cui non si condividono i valori in quanto il diritto di contrattazione costituisce il tratto distintivo del

diritto di associarsi sindacalmente.

In tale prospettiva deve attribuirsi alla previsione dell'art. 15 lett. a) dello Statuto una valenza non solo formale ma anche sostanziale.

Il divieto di condizionare "l'occupazione" alla adesione formale ad un determinato sindacato deve intendersi esteso anche all'elemento sostanziale che caratterizza l'adesione ad un sindacato ovvero sia il suo contratto collettivo.

La nullità degli atti che determinano l'imposizione di un contratto collettivo è quindi una naturale conseguenza della libertà sindacale che consente al lavoratore di opporsi legittimamente all'assetto negoziale senza subire la perdita del lavoro.

La conclusione della Corte di Appello di Palermo costituisce, pertanto, una affermazione di estrema importanza per tutti i lavoratori dell'economia digitale che vedono costantemente modificate le condizioni di lavoro imposte da piattaforme che, nascoste nel mondo virtuale nel quale operano, modificano a loro piacimento attraverso la logica del *take or leave* le condizioni di lavoro in nome di un malinteso senso di parità e liberismo negoziale.

La tutela delle condizioni di lavoro da pratiche negoziali frutto di abuso dell'offerente apre la strada a ulteriori complessi momenti di riflessione rispetto ai prestatori per i quali non può ipotizzarsi una discriminazione sindacale che, tuttavia, svolgono il loro lavoro in posizione economicamente dipendente ma questa... è un'altra storia. ■

Pillole di Green Pass. Tutti gli aggiornamenti dall'adozione del decreto legge n. 127/2021 ad oggi

di
Andrea
Ranfagni

Come noto, con il d.l. n. 127/2021 è stato introdotto, per il periodo dal 15 ottobre 2021 e sino al termine dello stato di emergenza (attualmente previsto per il 31 dicembre 2021), l'obbligo, per accedere ai luoghi di lavoro, di possedere il cosiddetto Green Pass, ovvero la certificazione che attesti l'avvenuta vaccinazione contro il Covid-19 o l'effettuazione di un test molecolare o rapido in corso di validità oppure l'avvenuta guarigione. Nello scorso numero del Bollettino è stata illustrata la disciplina contenuta in tale decreto, evidenziandone alcune criticità.

Dall'adozione della normativa ad oggi sono state introdotte alcune novità, specialmente per ciò che concerne il tema dei controlli. Con il presente articolo verranno illustrati tutti gli aggiornamenti che si sono succeduti dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 127/2021.

Chiarimenti in materia di controlli

Il tema dei controlli sul possesso del Green Pass è quello che ha impegnato maggiormente il Governo successivamente all'emanazione del d.l. n. 127/2021. E ciò in ragione della necessità di tener conto del rispetto della privacy del dipendente, da contemperare con le esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro.

Già in data 8 ottobre 2021, infatti, a pochi giorni dall'emanazione del Decreto "Green Pass", il Governo ha adottato il d.l. n. 139/2021, il quale, pur occupandosi di "disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali,

sportive e ricreative", contiene una prima modifica del d.l. n. 127/2021.

E' stato infatti introdotto l'art. 9-octies, rubricato "Modalità di verifica del possesso delle certificazioni verdi COVID-19 nei settori pubblico e privato ai fini della programmazione del lavoro", in base al quale "In caso di richiesta da parte del datore di lavoro, derivante da specifiche esigenze organizzative volte a garantire l'efficace programmazione del lavoro, i lavoratori sono tenuti a rendere le comunicazioni di cui al comma 6 dell'art. 9-quinquies e al comma 6 dell'art. 9-septies con un preavviso necessario a soddisfare le predette esigenze organizzative".

La previsione si è resa necessaria, come detto, per consentire al datore di lavoro di organizzare l'assenza del dipendente. In realtà, pare che un onere di comunicazione preventiva da parte del dipendente fosse da ritenersi necessario già in attuazione dei più generali principi di buona fede e correttezza che regolano il rapporto di lavoro. Il Governo, però, ha voluto ribadire questo concetto, senza tuttavia fissare un termine entro cui tale onere di comunicazione deve essere dato; di fatto, lasciando nelle mani del datore di lavoro la relativa fissazione, seppur con la necessaria correlazione alla sussistenza di "specifiche esigenze organizzative".

Specialmente nelle grandi aziende, il termine è stato fissato in un numero pari a 7 giorni, probabilmente congruo considerando la turnistica da elaborare.

Resta fermo, tuttavia, che, nonostante l'art. 9-octies, d.l. n. 127/2021 non ne faccia menzione (nell'introdurre una disposizione a favore delle imprese, ancora una volta

ci si dimentica delle esigenze dei lavoratori), proprio ai sensi degli stessi principi di buona fede e correttezza il datore di lavoro non potrà abusare del diritto al preavviso ove si verificano situazioni che rendano oggettivamente impossibile rispettare lo stesso termine di preavviso. Il riferimento, ad esempio, è al caso in cui il dipendente, non vaccinato e che intenda far ricorso al tampone, non trovi una farmacia disponibile. In casi come questi, ove il dipendente dimostri che era oggettivamente impossibile trovare una farmacia entro il termine fissato dall'azienda, si può ritenere che il mancato preavviso non possa essere sanzionato.

Sempre in tema di controlli, è stato adottato anche il DPCM del 12 ottobre 2021, con il quale sono state dettate nuove modalità di controllo del Green Pass. Il DPCM in questione modifica il precedente DPCM del 17 giugno 2021 con il quale erano state regolate le modalità di controllo del Green Pass nei luoghi in cui allora era obbligatorio, ovvero ristoranti e bar.

Il nuovo intervento conferma l'utilizzo dell'App, ma introduce soluzioni alternative, quali l'impiego di un pacchetto di sviluppo per applicazioni (SDK) o mediante una specifica funzionalità della Piattaforma NoiPA o del portale INPS.

Al di là dei meccanismi utilizzabili, pare necessario porre l'attenzione su quanto affermato dal Garante della Privacy nel parere che sul DPCM in questione è stato fornito in via d'urgenza. In esso, il Garante ha evidenziato che l'attività di verifica non potrà comportare la raccolta dei dati dell'interessato in qualunque forma, ad eccezione di quelli strettamente necessari, in ambito lavorativo, all'applicazione delle misure derivanti dal mancato possesso della certificazione (quindi la sospensione dal servizio).

Il sistema utilizzato non potrà soprattutto conservare il cosiddetto QR code delle certificazioni verdi sottoposte a verifica - circostanza che comporterebbe la conservazione dei dati personali ed, in particolare, del dato sulla vaccinazione. Da sempre, infatti, il garante ha affermato che la verifica del Green Pass debba funzionare come verifica istantanea e mai trasformarsi in un "censimento" sui dipendenti vaccinati.

Sempre il Garante, poi, ha evidenziato che potranno essere sottoposti al controllo solo i lavoratori che fanno ingresso nel luogo di lavoro, con esclusione così di quanti siano assenti per ferie, malattie, permessi o che svolgano la prestazione lavorativa in modalità agile. In tutti questi casi, infatti, il controllo si traduce in un trattamento dei dati personali che non rispetta i principi di necessità e proporzionalità.

Sempre il Garante ha precisato che al dipendente dovrà essere fornita un'adeguata informazione sul trattamento dei dati connesso alla verifica del Green Pass.

Un caso particolare è poi quello della registrazione del nome e cognome di coloro che sono stati sottoposti a verifica, senza conservazione del risultato della medesima verifica.

Tale regola, presente in alcuni regolamenti aziendali, è funzionale a consentire al datore di lavoro di dimostrare ad un eventuale Ispettore che i controlli sono stati effettuati. Il d.l. n. 127/2021 ha infatti introdotto sanzioni amministrative per i datori di lavoro che non effettuano i controlli in questione.

In questo caso, è evidente che si verifica la conservazione di un dato, ma, essendo il dato conservato il solo nominativo del lavoratore "verificato", tale regola può ritenersi legittima.

Il DPCM del 12 ottobre 2021 ha infine stabilito che ogni datore di lavoro possa individuare un soggetto delegato ad effettuare i controlli, purché ciò avvenga mediante apposito incarico formale.

Le FAQ del Governo sul Green Pass negli ambienti di lavoro

Tra gli aggiornamenti intervenuti successivamente all'emanazione del d.l. n. 127/2021, vi sono certamente da segnalare le cosiddette FAQ (acronimo che sta per "frequently asked questions") del Governo.

Preliminarmente, è necessario ricordare che questo strumento non è riconosciuto dal nostro ordinamento giuridico quale "fonte del diritto", ovvero quale atto in grado di produrre norme giuridiche vincolanti. Si tratta, quindi, di orientamenti interpretativi del Governo, non vincolanti e che, come tali, possono essere anche disattesi da un eventuale Giudice chiamato a pronunciarsi su di una controversia in cui essi acquistano rilevanza. Detto ciò, essi finiscono per produrre di fatto effetti rilevanti nella gestione pratica dei rapporti di lavoro, specialmente considerando il periodo emergenziale e l'incertezza interpretativa in merito alle numerose disposizioni adottate.

Tra le FAQ in materia di Green Pass si evidenzia, in primo luogo, quella che affronta il caso del lavoratore che veda scadere la validità del Green Pass rilasciato a seguito di tampone durante il turno di lavoro, più in generale durante l'orario di lavoro.

Ad avviso del Governo, in questi casi è sufficiente che il dipendente sia titolare di un Green Pass valido al momento

dell'inizio del turno di lavoro e se esso scade prima della fine, avrà diritto a terminare l'orario di lavoro, restando esclusa la possibilità di allontanarlo dal luogo di lavoro.

La soluzione, ad onore del vero non scontata né facilmente deducibile dalla legge, è comunque da accogliere positivamente in quanto riflesso del generale principio del "favor" nei confronti del lavoratore. Essa riflette una logica di giusto temperamento tra l'esigenza di rispettare la normativa sulla tutela della salute e allo stesso tempo di non penalizzare troppo il dipendente, che oltre a preoccuparsi di avere un Green Pass valido al momento dell'ingresso al lavoro, avrebbe altrimenti dovuto assicurarsi della sua perdurante validità per tutto il turno. D'altra parte la normativa parla di "accesso" al luogo di lavoro, quindi sembra aver individuato come esigenza primaria quella che il possesso del Green Pass vi sia nel momento in cui, appunto, si entra a lavoro.

Come detto, però, tale interpretazione non è del tutto sintonica con la finalità della legge, che è quella di assicurare la tutela della salute nel luogo di lavoro, dal momento che le 48 ore, secondo le evidenze scientifiche, sono da ritenersi il tempo massimo per considerare il soggetto non contagioso anche ove avesse contratto il virus successivamente al test.

Altra FAQ interessante del Governo è poi quella con la quale si afferma che il dipendente assente "ingiustificato" perché sprovvisto del Green Pass perda ogni emolumento che trova occasione nel rapporto di lavoro, compresi quelli di natura previdenziale.

Insomma, secondo il Governo il lavoratore sprovvisto di Green pass, perde non solo la retribuzione, ma anche il diritto a qualsiasi altra prestazione connessa con l'attività lavorativa (come ad esempio, l'indennità di malattia o i permessi ex 104/92).

Si tratta però di una posizione discutibile, in quanto non tiene conto delle dinamiche e dei tempi con i quali si arriva a fruire delle prestazioni previdenziali in questione. Secondo il Governo, non potendo il lavoratore privo di green pass lavorare, viene meno il presupposto per fruire dell'integrazione previdenziale del reddito (appunto, lo svolgimento dell'attività lavorativa con conseguente diritto alla retribuzione).

Questo ragionamento, però, può valere per il soggetto che, sprovvisto di vaccino e non intenzionato a fare tamponi, comunica all'azienda che sino alla fine dello stato di emergenza non si presenterà a lavoro perché, appunto, sprovvisto di Green Pass. Può andar bene, altresì, per chi, nel periodo di preavviso richiesto dall'azienda, comunica la sua assenza perché sprovvisto di Green Pass.

Il discorso cambia, però, nel caso in cui il lavoratore

comunichi che intende dotarsi di green pass procurandosi il tampone ogni 48 ore mediante tampone, salvo poi ammalarsi e presentare un certificato di malattia. Analogamente, si consideri il caso di chi, sempre successivamente alla comunicazione di possesso di green pass mediante tampone ogni 48 ore, chieda urgentemente un permesso ex legge 104.

In questi casi, pare ingiustificato - in presenza di un contratto di lavoro, quindi di un obbligo di dover lavorare - che si debba richiedere comunque il Green Pass, pena la perdita del trattamento di malattia o del diritto al permesso per assistere un familiare. A maggior ragione, pare assurdo che lo si richieda a chi già da tempo abbia comunicato che sarebbe stato assente in virtù della l. 104, quindi ancora prima della scadenza del preavviso imposto dal datore di lavoro per comunicare il possesso o meno della certificazione verde.

D'altra parte, si è già evidenziato come la finalità del Green Pass sia quella di prevenire contagi sul luogo di lavoro; sia cioè un mero requisito per accedere al luogo di lavoro, il cui mancato possesso non giustifica effetti pregiudizievoli non strettamente giustificati da tale funzione.

Lo stesso Garante della privacy, del resto, ha precisato che il controllo non è necessario per chi sia assente per ferie, perché usufruisce di permessi o perché svolge lavoro agile al di fuori dell'azienda.

Proprio in materia di lavoro agile, un'altra FAQ del Governo chiarisce appunto che chi è a casa in lavoro agile non deve ricevere alcun controllo, precisando, comunque, che tale tipologia lavorativa non deve essere utilizzata per eludere l'obbligo del Green Pass. Affermazione, anche quest'ultima, molto discutibile, poiché, come detto, la finalità del Green Pass è prevenire contagi sul luogo di lavoro, non "punire" chi non si è vaccinato.

Condivisibile invece la FAQ con la quale si afferma che la sostituzione del lavoratore sospeso perché sprovvisto di Green Pass (circostanza che, secondo la normativa attualmente vigente, si realizza solo nelle aziende sotto i 15 dipendenti e dal 6° giorno di assenza in poi, sino ad un massimo di durata del contratto pari a 10 giorni, eventualmente rinnovabili per altri 10) avviene tramite stipula di un normale contratto a termine regolato dagli artt. 19 e ss. del d.lgs. n. 81/2015, con relativi oneri previdenziali e assistenziali. ■