

GLI INSTANT BOOK
CONSULTA GIURIDICA CGIL/1

Covid-19 e diritti dei lavoratori

a cura di

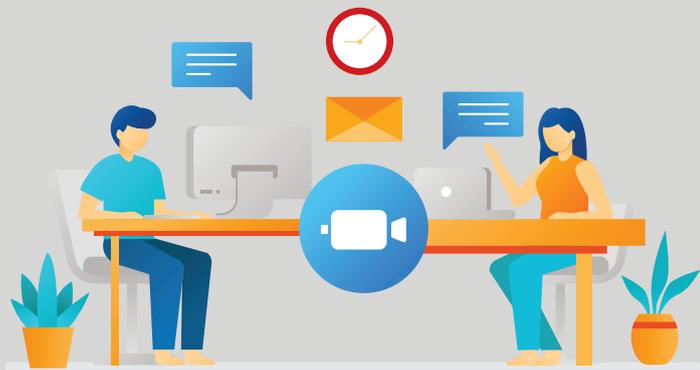
Olivia Bonardi | Umberto Carabelli
Madia D'Onghia | Lorenzo Zoppoli

CGIL

Ufficio
Giuridico



EDIESSE



Gli instant book della Consulta giuridica della Cgil
n. 1



Consulta giuridica

Covid-19 e diritti dei lavoratori

a cura di

Olivia Bonardi, Umberto Carabelli,
Madia D'Onghia, Lorenzo Zoppoli



© Copyright by Ediesse, 2020

Ediesse s.r.l.

Via delle Quattro Fontane, 109 – 00184 Roma

Tel. 06/448701 - Fax 06/44870335

www.ediesseonline.it

ediesse@cgil.it

Copertina e progetto grafico: Antonella Lupi

In copertina: elaborazione grafica su immagine Freepik

Indice

<i>Lorenzo Fassina, Tania Scacchetti</i> Presentazione	9
<i>Olivia Bonardi, Umberto Carabelli, Madia D'Ongbia, Lorenzo Zoppoli</i> Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)	11
<i>Francesco Pallante</i> Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19	19
<i>Alessandro Bellavista</i> Normativa emergenziale e diritti fondamentali	37
<i>Gaetano Natullo</i> Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?	49
<i>Giuseppe Ludovico</i> Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro	69
<i>Valerio Speciale</i> Violazione degli obblighi di sicurezza e abbandono del posto di lavoro ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 81 del 2008 nell'emergenza Covid-19	83
<i>Giovanni Orlandini</i> Diritto di sciopero e tutela della salute durante lo stato d'emergenza epidemiologica	103

<i>Lucia D’Arcangelo</i> La tutela dei dati personali nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19 (e oltre)	119
<i>Cristina Alessi, Maria Luisa Vallauri</i> Il lavoro agile alla prova del Covid-19	131
<i>Laura Calafà</i> Conciliare nell’emergenza	153
<i>Michele Faioli</i> Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito	167
<i>Filippo Aiello, Bruno Laudi</i> Covid-19: il <i>lockdown</i> dei diritti dei lavoratori nelle crisi d’impresa	185
<i>Umberto Gargiulo, Vincenzo Luciani</i> Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all’art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)	205
<i>Franco Scarpelli</i> Il lavoro autonomo nell’emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto	229
<i>Vito Pinto</i> Emergenza sanitaria e lavoro pubblico: una visione d’insieme	249
<i>Antonio Di Stasi</i> La sicurezza del lavoro nella sanità al tempo del Covid-19	265
<i>Margherita Leone</i> Giustizia e processo del lavoro (ai tempi del virus)	279

Covid-19 e diritti dei lavoratori

*Lorenzo Fassina**, *Tania Scacchetti***

Presentazione

L'emergenza pandemica che in questi mesi ha colpito duramente il nostro Paese ha richiesto ai cittadini e alle Istituzioni uno sforzo senza precedenti. Le misure adottate dal Governo per limitare il diffondersi dell'epidemia, nella loro pervasività, hanno aperto uno scenario del tutto inedito, incidendo pesantemente sulla vita di milioni di persone in termini di libertà di spostamento – se non addirittura di libertà personale – e hanno determinato significativi effetti sulla loro situazione economica oltre che lavorativa.

In questa situazione di grave emergenza, la Cgil si è posta immediatamente come forza catalizzatrice di quelle imprescindibili istanze sociali che sono scolpite a chiare lettere nella nostra Costituzione.

Solidarietà, uguaglianza, tutela del bene primario della salute, protezione dei lavoratori e dei cittadini più deboli sono, per la Cgil, i principi guida che devono orientare le azioni utili non solo a fronteggiare l'emergenza che ha attanagliato l'Italia e l'Europa, ma anche a guidare la straordinaria opportunità di riprogettare un futuro che abbia al centro la dignità della persona, nelle sue svariate declinazioni, prima fra tutte quella di «persona lavoratrice».

Se è vero, come è vero, che «nessuno si salva da solo», il sindacato – e la Cgil in particolare come corpo sociale che ha da sempre il compito di rappresentare le istanze del mondo del lavoro – è sicuramente uno tra gli attori principali a cui l'Italia potrà affidarsi per affrontare questa terribile sfida.

* Resp. Ufficio giuridico e Consulta giuridica Cgil.

** Segretaria Confederale Cgil.

In questo scenario, l'*Instant book* della Consulta giuridica dedicato a «Covid-19 e diritti dei lavoratori», frutto del lavoro collettivo di esperti in materie lavoristiche orientati pro-labour e coordinati da autorevoli esponenti della Consulta giuridica della Cgil nazionale (ai quali va il nostro più sentito ringraziamento), ha come principale obiettivo quello di fornire alla nostra Organizzazione, in tutte le sue articolazioni, una lettura utile a orientarsi nella comprensione dell'intricatissima rete di provvedimenti normativi adottati dal Governo e dalle altre Istituzioni in questa fase emergenziale.

L'impostazione dei contributi contenuti nel presente lavoro è quella di offrire, accanto alla necessaria e doverosa spiegazione delle novità introdotte, una strumentazione critica per comprendere la portata più profonda dei cambiamenti e i riflessi sul sistema generale delle fonti di produzione normativa. In tal senso, i saggi qui raccolti potranno risultare di sicuro interesse per l'intero mondo dei giuristi del lavoro.

In definitiva, solo avendo come punto di riferimento la nostra Costituzione come fonte primaria di regolazione sarà possibile continuare a lottare affinché il diritto dell'emergenza non prevalga su tutti quei diritti di matrice sociale chiaramente enunciati nella Carta fondamentale.

Siamo consapevoli che la produzione normativa si evolve di continuo e che, pertanto, saranno numerosi gli aggiornamenti che nelle prossime settimane modificheranno il quadro dei provvedimenti qui descritto, ma la pubblicazione offre un quadro fondamentale per comprendere la mole delle misure assunte in pochissime settimane.

Poche settimane che, ci pare il caso di affermarlo, tuttavia ci hanno cambiato la vita.

Capire cosa è successo deve aiutarci a comprendere cosa possiamo fare affinché dalla emergenza possa affermarsi un nuovo modello di sviluppo.

*Olivia Bonardi, Umberto Carabelli,
Madia D'Onghia, Lorenzo Zoppoli*

Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)

Questo *Instant book* nasce in una situazione eccezionale e – tolti visionari, profeti e catastrofisti (non pochi peraltro) – imprevedibile, che ha messo, e ancora mette, a dura prova il mondo intero e, per una sfortunata casualità, in modo particolare il nostro Paese. Nelle vite collettive e individuali, dopo circa un secolo (un precedente di eguale ampiezza può essere la c.d. «spagnola» del 1918), ha fatto di nuovo irruzione una malattia ignota, il Covid-19 (acronimo di coronavirus emerso nel 2019), altamente infettiva e notevolmente pericolosa, diffusasi rapidamente in tutto il mondo e, innanzitutto, nei sistemi economici più avanzati. Subito è apparsa in serio pericolo la salute privata e pubblica, anzitutto nelle zone più floride dell'Italia. Con ovvio allarme rosso e sovraccarico funzionale e organizzativo dei servizi sanitari, dove immediata è scattata la straordinaria reazione di medici e infermieri, anzitutto sul piano dell'impegno personale. Dopo qualche incertezza, constatata la pervasività del rischio-contagio in tutto il tessuto sociale, anche il Governo ha reagito con un vero e proprio diritto dell'emergenza sanitaria, che ha limitato drasticamente libertà personali e attività economiche, sviluppando sempre più una linea di intervento deciso e penetrante. Nel giro di poche settimane non solo le sfere esistenziali personali e professionali sono state stravolte, ma sono apparse profonde, ancorché disordinate, innovazioni nel tessuto normativo, a cominciare da quello costituzionale. Le innovazioni – quasi tutte tradottesse in divieti e imposizioni, drasticamente sanzionate – hanno avuto a loro volta un enorme impatto applicativo

su convinzioni e abitudini individuali, modelli di socialità e di consumo, scelte economiche e assetti organizzativi. Con il rischio che qua e là si aprissero forzature o vere e proprie lacerazioni nella delicatissima sfera delle libertà e dei diritti fondamentali mai viste da settant'anni a questa parte.

Per fortuna, all'attivismo doveroso dei Governi si sono accompagnate reazioni tempestive e competenti delle forze sociali e di tutte le risorse intellettuali e civili del Paese. Così mentre malattia, morti e paura dilagavano, fiorivano iniziative sindacali per limitare i danni a lavoratori e imprese, l'opinione pubblica seguiva e commentava quotidianamente i drammi sanitari e le misure per arginarli, gli esperti facevano sentire le loro analisi e previsioni. Non sono stati da meno i giuristi e in particolare i giuristi del lavoro. Questo *Instant book* nasce dal felice incrocio tra l'impegno ininterrotto della Cgil nell'emergenza sanitaria e la sensibilità di un nutrito gruppo di giuslavoriste/i – accademici e/o avvocati o giudici – che hanno accolto la sfida di formalizzare con rapidità le loro letture e interpretazioni della normazione emergenziale. Con l'intento precipuo di filtrarne gli aspetti di maggiore densità e complessità tecnico-giuridica per capirne gli impatti sui diritti dei lavoratori. Lavoratori che, in questa come in altre crisi, rischiano due volte: come cittadini e come inevitabile «personificazione» del lavoro su cui è fondata non solo la Repubblica democratica, ma ogni attività vitale della nostra società.

L'*Instant book* non ha alcuna pretesa di essere esaustivo e nemmeno di prefigurare sistemazioni stabili o definitive di una materia per sua natura magmatica. Dovrà passare ancora del tempo per capire se questo nuovo diritto nato dalla malattia sarà una breve parentesi, come si evolverà, se lascerà degli strascichi duraturi. Intanto urge ripartire con il piede giusto: cioè farsi carico della difesa collettiva di un bene primario come la salute senza abbassare minimamente la guardia su equilibri e valori cruciali per i livelli di de-

mocrazia e di benessere realizzati finora dal nostro Paese. Si avvertono rischi di ogni genere. E occorre sapere bene fino a che punto la normazione emergenziale ci protegge da ogni genere di rischi, non solo da quello sanitario. La lotta per i diritti non può subire blocchi sanitari, pur ricomprendendo in pieno la lotta alla malattia. Questo *Instant book* vuole essere uno strumento per capire e apprestare le prime difese giuridiche da ogni sorta di lesione, attuale o potenziale, dei diritti dei lavoratori. Senza alimentare illusioni o strumentalizzazioni, ma sapendo che durante e dopo il Covid-19 c'è bisogno di una piena agibilità dei diritti per sconfiggere la malattia senza aumentare squilibri sociali o territoriali, senza addossarne le spese ai più deboli, senza sacrificare le conquiste più difficili e sofisticate di una pur controversa modernità.

Per fortuna – aiutati anche dal numero propizio, evocativo di famosi corpi speciali (modernamente integrati da intrepide «moschettiere») – i quattro curatori, facenti parte della Consulta giuridica della Cgil, hanno trovato forze valide e terreno fertile. Così nei 16 saggi che seguono, 19 esperti, ognuno profondo conoscitore della materia che tratta, si sono cimentati con autorevolezza con il profluvio di norme degli ultimi tre mesi, affrontando i nuovi problemi regolativi sollevati e i veri e propri grovigli giuridici determinati dall'intreccio tra principi e regole consolidate, riforme in partenza o da poco partite e innovazioni indotte dal Covid-19. Ne scaturisce un prezioso itinerario di riflessioni compatte e dialoganti tra loro, utile ad affrontare la mole ormai imponente del diritto dell'emergenza Covid, indagato fino alle soglie del cd. decreto «Rilancio» (ancora *in fieri* al 10 maggio), tenendo presente tutto il dibattito giuridico che ha accompagnato la convulsa stagione della pandemia, prima in crescita e, poi, in progressivo declino.

Pallante e **Bellavista** analizzano con toni in verità alquanto allarmati – ma con tecnica rigorosa – come la lunga e serrata teoria di provvedimenti emergenziali, dall'eterogenea portata, si muo-

vano lungo il pericoloso crinale dell'incostituzionalità, almeno sotto due aspetti: a) il pieno rispetto dei diritti costituzionali, che solo temporaneamente possono tollerare una primazia/tirannia del diritto alla salute elevato a perno di una situazione di emergenza pubblica extratestuale (cioè non esplicitamente prevista dalle norme della nostra Costituzione); b) i limiti che, per restare democratico, il potere regolativo deve rispettare senza confondere fonti legislative vere e proprie – affidate al Parlamento sovrano – e fonti di rango inferiore, nell'emergenza utilizzate con le migliori intenzioni, ma anche con una certa disinvoltura dal Presidente del Consiglio, dai Ministri o dai Presidenti regionali.

Natullo e Ludovico – in due saggi molto interessanti, su profili diversi – affrontano la cruciale tematica delle nuove regole per garantire la salute nei luoghi di lavoro, emerse con rapidità e prepotenza anche grazie agli importanti protocolli tra le parti sociali stipulati sin dal 14 marzo 2020, che si sono intrecciati con una fitta sequenza di Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e decreti legge adottati dal 4 marzo in poi. Entrambi gli autori offrono interessanti soluzioni ai numerosi problemi di raccordo tra le nuove regole e i principali principi e strumenti previsti dalla normativa preesistente in materia di malattia, sicurezza del lavoro (art. 2087 c.c. e T.U. n. 81/2008) e infortuni sul lavoro (T.U. n. 1124/1965). Segnalando peraltro le residue criticità.

Speciale e Orlandini, prendendo solo spunto dall'emergenza Covid, indagano gli strumenti giuridici che l'ordinamento mette da tempo a disposizione dei lavoratori nel caso decidano di non lavorare in assenza delle necessarie misure di tutela della loro salute negli ambienti di lavoro. Il primo approfondisce specificità e differenze di due norme cruciali sul piano dei rapporti individuali di lavoro: l'art. 1460 del codice civile, strumento generale che consente di non adempiere se l'altro contraente è inadempiente (il datore di lavoro deve preliminarmente adempiere agli obblighi di si-

curezza) e l'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008, norma speciale che, su presupposti più specifici (pericolo grave, immediato e inevitabile), consente al lavoratore di allontanarsi dal posto di lavoro o da una zona pericolosa senza «subire pregiudizio alcuno». Soprattutto si indaga sulla permanenza del diritto alla retribuzione. Orlandini, invece, analizza attentamente limiti e conseguenze degli scioperi motivati dalla carenza di misure protettive della salute dei lavoratori, specie nei servizi essenziali, dedicando particolare attenzione a una recente delibera della Commissione di garanzia *ex l.* n. 146/1990, che ha riguardato proprio uno sciopero generale proclamato a inizio pandemia.

D'Arcangelo, riprendendo anche l'esame delle regole sul controllo sanitario in azienda, affronta la cruciale tematica dell'impatto sulla *privacy* dei lavoratori – anche come cittadini – degli strumenti informatici volti a tracciare i movimenti delle persone contagiate dal Covid-19. Al riguardo ancora non è chiaro né quali strumenti (applicazioni) saranno utilizzati né quando. Ma già molto è il materiale normativo, nazionale ed europeo, che appresta procedure e regole di garanzia, la cui tenuta va vagliata alla luce di questa inedita emergenza.

Alessi e Vallauri propongono una rivisitazione del lavoro agile (o *smart working*), un istituto relativamente nuovo per il nostro diritto del lavoro (nato con la l. n. 17/2018) e già di suo tendente alla confusione con altre tipologie lavorative vecchie e nuove (lavoro a domicilio, telelavoro). Per varie ragioni l'istituto stentava a prender piede fino a qualche mese fa, mentre oggi appare in crescita esponenziale grazie proprio al distanziamento fisico imposto dal Covid-19. La normativa emergenziale, però, lo ha anche stravolto, rendendolo meno consensuale e, in fondo, meno *smart* (perché confinato staticamente nel domicilio del lavoratore). Le autrici forniscono una puntuale ricognizione della nuova configurazione dell'istituto tanto nel lavoro privato quanto in quello pubblico.

Calafa e Faioli, nei rispettivi saggi, ricostruiscono con perizia e minuzia la normativa emergenziale che riguarda alcuni fondamentali strumenti per salvaguardare gli equilibri esistenziali e reddituali dei lavoratori: la vasta tipologia di permessi e congedi per consentire alle famiglie di far fronte alla sospensione delle attività scolastiche e alla disarticolazione di orari, turni, chiusure; la previsione di un'integrazione al reddito dei lavoratori dipendenti di imprese chiuse per il *lockdown*, per le quali viene introdotta una cassa integrazione con specifica causale Covid-19. Entrambe le materie – oggetto di innovazioni legislative complesse: talora anticipatrici di nuove stagioni regolative all'insegna della migliore Europa sociale, talaltra in evidente controtendenza rispetto alle riforme degli anni scorsi, in specie rispetto al *Jobs Act* – vengono dagli autori raffrontate e raccordate con l'assestamento faticoso del sistema pre-Covid.

Di immediato impatto e particolare rilievo sono, ancora, le ripercussioni del diritto dell'emergenza sanitaria sulla disciplina delle crisi di impresa e su quella dei licenziamenti. **Aiello e Laudi** analizzano le conseguenze del rinvio dell'entrata in vigore (da agosto 2020 a febbraio 2021 o, addirittura, settembre 2021) di quelle (molte) parti del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019) ancora non applicabili, che rischia di privare i lavoratori delle imprese già in difficoltà economiche di alcune tutele emergenziali riguardanti Naspi, garanzia dei crediti, Cassa integrazione e licenziamenti. **Gargiulo e Luciani** invece sottopongono a un'accurata esegesi l'art. 46 del d.l. n. 18/2020, c.d. Cura Italia, che prevede, con un campo di applicazione tarato su quelli delle leggi n. 223/1991 e n. 604/1966, il blocco delle procedure dei licenziamenti collettivi e il divieto di licenziare per ragioni economiche. Questa normativa – tecnicamente non impeccabile e dalle ripercussioni sistematiche di più ampio raggio – sembra tra l'altro destinata a restare in vigore più di quanto previsto in origine.

Seguono poi i saggi di **Pinto** e **Di Stasi**, i quali dedicano la loro attenzione alle restanti innovazioni in tema di lavoro pubblico. Il primo fornisce utili spunti esegetici in tema di nuove regole sul reclutamento e sapienti considerazioni prospettiche sui limiti degli strumenti emergenziali. Il secondo concentra invece la propria attenzione al settore sanitario evidenziando le tante specificità che caratterizzano il rapporto di lavoro di medici ed infermieri dal punto di vista dei rischi derivanti dalla loro prestazione e degli obblighi/responsabilità professionali che gravano su di essi, nonché dei correlati diritti di salvaguardia della loro salute, esaltati dalla inevitabile vicinanza materiale con i portatori del virus.

L'articolo di **Scarpelli**, invece, si sofferma sulle previsioni che hanno inteso destinare anche ai lavoratori autonomi – nelle varie configurazioni giuridiche con cui sono presenti nel mercato del lavoro frammentario e articolato che ha caratterizzato negli ultimi vent'anni il nostro paese – un sostegno primariamente, ma non soltanto, economico. Si tratta di una normativa speciale che, in modo del tutto inusuale, riconosce, in un momento di bisogno grave, esteso e generale come quello attuale, forme di tutela che avvicinano in qualche modo i lavoratori autonomi a quelli subordinati, e che, senza ovviamente eliminare limiti imposti dalla barriera tipologica, sottolineano di per sé l'importante esigenza, sempre più impellente, di prevedere al più presto regole universali di protezione dei lavoratori (sostanziali, di sicurezza del lavoro, previdenziali, assistenziali), che prescindano dalla natura giuridica del lavoro svolto da ciascuno.

Conclude l'*Instant book* il saggio di **Leone**, il quale offre un'esauriente spaccato della giustizia del lavoro all'epoca del coronavirus, passando in rassegna in modo sintetico, ma efficacissimo, modalità e conseguenze di quell'ampio, ma non totale *lockdown*, anch'esso inedito, che ha riguardato l'attività di tutti i fori italiani. Una bella iattura per un Paese che già non brilla per l'efficienza

degli ingranaggi giudiziari e che, anche sotto questo profilo, mette a rischio la possibilità per i lavoratori di far valere i loro diritti, con l'unica eccezione delle situazioni in cui possono invocarsi i provvedimenti d'urgenza.

Nell'insieme l'*Instant book* raccoglie un materiale più che idoneo ad affrontare i principali problemi di questo nuovissimo diritto dell'emergenza. Sappiamo bene che il quadro regolativo finora emerso, con tutti i suoi problemi esegetico-applicativi, è ancora in divenire. D'altronde poco prevedibili sono anche tempi e modalità per la definitiva sconfitta del Covid-19. Per sostenere l'impegno dei giuslavoristi a difesa dei diritti dei lavoratori ci è sembrato però ora importante mettere insieme i materiali disponibili e fornire una prima solida zattera per affrontare una navigazione che si preannuncia ancora lunga. Ci auguriamo vivamente che questo sforzo collettivo serva almeno un poco a rendere la navigazione meno procellosa di come è iniziata non solo per la salute pubblica ma anche per buona parte del nostro ordinamento giuridico. E questo non soltanto per i tecnici della materia, ma anche per i lavoratori sindacalisti, che si troveranno a gestire sul campo questa complessa normativa dell'emergenza.

Sia consentito, infine, esprimere il nostro ringraziamento agli Autori e alle Autrici che hanno coraggiosamente accettato l'incarico, lavorando meritoriamente in una situazione emotivamente difficile, superando le difficoltà di confronto e di reperimento del materiale su cui lavorare, derivanti dall'isolamento in cui l'emergenza sanitaria ci ha costretto.

*Francesco Pallante**

Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19

SOMMARIO: 1. Il Covid-19: una questione (anche) di diritto costituzionale. – 2. L'emergenza nella Costituzione italiana. – 3. La riserva di legge prevista dall'art. 16 Cost. – 4. La legislazione «ordinaria» sull'emergenza. – 5. Le prime misure adottate dal governo per far fronte all'emergenza Covid-19. – 6. Il d.l. n. 19/2020. – 7. I profili di dubbia costituzionalità. – 7.1. L'equilibrio tra gli organi costituzionali. – 7.2. La riserva di legge posta a tutela dei diritti fondamentali. – 7.3. La riserva di legge in materia penale. – 7.4. I rapporti tra fonti statali e fonti regionali.

1. Il Covid-19: una questione (anche) di diritto costituzionale

L'emergenza sanitaria scatenata dalla pandemia di Covid-19 ha rappresentato, e ancora rappresenta, una sfida inedita anche per l'ordinamento costituzionale. Mai, nella storia repubblicana, era stato necessario disporre misure giuridiche suscettibili di incidere tanto in profondità sull'organizzazione sociale e sulle abitudini personali dei cittadini, al punto da provocare un vero e proprio sconvolgimento della vita politica, economica e culturale del Paese.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, gli interrogativi suscitati dalle misure adottate sono numerosi e rilevanti: il rapporto tra il sapere tecnico-scientifico e la discrezionalità politica, le situazioni che possono legittimare la limitazione dei diritti costituzionali, la misura in cui tale limitazione può essere disposta, l'indivi-

* Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Torino.

duazione dei diritti costituzionali concretamente limitabili, le fonti giuridiche attraverso le quali è possibile disporre la limitazione dei diritti, le ripercussioni delle misure di limitazione sulla distribuzione delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali.

Rende il senso della rilevanza di tali interrogativi il novero dei diritti costituzionali coinvolti dalle misure disposte dal governo: quantomeno, la libertà di circolazione e di soggiorno (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), la libertà religiosa (art. 19 Cost.), il diritto/dovere all'istruzione (art. 34 Cost.), la tutela del lavoro (art. 35 Cost.), la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.). Per le persone assoggettate alle più stringenti misure di quarantena domiciliare (perché risultate positive al virus ma non ospedalizzate o perché venute in contatto con persone positive) si potrebbe ritenere coinvolta persino la libertà personale (art. 13 Cost.), anche se è, forse, più corretto qualificare le misure loro rivolte come trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, c. 2, Cost.)¹.

2. L'emergenza nella Costituzione italiana

Diversamente da altre carte fondamentali, la Costituzione italiana non contiene una disciplina generale volta a far fronte alle situazioni di emergenza.

Non si tratta, certamente, di una dimenticanza². I costituenti sapevano benissimo che la predeterminazione dell'autorità a cui spetta il compito di decidere sullo, e nello, «stato di eccezione» è tema centrale delle riflessioni di diritto costituzionale, avendo per riferimenti obbligati, sul piano ideale, gli studi di Carl Schmitt³ e,

¹ Cuocolo 2020, 12-14 e 26.

² Silvestri 2020, par. 1.

³ Notissima è la lapidaria affermazione di Schmitt 1972, 33, per la quale «sovranità è chi decide sullo stato di eccezione». Ha recentemente rinnovato la riflessione filosofica sull'argomento Agamben 2003.

sul piano storico, l'art. 48 della Costituzione di Weimar. La Costituente ne discusse con riguardo sia al verificarsi di calamità naturali di rilievo nazionale, sia alla proclamazione dello stato d'assedio, con correlata sospensione dei diritti costituzionali, addivenendo infine alla scelta di regolare non l'emergenza in sé, ma i poteri esercitabili dal governo nei casi straordinari di necessità e urgenza (art. 77 Cost.) e in seguito alla deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere (art. 78 Cost.).

I due articoli ora richiamati non rappresentano, tuttavia, le sole disposizioni costituzionali in cui si ode il riverbero della discussione sullo stato d'eccezione. Impossibile non coglierne un'eco altresì nell'art. 16 Cost., là dove, al primo comma, si legge che «ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, *salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza*». Si tratta, certamente, di una limitazione dalla portata non generale, ma circoscritta a uno specifico diritto costituzionale; e, tuttavia, oggi più che mai cogliamo le ampie ripercussioni che tale misura di contenimento è suscettibile di esplicare sull'intero sistema dei diritti, dal momento che quasi ogni altra libertà non può che essere esercitata muovendosi da casa per riunirsi con altre persone.

A sua volta, il riferimento ai «motivi di sanità» contenuto nell'art. 16 Cost. rinvia all'art. 32 Cost., che qualifica la salute come «fondamentale diritto dell'individuo» e «interesse della collettività». Di nuovo, oggi più che mai siamo in condizione di cogliere il significato profondo di tali previsioni costituzionali e di attribuire valore alla dottrina e alla giurisprudenza⁴ che riconoscono una posizione peculiare, tra i diritti costituzionali, al diritto alla salute e al connesso diritto alla vita (a sua volta riconducibile all'art. 2 Cost.)⁵. E, infatti, mentre tutti gli altri diritti sono reci-

⁴ A partire da C. cost. n. 54/1979.

⁵ C. cost. n. 223/1996.

procamente bilanciabili, il diritto alla vita è l'unico che merita di essere qualificato come assoluto: vale a dire, destinato a prevalere sempre sugli altri, per la ragione – tanto semplice, quanto intuitiva – che la vita è preconditione necessaria affinché qualsiasi altro diritto possa essere goduto.

Viste in questa prospettiva, le limitazioni dei diritti costituzionali in atto, se assunte nel rispetto delle forme previste e se effettivamente adeguate e proporzionate a far fronte ai rischi esistenti e idonee a consentirne il superamento, sembrano compatibili con il dettato della Carta fondamentale.

3. La riserva di legge prevista dall'art. 16 Cost.

La legge è l'atto normativo deputato, per dettato dell'art. 16 Cost., a limitare la libertà di circolazione e di soggiorno (e, più in generale, tutte le libertà costituzionali) nei casi previsti dalla Costituzione stessa, vale a dire qualora ricorrano «motivi di sanità o di sicurezza» che ne giustifichino l'approvazione e purché le limitazioni siano previste «in via generale»: con riguardo, cioè, non a singoli soggetti, ma a categorie di cittadini (per esempio, i contagiati dal virus, i residenti nelle zone dove il contagio è più intenso o, più ampiamente, l'intera popolazione).

La *ratio* della riserva di legge – rinforzata, in questo caso, dalla previsione delle cause che ne giustificano l'adozione e dalla preeterminazione della sua portata normativa generale – è ben nota: l'approvazione di una misura tramite la legge, atto del Parlamento, è garanzia del fatto che tutti, maggioranza e opposizioni, siano coinvolti nella decisione assunta, avendo pari possibilità di discutere la decisione stessa. Più articolato nella forma, ma analogo nella sostanza, il discorso relativo agli atti dotati di forza di legge, quali il decreto legislativo delegato e il decreto-legge, dal momento che si tratta pur sempre di atti normativi che, in via preventiva o suc-

cessiva, comportano l'intervento del Parlamento (tramite la legge di delega o la legge di conversione).

Rilevante, in proposito, è altresì la distinzione, sancita nella sent. della C. cost. n. 4/1957, tra riserve di legge assolute e riserve di legge relative. Si tratta, di nuovo, di cosa ben nota: le prime sono quelle inerenti alle materie per le quali l'intera normativa deve essere stabilita dalla legge; le seconde quelle inerenti alle materie per le quali la legge può limitarsi a dettare la normativa di carattere generale, demandando alle fonti secondarie la definizione della disciplina di dettaglio.

Tornando all'art. 16 Cost., si ritiene che, prevedendo esso una riserva di legge relativa⁶, la legge (o l'atto equiparato) non debba necessariamente stabilire nel dettaglio tutte le misure limitative della libertà, ma possa limitarsi a definire il quadro normativo generale, demandando a successivi atti normativi secondari (regolamenti o ordinanze) gli interventi di dettaglio. Inoltre, non è indispensabile che il Parlamento proceda all'approvazione di una legge valevole, in astratto, per tutte le emergenze, ben potendo scegliere d'intervenire con apposita normativa volta per volta.

4. La legislazione «ordinaria» sull'emergenza

Due sono, nel nostro ordinamento, gli atti normativi con valenza generale e astratta finalizzati a definire il quadro istituzionale degli interventi emergenziali. Si tratta del d.lgs. n. 1/2018 (Codice della protezione civile) e della l. n. 833/1978 (Istituzione del servizio sanitario nazionale)⁷.

⁶ C. cost. n. 68/1964. Più articolate le posizioni in dottrina: a favore della tesi che la riserva sia relativa Mazziotti 1960, 22 e De Siervo 1970, 820; nel senso che la riserva sia, invece, assoluta Barbera 1967, 174 e Pace 1992, 283.

⁷ Si può, altresì, fare riferimento all'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998, in base al

Quanto al primo, rilevano in particolare gli artt. 24 e 25, in base ai quali, al verificarsi di un'emergenza di rilievo nazionale (art. 7, c. 1, lett. c), il Consiglio dei ministri delibera lo stato di emergenza, fissandone la durata (per un massimo di 12 mesi, rinnovabili) e l'estensione territoriale, e autorizza il presidente del Consiglio dei ministri e i vertici della Protezione civile ad adottare, d'intesa con le Regioni interessate, ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente, purché sia dichiarato quali sono le disposizioni di legge derogate e siano comunque rispettati i principi generali dell'ordinamento e il diritto dell'Unione europea.

Quanto alla seconda, va considerato l'art. 32, in forza del quale: (a) se l'esigenza è nazionale o pluriregionale, il ministro della Sanità ha il potere di emettere ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica; (b) se l'esigenza è regionale o locale, il potere di ordinanza spetta al presidente della Regione o al sindaco (ipotesi altresì prevista dall'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000).

5. Le prime misure adottate dal governo per far fronte all'emergenza Covid-19

I due atti normativi ora richiamati sono stati presi a riferimento dal governo per gestire la fase iniziale dell'emergenza Covid-19.

Anzitutto, in base al d.lgs. n. 1/2018, e sulla scia della dichiarazione del 30 gennaio 2020 con cui l'Organizzazione mondiale della Sanità (Oms) aveva qualificato la diffusione del Covid-19 come

quale «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco», mentre «negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza [...] spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza». Come si vede, si tratta, tuttavia, di una previsione sostanzialmente «riequilibrata» delle norme richiamate nel testo.

«emergenza internazionale di salute pubblica», il Consiglio dei ministri ha deliberato lo stato di emergenza sanitaria (delibera del 31 gennaio 2020) per una durata di sei mesi: dunque, sino al 31 luglio 2020. Sulla base di tale dichiarazione, il capo dipartimento della Protezione civile ha quindi adottato una ventina di ordinanze inerenti ai profili organizzativi della gestione dell'emergenza: per istituire il Comitato tecnico-scientifico che supporta il governo nelle decisioni, per semplificare le procedure di acquisto dei materiali necessari, per vietare l'esportazione degli stessi. Anche il ministro della Salute è intervenuto, in forza della l. n. 833/1978, con proprie ordinanze per regolare profili organizzativi quali il traffico aereo e marittimo proveniente dall'estero e l'importazione di dispositivi sanitari.

Successivamente, le prime misure concrete destinate alla cittadinanza – volte a vietare l'ingresso e l'uscita nei primi comuni-focolaio, a dettare le misure di quarantena per i contagiati e i loro contatti, a sospendere le attività produttive e ricreative, a chiudere le scuole – sono state assunte, sempre sulla base della l. n. 833/1978, tramite ordinanze del ministro della Salute (in data 21.2.2020 e, con riguardo alle prime regioni interessate, 23-24.2.2020). Un ulteriore atto di questo tipo è stato adottato il 28.3.2020, nelle more dell'approvazione di un decreto del presidente del Consiglio dei ministri (d.P.c.m.).

Nonostante questi primi interventi realizzati nel quadro della normativa già vigente, il governo ha ritenuto preferibile adottare una normativa appositamente concepita per far fronte alla pandemia in atto, provvedendo ad approvare il d.l. n. 6/2020 (poi convertito, con modifiche, nella l. n. 13/2020).

Tale decreto prevede (art. 3) che, su iniziativa del ministro della Salute, e ricevuto il parere, non vincolante, degli altri ministri interessati e dei presidenti delle Regioni interessate o, se lo sono tutte, del presidente della Conferenza delle Regioni, il presidente

del Consiglio dei ministri adottati tramite proprio atto (d.P.c.m.) «ogni misura di contenimento e di gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1) anche al di fuori delle aree in cui sono presenti persone positive al virus (art. 2). Ciò che è, poi, accaduto con l'adozione di una serie di d.P.c.m. contenenti misure, via via, sempre più restrittive: si vedano i decreti datati 25.2.2020, 1.3.2020, 4.3.2020, 8.3.2020, 9.3.2020 11.3.2020, 22.3.2020⁸. Ai prefetti – dispone ancora l'art. 3 del d.l. n. 6/2020 – spetta monitorare sul rispetto delle misure adottate, potendo avvalersi sia delle forze dell'ordine, sia delle forze armate per comminare la sanzione di cui all'art. 650 c.p. (Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità)⁹, salvo che il fatto commesso non costituisca più grave reato.

Nel contempo, tutte Regioni, facendo leva sulla l. n. 833/1978, hanno adottato proprie ordinanze con cui hanno anticipato o inasprito le misure governative (in particolare sull'obbligo di utilizzo

⁸ Si discute, in dottrina, sulla natura giuridica sostanziale di tali d.P.c.m. Per alcuni, poiché si pongono come disposizioni attuative del d.l. n. 6/2020, si tratterebbe di regolamenti (Cuocolo 2020, 13 e Filice, Locati 2020, nota 11). Per altri, poiché rinviano alla dichiarazione di stato di emergenza e prevedono la fine della propria vigenza (sono provvisori), sarebbero invece ordinanze (Cavino 2020, 5, Cintioli 2020, 5, Luciani 2020, 12). Da notare che l'ordinanza del ministro della Salute del 28.3.2020 è stata utilizzata per consentire al presidente del Consiglio di non intervenire con un nuovo d.P.c.m. prima della scadenza di quello precedente, lasciando così intendere che per il governo i due atti sono sovrapponibili (sicché, anche i d.P.c.m. sarebbero da considerarsi ordinanze). La qualificazione dei d.P.c.m. in un senso o nell'altro non è irrilevante, dal momento che le ordinanze hanno, di regola, una forza derogatoria della legislazione vigente che manca ai regolamenti.

⁹ Ai sensi di tale disposizione «chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro».

delle cd. mascherine) o hanno creato «zone rosse» nei territori dei Comuni più colpiti (quest'ultima ipotesi si è verificata, almeno, in Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Lazio, Molise, Sicilia, Valle d'Aosta) o hanno bloccato o regolato l'ingresso nel proprio territorio (così in Calabria, Puglia, Sardegna e Sicilia, nonostante l'art. 120 Cost. vieti espressamente alle Regioni l'adozione di «provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni»)¹⁰. La Lombardia e il Piemonte, poi, hanno agito facendo insorgere antinomie di non immediata risoluzione tra le più rigide misure regionali (ordinanze del 21.3.2020) e le più blande misure statali (d.P.c.m. 22.3.2020). Numerosissimi anche i sindaci che hanno ritenuto di intervenire sul quadro normativo con proprie ordinanze, anche in antinomia con la normativa statale (emblematico il caso di Messina)¹¹.

6. Il d.l. n. 19/2020

Da ultimo, il governo si è riproposto di dare ordine a questo caotico sovrapporsi di misure, adottando il d.l. n. 19/2020. Tale atto normativo abroga il precedente d.l. n. 6/2020, pur facendo retroattivamente salvi gli atti e gli effetti (eccetto quelli penali) prodotti ai sensi dello stesso, e detta una disciplina più rigorosa dei poteri emergenziali del governo.

In particolare, l'art. 2, c. 1, prevede che, su proposta del ministro della Salute o dei presidenti delle Regioni interessate o, se lo sono tutte, del presidente della Conferenza delle Regioni, il presidente

¹⁰ Silvestri 2020, par. 5.

¹¹ Un quadro completo dei provvedimenti statali, regionali e comunali adottati è tenuto costantemente aggiornato dall'«Osservatorio emergenza Covid-19» della rivista «Federalismi.it» all'indirizzo internet (https://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=112&focus=covid).

del Consiglio dei ministri può ora adottare, tramite d.P.c.m., una o più misure tra quelle espressamente elencate nell'art. 1 del medesimo d.l.¹² (e non più, genericamente, qualsiasi misura ritenuta necessaria, come consentiva di fare il d.l. n. 6/2020). È altresì richiesto il parere, non vincolante, degli altri ministri interessati e, salvo abbiano loro formulato la proposta, dei presidenti delle Regioni interessate o, se lo sono tutte, del presidente della Conferenza delle Regioni. Quali misure concretamente adottare, e su quali porzioni del territorio nazionale, deve essere stabilito «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso». Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adegua-

¹² Le misure adottabili ai sensi dell'art. 1 sono le seguenti: limitazione della circolazione; chiusura di spazi pubblici; limitazione o divieto di uscita e ingresso in determinati territori (comunali, provinciali o regionali); quarantena per malati e persone venute in contatto con loro; limitazioni o divieto di riunirsi; limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative pubbliche di qualunque natura; sospensione i cerimonie civili e religiose; limitazione all'ingresso nei luoghi di culto; chiusura dei luoghi di aggregazione (cinema, teatri, centri ricreativi, ecc.); sospensione di riunioni, congressi, convegni; limitazione o sospensione di manifestazioni ed eventi sportivi e chiusura di palestre, piscine, impianti sportivi; limitazione o sospensione delle attività ludiche e motorie all'aperto; limitazione, riduzione, sospensione o soppressione di servizi di trasporto di persone e di merci; sospensione dei servizi educativi per l'infanzia, delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado e delle università; sospensione dei viaggi d'istruzione; limitazione o sospensione dei servizi museali e dei luoghi di cultura; limitazione della presenza fisica dei dipendenti negli uffici delle amministrazioni pubbliche, salvi i servizi essenziali; limitazione o sospensione delle procedure concorsuali; limitazione o sospensione delle attività commerciali di vendita al dettaglio, salvo quelle necessarie per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità; limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti; limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali; limitazione allo svolgimento di fiere e mercati; divieti o limitazioni per gli accompagnatori dei pazienti nelle strutture sanitarie; limitazione dell'accesso di parenti e visitatori nelle strutture sanitarie e negli istituti penitenziari.

tezza e proporzionalità, va altresì sentito il Comitato tecnico scientifico istituito dal capo dipartimento della Protezione civile. Il primo d.P.c.m. adottato secondo la nuova procedura è quello del 1.4.2020, cui hanno fatto seguito quelli, un po' meno restrittivi, del 10.4.2020 e del 26.4.2020.

In casi di estrema necessità e urgenza, nelle more dell'approvazione del d.P.c.m., le misure elencate nell'art. 1 del d.l. n. 19/2020 possono essere adottate dal Ministro della salute con ordinanza emanata ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978. L'emanazione del d.P.c.m. fa, poi, venir meno l'ordinanza (art. 2, c. 2). Lo stesso vale, ai sensi dell'art. 3, in caso di aggravamento del rischio sanitario sul territorio (o su parte del territorio) regionale: nelle more dell'approvazione del d.P.c.m., i presidenti di Regione possono, con propria ordinanza, introdurre misure ulteriormente restrittive tra quelle elencate nell'art. 1 del d.l. n. 19/2020. L'emanazione del d.P.c.m. fa, poi, venir meno l'ordinanza regionale. I sindaci e tutte le altre autorità titolari di poteri di ordinanza non possono, invece, adottare atti in contrasto con quelli adottati dallo Stato.

Tutti i provvedimenti statali (d.P.c.m. e ordinanze del ministro della Salute) vanno comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro emanazione; il presidente del Consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato riferiscono ogni 15 giorni al Parlamento sulle misure adottate (art. 2, c. 5).

Cambiano anche le disposizioni sanzionatorie (art. 4). La violazione delle misure prescritte (dai d.P.c.m. o dalle ordinanze ministeriali o regionali) è, infatti, ora punita con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 400 a 3.000 euro, aumentata di un terzo se la violazione è compiuta utilizzando un veicolo. È espressamente esclusa l'applicazione dell'art. 650 c.p. (che era, invece, prevista dal d.l. n. 6/2020). Solo la violazione della quarantena comporta l'arresto da 3 a 18 mesi e il pagamento di una somma da 500 a 5.000 euro. Le medesime sanzioni amministra-

tive, nella misura minima ridotta alla metà, vanno a sostituire retroattivamente le sanzioni penali comminate per le violazioni dei d.P.c.m. e delle ordinanze emanati prima dell'adozione del d.l. n. 19/2020. Spetta sempre al prefetto, avvalendosi delle forze dell'ordine e, se necessario, delle forze armate, far rispettare le misure restrittive e comminare le sanzioni amministrative (salvo quelle previste dalle Regioni con le loro ordinanze provvisorie, che sono comminate dalle Regioni stesse).

7. I profili di dubbia costituzionalità

Gli interventi normativi ora descritti hanno suscitato, soprattutto nella prima fase, dubbi di compatibilità con il dettato costituzionale sotto quattro profili principali: (a) il rispetto dell'equilibrio tra i poteri costituzionali, (b) il rispetto della riserva di legge posta a tutela dei diritti fondamentali, (c) il rispetto della riserva di legge in materia penale, (d) il rapporto tra fonti normative statali e regionali.

7.1. L'equilibrio tra gli organi costituzionali

Quanto al primo profilo, è tratto costitutivo del costituzionalismo quello per cui va evitata l'eccessiva concentrazione di potere in capo a un medesimo soggetto¹³. E ciò non solo nelle situazioni ordinarie, bensì anche (e, anzi, *a fortiori*) nelle situazioni straordinarie, quando sarebbe più agevole approfittarne per stravolgere gli equilibri costituzionali. Naturalmente, la necessità di intervenire con urgenza può rendere impercorribili le vie ordinarie (quale sarebbe l'approvazione di una legge dopo adeguata discussione parlamentare), ma è comunque decisivo che le procedure d'urgenza

¹³ Ribadisce, con insistenza, questo punto Silvestri 2020.

non si riducano ad attribuire tutto il potere a un solo soggetto. La circostanza che, in virtù del d.l. n. 6/2020, il presidente del Consiglio dei ministri si sia ritrovato titolare di un potere di ordinanza emergenziale di fatto indefinito sembra aver prodotto un'eccessiva concentrazione di potere nelle sue mani, tanto più se si considera che a fondamento di tale potere era posto un atto, il d.l. n. 6/2020, deciso dal governo da lui stesso presieduto. Ad aggravare la situazione ha, poi, contribuito l'incapacità del Parlamento di rimanere pienamente operativo di fronte al rischio del contagio, avendo ridotto la propria funzione alla precipitosa ratifica, e a ranghi ridotti, delle decisioni governative in sede di conversione del decreto-legge (situazione ulteriormente aggravata dalla decisione del governo di porre la questione di fiducia in occasione della conversione del «decretone» cd. Cura Italia)¹⁴.

Questo rimane il punto più debole del quadro generale anche dopo l'approvazione del d.l. n. 19/2020, dal momento che, di nuovo, con un decreto-legge governativo si prevede che le misure limitative della libertà siano disposte tramite un atto del soggetto che guida il governo: il presidente del Consiglio dei ministri, che opera tramite propri decreti (i d.P.c.m.). A parziale miglioramento del quadro operano, però, due elementi: (a) la previsione che le misure adottate siano tempestivamente comunicate alla Camere e che il presidente del Consiglio di ministri, o un ministro da lui delegato, riferiscano sul tema ogni 15 giorni al Parlamento (che, più in generale, sarebbe bene tornasse a riunirsi e a discutere con regolarità); (b) l'esplicitazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio pandemico effettivamente esistente quali criteri da seguire nella decisione delle misure da adottare.

¹⁴ Anche dal punto di vista procedurale, la vicenda è stata tutt'altro che lineare: si veda la cronaca di Andrea Fabozzi su «il manifesto» del 10.4.2020 (*Cura Italia, pasticcio al Senato: fiducia su un testo che cambia*).

Ancor meglio, tuttavia, sarebbe probabilmente stato prevedere l'utilizzo di decreti definiti nel contenuto dal governo, ma adottati con atto formale del capo dello Stato (decreti del presidente della Repubblica: d.P.R.): ciò avrebbe consentito una, seppur minima, dialettica tra organi costituzionali, ulteriormente riducendo la concentrazione di potere nelle mani della guida dell'esecutivo.

7.2. La riserva di legge posta a tutela dei diritti fondamentali

Quanto al secondo profilo, e circoscrivendo la trattazione alla libertà di circolazione e di soggiorno (dalla cui limitazione discendono, come visto, tutte le altre limitazioni), in ossequio alla riserva di legge relativa dettata dall'art. 16 Cost. la legge, o l'atto normativo a essa equiparato, deve quantomeno dettare la normativa di carattere generale, demandando poi agli atti normativi secondari del potere esecutivo la specificazione del dettaglio. Il d.l. n. 6/2020 individuava, invece, alcune ipotesi di limitazione a titolo esemplificativo (art. 1, c. 2), lasciando poi libero il presidente del Consiglio dei ministri di stabilire «ogni misura di contenimento e di gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, c. 1) in qualunque ambito del territorio nazionale (art. 2). Di fatto, l'atto di rango legislativo operava un rinvio «in bianco» all'attività normativa secondaria, senza dettare alcuna disciplina di carattere generale: la riserva di legge, ancorché relativa, non era dunque adeguatamente rispettata.

Molto opportunamente, il d.l. n. 19/2020 definisce, invece, in modo tassativo le misure limitative della libertà che possono essere concretamente disposte tramite d.P.c.m. e ordinanze (art. 1, c. 2): in tal modo, la normativa emergenziale pare ora maggiormente adeguata alla riserva di legge stabilita dalla Costituzione. Come accennato, il d.l. n. 19/2020 (art. 2, c. 3) si propone, altresì, di far retroattivamente salvi gli effetti prodotti dal primo: tuttavia, «se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come

principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo violi)», il d.l. n. 6/2020, ancorché abrogato, dovrà comunque considerarsi incostituzionale, così come la sanatoria degli effetti da esso derivanti¹⁵.

Nell'attuazione pratica del d.l. n. 19/2020, poi, qualche criticità in ordine al rispetto della riserva di legge pare nuovamente venire dal d.P.c.m. del 26.4.2020, che, tra le altre, contiene misure non immediatamente riconducibili a quelle previste in astratto dal decreto-legge.

7.3. La riserva di legge in materia penale

Quanto al terzo profilo, è appena il caso di ricordare una delle conquiste fondamentali dello stato di diritto: che i cittadini non siano puniti per decisione arbitraria del detentore del potere, ma in forza di una previa legge che consenta loro di conoscere, in anticipo e con chiarezza, quali saranno le conseguenze dei loro comportamenti. È il principio che si ritrova espresso nell'art. 25, c. 2, Cost., attraverso la previsione di una riserva di legge assoluta: tale per cui, cioè, solo la legge e gli atti aventi forza di legge sono autorizzati a intervenire in materia penale. Le misure restrittive delle libertà – con connesse sanzioni penali – riconducibili al d.l. n. 6/2020 risultano contenutisticamente assai vaghe, al punto da essere state inizialmente presentate come raccomandazioni anziché come divieti e da aver richiesto continue precisazioni, perlopiù fornite tramite circolari (!) del ministero dell'interno. La stessa comminazione delle sanzioni è risultata estremamente discrezionale, al limite dell'arbitrio del singolo agente di pubblica sicurezza (al di là dei casi di vero e proprio isterismo mediatico-penale)¹⁶. Per queste

¹⁵ Luciani 2020, 3.

¹⁶ Qui il punto, per il momento, più basso: <https://www.ilfoglio.it/il-bi-e-il-ba/2020/04/14/video/barbara-d-urso-e-il-nuovo-neorealismo-in-tv-312978/>.

ragioni, il d.l. n. 6/2020 sembra, dunque, non pienamente soddisfare la riserva di legge in materia penale.

Il d.l. n. 19/2020 corregge parzialmente tale distorsione, trasformando in amministrative le sanzioni per il mancato rispetto delle limitazioni della libertà e stabilendo che ciò valga, retroattivamente, anche per le sanzioni già comminate come misure penali. Sarebbe ora importante che le limitazioni venissero definite nella maniera più precisa possibile, in modo da non lasciare margini di discrezionalità alle autorità di pubblica sicurezza chiamate a farle rispettare.

7.4. I rapporti tra fonti statali e fonti regionali

Quanto al quarto profilo, antinomie tra d.P.c.m. statali e ordinanze regionali sono sorte sin da subito per la difficoltà di coordinare i poteri d'ordinanza previsti dal Codice della protezione civile, dalla legge istitutiva del Ssn e dal d.l. n. 6/2020 (oltre che dal T.U. degli enti locali e dal d.lgs. n. 112/1998).

In particolare, il conflitto si è palesato nel dibattito pubblico quando, con ordinanze del 21.3.2020, le Regioni Lombardia e Piemonte hanno anticipato il d.P.c.m. statale del giorno successivo, disponendo più rigide misure di contenimento della pandemia, per poi raggiungere toni paradossali allorché il presidente della Lombardia ha inopinatamente investito della controversia un organo – il ministero dell'Interno – privo di qualsivoglia competenza in materia.

Come ricordato, l'art. 3 del d.l. n. 19/2020 ha provato a riportare ordine prevedendo che, in caso di aggravamento del rischio sanitario sul territorio (o su parte del territorio) regionale, le Regioni possono adottare misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle dettate dalla normativa statale (purché rientranti tra quelle elencate nell'art. 1 del d.l. n. 19/2020), con ordinanza destinata a venir meno nel momento in cui sopravverrà il d.P.c.m. approvato per far fronte alla nuova situazione. Il che significa che le misure

regionali sono legittime solo se maggiormente restrittive e assunte provvisoriamente prima che lo Stato intervenga proprio d.P.c.m. Quel che invece è accaduto è che, dopo l'approvazione del d.P.c.m. del 10.4.2020, molte Regioni hanno adottato proprie ordinanze lesive del d.l. n. 19/2020: la Lombardia, il Piemonte e la Campania approvando ordinanze più restrittive ma successive; il Veneto, il Friuli-Venezia Giulia e la Liguria approvando ordinanze non solo successive, ma anche meno restrittive. In tutti i casi, si deve dubitare della legittimità di tali atti normativi: a voler tutto concedere, si dovrebbe, infatti, ritenere che le Regioni possono dettare proprie disposizioni purché integrative (*praeter legem*), non contrastanti (*contra legem*), con la normativa statale (fatta salva la ricordata ipotesi, disciplinata dall'art. 3 del d.l. n. 19/2020, dell'ordinanza regionale più restrittiva adottata «nelle more» dell'approvazione del d.P.c.m.)¹⁷.

Riferimenti bibliografici

Agamben G. (2003), *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino.

Barbera A. (1967), *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano.

Cavino M. (2020), *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

Cintioli F. (2020), *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2020.

Cuocolo L. (2020), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

De Siervo U. (1970), *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, Utet, Torino.

¹⁷ Un' approfondita analisi della questione è in Luciani 2020, 17-21.

- Filice F., Locati G.M. (2020), *Lo stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020.
- Luciani M. (2020), *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, n. 2.
- Mazziotti M. (1960), *Circolazione (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma.
- Pace A. (1992), *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova.
- Schmitt C. (1972), *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna (ed. orig. 1922).
- Silvestri G. (2020), *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 10 aprile 2020.

*Alessandro Bellavista**

Normativa emergenziale e diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della normativa emergenziale. La prima fase. Il d.l. n. 6/2019. – 2. La seconda fase. Il d.l. n. 19/2020. – 3. La normativa territoriale e la giurisprudenza amministrativa.

1. L'evoluzione della normativa emergenziale. La prima fase. Il d.l. n. 6/2019

La necessità impellente di impedire la diffusione dell'epidemia di Covid-19 ha indotto l'emanazione di una ampia normativa caratterizzata soprattutto dalla limitazione degli spostamenti individuali e improntata al principio del cosiddetto «distanziamento sociale». È indiscutibile che tale normativa emergenziale trovi la propria giustificazione nell'art. 32 della Costituzione e quindi nella «tutela della salute» che è espressamente definita come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività». L'esigenza primaria di garantire tale diritto ha portato a coniare, quindi, una normativa che è frutto di un bilanciamento con altri diritti fondamentali (*in primis*, libertà di circolazione, di riunione, religiosa, diritto al lavoro) e che si è risolta in una indiscutibile limitazione di quest'ultimi. In buona sostanza, di fronte al conflitto tra il diritto alla salute e gli altri diritti fondamentali, la normativa emergenziale ha indiscutibilmente sacrificato questi ultimi.

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Palermo.

Per quanto la gravità della situazione era e rimane indubbia, emerge qualche criticità in relazione alle modalità con cui sono state adottate le misure restrittive e soprattutto alle forme con cui sono state applicate in concreto. D'altra parte, la solidità dello Stato democratico si verifica *in action*, nei momenti di crisi, quando il corso ordinario della vita è sconvolto da eventi improvvisi, imprevedibili e pericolosi per la comunità.

È noto che, a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza, da parte del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, s'è dipanata una fittissima trama normativa per gestire la crisi pandemica. Per ciò che rileva in questa sede, il Governo ha fatto uso di decreti-legge sulla cui base sono stati emanati parecchi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (da ora d.P.c.m.). A ciò si sono aggiunte ordinanze del Ministro della salute e una moltitudine di ordinanze dei governatori regionali e dei sindaci. Ogni tassello di questa complessa catena normativa presenta aspetti interessanti, sul piano della sua legittimazione, e criticità riguardo alle tecniche ponderative utilizzate per salvaguardare il diritto alla salute e correlativamente per limitare le altre posizioni giuridiche che si trovano in conflitto con il primo.

Anzitutto, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, (convertito, con modificazioni, dalla l. 5 marzo 2020, n. 13), prevedeva, all'art. 1, l'adozione di misure restrittive, ivi esplicitamente elencate, da applicare nelle cosiddette «zone rosse» o «aree contagiate»: che allora erano alcuni comuni del nord del paese. Ovviamente si trattava soprattutto di prescrizioni limitative della libertà di circolazione: come «il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune e nell'area»; o «il divieto di accesso al comune o all'area interessata». Mentre, l'art. 2 dello stesso decreto stabiliva che «le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epi-

demia da Covid-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, c. 1»; e quindi anche nelle cosiddette «aree non contagiate».

Il repentino aggravamento del rischio epidemiologico ha condotto il Presidente del consiglio, con il d.P.c.m. 9 marzo 2020, ad estendere le misure limitative, dettate per le zone rosse o «aree contagiate», con il precedente d.P.c.m. 8 marzo 2020, a tutto il territorio nazionale, limitando gli spostamenti individuali ad ipotesi specificamente definite. Da ciò è emerso il dubbio se tali misure limitative degli spostamenti fossero state adottate in modo rispettoso della riserva di legge di cui all'art. 16 della Costituzione. Per quanto l'interpretazione prevalente ritiene relativa, e non assoluta, tale riserva, è comunque necessario che la legge introduca un minimo di disciplina delle restrizioni alla libertà di circolazione, che poi possono essere concretizzate dall'autorità amministrativa. In realtà, l'art. 1 del d.l. n. 6/2020 appariva destinato solo alle «zone rosse», mentre dal canto suo, l'art. 2 risultava talmente generico, una sorta di delega in bianco, da non rispettare i requisiti della riserva di legge di cui all'art. 16 Cost. D'altra parte, l'incongruenza dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020 è stata sottolineata proprio in relazione al fatto che costituiva una norma aperta senza un contenuto concreto e che, proprio per questo, non aveva alcun senso che fosse contenuta in un decreto legge. Infatti, quest'ultimo è legittimato dall'art. 76 della Costituzione per i casi di necessità ed urgenza. Ma allora il fatto che l'art. 2 non contenesse alcuna misura, a differenza dell'art. 1, ma prevedesse solo l'adozione in futuro di «ulteriori misure» equivaleva a significare che queste non fossero urgenti e perciò non potevano essere autorizzate in anticipo dal medesimo decreto legge.

Più in generale, quanto alla natura giuridica dei d.P.c.m., la loro struttura temporanea e legata ad esigenze d'urgenza induce a ritenere che rientrino nella categoria delle cosiddette ordinanze contingibili ed urgenti. Rispetto al potere d'ordinanza v'è una ricca

giurisprudenza costituzionale che fissa limiti e condizioni per l'esercizio di tale potere da parte di qualunque autorità amministrativa. In particolare, proprio in materia di protezione civile, la Corte costituzionale ha sottolineato «il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di potere d'ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; e ha precisato trattarsi di deroghe temporalmente limitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti». E «proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio: il potere d'ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimazione, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione» (C. cost. n. 127/1995). Esclusa la possibilità che il potere d'ordinanza tocchi materie coperte da riserva assoluta di legge, negli altri casi (e quindi laddove la riserva sia solo relativa) il potere può dispiegarsi «purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito» e che «risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere» (C. cost. n. 26/1961). E cioè, andrebbe osservato «il principio di legalità sostanziale posto a base dello Stato di diritto» per cui «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» (C. cost. n. 115/2011). E, proprio sotto questo profilo, il potere conferito dall'art. 2 del d.l. n. 6/2020 appariva del tutto indeterminato nel contenuto e nelle modalità.

Peraltro, lasciava (e continua a lasciare) perplessi la scelta del Governo di regolare l'emergenza attraverso una sfilza di provvedi-

menti amministrativi, come i d.P.c.m., e non mediante soltanto lo strumento che la Costituzione individua per casi siffatti, come il decreto-legge. In particolare, proprio nell'attuale situazione, in cui la regolazione incide profondamente sulle libertà costituzionali, il decreto-legge è comunque un atto normativo assoggettato a specifici controlli: come quello del Presidente della Repubblica e dell'intero Parlamento in sede di conversione, così garantendo anche la vigilanza della minoranza. Né a giustificazione di tale opzione potrebbe addursi l'eventuale difficoltà ad assicurare le riunioni parlamentari in condizioni di sicurezza rispetto al pericolo del contagio. Al di là della discussione sulla possibilità o meno che le sedute parlamentari debbano avvenire con la presenza fisica e non da remoto, è comunque imprescindibile che, proprio in una situazione di emergenza, il Parlamento debba restare aperto e continuare la sua attività.

Inoltre, come s'è accennato, accanto ai d.P.c.m., è fiorita una ricca messe di ordinanze del Ministro della salute (specie quelle del 20 e 22 marzo), dei Presidenti delle regioni e dei sindaci che hanno creato un vero e proprio ginepraio inestricabile sul piano interpretativo. Se si pensa che la violazione delle varie prescrizioni risultava sanzionata, alla stregua dell'art. 3, c. 4, del d.l. n. 6/2020, *ex art. 650 c.p.*, è evidente che un quadro così frastagliato presentava il rischio di creare una sorta di diritto penale territoriale, profilando molteplici dubbi di costituzionalità sulla scelta della soluzione penale.

Ma tant'è. Attraverso i d.P.c.m. dell'11 e del 22 marzo sono state progressivamente sospese attività commerciali e produttive non ritenute essenziali, di pubblica utilità o d'importanza strategica, realizzando quello che è stato definito come *lockdown*. Siffatte restrizioni sono state di recente allentate (con il d.P.c.m. 10 aprile 2020, a partire dal 14 aprile) e dovrebbero esserlo sempre di più, seppure in modo graduale.

2. La seconda fase. Il d.l. n. 19/2020

Comunque, il Governo ha poi emanato il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, con il quale sono state sostanzialmente sanate le lacune del d.l. n. 6/2019. In questa prospettiva, anzitutto, l'art. 2, c. 3, del d.l. n. 19/2020 prevede che «sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanate ai sensi del decreto-legge» n. 6/2020 «ovvero ai sensi dell'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833». E inoltre la stessa disposizione aggiunge che «continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto».

L'art. 1 del d.l. n. 19/2020 specifica nel dettaglio le misure che possono essere adottate per contenere e contrastare la diffusione del virus, in sostanza codificando quelle già contenute nei precedenti d.P.c.m., e dedicando particolare attenzione a quelle limitative della libertà di circolazione; con ciò ne risulta un quadro più coerente con il principio della riserva di legge.

Il d.l. n. 19/2020 si preoccupa, peraltro, di regolare e di evitare il «traffico», causato dall'interferenza delle varie autorità amministrative competenti in materia, che si era prodotto in precedenza. Difatti, in primo luogo, l'art. 2, c. 1, primo periodo, ribadisce l'adozione dei d.P.c.m. sentiti i Presidenti delle regioni o il Presidente della relativa conferenza, a seconda che le misure riguardino una o più regioni ovvero l'intero territorio nazionale. Inoltre, l'art. 2, c. 1, secondo periodo, stabilisce che «i decreti di cui al presente comma possono essere altresì adottati su proposta dei Presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle Province autonome, nel caso in

cui riguardino l'intero territorio nazionale». Mentre, l'art. 2, c. 2, prevede che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al c. 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all'art. 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978».

Poi, è di estremo interesse l'art. 3, c. 1, del d.l., secondo cui «nelle more dell'adozione dei decreti del presidente del Consiglio dei ministri di cui all'art. 2, c. 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, c. 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». E, infine, l'art. 3, c. 2, del medesimo decreto sancisce che «i sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto di cui al c. 1».

Va anche sottolineato che il d.l. n. 19/2020 abbandona la via della criminalizzazione della trasgressione dei divieti e si sposta sul terreno della sanzione amministrativa (tranne alcune ipotesi considerate gravissime), per evitare il sovraccarico del sistema della giustizia penale e, soprattutto, a causa dei molteplici dubbi, poc'anzi menzionati, circa l'effettiva possibilità di applicare la sanzione penale di cui all'art. 650 c.p., in considerazione della fragilità della base legale costituita dal d.l. n. 6/2020.

Orbene, il meccanismo concertativo e, in ultima analisi, di prevalenza delle determinazioni statali nella gestione dell'emergenza (di cui agli art. 2 e 3 del d.l. n. 19/2020) non ha funzionato fin dal primo momento. Infatti, molte regioni hanno continuato ad ema-

nare ordinanze, prorogando le precedenti, in modo tale da aggirare l'inefficacia delle medesime prodotta dall'entrata in vigore dei d.P.c.m. (del 1° aprile e del 10 aprile) a loro successivi. E, pertanto, nonostante il cambiamento del quadro legale, nel passaggio dal d.l. n. 6/2020 al d.l. n. 19/2020, le cose sono rimaste sostanzialmente le stesse. Il coordinamento prefigurato dagli artt. 2 e 3 del d.l. n. 19/2020, s'è dimostrato, alla prova dei fatti del tutto scoordinato.

È evidente che tale pandemia normativa non solo è stata causata dalla giustificata esigenza di fronteggiare specifici rischi presenti in un territorio, bensì, e soprattutto, dalla smania di protagonismo di molti Presidenti di regione (e di sindaci), in particolare per realizzare obiettivi di *marketing* politico ed elettorale. D'altra parte, anche alcuni comportamenti dello stesso Presidente del consiglio non sono immuni da censure e possono essere tacciati di narcisismo politico. Come, per esempio, l'annuncio delle misure restrittive, prima che esse fossero formalmente varate, attraverso una conferenza stampa, in assoluta solitudine senza la presenza almeno del Ministro della salute: al quale, peraltro, spetta la «proposta» che dà luogo all'emanazione di ogni d.P.c.m. Ad ogni modo, è indispensabile, una volta cessata l'emergenza, ridefinire i rapporti tra i vari livelli di governo per evitare quanto s'è fin qui verificato.

Inoltre, è presumibile che l'attuale quantità di diritto dell'emergenza «arlecchino», perché cangiante in relazione ai vari territori, tenderà a ridursi, mano a mano che, riducendosi il rischio del contagio, non saranno necessarie le misure più restrittive. Ma è anche vero che, fino a quando il virus non sarà completamente debellato, bisognerà convivere con esso. E quindi bisognerà cercare di assicurare la piena e leale collaborazione tra tutti gli attori competenti a dettare regole in materia, per impedire la riproposizione di confusione e incertezze.

La confusione e incertezza su obblighi e divieti, peraltro, non è scaturita solo dal mosaico determinato dall'interferenza tra i poteri

normativi decentrati e centrale, ma anche dalla pessima tecnica adottata per scrivere i d.P.c.m., e cioè l'asse centrale del diritto emergenziale. Basti ricordare la controversia ermeneutica scoppiata a proposito della possibilità o meno di farsi una corsetta sotto casa; o quanto ha osservato Sabino Cassese a proposito del d.P.c.m. del 22 marzo che «contiene, nella parte dispositiva, 864 parole e ben dieci rinvii ad altri decreti, leggi, ordinanze, codici, protocolli». Sicché, «a Palazzo Chigi pensano che tutti gli italiani siano dotati di una raccolta normativa completa, incluse le ordinanze?».

3. La normativa territoriale e la giurisprudenza amministrativa

Beninteso, altro aspetto che va sottolineato è che molte ordinanze regionali (ma anche dei sindaci) presentano aspetti tali da sollevare forti perplessità in ordine alla loro legittimità sul piano costituzionale, perché comprimono eccessivamente libertà fondamentali. L'ordinanza n. 6 del 19 marzo 2020 del Presidente della Regione Siciliana stabilisce che «le uscite per gli acquisti essenziali, ad eccezione di quelle per i farmaci, vanno limitate ad una sola volta al giorno e ad un solo componente del nucleo familiare. È vietata la pratica di ogni attività motoria e sportiva all'aperto, anche in forma individuale. Gli spostamenti con l'animale da affezione, per le sue esigenze fisiologiche, sono consentiti solamente in prossimità della propria abitazione». Ancora più incisiva è l'ordinanza n. 15 del 13 marzo 2020 del Presidente della Regione Campania, secondo cui «su tutto il territorio regionale è fatto obbligo a tutti i cittadini di rimanere nelle proprie abitazioni. Sono consentiti esclusivamente spostamenti temporanei, motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute». Peraltro, si aggiunge che «la trasgres-

sione degli obblighi di cui alla presente ordinanza comporta, altresì, per l'esposizione al rischio di contagio del trasgressore...l'obbligo immediato per il trasgressore medesimo di osservare la permanenza domiciliare, mantenendo lo stato di isolamento per 14 giorni, con divieto di contatti sociali e di rimanere raggiungibile per ogni eventuale attività di sorveglianza». Analoga misura di quarantena obbligatoria è prevista, dall'ordinanza n. 15 del 22 marzo 2020 del Presidente della Regione Calabria, ai trasgressori della prescrizione secondo cui «è vietato ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dal territorio regionale, salvo che per spostamenti derivanti da comprovate esigenze lavorative legate all'offerta di servizi essenziali ovvero spostamenti per ragioni di salute».

Il campionario potrebbe continuare a lungo, ma già questo esame è sufficiente per rendersi conto di come, con tali variegate prescrizioni, non solo si limita la libertà di circolazione in modo irragionevole e sproporzionato, ma si arriva ad incidere la libertà personale di cui all'art. 13 della Costituzione senza rispettare le garanzie ivi previste.

Il Consiglio di Stato, il 7 aprile 2020, ha dato parere favorevole all'annullamento governativo straordinario di un'ordinanza del Sindaco di Messina che impone «determinati obblighi di fare a tutte le persone che intendano fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina» e che introduce un potere comunale di previa autorizzazione all'ingresso e al transito sul territorio comunale. Ciò soprattutto perché l'ordinanza, da un lato, «si pone in contrasto con l'art. 23 della Costituzione, che fa divieto a qualsiasi pubblica autorità di imporre ai cittadini prestazioni personali o patrimoniali 'se non in base alla legge' (legge che, in questo caso certamente non sussiste)»; e, dall'altro, perché «si pone in contrasto diretto ed evidente con la libertà personale e la libertà di circolazione» di cui agli artt. 13 e 16 della Costituzione. Significativa è

poi l'affermazione del Consiglio di Stato per cui «in presenza di emergenze di carattere nazionale, dunque, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali». Peraltro, il ragionamento del Consiglio di Stato fa sorgere forti dubbi sulla legittimità dell'ordinanza n. 17 del 18 aprile 2020 del Presidente della Regione siciliana che, dal canto suo, sottopone ad una sorta di autorizzazione i lavoratori pendolari che attraversano lo stretto di Messina.

Nonostante questo autorevole parere, purtroppo è vero che una rondine non fa primavera. E cioè, i primi interventi della giurisprudenza amministrativa, in sede cautelare, hanno avallato le misure fortemente restrittive della libertà di circolazione previste da varie ordinanze regionali, come quella della quarantena come tecnica sanzionatoria, poc'anzi menzionata, valorizzando l'assoluta preminenza del principio *salus rei publicae suprema lex esto*. Ciò con motivazioni generiche e senza indagare con accuratezza la presenza di un'adeguata base legale al potere d'ordinanza né la ragionevolezza e la proporzionalità della misura impugnata¹. Tale *modus operandi* è consacrato in alcuni decreti del presidente del Consiglio di Stato, sempre in sede cautelare, in cui, affrontando la questione della legittimità della misura della quarantena sanzionatoria, si afferma che «in tale quadro, per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente com-

¹ Cfr. Tar Campania, sez. III, 17.4.2020, n. 783; Id., 24.3.2020, n. 471; Tar Calabria, sez. I, 15.4.2020, n. 219; Tar Sicilia, sez. I, 17.4.2020, n. 458. Cfr., anche, Tar Campania, 21.3.2020, n. 436, che accorda la richiesta di sospensiva, perché ritiene sussistenti le giustificazioni addotte dal ricorrente.

pressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla privacy – in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall’ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo)». Sicché, «per queste ragioni, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell’interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell’Italia oggi non superabile in alcun modo». Lo stesso Consiglio di Stato si rende conto dell’estrema delicatezza della questione e dice che «sarà possibile, nelle successive sedi di giudizio, volte all’esame dei profili di merito del ricorso, in caso di fondatezza del medesimo, richiedere e documentare, come di regola, un eventuale risarcimento del danno»². E, in conclusione, non può che auspicarsi che ciò si realizzi effettivamente.

² Consiglio di Stato, sez. III, 31.3.2020, n. 1611; e Id., sez. III, 30.3.2020, n. 1553.

*Gaetano Natullo**

Covid-19 e sicurezza sul lavoro:
nuovi rischi, vecchie regole?

SOMMARIO: 1. Le «interferenze» tra salute dei cittadini e salute dei lavoratori. – 2. Il «Covid-diritto» tra legge e contratti. – 3. Rischio Covid-19 e misure di prevenzione tra ambiente (esterno) ed ambiente di lavoro. – 4. Sulle «fonti» di produzione del «Covid-diritto». – 5. Classificazione e valutazione del rischio Sars-CoV-2. – 6. Sospensione delle attività e sicurezza del lavoro. – 7. La sorveglianza sanitaria. – 8. Competenze per la vigilanza e regime sanzionatorio. – 9. «Oltre» l'emergenza: insegnamenti per il futuro.

1. Le «interferenze» tra salute dei cittadini e salute dei lavoratori

Inevitabilmente, le gravi problematiche igienico-sanitarie causate dalla pandemia Sars-CoV-2 si sono riprodotte «anche» negli ambienti di lavoro, per l'esigenza di evitare, o quantomeno ridurre al minimo, il rischio di contagio anche in quei luoghi. Proprio la congiunzione «anche» costituisce il tratto che caratterizza la vicenda e le sue problematiche, nella prospettiva in questa sede esaminata.

Ed invero, l'assoluta novità della vicenda è determinata dalla promiscuità del nuovo rischio, dall'incrocio quasi inestricabile tra effetti, e rimedi, del rischio «Covid-19» sulla generalità della po-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università del Sannio.

polazione ed effetti, e rimedi, nei luoghi di lavoro, imponendo l'adozione di provvedimenti, e misure, allo stesso tempo di carattere generale, per tutta la popolazione e tutti gli ambienti, e specifico, per i lavoratori e nei luoghi di lavoro, sollevando problemi interpretativi ed applicativi non sempre di agevole soluzione¹.

2. *Il «Covid-diritto» tra legge e contratti*

Per ragioni di spazio, solo un cenno alle regole di fonte governativa emanate in via d'urgenza, cui si aggiungono le integrazioni apportate dalle parti sociali.

Considerando le principali disposizioni riferite a tutto il territorio nazionale, queste si rinvencono nei tanti d.P.c.m. susseguiti negli ultimi due mesi (da ultimo d.P.c.m. del 26 aprile), e nei d.l. del 17 marzo n. 18, cd. «cura italia» (conv. con l. n. 27/2020) e del 25 marzo, n. 19² (da ultimo, in corso di emanazione un ulteriore d.l. relativo alla «fase 2», cd. decreto «Rilancio»).

Con riferimento particolare ai luoghi di lavoro, le disposizioni governative sono state poi implementate dalle parti sociali nel «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro», del 14 marzo 2020, aggiornato, in vista del graduale superamento dell'emergenza (cd. «seconda fase») in data 24 aprile. A tali accordi, sottoscritti dalle principali Confederazioni datoriali e sindacali, si aggiungono i numerosi accordi riferiti a categorie/settori specifici³. Infine, il tutto è stato anche implemen-

¹ Sul relativo dibattito v., anche per ulteriori riferimenti, Guariniello 2020; Pascucci 2019, 109; Pascucci 2020; Marazza 2020; Lazzari 2020, 136; Tullini 2020.

² Sulla successione dei provvedimenti si rinvia al sito del Governo (<http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>). V. anche Pascucci 2020.

³ Tra i quali il Protocollo del 19 marzo, per i settori Trasporti e Servizi, il

tato da numerose note e circolari degli organi pubblici più coinvolti (ai nostri fini, Inail, Inl, Ministero Lavoro, Ministero Salute).

In estrema sintesi, la normativa governativa contiene principalmente, ma non solo, le regole sulla limitazione della presenza dei lavoratori in azienda (sospensione attività, *smartwork*, ferie, etc.). Il Protocollo condiviso, al contrario, si occupa principalmente (ma non solo) delle misure igienico-sanitarie ed organizzative, per così dire, interne ai luoghi di lavoro, per garantire «adeguati livelli di protezione». Misure che, sostanzialmente, prevedono:

1. riduzione al minimo possibile, nel periodo di emergenza, della presenza dei dipendenti in azienda, con ricorso, peraltro agevolato dal legislatore, al lavoro agile, a turnazioni, a istituti contrattuali quali Rol, banca ore, etc., alle ferie (maturate e non godute);
2. informazione dei lavoratori sui rischi derivanti da Covid-19 e sulle misure igienico-sanitarie consigliate ed applicate in azienda;
3. adozione di specifiche modalità in ingresso e uscita dall'azienda (con diluizione di tempi e distanze), sia per i lavoratori che per utenti, fornitori, etc.;
4. eventuale misurazione della temperatura ed eventuale adozione delle conseguenti misure nel caso di superamento dei limiti ritenuti di attenzione (superiore a 37,5);
5. pulizia giornaliera e sanificazione (periodica e comunque ove necessario) degli ambienti;
6. igiene obbligatoria personale con fornitura dei relativi mezzi detergenti e igienizzanti;
7. rispetto delle distanze interpersonali minime (1 m.);
8. accesso contingentato agli spazi comuni (spogliatoi, mense, etc.);

Protocollo 24 marzo per i settori Sanità, Servizi Socio-sanitari e Socio-assistenziali; il Protocollo del 26 aprile per il settore dei cantieri. Un dettagliato elenco sul sito dell'Osservatorio Olympus (consultabile in https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=2200&acc&catid=151&Itemid=101).

9. qualora non possibile il rispetto della distanza minima, fornitura di appositi dispositivi di protezione individuale (Dpi), tipo mascherine e altri dispositivi quali guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, etc., conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie;
10. irrobustimento della sorveglianza sanitaria ad opera del medico competente, con particolare attenzione ai lavoratori «fragili», e adozione di provvedimenti nel caso di persone sintomatiche (con rispetto delle norme sulla *privacy* nell'attuazione delle misure di prevenzione e controllo sanitario, secondo le indicazioni contenute nello stesso Protocollo del 14 marzo);
11. costituzione di un Comitato (aziendale o territoriale) per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione, con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

3. Rischio Covid-19 e misure di prevenzione tra ambiente (esterno) ed ambiente di lavoro

Venendo allo specifico versante della tutela sui luoghi di lavoro, il cortocircuito tra valenza generale dei provvedimenti sopra citati e valenza «interna» ha determinato i seguenti principali problemi interpretativi ed applicativi.

Sul piano generale: a) natura ed efficacia delle «fonti» di previsione delle misure prescritte; b) natura generica/esogena (ambiente esterno) o specifica/professionale (riferita all'organizzazione produttiva/del lavoro aziendale) del rischio Covid-19.

Sul piano particolare: a) rilevanza «prevenzionale» (o solo precauzionale) dell'obbligo di sospensione dell'attività produttiva (e relativo regime sanzionatorio); b) obbligo di aggiornare, o meno, la Valutazione dei rischi ed il relativo documento; c) di conse-

guenza, necessità di specificare nel Documento di Valutazione del Rischio (Dvr) la tipologia di rischio (biologico) e le misure di prevenzione da adottare e le relative modalità di attuazione; d) ruolo del «medico competente».

Prima di procedere con il ragionamento, una ulteriore avvertenza. In una situazione emergenziale e di assoluta novità come quella di cui si tratta, è evidente che giungere a delle conclusioni tecnico-giuridiche assistite da un sufficiente grado di certezza è arduo. Il tentativo è comunque di giungere a soluzioni che rispondano innanzitutto ad un criterio di ragionevolezza, considerando l'obiettivo primario, almeno questo credo indiscusso e indiscutibile, che è quello di tutelare la salute: dei lavoratori come dei cittadini.

In primo luogo, occorre richiamare il «solito» art. 2087 c.c., principio fondamentale dell'intero nostro sistema normativo di prevenzione, per il quale l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro si estende sino alla «massima sicurezza tecnologicamente possibile» (per quanto mitigata dalle interpretazioni della Corte costituzionale)⁴, intesa nel senso che il datore di lavoro deve adottare, in relazione ai rischi, tutte le misure possibili, secondo esperienza, scienza e tecnologia, e comunque tutte quelle normalmente applicate ed applicabili, con riguardo al settore produttivo ed alla tipologia di attività esercitata⁵.

Altra indicazione normativa generale da richiamare è la lettera n) dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2008, che definisce la «prevenzione» come: «il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno».

⁴ V. C. cost. 25.7.1996, n. 312, in *DPL*, 1996, 3171.

⁵ Da ultimo, sulla tutela del lavoro nel codice civile ed i principi generali della prevenzione sia consentito il rinvio a Natullo 2020. In particolare, sui rapporti tra art. 2087 c.c. e misure Covid-19 v. Marazza 2020.

Quest'ultima definizione, infatti, rende bene l'idea del rapporto reciproco, bidirezionale, che c'è o può esserci tra i rischi «interni» ed «esterni» all'ambiente di lavoro; bidirezionale, giacché, come nel caso di specie, il fattore di rischio è comune all'ambiente esterno, e da esso può essere trasportato all'interno dei luoghi di lavoro, ma da quest'ultimo a sua volta, attraverso i lavoratori, può essere trasmesso all'esterno.

E, del resto, nelle esperienze applicative e nel diritto vivente di marca giurisprudenziale è ben nota la specifica fattispecie dei rischi, per i lavoratori, derivanti dall'ambiente esterno che vengono fatti rientrare nell'ambito di protezione dell'obbligo di sicurezza datoriale⁶. Anche in questi casi è possibile un incrocio tra disposizioni «generali» riferite a tutti i cittadini e disposizioni (misure) specifiche adottate dalle aziende. Ad esempio: si pensi a Paesi ove siano in corso conflitti interni, con rischi di azioni di guerriglia e/o presa in ostaggio di stranieri; o ancora di Paesi in cui vi siano particolari rischi per la salute, per la presenza di agenti biologici (virus/batteri) particolarmente nocivi. In tali casi, il Governo, nella persona del Ministro competente, potrà disporre misure ritenute necessarie per tutti i cittadini che devono recarsi in quelle zone (avvertenze, limitazioni, vaccinazioni, etc.). Ma le aziende che svolgono attività, anche temporaneamente, in quelle zone, dovranno adeguare le misure aziendali di prevenzione a quei particolari ri-

⁶ V. Interpello n. 11/2016 (Commissione per gli interPELLI *ex art.* 12 d.lgs. n. 81/1998) che così conclude: « la Commissione ritiene che il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti «rischi generici aggravati», legati alla situazione geopolitica del Paese (es. guerre civili, attentati, etc.) e alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta nel senso». In tema, Angelini, Lazzari 2019. In giurisprudenza, Cass. 22.3.2002, n. 4129, in <http://olympus.uniurb.it>.

schi, partendo dalle eventuali indicazioni governative, ma applicando le specifiche normative di prevenzione.

Si vuole cioè dire, in definitiva, con riferimento alle attuali vicende, che sebbene ci si trovi senz'altro in un'ipotesi estrema, dalle caratteristiche del tutto peculiari, cionondimeno non mancano gli strumenti per leggerla alla luce della normativa generale e speciale già esistente.

4. Sulle «fonti» di produzione del «Covid-diritto»

Sulla scorta di tali premesse, veniamo al primo dei problemi elencati, relativo alla natura delle fonti di produzione delle regole cautelari sopra ricordate ed alla loro vincolatività, atteso il carattere non legislativo, e comunque talora non espressamente precettivo, di molte tra le disposizioni integranti il cd. «Covid-diritto», costituito da un profluvio di fonti e regole nella massima parte non legislative.

Invero, il problema si è posto in particolare nella prima fase dell'emergenza, per poi essere sostanzialmente risolto. Per quanto qui interessa, in particolare con il d.l. n. 19/2020, si è dato luogo all'auspicato «recepimento del suo contenuto in atti pubblicistici, traducendo in norme vincolanti ciò che oggi è frutto di determinazioni volontarie (...)»⁷. Da ultimo, i Protocolli delle Parti sociali sono espressamente richiamati nel d.P.c.m. del 26 aprile (art. 6, c. 2).

In ogni caso, per quanto concerne i luoghi di lavoro, pare possibile ricondurre parte di tali misure, sul piano della precettività/obbligatorietà, all'obbligo di sicurezza datoriale, ed al relativo apparato normativo di tutela. Ciò, con riferimento anzitutto alla menzionata ampia portata operativa dell'art. 2087 c.c., ed al principio della «massima sicurezza tecnologicamente possibile», ma anche alle fonti integrative degli obblighi, cui lo stesso d.lgs. n. 81/2008 fa espresso riferimento nella norma sulle definizioni (art. 2):

⁷ Così Pascucci 2020, 109.

«buone prassi» e «linee guida». In definitiva, e pur considerando un'eventuale carenza dei completi requisiti formali per assurgere pienamente al rango di misure legislative di prevenzione, mi pare possibile comunque affermarne un carattere di doverosità per le aziende, quali regole cautelari «minime» da adottare, sia pure con alcuni margini di discrezionalità organizzativa.

5. Classificazione e valutazione del rischio Sars-CoV-2

Venendo al secondo dei profili problematici considerati, relativo alla natura del rischio Sars Cov-2, se cioè va considerato un rischio «generico», esterno all'azienda, o «specifico» e dunque interno all'azienda, la questione va opportunamente affrontata e risolta (nei limiti delle iniziali avvertenze al lettore) unitamente alla questione relativa alla Valutazione dei rischi ed al relativo Dvr, dal momento che la prima questione si può riflettere sulla seconda⁸.

Sul punto, e pur in presenza di evidenti incertezze ed ambiguità, il diverso approccio (tra chi propende per la non obbligatorietà di un aggiornamento della valutazione dei rischi aziendali, in ragione della natura «generica» del rischio Covid-19 e chi invece sostiene comunque la doverosità di tali adeguamenti) mi pare da ultimo emblematicamente espresso dalle due diverse opzioni sottese, da un lato, al nuovo Protocollo delle Parti sociali del 24 aprile e, dall'altro lato, alle indicazioni fornite dall'Inail nel documento tecnico di aprile⁹, nonché dalla Circolare Min. Salute del 29 aprile, n. 14915¹⁰.

⁸ V. Pascucci, 2020, *cit.*

⁹ Inail, «Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione», aprile 2020.

¹⁰ «Indicazioni operative relative alle attività del medico competente nel contesto delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Sars-CoV-2 negli ambienti di lavoro e nella collettività».

Nel primo, infatti, da un lato si precisa che «Il Covid-19 rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione. Il presente protocollo contiene, quindi, misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell’Autorità sanitaria»; dall’altro lato non si fa mai riferimento alla Valutazione dei rischi ed all’aggiornamento del Dvr (salvo che in via incidentale nelle disposizioni relative al ruolo del medico competente). Nel documento Inail, invece, pur con la necessaria precisazione che si tratta di un mero documento di supporto tecnico al Governo, i riferimenti alla valutazione dei rischi sono molteplici e significativi. Altresì, la citata circolare ministeriale (pag. 6), testualmente prevede che «L’art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i. fornisce una chiara definizione della valutazione dei rischi, che deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari. L’atto finale della valutazione del rischio è il Dvr, obbligo in capo al datore di lavoro. Sarà necessario adottare una serie di azioni che andranno ad integrare il Dvr, atte a prevenire il rischio di infezione da Sars-CoV-2 nei luoghi di lavoro contribuendo, altresì, alla prevenzione della diffusione dell’epidemia».

Ebbene, a me pare francamente non del tutto condivisibile sul piano tecnico, ma anche su quello dell’opportunità e ragionevolezza per le aziende, cercare di far leva sulla natura esterna/generica del rischio Covid-19 per dedurre la non obbligatorietà di un aggiornamento della Valutazione dei rischi¹¹.

Invero, già il comune buon senso e la mera diligenza del buon padre di famiglia (ricordando però che nel caso di specie la diligenza richiesta al datore di lavoro è ben più «qualificata», anche

¹¹ Ferme stando che alcuni Protocolli sindacali (Trasporti e servizi; Cantieri) prevedono espressamente l’aggiornamento del Dvr o del Duvri.

sul piano contrattuale), suggerirebbero in ogni caso alle aziende di fare tutto ciò che è opportuno e possibile per adeguare l'organizzazione aziendale e del lavoro al nuovo rischio e ridurre il contagio, tenendo conto delle disposizioni sopra ricordate, ma anche di quelle ulteriori ritenute possibili ed applicabili dalle competenze tecniche di cui le aziende si avvalgono (servizio di prevenzione; medico competente), in relazione alle specifiche caratteristiche produttive ed organizzative delle diverse realtà aziendali. Del resto, lo stesso Protocollo del 24 aprile prevede l'applicazione delle «misure di precauzione» ivi previste «da integrare con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione».

Orbene, in considerazione dei principi procedurali ed organizzativi su cui si fonda il sistema di prevenzione in azienda prefigurato dal d.lgs. n. 81/2008, pare davvero difficile che ciò possa avvenire senza documentare il nuovo assetto aziendale derivante dalla applicazione delle misure di prevenzione anti-contagio, seppure transitorio ed emergenziale. E, nel sistema normativo di prevenzione, tale «documentazione» come noto avviene nel Dvr, ossia il «documento» in cui si traduce la procedura di Valutazione dei rischi.

Peraltro, a me pare che ciò risponda anche all'interesse degli stessi datori di lavoro, nell'ipotesi in cui venga richiesto alle aziende di comprovare l'adozione di idonee misure di prevenzione, in sede ispettiva o in giudizio di accertamento di responsabilità per danni da infortunio sul lavoro (sul punto v. *infra*).

Ma, ciò che più rileva, è sul piano tecnico-giuridico che mi pare sussistano in tal senso solidi argomenti¹².

Ciò, a partire da quanto già chiarito circa la natura del rischio Covid-19: e cioè che, pur essendo quest'ultimo certamente un rischio (biologico) non (direttamente e strettamente) aziendale, ma

¹² Nello stesso senso, sostanzialmente, Tullini 2020.

esogeno/generale, si trasforma in rischio «interno» per i lavoratori che possono esserne esposti e, di conseguenza, va valutato dal datore come rischio (anche) aziendale.

Del resto, mi pare vadano in questa direzione anche le stesse previsioni del legislatore (art. 42 d.l. n. 18/2020), ed i pertinenti chiarimenti Inail, là dove prevedono e confermano che, se viene dimostrato il nesso eziologico con il lavoro («occasione di lavoro»), il contagio da Covid-19 è a tutti gli effetti da qualificare come infortunio sul lavoro¹³.

Certamente, vi è differenza tra il rischio specifico «professionale» che il Covid-19 integra per gli ambienti sanitari e i relativi operatori, ed il rischio che esso integra negli altri ambienti di lavoro. È lo stesso Inail che ce lo conferma, qualificando in tali casi quel rischio come «generico-aggravato» e dunque tale da legittimare l'«occasione di lavoro»¹⁴. Ciò, sempre in via presuntiva, anche per le attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza, ma non escludendo, a fini assicurativi, la possibilità che l'«occasione di lavoro» (e dunque il rischio generico-aggravato) si verifichi anche in altri e diversi ambienti di lavoro.

Peraltro, mi pare che anche le specifiche disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 sulla Valutazione del rischio e sul relativo Dvr possono interpretarsi in questa direzione.

Premesso che, ai sensi art. 15 d.lgs. n. 81/2008, tra le «misure generali», è prevista «la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza» (lett. a), nonché «la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio» (lett. g); premesso altresì che il primo comma dell'art. 28 ribadisce che «La valutazione (...) anche nella scelta delle attrezzature di la-

¹³ Inail, Circolare n. 13 del 3 aprile 2020. V. La Peccerella 2020. Si veda anche Ludovico in *q. vol.*

¹⁴ Inail, *Ibidem.*

voro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori (...)», si ricorda che il successivo comma 3 dispone che «La valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata... in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità. A seguito di tale rielaborazione, le misure di prevenzione debbono essere aggiornate».

Ebbene, a me pare che una lettura sistematica di tale disposizione, anche in considerazione della disgiuntiva «o» utilizzata dal legislatore, debba far ritenere che la Valutazione deve essere aggiornata nel momento in cui un qualsiasi fattore di rischio, diverso o incrementato rispetto al pregresso assetto aziendale, renda necessario un adeguamento delle misure di prevenzione, anche in termini di modifiche organizzative. E mi pare che sia questo il caso del rischio Covid-19, che impone l'adozione di alcune misure minime di cautela, indicate dalle disposizioni governative e dall'autonomia collettiva; misure che, invero, non può escludersi che i datori di lavoro comunque avrebbero potuto e dovuto adottare anche in assenza di queste ultime, sulla scorta delle (pur se recenti, incerte e scarse) conoscenze ed esperienze tecnico-scientifiche, peraltro quasi da subito divenute conoscenze comuni (distanziamento, misure igieniche, etc.).

Tale conclusione, a mio parere, trova conferma nella circostanza che il rispetto di tali misure impone scelte anche organizzative (selezione dei reparti da chiudere rispetto a quelli da mantenere attivi, modalità di ingresso ed uscita, distribuzione zone e posti di lavoro, zone comuni, etc.) che certamente richiedono di essere valutate e, per così dire, «rendicontate» nel Dvr.

Lo stesso Ispettorato nazionale del lavoro (Inl), nella nota n. 89 del 13 marzo, pur dichiarando di condividere l'orientamento della Regione Veneto (che ha ritenuto non giustificato l'aggiornamento della Valutazione dei rischi), aggiunge però: «Tuttavia, ispirandosi ai principi contenuti nel d.lgs. n. 81/2008 e di massima precauzione, discendenti anche dal precetto contenuto nell'art. 2087 c.c. si ritiene utile, per esigenze di natura organizzativa/gestionale, redigere – in collaborazione con il Servizio di prevenzione e protezione e con il medico competente – un piano di intervento o una procedura per un approccio graduale nell'individuazione e nell'attuazione delle misure di prevenzione, basati sul contesto aziendale, sul profilo del lavoratore – o soggetto a questi equiparato – assicurando al personale anche adeguati Dpi».

Ebbene, viene da chiedersi, è tanto diverso, nella sostanza, tale «piano di intervento» o «procedura» da un aggiornamento del Dvr? A me non pare.

Certo, è anche comprensibile l'esigenza di non onerare troppo le aziende, in un momento già così complicato. Ma, anche considerando la (per ora, e auspicabilmente) temporaneità del rischio Sars-CoV-2 e delle relative misure, potrebbe essere sufficiente, e mi siano perdonati i termini poco tecnici, un aggiornamento «essenziale» (integrazione) nel Dvr, con rinvio sia alle disposizioni governative (e contrattuali) sia, sul piano organizzativo, ad un più articolato e dettagliato allegato/*addendum*. Ciò dovrebbe consentire anche, una volta terminata l'emergenza, e tornati, si spera, ad un assetto «ordinario», di espungere più agevolmente le integrazioni dal Dvr (o, come alternativa, a rendere l'allegato parte integrante del Dvr).

Del resto, e con riferimento alla responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. n. 231/2001), ed ai modelli organizzativi e gestionali «esimenti» (art. 30, d.lgs. n. 81/2008), è certamente opportuno, se non necessario, che l'impresa abbia, nel caso, la possibilità

di dimostrare di aver adeguato il «modello» e le procedure al nuovo rischio ed alla sua prevenzione. E ciò, anche ed in ogni caso nei confronti dell'Organismo di Vigilanza costituito *ex art.* 6, d.lgs. n. 231/2001.

Quanto alla difficoltà tecnica di valutazione del rischio Sars-CoV-2, anche in questo caso mi pare che, da un lato le indicazioni tecniche fornite da Inail, Ministero Salute, etc., dall'altro lato le indicazioni ricavabili dalle specifiche disposizioni ed allegati del d.lgs. n. 81/2008, consentano la soluzione del problema¹⁵.

6. Sospensione delle attività e sicurezza del lavoro

Brevissime riflessioni relativamente alla sospensione delle attività, imposta dalle disposizioni governative (da ultimo d.P.c.m. 10 aprile). Come noto tali provvedimenti impongono la sospensione delle attività produttive, con una serie di deroghe per attività ritenute necessarie, funzionali a quelle necessarie, essenziali, o l'interruzione delle quali risulterebbe gravemente pregiudizievole o pericolosa.

Per alcune di queste attività, peraltro, le previsioni governative hanno determinato problemi interpretativi ed applicativi, in ragione della possibilità per le imprese, che ritenessero di rientrare nel novero delle «deroghe» alla sospensione, di continuare l'attività, al contempo inviando richiesta di autorizzazione al Prefetto; con le inevitabili perplessità sulle conseguenze di un'eventuale mancata autorizzazione, per quanto qui in particolare interessa, legate alle possibili ripercussioni in ordine alla responsabilità aziendale (penale e civile) nei confronti dei lavoratori, per mancata ap-

¹⁵ Con particolare riferimento al rischio biologico, il Testo unico sulla sicurezza dedica un titolo specifico (il X: artt. 266 ss., ed allegato XLVI), ripartendo gli agenti biologici in quattro gruppi in base alla pericolosità.

plicazione di obblighi di prevenzione, specialmente nel malaugurato caso di un contagio di questi «in occasione di lavoro».

Premesso che l'aporia normativa è stata risolta dal Governo nel decreto del 10 aprile, «sostituendo» la mera comunicazione al Prefetto alla richiesta di autorizzazione, a me pare comunque, anticipando sul punto quanto più avanti dirò sul regime sanzionatorio, che la sospensione dell'attività, in termini di sicurezza sul lavoro, non rientri la «misure di prevenzione» in senso stretto, come tali riconducibili alla specifica normativa di prevenzione (d.lgs. n. 81/2008), bensì alle più generali «precauzioni» di ordine pubblico-generale adottate per tutta la cittadinanza, la cui violazione comporta l'applicazione del relativo regime sanzionatorio (sanzioni amministrative).

Ed invero, la rilevanza «pubblica (di «ordine pubblico») e non «privata-contrattuale» (sicurezza del lavoro) a mio parere è confermata dalla circostanza che lo svolgimento dell'attività, per i settori non «sospesi», è consentito (pertanto, non pericoloso) nel rispetto delle misure di prevenzione «Covid-19». E, dunque, ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative, è il mancato rispetto di queste ultime che va valutato ai fini delle ulteriori eventuali specifiche responsabilità e sanzioni (sul punto v. *infra*).

7. La sorveglianza sanitaria

Quanto alla sorveglianza sanitaria, ed in coerenza con quanto sinora argomentato, è evidente che una specifica sorveglianza sanitaria, con le relative funzioni del medico competente (dipendente o consulente), siano necessarie, ai sensi art. 41, d.lgs. n. 81/2008, sia in sede di «organizzazione» delle misure minime anti-Covid-19, in collaborazione con il Servizio di prevenzione e protezione, sia nella implementazione delle stesse e nel monitoraggio delle condizioni di salute dei lavoratori. Del resto, gli stessi Protocolli delle

parti sociali dedicano specifiche disposizioni alla sorveglianza sanitaria ed all'attività del medico competente (in entrambi i Protocolli al punto 12).

In merito, importanti indicazioni sono state fornite dal Ministero della Salute nella già richiamata circ. del 29 aprile.

Ma in questa sede interessa anche evidenziare quanto previsto dal cd. decreto «Rilancio» (ancora emanando), nel cui art. 21 si dispone che «(...) Per i datori di lavoro che ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lett. a) del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, non è fatto obbligo di nominare il medico competente per l'effettuazione della sorveglianza sanitaria nei casi previsti dal medesimo decreto, fermo restando la possibilità di nominarne uno per il periodo emergenziale, la sorveglianza sanitaria eccezionale di cui al comma 1 del presente articolo può essere richiesta ai servizi territoriali delle Aziende Sanitarie locali o dell'Inail che vi provvedono con propri medici del lavoro, su richiesta del datore di lavoro, avvalendosi anche del contingente di personale di cui all'articolo 10 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18».

Orbene, dal momento che la norma fa esclusivo riferimento alla sorveglianza «eccezionale» (cioè riferita ai lavoratori cd. «fragili» particolarmente esposti al rischio Covid-19), se ne dovrebbe desumere la conferma che la sorveglianza sanitaria, anche per il rischio Covid-19, dei lavoratori per così dire «ordinari» (non fragili), resta assegnata ai medici competenti aziendali.

8. Competenze per la vigilanza e regime sanzionatorio

Infine, un «incrocio» tra la normativa «generale» e quella speciale si rinviene anche con riguardo al profilo della vigilanza e del regime sanzionatorio.

Sul punto, mi limito a ricordare che, per quanto riguarda il sistema di vigilanza, in materia di prevenzione sui luoghi di lavoro questa compete ai servizi ispettivi delle Asl oltre che, in specifici casi,

ad altri organismi (ed in primo luogo all'Inl per i cantieri); per quanto concerne il sistema sanzionatorio, dal combinato delle norme sanzionatorie del Testo unico in materia di sicurezza (Tus) (artt. 50 ss.), molti degli obblighi più importanti sono assistiti da sanzioni penali (senza ovviamente tener conto dei reati sanzionati dalle disposizioni del codice penale (tra le quali: artt. 437, 451, 589, 590).

Le disposizioni governative «Covid-19» (da ultimo art. 4 d.l. n. 19/2020) prevedono, rispettivamente: per i controlli, la competenza del Prefetto (avvalendosi delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate, nonché dei funzionari Asl e Inl)¹⁶; quanto alle sanzioni, per la massima parte sono previste sanzioni amministrative, ma, ed è un punto essenziale, con l'iniziale clausola «salvo che il fatto costituisca reato»¹⁷.

Orbene, anche in questo caso, in coerenza con la ricostruzione svolta, e sempre con tutte le cautele del caso, a me pare non del tutto fondato, proprio considerando la natura di «reati» di molti degli obblighi di prevenzione (a partire dalla omessa o incompleta valutazione dei rischi), sostenere che l'apparato regolativo «Covid-19» comporti, con riguardo alle misure di prevenzione emergenziali sui luoghi di lavoro, la non applicazione della specifica normativa prevenzionistica, escludendo dunque sia la competenza degli organi di vigilanza speciali (Asl, Inl, etc.)¹⁸, sia la possibile applicazione del sistema sanzionatorio di cui al Tus (per non parlare ovviamente del codice penale)¹⁹.

¹⁶ Peraltro, l'emanando decreto cd. «Rilancio» (art. 36) prevede anche, in via eccezionale, che il Ministero del lavoro/Inl possa avvalersi anche dei carabinieri (Comando Tutela del lavoro).

¹⁷ Sul punto cfr. Pascucci 2020, 124 ss.

¹⁸ A conforto sul punto, peraltro, da ultimo il d.P.c.m. 10 aprile, integrando le disposizioni previgenti, ha espressamente previsto che i Prefetti possano chiedere il supporto dei funzionari Asl e Inl sul rispetto delle misure organizzative, gestionali e in generale, aziendali, per la messa in sicurezza dei lavoratori.

¹⁹ Diversamente, v. Pascucci 2019; Tullini 2020. In generale sul sistema di vigilanza e sanzionatorio v. Natullo 2020, capp. V e VI.

Mi pare invece più plausibile che quel sistema di controlli e sanzioni si riferisca sempre alle misure, diciamo così, di ordine pubblico (sospensione attività, divieti circolazione, etc.), ma non escluda la permanente applicazione delle disposizioni speciali, nel momento in cui ci si trovi, ad usare l'espressione assicurativa, «in occasione di lavoro».

9. «Oltre» l'emergenza: insegnamenti per il futuro

Infine, qualche riflessione conclusiva rivolta al futuro. Dalle vicende che ci tengono occupati in questo periodo possono e devono trarsi anche utili indicazioni²⁰.

A me pare che possano segnalarsi due principali esigenze, per remediare alle principali carenze avvertite in questa vicenda. La prima, inutile a dirsi, qualche indicazione più precisa dal Governol legislatore. Ma ancor più, e proprio per colmare le presumibili lacune legislative, e fermo restando un sempre auspicabile concorso delle parti sociali, sarebbe certamente utile ed opportuno un intervento, magari anche su espresso rinvio dei decisori politici, degli organi (oltre ad Inail) istituzionalmente preposti ad un ruolo di supporto e consulenza in materia di sicurezza del lavoro. Mi riferisco al «Comitato per l'indirizzo e la valutazione delle politiche attive e per il coordinamento nazionale delle attività di vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro» (di cui all'art. 5 Tus) ed alla «Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro» (art. 6 Tus).

Mi limito sul punto a ricordare che il Comitato *ex* art. 5 Tus, tra i suoi compiti annovera, tra gli altri, quelli di: «a) stabilire le linee comuni delle politiche nazionali in materia di salute e sicurezza sul

²⁰ In merito, cfr. anche Lazzari 2020.

lavoro; b) individuare obiettivi e programmi dell'azione pubblica di miglioramento delle condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori; e) garantire lo scambio di informazioni tra i soggetti istituzionali al fine di promuovere l'uniformità dell'applicazione della normativa vigente».

Più ancora, la Commissione consultiva permanente, che nella sua composizione vede la partecipazione di rappresentanti dei Ministeri, delle Regioni, di esperti designati dalle Parti sociali, ha tra i suoi compiti quelli di: «esaminare i problemi applicativi della normativa di salute e sicurezza sul lavoro e formulare proposte per lo sviluppo e il perfezionamento della legislazione vigente; validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro; valorizzare sia gli accordi sindacali sia i codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente».

Orbene, delle indicazioni (linee-guida) elaborate da tali Organi, anche eventualmente a supporto dei Protocolli adottati dalle Parti sociali, sicuramente sarebbero (state) di grande utilità al fine di meglio definire gli standard del rischio e le misure di prevenzione da adottare sui luoghi di lavoro. Ed è auspicabile che in occasioni del genere il poderoso (sulla carta), sistema istituzionale previsto dal Tus venga attivato.

Riferimenti bibliografici

Angelini A., Lazzari C. (2019), *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in *DSL*, n. 2, 73 ss.

Guariniello R. (2020), *La sicurezza sul lavoro al tempo del Coronavirus*, WKI.

- La Peccerella L. (2020), *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *DSL*, n. 1, II, 1 ss.
- Lazzari C. (2020), *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *DSL*, n. 1, 136 ss.
- Marazza M. (2020), *L'art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, in *RIDL*, n. 2, in corso di pubblicazione.
- Natullo G. (2020), *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione.
- Pascucci P. (2019), *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra «raccomandazioni» e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, n. 2, 109 ss.
- Pascucci P. (2020), *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *DSL*, 2020, n. 1, 117 ss.
- Tullini P. (2020), *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *RDSS*, in corso di stampa.

*Giuseppe Ludovico**
Malattia (per i quarantenati e per gli affetti)
e infortuni sul lavoro

SOMMARIO: 1. Il contagio da Covid-19 e la distinzione tra rischi comuni e professionali. – 2. La quarantena da Covid-19 come malattia comune nel settore privato e le altre condizioni di rischio. – 3. Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro. – 4. Vecchie questioni e nuove contraddizioni nei limiti soggettivi di applicazione delle tutele previdenziali.

1. Il contagio da Covid-19 e la distinzione tra rischi comuni e professionali

L'epidemia da Covid-19 continua a registrare un preoccupante numero di decessi e contagi che coinvolge un'ampia platea di lavoratori. In favore di questi ultimi il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27, ha previsto alcune misure di tutela che, seppure di natura emergenziale, costituiscono in realtà un mero adattamento dei consueti rimedi previdenziali che, fondandosi sulla distinzione tra rischi comuni e professionali, rivelano alcune palesi incongruenze rispetto ad un'epidemia che, minacciando indistintamente ogni persona, rende improbabile qualunque indagine in merito all'origine della patologia. La scelta di adattare ad una situazione eccezionale le ordinarie tutele contro le malattie ha così generato alcuni problemi applicativi che derivano, da un lato, dall'assimilazione alla malattia co-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università di Milano.

mune dei periodi di quarantena e, dall'altro, dalla verifica dell'occasione di lavoro per gli eventi di origine professionale.

2. La quarantena da Covid-19 come malattia comune nel settore privato e le altre condizioni di rischio

Fin dai primi giorni di entrata in vigore del d.l. n. 18/2020 sono state sollevate da più parti numerose perplessità anzitutto in ordine all'applicazione del c. 1 dell'art. 26, il quale, limitatamente al settore privato e con oneri a carico dello Stato, ha equiparato alla malattia il «periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva» di cui all'art. 1, c. 2, lett. *b*) e *i*) del d.l. n. 6/2020 e art. 1, c. 2, lett. *d*) ed *e*) del d.l. n. 19/2020¹, escludendone il computo ai fini del calcolo del compenso, che rimane invece per le assenze dovute a contagio da coronavirus. Il successivo c. 3, tuttavia, subordina detta equiparazione alla presentazione del certificato redatto dal medico curante, che deve riportare gli estremi del provvedimento dell'operatore di sanità pubblica che ha disposto la quarantena.

Al riguardo sono sorti alcuni problemi a causa dell'impossibilità di alcuni lavoratori di raggiungere il medico curante e del fatto che il provvedimento che ha disposto la quarantena o la permanenza domiciliare fiduciaria è stato talvolta comunicato solo telefonicamente all'interessato, rendendo così impossibile la produzione del

¹ Il d.l. n. 6/2020 ha previsto la «quarantena con sorveglianza attiva» per «gli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva» e la «permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva» per coloro «che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico», mentre il d.l. n. 19/2020 ha disposto la «quarantena precauzionale» anche per coloro «che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano» e il «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora» per le persone in quarantena perché positive al virus.

certificato da parte del medico curante. La questione è solo in parte risolta dal c. 4 che dispensa il medico curante dall'indicazione del provvedimento dell'operatore di sanità pubblica soltanto per i certificati trasmessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 18/2020, rimanendo così insoluto il problema per i certificati inviati successivamente al 17 marzo 2020. Tenuto conto che l'art. 26, c. 4, si riferisce agli «operatori di sanità pubblica», mentre l'art 1 del d.l. n. 6/2020, richiamato dalla stessa norma, fa generico riferimento alle «autorità competenti», una parziale soluzione della questione potrebbe essere quella di considerare utili ai fini dell'equiparazione anche le ordinanze dei sindaci che hanno disposto la quarantena².

Numerosi dubbi applicativi ha sollevato anche la previsione contenuta nell'art. 26, c. 2, il quale, per l'impiego pubblico e privato e fino al 30 aprile 2020³, ha disposto che per i lavoratori disabili gravi in possesso del relativo riconoscimento nonché per i lavoratori in possesso della certificazione rilasciata dai «competenti organi medico legali», attestante una «condizione di rischio» derivante da immunodepressione, da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita ai sensi dell'art. 3, c. 1, della l. n. 104/1992, il periodo di assenza dal servizio prescritto dalle «competenti autorità sanitarie» è equiparato al periodo di ricovero ospedaliero.

È da ritenere anzitutto che anche questi periodi di assenza siano esclusi dal computo del comporta e che la norma non intenda riferirsi alle ipotesi in cui la prestazione possa essere svolta con le modalità del lavoro agile, posto che in questi casi verrebbe a mancare la «condizione di rischio» che imporrebbe l'assenza dal servizio.

² Cfr. Alvino 2020.

³ L'art. 9 della bozza del d.l. «aprile», Nuove misure urgenti di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, prevede la proroga della misura «fino al 31 luglio 2020».

Al di là di tale aspetto, i maggiori problemi sollevati da questa previsione prima delle modifiche introdotte in sede di conversione avevano riguardato l'individuazione dei soggetti abilitati a rilasciare la certificazione attestante la condizione di rischio e a prescrivere l'assenza dal servizio.

Le incertezze provocate dalla norma nascevano dal fatto che il c. 3, riferendosi al «medico curante» soltanto per le certificazioni del c. 1, sembrava restringere l'individuazione delle «competenti autorità sanitarie» ai soli servizi di medicina legale delle Asl, con il paradossale risultato di esporre i lavoratori in condizioni di estrema fragilità ad un altissimo rischio di contagio. L'infelice formulazione della norma aveva così alimentato opposte letture della Presidenza del Consiglio dei Ministri, secondo la quale le «competenti autorità sanitarie» ricomprendevano anche i medici di medicina generale e quelli convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale⁴, e la Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri per la quale invece l'assenza dal servizio poteva essere prescritta soltanto dalle Asl, in quanto il compito dei medici di medicina generale non sarebbe quello di «valutare il rischio correlato a una patologia invalidante, ma solo l'incapacità temporanea al lavoro dovuta a una condizione di malattia»⁵.

La questione sembra essere stata risolta dalla legge di conversione che ha esplicitamente attribuito anche al «medico di assistenza primaria» la competenza a prescrivere l'assenza dal servizio «sulla base documentata del riconoscimento di disabilità» oppure, in alternativa, «delle certificazioni dei competenti organi medico-legali», con indicazione dei relativi riferimenti all'interno

⁴ Sul punto v. la nota del 30 marzo 2020 dell'Ufficio per le Politiche in favore della Persone con Disabilità della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

⁵ Così la nota n. 62/2020 al Ministro della salute della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri.

del certificato. La norma in tal modo ha anche rimosso quelle che sembrano essere state le vere ragioni della posizione assunta dalla Federazione nazionale dei medici, sollevando i medici di assistenza primaria da qualunque responsabilità, anche contabile, derivante dal riconoscimento dello stato di invalidità imputabile al fatto illecito di terzi.

3. Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro

Ancora più problematico si è rivelato il coordinamento tra la tutela per le malattie comuni e la più intensa protezione prevista per gli eventi di origine professionale. La questione ruota attorno alla previsione contenuta nell'art. 42 del d.l. n. 18/2020, il quale per l'impiego pubblico e privato stabilisce che nei «casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro» il lavoratore avrà diritto, previo invio del certificato di infortunio da parte del medico, alle prestazioni erogate dall'Inail «anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro», precisando che tali eventi non saranno computati ai fini dell'oscillazione del tasso dell'andamento infortunistico per il calcolo dei premi.

I risvolti più problematici di tale disposizione, rimasta pressoché immutata in sede di conversione, non riguardano la configurazione del contagio in termini di infortunio su lavoro, posto che tale qualificazione è perfettamente coerente con il significato della «causa violenta» che insieme all'«occasione di lavoro» definisce la nozione di infortunio sul lavoro di cui all'art. 2 del d.p.r. n. 1124/1965 (d'ora in poi T.U.)⁶. È opinione consolidata, infatti,

⁶ Sul punto v. Corsalini 2020; La Peccerella 2020.

che la causa violenta rappresenti il fattore cronologico in grado di distinguere l'infortunio sul lavoro dalla tipica eziologia lenta delle malattie professionali, identificandosi nell'azione di qualunque fattore dotato di rapidità, anche non straordinario o eccezionale, che, agendo dall'esterno verso l'interno dell'organismo, è idoneo a determinare un'alterazione del suo equilibrio⁷. È altrettanto pacifico che il connotato della rapidità deve essere riferito all'azione della causa e non alle sue conseguenze esteriori che possono anche manifestarsi a distanza di tempo, sicché in questa logica la giurisprudenza è solita ricondurre alla causa violenta e, quindi, all'infortunio sul lavoro l'azione dei fattori microbici o virali (cd. malattia-infortunio), la cui penetrazione nell'organismo avviene in modo violento sebbene i relativi effetti possano manifestarsi in un momento successivo⁸.

Se la configurazione della causa violenta nel contagio da Covid-19 è indiscutibile e pienamente coerente con il significato di questo presupposto, decisamente più problematica si rivela invece l'individuazione dell'altro fattore previsto dall'art. 2 del T.U. costituito dalla «occasione di lavoro».

Senza ripercorrere la lunga evoluzione del significato di questo concetto, è bene chiarire che, secondo la più recente giurisprudenza, l'occasione di lavoro deve rinvenirsi in qualunque evento semplicemente occasionato dal lavoro e quindi anche non intrin-

⁷ Tra le tante Cass. 30.12.2009, n. 27831, in *LG*, 2010, 306; Cass. 20.6.2006, n. 14119, inedita a quanto consta; Cass. 26.5.2006, n. 12559, in *RIMP*, 2007, I, 14.

⁸ In questo senso: Cass. 12.5.2005, n. 9968, in *DL*, 2006, II, 189; Cass. 28.10.2004, n. 20941, inedita a quanto consta; Cass. 8.4.2004, n. 6899, in *RIMP*, 2005, 975; Cass. 1.6.2000, n. 7306, inedita a quanto consta. Sul punto v. C. cost. 17.6.1987, n. 226, in *FI*, 1989, I, 378, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 T.U. nella parte in cui non comprende l'infezione malarica tra i casi di infortunio sul lavoro.

secamente connesso allo svolgimento delle mansioni tipiche, purché riconducibile ad un'attività strumentale al loro svolgimento o comunque collegata al soddisfacimento delle esigenze lavorative⁹. L'origine professionale dell'evento è così desunta dal semplice legame finalistico con l'attività lavorativa, ancorché lo stesso sia determinato da rischi generici non provocati né aggravati dalle condizioni di lavoro¹⁰. È in questa prospettiva che, prima ancora della nozione legislativa di infortunio *in itinere*, la giurisprudenza era già pervenuta al riconoscimento dell'occasione di lavoro in qualunque evento occorso lungo il tragitto tra l'abitazione e il luogo di lavoro anche in assenza di particolari rischi durante il percorso¹¹.

Diversamente dalla malattia professionale per la quale l'art. 3 del T.U. esige un più rigoroso nesso di causalità con l'attività lavorativa, la nozione di infortunio sul lavoro si limita dunque a richiedere un semplice rapporto di occasionalità con il lavoro, dovendosi ritenere indistintamente compresi in questa nozione le diverse componenti eziologiche del caso fortuito, della forza maggiore, del fatto del terzo, della condotta dolosa e colposa del datore di lavoro e di quella colposa del lavoratore. In altre parole, è questa unitaria nozione di evento che esprime la funzione previdenziale della tutela indennitaria, sicché non residuano spazi – come chiarito dalla giurisprudenza – per eventuali distinzioni fondate sulla tipicità,

⁹ Cass. 26.11.2019, n. 30874, inedita a quanto consta; Cass. 22.5.2018, n. 12549, inedita a quanto consta; Cass. 20.7.2017, n. 17917, in *IlGiuslavorista*, 2017; Cass. 3.4.2017, n. 8597, in *RIMP*, 2018, 739; Cass. 13.5.2016, n. 9913, inedita a quanto consta.

¹⁰ Cass. 4.8.2005, n. 16417, in *RGL*, 2006, II, 540, nt. Sacconi; Cass. 28.7.2004, n. 14287, inedita a quanto consta; Cass. 21.4.2004, n. 7633, inedita a quanto consta; Cass. 13.5.2002, n. 6894, inedita a quanto consta.

¹¹ Cass. 1.2.2002, n. 1320, in *OGL*, 2002, 156; Cass. 18.4.2000, n. 5063, in *DL*, 2000, II, 425, nt. Gambacciani; Cass. 2.5.1997, n. 3756, in *GC*, 1999, I, 2794, nt. Vecchio; Cass. 23.9.1996, n. 8396, in *RIMP*, 1996, II, 156.

specificità o gravità del rischio, assumendo rilievo qualunque evento lesivo «semplicemente occasionato dall'attività lavorativa»¹².

In coerenza con il significato attribuito all'occasione di lavoro si dovrebbe allora concludere che qualunque contagio che si ponga in rapporto meramente occasionale con la prestazione lavorativa o con attività strumentali al suo svolgimento, come il percorso effettuato per raggiungere il luogo di lavoro, sarebbe sufficiente a garantire l'intervento della tutela, senza alcun rilievo per il maggiore o minore grado di esposizione al rischio provocato dall'attività lavorativa.

Senonché, la vera questione connessa all'accertamento dell'occasione di lavoro nell'infezione da Covid-19 è data proprio dalla «indimostrabilità dell'origine del contagio che può verificarsi indistintamente in circostanze riconducibili tanto all'attività lavorativa quanto alla vita privata».

Il problema invero non si è posto nei casi di contagio finora esaminati dalla giurisprudenza che si riferivano all'azione di agenti patogeni chiaramente riconducibili all'attività lavorativa, con la conseguenza che in questi casi l'occasione di lavoro emergeva direttamente dalla stessa natura del contagio. Nell'epidemia da Covid-19 si assiste, invece, ad un diffuso contagio che se, da un lato, comporta senz'altro una maggiore esposizione al rischio per alcune categorie di lavoratori, non esclude, dall'altro, che anche lavoratori impegnati in attività diverse possano comunque aver contratto il virus in occasione di lavoro.

La questione è stata completamente ignorata dal legislatore, il quale, all'art. 42, co. 2, del d.l. n. 18/2020, si è limitato a prevedere l'intervento della tutela nei «casi *accertati* di infezioni da coronavirus *in occasione di lavoro*», sicché il problema dell'accertamento di tale presupposto è stato di fatto demandato alle valutazioni dello stesso Inail, il quale con la nota n. 3675 del 13 marzo ma so-

¹² Per maggiori approfondimenti v. Giubboni, Ludovico, Rossi 2014, 138 ss.

prattutto con la circolare n. 13 del 3 aprile 2020 ha adottato una discutibile lettura dell'occasione di lavoro, introducendo una presunzione di origine professionale dell'evento soltanto per alcune limitate categorie di lavoratori particolarmente esposte al rischio di contagio, quali gli operatori sanitari, i lavoratori a costante contatto con il pubblico e l'utenza, i lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, gli addetti alle vendite/banconisti, nonché il personale non sanitario operante negli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, gli operatori del trasporto infermi, etc.

La circolare dell'Inail invero non esclude che anche altre categorie possano beneficiare della qualificazione del contagio come infortunio sul lavoro, confermando in questo modo la natura soltanto esemplificativa dell'elenco. Ciò nondimeno, al di fuori delle ipotesi presuntivamente individuate dall'Inail e in mancanza di «indizi gravi precisi e concordanti», sarà onere del lavoratore fornire elementi utili alla dimostrazione dell'origine professionale dell'evento che sarà altrimenti devoluto alla tutela delle malattie comuni dell'Inps. Ed è di tutta evidenza che per questi soggetti la dimostrazione dell'occasione di lavoro risulterà oltremodo difficile se non addirittura impossibile, con il risultato che, oltre i confini stabiliti dall'Inail, l'applicazione della tutela indennitaria risulterà in realtà del tutto eccezionale.

Fortemente ispirata da una visione assicurativa della tutela, la soluzione adottata dall'Inail solleva numerose perplessità, nella misura in cui finisce per far dipendere il riconoscimento dell'infortunio/contagio Covid-19 dall'esposizione *ad un rischio specifico o aggravato*, con il conseguente passaggio dall'ampia occasionalità degli infortuni alla più rigorosa causalità delle malattie professionali.

Eppure, la differenza tra le due nozioni di evento è profonda e sostanziale, giacché per gli infortuni, a differenza delle malattie professionali, l'applicazione della tutela prescinde necessariamente dall'intensità del rischio per estendersi a qualunque evento, an-

che provocato da un rischio generico, purché avvenuto in circostanze semplicemente riconducibili all'attività lavorativa.

Più precisamente può dirsi che la lettura operata dall'Inail si traduce, in buona sostanza, nell'applicazione ad un'ipotesi di infortunio sul lavoro della tipica causalità probabilistica delle malattie multifattoriali, le quali, stante l'impossibilità della certezza scientifica della loro origine lavorativa, sono ugualmente ammesse alla tutela ove l'eziologia lavorativa possa essere dedotta «con elevato grado di probabilità» da alcuni fattori, quali la tipologia delle mansioni svolte, dell'ambiente di lavoro e la durata della prestazione¹³. È chiaro, tuttavia, che per le malattie professionali l'applicazione di questo criterio presuntivo trova coerente giustificazione nella stessa causalità di questi eventi, per i quali è richiesto uno stretto rapporto di derivazione causale con l'attività lavorativa, mentre non altrettanto può dirsi per gli infortuni sul lavoro che possono anche completamente prescindere dalla intensità del rischio della prestazione. Ove applicato agli infortuni, ed in particolare alla specifica ipotesi di infortunio/contagio Covid, quel criterio conduce, infatti, a risultati palesemente contraddittori, come si evince dalla stessa circolare dell'Inail, la quale, da un lato, presume l'origine professionale dell'evento dall'esposizione ad un rischio specifico o aggravato, salvo poi ammettere, dall'altro, che tra gli infortuni sono ricompresi anche i contagi *in itinere*, che evidentemente sono imputabili ad un rischio generico, come tale, incombenente anche sui lavoratori che non appartengono alle categorie individuate dall'Inail. Basti pensare a quanti, pur svolgendo attività diverse da quelle indicate dalla circolare, hanno utilizzato i mezzi pubblici per recarsi al lavoro, esponendosi così ad un rischio di

¹³ Tra le tante Cass. 27.4.2017, n. 10430, in *GDir.*, 2017, n. 23, 68; Cass. 21.11.2016, n. 23653, in *FI*, 2017, I, 932; Cass. 12.6.2014, n. 13342, inedita a quanto consta.

contagio anche maggiore rispetto a quei lavoratori che, ancorché ricompresi nelle categorie indicate dall’Inail, hanno svolto in concreto attività poco rischiose, oltre a fare uso del mezzo privato per raggiungere il luogo di lavoro.

Al di là del mezzo utilizzato, sussistono inoltre numerosi lavoratori che, pur non compresi nella circolare, hanno continuato a svolgere la propria attività lavorativa, esponendosi al rischio di contagio senza poter beneficiare della presunzione della sua origine professionale. Non è difficile pensare ai numerosi magazzinieri, autisti, addetti alle residenze per anziani, *riders*, fattorini, postini e, più in generale, a tutti coloro che nello svolgimento della propria attività sono entrati in contatto con altre persone.

Il fatto è che tanto gli uni quanto gli altri sono stati esposti ad un maggior rischio di contagio per la sola ragione di aver dovuto recarsi sul luogo di lavoro in presenza di un divieto generale di circolazione per ragioni sanitarie, sicché non è difficile prevedere che sul punto si svilupperà un ampio contenzioso alimentato soprattutto dalle profonde differenze che sussistono tra la tutela dell’Inail e quella dell’Inps tanto sul piano delle indennità erogate in caso di postumi permanenti, quanto su quello delle prestazioni corrisposte ai superstiti in caso di decesso del lavoratore.

Onde evitare questo inutile contenzioso e con maggiore aderenza al significato dell’occasionalità di lavoro, sarebbe stato allora più opportuno adottare, anche solo in via interpretativa, un diverso e più obiettivo criterio di qualificazione dell’evento. Seguendo l’esempio di altri ordinamenti¹⁴, si sarebbe cioè potuta prevedere una presunzione, anche assoluta, di origine professionale

¹⁴ V. L’art. 5 del Real Decreto-ley spagnolo n. 6/2020, come modificato dal Real Decreto-ley n. 13/2020 ha qualificato, in via eccezionale, come infortunio sul lavoro, ai fini delle prestazioni per incapacità temporanea, i periodi di isolamento o contagio causati da Covid-19 e di mancata prestazione a causa delle restrizioni imposte alla circolazione.

del contagio per i lavoratori che – per ipotesi – nelle due settimane precedenti all'accertamento medico dell'infezione, avessero svolto la prestazione nel luogo di lavoro, con il vantaggio di garantire un'automatica tutela non condizionata ad una discrezionale valutazione amministrativa, evitando al contempo un dispendioso contenzioso che si svilupperà tanto sul versante del rapporto previdenziale tra lavoratore e Inail contro i provvedimenti di quest'ultimo di disconoscimento dell'infortunio, quanto su quello risarcitorio tra datore di lavoro e lavoratore, con la probabile tendenza alla espansione dei confini della responsabilità datoriale per violazione degli obblighi di sicurezza¹⁵ in modo da colmare, almeno in parte, il vuoto di tutela generato sul piano previdenziale.

4. Vecchie questioni e nuove contraddizioni nei limiti soggettivi di applicazione delle tutele previdenziali

Non rimane in conclusione che rilevare come l'epidemia da Covid-19 abbia reso ancora più evidenti le storiche limitazioni delle tutele previdenziali nei confronti dei lavoratori autonomi che continuano a rimanere generalmente esclusi da qualunque forma di protezione sociale in caso di contagio o quarantena¹⁶. Non mancano peraltro alcune contraddizioni anche all'interno del lavoro autonomo che derivano dai limiti applicativi della tutela Inail che risalgono alle sue lontane origini allorché, secondo le logiche della teoria del rischio professionale, l'obbligo assicurativo fu circoscritto ad alcune attività ritenute più pericolose. Quei limiti continuano a persistere nella disciplina, diventando sempre più incomprensibili all'interno di una tutela che ormai prescinde – come il-

¹⁵ Sul punto v., in *q. vol.*, Natullo.

¹⁶ Cavallini 2020, 97.

lustrato – dalla effettiva pericolosità dell’attività esercitata. Tra le esclusioni più irrazionali soprattutto alla luce dell’epidemia da Covid-19 vi è quella dei medici ed infermieri professionali che prestano l’attività con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, i quali, a causa del rinvio dell’art. 5 del d.lgs. n. 38/2000 all’art. 49, c. 1, lett. *a*), del T.U.I.R. (ora art. 50, c. 1, lett. *c-bis*), sono esclusi dalla tutela in quanto la prestazione è riferita all’«oggetto dell’arte o della professione»¹⁷. Al di là dell’incomprensibile scelta di rinviare alla norma fiscale per delimitare l’applicazione della tutela indennitaria, resta il fatto che i limiti imposti a quest’ultima comportano un’inaccettabile disparità di trattamento tra medici e infermieri subordinati, i quali, oltre ad essere ammessi alla copertura assicurativa, godono di una presunzione di origine professionale del contagio, e quanti svolgono la stessa attività con rapporto di collaborazione per i quali l’accesso alla tutela rimane invece escluso.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2020), *Tutela del lavoro e emergenza da Covid-19. Decreto legge «Cura Italia»: strumenti di sostegno del reddito e delle esigenze di assistenza dei lavoratori subordinati e autonomi*, in *Diritto online Treccani*.
- Cavallini G. (2020), *Emergenza Covid e contratto di lavoro autonomo*, in Aa.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale*, in *giustiziacivile.com*, n. 1, 93 ss.
- Corsalini G. (2020), *Coronavirus, la tutela dell’Inail in caso di contagio del lavoratore*, in *www.questionegiustizia.it*.
- Giubboni S., Ludovico G., Rossi A. (2014), *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova.
- La Peccerella L. (2020), *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *DSL*, n. 1, II, 1 ss.

¹⁷ Su punto v. La Peccerella 2020, 4. In proposito si veda anche Di Stasi in *q. vol.*

*Valerio Speciale**

Violazione degli obblighi di sicurezza e abbandono
del posto di lavoro ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 81
del 2008 nell'emergenza Covid-19

SOMMARIO: 1. L'art. 44 del d.lgs. n. 81 del 2008 e l'art. 1460 c.c. – 2. L'eccezione di inadempimento e l'obbligo di sicurezza. – 3. I contenuti dell'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008. – 4. L'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008 e l'emergenza epidemiologica da Covid-19. – 5. L'art. 1460 c.c. e l'emergenza Covid-19.

1. L'art. 44 del d.lgs. n. 81 del 2008 e l'art. 1460 c.c.

L'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008, che riproduce, con qualche irrilevante differenza formale, l'art. 14 del d.lgs. n. 626/1994, regola il diritto individuale di autotutela del lavoratore in presenza di situazioni assai pericolose, che mettano a repentaglio la sua salute o sicurezza¹. Il primo comma della disposizione prevede che il dipendente, in presenza di un «pericolo grave, immediato e che non può essere evitato», può allontanarsi «dal posto di lavoro o da una zona pericolosa». In tal caso egli «non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa». Il secondo comma stabilisce che il lavoratore, sempre «in caso di pericolo

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Chieti-Pescara.

¹ Per l'analisi dell'art. 14 del d.lgs. n. 626/1994 cfr. Ferrante 2004, 283 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche contenute nella nt. 123). In relazione all'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008, v. Lazzari 2014, 29 ss. e D'Aponte 2018, 219 ss. (a questi autori si rinvia per ulteriore bibliografia).

grave e immediato e nell'impossibilità di contattare il competente superiore gerarchico» può adottare «misure per evitare le conseguenze di tale pericolo» e «non può subire pregiudizio per tale azione, a meno che non abbia commesso una grave negligenza».

La norma è stata considerata come una specificazione dell'eccezione di inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c. in presenza della violazione degli obblighi di sicurezza², anche se una parte della dottrina lo ha connotato in modo diverso, quale «misura collegata ad esigenze di ordine pubblico», alla stregua della gestione di affari altrui o della legittima difesa³. In realtà, le esigenze pubblicistiche (connesse alla tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.) non escludono comunque che la norma abbia una incidenza sulla dimensione contrattuale del rapporto di lavoro e garantiscano al lavoratore, a fronte dell'inadempimento del datore di lavoro, di rifiutarsi di lavorare e di allontanarsi (in piena coerenza, quindi, con il rimedio generale della eccezione di inadempimento).

L'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008, in tal senso, si inserisce nell'ambito del tema della violazione degli obblighi di sicurezza e della possibile reazione immediata del lavoratore in presenza dell'inadempimento del datore di lavoro. Infatti, una parte preponderante della dottrina e la giurisprudenza ha qualificato il comportamento del lavoratore alla luce dell'art. 1460 c.c., sul rilievo che il mancato rispetto dell'art. 2087 c.c. (e delle disposizioni speciali che costituiscono la sua attuazione, come, ad es., il d.lgs. n. 81/2008) legittima il dipendente ad eccepire l'altrui inadempimento⁴.

² D'Aponte 2018, 219; Lai 2002, 42 (a cui si rinvia per altri autori che aderiscono a questa interpretazione).

³ Ferrante 2004, 283, riprendendo e sviluppando il pensiero di Montuschi 2000, 13, riferito all'art. 14 del d.lgs. n. 626/1994 e chiaramente estensibile anche alla nuova disposizione del d.lgs. n. 81/2008.

⁴ Rinvio, per le indicazioni bibliografiche degli autori favorevoli a questa tesi a Speciale 1992, 135, nt. 109. In tempi più recenti cfr. D'Aponte 2018 e Lai

Tuttavia, un altro consistente indirizzo interpretativo inquadra la violazione degli obblighi di sicurezza nell'ambito della mora del datore di lavoro (artt. 1206 ss. c.c.)⁵, sostenendo che la predisposizione delle misure tecniche necessarie a rendere sicuro il lavoro rientra nell'area organizzativa dell'attività imprenditoriale. Con la conseguenza che, quando il lavoro è eseguibile soltanto in condizioni di nocività, mancherebbe «un idoneo e sufficiente substrato»⁶, la cui messa a disposizione rientra nell'ambito della cooperazione creditoria. Pertanto la insufficienza o la inidoneità delle apparecchiature dovrebbe essere considerata come un'ipotesi di *mora accipiendi*⁷.

A ben vedere, la questione della qualificazione della violazione dell'obbligo della sicurezza nell'ambito della mora del creditore è irrilevante ai fini della disciplina dell'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008 (che segue proprie regole peculiari). Essa, tuttavia, può avere rilievo se, come vedremo, a parte la norma speciale, l'inadempimento dell'art. 2087 (e delle altre disposizioni in materia) può giustificare una reazione del lavoratore non riconducibile alla sussistenza del «pericolo grave, imminente e non evitabile» a cui fa riferimento il decreto legislativo. Se, infatti, in tali casi, la disciplina di riferimento dovesse essere quella degli artt. 1206 e ss. c.c., il comportamento richiesto al lavoratore e gli stessi effetti scaturenti dalla

2002, cit. a nt. 2, a cui *adde* Natullo 2011, 1079 (con ulteriori riferimenti bibliografici nella nt. 28). Per la giurisprudenza della Suprema Corte si vedano le sentenze citate nel § 2.

⁵ Per le indicazioni bibliografiche v. Speciale 1992, 129, nt. 93 e 94 e la nt. successiva.

⁶ Montuschi 1986, 72. In senso conforme Balletti 1990, 53 ss. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale in relazione alla qualificazione in termini di eccezione di inadempimento o di mora del creditore cfr. Lassandari 2011, 501.

⁷ Per l'organizzazione aziendale quale substrato della prestazione lavorativa e componente della cooperazione creditoria del datore di lavoro cfr., per tutti, Ghezzi 1965, 53 ss.; Balletti 1990, 52 ss.; Speciale 1992, 118 ss. (con ulteriore bibliografia).

violazione dell'obbligo di sicurezza potrebbero essere diversi, rispetto a quelli connessi all'applicazione dell'art. 1460 c.c.⁸

In realtà, la qualificazione in termini di mora del creditore della situazione analizzata è ostacolata da alcune considerazioni fondamentali. In primo luogo, l'organizzazione imprenditoriale costituisce parte della cooperazione creditoria nella misura in cui essa è strumentale a consentire l'esecuzione della prestazione lavorativa, che soddisfa un suo interesse primario (quello all'effettuazione del lavoro) quale creditore nel programma negoziale. Ed è proprio questo nesso di strumentalità (e non la sussistenza in sé dell'apparato produttivo) che consente di parlare di cooperazione creditoria. Al contrario, il lavoratore è «creditore di sicurezza» alla luce di un obbligo fondamentale del datore di lavoro, che si affianca a quello retributivo⁹. Le apparecchiature necessarie a garantire la sicurezza del lavoro sono quindi indispensabili per realizzare interessi estranei a quelli del datore di lavoro e collegati invece alla posizione creditoria del lavoratore, titolare del diritto ad un lavoro sicuro, quale proiezione dell'art. 32 Cost., tale da imporre limiti all'iniziativa economica privata (in termini di apparati tecnologici e costi aggiuntivi ad esso connessi). Tra l'altro, anche dal punto di vista strutturale, le apparecchiature a protezione della salute e della sicurezza sono distinte da quelle finalizzate alla produzione (come nel caso del macchinario che produce fumi venefici e dei depuratori che li filtrano). Inoltre, anche quando i due profili (produzione e sicurezza) sono tecnologicamente inscindibili, la previsione di norme di legge specifiche (art. 2087 c.c.; d.lgs. n. 81/2008 e tutte le altre normative di settore) «attrae» la struttura organiz-

⁸ Per l'approfondimento di questi aspetti cfr. Speciale 1992, 129 ss.

⁹ Per la qualificazione dell'obbligo di sicurezza quale obbligo fondamentale v. Speciale 1992, 132, nt. 101 (con l'indicazione degli a. favorevoli a questa tesi). In tempi più recenti questa interpretazione è accolta da Natullo 2011, 1079 ss.; Albi 2016, 87 ss. (a questi a. si rinvia per l'ulteriore bibliografia).

zativa deputata a proteggere il lavoratore nell'ambito degli apparati strumentali a garantire l'adempimento di un obbligo fondamentale del datore di lavoro. Pertanto, nel caso in cui in cui la prestazione non è eseguibile (per il nesso indispensabile tra attività lavorativa e condizioni di sicurezza) o, pur essendo materialmente realizzabile, ponga in pericolo l'integrità fisica o la personalità morale del dipendente, il datore di lavoro viola un preciso obbligo imposto dalla legge e la sua inosservanza autorizza il rifiuto della prestazione ai sensi dell'art. 1460 c.c.¹⁰.

2. L'eccezione di inadempimento e l'obbligo di sicurezza

Prima di analizzare l'art. 44, è opportuno soffermarsi brevemente sui contenuti dell'art. 1460 c.c. connessi alla violazione dell'obbligo di sicurezza. Tale analisi, oltre a consentire di comprendere meglio la specialità delle previsioni contenute nel d.lgs. n. 81/2008, serve anche a delineare le problematiche relative all'applicazione della disciplina del codice civile connesse all'emergenza Covid-19 che non possono essere ricondotte alla ipotesi del «pericolo grave, imminente ed irreparabile».

In tale ambito è certamente necessario fare riferimento alla dottrina civilistica¹¹ e a quella lavoristica¹². Un'attenzione particolare,

¹⁰ Ho esaminato in modo più approfondito questi aspetti in Speziale 1992, 131 ss. e qui 135. Anche Ferrante 2004, 352, sottolinea l'impossibilità di dilatare «la nozione dell'art. 1206 c.c. fino a ricomprendere nella mancata cooperazione un fatto (del creditore) causativo di una reazione giuridica diretta a sospendere la prestazione».

¹¹ Per la dottrina anteriore al 1992, mi permetto di rinviare a Speziale 1992, 136, nt. 119 (con ampie citazioni bibliografiche) e, in tempi più recenti, cfr., per tutti, Benedetti 2011, 5 ss. (a cui si rinvia per la bibliografia).

¹² Cfr., per tutti, Ferrante 2004, 119 ss. per la ricostruzione dell'istituto nel diritto civile, con ampia bibliografia.

peraltro, deve essere assegnata alla giurisprudenza, che in larga parte (anche se non in tutto) ha recepito l'analisi compiuta dalla dottrina. Infatti, anche di recente, la Suprema Corte ha ribadito il proprio insegnamento «secondo cui nei contratti a prestazioni corrispettive, tra i quali rientra il contratto di lavoro, qualora una delle parti adduca, a giustificazione della propria inadempienza, l'inadempimento dell'altra, il giudice deve procedere alla valutazione comparativa dei comportamenti, considerando non tanto il mero elemento cronologico quanto i rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite rispetto alla funzione economico-sociale del contratto, il tutto alla luce dei reciproci obblighi di correttezza e buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.* e ai sensi dello stesso cpv. dell'art. 1460 c.c., affinché l'eccezione di inadempimento sia conforme a buona fede e non pretezosamente strumentale all'intento di sottrarsi alle proprie obbligazioni contrattuali¹³. Tale principio è stato ritenuto applicabile anche nell'ipotesi che l'inadempimento del lavoratore trovi giustificazione nella mancata adozione da parte del datore di lavoro delle misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche, il datore è tenuto ad osservare a tutela dell'integrità psicofisica del prestatore¹⁴. Così anche in tale ipotesi il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 c.c. per la proposizione dell'eccezione *inadempimenti non est adimplendum* sussiste quando nella comparazione tra inadempimento e prestazione rifiutata, il rifiuto sia stato determinato non solo da un inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175

¹³ V. Cass. 4.11.2003, n. 16530; Cass. 7.11.2005, n. 21479; Cass. 16.5.2006, n. 11430; Cass. 4.2.2009, n. 2729, tutte in *Dejure*.

¹⁴ V. Cass. n. 21479/2005 cit.; Cass. 7.5.2013, n. 10553; Cass. 1.3.2012, n. 3187; Cass. 7.5.2013, n. 10553; Cass. 26.8.2013, n. 19573; Cass. 1.4.2015, n. 6631, tutte in *Dejure*.

c.c. im-pone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite»¹⁵.

Ancora in tempi recenti, la Cassazione ha inoltre rilevato che, sempre nel caso di violazione dell'art. 2087 c.c., «non solo è legittimo, a fronte dell'inadempimento altrui, il rifiuto del lavoratore di eseguire la propria prestazione, ma costui conserva, al contempo, il diritto alla retribuzione, in quanto non possono derivargli conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore»¹⁶.

L'eccezione d'inadempimento presuppone dunque non una qualsiasi violazione dell'obbligo di sicurezza, ma solo quella che sia «grave» e non abbia carattere «pretestuosamente strumentale». Essa richiede una valutazione di proporzionalità, tramite la «comparazione tra inadempimento cronologicamente anteriore e prestazione corrispettiva rifiutata»¹⁷, nel contesto degli obblighi di correttezza imposti alle parti del contratto di lavoro.

La giurisprudenza descritta, che, come già detto, riprende le acquisizioni della dottrina in materia, è al contrario innovativa *nella misura in cui garantisce al lavoratore il diritto alla retribuzione*. Infatti, in coerenza con un consolidato orientamento dottrinario, l'art. 1460 c.c. giustifica l'inadempimento di una parte ma senza che, in conseguenza di tale comportamento, il soggetto che rifiuti di adempiere maturi automaticamente il diritto alla controprestazione¹⁸. In verità, il sottoscritto aveva espresso in passato l'opinione che la violazione degli obblighi di sicurezza rende la prestazione «inesigibile», rilevando come tale situazione, conseguente

¹⁵ Cass. 2.3.2019, n. 8911, in *Dejure*, 6 – 7. In senso analogo, oltre alle sentenze indicate nella motivazione, v. Cass. 1.1.2016, n. 836 e molte altre.

¹⁶ Cass. 19.1.2016, n. 836, in *Dejure*, 4; Cass. 1.4.2015 n. 6631, in *Dejure*, 2.

¹⁷ Cass. 7.11.2005, n. 21479, in *Dejure*, 2.

¹⁸ Rinvio, su tale aspetto, alla dottrina citata in Speciale 1992, 136, nt. 119. In tempi più recenti, v. Ferrante 2004, 170 ss.; Benedetti 2011, 5 ss.

all'inadempimento di un obbligo fondamentale, non libera il datore di lavoro dalla erogazione della retribuzione in ragione della responsabilità della parte inadempiente nella causazione dell'inattuazione dello scambio¹⁹. La giurisprudenza, seppure con una motivazione assai stringata, sembra seguire questo iter argomentativo, legando l'obbligo del corrispettivo alla necessità di evitare «conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore di lavoro». Essa, inoltre, connette il diritto alla retribuzione all'inadempimento dell'imprenditore, senza richiedere atti giuridici ulteriori, come, ad es., una diffida ad adempiere, che sarebbe stata necessaria qualora avesse seguito la costruzione – sopra ricordata – della *mora credendi*.

Va anche detto, peraltro, che la mancata applicazione delle misure di sicurezza, oltre a legittimare il rifiuto di lavorare, può causare danni al lavoratore. Pertanto, in applicazione dei principi civilistici affermati dalla giurisprudenza in modo costante e da una parte della dottrina, il risarcimento di tali danni richiederà la costituzione in mora che, non essendo assimilabile alle ipotesi di *mora ex re* previste dall'art. 1219 c.c., dovrà essere esercitata in forma scritta²⁰.

3. I contenuti dell'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008

L'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008 introduce una normativa speciale che richiede presupposti in parte diversi da quelli ricavabili

¹⁹ Avevo espresso questa opinione in Speziale 1992, 137. In senso analogo, seppure con diverse argomentazioni ma sempre nell'ambito di un giudizio di imputabilità al datore di lavoro della mancata esecuzione del lavoro, cfr. Ferrante 2004, 371 ss.

²⁰ Cfr. Speziale 1992, 135 ss., con indicazione di dottrina e giurisprudenza. In tempi più recenti cfr., per tutti, Visintini 2005, 210 ss.

dall'art. 1460 c.c. Viene eliminato qualsiasi riferimento alla buona fede con la valutazione comparata tra inadempimento del datore di lavoro e reazione del lavoratore e si legittima l'interruzione del lavoro e l'abbandono della zona di pericolo in presenza di un «pericolo grave, immediato e che non può essere evitato». La disposizione è inclusa nel Titolo I, Capo II, Sezione VI del decreto legislativo, dedicato alla «Gestione delle emergenze». Questo spiega il carattere rigoroso dei requisiti richiesti dall'art. 44. Il pericolo non può essere lieve, deve essere imminente e non permettere alternative se non quelle dell'abbandono dell'attività lavorativa. E questo fa pensare quindi ad eventi estremi, quali un incendio, una esplosione, la fuoriuscita di gas o fumi velenosi, il possibile crollo di una struttura o di un'attrezzatura e così via. In sostanza deve trattarsi di «un'emergenza che impone la sospensione immediata del lavoro»²¹.

Si è sottolineato che il pericolo deve «caratterizzarsi in termini di gravità, con riferimento al «tipo di conseguenze dannose che è probabile derivino dalla modificazione di una situazione di fatto»; immediatezza, con riguardo al «rapporto di prossimità che deve esistere tra il sopraggiungere della nuova situazione di fatto e il verificarsi dell'evento lesivo»; inevitabilità, in relazione alla incapacità del lavoratore di farvi fronte, tenuto conto della formazione e delle istruzioni ricevute, nonché della disponibilità di mezzi forniti dal datore di lavoro»²².

Si tratta, almeno alla luce delle elaborazioni della giurisprudenza,

²¹ Pascucci 2019, 105, in relazione all'art. 18, c. 1, lettera h), del d.lgs. n. 81/2008, che, per le prescrizioni imposte al datore di lavoro e al dirigente, utilizza la stessa identica formulazione dell'art. 44. Sul tema cfr. anche Lazzari 2014, che parla di un «pericolo qualificato», anche non determinato da «comportamenti datoriali posti in essere in violazione di norme di legge» (30, con ulteriori indicazioni bibliografiche su tale ultimo aspetto).

²² Lazzari 2014, 31, che cita le argomentazioni espresse da Franco 1996, 288-289.

di criteri più restrittivi rispetto a quelli indicati nelle sentenze già in precedenza analizzate e relative all'art. 1460 c.c. (§ 2). L'analisi della casistica affrontata dalle varie decisioni mette sicuramente in rilievo l'esistenza di situazioni che mettono a repentaglio la salute o la sicurezza dei lavoratori ma certamente in condizioni non così radicali come quelle che sembrano delineate dall'art. 44. Si pensi al caso esaminato da Cass. n. 6631/2015, legato al malfunzionamento dell'impianto di riscaldamento ed alla «temperatura troppo bassa nell'ambiente di lavoro»²³. O alla ipotesi esaminata dal Tar Abruzzo, Sezione di Pescara, riferita ad un ambiente di lavoro in cui le sigarette rendevano l'aria irrespirabile e nella quale si è legittimato l'abbandono del lavoro, ritenendo che la situazione costituisse un inadempimento grave dell'obbligo di sicurezza²⁴.

Tuttavia la questione più rilevante in questa sede, è «quando», in presenza di un pericolo che abbia i requisiti rigorosi richiesti dal decreto legislativo, il lavoratore abbia il diritto di smettere di lavorare e di abbandonare la zona pericolosa. Si è sostenuto che il c. 1 dell'art. 44 sarebbe di difficile applicazione, in quanto raramente si sarebbe in presenza di un pericolo così grave da impedire contestualmente di avvertire il superiore gerarchico e da far sorgere un diritto di «resistenza» del lavoratore²⁵. In realtà, vi sono condizioni di emergenza che sono così repentine e gravi da escludere qualsiasi possibilità di contattare altre persone ed impongono solo l'abbandono dell'area di rischio. D'altra parte, la «impossibilità di contattare il competente superiore gerarchico» è prevista dal comma 2 dell'art. 44 quale condizione per il «diritto di azione» del lavoratore, finalizzato a adottare «misure per evitare le conseguenze di tale pericolo». Questo presupposto non è contemplato

²³ Cass. n. 6631/2016, cit., 1-2.

²⁴ Tar Abruzzo, sez. Pescara, 18.12.1999, n. 897, *GD*, 2005, 5, 111 ss.

²⁵ D'Aponte 2018, 221.

nel caso del c. 1 e non è certamente un elemento che può incidere sulla autotutela del lavoratore, visto che la legge non lo ha espressamente previsto come in altra parte della stessa disposizione.

In caso di «pericolo grave, immediato e che non può essere evitato» il lavoratore, dunque, oltre a poter interrompere il lavoro, conserva il diritto alla retribuzione, in quanto non deve «subire pregiudizio alcuno» in conseguenza di un evento totalmente indipendente dalla sua volontà²⁶. In questo caso la legge garantisce il corrispettivo che oggi la giurisprudenza riconosce anche nell'ambito dell'art. 1460 c.c. quale reazione alla violazione dell'obbligo di sicurezza. In aggiunta ha diritto anche all'eventuale risarcimento dei pregiudizi subiti, in quanto «deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa». In tale situazione la reintegrazione del patrimonio per equivalente richiede solo il danno e non presuppone alcun atto di costituzione in mora, come invece sarebbe necessario se si operasse nell'ambito della eccezione d'inadempimento (§ 2). La norma speciale, infatti, ha una formulazione letterale che impone l'eliminazione degli effetti dannosi (legittimando il risarcimento) e non richiede alcun requisito ulteriore, con una deroga, quindi, alla previsione dell'art. 1419, c. 1, c.c.

4. L'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008 e l'emergenza epidemiologica da Covid-19

La pandemia da Coronavirus 2019, pur avendo origine da fattori esterni all'attività produttiva, si manifesta attraverso il con-

²⁶ Montuschi 2000, 13; Vallebona 1997, 210 ss., entrambi con riferimento all'art. 14 del d.lgs. n. 626/1994 e con un principio estensibile anche all'art. 44 del d.lgs. n. 81/2018, del tutto identico. In relazione a quest'ultima disposizione il mantenimento della retribuzione è confermato da Lazzari 2014, 30.

tatto tra le persone e per tale ragione riguarda anche le organizzazioni nelle quali i lavoratori prestano la propria attività. Inoltre il contagio potrebbe essere contratto anche *in itinere*, in quanto determinato dallo spostamento verso e dal lavoro. L'azienda, può essere quindi «uno straordinario veicolo per la diffusione del virus» per «la concentrazione e la continuità delle persone che vi operano», visto che «la stessa presenza nel luogo di lavoro [...] rappresenta una delle possibili cause di contagio»²⁷. Questo spiega perché sin dall'origine le parti sociali si siano preoccupate di individuare le «misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro»²⁸. E tale situazione giustifica l'adozione, da parte dell'ordinamento giuridico, di queste misure, come strumento indispensabile per garantire sia la salute pubblica in generale, sia lo svolgimento dell'attività produttiva in condizioni di sicurezza per i lavoratori. L'obiettivo è stato realizzato con la «“legificazione” delle misure di contenimento» avvenuta con l'emanazione di un Decreto legge che delega ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di determinare le misure stesse²⁹. I d.P.c.m. originariamente rinviavano al Protocollo redatto dalle parti sociali. Invece, nell'ultimo Decreto del 26 aprile 2020, l'art. 2 «impone il rispetto» del Protocollo del

²⁷ Pascucci 2019, 104.

²⁸ Ci si riferisce al «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid 19 negli ambienti di lavoro», stipulato il 14 marzo 2020 dal Ministro dell'economia, dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, dal Ministro dello sviluppo economico e dal Ministro della salute, insieme alle Oo.Ss. più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro. Successivamente il Protocollo, con il medesimo titolo e gli stessi sottoscrittori, è stato aggiornato in una nuova versione del 24 aprile 2020.

²⁹ Le parole del testo sono di Pascucci 2020, 121, a cui si rinvia per l'analisi della tecnica legislativa utilizzata.

24 aprile 2020 (nella sua versione più aggiornata), che diventa parte del provvedimento amministrativo come «Allegato 6». E, nel periodo finale dell'art. 2, c. 6, del d.P.c.m. si prevede che «la mancata attuazione dei protocolli che non assicurino adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza», a riprova della loro essenzialità ai fini della tutela della integrità fisica e morale del lavoratore.

In questo contesto di obbligatorietà delle misure di contenimento del contagio contenute nel Protocollo, mi sembra corretto affermare che, ai sensi dell'art. 2087 c.c. e delle altre norme speciali, alle misure di prevenzione e protezione della salute del lavoratore ordinarie (legate al normale svolgimento dell'attività produttiva, se non sospesa) «si affiancheranno provvisoriamente – per tutta la durata dell'emergenza –» quelle specifiche legate al Coronavirus 19³⁰. Inoltre, con riferimento a tale patologia, l'obbligo previsto dall'art 2087 (e dalle leggi speciali) viene realizzato con il «puntuale e diligente adempimento delle specifiche misure di sicurezza tempo per tempo previste dal Protocollo e dalla normativa emergenziale in evoluzione». In aggiunta il datore di lavoro è tenuto a realizzare «un diligente lavoro di adattamento al contesto produttivo specifico di riferimento», realizzato tramite «un protocollo aziendale», con il quale si realizzi «un'attenta declinazione delle misure di sicurezza individuate dalle fonti di riferimento (in primo luogo il Protocollo nazionale) solo in modo generico»³¹.

Non è ovviamente possibile, in questa sede, un esame dettagliato delle varie misure di sicurezza. Ai fini dell'applicazione dell'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008 dovranno essere prese in considerazione quelle la cui violazione sia in grado di determinare la situazione di «pericolo» «serio» prevista dalla disposizione. Si pensi al

³⁰ Pascucci 2019, 102.

³¹ Marazza 2020, 9 e 10 (dattiloscritto).

caso in cui il lavoratore sia costretto a lavorare in assenza di «mascherine [...] utilizzate in conformità a quanto previsto dalle indicazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità», o, in caso di «difficoltà di approvvigionamento», di quelle «la cui tipologia corrisponda alle indicazioni dell'autorità sanitaria»³². Oppure quando, operando a meno di un metro da altri colleghi, non venga garantita l'utilizzazione «delle mascherine, e (di) altri dispositivi di protezione (guanti, occhiali, tute, cuffie, camici ecc.) conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie»³³. Oppure nel caso in cui si operi a stretto contatto con un lavoratore che «sviluppi febbre e sintomi di infezione respiratoria quali la tosse»³⁴.

In queste situazioni è ipotizzabile l'abbandono immediato del posto di lavoro. Non va dimenticato, infatti, che il virus si trasmette con il contatto ravvicinato con le persone ed in assenza di dispositivi di protezione e i casi sopra descritti potrebbero determinare il contagio. Tra l'altro, la trasmissione della patologia potrebbe avvenire anche se vi sono lavoratori che non presentino sintomi influenzali e operino in assenza delle misure di sicurezza. Essi, infatti, potrebbero essere «asintomatici» e causare comunque l'infezione virale.

In tutte le ipotesi illustrate il pericolo sarebbe «grave», in considerazione dei potenziali effetti lesivi del virus, che, come dimostra l'esperienza storica, ha determinato un elevato numero di decessi o la possibilità del ricovero ospedaliero, in un contesto caratterizzato, oltretutto, dall'assenza di un vaccino o di farmaci salva vita che escludano di contrarre l'infezione o assicurino la guarigione. Esso sarebbe anche «immediato», in quanto si tratterebbe

³² Le parole nel testo sono tratte dalla Sezione 6 «Dispositivi di protezione individuale» del Protocollo (p. 25 del d.P.c.m. 26 aprile 2020).

³³ Cfr. nt. precedente.

³⁴ Sezione 11 «Gestione di una persona sintomatica in azienda» del Protocollo (p. 27 del d.P.c.m. 26 aprile 2020).

di un potenziale contagio di carattere «imminente» (in considerazione della rapidità di trasmissione, tramite le vie respiratorie o il contatto personale, dell'infezione). Il pericolo inoltre sarebbe «inevitabile» perché non esistono strumenti alternativi rispetto al distanziamento fisico con gli altri lavoratori e all'utilizzo dei dispositivi di protezione³⁵. La ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008 determina sia il diritto ad allontanarsi dal posto di lavoro, sia le altre conseguenze esaminate (retribuzione ed eventuale risarcimento del danno), senza necessità di attività ulteriori (§ 3).

5. L'art. 1460 c.c. e l'emergenza Covid-19

Le ipotesi descritte, peraltro, non sono le uniche che possano garantire il «diritto di autotutela» del lavoratore. L'art. 44 analizzato è una norma speciale che certamente non esclude l'applicazione di un rimedio generale tipico del diritto delle obbligazioni quale l'eccezione di inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c. Da un lato, infatti, il d.lgs. non prevede una espressa esclusione della normativa del codice civile. Dall'altro il contenuto dell'art. 44 differisce dalla disciplina prevista dall'art. 1460 in relazione ai presupposti di applicabilità, connessi al testo della disposizione e alla stessa interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza. È sufficiente pensare alla buona fede e al giudizio di proporzionalità previsti dal codice civile (ed assente nella norma speciale), o ai requisiti della «immediatezza» e «inevitabilità» richiesti dall'art. 44 e non contemplati dall'art. 1460³⁶. Il carattere speciale dell'art. 44 comporta che, quando mancano i presupposti per l'applicazione della

³⁵ V. *retro* § 3, testo e nt. 22.

³⁶ La «non perfetta sovrapposizione» tra art. 44 art. 1460 c.c. è sottolineata anche da Lazzari 2014, 30.

disposizione del decreto delegato si applicherà la norma del codice civile. La legge speciale, infatti, introduce una deroga a quella generale sottraendole la disciplina di uno o più casi (o rapporti giuridici), con la conseguenza che «venuta meno la norma speciale, la norma principio o norma generale si riepande nella sua efficacia, e disciplina il caso prima regolato dalla norma speciale, mentre, in costanza di quest'ultima, il caso è disciplinato da essa e non dalla norma generale che è appunto limitata (derogata) nella sua forza espansiva (potenziale)»³⁷.

Anche in questo caso sono le misure di contenimento previste nel Protocollo oggi allegato al d.P.c.m. del 26 aprile 2020 a costituire il principale punto di riferimento per valutare il rispetto degli obblighi di sicurezza connessi al Covid-19, oltre ovviamente alle altre regole legate alla «normativa emergenziale in evoluzione» e alle eventuali previsioni aggiuntive di carattere più specifico definite a livello aziendale³⁸. Si è visto che, nell'ambito dell'art. 1460 c.c., l'inadempimento del datore di lavoro deve essere «grave». E si è già osservato che ai sensi dell'art. 2, c. 6, del d.P.c.m. 26 aprile 2020 «la mancata attuazione dei protocolli che non assicurano adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività sino al ripristino delle condizioni di sicurezza». Dunque sono i «protocolli» a consentire l'effettuazione di un «lavoro sicuro» e con forte riduzione del rischio di contagio. La sospensione dell'attività produttiva in caso di loro inosservanza è un sicuro indice della «gravità» della violazione compiuta da datore di lavoro e legittima, quindi, l'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c.

Ovviamente si deve trattare di violazioni diverse da quelle de-

³⁷ Modugno 1978, 516, nt. 65. In generale sulla norma speciale cfr. anche Guastini 2011, 117 ss.; Zorzetto 2011.

³⁸ Marazza 2020, 9 e 10 (dattiloscritto).

scritte nel precedente paragrafo che, per la loro «gravità, imminenza e inevitabilità», determinano una situazione di emergenza tale da imporre l'applicazione dell'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008. Si pensi, ad esempio, alla mancanza di «idonei mezzi detergenti per le mani» o di «specifici dispenser collocati in punti facilmente individuabili»³⁹. Oppure alla assenza di «sanificazione periodica di tastiere, schermi touch, mouse, con adeguati detergenti, sia negli uffici, sia nei reparti produttivi»⁴⁰. O alla carenza della rilevazione della temperatura corporea «prima dell'accesso al luogo di lavoro»⁴¹.

In queste situazioni, in considerazione dei principi di correttezza e buona fede connessi all'art. 1460 c.c. è possibile che, prima dell'astensione dal lavoro, il dipendente sia tenuto ad informare il datore di lavoro della necessità di applicare le previsioni indicate, rifiutandosi legittimamente di lavorare sino a quando esse non sono state realizzate e rimanendo a disposizione in attesa della loro effettuazione. In questo caso e nell'ipotesi in cui le misure di sicurezza non vengano attuate, oltre alla astensione dall'effettuazione della prestazione, il dipendente, alla luce dei principi descritti (§ 2), maturerà il diritto alla retribuzione, senza necessità di ulteriori atti giuridici o comportamenti concludenti. Mentre – per quanto chiarito più sopra – soltanto ai fini dell'eventuale rivendicazione del risarcimento del danno sarà necessaria una richiesta scritta al datore di lavoro ai sensi dell'art. 1219, c. 1, c.c.

In conclusione, vale la pena di segnalare come l'intimazione in forma scritta finalizzata ad ottenere la realizzazione delle misure di sicurezza non attuate, anche se non necessaria ai fini del diritto all'astensione dal lavoro e alla retribuzione ai sensi dell'art. 1460 c.c. potrebbe comunque essere utile per dimostrare, in modo certo e ai

³⁹ Sezione 5 del Protocollo annesso come Allegato 6 al d.P.c.m. 26 aprile 2020.

⁴⁰ Sezione 4 del Protocollo annesso come Allegato 6 al d.P.c.m. 26 aprile 2020

⁴¹ Sezione 2 del Protocollo annesso come Allegato 6 al d.P.c.m. 26 aprile 2020.

fini della prova, la volontà del lavoratore di subordinare la ripresa del lavoro alla puntuale applicazione dei protocolli di sicurezza.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2016), *La sicurezza del lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto*, in *DLS*, n. 1, <http://www.ojs.uniurb.it>, 83 ss.
- Balletti E. (1990), *La cooperazione del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova.
- Benedetti A. M. (2011), *Le autodifese contrattuali*, Giuffrè, Milano.
- D'Aponte M. (2018), *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino.
- Ferrante V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino.
- Franco M. (1996), *La responsabilità del datore di lavoro e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 (e successive modificazioni)*, in *RIDL*, I, 243 ss.
- Ghezzi G. (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Guastini R. (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano.
- Lai M. (2002), *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, Torino.
- Lassandari A. (2011), *Commento agli artt. 43-46*, in Zoli C. (a cura di), *I principi comuni*, in L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza del lavoro*, I, Zanichelli, Bologna, 490 ss.
- Lazzari C. (2014), *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in *Working Paper di Olympus*, 30, in <http://www.ojs.uniurb.it>, 1 ss.
- Marazza M. (2020), *L'art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, di prossima pubblicazione nel n. 2 della *RIDL*, I, 1 ss. (dattiloscritto).
- Modugno F. (1978), *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *ED*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 506 ss.
- Montuschi L. (1986), *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano.

- Montuschi L. (2000), *Ambiente di lavoro*, in *DDP – Sez. comm., Aggiornamento*, Utet, Torino, 7 ss.
- Natullo G. (2011), *Sicurezza del lavoro*, in *ED – Annali*, IV, Giuffrè, Milano, 1073 ss.
- Pascucci P. (2019), *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra «raccomandazioni» e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DLS*, n. 2, <http://www.ojs.uniurb.it>, 98 ss.
- Pascucci P. (2020), *Ancora su coronavirus e sicurezza del lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *DLS*, n. 1, <http://www.ojs.uniurb.it>, 117 ss.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Vallebona A. (1997), *Responsabilità civile dell'imprenditore*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Giappichelli, Torino, 210 ss.
- Visintini G. (2005), *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova.
- Zorzetto S. (2011), *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Edizioni ETS, Pisa.

*Giovanni Orlandini**

Diritto di sciopero e tutela della salute
durante lo stato d'emergenza epidemiologica

SOMMARIO: 1. Il diritto di sciopero in tempi di pandemia secondo la Commissione di garanzia. – 2. *Ratio* e collocazione sistematica dell'art. 2, c. 7 della legge n. 146/1990. – 3. I termini del bilanciamento tra diritto di sciopero e diritto alla salute. – 4. I limiti d'esercizio dello sciopero proclamato ai sensi dell'art. 2, c. 7. – 5. I limiti del diritto di sciopero al di fuori dell'ambito di applicazione della l. n. 146/1990.

*1. Il diritto di sciopero in tempi di pandemia secondo la
Commissione di garanzia*

Il dilagare della pandemia si è accompagnato al moltiplicarsi di scioperi dovuti alla (contestata) mancanza di condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro. Gli scioperi hanno riguardato singole aziende ed enti (aziende municipalizzate di servizi ambientali, cooperative di pulizie, società di vigilanza, enti e società di trasporto ferroviario e marittimo, Rai) ed interi settori a livello regionale (trasporto pubblico locale in Basilicata) e nazionale (trasporto aereo), e sono stati promossi sia dai sindacati confederali che da sigle del sindacalismo autonomo. L'Unione sindacale di base (Usb) ha proclamato uno sciopero generale per il 25 marzo. Uno sciopero generale è stato minacciato anche dalla Cgil; minaccia poi rientrata a seguito della firma del Protocollo del 14 marzo, assunto a modello di generale ap-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università di Siena.

plicazione per assicurare condizioni minime di sicurezza sui luoghi di lavoro, grazie al suo «recepimento» nel d.l. n. 19/2020.

L'intervento della Commissione di garanzia è stato assai tempestivo ed ha preceduto l'adozione delle misure di *lockdown* adottate dal Governo. Con un comunicato stampa pubblicato il 24 febbraio, il Garante ha infatti intimato a tutte le organizzazioni sindacali di astenersi dal proclamare scioperi fino al 31 marzo (termine, al momento in cui si scrive, prorogato al 30 aprile), in ragione dello stato d'emergenza sanitaria dichiarato con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio. Come precisato nelle delibere di invito successivamente indirizzate alle sigle proclamanti, l'obbligo di revocare le astensioni collettive deriva dalla clausola, presente (con formule equivalenti) in tutti i Ccnl, che prevede la sospensione di qualsiasi sciopero in caso di «eventi eccezionali di particolare gravità e di calamità naturali».

Per la Commissione di garanzia la dichiarazione dello stato d'emergenza comporta dunque di per sé la sospensione del diritto di sciopero nei servizi pubblici sull'intero territorio nazionale; con la conseguente inibizione del suo esercizio per tutto il tempo in cui lo stato d'emergenza permane (cioè fino al 31 luglio 2020). Si tratta però di capire se ed in che modo tale divieto di scioperare si estenda anche agli scioperi proclamati ai sensi dell'art. 2, c. 7, l. n. 146/1990; norma che prevede il venir meno degli obblighi di legge relativi al preavviso e all'indicazione preventiva della durata in caso di scioperi proclamati «in difesa dell'ordine costituzionale o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori».

La risposta alla questione si legge nella delibera 20/89 del 26 marzo, con la quale sono state attivate le procedure sanzionatorie a carico di Usb per non aver revocato lo sciopero generale del 25 marzo in risposta alla delibera di invito adottata il precedente 17 marzo.

La Commissione ammette che l'art. 2, c. 7 possa configurare

una deroga al divieto generale di scioperare conseguente alla situazione emergenziale in atto, ma precisa che «gli scioperi proclamati ai sensi dell'art. 2, comma 7 [...] devono in ogni caso avere durata simbolica e sono ammessi solo in presenza di specifici eventi e/o specifiche situazioni di pericolo oggettivo, certificato dalle competenti autorità». Nel contesto dell'attuale crisi epidemiologica, infatti, «il sistema di garanzie delineato dalla legge 146/1990 [...] deve essere assicurato integralmente» (s'intende, dunque, anche in caso di scioperi proclamati ai sensi dell'art. 2, c. 7).

Dovendo uno sciopero presentare tali caratteristiche per potersi considerare legittimo, resta esclusa *a priori* la possibilità di proclamare scioperi generali ai sensi della richiamata disposizione, risultando evidentemente troppo complesso (se non impossibile) la verifica «caso per caso» dei presupposti che giustificano la singola astensione. A nulla vale dunque in questo caso l'indicazione dei soggetti proclamanti di effettuare astensioni «simboliche» di 1 minuto nei servizi necessari per garantire l'igiene urbana e l'assistenza alle persone, posto che comunque lo sciopero «oltre a risultare inopportuno, contribuisce a ingenerare un diffuso senso di insicurezza e a produrre incalcolabili danni alla collettività, determinando un non accettabile aggravio alle Istituzioni e/o aziende coinvolte nell'attività di prevenzione della pandemia, [e] rischia di vanificare le azioni di contenimento di cui ai recenti provvedimenti governativi».

Con la successiva nota del 16 aprile indirizzata all'Ama (l'azienda municipalizzata dei servizi ambientali del comune di Roma) ed alle organizzazioni sindacali proclamanti, la Commissione sembra ammettere una possibile lettura meno restrittiva dell'art. 2, c. 7, a fronte di «comportamenti dell'azienda riportati in modo puntuale nell'atto di proclamazione» tali da determinare «una situazione di oggettivo pericolo per la salute e sicurezza dei lavoratori». Se da una parte infatti si ingiunge all'azienda di adempiere i propri obblighi

di sicurezza, dall'altra si invitano i sindacati non già alla pura e semplice rinuncia all'astensione collettiva, ma a considerare una riduzione della durata dello sciopero o, in alternativa, un ampliamento dei servizi minimi da concordare con l'azienda.

D'altra parte, la Commissione ha ripetutamente invitato le aziende a rispettare gli obblighi di sicurezza previsti dal Protocollo del 14 marzo, la cui violazione, determinando l'insorgenza o l'aggravarsi del conflitto, è oggetto della sua valutazione ai sensi dell'art. 13, lett. *b*), l. n. 146/1990. A tal riguardo, in risposta alle segnalazioni di Fp Cgil, Ft Cisl, Uilta e Fiadel relative alla situazione del comparto igiene ambientale, il Garante (nella persona del commissario delegato) si propone di operare una «costante interlocuzione» con i Comitati per la verifica e l'attuazione delle misure previste dal Protocollo del 14 marzo, di cui raccomanda la costituzione sia a livello aziendale che nazionale (nota del 15/04/2020).

In conclusione dunque il regime «emergenziale» che dovrebbe governare la conflittualità sindacale finché perdura l'emergenza sanitaria si configura nei seguenti termini.

Qualsiasi sciopero è illegittimo, con la sola eccezione delle astensioni proclamate ai sensi dell'art. 2, c. 7, l. n. 146/1990. Quest'ultima disposizione può però essere legittimamente invocata solo se i rischi per l'incolumità e la sicurezza dei lavoratori cui essa fa riferimento siano accertati dalle «autorità competenti» (cioè, sembra intendersi, gli organi ispettivi pubblici); fatta salva la possibilità della stessa Commissione di considerare le segnalazioni dei soggetti proclamanti sufficientemente puntuali e fondate da provare l'esistenza di un effettivo pericolo per la salute dei lavoratori. In questi casi l'azione sindacale di norma deve comunque avvenire in forma meramente simbolica, o, al limite, in modo tale da ridurre al minimo l'incidenza sull'erogazione del servizio; ma quest'ultima ipotesi sembra ammissibile solo nel caso in cui l'ambito territoriale ed il tipo di servizio su cui incide l'azione sindacale lo giustifichi.

Essendo esclusa la legittimità dello sciopero perdurante l'emergenza, non sorprende come, da ultimo, la Commissione abbia invitato una società di servizi di igiene ambientale a valutare «caso per caso» anche la legittimità di una serie di «astensioni individuali plurime» attuate invocando l'esistenza di un «pericolo grave e immediato» (ai sensi dell'art. 44, d.lgs. n. 81/2008), al fine di attivare i relativi provvedimenti disciplinari a carico dei propri dipendenti impiegati in alcuni cantieri nel pisano (delibera 20/104). Coerentemente con la propria lettura dell'art. 2, c. 7, la Commissione considera necessario valutare «con grande cautela» la possibilità di invocare la norma del Testo Unico del 2008.

L'inibizione dell'arma del conflitto è, per così dire, bilanciata dal ruolo di vigilanza che la stessa Commissione intende svolgere, su segnalazione degli stessi attori sindacali, sul rispetto degli obblighi di sicurezza da parte di enti e aziende, al fine di attivare il potere di «invito» previsto dall'art. 13, lett. b), l. n. 146/1990.

2. Ratio e collocazione sistematica dell'art. 2, c. 7 della legge n. 146/1990

La Commissione si è mossa in linea con il suo tradizionale approccio per il quale l'art. 2, c. 7, giusta la sua natura di norma derogatoria delle regole previste dalla l. n. 146/1990, va interpretato restrittivamente. Da ciò la conclusione che, proprio in relazione agli scioperi di protesta, il disposto in questione servirebbe a legittimare soltanto astensioni di durata meramente simbolica (in questo senso, già la delibera n. 17/272 del 28.9.2017).

Si tratta di una conclusione che è in sé opinabile, non solo perché non trova alcun fondamento nella lettera della norma, specie considerando che essa ammette deroghe proprio alla predeterminazione della durata dello sciopero; ma soprattutto perché della stessa norma contraddice la *ratio* fondativa.

L'art. 2, c. 7 ha sì valenza di norma «eccezionale», ma nel senso opposto rispetto a quello suggerito dalla Commissione. Si configura infatti come una sorta di norma di chiusura del sistema di regole configurato dall'art. 2, l. n. 146/1990, onde evitare che queste possano comprimere l'esercizio dello sciopero quando vi si ricorre per perseguire finalità e interessi sovraordinati rispetto agli stessi diritti dell'utenza. E proprio tali sovraordinate finalità portano ad escluderne una declinazione al ribasso, che ne vanifica l'effettività.

Sulla *ratio* dell'art. 2, c. 7 ha fatto luce la Corte costituzionale nella sentenza n. 276/1993. I giudici delle leggi hanno respinto l'eccezione di costituzionalità *sub* art. 3 Cost. sollevata dalla Cgil per l'asserita ingiustificata esclusione dello sciopero economico-politico dall'ambito di applicazione della disposizione in questione. Riconducendo tale tipologia di sciopero nell'alveo della normale conflittualità sindacale (con la conseguente necessità del pieno rispetto del sistema di garanzie configurato dalla l. n. 146/1990), la Corte ha evidenziato come gli interessi difesi dai lavoratori nei casi previsti dall'art. 2, c. 7 siano di natura affatto eccezionale (quindi diversi da quelli difesi con gli scioperi economico-politici), perché «ineriscono alla persona e a interessi fondamentali della collettività»; per questo motivo, «il bilanciamento con i diritti degli utenti [...] deve avere un esito diverso e meno incisivo sull'esercizio del diritto di sciopero».

Se così è, non si vede perché gli scioperi proclamati ai sensi dell'art. 2, c. 7 dovrebbero avere il carattere di scioperi simbolici; «scioperi» per la cui legittimazione, per altro, non è neppure necessaria una norma *ad hoc*, non incidendo in alcun modo sull'erogazione del servizio pubblico. La norma, all'opposto, riconosce il diritto di esercitare pienamente (cioè senza i limiti di legge) il diritto di sciopero quando si tratta di difendere i beni supremi dell'ordine costituzionale e dell'incolumità dei lavoratori. La questione che pone l'art. 2, c. 7 attiene piuttosto al fatto se al venire

meno degli obblighi di legge relativi al preavviso ed alla predeterminazione della durata possa associarsi anche la mancata erogazione delle prestazioni indispensabili, in relazione alle quali la norma tace.

Il problema si pone diversamente in relazione alla gravità dell'evento che giustifica l'astensione dal lavoro. È evidente come davanti ad un colpo di Stato l'obbligo di garantire le prestazioni indispensabili perda di senso. Ma parimenti un simile obbligo non può ritenersi sussistente a fronte di un pericolo capace di mettere a rischio la salute di tutti i lavoratori che erogano un determinato servizio, in ragione della preminente rilevanza del diritto alla salute ed alla vita rispetto agli altri diritti della persona tutelati dalla l. n. 146/1990. In questa prospettiva la fattispecie di cui all'art. 2, c. 7 finisce per sovrapporsi a quella dell'art. 44, d.lgs. n. 81/2008 che riconosce al lavoratore il diritto di abbandonare il luogo di lavoro in caso di «pericolo grave e immediato»; nonché al generale principio dell'*inadimplenti non est adimplendum*.

Il diritto di scioperare ai sensi dell'art. 2, c. 7 e di astenersi dal lavoro per evitare un pericolo alla salute condividono un'*eadem ratio*, che li può rendere complementari. Il diritto a rifiutare la prestazione presuppone un inadempimento del datore degli obblighi prevenzionistici di sicurezza *ex art. 2087 c.c.* e può configurare un caso di mora¹; e il diritto di abbandonare il luogo di lavoro ai sensi dell'art. 44, d.lgs. 81/2008 presuppone un rischio «qualificato» in termini di gravità, immediatezza e inevitabilità. Entrambi questi diritti si configurano come diritti individuali, ma possono anche essere attuati collettivamente, ed in questa prospettiva il rappresentante sindacale per la sicurezza può svolgere un ruolo decisivo nel segnalare il fattore di rischio. Con «astensioni individuali plurime» di questo genere la Commissione, come detto, si è d'altra

¹ In proposito si rinvia a Speziale in *q. vol.*

parte già trovata a confrontarsi, sostenendo una lettura restrittiva dell'art. 44, d.lgs. n. 81/2008, coerente con quella adottata in relazione all'art. 2, c. 7 e necessaria per evitare che grazie alla norma del Testo Unico sulla sicurezza si possano aprire spazi di praticabilità del conflitto ritenuti inammissibili.

Sia esso esercitato individualmente o collettivamente, il diritto di astenersi dal lavoro fondato sull'art. 44, d.lgs. n. 81/2008 o sull'eccezione di inadempimento non solo preserva il diritto alla retribuzione del lavoratore, ma solleva conseguentemente anche dalle responsabilità conseguenti alla eventuale violazione delle regole dettate dalla l. 146/1990. In assenza dei presupposti di legge o di un'effettiva inadempienza degli obblighi di sicurezza da parte del datore, riemerge però la responsabilità del lavoratore per l'in giustificata assenza dal lavoro. Da ciò la «complementarietà» sistemica rispetto all'art. 44 ed all'eccezione di inadempimento, dell'art. 2, c. 7, in quanto questa seconda norma, a fronte di analoghi rischi per la salute, giustifica astensioni collettive dal lavoro che, se da una parte comportano la perdita della retribuzione, dall'altra non espongono i lavoratori alla possibile responsabilità per inadempimento, né il sindacato alle sanzioni previste dalla l. n. 146/2990.

Da quanto detto si ricava come sia priva di fondamento la pretesa della Commissione di garanzia di giustificare lo sciopero ai sensi dell'art. 2, c. 7 solo in presenza di «specifiche situazioni di pericolo oggettivo certificato dalle competenti autorità», giacché in tal caso l'astensione dal lavoro può pacificamente essere giustificata ai sensi dell'art. 44, d.lgs. 81/2008 o del generale principio dell'*indimplenti non est adimplendum*.

Nel pretendere l'accertamento «oggettivo» e «preventivo» di una situazione di rischio, la Commissione, di nuovo, contraddice la *ratio* di fondo della norma, che è quella di riconoscere al sindacato (e più in generale ai lavoratori organizzati) il diritto di autotu-

telarsi con l'azione collettiva in virtù di una valutazione necessariamente «soggettiva», cioè derivante dall'esperienza diretta in merito alla presenza di un rischio sul luogo di lavoro. Si può dire che la norma sia segnale della fiducia che l'ordinamento ripone nei sindacati (e negli stessi lavoratori) come garanti della sicurezza sul luogo di lavoro a fronte di situazioni d'emergenza che (come tali) non possono essere affrontate se non con l'astensione dal lavoro; in questo senso, appunto, l'art. 2, c. 7, finisce per raccordarsi con il sistema di garanzie previsto dal d.lgs. n. 81/2008.

3. I termini del bilanciamento tra diritto di sciopero e diritto alla salute

Quanto sin qui detto porta ad affrontare la questione cruciale del giudizio di bilanciamento tra i diritti fondamentali in gioco. Gli scioperi proclamati ai sensi dell'art. 2, c. 7 non sollevano (soltanto) il problema del contemperamento tra diritto di sciopero e diritti dell'utenza, dal momento che (come appunto ricorda la stessa Corte costituzionale) lo sciopero è finalizzato alla difesa del preminente diritto alla salute dei lavoratori; ed è questo a giustificare una maggior compressione degli altri diritti della persona garantiti dalla l. n. 146/1990. Il bilanciamento con i diritti dell'utenza, in altre parole, non chiama in causa il solo art. 40, ma anche l'art. 32 Cost., cui il primo si raccorda funzionalmente.

Nel contesto pandemico in cui gli scioperi oggi si collocano, tale raccordo piuttosto che affievolirsi si rafforza, al contrario di quanto ritiene la Commissione affermando che questi rischiano «di vanificare le azioni di contenimento di cui ai recenti provvedimenti governativi». Nell'affermare ciò la Commissione dà per scontato quello che scontato non è, cioè che l'astensione dal lavoro produca di per sé un rischio per la salute pubblica, inammissibile in ragione

dello stato d'emergenza; e rovescia i termini del bilanciamento tra diritti fondamentali, configurando un conflitto tra art. 40 e art. 32 che ovviamente non può non portare alla negazione del primo. Ma un simile bilanciamento è in realtà implausibile, perché il suddetto raccordo funzionale tra le due norme costituzionali vale a garantire non solo la salute dei lavoratori che scioperano, ma anche ad evitare rischi per la salute pubblica.

Lungi dal delegittimare l'arma dello sciopero, lo stato d'emergenza epidemiologica ne amplifica la funzione di risorsa ultima di autotutela collettiva, tanto più indispensabile quanto più si riducono gli ordinari spazi di confronto democratico. E le azioni collettive realizzate in questo tempo di pandemia smentiscono la mistificatoria lettura del diritto di sciopero come strumento di difesa di interessi corporativi lesivi dell'interesse generale, giacché è proprio la praticabilità del conflitto a rendere possibile la tutela del bene pubblico della salute davanti alla pretesa di subordinarlo ad interessi economico-produttivi. La necessità di preservare il pieno spazio d'esercizio dell'azione sindacale si impone infatti in quanto questa è funzionale a promuovere il diffuso rispetto da parte di enti e aziende delle misure prevenzionistiche previste dal Protocollo del 14 marzo e dal successivo Protocollo del 24 aprile, ed a permettere così il contenimento del contagio.

Per questo motivo non può essere invocata la clausola prevista dai contratti collettivi che prevede l'immediata cessazione degli scioperi in caso di eventi eccezionali di particolare gravità o di calamità naturali. Tale clausola può in sé sollevare un problema di coerenza logico-sistematica con l'art. 2, c. 7, giacché «è curioso che uno stesso evento [...] sia sottratto dalla legge che lo legittima all'applicazione delle regole sul preavviso e l'indicazione della durata, e sia invece considerato dalle organizzazioni sindacali una causa di astensione dallo sciopero» (come da subito acutamente osservò Maria Vittoria Ballestrero, in relazione agli scioperi in di-fesa

dell'ordine costituzionale). Si tratta però di un problema che proprio l'attuale contesto emergenziale suggerisce di risolvere riconoscendo la preminenza della norma di legge, alla luce della cui *ratio* vanno lette le suddette clausole «d'eccezione» previste dai Ccnl.

D'altra parte, se si dismettono gli occhiali dell'ideologia antisindacale, diventa davvero difficile configurare nell'attuale emergenza sanitaria un'ipotesi realistica di sciopero «irresponsabilmente» attuato in assenza di un rischio di contagio per i lavoratori, e capace al contrario di aumentare tale rischio per la collettività. I drammatici fatti che ci riporta la cronaca quotidiana dimostrano piuttosto come neppure nel settore socio-sanitario tale scenario sia seriamente configurabile e come proprio l'attuazione di azioni di protesta in molti presidi ospedalieri e residenze sanitarie assistenziali (specie nella prima fase di diffusione del virus) avrebbe contribuito a ridurre gli effetti più devastanti della pandemia.

4. I limiti d'esercizio dello sciopero proclamato ai sensi dell'art. 2, c. 7

Resta ovviamente il problema di stabilire l'esistenza dei presupposti che giustificano la sospensione delle regole della l. n. 146/1990 ai sensi dell'art. 2, c. 7. La valutazione in merito (con riferimento all'ipotesi di cui qui si tratta) non può che riguardare l'effettiva esistenza dell'«evento» lesivo dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori; evento che però, nel quadro presente, deriva in sé dal rischio di contagio cui sono esposti i lavoratori nelle aziende che non abbiano adottato le misure di protezione previste dai Protocolli sottoscritti dalle parti sociali. In altre parole, l'attuale situazione di «oggettivo» rischio di contagio cui è esposto chiunque si trovi a lavorare in ambienti chiusi, rende contestabile uno sciopero attuato ai sensi dell'art. 2, c. 7 soltanto in aziende che

abbiano recepito correttamente i Protocolli, istituendo i Comitati deputati a monitorarne il rispetto.

La questione si pone in termini sensibilmente diversi in caso di sciopero generale. Non si tratta di escluderne *a priori* l'ammissibilità, come fa la Commissione grazie ad una lettura dell'art. 2, c. 7 che non trova riscontro né nella lettera né nella *ratio* della norma. Il problema di una sua impropria invocazione a giustificazione dello sciopero può porsi nell'ipotesi (poco più che di scuola) di astensione proclamata pretestuosamente in assenza dei fatti oggetto della «protesta», o per fatti evidentemente privi di una rilevanza nazionale (rilevanza indubitabile nello scenario attuale). Piuttosto, la proclamazione di uno sciopero generale di protesta ai sensi dell'art. 2, c. 7 non può ignorare l'obbligo di garantire le prestazioni indispensabili da parte dei lavoratori non esposti a rischio effettivo per la propria salute, e richiede particolari accortezze in relazione alle sue modalità di attuazione, a seconda del contesto nel quale si colloca; accortezze del genere di quelle adottate nel caso dello sciopero del 25 marzo, proclamato per tutti i lavoratori impiegati in attività di pulizia e di assistenza in forma simbolica, per la durata di 1 minuto.

Interrogarsi sui limiti d'esercizio di uno sciopero proclamato ai sensi dell'art. 2, c. 7 in un contesto di emergenza epidemiologica quale quello attuale, porta a confrontarsi con un «bilanciamento» tra diverse dimensioni dello stesso diritto alla salute. Si tratta di valutare se, in che misura e fino a che punto l'esigenza di tutelare la salute dei lavoratori (e con essa, la stessa salute pubblica) rivendicata con la loro azione diretta possa cedere a fronte di un rischio (evidentemente più grave e immediato) alla salute di terzi (cioè alla medesima salute pubblica) determinato da quella stessa azione. Si è detto che, di fatto, ben difficilmente questo drammatico scenario è configurabile. Ma proprio perché si tratta di uno scenario «drammatico», cioè del tutto eccezionale, il suo manife-

starsi dovrebbe chiamare in causa l'autorità di Governo (Ministro o prefetto), cui spetta intervenire con la precettazione dei lavoratori quando lo sciopero rischia «fondatamente» di determinare un «pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati» (art. 8, c. 1, l. n. 146/1990). Non si spiega come mai, se davvero uno sciopero proclamato durante lo stato d'emergenza mette a rischio la salute pubblica, non provveda l'autorità precettante ad impedirne *ex ante* l'attuazione, e debba piuttosto essere lasciato all'autorità «garante» il compito di sanzionare *ex post* le violazioni delle ordinarie regole d'esercizio dello sciopero.

Se a rendere ingiustificato uno sciopero proclamato ai sensi dell'art. 2, c. 7 è solo la presenza di un preminente rischio immediato alla salute di terzi, da tutelare appunto attraverso la precettazione, la Commissione non dovrebbe allora intervenire con le delibere d'invito (funzionali a regolare la «fisiologia» del conflitto, ovvero le normali dinamiche sindacali), ma piuttosto limitarsi a segnalare all'autorità precettante il rischio in parola. Da ciò il fondato dubbio di illegittimità dei diversi interventi operati dalla Commissione al fine di impedire l'esercizio del diritto di autotutela collettiva garantito dall'art. 2, c. 7.

Quanto detto, a parere di chi scrive, vale in generale a fronte di scioperi proclamati ai sensi dell'art. 2, c. 7; norma «di chiusura», invocabile appunto a fronte di eccezionali situazioni non regolabili con l'ordinario sistema di garanzie dei diritti dell'utenza. Ma vale *a fortiori* nell'attuale contesto emergenziale, nel quale quello stesso sistema è nei fatti diventato in buona parte inapplicabile.

Non c'è dubbio infatti che l'intero quadro di regole volte a regolare lo sciopero nei servizi pubblici (al contrario di quanto afferma la Commissione) risulti stravolto dalla decretazione d'urgenza che definisce quali siano le «attività essenziali» sul territorio nazionale. Basti considerare che, non solo (come precisato espressamente già nel d. P. c. m. del 22 marzo), la l. n. 146/1990 non vale

ad identificare le attività essenziali in ambito scolastico (svolte solo da remoto) e museale (sospese); ma che anche in relazione agli altri servizi pubblici rientranti nell'ambito della stessa legge non è possibile identificare le prestazioni indispensabili in base alla vigente regolazione, sia essa prevista dai contratti collettivi, sia essa dettata dalla provvisoria regolamentazione della Commissione. È evidente ad esempio che in tutto il settore dei trasporti le prestazioni indispensabili siano solo quelle identificate sulla base delle prescrizioni adottate dalle autorità competenti (di nuovo, *ex d.l. n. 19/1020*). Il che rende irricevibile l'invito della Commissione all'«integrale rispetto» del sistema di regole previsto dalla l. n. 146/1990 rivolto ai sindacati proclamanti.

D'altra parte lo stesso d.l. n. 19/2020 attribuisce al Prefetto il potere di imporre «lo svolgimento di attività non oggetto di sospensione in conseguenza di applicazione di misure di cui al presente articolo, ove ciò sia assolutamente necessario per assicurarne l'effettività e la pubblica utilità», con provvedimento da adottare «dopo aver sentito, senza formalità, le parti sociali» (art. 1, c. 3). Se ne deduce, appunto, che spetti sempre (e solo) all'autorità prefettizia il compito di ingiungere ai lavoratori di astenersi dallo sciopero durante lo stato d'emergenza, qualora ciò sia reputato indispensabile per garantire le attività di pubblica utilità.

5. I limiti del diritto di sciopero al di fuori dell'ambito di applicazione della legge 146/1990

Comunque si intenda configurare il potere d'intervento della Commissione, non può certo giustificarsi un suo sconfinamento al di fuori dello stretto ambito di applicazione della l. n. 146/1990. Va cioè respinta e scongiurata la prospettiva per la quale l'ambito di intervento della Commissione sarebbe ampliato proprio dalla

normativa emergenziale con la quale vengono individuate le attività consentite anche durante il «blocco». Una prospettiva, questa, che potrebbe essere suggerita dal carattere «aperto» dell'elenco dei servizi essenziali contenuto nell'art. 1 della l. n. 146/1990, ma che proprio la natura eccezionale delle misure adottate dal Governo deve escludere. La l. n. 146/1990 è per altro espressamente richiamata nel d.P.c.m. del 22 marzo per individuare i servizi pubblici non sottoposti al *lockdown*; con il che si ribadisce la distinzione tra «servizi essenziali» (e che sono tali in condizioni di «normalità») e attività delle quali si consente la prosecuzione in ragione della loro funzionalità a far fronte all'emergenza, fatto salvo il potere eccezionale del prefetto di imporne l'esercizio come detto previsto dall'art. 1, c. 3, d.l. n. 19/2020.

Al di fuori dei servizi essenziali come «già» individuati ai sensi della l. n. 146/1990, cioè regolati dai contratti collettivi o dalle delibere di provvisoria regolamentazione, il diritto di sciopero può dunque continuare ad essere legittimamente esercitato, nel rispetto dei generali principi che la giurisprudenza ha elaborato alla luce dell'art. 40 Cost. Quest'ultima ovvia precisazione merita però di essere soppesata con attenzione, considerando l'utilizzo che del noto limite giurisprudenziale della «produttività aziendale» potrebbe essere fatto in un contesto emergenziale quale quello presente; e ciò ancor più da parte delle imprese sottoposte al blocco della produzione, vista la situazione di estrema difficoltà nella quale si troveranno ad operare alla ripresa dell'attività.

Il limite della «produttività» proprio in questo svela il suo profilo più scivoloso, segnalato lucidamente da Gianni Garofalo a commento della sentenza della Cassazione n. 711/1980 che l'ha configurato: nel suo essere interpretabile come sinonimo di tenuta concorrenziale sul mercato dell'impresa. Se così fosse, più le condizioni di mercato sono critiche e incidono sulla capacità competitiva dell'impresa, più tale limite determinerebbe una compres-

sione degli spazi di esercizio del conflitto, fino appunto (in date condizioni) a precluderli del tutto. Ma è questa la ragione per cui una simile lettura del concetto di produttività non è accettabile, perché essa, rendendo il diritto di sciopero una variabile dipendente dalle condizioni di mercato, finisce perciò stesso per riconoscerne la natura di diritto fondamentale.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (1994), *Artt. 2, 3, 16, 19*, in Romagnoli U., Ballestrero M.V., *Art. 40. Supplemento. Legge 12 giugno 1990. Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da Branca G. e continuato da Pizzorosso A., Zanichelli, Bologna-Roma.
- Garofalo M.G. (1991), voce *Forme anomale di sciopero*, in *DDP sez. comm.*, VI, 278 ss.

*Lucia D’Arcangelo**

La tutela dei dati personali nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19 (e oltre)

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. Strumenti di *contact tracing* e controllo a distanza. – 2.1. Il funzionamento del *contact tracing* e il parere del Garante per la protezione dei dati personali. – 3. Il trattamento dei dati negli accertamenti sanitari in deroga all’art. 5 dello Statuto dei lavoratori. – 4. Ricapitolando su sicurezza e *privacy*.

1. Nota introduttiva

Il nuovo impianto di sicurezza deciso dal Governo per gestire la crisi sanitaria avrà sicuro impatto sulla sfera personale del lavoratore. Di qui l’opportunità di individuare misure adeguate per la tutela dei dati attraverso un’esegesi delle norme di riferimento, che nella iperproduzione legata al tempo del Covid-19 lasciano trapezare come nuovo obiettivo la tutela del bene della salute nei luoghi di lavoro¹ non disgiunta dal diritto di protezione del dato personale (art. 8 della Carta dei diritti dell’Unione europea)².

Non è un caso, infatti, che la normativa in materia di *protection of personal data* sia richiamata in più parti del Protocollo sindacale, sottoscritto, su impulso del Governo, il 14 marzo 2020, successivamente integrato il 24 aprile e recepito nel d.P.c.m. del 26

* Ricercatrice di Diritto del Lavoro – Università di Napoli.

¹ Per i nuovi aspetti della sicurezza tra disciplina ordinaria ed emergenziale, v. Natullo in *q. vol.*

² Sul diritto alla protezione dei dati, Di Lorenzo 2019; Lattanzi 2014, 10.

aprile³, con riferimento alle modalità di ingresso in azienda e alla sorveglianza sanitaria. Analogamente, dapprima la decretazione d'urgenza (art. 14, d.l. n. 14/2020), e ora la legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del decreto legge n. 18/2020, disciplina il trattamento dei dati sanitari nel contesto emergenziale, attribuendone la titolarità a specifici organi pubblici e privati operanti nell'ambito del Servizio sanitario nazionale (art. 17-*bis*).

Per ragioni di sintesi, distinguiamo le misure di sicurezza per la prevenzione del contagio previste dal Protocollo, relative alle modalità di effettuazione degli accertamenti sanitari (il che riporta all'art. 5, St. lav.), dagli strumenti di *contact tracing*, che non sono contemplati dall'accordo sindacale, e che possono dare luogo al famigerato controllo a distanza (art. 4, St. lav.).

Iniziamo da questi ultimi, nella cornice del Regolamento Ue 2016/679 (d'ora in poi: Rgdp), e del d.lgs. n. 196/2003 (d'ora in poi: Codice *privacy*), come modificato dal d.lgs. n. 101/2018.

2. *Strumenti di contact tracing e controllo a distanza*

Il *contact tracing* non è indicato, come già anticipato, tra le misure previste dal Protocollo sindacale ma è menzionato, seppure molto genericamente, nel Documento tecnico dell'Inail del 24 aprile 2020, nelle Considerazioni finali, tra le politiche di contrasto dell'epidemia.

Esso ha una duplice funzione: serve, per un verso, a controllare il distanziamento sociale tra i lavoratori, che, ove superiore al metro consentito, farebbe scattare un segnale di notifica (*alert*); per un altro verso, a tracciare i «contatti stretti» del lavoratore risultato positivo al Covid-19, nell'ambiente di lavoro, al fine di poter

³ I d.P.c.m. sono autorizzati ad intervenire sul piano normativo da d.l. 25 marzo 2020, n. 19 attualmente in conversione alla Camera dei Deputati, Commissione Affari sociali.

adottare le cautele necessarie e opportune a contenere l'espansione del contagio.

Le «applicazioni» attualmente in uso sono diverse (*smart sensor*, *smart watch*, *app* su *smartphone*, braccialetti elettronici) e prevedono modalità varie di funzionamento, talvolta con *bluetooth* che traccia solo i contatti, talaltra con *gps* che invece traccia gli spostamenti geolocalizzando la persona.

In entrambi i casi si realizza un'attività di controllo a distanza dei lavoratori⁴, sicché il ricorso a tale strumentazione è da ritenersi ammissibile previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali o previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro.

Infatti, i cd. «dispositivi elettronici indossabili» (meglio noti con l'espressione «*wearable device*») finalizzati al *tracking* in azienda, possono essere annoverati tra «gli altri strumenti» di cui al c. 1, art. 4 dello Statuto, che il datore di lavoro può impiegare, insieme agli impianti audiovisivi, per finalità di «sicurezza sul lavoro» nel rispetto delle condizioni procedurali anzidette.

Tuttavia, non può escludersi che negli strumenti di lavoro – come noto, sottratti al controllo procedimentalizzato di cui al citato c. 1 dell'art. 4, St. lav., e sottoposti unicamente all'obbligo di informativa (da parte datoriale), oltre che al rispetto generale della normativa sui dati personali – vengano attivate funzioni di tracciamento per finalità di contrasto del contagio da Covid-19. In questa prospettiva si prefigura come obbligatorio per il datore di lavoro rendere ai dipendenti una informativa in cui risulti espressamente indicato che i dati raccolti non saranno utilizzati per finalità disciplinari, dal momento che, come ben sappiamo, il c. 3 dell'art.4, St. lav., consente l'utilizzo delle informazioni raccolte «per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». La conseguenza per il

⁴ Lambertucci 2015, 3 ss.

datore inottemperante sarà di *non poter utilizzare* le informazioni comunque ottenute in violazione del divieto indicato nell'informativa (art. 2-*decies*, Codice *privacy*), pena la invalidità giuridica di ogni atto posto in essere, in specie la sua nullità.

Per questo motivo, si ritiene di gran lunga preferibile ricorrere ai dispositivi indossabili che richiedono la mediazione sindacale o amministrativa. Tra l'altro, non va dimenticato che la materia dei controlli a distanza è compresa fra quelle in cui è consentita la contrattazione di prossimità (art. 8, l. n. 148/2011, come modificato dalla l. n. 99/2013)⁵. Per dire che le vie di fuga dalla procedimentalizzazione sindacale/amministrativa stabilita dall'art. 4, c. 1, St. lav., per il *tracking* in azienda, sono più di una.

In questo scenario, non troppo lineare, è attualmente al vaglio parlamentare una proposta normativa per il tracciamento dei contagi da Covid-19 mediante apposita applicazione sui dispositivi di telefonia mobile nell'ambito delle strategie di contenimento dell'epidemia. Una volta approvato, il testo di legge costituirà la base giuridica di liceità dell'attività di tracciamento svolta dall'applicazione digitale inserita sullo *smartphone* (art. 6, par. 3, lett. *b*), Rgdp), e altresì, la base giuridica di ogni trattamento che si riterrà necessario per motivi di interesse pubblico (art. 9, par. 2, lett. *i*), Rgdp; artt. 2-*ter* e 2-*sexies*, Codice *privacy*).

È bene precisare che la misura è rivolta alla collettività, essa non attiene in modo specifico alla sicurezza dei luoghi di lavoro, ma in alcune realtà aziendali, come ad esempio la casa automobilistica Ferrari, secondo quanto si apprende dalla stampa, si è avviata una sperimentazione con l'applicazione denominata *Immuni*, che parrebbe essere la stessa *app* selezionata dal Ministero dell'Innovazione⁶.

⁵ *Ivi*, 13-15.

⁶ La stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d'uso sul *software* di *contact tracing* con Bending Spoons Spa è stata disposta con ordinanza del 16 aprile 2020 del Commissario straordinario per l'emergenza.

In attesa di conoscere in via definitiva il tipo di applicazione che verrà adottato, apprendiamo che il tracciamento si svolge con la modalità *bluetooth*, la quale traccia i contatti (non gli spostamenti, quindi senza *gps*) alla distanza di intervento di un metro, tramite il ricorso a codici identificativi. Il calcolo della vicinanza di ogni contatto e il relativo tempo di esposizione al *virus* è affidato ad algoritmi che generano come prima funzione una lista di «presunti» contagiati.

Vediamo più nel dettaglio di cosa si tratta analizzando i punti salienti del parere favorevole che il Garante *privacy* ha formulato sul testo normativo (n. 79 del 29 aprile 2020).

2.1. Il funzionamento del contact tracing e il parere del Garante per la protezione dei dati personali

Secondo l’Autorità di controllo italiana, la proposta legislativa di tracciamento dei contatti osserva la disciplina sul trattamento di dati, risultando, peraltro, conforme al dettato delle Linee-guida approvate dal Comitato dei garanti europei (Edpb) lo scorso 21 aprile, per la parte relativa al tracciamento degli spostamenti.

Il Garante pone in evidenza, anzitutto, la funzione «complementare» del tracciamento in relazione alle ordinarie modalità del Servizio sanitario nazionale, nel contesto del progressivo e graduale alleggerimento delle restrizioni agli altri diritti di libertà personale. Sul piano giuridico ciò significa che nell’ottica di una valutazione di proporzionalità, il bilanciamento con gli altri diritti fondamentali della persona prefigura il *contact tracing* come *misura relativamente necessaria* al perseguimento del bene pubblico della salute. Ne costituisce valida controprova la previsione dell’attivazione su base *volontaria* ovvero senza alcun pregiudizio per coloro che scelgono di non aderirvi dal punto di vista delle garanzie di tutela sanitaria, a conferma di quanto precisato anche dall’Edpb nelle Linee-guida (tali app non possono sostituire, ma solo suppor-

tare, il tracciamento manuale dei contatti effettuato da personale sanitario pubblico qualificato).

Il tracciamento, si precisa nel parere, avviene con modalità di identificazione dei contatti, pertanto non dà luogo a geolocalizzazione. La titolarità spetta al Ministero della salute in coordinamento con i soggetti pubblici e privati indicati dall'art. 17-*bis*, l. n. 27/2020, come specificato anche nelle Linee-guida, in cui si ammette la configurabilità di «altri titolari del trattamento» a condizione di provvedere a «definirli con chiarezza e fin dall'inizio nell'ambito dei rispettivi ruoli», secondo il principio di «responsabilizzazione» del titolare del trattamento (art. 5, par. 2, Rgdp).

Quanto alle caratteristiche tecniche del funzionamento, il testo di legge, a dire del Garante, per quanto succintamente, rispetta i principi generali stabiliti dall'art. 5, par. 1, Rgdp. *In primis* i seguenti criteri: della «limitazione delle finalità», individuate nella prevenzione del contagio del rischio Covid-19 (lett. *b*); di «minimizzazione» che prescrive il trattamento dei dati necessari, adeguati e pertinenti, circoscritti, cioè, ai soli contatti del contagiato (lett. *c*); della «conservazione» limitatamente al tempo dell'emergenza, trascorso il quale si provvede alla immediata cancellazione (lett. *e*).

Tuttavia, nelle osservazioni allo schema del provvedimento, l'Autorità, in conformità alle indicazioni delle Linee-guida, ha puntualizzato che debbono essere ulteriormente definiti i tempi di conservazione commisurandone la durata in base a «parametri oggettivi come i tempi di incubazione», e articolati, in sede di attuazione, dal Ministero della salute, anche con riferimento «alla sorte» dei dati raccolti sul dispositivo di chi decidesse successivamente di disinstallare l'applicazione. Ancora, ha aggiunto che occorre specificare se la conservazione avviene in forma *centralizzata*, nel qual caso sarà opportuno prevedere misure di sicurezza rafforzate oppure in forma *decentrata*, in linea con l'Edpb che non ha vietato il trasferimento delle informazioni in un *database* cen-

tralizzato purché «siano in vigore adeguate misure di sicurezza» sin dalla fase di progettazione e in ponderazione con l'approccio decentrato, nell'ottica di poter valutare l'impatto di entrambi sui diritti delle persone.

La valutazione d'impatto del trattamento, ai sensi dell'art. 35, Rgdp, spetta al Ministero della salute, che, in qualità di titolare è tenuto a verificarne la correttezza dalla fase di progettazione e per impostazione predefinita (*by design-by default*), secondo il criterio di minimizzazione e mediante tecniche di pseudonimizzazione ove non sia possibile l'anonimizzazione, con la precisazione che l'identificazione è ammessa solo per individuare i contagiati mentre deve essere garantita la reciprocità di anonimato tra gli utenti dell'applicazione.

3. Il trattamento dei dati negli accertamenti sanitari in deroga all'art. 5 dello Statuto dei lavoratori

Passando alle modalità di effettuazione degli accertamenti sanitari, come misure di sicurezza per la prevenzione del contagio, occorre preliminarmente ricordare che, sul piano generale, ai sensi dell'art. 5 St. lav. tali accertamenti – come noto – sono normalmente svolti dalle istituzioni pubbliche sanitarie (Asl, Inail, organi del Ssn).

Per le finalità di contrasto dell'epidemia da Covid-19⁷, invece, il Protocollo sindacale attribuisce le suddette funzioni al medico competente nell'ambito del sistema di sorveglianza sanitaria disciplinato dal T.U. n. 81/2008 (art. 41), rafforzandone il ruolo sul piano della collaborazione sinergica con il datore di lavoro e con

⁷ Con riferimento alle nuove modalità degli accertamenti sanitari, v. Carinci 2020.

gli altri soggetti nella gestione della prevenzione dei rischi (responsabile del servizio di prevenzione, Rls/Rlst).

Un primo interrogativo che qui si pone attiene alla legittimità di tale attribuzione sul versante della regolamentazione del trattamento di dati personali, che, in questo caso, rientrano nella categoria di dati particolari, cd. sensibili, in quanto attinenti, nello specifico, allo stato di salute.

Il Rgdp autorizza il trattamento dei dati sensibili nelle sole ipotesi previste dall'art. 9, par. 2, tra le quali, per quel che interessa ai nostri fini, «per motivi di medicina sul lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente» (lett. *b*), purché i suddetti dati (sensibili) «siano trattati da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale (...)» (successivo par. 3). E sempre che sussista una base giuridica che ne disponga lo svolgimento, la quale è rinvenibile nel Protocollo sindacale, ora recepito nel d.P.c.m. del 26 aprile (e, prima, nell'implementazione dei protocolli anti-contagio ai sensi dell'art. 1, n. 7, lett. *d*), D.P.c.m. 11.3.2020).

Ancora, stando al Rgdp, la liceità del trattamento in questione trova fondamento giuridico nell'adempimento di un «obbligo legale» al quale «è soggetto il titolare del trattamento medesimo» (art. 6, par. 1, lett. *c*, Rgdp), che possiamo certamente rinvenire nell'obbligo generale di sicurezza stabilito dall'art. 2087 c.c.⁸, così come declinato nell'articolato del T.U. n. 81/2008. Naturalmente, il datore di lavoro vi adempie tramite il medico competente, il quale, a sua volta, assume le vesti del professionista «soggetto al segreto professionale» di cui al menzionato art. 9, par. 3, Rgdp.

Sul piano operativo, il medico competente, nell'esercitare le funzioni esemplificate nel Protocollo (acquisizione del dato della temperatura corporea superiore a 37, 5°; visite preventive, periodi-

⁸ Per ulteriori approfondimenti in relazione all'obbligo di protezione dei dati, mi permetto di rinviare a D'Arcangelo 2020.

che, al rientro dalla malattia da Covid-19; segnalazione al datore di lavoro di situazioni di particolari condizioni di fragilità/patologie; acquisizione del test negativo di infezione da Covid-19 al rientro in azienda e conseguente valutazione di idoneità alla mansione)⁹, raccoglie una mole di informazioni sullo stato di salute dei lavoratori che conserva in apposita cartella clinica anche elettronica. Analogamente è a dirsi per i medici che devono svolgere funzioni di «sorveglianza sanitaria eccezionale» in ordine a categorie particolari di lavoratori (maggiormente esposti al rischio di contagio per patologie pregresse e altre condizioni di salute) e per i medici del lavoro pubblici che sono chiamati a tale ruolo nelle realtà produttive (art. 21, cc. 1-2, cd. decreto «Rilancio»), in cui la disciplina ordinaria non impone la figura del medico competente (art. 41, T.U., n. 81/2008).

Tale raccolta di informazioni e la (eventuale) comunicazione alle strutture sanitarie pubbliche interessate integrano trattamenti di dati necessari per le finalità di prevenzione e contenimento del contagio, che, nel rispetto dei principi generali di cui al già menzionato art. 5, Rgdp, ove effettuate su larga scala, prescrivono l'utilizzo di tecniche di pseudonimizzazione e una valutazione d'impatto dei rischi, oltre alla cancellazione allo scadere del tempo dell'emergenza.

4. Ricapitolando su sicurezza e privacy

Tirando le fila del discorso, il datore di lavoro ha l'obbligo di tutelare non solo la salute del lavoratore ma anche ogni informa-

⁹ Con riferimento particolare all'esecuzione di *test* sierologici, il Ministero della salute precisa che quelli disponibili non risultano sufficientemente validi e, pertanto, che al momento non emergono indicazioni al loro utilizzo per finalità sia diagnostiche che prognostiche nei contesti occupazionali, né tantomeno per determinare l'idoneità del singolo lavoratore» (circolare n. 14915 del 29 aprile 2020).

zione che attenga alla sua sfera personale. In ragione di ciò, e conformemente a quanto previsto dal Protocollo per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, in specie per l'ingresso in azienda (punto 2, nota 1), egli è tenuto a redigere una informativa, eventualmente in collaborazione con il medico competente, in forma anche orale. Tuttavia si deve ritenere sempre preferibile la modalità scritta (artt. 13-14, Rgdp) soprattutto se si prevede il ricorso a misure elettroniche per il tracciamento dei contatti. In quest'ultima ipotesi, poi, l'uso di nuove tecnologie determina un trattamento automatizzato di dati che obbliga sempre il datore di lavoro a valutare i relativi, possibili, rischi (art. 35, Rgdp).

In ogni caso, il datore di lavoro, in attuazione del criterio di *accountability*, ha sempre l'obbligo di protezione dei dati sin dalla progettazione e per impostazione predefinita (*by design-by default*) (art. 25, par. 1-2, Rgdp). E quando non è obbligato alla valutazione d'impatto (art. 35, Rgdp), *può* decidere di certificarne l'avvenuto ottemperamento pur se ciò non lo esonera da responsabilità in caso di trattamento illecito. Il meccanismo della certificazione è volontario e viene utilizzato per lo più nelle micro, piccole e medie imprese (art. 42, Rgdp).

In aggiunta a ciò, va anche detto, a conferma di quanto indicato sempre nel Protocollo (punto 13), che le suddette regole, nella fase di implementazione, possono essere adeguate nelle singole realtà lavorative, e a tal fine declinate, nel pieno rispetto del coinvolgimento dei comitati sindacali costituiti in azienda a questo scopo, o, in mancanza, a livello territoriale.

In questa prospettiva, potrebbe rivelarsi utile coniugare le esigenze della salute con la sfera delle informazioni personali mediante una valutazione anche del rischio *privacy* al fine di evitare che la prevenzione del Covid-19 possa risolversi nella lesione del *right to protection of personal data* del lavoratore. E ciò anche ove

si consideri che il trattamento corretto dei dati sulla salute costituisce il presupposto di *eguaglianza* in (e per) tutti i luoghi di lavoro, in quanto è funzionale ad «evitare lo stigma e la discriminazione nei confronti dei lavoratori che hanno sofferto di Covid-19 e che rientrano nell'ambiente di lavoro»¹⁰.

Riferimenti bibliografici

- Carinci M. T. (2020), *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in *Adapt, Working Paper*, n. 3.
- D'Arcangelo L. (2020), *L'obbligo di protezione dei dati del lavoratore: adempimento e sanzioni*, in *DLM*, I, 4 ss.
- Di Lorenzo G. (2019), *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in www.federalismi.it.
- Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT* - 255, 3 ss.
- Lattanzi R. (2014), *Diritto alla protezione dei dati di carattere personale»: appunti di viaggio*, in A.A., *Diritto alla privacy e trattamento automatizzato dei dati fra diritto civile, diritto penale e diritto internazionale ed europeo*, in *I quaderni europei*, n. 63, 10.

¹⁰ Testualmente la Nota Cgil, in relazione alla menzionata circolare del Ministero della salute n. 14915/2020.

Cristina Alessi, Maria Luisa Vallauri***
Il lavoro agile alla prova del Covid-19***

SOMMARIO: 1. Premessa. Un lavoro agile per l'emergenza. – 2. Il lavoro agile nel settore privato dopo i provvedimenti in materia di Covid-19. La differenza con il telelavoro. – 2.1. Il lavoro agile «unilaterale». – 2.2. Le condizioni di lavoro. – 3. Il lavoro agile alle dipendenze della P.A. Il quadro (in breve) dei riferimenti normativi. – 3.1. Una nuova sfida per la dirigenza pubblica. – 3.2. Una nuova misura organizzativa? – 3.3. Una grande sperimentazione. – 3.4. La perdurante (pericolosa) esclusione del sindacato dalla regolazione del lavoro agile.

1. Premessa. Un lavoro agile per l'emergenza

Non si è mai parlato così tanto di lavoro agile come in questo tempo sospeso e un po' surreale che stiamo vivendo, costretti nelle nostre case divenute d'un tratto asili, scuole, università, luoghi di lavoro, parchi gioco, centri diurni, palestre, mense, talora (purtroppo) ospedali e chissà cos'altro.

In spazi il più delle volte stretti vanno in scena, non senza difficoltà, tutte le nostre identità, da sempre in cerca di un equilibrio oggi più che mai necessario per far fronte a una condizione per noi inedita di limitazione della libertà ed emotivamente provante.

* Professoressa associata di Diritto del lavoro – Università di Brescia.

** Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro – Università di Firenze.

*** Il saggio è frutto della riflessione comune delle due Autrici. Tuttavia, i paragrafi 2, 2.1 e 2.2 sono di Cristina Alessi, i paragrafi 3, 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 di Maria Luisa Vallauri.

La necessità di garantire il distanziamento personale, evitando quanto più possibile gli spostamenti, ha indotto subito il Governo a individuare nel lavoro agile la modalità privilegiata di lavoro, sia nel settore privato che in quello pubblico, prevedendo tuttavia un'ampia deregolamentazione rispetto alla disciplina ordinaria dell'istituto e l'attribuzione in via unilaterale alla parte datoriale del potere di organizzare il lavoro dei propri dipendenti.

È bene, dunque, precisare che il lavoro agile di cui si parla è un «lavoro agile dell'emergenza»¹, eccezionale, diverso da quello ordinario disciplinato dalla l. n. 81/2017 e dal quale deve essere distinto, pena il rischio di snaturare l'istituto originale.

Questa considerazione costituisce, come si vedrà, il filo conduttore delle riflessioni che seguono, dedicate al lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati e a quello svolto nella pubblica amministrazione.

2. Il lavoro agile nel settore privato dopo i provvedimenti in materia di Covid-19. La differenza con il telelavoro

Fin dai primi provvedimenti emanati in relazione all'emergenza dovuta alla diffusione del Covid-19, il lavoro agile è stato individuato come uno degli strumenti idonei a prevenire il contagio nei luoghi di lavoro e a mantenere in essere i rapporti di lavoro. Il lavoro agile, insomma, muta la sua finalità principale, consacrata nell'art. 18 della l. n. 81/2017: da strumento volto ad agevolare la conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita e a migliorare la competitività, il lavoro agile diventa principalmente uno strumento di protezione della salute, sia individuale che collettiva².

¹ Zoppoli, Monda 2020.

² Pascucci 2020, 81.

Nell'ottica delle parti sociali, poi, il lavoro agile ha anche la funzione di consentire il proseguimento dell'attività lavorativa senza perdita della retribuzione, come risulta dal Protocollo sottoscritto in data 14 marzo 2020, che incentiva l'utilizzo della modalità in parola in via prioritaria, per tutte le attività che possono essere svolte presso il domicilio del lavoratore o a distanza³.

Questo mutamento deve essere certamente tenuto in considerazione nella riflessione circa la disciplina dell'istituto durante il periodo di emergenza, ma rischia di riflettersi, come si vedrà, anche sull'assetto «ordinario» del lavoro agile.

Una prima conseguenza di detto mutamento è senz'altro da intravedere nel fatto che le norme emanate in rapida successione dalla fine di febbraio in avanti consentono il ricorso al lavoro agile anche in assenza dell'accordo richiesto dall'art. 18, l. n. 81/2017 (sul punto si tornerà più avanti) e con modalità tali da incidere sulla stessa configurazione dell'istituto.

La prima (laconica) previsione in materia è contenuta nell'art. 1, c. 2, lett. *n*, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (conv. in l. n. 13/2020 e successivamente abrogato dal d.l. n. 19/2020) che nella fase iniziale di gestione dell'emergenza prevedeva la possibilità per le autorità competenti, nelle aree colpite dal contagio, di sospendere le attività lavorative «ad esclusione di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare».

Come si ricava dalla previsione in esame, dunque, l'unica mo-

³ *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, adottato il 14 marzo 2020 e integrato il 24 aprile 2020 (sulle novità inserite nel Protocollo si v. Benincasa 2020). Il Protocollo, sottoscritto dalle principali organizzazioni sindacali e datoriali su invito del Governo, insieme ai Protocolli sottoscritti per i cantieri e per il trasporto e la logistica, è attualmente reso obbligatorio dal recentissimo d.P.c.m. 26 aprile 2020 (art. 2, c. 6) per tutte le imprese le cui attività non siano state sospese.

dalità di lavoro agile consentita nel periodo di gestione dell'emergenza è quella che prevede, per ragioni del tutto evidenti, la permanenza del lavoratore presso il proprio domicilio, con esclusione dunque di tutte le modalità diverse, pur ammesse dalla disciplina «ordinaria», come l'utilizzo di spazi di *co-working* o di altri luoghi (anche non dedicati esclusivamente all'attività lavorative). È vero che il d.P.c.m. 11 marzo 2002 prevede che il lavoro agile sia attivato per le attività che possono essere effettuate «al proprio domicilio o in modalità a distanza», ma è chiaro che il riferimento è ai luoghi in cui è consentita la permanenza del lavoratore durante il periodo di emergenza, con esclusione dei luoghi aperti al pubblico⁴.

La prima osservazione riguarda la nozione di lavoro agile e la differenza con il telelavoro. Com'è noto, l'introduzione del lavoro agile con la l. n. 81/2017 aveva sollevato un acceso dibattito circa i criteri di differenziazione della nuova tipologia rispetto al telelavoro, criteri che la dottrina aveva individuato essenzialmente nella regolarità o meno dello svolgimento dell'attività lavorativa a distanza. Il lavoro agile, infatti, secondo la definizione di cui all'art. 18, c. 1, l. n. 81/2017, si svolge «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa», mentre il telelavoro si svolge regolarmente all'esterno dell'organizzazione produttiva. Le prime sperimentazioni avviate in Italia, anche prima del riconoscimento legislativo della tipologia contrattuale in esame⁵, dimostrano come il lavoro svolto all'esterno fosse limitato generalmente a una o due giornate a settimana⁶.

⁴ Sul punto si v. Bini 2020, 68 ss.

⁵ Si vv. le previsioni contrattuali collettive raccolte in Dagnino, Menegotto, Pelusi, Tiraboschi 2017, spec. 109 ss.

⁶ Per le sperimentazioni di lavoro agile dopo la l. n. 81/2017 si vv. i dati diffusi dall'Osservatorio sullo *Smart Working* del Politecnico di Milano nel report: *Smart working davvero: la flessibilità non basta*, 10 e 53 ss., reperibile sul sito dell'osservatorio, all'indirizzo https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/smart-working.

Le previsioni emanate in rapida successione dall'inizio del periodo dell'emergenza Covid-19 a oggi individuano invece il lavoro agile come modalità ordinaria di svolgimento dell'attività, in funzione della prevenzione della diffusione del contagio. Una simile modifica alla funzione dell'istituto *de quo* comporta una pressoché totale assimilazione con il telelavoro, il che dovrebbe bastare per porre la questione, la cui soluzione non è affatto scontata, dell'applicabilità delle norme, legali e contrattuali, in materia di telelavoro. Nel nostro ordinamento, com'è noto, il telelavoro è regolato dalla legge per il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, mentre per il lavoro presso datori di lavoro privati l'unica disciplina generale è di natura contrattuale collettiva ed è contenuta nell'accordo interconfederale del 2004⁷, mentre la legge si occupa del telelavoro limitatamente agli obblighi legati alla sicurezza sul lavoro (art. 3, c. 10, d.lgs. n. 81/2008). Possibili interferenze riguardano, ad esempio, la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e l'obbligo di fornire gli strumenti di lavoro, profili rispetto ai quali la normativa emergenziale consente ampie deroghe.

Un altro aspetto non secondario del mutamento della funzione del lavoro agile è il passaggio, già accennato, da strumento di conciliazione a tecnica di tutela della salute, individuale e collettiva, nei luoghi di lavoro. Le disposizioni emanate nel periodo dell'emergenza coronavirus, infatti, ne accentuano la finalità di protezione della salute, con evidenti ricadute in termini regolativi, prima tra tutte la possibilità di imporre unilateralmente al lavoratore la suddetta modalità di lavoro, come se si trattasse di un dispositivo di protezione individuale (e collettivo) atipico.

2.1. *Il lavoro agile «unilaterale»*

Il d.P.c.m 4 marzo 2020, attuativo delle previsioni contenute

⁷ Il riferimento è all'accordo interconfederale 9 giugno 2004, di recepimento dell'Accordo-quadro europeo in materia di telelavoro.

nel già ricordato d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, prevede che il lavoro agile possa essere attivato nelle aree considerate a rischio epidemiologico⁸, nel rispetto delle disposizioni di cui alla l. n. 81/2017, dai datori di lavoro a tutti i rapporti di lavoro subordinato anche in assenza dell'accordo individuale richiesto dalla legge, perciò con disposizione unilaterale del datore di lavoro. Il d.l. n. 6/2020 è stato poi abrogato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che all'art. 1, c. 1, lett. *ff*) consente la «predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente» su tutto il territorio nazionale. La norma, dunque, sembra consentire una deroga alle norme in materia di lavoro agile ben più ampia di quella di cui al d.l. n. 6/2020; il d.P.c.m. 10 aprile 2020 e il recentissimo d.P.c.m. 26 aprile 2020, tuttavia, riprendono esattamente la dizione di quello del 4 marzo, sicché si deve ritenere che la modalità di lavoro a distanza possa essere attivata unilateralmente dal datore di lavoro, ma nel rispetto delle disposizioni della l. n. 81/2017. Come si può capire, il profluvio di testi di legge e di decreti attuativi emanati in questo periodo rende complicata la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, anche per l'intrecciarsi di fonti diverse, non sempre ben coordinate tra loro nel rispetto della gerarchia delle fonti.

Quel che pare certo, in ogni caso, è che il datore di lavoro può attivare unilateralmente il lavoro agile per tutte le attività per le quali è possibile lo svolgimento a distanza e, in funzione dell'esigenza di contenimento del contagio, disporre che l'attività si

⁸ Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, prevedeva l'applicazione delle misure di contenimento e delle disposizioni in materia di sospensione delle attività lavorative «nei comuni e nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio» da Covid-19.

svolga integralmente al domicilio del lavoratore, escludendo pertanto l'alternanza tra periodi svolti all'interno e all'esterno dell'azienda, richiesta invece (inderogabilmente, si deve ritenere) dall'art. 18, l. n. 81/2017⁹. Il mutamento della funzione del lavoro agile, infatti, incide sulla volontarietà dello stesso, diventando pertanto obbligatorio per il lavoratore (ovviamente in presenza di tutte le altre condizioni, ivi compresa la messa a disposizione degli strumenti informatici da parte del datore di lavoro).

La questione che si può porre, a questo proposito, è se la scelta del datore di lavoro sia del tutto discrezionale; in altre parole, in una situazione in cui l'attività lavorativa possa essere svolta a distanza, il datore di lavoro potrebbe decidere invece di richiedere al lavoratore la prosecuzione dell'attività secondo le modalità ordinarie, una volta attivate in azienda le misure di sicurezza richieste dalla legge?

La risposta positiva sembra doversi ricavare dal confronto delle norme appena citate con la previsione contenuta nell'art. 39 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge con modifiche il 24 aprile 2020¹⁰, che riconosce ai lavoratori disabili e ai familiari di soggetti nelle condizioni di cui all'articolo 3, c. 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il diritto a svolgere, fino alla cessazione del periodo di emergenza, «la prestazione di lavoro in modalità agile» purché «tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione». Il fatto poi che ai dipendenti di datori di lavoro privati affetti da gravi patologie con ridotta capacità lavorativa sia semplicemente «riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle

⁹ In senso contrario Senatori 2020, 174 ss., che individua in capo a datore di lavoro e lavoratore «il dovere di concordare, laddove ciò sia tecnicamente possibile, una modalità di svolgimento della prestazione alternativa alla presenza nel luogo di lavoro».

¹⁰ Al momento in cui si scrive la legge di conversione non risulta ancora pubblicata nella G.U.

istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile»¹¹, secondo quanto prevede la medesima norma, pare confermare questa ricostruzione¹².

Anche le previsioni dei d.P.c.m. emanati in questo periodo e lo stesso Protocollo sottoscritto dalle parti sociali non paiono andare oltre l'esortazione a utilizzare il lavoro agile nella misura massima possibile per le attività che possono essere svolte presso il domicilio del lavoratore o, comunque, a distanza.

È da ritenersi pure rientrante nella discrezionalità del datore di lavoro la scelta tra la prosecuzione dell'attività lavorativa e la sospensione della stessa, con accesso alla Cassa integrazione guadagni¹³, con riguardo naturalmente alle attività e ai servizi non sospesi obbligatoriamente in forza dei provvedimenti emanati in questo periodo¹⁴. Qualche dubbio, invece, può sorgere nel diverso caso dell'utilizzo delle ferie, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro prosegua l'attività e possa ricorrere al lavoro agile, specie quando si tratti soggetti nelle condizioni di cui all'art. 39 sopra riportato. Una recente ordinanza del tribunale di Grosseto, a tal proposito,

¹¹ La legge di conversione (stando a quanto è possibile al momento ricavare dai lavori parlamentari) aggiunge all'articolo citato il c. 2-*bis*, che estende ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse le disposizioni di cui ai commi 1 e 2, che tuttavia riconoscono il primo il diritto allo svolgimento del lavoro agile, il secondo la semplice priorità nell'accoglimento dell'istanza di svolgimento del lavoro nella modalità a distanza. Si tratta, com'è evidente, di due posizioni giuridicamente nettamente diverse.

¹² Tra l'altro, la prima disposizione attuativa del d.l. n. 6/2020, il d.P.c.m. 23 febbraio 2020, prontamente abrogato da quello del 25 febbraio, aveva previsto l'applicazione *automatica* della modalità di lavoro agile, anche in assenza dell'accordo individuale, a tutti i rapporti di lavoro nelle aree considerate a rischio, il che (a tacere dei problemi giuridici che una simile previsione avrebbe sollevato) conforta ulteriormente la tesi sostenuta nel testo.

¹³ Scarpelli, Sordi, Marazza 2020, 52.

¹⁴ Marrucci 2020, 193. Si rinvia anche a Faioli in *q. vol.*

sottolinea che il godimento delle ferie deve ritenersi «una misura comunque subordinata – o quantomeno equiparata, non certo primaria – laddove vi siano le concrete possibilità di ricorrere al lavoro agile»¹⁵.

Se è così, occorre chiedersi se il datore di lavoro che ritenga di non ricorrere al lavoro agile per un'attività che potrebbe essere svolta a distanza possa essere ritenuto responsabile per la malattia eventualmente contratta dal lavoratore sul luogo di lavoro. La ricostruzione appena svolta, secondo la quale il lavoro agile costituisce un dispositivo di sicurezza, alla luce dei provvedimenti emanati in materia, dovrebbe far concludere in questo senso, ferme restando le (non irrilevanti) difficoltà di prova in capo al lavoratore del nesso eziologico tra insorgenza della malattia e mancata adozione della modalità di lavoro a distanza.

L'incentivo all'utilizzo del lavoro agile come strumento di prevenzione del contagio da Covid-19 e il suo conseguente affidamento all'iniziativa unilaterale e discrezionale del datore di lavoro pongono la questione se dette modalità possano essere attivate anche in una situazione di ordinaria gestione dell'attività produttiva, ogni volta che si presentino problemi analoghi, seppur non della stessa gravità. In questa prospettiva, una volta usciti dal periodo emergenziale, il lavoro agile continuerebbe a mantenere la sua funzione di prevenzione, sicché il datore di lavoro potrebbe attivarlo, unilateralmente, nelle ipotesi in cui la presenza del lavoratore nel luogo di lavoro sia idonea a creare rischi per la salute e la sicurezza degli altri dipendenti. Una simile soluzione, tuttavia, pare scontrarsi inevitabilmente con la disciplina generale del lavoro agile, che non include tra le finalità dell'istituto in esame obiettivi di prevenzione e che affida la determinazione delle modalità e delle condizioni di svolgimento del lavoro all'accordo individuale. Al di là

¹⁵ T. Grosseto 23.4.2020 (ord.).

delle difficoltà legate all'accertamento della «pericolosità» del lavoratore, che si scontra inevitabilmente con la tutela della riservatezza dello stesso (si pensi, ad esempio, al rischio di contagio da Hiv), non si possono tacere neppure le conseguenze che una simile impostazione avrebbe sul concetto di rischio professionale, come giustamente sottolineato in dottrina¹⁶.

2.2. Le condizioni di lavoro

La regolamentazione emergenziale del lavoro agile non contiene alcuna previsione in ordine alla definizione delle condizioni di lavoro, che l'art. 18 della l. n. 81/2017 affida all'accordo individuale, sempre sul presupposto che l'attività da svolgersi a distanza sia solo una parte dell'impegno complessivo del lavoratore, per il resto destinato a trovare attuazione all'interno dell'azienda.

Il fatto che la prestazione lavorativa si svolga integralmente (o prevalentemente) al domicilio del lavoratore pone anzitutto la questione dell'applicazione della disciplina dell'orario di lavoro e, dunque, delle modalità di verifica del rispetto di detto orario da parte del datore di lavoro. Il rinvio operato dal d.P.c.m. del 10 aprile 2020 alla disciplina generale non risolve il problema, dal momento che l'art. 18 della l. n. 81/2017 prevede che l'attività lavorativa a distanza possa svolgersi «senza precisi vincoli di orario», sia pure nel rispetto dei «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale».

Una soluzione adeguata al rispetto delle esigenze del lavoratore sembra, in questo frangente, quella dell'individuazione flessibile dell'orario di lavoro, in funzione anche della maggiore necessità di conciliazione (che resta pur sempre nel dna dell'istituto¹⁷) indotta

¹⁶ Si rinvia, per questi aspetti, alle osservazioni di Pascucci 2020, 74 ss.

¹⁷ Si vv. sul punto le osservazioni di Leone 2020.

dai provvedimenti assunti dal Governo per il contenimento del contagio, primo tra tutti quello relativo alla chiusura delle scuole di ogni ordine e grado e che rende estremamente complesso distinguere tra tempo di lavoro e di non lavoro¹⁸. Ancora più opportuno potrebbe essere individuare, ove possibile, degli obiettivi (come l'art. 18 consente di fare), lasciando al lavoratore la determinazione dell'articolazione dell'orario di lavoro in ragione delle proprie personali esigenze.

Quanto alle modalità di controllo sullo svolgimento della prestazione resa a distanza, l'art. 21 della l. n. 81/2017 ne affida la determinazione all'accordo individuale, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 4 St. lav., dalla normativa in materia di *privacy* e dalla disciplina eventualmente prevista dai contratti collettivi (nazionali e aziendali) in materia. Nell'attuale situazione di emergenza, sembra da escludere che dette modalità possano essere fissate unilateralmente dal datore di lavoro, che invece dovrà garantire al lavoratore i diritti previsti dalla legge (primo tra tutti il diritto alla disconnessione).

Qualche ulteriore problema può porsi in relazione alla dotazione delle apparecchiature informatiche necessarie per lo svolgimento dell'attività a distanza e del relativo *software*, nonché per i correlati problemi legati alla tutela della salute e sicurezza. Se è vero che l'art. 18 della l. n. 81/2017 non esclude la possibilità che il lavoratore utilizzi attrezzature di sua proprietà¹⁹, è anche vero che detta possibilità deve essere considerata del tutto eccezionale, come si ricava anche dalla regolamentazione del lavoro agile per la p.a. adottata in questo periodo. L'utilizzo di dispositivi di proprietà del lavoratore, fra l'altro, pone ulteriori problemi di rispetto della *privacy* (si pensi anche solo al problema dei controlli sull'at-

¹⁸ Burchi 2020.

¹⁹ Così Cairoli 2020, 90.

tività lavorativa, che necessariamente passano attraverso il controllo degli strumenti utilizzati dal lavoratore).

Per ciò che concerne le questioni legate alla sicurezza sul lavoro, occorre segnalare che certamente valgono anche per il lavoro agile in periodo di emergenza le previsioni circa gli obblighi di informazione in materia di sicurezza previsti dalla legge n. 81/2017, sia pure nelle modalità semplificate previste dai decreti emanati in questo periodo²⁰. Non c'è neppure dubbio che si applichino anche le disposizioni generali in materia di sicurezza previste dal d.lgs. n. 81/2008, con gli adattamenti resi necessari dallo svolgimento dell'attività presso il domicilio del lavoratore, sul quale, come prevede l'art. 22 della legge n. 81/2017, incombe l'obbligo di cooperare all'attuazione delle «misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali». È bene precisare, tuttavia, che di obbligo di cooperazione si tratta, e non dello spostamento dell'obbligo di sicurezza in capo al lavoratore in ragione dell'impossibilità, durante il periodo di emergenza, di verificare l'idoneità dei locali e delle attrezzature utilizzate dal lavoratore stesso per lo svolgimento della prestazione.

Infine, lo svolgimento dell'attività a distanza può richiedere un periodo più o meno breve di formazione del lavoratore, specie nel caso in cui sia necessario utilizzare *hardware* o *software* diversi da quelli che il dipendente ha a disposizione in azienda (si pensi, per fare un esempio, al software necessario per verificare la presenza del lavoratore). È da ritenersi che in questo caso, come in tutte le ipotesi in cui c'è una modifica delle mansioni assegnate al lavoratore, l'obbligo di formazione ricada sul datore di lavoro e lo svolgimento di essa debba computarsi nell'orario di lavoro.

²⁰ Si v., da ultimo, il d.P.c.m. 26 aprile 2020, art. 1, c. 1, lett. gg, che riprende per il lavoro privato le previsioni già contenute nei decreti precedenti.

3. Il lavoro agile alle dipendenze della P.A.

Il quadro (in breve) dei riferimenti normativi

Con i d.P.c.m. del 23 febbraio 2020 e 25 febbraio 2020 e poi con il d.P.c.m. 1° marzo 2020 il Governo, nel disporre la chiusura delle prime regioni interessate in modo importante dall'epidemia, invita i datori di lavoro a far ricorso al lavoro agile per ridurre spostamenti e contatti personali. Non si fa alcun esplicito riferimento alla pubblica amministrazione, ma la Direttiva della Funzione pubblica n. 1/2020 del 25 febbraio 2020 al punto 3, ultimo periodo, formula un invito alle pubbliche amministrazioni a potenziare il ricorso al lavoro agile individuando modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura con riferimento al personale complessivamente inteso, senza distinzione di categoria, di inquadramento e di tipologia di lavoro.

A distanza di pochi giorni, fra le disposizioni del d.l. 2 marzo 2020 n. 9, all'art. 18, c. 5, troviamo una previsione che trasforma il lavoro agile nella pubblica amministrazione da modalità sperimentale a modalità ordinaria di prestazione del lavoro, cancellando dall'art. 14, c. 1, l. n. 124/2015 le parole «per la sperimentazione». Per agevolare il ricorso all'istituto, inoltre, il medesimo articolo prevede la semplificazione delle procedure di acquisto della strumentazione informatica²¹.

Caduta la natura sperimentale dell'istituto, con d.P.c.m. 9 marzo 2020 si stabilisce che per il tempo dell'emergenza la modalità agile è la modalità ordinaria di lavoro, con l'eccezione delle «attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza» e di quelle «indifferibili da rendere in presenza». Le Pubbliche Amministrazioni sono chiamate ad assicurare lo svolgimento delle prestazioni lavorative del proprio personale in via ordinaria in forma agile, anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi di cui agli articoli da 18 a 23 della l. 22 maggio 2017, n. 81.

²¹ In tema Turrin 2020, 149.

Si dà per presupposto che non tutto, e/o non tutto quanto, il lavoro possa essere svolto in modalità agile, per cui rimane valida la raccomandazione contenuta nell'art. 1, c. 1, lett. e), d.P.c.m. 8 marzo 2020 rivolta (anche) ai datori di lavoro pubblici «di promuovere, durante il periodo di efficacia del (...) decreto, la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti dei periodi di congedo ordinario e di ferie (...)».

La Funzione pubblica interviene a pochi giorni di distanza, con Direttiva n. 2/2020 del 12 marzo 2020, a precisare le modalità di ricorso al lavoro agile, pronunciandosi tuttavia in modo contraddittorio e impreciso in merito alle attività da svolgere in modalità agile, lasciando il dubbio se le amministrazioni debbano continuare ad erogare tutte le attività o solo quelle strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza e le attività indifferibili.

All'anomalia di un d.P.c.m. che autorizza la deroga alla legge pone rimedio il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che all'art. 87 stabilisce che «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, c. 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che, conseguentemente: a) limitano la presenza del personale negli uffici per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell'emergenza; b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81»²². Aggiunge, poi, che – ferme re-

²² Con riguardo alle condizioni di lavoro, ed in particolare alle questioni legate alla sicurezza, v. *retro* par. 2.2.

stando le previsioni che agevolano l'acquisto da parte delle pubbliche amministrazioni della strumentazione utile allo svolgimento del lavoro agile (da ultimo v. art. 87 *bis* aggiunto al d.l. n. 18/2020 in sede di conversione con legge il 24 aprile 2020) – la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente, nel qual caso l'articolo 18, c. 2, della l. n. 81/2017 non trova applicazione. Infine, ribadisce che quando non sia possibile ricorrere al lavoro agile, le amministrazioni utilizzano gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva, per disporre solo in ultima istanza l'esenzione dal servizio del personale.

L'art. 87 è richiamato per intero, da ultimo, nel d.P.c.m. 10 aprile 2020, dove si ribadisce la raccomandazione alle amministrazioni di favorire l'utilizzo delle ferie.

Infine, nei due Protocolli siglati da Governo e parti sociali il 3 e l'8 aprile 2020 si segnala la raccomandazione rivolta alle amministrazioni di combinare virtuosamente i diversi istituti messi a disposizione per fronteggiare l'emergenza: lavoro agile, ferie, permessi, congedi straordinari, cui si aggiunge la formazione da erogare da remoto ai lavoratori.

Dal complesso delle disposizioni si ricava che le Pubbliche Amministrazioni sono tenute: a compiere l'ordinaria attività; a disporre in modo unilaterale, che tutto il personale lavori con modalità agile, assicurando la presenza in sede del solo personale – se possibile assegnato sulla base di un criterio di rotazione – necessario ad assolvere predeterminate attività essenziali ed indifferibili²³; a promuovere la fruizione di ferie pregresse, congedi straordinari, permessi, banca delle ore, formazione; a esentare dal servizio lavoratori che abbiano fruito dei suddetti istituti e non possano svolgere la prestazione in modalità agile.

²³ Cfr. Zoppoli, Monda 2020.

3.1. Una nuova sfida per la dirigenza pubblica

L'avvio del lavoro agile rappresenta, anche a regime, una sfida per la dirigenza sia in termini «manageriali» che «datoriali»²⁴.

Dal punto di vista dell'organizzazione, i vertici delle amministrazioni sono chiamati a innescare un cambiamento basato su un sistema organizzativo più moderno, ispirato a una logica di programmazione e di verifica, e perciò imperniato sulla definizione di processi e indicatori da ricondurre a un piano integrato della gestione, che realizzi l'indirizzo politico, e all'interno del quale determinare obiettivi (organizzativi e individuali) e criteri per la valutazione dei risultati (organizzativi e individuali). Questo sistema presuppone la definizione di chiari obiettivi individuali e la fissazione di criteri di verifica dei risultati ed esige un approccio, opposto a quello auto-referenziale dell'urgenza, basato sulla programmazione.

Dal punto di vista della funzione datoriale, il lavoro agile per un verso presuppone che s'instauri un modello di relazioni con il personale improntato alla responsabilità, alla collaborazione e alla fiducia, per altro verso richiede un adattamento dei poteri datoriali, a cominciare dal potere direttivo, che non può esaurirsi nella mera definizione delle mansioni da svolgere, ma deve esprimersi nella formulazione di un piano di lavoro, nell'organizzazione dell'attività da remoto e nell'assegnazione di obiettivi da raggiungere²⁵. La verifica dell'adempimento della prestazione, così, avrà ad oggetto il conseguimento da parte del lavoratore di puntuali e prefissati risultati, alle scadenze indicate, unitamente all'adempimento non solo degli obblighi generali, ma anche di quelli particolari che sorgono in capo al lavoratore agile, quali il rispetto delle eventuali fasce di reperibilità, l'adempimento dell'obbligo di riservatezza, la

²⁴ Sul ruolo della dirigenza si v. Pinto in *q. vol.*

²⁵ Su come l'emergenza stia incidendo sul potere organizzativo del datore di lavoro pubblico si veda il contributo di Pinto in *q. vol.*

custodia degli strumenti utilizzati, il rispetto del divieto di cumulo d'impieghi.

I dati raccolti dall'Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano mostrano un avvio lento della sperimentazione del lavoro agile. A luglio 2019 solo il 28% delle amministrazioni aveva superato la prima sperimentazione ed era entrato in una fase di sviluppo dei progetti di lavoro agile, il 31% aveva sperimentazioni in corso, il 41% aveva appena avviato alcune sperimentazioni²⁶.

L'emergenza sanitaria ha imposto un brusco cambio di passo: il lavoro agile, da misura straordinaria e sperimentale qual era, è divenuto misura ordinaria a regime, e la dirigenza si è trovata d'un tratto a dover estendere la misura a tutto il personale.

La scarsa esperienza di molte amministrazioni e la necessità di una reazione immediata hanno comportato lo stravolgimento del paradigma testé ricordato, tanto che l'operazione compiuta in questo frangente da molte amministrazioni si è risolta in un virtuale «trasferimento delle scrivanie» al domicilio dei lavoratori, ai quali è stato richiesto – per quanto possibile – di svolgere da remoto le attività ordinariamente svolte in presenza²⁷.

La forma di lavoro agile che si è andata così configurando, libera dai vincoli di legge e non sorretta dal lavoro preparatorio appena ricordato, funzionale alla determinazione di obiettivi e progetti di lavoro misurabili e valutabili, fa storia a sé e si presenta come un'ibridazione.

Non sono tuttavia da sottovalutare le possibili ricadute di sistema di questa esperienza.

3.2. Una nuova misura organizzativa?

Il lavoro agile ha visto *in primis* mutate la sua natura e la sua ra-

²⁶ V. in tema Russo 2020, 55.

²⁷ Bini 2020, 72, anche con riferimento al settore privato parla di «telelavoro a domicilio»; cfr. anche Leone 2020.

tio: da modalità di lavoro straordinaria, funzionale a consentire una migliore conciliazione fra vita personale e vita professionale e a incrementare la competitività esso è divenuto modalità di lavoro ordinaria, funzionale a garantire la continuità dell'azione amministrativa e la salvaguardia della salute pubblica e individuale, riducendo al minimo spostamenti e occasioni di prossimità e aggregazione.

Per sottolineare il cambio di passo rispetto a questo istituto, e al contempo per garantire maggiore solidità alle misure organizzative adottate, è stato superato il carattere sperimentale del lavoro agile ricavabile dall'art. 14, c. 1, l. n. 124/2015, disposizione che è stata modificata dall'art. 18, c. 5, d.l. n. 9/2020, che vi ha soppresso le parole «in via sperimentale».

Il lavoro agile entra, così, a far parte a tutti gli effetti, anche nella pubblica amministrazione, delle modalità di svolgimento (ordinario) della prestazione.

Tuttavia, non è irrilevante la circostanza che questo passaggio sia avvenuto in un momento di emergenza, quando all'istituto si è fatto ricorso per soddisfare finalità diverse da quelle ordinarie dettate dalla l. n. 124/2015 e dalla l. n. 81/2017 e in deroga alle regole generali, prima fra tutte quella che prescrive l'accordo con il lavoratore (ma v. *retro* § 2.1).

La modalità di lavoro agile, infatti, sembra assurgere a misura organizzativa, alla quale le Amministrazioni potrebbero ricorrere in futuro con più disinvoltura per rispondere a esigenze di carattere gestionale (carenza di spazi, risparmio di spese legate alla permanenza in sede del personale), previo accordo con il lavoratore è vero, ma senza alcun filtro sindacale (ma v. *infra* par. 5). In quest'ottica, non sorprenderebbe vedere entrare fra i criteri di selezione per l'accesso alla pubblica amministrazione anche la disponibilità e la capacità a svolgere la prestazione di lavoro anche in modalità agile.

3.3. Una grande sperimentazione

Se consideriamo il lento avvio dell'istituto nel contesto della pubblica amministrazione, possiamo considerare la fase attuale come una grande sperimentazione, su scala nazionale e trasversale a tutti i comparti, utile sia per le amministrazioni che per i lavoratori.

Le amministrazioni hanno la possibilità di effettuare, sul campo, la mappatura delle attività lavorabili in modalità agile. È lo stesso d.l. n. 18/2020 a prefigurare l'eventualità che ci siano attività che non possano essere svolte a distanza: per un verso, infatti, si incaricano le Amministrazioni di individuare le attività essenziali e indifferibili da svolgere in presenza (in condizioni di massima sicurezza e quando possibile con criterio di rotazione, *ex art. 87, c. 2*); per altro verso, si invitano le amministrazioni ad utilizzare, nel rispetto della contrattazione collettiva, altri istituti quali ferie pregresse, congedi ordinari e straordinari, banca delle ore, rotazione quando non sia possibile in tutto o in parte assegnare lavoro da svolgere in modalità agile, e per altro ancora si prevede che, una volta esperite tali possibilità, le amministrazioni possano motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio (art. 87, c. 3).

Alla fine di questo periodo emergenziale, pertanto, le amministrazioni più avvedute avranno individuato le attività che, a regime ordinario, possono essere utilmente ed efficacemente svolte a distanza.

Avranno, altresì, esercitato (o acquisito?) la competenza nel formulare progetti di lavoro finalizzati al raggiungimento di obiettivi ben precisi e misurabili, cui correlare adeguati criteri di valutazione.

Su quest'ultimo fronte, se è verosimile che con riguardo al periodo di emergenza non saranno stravolti i criteri di valutazione, è invece probabile che sia colta l'occasione per ripensare la pesatura delle attività e le relative modalità di valutazione.

Le amministrazioni, infine, saranno in grado di stimare il grado di digitalizzazione e dematerializzazione dei processi amministrativi, nonché di verificare l'investimento necessario per dotarsi a re-

gime della strumentazione utile ad allestire postazioni di lavoro agile che garantiscano la sicurezza dei lavoratori e la riservatezza nello svolgimento dell'attività.

Questa forzata sperimentazione rappresenta una grande occasione anche per i lavoratori e le lavoratrici per valutare da un lato l'utilità del lavoro agile ad attendere a responsabilità familiari e soddisfare esigenze personali, e dall'altro la sostenibilità di questa modalità di lavoro in termini di benessere. È vero che l'attuale condizione di emergenza è peculiare per tutti dal punto di vista emotivo, e per molti anche per l'eccezionale carico di attività di cura da fronteggiare, ma è pur sempre un'opportunità, che molti non avrebbero avuto, di valutare l'impatto sull'equilibrio personale di una modalità di rendere la prestazione che determina inevitabilmente la compenetrazione fra tempi di lavoro e tempi di vita.

È auspicabile che i Comitati Unici di Garanzia, che presumibilmente hanno visto compreso il proprio ruolo di proposta, verifica e controllo per l'urgenza con le quale le decisioni organizzative sono state assunte (peraltro in un quadro di ampia deregolamentazione) monitorino gli esiti di questa grande sperimentazione per rilevare possibili criticità e offrire alle rispettive Amministrative indicazioni utili alla messa a regime dell'istituto.

3.4. La perdurante (pericolosa) esclusione del sindacato dalla regolazione del lavoro agile

Un atteggiamento vigile e proattivo dei Cug, quali organismi paritetici, è tanto più necessario se si considera la perdurante esclusione del sindacato dalla regolazione di questo istituto.

Anche in questa fase di emergenza, infatti, nell'allestimento del piano complessivo di lavoro agile non è stato previsto alcun coinvolgimento delle oo.ss, il cui contributo è stato raccolto solo in via eventuale e informale.

Si conferma, così, la tendenza alla disintermediazione già riscontrata nella regolazione generale dell'istituto, che affida interamente all'autonomia individuale la determinazione del contenuto dell'accordo di lavoro agile e prevede che le oo.ss abbiano diritto unicamente a ricevere in informativa il documento programmatico sul lavoro agile che le Amministrazioni devono compilare prima di avviare la sperimentazione (Direttiva P.c.m. n. 3/2017, p. 12). Si ricorda, inoltre, che i quattro Ccnl per il triennio 2016-2018 siglati lo scorso anno non contengono previsioni in materia di lavoro agile.

Riferimenti bibliografici

- Benincasa G. (2020), *Fase 2 e gestione del rischio da Coronavirus nei luoghi di lavoro: le integrazioni previste dal Protocollo condiviso del 24 aprile 2020*, in *Bollettino Adapt*, 27 aprile 2020, n. 17.
- Bini S. (2020), *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *GC.com*, spec. n. 1, 67 ss.
- Burchi S. (2020), *Smart working d'emergenza*, in *QG*, www.questionegiustizia.it, 22 marzo 2020.
- Cairolì S. (2020), *L'incentivo al lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al Covid-19: prime osservazioni*, *GC.com*, spec. n. 1, 87 ss.
- Dagnino E., Menegotto M., Pelusi I. M., Tiraboschi M. (2017), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press.
- Leone M. (2020), *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini*, in *QG*, www.questionegiustizia.it, 21 marzo 2020.
- Marrucci M. (2020), *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in *GC.com*, spec. n. 1, 191 ss.
- Pascucci P. (2020), *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *GC.com*, spec. n. 1, 73 ss.
- Russo M. (2020), *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *GC.com*, spec. n. 1, p. 55 ss.

- Scarpelli F., Sordi P., Marazza M. (2020), *I giuslavoristi di fronte all’Emergenza Covid-19*, in *GC.com*, spec. n. 1, 51 ss.
- Senatori I. (2020), *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *GC.com*, spec. n. 1, 169 ss.
- Turrin M. (2020), *La necessaria continuità dell’azione amministrativa e l’emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *GC.com*, spec. n. 1, 147 ss.
- Zoppoli L., Monda P. (2020), *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, in corso di pubblicazione.

*Laura Calafà**
Conciliare nell'emergenza

SOMMARIO: 1. Premessa: il genitore lavoratore nel d.l. n. 18/2020. – 2. Genitori e sospensione dei servizi educativi (nel lavoro pubblico e nel lavoro privato). – 2.1. Il funzionamento del congedo Covid-19. – 3. Oltre il congedo Covid-19.

1. Premessa: il genitore lavoratore nel d.l. n. 18/2020

Anche le aspettative maturate di una serena e innovativa trasposizione della nuova dir. 2019/1158/Ue del 20 giugno 2019 *relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, da effettuarsi entro il 2 agosto 2022 sono state travolte dall'emergenza Covid-19¹. Sono state, cioè, accantonate, a data da destinarsi, le attese relative alla stabilizzazione di un diritto di congedo proprio dei padri e di discussione pacata sulla trasposizione domestica del concetto di «genitore equivalente». Entrambi i temi, richiamati nella citata direttiva Ue (artt. 3 e 4 dedicati al congedo di paternità), e riconducibili ad

* Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro – Università di Verona.

¹ In base all'art. 20, la dir. 2019/1158/UE deve essere trasposta entro il 2 agosto 2022; tempi più lunghi sono concessi per adottare disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alla retribuzione o all'indennità di corrispondente alle ultime due settimane del congedo parentale regolato nell'art. 8 (2 agosto 2024).

un'aggiornata interpretazione dell'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere affrontati dalla Repubblica italiana in sede di trasposizione².

Rispolverato nella fase dell'emergenza, dal punto di vista tecnico-giuridico, il congedo è una semplice assenza garantita di singoli lavoratori e lavoratrici, una sospensione dell'attività lavorativa di durata limitata, più o meno retribuita o indennizzata, che condivide con il lavoro agile il peso dell'irruzione nel rapporto di lavoro delle esigenze di salvaguardia della salute propria e altrui, personale e di comunità. Ancor più che nelle fasi non emergenziali, il congedo diventa oggi portatore di tutte le contraddizioni di genere che ne accompagnano l'uso come strumento di politiche di conciliazione, amplificandole.

Teoricamente aperto a tutti/e, sono poi le donne che lo utilizzano in larga parte. Perché il *gender mainstreaming* come tecnica ci ha insegnato a tener conto delle complessità dei ruoli dentro e fuori le famiglie, dei contesti di mercato del lavoro diversi, in cui sulle scelte delle famiglie pesa il tasso di inattività femminile e il livello d'informalità del lavoro, la percentuale di presenza femminile in quei segmenti in cui il livello stipendiale è più alto o più basso di quello maschile. Anche la crisi Covid-19, come la più tranquilla quotidianità, deve essere letta escludendo il neutro in ogni *policy*, specialmente in quelle di conciliazione³. Il diritto del lavoro *gender sensitive* non può dare per scontato che, anche in questa fase, il peso della cura sia destinato a ricadere sul genere femminile, tra l'altro non equamente rappresentato nei gruppi tecnici

² Si rinvia a Alessi, Bonardi, Calafà, D'Onghia, Saracini, Schuster 2020.

³ Si legga l'articolo pubblicato il 30 aprile 2020 sul Corriere della Sera dal titolo *Covid, le donne e il lavoro. Solo la metà degli uomini fa qualcosa dentro casa*, in cui si presentano gli esiti di una ricerca dell'Istituto Toniolo sul riparto di genere del lavoro casalingo.

incaricati di progettare questa complessa fase della gestione dell'emergenza. Alla necessaria considerazione dell'impatto di genere, occorre aggiungere la complessiva situazione del mercato del lavoro femminile. La lettura delle disposizioni in vigore dal 5 marzo 2020 deve dare, quindi, per scontati i limiti e le potenzialità della lettura di genere del funzionamento del mercato del lavoro che nel 2019 ha registrato un aumento dell'occupazione femminile⁴ e altrettanto scontate la carenza della politica in materia di conciliazione e quella strutturale delle scuole italiane, la quale risulterà ulteriormente aggravata dalla necessità di garantire – a partire da settembre – la sicurezza da contagio.

In questa sede, ci si concentrerà sulle sole scelte effettuate dal legislatore nel 2020 in fase di emergenza al fine limitato di verificare se sono adeguate rispetto ai bisogni transitori che devono soddisfare, amplificando o riducendo i difetti del sistema regolativo in cui si innestano e che sono ampiamente conosciuti dalla letteratura scientifica in materia di conciliazione⁵.

Una scelta, in particolare, merita di essere enfatizzata già in sede di premessa. Il legislatore utilizza tranquillamente, per la prima volta nel d.l. n. 18/2020, la categoria del *genitore lavoratore* formulata quasi vent'anni fa dalla dottrina lavoristica per fare sintesi del maschile e del femminile dei soggetti titolari del diritto al congedo

⁴ A fine 2019 l'occupazione femminile era in aumento. L'Istat, nel gennaio 2020, segnala che a novembre 2019, gli occupati crescono e che il tasso di occupazione sale al 59,4%. L'andamento dell'occupazione è sintesi di un aumento della componente femminile (+0,3%, pari a +35 mila) e di una sostanziale stabilità di quella maschile (<https://www.istat.it/it/archivio/237307>). I dati sulla presenza femminile nel mercato del lavoro vanno letti nella loro complessità, una complessità confermata nel rapporto Inps presentato nel marzo 2020: *Mercato del lavoro. Una lettura integrata* (che può leggersi in <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=53508>).

⁵ Si rinvia ad Alessi, Bonardi, Calafà, D'Onghia, Saracini, Schuster (2020).

parentale⁶. Così facendo, ha reso doppiamente neutro il *caregiver*, non distinguendo tra padri e madri e, di conseguenza, tra più madri e più padri nello stesso nucleo familiare anche se ai fini limitati del governo del distanziamento sociale che ha imposto la straordinaria chiusura delle scuole. Per il congedo Covid-19, come lo definisce l'Inps, le famiglie italiane possono finalmente declinarsi al plurale, senza ostacoli di *status* formali⁷.

2. Genitori e sospensione dei servizi educativi (nel lavoro pubblico e nel lavoro privato)

Il supporto della tecnica regolativa inaugurata con l'introduzione nell'ordinamento, prima Ue e poi nazionale, del congedo parentale *ex art.* 32 del d.lgs. n. 151/2001, si manifesta nella formulazione degli artt. 23 e ss. del d.l. n. 18/2020, i quali si ispirano al congedo parentale di cui, però, non assumono tutte le caratteristiche, come vedremo tra breve.

Di fronte alla chiusura delle scuole di ogni ordine e grado, inoltre, il legislatore si è giustamente concentrato sul bisogno immediato di cura o per sospensione dei servizi educativi, un bisogno che non ha genere, ma non richiede nemmeno la qualificazione del

⁶ Del Punta 2000.

⁷ Ai fini della verifica di compatibilità/incompatibilità del congedo Covid-19 con gli altri strumenti legislativi già esistenti ed operanti, il messaggio Insp n. 1421 del 15 aprile 2020 utilizza il concetto di famiglia anagrafica ricordando che, ai sensi dell'art. 4 del d.P.R. n. 223/1989, si considera famiglia anagrafica l'insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentale, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune. Interessanti le riflessioni sulle relazioni sentimentali di Balestra (2020) che possono sicuramente collegarsi alle difficoltà applicative della nozione di congiunti per riattivare parzialmente la mobilità dal 4 maggio 2020.

lavoro normalmente svolto come subordinato. Il congedo specifico per sospensione dei servizi educativi spetta, in effetti, anche ai lavoratori iscritti alla gestione separata, mentre per i lavoratori autonomi ci si riferisce al solo riconoscimento della relativa indennità; si conferma, inoltre, l'ennesima esclusione dei genitori liberi professionisti dai soggetti titolari del diritto (v. *infra*).

La lettura più tecnico-giuridica degli artt. 23, 24 e 25 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 «cd. cura Italia» (convertito senza particolari modifiche in l. 24 aprile 2020, n. 27) deve tenere conto, in primo luogo, della finalità delle misure adottate definite come «specifiche». Il congedo è, quindi, transitorio, decadrà con la scomparsa del presupposto che lo legittima così come risulta prorogato in ragione dell'allungamento previsto della chiusura delle scuole⁸.

Come recitano gli artt. 23 e 25 del d.l. n. 18/2020 i genitori lavoratori dipendenti del settore privato e del settore pubblico hanno diritto, appunto, ad uno specifico congedo «in conseguenza dei provvedimenti di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado». Le misure introdotte sono collegate – sia dal punto di vista temporale, sia da quello causale – alla sospensione dei servizi scolastici (pubblici o privati non importa). Come in più occasioni è stato chiarito, le scuole di ogni ordine e grado non sono chiuse e il lavoro dei docenti procede, ma a distanza.

Le misure, seppur transitorie, non sono avulse dalla porzione di ordinamento dedicato alla cura dei figli in cui confluiscono. La

⁸ La data di decorrenza è il 5 marzo 2020; sulla proroga in ragione dell'allungamento del periodo di chiusura delle scuole, v. messaggio Inps n. 1648 del 16 aprile 2020. Per la pubblica amministrazione si rinvia al passaggio della circolare n. 2/2020 del Ministro per la Pubblica amministrazione in cui segnala i problemi della data di decorrenza del congedo, azzardando anche una *deadline* già superata nei fatti (p. 7). Il cd. decreto «Rilancio» in corso di approvazione, per la parte in commento, si limita a spostare le date di scadenze previste nel d.l. n. 18/2020.

conseguenza ovvia è che il contesto regolativo già esistente, se insoddisfacente, non può che ripercuotersi sul funzionamento delle misure introdotte nella fase di emergenza. In altri termini, seppure a durata limitata e definita, il congedo regolato nel 2020 è chiamato a tenere conto del contesto regolativo in cui si innesta, dato che il legislatore ha scelto la strada di integrare gli strumenti «transitori» con quelli ordinari, (per così dire «continuativi») contenuti nel T.U. di maternità e di paternità. Da ciò emerge la necessità di tenere in considerazione non solo la grande distinzione tra settore pubblico e settore privato, ma anche il collegamento tra questo specifico diritto all'assenza e quelli già esistenti con cui si pongono in relazione necessaria (aventi tutti in senso lato finalità di cura). Come a dire che il congedo della durata di 15 giorni (lavorativi) riconosciuto dal legislatore nel 2020 in occasione dell'emergenza Covid-19 deve tener conto, quanto meno, del funzionamento di congedi altri come quelli parentali già utilizzati o in corso di utilizzazione (che potranno essere convertiti: art. 23, co. 2) e delle diverse situazioni giuridiche dei lavoratori (subordinati, autonomi, iscritti alla gestione separata), nel settore privato e pubblico.

L'impressione che si ricava da una prima lettura delle disposizioni contenute nel d.l. n. 18/2020 per la parte relativa alla cura dei figli è che sia stato sottovalutato l'effetto domino che ha accompagnato le scelte politiche dell'emergenza. Nel senso che la chiusura dei servizi educativi, di per sé, determina non poche difficoltà di gestione familiare; tali difficoltà si amplificano in caso di presenza di figli disabili, in assenza del supporto degli altri familiari esterni al nucleo o anziani (si pensi ai nonni) la cui salute va preservata, oppure ancora per chi lavora nei servizi sanitari, sia pubblici che privati, e per chi svolge attività continuative. Dal punto di vista più tecnico-giuridico, invece, la scelta di metodo regolativo mediante integrazione delle regole transitorie nell'assetto del T.U. di maternità e paternità, di cui si riproducono le logiche, tende ad amplifi-

care i difetti dalle diverse situazioni giuridiche già esistenti di cui sono titolari i genitori lavoratori e dei relativi presupposti operativi delle regole adottate. Si pensi, ad esempio, alla questione dell'inclusione o dell'esclusione dei lavoratori non subordinati tra i soggetti beneficiari del congedo: in periodo Covid-19 si amplifica un problema già emerso nei periodi non emergenziali, a cui, peraltro, hanno provato a fornire risposte molto diverse e articolate sia i giudici costituzionali, che i giudici di legittimità e di merito. Si ricorda, inoltre, che per i genitori liberi-professionisti non è stato previsto alcun supporto economico, nonostante rientrino nel campo di applicazione soggettivo del T.U., neppure mediante un minimo rinvio alle Casse previdenziali di riferimento per l'eventuale supporto assistenziale⁹.

2.1. Il funzionamento del congedo Covid-19

Per comprendere il funzionamento del congedo specificamente destinato a sopperire alla chiusura dei servizi educativi in periodo di emergenza Covid-19 (o semplicemente congedo Covid-19)¹⁰, conviene ricordarne le caratteristiche fondamentali. I genitori lavoratori del settore privato (anche affidatari)¹¹ e della Pubblica amministrazione hanno diritto ad un'assenza di 15 giorni (lavorativi) indennizzati nella misura del 50% della retribuzione. Le differenze tra i due settori si collegano non tanto alla misura del congedo (durata, tasso di copertura), quanto nel sistema di calcolo. I soggetti paganti sono, in effetti, diversi.

⁹ Per una recente ricostruzione Calafà 2019.

¹⁰ Per un primo commento, Vitaletti 2020.

¹¹ Il c. 7 dell'art. 23 che prevede l'applicazione dell'intero articolo ai genitori anche affidatari, non è riproposto nel successivo art. 25 dedicato ai lavoratori della pubblica amministrazione, ma è considerato applicabile anche al successivo art. 25 (circolare 2/2020 del Ministero per la Pubblica amministrazione, p. 7).

Nel settore privato, l'indennità è calcolata secondo quanto previsto dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2001, con lo stesso sistema di calcolo del congedo di maternità e parentale, con la sola eccezione del c. 2, che viene espressamente escluso. Nel settore pubblico, invece, in cui è chiaramente affermato che prioritaria è l'attivazione dello *smart working*, il congedo risulta un mero corollario, un utilizzo ammesso, ma secondario e, quindi, residuale per i genitori dipendenti pubblici come conferma la circolare 2/2020¹². L'erogazione dell'indennità spetta all'amministrazione pubblica che fisserà anche le modalità di fruizione del congedo.

Pur non essendo tecnicamente identico ad un congedo parentale, è sicuramente questo il modello che ha ispirato il legislatore del 2020. Identica è, in effetti, l'età massima dei figli considerata ai fini dell'utilizzo del congedo (12 anni, innalzati nel 2015 con il d.lgs. n. 80/2015)¹³, uguale la possibilità di utilizzazione continuativa o frazionata (con esclusione implicita della frazionabilità ad ore, non espressamente richiamata nei successivi atti dell'Inps e del Ministro per la Pubblica amministrazione). Il congedo introdotto nel 2020, però, non è un congedo parentale in senso tecnico, perché molto diverse sono le regole che ne condizionano il funzionamento: il congedo parentale spetta per ogni figlio a padri e madri anche cumulativamente, perché l'obiettivo è la cura anche condivisa del figlio. L'art. 23, c. 4, invece, prevede che la fruizione del congedo sia riconosciuta «alternativamente ad entrambi i genitori (...) alla condizione 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 altro genitore disoccupato o non lavoratore». Il congedo risponde a bisogni immediati e definiti, di natura transitoria, e non si può sostituire con

¹² Si rinvia al contributo di Alessi, Vallauri in *q. vol.*

¹³ Gottardi 2016.

il congedo parentale regolato dal d.lgs. n. 151/2001, come conferma l'introduzione della conversione dello stesso nei casi in cui sia in corso di utilizzazione nel periodo dell'emergenza o, nello stesso periodo, se ne sia già concluso l'utilizzo¹⁴.

Nel settore pubblico, l'art. 25, c. 1, conferma che la natura del congedo è, in termini di soggetti beneficiari, la medesima: di supporto transitorio e unificato ad una situazione di emergenza, precisando che il congedo e l'indennità «non spettano in tutti i casi in cui uno o entrambi i lavoratori stiano già fruendo di analoghi benefici». Il congedo Covid-19 è utilizzato da uno solo dei genitori anche per più figli, perché la finalità è quella di sostituire il servizio pubblico sospeso con un supporto alla cura che ritorna ad essere forzatamente privata.

Questa motivazione spiega perché, in entrambi i settori, ma con campo di applicazione più limitato nel settore pubblico, è prevista la sostituzione del congedo con un *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* sul modello della legge Monti – Fornero del 2012 (l. n. 92/2012), mediante uso del *voucher* sostitutivo questa volta collegato al libretto famiglia (art. 54-bis, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96). Il limite di 600 euro si innalza a 1000 euro per i lavoratori dipendenti del settore sanitario, pubblico e privato accreditato, medici, infermieri, tecnici di laboratorio biomedico e di radiologia medica e per gli operatori socio-sanitari (art. 25, c. 3). Solo chi lavora nell'area medica può usare il *bonus*, un diritto che condivide con il personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico, se impiegato per esigenze connesse all'emergenza Covid-19.

¹⁴ La conversione tra congedo parentale e congedo Covid-19 espressamente prevista nell'art. 23, c. 3 per il lavoro privato, non è richiamata nel successivo art. 25. Si deduce un'operatività ridotta nel settore pubblico anche in ragione delle precisazioni contenute nella circolare n. 2/2020 che esclude la conversione dei permessi già utilizzati *ex l. n. 104/9192*.

Difficile giudicare adeguato il livello del *bonus* a coprire interamente i costi che un supporto esterno regolare richiede. Tale livello si spiega solo in ragione della strategia complessiva prescelta in materia di conciliazione nell'emergenza: nel settore pubblico, congedo e *bonus* sono meri corollari della prestazione lavorativa svolta con modalità *smart*, che rappresenta il fulcro della gestione del lavoro nella pubblica amministrazione (con esclusione di alcuni settori espressamente richiamati nell'art. 25); nel settore privato, dove il lavoro *smart* è una mera eventualità, la strategia di intervento si fonda sull'integrazione del reddito di chi lavora in settori in cui l'attività è sospesa, tutte situazioni in cui il congedo e il *bonus* non sono dovuti¹⁵. È ovvio immaginare che le difficoltà maggiori si concentrino sui genitori lavoratori dei cd. servizi essenziali in continuità, su cui pesa l'effetto domino più volte richiamato dell'assenza di ulteriori supporti familiari.

3. Oltre il congedo Covid-19

Che il rischio licenziamento sia un rischio specifico del settore privato, a maggior ragione di fronte alla crisi indotta dalla pandemia, ma non di quello pubblico, viene confermato espressamente dal legislatore del 2020, ma la regola scritta non sembra completamente soddisfacente. Il testo del c. 6 dell'art. 23 scrive che per i «genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori, di età compresa tra i 12 e i 16 anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno del reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che *non vi sia un altro genitore non lavoratore* hanno diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione

¹⁵ S rinvia al contributo di Faioli in *q. vol.*

dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro».

Il testo è chiaro, ma un dubbio è lecito: come si collega lo spirito dell'intervento del legislatore del 2020 che sospende i licenziamenti¹⁶ con il divieto di licenziamento che qualifica la sospensione dell'attività lavorativa *ex art.* 2110 del c.c. e con la cessazione dell'attività lavorativa prevista nel testo, prima riportato, dell'art. 23, c. 6?

Il chiarimento arriva con il messaggio Inps n. 1621 del 15 aprile: se la cessazione dell'attività lavorativa interviene durante la fruizione del congedo Covid-19, la fruizione si interrompe con la cessazione del rapporto di lavoro e le giornate successive non saranno computate né indennizzate¹⁷.

Seppur certi che non sia quello dell'emergenza il periodo adatto per riprogettare le *policy* pubbliche in materia di conciliazione vita e lavoro, quello dell'emergenza appare comunque il solo periodo adatto a costruire un sistema regolativo transitorio adeguato a rispondere al bisogno generalizzato di cura dei figli. L'interruzione del congedo e della relativa indennità non possono che apparire

¹⁶ Si rinvia al contributo di Gargiulo e Luciani in *q. vol.*

¹⁷ Nel messaggio n. 1621 sono elencate tutte le situazioni di compatibilità e incompatibilità con il congedo Covid-19 che è incompatibile con i riposi e permessi *ex artt.* 39 e 40 del T.U. di maternità e paternità oltre che con tutti gli istituti introdotti o solo ricordati nell'art. 23 come il *bonus* e tutte gli strumenti di sostegno del reddito o cessazione attività lavorativa. Compatibili con il congedo Covid-19 sono la malattia di uno dei due genitori, il congedo di maternità e paternità, le ferie, l'aspettativa non retribuita, il part time e l'intermittente. Lo *smart working* di uno dei due genitori è compatibile con il congedo Covid-19 dell'altro perché «il genitore che svolge attività lavorativa da casa non può comunque occuparsi della cura dei figli».

una scelta miope e questa sorta di miopia complessiva dell'intervento, che non può solo motivarsi con un problema di risorse finanziarie, diventa davvero troppo evidente quando si tenta di leggere in chiave di soddisfazione del bisogno le regole dedicate ai lavoratori «altri» rispetto a quelli subordinati o ai lavoratori addetti ai servizi sanitari (sia nel settore pubblico che privato).

Come anticipato in premessa (v. *supra* par. 1), il genitore titolare del congedo per sospensione dei servizi educativi non è necessariamente solo un lavoratore subordinato. Nella scrittura dell'art. 23, con riguardo ai genitori non subordinati, si riproduce la stessa gradazione dei diritti prevista nel T.U. del 2001 con tutti i limiti che il bisogno indifferenziato ed eccezionale consentiva di evitare. Come spiegato nel c. 3 dell'art. 23, hanno diritto ad un identico congedo per sospensione dei servizi educativi anche i genitori iscritti alla gestione separata, mentre i genitori lavoratori autonomi iscritti all'Inps si vedono estesa l'indennità «commisurata per ciascuna giornata indennizzabile, al 50% della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita annualmente dalla legge, a seconda della tipologia di lavoro svolto». Nel ricordare che nessuna parola viene spesa per i genitori liberi professionisti (di cui, invece, si occupa il T.U. di maternità e paternità agli artt. 70 e ss.), in questa sede ci si limita ad evidenziare che ai lavoratori iscritti alla gestione separata ovvero ai collaboratori coordinati e continuativi *ex* art. 409 c.p.c. è riconosciuto, oltre all'indennità, anche il congedo Covid-19; per i lavoratori autonomi, invece, non è stata superata la situazione giuridica di difficile comprensione del mancato riconoscimento del congedo come sospensione dell'attività. Rimane il mero riconoscimento dell'indennità anche durante l'emergenza (v. art. 66 T.U. maternità e paternità)¹⁸.

¹⁸ Calafà 2019.

La stessa linea di ragionamento può essere riproposta per le regole dedicate alla cura dei familiari disabili, già gravosa e difficile anche in periodi non emergenziali¹⁹.

Gli strumenti offerti dal d.l. n. 18/2020 – e riproposti con un aumento delle relative giornate anche nella bozza del cd. decreto «Rilancio» – sono molto lontani dall’essere soddisfacenti, considerato sia il contesto regolativo complessivo in materia in cui si innestano le regole transitorie, che l’effetto domino che la chiusura dei servizi educativi può comportare sulle già difficili strategie di conciliazione di genitori di figli disabili private spesso del supporto degli altri familiari esterni al nucleo o anziani la cui salute va preservata.

Il congedo Covid-19 in caso di figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi della l. n. 104/1992, non prevede il limite di età di 12 anni per la sua utilizzazione, sia nel lavoro privato che nel lavoro pubblico. Il successivo art. 24, prevede, inoltre, l’incremento di 12 giornate da utilizzarsi nel mese di marzo e aprile 2020, giornate che diventano 36 fino alla fine di settembre se la bozza del cd. decreto «Rilancio» entrerà in vigore. Tale beneficio è riconosciuto anche al personale sanitario «compatibilmente con le esigenze organizzative delle aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale impegnati nell’emergenza Covid-19 e del comparto sanità» (art. 24, c. 2) a conferma che quello sanitario è il settore di frontiera della conciliazione nell’emergenza. Da ricordare che il congedo specifico per la cura dei figli a causa della chiusura dei servizi educativi si può cumulare con le giornate *ex l. n. 104/1992* e, nel contesto di uno stesso nucleo, con tutti quei «benefici diretti a salvaguardare situazioni diverse non contemporaneamente tutelabili tramite l’utilizzazione di un solo istituto» (messaggio Inps n. 1621/2020).

Per completare il quadro dedicato alla disabilità, lo stesso lavoratore con disabilità grave (sia privato che pubblico, come ricorda

¹⁹ Bonardi 2012.

la circolare del Ministro per la Pubblica amministrazione n. 2/2020, correggendo la rubrica dell'art. 26) ha diritto ad assentarsi dal lavoro fino al 30 aprile 2020 (art. 26), mentre, in base al successivo art. 39, ha diritto allo *smart working*, la modalità di lavoro su cui si concentra una rinnovata attenzione.

La risposta al distanziamento sociale che la prevenzione del contagio richiede non può che privilegiare la continuità retribuita della prestazione piuttosto che l'assenza parzialmente indennizzata per essere rispettosa del principio di eguaglianza declinato non solo in ragione del genere, ma anche degli altri fattori di rischio, in particolare età e disabilità, nella fase ancora senza *deadline* dell'emergenza Covid-19.

Riferimenti bibliografici

- Alessi C., Bonardi O., Calafà L., D'Onghia M., Saracini P., Schuster A. (2020), *Dal congedo parentale all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Riflessioni di diritto del lavoro dell'Unione europea e nazionale*, Atti del seminario tenutasi a Roma in sede Cgil, il 30 gennaio 2020, dattiloscritto.
- Balestra L. (2020), *Brevi digressioni sulle libertà e sulle relazioni sentimentali al cospetto del Coronavirus*, in *GC*, ed. speciale, n. 1, 45 ss.
- Bonardi O. (2011), *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *RGL*, 779 ss.
- Calafà L. (2019), *Le sospensioni del rapporto di lavoro*, in Perulli A., Valdes Dal Re F. (a cura di), *Lecturas de derecho laboral español e italiano - Letture di diritto del lavoro*, Giappichelli - Tirant Lo Blanc, Torino, 839 ss.
- Del Punta R. (2000), *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 149.
- Gottardi D. (a cura di) (2016), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Vitaletti M. (2020), *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *GC*, ed. speciale, n. 1, 123 ss.

*Michele Faioli**

Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito

SOMMARIO: 1. Decretazione di urgenza Covid-19 in materia di sostegno al reddito e problemi posti dalla realtà. Efficacia temporale limitata. – 2. Istituti speciali *ex d.l. n. 18/2020*. Descrizione dell’assetto attuale. – 3. Spunti ricostruttivi. – 3.A. Procedimenti de-burocratizzati, relazioni sindacali, divieto di licenziamento, ferie maturate. – 3.B. Istituti speciali in relazione ai fondi di solidarietà bilaterali. – 3.C. Cigd, Regioni e efficienza. Casi di studio (Lazio e Lombardia). – 4. Osservazioni conclusive.

1. Decretazione di urgenza Covid-19 in materia di sostegno al reddito e problemi posti dalla realtà. Efficacia temporale limitata

La pandemia genera un rischio di disoccupazione che non è stato contemplato né dal nostro né da altri ordinamenti di sicurezza sociale. In caso di pandemia, infatti, la disoccupazione non è né frizionale né congiunturale, ma è generalizzata perché indotta da provvedimenti pubblici di salvaguardia della salute collettiva che, imponendo una sospensione dell’attività di impresa, vietano ai lavoratori e ai datori di lavoro di operare. La pandemia non è, dunque, annoverabile tra gli eventi che normalmente sono il presupposto degli schemi di sostegno al reddito per riduzione del-

* Professore associato di diritto del lavoro - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

l'orario di lavoro o di sospensione temporanea delle attività di impresa¹. Dalla pandemia non discende una crisi di settore o territoriale, ma una crisi intersettoriale e del paese intero che non è controllabile, anzi si amplifica in ragione di condizioni di vario genere, anche esse non del tutto controllabili, sino a divenire europea, poi occidentale, infine globale.

Questo è il problema vero con cui si confronta la decretazione di urgenza² in materia di sostegno al reddito per Covid-19. Il resto è fatto di dettagli, in alcuni casi di errori, in altri di prove. Il d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020, la quale ha assorbito anche parti di disciplina del d.l. n. 9/2020 ed è in fase di aggiornamento in relazione al decreto cd. «Rilancio»)³ ha strutturato istituti speciali di sostegno al reddito che, seppur inseriti nell'architettura più ampia del d.lgs. n. 148/2015, sono dotati di un proprio assetto procedimentale e causale (de-burocratizzato), di una propria voce di finanziamento che è riferibile alla fiscalità generale (non più al rapporto contributivo), di un sistema di erogazione peculiare delle prestazioni. Sono istituti che gestiscono il contingente (cioè il rischio disoccupazione da sospensione imposta alle imprese per pandemia). Anche la relativa efficacia temporale limitata (febbraio 2020 – agosto 2020) dimostra che si tratta di istituti che rispondono alla crisi di oggi, non a quella di domani. Alla crisi di domani si potrà rispondere, in modo più efficace, con gli strumenti che l'Unione Europea metterà in campo⁴. Il quadro che ne deriva è complesso. Da una parte, restano immodificati gli istituti di sostegno al reddito, che qui chiamiamo «tradizionali», di cui al d.lgs.

¹ Si v. la ricostruzione teorica di Levi Sandri 1955. Per la comparazione a livello europeo, si v. Piccininno, Sandulli 1980, 199 ss.

² Sulla decretazione di urgenza per Covid-19, si v. la riflessione di Clementi 2020 e di Cassese 2020.

³ Sarà presentato nel consiglio dei ministri del 6 maggio 2020 con modifiche ulteriori al sistema introdotto dal d.l. n. 18/2020, l. conv. n. 27/2020.

⁴ Si v. l'intervista Draghi 2020.

n. 148/2015 (Cigo, Cigs, fondi bilaterali di solidarietà)⁵. Dall'altra, seppur parzialmente inseriti nella disciplina tradizionale, ci sono gli istituti speciali del d.l. n. 18/2020 che, qui, ai fini di questo studio, definiamo nel seguente modo: gli istituti di cui all'art. 19 riferiti alle integrazioni ordinarie (Cigo Covid-19 e assegno ordinario Covid-19 erogato mediante fondi di solidarietà); gli istituti di cui all'art. 20 collegati alla integrazione straordinaria che viene sostituita dalla speciale Cigo Covid-19 (qui «Cigo Covid-19 *post* Cigs») e di cui all'art. 21 relativo all'assegno ordinario speciale Covid-19 erogato dai fondi di solidarietà che sostituisce l'assegno di solidarietà («Fis/assegno ordinario Covid-19 *post* Fis/assegno di solidarietà»); l'istituto di cui all'art. 22 che ripristina la cassa in deroga («Cigd Covid-19»).

2. Istituti speciali ex d.l. n. 18/2020. Descrizione dell'assetto attuale

Osserviamo, innanzitutto, gli istituti speciali introdotti dal d.l. n. 18/2020, tenendo presente che per essi le risorse finanziarie sono limitate, cioè definite di volta in volta con legge, e fatte confluire nelle gestioni previdenziali competenti (Inps o fondi di solidarietà). Si proverà a delineare il contenuto del d.l. 18/2020 e le relative prime interpretazioni, distinguendo in ordine ai quattro schemi già menzionati.

Primo schema. I datori di lavoro individuati dall'art. 19 sono, da una parte, i datori di lavoro di cui all'art. 10, d.lgs. n. 148/2020 (Cigo) e, dall'altra, i datori di lavoro di cui all'art. 26 ss., d.lgs. n. 148/2015 (fondi di solidarietà bilaterali)⁶. In relazione al primo

⁵ Si v. gli studi di Renga 2017; Occhino 2016; Bozzao 2015.

⁶ Sulla ricostruzione dei fondi bilaterali di solidarietà rinvio a miei studi (Faioli 2016).

gruppo (Cigo), i datori di lavoro, assoggettati normalmente al regime Cigo, per i profili contributivi e prestazionali, possono accedere alla Cigo speciale, con causale Covid-19, per un periodo massimo di nove settimane (anche retroattivamente e sino al 31 agosto 2020). Essi sono dispensati dal rispetto dei termini del procedimento amministrativo e dal procedimento di informazione/consultazione sindacale. I datori di lavoro di cui all'all. 1 del d.P.c.m. 1 marzo 2020 (i primi comuni di Lombardia e Veneto a essere colpiti) e i datori di lavoro che non operano in tali comuni, ma alle proprie dipendenze hanno lavoratori residenti o domiciliati in tali comuni, possono presentare tale domanda di Cigo speciale per un periodo aggiuntivo non superiore a tre mesi. In relazione al secondo gruppo (fondi di solidarietà), i datori di lavoro possono accedere all'assegno ordinario speciale, con causale Covid-19, per un periodo massimo di nove settimane (anche retroattivamente sino al 31 agosto 2020) e sono dispensati dal rispetto dei termini del procedimento amministrativo e dal procedimento sindacale. Il limite di accesso alla prestazione, fissato in via generale nel d.lgs. n. 148/2015, relativo a «dieci volte l'ammontare dei contributi ordinari dovuti dal medesimo datore di lavoro, tenuto conto delle prestazioni già deliberate a qualunque titolo a favore dello stesso» non è applicabile all'istituto speciale. L'assegno ordinario può essere erogato ai datori di lavoro che abbiano alle proprie dipendenze più di cinque lavoratori. I datori di lavoro di cui all'all. 1 del d.P.c.m. 1 marzo 2020 e i datori che hanno alle proprie dipendenze lavoratori che sono residenti/domiciliati nelle aree dell'all. 1, possono presentare tale domanda di assegno ordinario speciale per un periodo aggiuntivo non superiore a tre mesi. Per entrambi i gruppi, il termine fissato per la presentazione della domanda coincide con la fine del quarto mese successivo all'inizio del periodo di sospensione/riduzione, non è richiesto il requisito dell'anzianità contributiva relativa alle 90 giornate (art. 1, co. 2, d.lgs. n.

148/2015) e non sono conteggiati, ai fini delle durate massime, i periodi di fruizione della prestazione riferita all'istituto speciale⁷.

Secondo schema. I datori di lavoro di cui all'art. 20 d.l. 18/2020 sono i datori di lavoro che normalmente – per rapporto contributivo e prestazionale – possono accedere alla Cigs. I datori di lavoro che abbiano in corso una Cigs possono chiedere la Cigo speciale con causale Covid-19, di cui all'art. 19, d.l. n. 18/2020. Tale Cigo sospende e sostituisce la Cigs in corso. I periodi di trattamento di Cigo non sono conteggiati nella durata massima⁸. Non è dovuto il contributo addizionale di cui all'art. 5, d.lgs. n. 148/2015. Il procedimento amministrativo e quello sindacale sono semplificati. I datori di lavoro di cui all'all. 1 del d.P.c.m. 1 marzo 2020 (e i datori di lavoro che hanno lavoratori geograficamente residenti/domiciliati in tali aree) che hanno in corso una Cigs possono presentare domanda di Cigo per un periodo aggiuntivo non superiore a tre mesi.

Terzo schema. I datori di lavoro di cui all'art. 21, d.l. n. 18/2020 sono i datori di lavoro assoggettati normalmente al regime del Fis. I datori di lavoro che abbiano in corso una solidarietà con assegno erogato dal Fis *ex* art. 31, d.lgs. n. 148/2015 possono chiedere al Fis l'assegno ordinario con causale Covid-19, di cui all'art. 19, d.l. n. 18/2020. Tale assegno ordinario sospende e sostituisce l'assegno di solidarietà in corso. I periodi di trattamento non sono conteggiati nella durata massima. Non è dovuto il contributo addizionale di cui all'art. 5, d.lgs. n. 148/2015.

Quarto schema. Per i datori di lavoro non appartenenti ad alcuna delle categorie sopra menzionate vi è la possibilità di fare istanza *ex* art. 22, d.l. n. 18/2020 per la cassa in deroga (Cigd)⁹.

⁷ Il d.l. cd. «Rilancio» probabilmente estenderà ulteriormente il periodo di integrazioni salariali speciali (9 settimane, con una distinzione temporale tra le prime 4 e le successive 5 settimane).

⁸ Si v. l'art. 4, d.lgs. n. 148/2015 - 24 mesi nel quinquennio mobile e art. 12, d.lgs. n. 148/2015 - 13 settimane continuative.

⁹ Per un quadro generale sull'istituto della cassa in deroga si v. Tiraboschi 2010; Ferrante 2009.

L'ambito soggettivo si definisce *a contrario*: si tratta dei datori di lavoro che non possono accedere agli istituti tradizionali (Cigo, Cigs e fondi) e, di conseguenza, neanche agli istituti speciali Cigo Covid-19 (anche *post Cigs ex art. 20 d.l. n. 18/2020*) e assegno ordinario Covid-19 (anche *post solidarietà ex art. 21, d.l. n. 18/2020*)¹⁰. Il contratto collettivo aziendale è requisito necessario per accedere alla Cigd per i datori di lavoro che abbiano più di cinque lavoratori alle proprie dipendenze¹¹. Il contratto collettivo aziendale è negoziabile anche per via telematica. La fase di informazione e consultazione viene regolata dagli accordi quadro/protocolli regionali. Il trattamento di Cigd non supera il periodo di nove settimane. Viene definito il diritto alla contribuzione figurativa. Alla domanda del datore di lavoro segue il decreto regionale di approvazione. L'Inps eroga direttamente la prestazione¹². Le Regioni hanno concertato con le parti sociali più rappresentative gli accordi quadro o protocolli di regolazione delle Cigd, con i relativi procedimenti e discipline (v. *infra* 3.C). I datori di lavoro, con sedi operative localizzate in più di cinque Regioni, potranno svolgere un unico procedimento mediante il Ministero del lavoro (art. 2, decreto interministeriale del 24 marzo 2020). I datori di lavoro di cui all'all. 1 del d.P.c.m. 1 marzo 2020 e i datori che non operano in tali comuni, con lavoratori in forza lì residenti o domi-

¹⁰ Tra i datori di lavoro che possono accedere alla Cigd sono annoverabili anche i datori di lavoro del commercio con più di cinquanta dipendenti che possono normalmente fare istanza per la Cigs. Si v. l'art. 20, co. 2, d.lgs. n. 148/2015 (sul punto si v. anche accordo-quadro Regione Lazio – art. 2 e la circolare Inps 28 marzo 2020, n. 47).

¹¹ Il contratto aziendale non è richiesto per i datori di lavoro con meno di 5 lavoratori alle proprie dipendenze e per i datori di lavoro che sono stati costretti a serrare l'attività in ragione dei provvedimenti di emergenza anti-pandemici.

¹² Nelle Province Autonome di Trento e Bolzano il fondo di solidarietà bilaterale territoriale erogherà e gestirà tali prestazioni. Mediante il decreto interministeriale del 24 marzo 2020 sono state ripartite le risorse economiche (stabilite in un limite massimo di 3.292,2 milioni per il 2020).

ciliati, che hanno in corso una Cigd possono presentare domanda per prorogare l'integrazione per un periodo aggiuntivo non superiore a tre mesi. I datori di lavoro, non rientranti nei casi di cui all'all. 1, d.P.c.m. 1 marzo 2020, ma con unità produttive in Lombardia, Veneto e Emilia Romagna, nonché i datori che non operano in dette Regioni, aventi lavoratori lì residenti o domiciliati, e che hanno in corso una Cigd, possono presentare domanda per prorogare l'integrazione per un periodo aggiuntivo non superiore a quattro settimane, in aggiunta alle nove settimane.

Data la difficoltà oggettiva di istruire tempestivamente le pratiche, è stata sottoscritta la convenzione per l'anticipazione sociale da parte del sistema bancario in favore dei lavoratori beneficiari di integrazioni salariali, con l'obiettivo di «attivare interventi rapidi volti a sostenere la disponibilità del reddito dei/lle lavoratori/trici sospesi/e in Cig, anche in deroga, nelle more del pagamento diretto da parte dell'Inps». Viene introdotto un procedimento che permette l'anticipazione da parte della banca delle integrazioni salariali ai lavoratori coinvolti negli schemi di sostegno al reddito di cui sopra (artt. 19-22). Tale anticipazione si basa su un importo forfettario di 1400 euro parametrato per 9 settimane di sospensione a zero ore. Tecnicamente si tratta di un'apertura di un conto corrente *ad hoc*, mediante un contratto bancario con tale finalità che viene a estinguersi con il versamento da parte dell'Inps delle integrazioni salariali. Il lavoratore presenta la domanda alla banca di riferimento, con la documentazione utile per provare la collocazione nello schema di integrazione salariale. Il che sta avvenendo, nelle ipotesi migliori, anche mediante sistemi digitali delle banche. Le Regioni e le Province autonome stanno predisponendo fondi di garanzia dei debiti relativi alle anticipazioni, secondo modelli già collaudati nel decennio scorso. Qualora la domanda di integrazione salariale non fosse accolta, la banca sarebbe titolare del diritto di credito nei confronti del lavoratore, il quale avrebbe 30

giorni per adempiere. Il datore di lavoro è in regime di solidarietà passiva con il lavoratore. *Extrema ratio*, la banca potrà chiedere la restituzione di quanto erogato al fondo di garanzia regionale. I datori di lavoro che non optano per il pagamento diretto del sostegno al reddito possono attivare forme di garanzie al fine di avere la necessaria liquidità per erogare tali prestazioni.

3. Spunti ricostruttivi

Vale la pena di soffermarsi su alcuni elementi utili per una prima ricostruzione teorica di tali istituti speciali. In primo luogo, c'è la de-burocratizzazione amministrativa e una speciale, ahimè non consolidata, regolazione della fase informativo-consultiva con le organizzazioni sindacali. In secondo luogo, si può notare il nesso tra istituti speciali e bilateralità tipizzata per il sostegno al reddito. In terzo luogo, viene in evidenza la relazione tra regolazione regionale, cassa in deroga e efficienza.

3.A. Procedimenti de-burocratizzati, relazioni sindacali, divieto di licenziamento, ferie maturate

Il primo elemento denota l'intera operazione di emergenza.

Il disegno normativo si comprende se si analizza, in controluce, il d.lgs. n. 148/2015 con il d.l. n. 18/2020, pre e *post* conversione con l. n. 27/2020. L'intento di de-burocratizzare i procedimenti che normalmente sono effettuati nell'ambito del d.lgs. n. 148/2015 si realizza nella volontà del legislatore del 2020 di dispensare, parzialmente, il datore di lavoro dall'applicazione dei procedimenti di informazione e consultazione sindacale e dal procedimento amministrativo relativo alla presentazione della domanda Cigo e dalla domanda di assegno ordinario. Nel d.l. n. 18/2020, pre-conversione, c'era una certa incongruenza pratico-

operativa su questo punto, poi malamente risolta nella fase di conversione: alla dispensa dall'obbligo generale di informazione e consultazione si abbinava l'obbligo specifico di informazione, consultazione e esame congiunto, da svolgere in tre giorni telematicamente¹³. Tale salvaguardia (minimale) delle posizioni sindacali a livello aziendale, operata mediante la norma sullo scambio digitale di informazioni, con consultazione ed eventuale esame congiunto, in tempi più brevi di quelli normali, denota(va) una certa attenzione da parte del legislatore del marzo 2020 rispetto al coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori. Nella legge di conversione di aprile 2020 è stato eliminato il richiamo allo svolgimento del procedimento sindacale. Ciò determina un detrimento serio del nostro sistema di relazioni industriali applicato alla crisi temporanea di impresa. Sarebbe stato molto più opportuno – nella logica della necessaria semplificazione e di bilanciamento degli interessi contrapposti – creare nuove forme digitali di scambio ed esame congiunto, supportate adeguatamente da piattaforme messe a disposizione della pubblica amministrazione competente, anche al fine di evitare il possibile rischio di interventi «cammeo» del sindacato. Sarebbe stata, anzi, l'occasione per innovare, provare e ipotizzare nuove modalità di svolgimento del procedimento

¹³ L'Inps aveva sottolineato che «all'atto della presentazione della domanda di concessione dell'integrazione salariale ordinaria e dell'assegno ordinario, non deve essere data comunicazione all'Inps dell'esecuzione degli adempimenti di cui sopra, e l'Istituto potrà procedere alla adozione del provvedimento autorizzatorio, ove rispettati tutti gli altri requisiti» (circolare Inps 28 marzo 2020, n. 47). Detta incongruenza, forse, ha permesso all'Inps, nelle prime settimane di applicazione, precedenti alla legge di conversione, di mantenere una posizione neutrale rispetto all'adempimento del procedimento informativo, consultivo e di esame congiunto perché l'obbligo speciale non è stato considerato dalla legge un requisito necessario per accedere al trattamento di cui all'art. 19 d.l. n. 18/2020.

sindacale, con un valore certamente indicativo per il prossimo futuro, di cui nessuno sa pienamente la direzione¹⁴.

C'è, inoltre, una specie di collegamento tra de-burocratizzazione e alcune discipline protettive (sospensione delle misure di condizionalità, disapplicazione di alcuni limiti in materia di lavoro a tempo determinato, inibizione del potere di licenziamento, e imposizione delle ferie maturate pre-accesso alle integrazioni salariali). In particolare, nel periodo di efficacia della regolazione Covid-19, *ex art. 40, co. 1, d.l. n. 18/2020*, si può accedere alle misure di sostegno al reddito tradizionali e speciali limitando gli obblighi di ricerca attiva del lavoro all'ambito del comune di riferimento. Il che è giustificabile sulla base della limitata libertà di mobilità geografica imposta dalla situazione pandemica e dalla relativa regolazione. Nella legge di conversione n. 27/2020 (v. il co. 2, dell'art. 40), è stato opportunamente specificato che resta immutato l'obbligo di formazione (anche da remoto) attinente al sistema della condizionalità. Nel medesimo periodo di efficacia normativa, *ex art. 19-bis, d.l. n. 18/2020*, il datore di lavoro può assumere a tempo determinato senza conformarsi ad alcuni divieti (divieto di assunzione se è in corso una cassa integrazione e nei periodi cuscinetto in caso di rinnovo di un contratto a termine) e, in base all'art. 46 d.l. n. 18/2020, il datore di lavoro – che abbia avviato un procedimento di licenziamento collettivo – è tenuto fare istanza di accesso agli istituti speciali Covid-19 di sostegno al reddito. Ciò determina un doppio effetto: da una parte, si sospendono i procedimenti *ex artt. 4 e 24, l. n. 223/1991* e, dall'altra, si inibisce il relativo potere di licenziamento.

Ci si domanda, inoltre, se sia legittimo il potere del datore di lavoro di imporre unilateralmente ai lavoratori il godimento delle

¹⁴ Il d.l. cd. «Rilancio» probabilmente re-introdurrà il procedimento sindacale per la Cigo Covid-19.

ferie maturate prima di accedere alla Cigo o all'assegno ordinario, il quale spesso origina da prassi aziendali. In pochi casi, esso deriva dal contratto collettivo (si v., ad esempio, il Ccnl Terziario con riferimento specifico ad alcuni periodi dell'anno). Non si può escludere che, al di fuori della cornice collettivo-contrattuale, l'esercizio di tale potere esponga a un rischio di contenzioso in relazione ai principi costituzionali (art. 36 Cost.), ai principi internazionali (Convenzioni Oil) e alle discipline normative in materia di ferie. In questo periodo, il problema si complica ulteriormente: l'esercizio del potere datoriale, pur se legittimato da contratto collettivo, si scontrerebbe con la difficile, se non impossibile, operazione di assimilazione tra il fatto riferibile al ristoro psico-fisico, obiettivo normale delle ferie¹⁵, e il fatto collegabile agli effetti sulla persona umana che, invece, derivano da un periodo di permanenza imposta e di probabile isolamento nel proprio domicilio per ragioni di mitigazione del rischio pandemico.

3.B. Istituti speciali in relazione ai fondi di solidarietà bilaterali

Osserviamo il secondo elemento. È il punto più interessante da sottolineare per dimostrare la continuità tra istituti tradizionali e istituti speciali Covid-19 di sostegno al reddito. Il legislatore non ha introdotto un meccanismo di cassa in deroga generalizzato e sostitutivo del sistema di cui al d.lgs. n. 148/2015, anzi lo ha valorizzato, creando un collegamento stretto tra istituti tradizionali e istituti speciali. In questa logica, per i due fondi bilaterali alternativi, Fsba e Formatemp, è stata predisposta nell'art. 19, co. 6, d.l. n. 18/2020 una voce di bilancio *ad hoc*, distinta da quella generale per Cigo Covid-19 e assegno ordinario Covid-19 erogato mediante il Fis (fondo di integrazione salariale). Il che determina l'im-

¹⁵ Si v. Occhino 2010, Napoli 2004, e Carinci, Leccese 2004.

possibilità per i datori di lavoro vincolati a tali fondi bilaterali alternativi, al pari di quelli assoggettati al regime Cigo Covid-19 e assegno ordinario Covid-19, di far uso della cassa in deroga (Cigd) di cui all'art. 22. Ciò è ampiamente confermato dagli accordi-quadro regionali già negoziati (v. *infra* 3.C). Con altre parole, si potrebbe affermare che il legislatore ha stabilito una voce *ad hoc* di bilancio per gli istituti speciali *ex d.l. n. 18/2020*, nell'ambito delle discipline degli istituti tradizionali di sostegno al reddito *ex d.lgs. n. 148/2015*. Il che comporta una conseguenza diretta: i datori di lavoro, già assoggettati ai fondi di solidarietà alternativi, sono obbligati a rivolgersi a essi, nell'attuale modalità de-burocratizzata, e non alla Cigd¹⁶. Del resto, il vincolo al fondo di solidarietà alternativo dipende dall'inquadramento per i fini previdenziali (l. n. 88/1989), non dal contratto collettivo applicato. Ciò significa che l'adempimento contributivo a favore del fondo di solidarietà alternativo non è oggetto di un potere di opzione: il datore di lavoro (agenzia di somministrazione per Formatemp; artigiano per Fsba) è tenuto a adempiere la contribuzione perché la norma di legge così prevede¹⁷.

¹⁶ Nell'accordo-quadro della Regione Marche si chiarisce che «sono ammessi alla Cigd anche i datori di lavoro che pur avendo accesso agli ammortizzatori sociali ordinari, hanno raggiunto i limiti massimi previsti dal citato d.lgs. n. 148/2015 [...]. I datori di lavoro che sono obbligati ad aderire ai Fondi di Solidarietà Bilaterali di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 148/2015 possono accedere alla Cigd qualora abbiano esaurito i periodi massimi per le prestazioni di sostegno al reddito in caso di sospensione o riduzione dell'attività ovvero quando i fondi suddetti abbiano esaurito la disponibilità finanziaria».

¹⁷ C'è già un contenzioso in atto sul punto (v. Tar Lazio, del 19 aprile 2020, inedita). Il tutto nasce dalla circolare Inps 28 marzo 2020, n. 47, ove si chiarisce che «non rileva se l'azienda [artigiana] sia in regola con il versamento della contribuzione al Fondo». Il contenzioso muove da un ricorso di un datore di lavoro artigiano inadempiente, il quale, non potendo accedere alla Cigd, data l'indicazione degli accordi-quadro e della norma di legge, ha chiesto al Tar Lazio di accedere a Fsba, senza poter regolarizzare la relativa posizione contributiva. Il Tar

3.C. Cigd, Regioni e efficienza. Casi di studio (Lazio e Lombardia)

Sul terzo elemento possiamo analizzare due accordi quadro regionali, quello della Lombardia (del 20 marzo 2020) e quello del Lazio (del 24 marzo 2020), volti a regolare il regime della Cigd. Si tenga presente che sono stati negoziati tali accordi in tutte le Regioni¹⁸. Il quadro complessivo è caratterizzato da una certa eterogeneità dei procedimenti amministrativi, sindacali e digitali. Il che ha determinato un sistema a velocità diverse, con difficoltà operative molto serie in alcune Regioni, anche nel coordinamento con l'Inps. Ci si domanda se abbia avuto senso o meno introdurre il regime della Cigd in tempo di pandemia, data la differenziazione tra assetti regionali che viene in evidenza ancor più marcatamente in questo periodo¹⁹.

Lazio ha accolto parzialmente la richiesta, in un provvedimento di urgenza, dando la possibilità di iscriversi al sistema digitale Fsba per richiedere la prestazione a favore dei lavoratori, ma nel contempo non ha assolutamente autorizzato il datore di lavoro ricorrente a non pagare il dovuto. Si tenga in considerazione che Fsba, già dal 1° aprile 2020, consente ai datori di lavoro artigiani, non in regola con la contribuzione obbligatoria per legge, di presentare istanza per l'accesso alle prestazioni Covid-19. Il provvedimento del Tar non ha mutato, dunque, in alcun modo lo stato delle cose.

¹⁸ Il decreto interministeriale del 24 marzo 2020, ha stabilito, nell'art. 1, il piano di riparto regionale delle risorse per la Cigd, in proporzione al numero dei potenziali lavoratori operanti in ciascuna Regione, nell'art. 2, la regola per le imprese pluri-localizzate, disciplinando un procedimento unico gestito a livello nazionale dal Ministero del lavoro, e nell'art. 3, l'assimilazione delle istanze e dei procedimenti *ex d.l. n. 9/2020* a quelli *ex d.l. n. 18/2020* e il limite massimo di combinazione dei periodi di trattamento *ex d.l. n. 9/2020* con il trattamento *ex d.l. n. 18/2020* (tredici settimane).

¹⁹ I dati diffusi dalla stampa, aggiornati al 29 aprile 2020, dimostrano che alcune Regioni (Emilia Romagna e Lazio) hanno istruito e inviato all'Inps gran parte delle domande ricevute, mentre altre Regioni (tra cui la Lombardia) sono oggettivamente più lente.

L'accordo quadro della Regione Lazio del 24 marzo 2020 disciplina la Cigd a livello regionale. Esso è stato sottoscritto dalle organizzazioni sindacali e datoriali più rappresentative. La Regione Lazio ha dichiarato che, a fine aprile 2020, le risorse finanziarie impegnate ammontavano a circa 300 milioni di euro, con riferimento a 65 mila domande, di cui circa 30 mila inviate all'Inps. L'accordo quadro definisce correttamente l'ambito di applicazione. La criticità più rilevante riguarda il procedimento di comunicazione delle domande. Esse vengono inviate mediante PEC, con un protocollo cronologico gestito dagli uffici regionali. *Prior in tempore, potior in iure* sarà la regola applicata alle istanze. La criticità applicativa attiene alla gestione dell'istruttoria da svolgere sulle istanze: un sistema digitale evoluto avrebbe potuto permettere un'interazione più adeguata tra datore di lavoro, sindacati, Regione e Inps²⁰.

Nell'accordo quadro della Regione Lombardia si fa confluire il regime *ex d.l. n. 9/2018* nel nuovo *d.l. n. 18/2020*. Anche esso è stato sottoscritto dalle parti sociali comparativamente più rappresentative. La Regione Lombardia ha ricevuto circa 40 mila domande, di cui meno di un migliaio inviate all'Inps (dati di fine aprile 2020). Anche in questo caso la sinergia digitale tra enti e sistemi regionali avrebbe potuto velocizzare le istruttorie²¹. Si noti che nell'art. 6 dell'accordo quadro lombardo vengono disciplinate le quattro tipologie di intervento regionale di trattamento di cui al

²⁰ In relazione al regime intertemporale, si noti che nel sistema laziale è stato deciso che «le domande di Cigd inviate in data antecedente alla sottoscrizione del presente accordo, non verranno prese in considerazione dalla Regione Lazio» (accordo-quadro Regione Lazio – art. 6).

²¹ Si noti la differenza tra Lazio, Lombardia e Emilia Romagna, dove l'accordo quadro di marzo 2020 introduce un efficace sistema digitale, sufficientemente evoluto, che permette una velocizzazione delle istruttorie e, dunque, della consegna della domanda all'Inps. Il che evita i problemi di liquidità e il ricorso all'anticipazione da parte del sistema bancario.

d.l. n. 9/2018 e al d.l. n. 18/2020 (cioè, Cigs zona rossa, Cigd altri comuni della Lombardia, Cigd *ex* d.l. n. 18/2020, misure per i lavoratori autonomi), con i relativi procedimenti. Si segnala anche che l'art. 5, nel quale vengono indicati i contenuti essenziali del contratto collettivo aziendale che i datori di lavoro, con più di cinque dipendenti, sottoscrivono con le rappresentanze dei lavoratori, richiede, forse inutilmente, l'attestazione del pregiudizio economico derivante da Covid-19.

4. Osservazioni conclusive

La vera sfida che abbiamo davanti è quella di ricostruire. Il sostegno al reddito di cui al d.l. n. 18/2020 è finalizzato a gestire i problemi di breve periodo. I problemi più importanti, tuttavia, verranno nella fase post-emergenziale, quella di medio e lungo periodo. L'intervento europeo, in questa prospettiva, è fondamentale per gestire l'immediato e iniziare a programmare le soluzioni per cosa troveremo nella fase post-emergenziale nella manifattura, nella logistica, nel terziario, nell'agro-alimentare, etc. Nessuno oggi può prevedere cosa ci sarà dopo e come sarà il mercato del lavoro. La fase attuale determinerà, da una parte, la crisi di imprese già vulnerabili, perché deboli e fiaccate da altre precedenti situazioni e, dall'altra, con buona probabilità, la crisi di istituzioni che sono chiamate a regolare il mercato del lavoro, nella dinamica attiva e passiva, secondo modelli non più adeguati ai tempi.

Chi era già sul precipizio sarà spazzato via e il sistema imprenditoriale non sarà più lo stesso, con effetti significativi, di medio-lungo periodo, sul mercato del lavoro.

In questo scenario, l'Europa gioca un ruolo importante. Ci sono spazi normativi per l'attuazione di politiche sociali, tra cui la più urgente è quella dello Sure (schema europeo di sostegno finan-

ziario ai sistemi nazionali) e, in prospettiva, dell'Eubs (indennità europea di disoccupazione)²². C'è una certa consapevolezza sul fatto che i sistemi nazionali di sicurezza sociale non solo non possono gestire rischi generalizzati di disoccupazione come quelli studiati in questo saggio, ma forse non dovrebbero proprio farlo. Covid19 ci sta insegnando che i rischi di disoccupazione generalizzata debbono avere una struttura finanziaria che ha come base tutta l'Europa e una organizzazione attivabile al momento giusto dalle istituzioni europee, con trasmissione delle risorse economiche agli istituti nazionali di sostegno al reddito.

A ciò si dovranno aggiungere ulteriori politiche, tra cui quelle rivolte alla ricostruzione del tessuto imprenditoriale e quelle finalizzate alle spese sanitarie. Tali risorse dovranno essere utili per l'immediato e per il futuro. Saremo chiamati a spendere le risorse europee, sapendo quale sarà l'economia dei prossimi anni, quali sono le priorità, dove investire, in cosa investire, quali sono le infrastrutture fisiche e digitali più adatte al futuro che ci aspetta.

Questo può essere il modo più concreto per preferire il poco al tutto, il realizzabile a ciò che è utopico, il gradualismo delle trasformazioni a una trasformazione radicale²³.

Riferimenti bibliografici

Bozzao P. (2015), *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del «Jobs Act»: una visione d'insieme*, in *DLM*, n. 3, 519 ss.

Caffè F. (1990), *La solitudine del riformista*, Bollati Boringhieri, Torino.

Carinci F., Leccese V. (2004), *L'orario di lavoro: la normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano.

²² Faioli, Bologna 2017.

²³ Caffè 1990.

- Cassese S. (2020), *Il neodiritto del virus*, in *IlFoglio*, 5 maggio 2020.
- Clementi F. (2020), *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in <https://www.osservatorioaic.it/it/forum/emergenza-covid-19>.
- Draghi M. (2020), *Opinion Coronavirus*, in *Financial Times*, 25 marzo 2020.
- Faioli M. (2016), *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, in Zilio Grandi G. e Biasi M. (a cura di), *Commentario alla riforma del Jobs Act*, Cedam, Vicenza.
- Faioli M., Bologna S. (2017), *Sull'adeguatezza dell'indennità euro-unitaria di disoccupazione (EUBS)*, in *RDSS*, n. 1, 29 ss.
- Ferrante V. (2009), *Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele*, in *DRI*, n. 4, 918 ss.
- Levi Sandri L. R. (1955), *Istituzioni di legislazione sociale*, Giuffrè, Milano.
- Napoli M. (2004), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria (d.lg. 8 aprile 2003, n. 66)*, in *NLC*, n. 6, 1231 ss.
- Occhino A. (2010), *Il tempo di lavoro nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Occhino A. (2016), *Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità*, in *DLM*, n. 3, 499 ss.
- Piccininno S., Sandulli P. (1980), *Le riforme della sicurezza sociale nell'Europa occidentale*, in *DL*, n. 3-4, 199 ss.
- Renga S. (2017), *Cassa integrazione guadagni e testo unico: ossimori e vecchi merletti*, in *LD*, n. 2, 217 e ss.
- Tiraboschi M. (2010), *L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *DRI*, n. 2, 331 ss.

*Filippo Aiello, Bruno Laudi**
Covid-19: il *lockdown* dei diritti dei lavoratori
nelle crisi d'impresa

SOMMARIO: 1. Le ragioni del rinvio del Codice della crisi e dell'insolvenza e della legislazione emergenziale in tema di crisi d'impresa. – 2. Le conseguenze del rinvio e il rapporto di lavoro nel fallimento (art. 72 L.F. e blocco dei licenziamenti; accesso alla Naspi, dimissioni). – 3. Alcune opportune anticipazioni del Codice della crisi e dell'insolvenza. – 4. Misure emergenziali in tema di procedure concorsuali e conseguenze. – 5. Le conseguenze degli interventi emergenziali sulle procedure concorsuali, la tutela dei crediti dei lavoratori e l'accesso al fondo di garanzia. – 6. L'estensione della Cassa Integrazione in deroga ai lavoratori sospesi *ex* art. 72 L.F.

1. Le ragioni del rinvio del Codice della crisi e dell'insolvenza e della legislazione emergenziale in tema di crisi d'impresa

La maggior parte delle economie del mondo sono state travolte da una crisi da Covid-19 di tali dimensioni che alcuni autori hanno evocato lo spettro di un «cigno nero»¹. Il blocco temporaneo delle attività economiche, produttive e commerciali e la loro lenta ri-

* Avvocati del lavoro. Componenti della Consulta Giuridica della Cgil.

¹ Rordorf 2020, secondo cui «non so se sia del tutto esatto parlare a tal proposito di quello che gli economisti chiamano un «cigno nero» (un evento estremamente improbabile e del tutto inatteso, capace di provocare a largo raggio conseguenze di grande portata), ma mi pare che ci siamo assai vicini».

presa, secondo fasi ben scandite dalla politica sulla base delle indicazioni della comunità scientifica, sta producendo effetti molto seri per la nostra malandata economia².

Basti considerare che il rapporto Cerved «*The Impact of Coronavirus on Italian Non financial Corporates*» di marzo 2020 prevede, nel prossimo periodo, un tasso di fallimenti superiore al 10%³ e che il Centro Studi di Confindustria ha rilevato come, nel mese di marzo 2020, la produzione industriale sia calata del 16,6% rispetto al precedente mese di febbraio⁴. Sono sconfortanti anche le stime del Fondo Monetario Internazionale secondo cui il Pil dell'Italia crollerà, a fine anno, di oltre il 9% rispetto al 2019, conseguendo il peggior risultato da circa 80 anni. Secondo l'Istat, le imprese «non essenziali» rimaste aperte, giacché produttive di beni funzionali ai settori essenziali, hanno subito riduzioni di incassi fino all'80%. Infine una recente indagine della società di ricerca Prometeia evidenzia come «due terzi delle imprese potranno resistere in media per due mesi e mezzo»⁵.

Nel perseguire l'obiettivo di scongiurare il rischio di una progressiva «desertificazione» industriale⁶ le misure emergenziali adottate dal Governo sono evidentemente informate ad un criterio di salvataggio selettivo, che trascura gli imprenditori già in crisi selezionando le imprese da proteggere non in termini di meritevolezza bensì in termini di oggettiva capacità di ripresa⁷. Questa linea

² In tal senso Rordorf 2020.

³ È reperibile su sito <https://know.cerved.com>.

⁴ Cfr. Ambrosini 2020.

⁵ È reperibile sul sito <https://www.prometeia.it/> 31 marzo 2020.

⁶ Cfr. Ambrosini 2020.

⁷ Così Filippi 2020 secondo cui «agevolare il finanziamento in favore di chi non è in grado di superare la fase di illiquidità può determinare danni a catena e lo «spreco» dell'aiuto». Gli aiuti alle realtà economiche regolati dalle disposizioni contenute negli articoli 1 e 13 del d.l. n. 23/2020 consistono, in continuità

d'azione è comune a molti Paesi e, in particolare, a quelli appartenenti all'Unione Europea⁸ le cui discipline normative in tema di crisi d'impresa sono oggetto di interventi⁹ sulla considerazione che le attuali previsioni ordinarie non siano sufficienti ad affrontare la crisi da Covid-19¹⁰.

In Italia il d.lgs. 12.1.2019, n. 14 ha introdotto il Codice della crisi e dell'insolvenza (d'ora in poi anche Ccii) che sarebbe dovuto entrare in vigore il 14.8.2020, con l'eccezione delle disposizioni in tema di modifiche al codice civile (artt. 375–379 Ccii) e di garanzie in favore degli acquirenti di immobili che, a partire dal 16.3.2019, sono già vigenti pienamente.

Gli istituti di allerta¹¹, di cui all'art. 14, c. 2, e all'art. 15 del Ccii, hanno immediatamente subito un intervento già nella prima fase dell'emergenza Covid-19, con la posticipazione della loro entrata in vigore al 15 febbraio 2021 per mezzo dell'art. 11 del d.l. n. 19 del 2020.

Con il d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020 sono state introdotte delle misure volte a garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Covid-19 e, in questo contesto, l'art. 5 del decreto legge è intervenuto sul secondo comma della art. 369 del Ccii, posticipando

con le previsioni dell'art. 56 del d.l. n. 18/2020, nella concessione di garanzia su finanziamenti erogati da istituti di credito ed enti abilitati. Tuttavia vi sono delle limitazioni per le imprese in sofferenza o in difficoltà. Cfr. Benassi 2020.

⁸ Più ampiamente Corno, Panzani 2020b.

⁹ *Ibidem*. Cfr. tabella comparativa delle misure degli Stati UE fino al 16 aprile 2020, https://e-justice.europa.eu/content_impact_of_the_covid19_virus_on_the_justice_field-37147-en.do.

¹⁰ Corno, Panzani (2020b) richiamano un recente *statement* dell'*executive committee* di Ceril - *Conference on European Restructuring and Insolvency Law*, che rileva come gli strumenti tradizionali non siano idonei a far fronte alla crisi finanziaria ed economica scatenata dall'epidemia Covid-19.

¹¹ Sono istituti finalizzati alla rapida emersione della crisi attraverso l'introduzione dell'obbligo di segnalare all'Ocri gli indizi della crisi a carico degli organi di controllo societari e di alcuni creditori qualificati.

la data dell'entrata in vigore dell'intero Codice al 1° settembre 2021 anche, quindi, la parte già rimandata relativa all'allerta. Il citato d.l. 23 dell'8 aprile 2020 prevede anche altri due interventi in materia con gli artt. 9¹² e 10¹³, che saranno oggetto di esame più avanti.

Nella relazione illustrativa alla legge di conversione del d.l. n. 23 del 2020 sono state dichiarate tre ragioni alla base del rinvio. La prima riguarda l'istituto dell'allerta che, essendo finalizzato all'emersione anticipata della crisi delle imprese in un quadro economico stabile, laddove applicato in una situazione di gravissima crisi, non potrebbe svolgere alcun concreto ruolo selettivo finendo, di fatto, per mancare l'obiettivo. La seconda riguarda la «filosofia di fondo del codice»¹⁴ che vede il fallimento come *extrema ratio* e che mira, per quanto più possibile, al recupero delle imprese, onde applicarlo nell'attuale situazione economica lo porterebbe a «manicare incolpevolmente il proprio traguardo»¹⁵. La terza concerne la necessità di non introdurre, con il Ccii, ulteriore instabilità normativa, tenendo conto che è anche necessario allineare il Codice alla recente Direttiva 2019/1023/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, che modifica la Direttiva 2017/1132/UE. In sostanza si è provveduto a evitare l'entrata in vigore di norme del tutto nuove in presenza di una delle più difficili crisi economiche¹⁶. Anche se è stato, di contro, rilevato che l'attuale legge fallimentare fu emanata nel 1942 ed entrò in vigore in pieno periodo bellico¹⁷ senza timore delle innovazioni.

¹² In materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione su cui vedi *infra*.

¹³ In materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza su cui vedi *infra*.

¹⁴ Relazione illustrativa alla legge di conversione del d.l. n. 23 del 2020.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Cfr. Farolfi 2020.

¹⁷ Così Rordorf 2020.

2. Le conseguenze del rinvio e il rapporto di lavoro nel fallimento (art. 72 L.F. e blocco dei licenziamenti; accesso alla Naspi, dimissioni)

Nell'attuale sistema normativo, la giurisprudenza riconduce la sorte dei rapporti di lavoro alla generale previsione di cui all'art. 72 L.F.¹⁸ che contiene una regola da applicare ai rapporti giuridici in corso di esecuzione al momento del fallimento. In tal modo, qualora non vi sia un esercizio provvisorio, la scelta fra il subingresso della procedura nel rapporto di lavoro o il suo scioglimento viene rimessa al curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori¹⁹.

Per effetto dell'art. 72 cit. i rapporti di lavoro, con l'avvento del fallimento, entrano in uno stato di quiescenza quale conseguenza della sospensione del rapporto di lavoro cui consegue, da un lato, l'esonero dalla prestazione lavorativa e, dall'altro lato, l'esenzione dal pagamento della retribuzione e dei connessi obblighi contributivi²⁰.

In sostanza, in questo momento emergenziale, un lavoratore che si trovi alle dipendenze di un'impresa fallita per la quale non sia stato disposto l'esercizio provvisorio, è collocato in una sorta di limbo dal quale, laddove non vi siano possibilità di ripresa dell'attività, tendenzialmente preferirebbe uscire risolvendo un – ormai vacuo – rapporto, per affidarsi agli ammortizzatori sociali (Naspi) al fine di garantire un sostegno economico per sé e la propria famiglia.

Com'è noto, in questo momento, con un'opportuna previsione contenuta nell'art. 46 del d.l. n. 18 del 2020, è stato disposto il blocco dei licenziamenti economici che, tuttavia, ha un effetto imprevisto sui rapporti di lavoro sospesi *ex art. 72 cit.*²¹. Invero, la cu-

¹⁸ In tal senso Tullini 2019, 589 ss.

¹⁹ Cfr. l'art. 189, c. 1, del Ccii.

²⁰ V. Cass. 14.5.2012 n. 7473 e Cass. 23.9.2011, n. 19405, entrambe in *Banca dati Pluris*.

²¹ Così Corrado 2020.

ratela non potrà risolvere i rapporti di lavoro per effetto della citata disposizione ed il lavoratore si troverà costretto a permanere nello stato di sospensione²². Nemmeno sarà possibile utilizzare, da parte del lavoratore, lo strumento previsto dall'art. 72, c. 2, L.F. ove si prevede che questi possa mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto. Infatti, l'atto risolutivo non permetterebbe al lavoratore la fruizione della Naspi giacché la locuzione «*si intende sciolto*» riconduce ad un'ipotesi legale di risoluzione del rapporto di lavoro che collocherebbe il dipendente fuori dalle ipotesi previste dal d.lgs. n. 22/2015²³.

D'altro canto, neanche le dimissioni gioverebbero al dipendente, il quale non potrebbe accedere alla Naspi²⁴ e si troverebbe anche a dover dare il preavviso.

3. Alcune opportune anticipazioni del Ccii

Dalla lettura della relazione illustrativa della legge di conversione del d.l. n. 23 del 2020, con riferimento all'art. 10, si intuisce che, in materia di insolvenza d'impresa, ulteriori disposizioni saranno probabilmente emanate²⁵. Fra queste si deve sollecitare l'immediata entrata in vigore di alcune previsioni del Ccii che ap-

²² Si consideri che non vi è, attualmente, una previsione come quella contenuta nell'art. 189 Ccii secondo cui il periodo di sospensione può durare per un massimo di quattro mesi prorogabile fino a un massimo di ulteriori otto mesi.

²³ Vedi *infra* par. 6

²⁴ Le dimissioni non potrebbero essere qualificate per giusta causa in quanto, se è vero che il lavoratore non percepisce la retribuzione da alcuni mesi, è altrettanto vero che tale situazione è effetto di una disposizione di legge non di un inadempimento del datore di lavoro.

²⁵ Cfr. Farolfi 2020.

paiono quantomai opportune per risolvere alcune aporie descritte nel paragrafo precedente²⁶.

Il Ccii contiene interessanti novità per le dimissioni rassegnate dal dipendente laddove, all'art. 189, c. 5, prevede che, trascorsi quattro mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale, le dimissioni del lavoratore si intendono rassegnate per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. con effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale²⁷. In questo caso, le dimissioni darebbero titolo ad accedere ai benefici della Naspi perché qualificate espressamente per giusta causa. Ma tale effetto deriva soprattutto dall'art. 190 del Ccii secondo cui la cessazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'articolo 189, costituisce perdita involontaria dell'occupazione ai fini di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22 con la conseguenza che al lavoratore è riconosciuto il trattamento Naspi.

Ebbene, una previsione, come quella descritta, che consente ai lavoratori sospesi *ex art.* 72 cit. di dimettersi e di ottenere la protezione della Naspi²⁸, anticiperebbe la regola generale, contenuta nel Ccii, garantendo ai lavoratori intrappolati in una sospensione dalla quale non riescono a uscire il sussidio di disoccupazione.

Sul tema, la Cgil si è fatta promotrice di un emendamento alla legge di conversione del decreto liquidità che introduca una norma che preveda quanto segue: «Nei contratti di lavoro la cui esecuzione è sospesa ai sensi dell'art. 72 del regio decreto 16 marzo 1942,

²⁶ Sulla necessità che alcune norme del Ccii entrino subito in vigore si veda Santangeli, Fabbi 2020.

²⁷ Il dipendente che si dimetta prima dei quattro mesi non beneficerà dell'ipotesi tipica di giusta causa prefigurata dalla norma e non maturerà il diritto alla Naspi.

²⁸ Con l'aggiustamento che eviti la limitazione dei quattro mesi iniziali; cfr. Corrado 2020.

n. 267, le eventuali dimissioni del lavoratore si intendono rassegnate per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del codice civile con diritto del lavoratore con rapporto a tempo indeterminato all'indennità di mancato preavviso. In questo caso, la cessazione del rapporto di lavoro costituisce perdita involontaria dell'occupazione ai fini di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22 e al lavoratore è riconosciuto il trattamento Naspi a condizione che ricorrano i requisiti di cui al predetto articolo, nel rispetto delle altre disposizioni di cui al decreto legislativo n. 22 del 2015».

Un secondo tema in ordine al quale appare opportuna una anticipazione di una previsione del Ccii riguarda la materia dei trasferimenti d'azienda.

L'art. 368, c. 4, lettera d), del Ccii introduce il c. 5-*bis* nell'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 che interviene sul vincolo di solidarietà previsto dall'art. 2112, c. 2, c.c. disponendo che nelle ipotesi previste dal c. 5 dell'art. 47 cit.²⁹ il trattamento di fine rapporto è immediatamente esigibile nei confronti del cedente dell'azienda. In più essa prevede che il Fondo di garanzia intervenga anche a favore dei lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze dell'acquirente precisando che, in questi casi, «la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto di lavoro», anche ai fini dell'individuazione dei crediti di lavoro diversi dal trattamento di fine rapporto, da corrispondere ai sensi dell'articolo 2, c. 1, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80³⁰.

²⁹ Si tratta delle ipotesi c.d. liquidatore. La direttiva 2001/23/UE distingue le procedure di natura liquidatoria (ovvero adottata «in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso») da quelle non liquidatorie, in riferimento alla continuazione o meno dell'attività produttiva come precisato dalla Corte Giustizia nelle sentenze 25 luglio 1991 – C-362/89 (D'Urso), 7 dicembre 1995 – C-472/93 (Spano), 7.2.1985, n. 135/831 (Abels) e con la sentenza 11 giugno 2009 C-561/07.

³⁰ In tal senso Novella 2020, 653.

Ebbene appare oltremodo appropriato applicare sin da subito tale previsione al fine di garantire i crediti per il trattamento di fine rapporto e ultime tre mensilità maturato dai dipendenti di un'impresa assoggettata a procedura concorsuale, la cui azienda sia oggetto di trasferimento ad altra impresa. Anticipando l'entrata in vigore di questa previsione del Ccii si otterrebbe il beneficio di consentire ai lavoratori di percepire il proprio trattamento di fine rapporto maturato, sino alla cessione d'azienda, dall'impresa cedente e, laddove soggetta a procedura concorsuale, dal Fondo di Garanzia unitamente alle ultime tre mensilità qualora non percepite.

Si tratterebbe di un mero anticipo di quanto ancora a credito dei lavoratori coinvolti mediante l'applicazione di una norma che avrà applicazione generale a partire dal 1° settembre 2021.

Anche su questo tema la Cgil si è fatta promotrice di un emendamento alla legge di conversione del decreto liquidità al fine di introdurre un norma che preveda quanto segue: «L'articolo 47, c. 5-*bis*, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, introdotto dall'art. 368, c. 4, lettera d), del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in deroga alla previsione di cui all'articolo 389 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione della presente legge nella Gazzetta Ufficiale». In questo caso si tratterebbe di una mera anticipazione della vigenza di una norma già presente nel nostro ordinamento giuridico.

4. Misure emergenziali in tema di procedure concorsuali e conseguenze

Con delibera del 20 marzo 2020 del Ceril - *Conference of European Restructuring and Insolvency Law*³¹, gli stati dell'Unione Eu-

³¹ Consultabili in <https://congressus-ceril.s3-eu-west-1.amazonaws.com>.

ropea sono stati invitati a procedere all'immediata adozione di provvedimenti volti a: 1) sospendere obblighi e termini di presentazione delle domande di accesso ad una procedura concorsuale; 2) far fronte alla crisi di liquidità non solo con interventi diretti, ma anche con una moratoria generalizzata delle azioni esecutive contro le imprese insolventi.

Sulla base di dette indicazioni gli interventi adottati dai vari paesi sono stati così modulati e strutturati: a) sospensione dell'obbligo dell'imprenditore di presentare una domanda di apertura di una procedura di ristrutturazione e/o insolvenza³², b) sospensione della possibilità per i creditori di proporre istanza di fallimento nei confronti dell'imprenditore insolvente da parte dei creditori, c) sospensione del dovere di ricapitalizzare o di liquidare, d) diritto di chiedere la sospensione dell'*automatic stay*³³, e) sospensione della responsabilità degli amministratori per *wrongful trading*³⁴.

Queste sono, in sintesi, le tipologie di interventi assunti nei vari Paesi.

Il Governo Italiano con uno dei suoi primi provvedimenti, più precisamente con il d.l. n. 18/2020 è intervenuto in tema di obbligo di riduzione del capitale e di scioglimento della società e qualche settimana dopo ha completato il proprio intervento in tema di crisi di impresa, conseguente all'emergenza sanitaria, con alcune

³² Cfr. Corno, Panzani 2020b, secondo cui: «In Germania la normativa di emergenza per fronteggiare la crisi da C-19[8] sospende l'obbligo di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza fino al 30 settembre 2020. Tale data può essere prorogata con decreto esecutivo fino al 31 marzo 2021».

³³ Corno, Panzani 2020b precisano che si tratta della «sospensione del divieto di procedere esecutivamente sui beni dei creditori quando il credito per il quale si agisce non abbia altrimenti adeguata protezione».

³⁴ Corno, Panzani 2020b spiegano così: «per aver proseguito l'attività d'impresa con pregiudizio dei creditori non adottando le misure necessarie a massimizzare il valore dell'impresa nell'interesse del creditore».

norme inserite nel d.l. 8.4.2020 n. 23, in linea con la delibera del Ceril di cui sopra³⁵.

Per la valutazione delle conseguenze per i diritti dei lavoratori è opportuno esaminare gli artt. 9³⁶ e 10³⁷ del d.l. 8.4.2020 n. 23, ossia quelle norme che sono intervenute sulle procedure concorsuali in corso, con esplicita esclusione dell'Amministrazione Straordinaria che non subisce alcun arresto o rinvio.

In particolare con il d.l. del 8.4.2020 n. 23 è stata stabilita: a) l'improcedibilità delle istanze di fallimento e dello stato di insolvenza, nel periodo dal 9.3.2020 al 30.6.2020³⁸, con esclusione delle istanze presentate dal P.M.; b) la proroga *ex lege* di 6 mesi dei termini di adempimento dei concordati già omologati e degli accordi di ristrutturazione del debito la cui scadenza sia prevista nel periodo che va dal 23.2.2020 al 31.12.2020³⁹; c) per i concordati e gli accordi di ristrutturazione del debito (pendenti al 23.2.2020) ancora non omologati, la possibilità di ottenere, ad istanza di parte, una proroga di ulteriori 90 giorni del termine per il deposito di un nuovo piano o di una proposta ai sensi dell'art. 161 L.F. o di un nuovo accordo di ristrutturazione, ai sensi dell'art. 182 *bis* L.F.⁴⁰.

³⁵ Cfr. art. 6 («Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale»).

³⁶ Cfr. art. 9 («Disposizioni in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione»).

³⁷ Cfr. art. 10 («Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza»).

³⁸ Così Limitone 2020: «l'intervento del governo diventa essenziale per tenere il numero dei fallimenti al di sotto della soglia di guardia, oltre la quale essi infettano il sistema, superando il punto di non ritorno».

³⁹ In tal senso Ambrosini 2020, secondo cui «Le disposizioni in tema di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti sono contenute all'art. 9, la cui «filosofia», senz'altro condivisibile, è quella di scongiurare che le procedure caratterizzate, prima dello scoppio della pandemia, da concrete prospettive di successo risultino condannate al fallimento a causa del quadro di riferimento drasticamente mutato».

⁴⁰ Secondo Ambrosini (2020) «il presupposto della norma è che l'emergenza

Per completare il quadro degli interventi emergenziali e poter procedere a una analitica valutazione delle ricadute della crisi di impresa ai tempi del Covid 19 sui diritti dei lavoratori, occorre anche ricordare che il c.d. decreto Cura Italia (d.l. 17.3.2020 n. 18) ha stabilito la sospensione temporanea dell'attività giudiziale di una gran parte dei procedimenti e dei processi.

Dunque anche le procedure concorsuali in corso prima del 9.3.2020 hanno subito un temporaneo arresto. In particolare gli effetti sono diversi a seconda dello stato in cui si trovava il procedimento alla data di entrata in vigore del d.l. Cura Italia, che ha disposto⁴¹: a) il rinvio delle udienze prefallimentari e di accertamento dello stato passivo fissate fra il 9 marzo e l'11 maggio 2020; b) che le udienze fissate dopo il 30 giugno potranno tenersi in forma ordinaria; c) che quelle dichiarate urgenti o rinviate a data ricompresa fra il 12 maggio ed il 30 giugno (o già previste originariamente entro tale lasso temporale) potranno invece celebrarsi secondo le indicazioni organizzative dell'ufficio⁴².

Questi complessi e articolati interventi determinano, come già detto, un sostanziale rinvio delle procedure concorsuali, senza prevedere alcuna procedura alternativa⁴³; tutto ciò si traduce sostanzialmente in un vero e proprio *lockdown* dei diritti primari dei lavoratori ed in particolare del loro diritto di poter ricorrere al Fondo di Garanzia presso l'Inps per la tutela dei loro crediti⁴⁴ o di

epidemiologica abbia reso non più attuali le previsioni contenute nei piani posti alla base delle domande di concordato e di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, con conseguente, sopravvenuta, non fattibilità economica del tentativo di superamento della crisi alle condizioni prospettate in precedenza».

⁴¹ Farolfi 2020.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Limitone (2020) indica come possibile alternativa al blocco delle procedure la proposta di Galletti (2020) ossia «introdurre temporaneamente una nuova procedura concorsuale, semplificata (...)» simile all'amministrazione controllata.

⁴⁴ Cfr. art. 2, l. 29 maggio 1982, n. 297 e artt. 1 e 2, d.lgs. 27 gennaio 1992, n.

poter usufruire degli ammortizzatori sociali, se ancora dipendenti di una società dichiarata fallita prima del 9.3.2020 i cui rapporti di lavoro sono sospesi senza reddito per effetto dell'art. 72 L.F.

5. Le conseguenze degli interventi emergenziali sulle procedure concorsuali, la tutela dei crediti dei lavoratori e l'accesso al fondo di garanzia

Come è noto, i presupposti per accedere al fondo di garanzia istituito presso l'Inps nell'ipotesi di mancata corresponsione delle ultime tre mensilità e del TFR sono: a) la dichiarazione di fallimento o, in caso di concordato preventivo, il decreto di omologazione; b) l'ammissione del credito allo stato passivo e la sua dichiarazione di esecutività, nonché la mancata opposizione da parte del lavoratore.

Inoltre, per quello che riguarda la garanzia a copertura delle ultime tre mensilità occorre che l'atto di avvio della procedura concorsuale si collochi nell'arco temporale dei dodici mesi successivi la cessazione del rapporto.

È del tutto evidente che gli interventi attuati sulle procedure concorsuali determinano decisive conseguenze per l'accesso al fondo di garanzia dell'Inps per i lavoratori che vantano un credito nei confronti delle imprese insolventi.⁴⁵

Gli «effetti collaterali» dei provvedimenti emergenziali infatti

80 sul Fondo di garanzia per il Trattamento di Fine Rapporto e per le retribuzioni maturate negli ultimi tre mesi del rapporto.

⁴⁵ Inoltre, in conseguenza della improcedibilità prevista dall'art. 10 del d.l. n. 23/2020, vi è inoltre il rischio che al lavoratore possa venire negata la prestazione del fondo di garanzia per il deposito del ricorso oltre l'anno dalla cessazione del rapporto.

determinano l'impedimento per i lavoratori di ottenere i presupposti per l'accesso al fondo di garanzia.

Ad esempio, un lavoratore, che abbia cessato il rapporto prima dell'entrata in vigore dei provvedimenti emergenziali e che vanti un credito (comprensivo delle ultime mensilità e del TFR) nei confronti della società *ex* datrice di lavoro insolvente, dovrà attendere la data del 30.6.2020 prima di poter depositare l'istanza di fallimento per avviare tutto il percorso di «avvicinamento» al fondo di garanzia, ma, data la congestione che sicuramente si avrà per la crisi finanziaria e di mercato dovuto all'emergenza Covid-19, difficilmente riuscirà ad ottenere l'eventuale dichiarazione di fallimento prima del prossimo autunno e l'udienza di accertamento dello stato passivo rischia di venire fissata i primi mesi del prossimo anno.

Analogo stallo potranno subire i lavoratori creditori di un'impresa che ha richiesto di accedere alla procedura di concordato preventivo e che nel frattempo hanno cessato il rapporto.

Pertanto, le conseguenze di detto meccanismo determinano delle ingiuste conseguenze per quei lavoratori che vantano un credito nei confronti di imprese il cui stato di insolvenza o di crisi preesisteva o è stato aggravato dall'attuale situazione e che quindi saranno inesorabilmente destinate al fallimento.

Dunque, il fatto che con questi interventi il legislatore non abbia tenuto conto delle conseguenze per i crediti dei lavoratori ha automaticamente determinato la violazione del principio cardine che ha ispirato le direttive comunitarie da cui è poi derivata la nostra normativa interna. Ossia, allo stato attuale si sta attuando una violazione della finalità della direttiva comunitaria 80/897, così come integrata dalla direttiva 2002/74/CE (a cui ha dato attuazione interna il d.lgs.186/2005) che è quella di assicurare ai lavoratori subordinati il pagamento di parte dei crediti retributivi maturati e

non corrisposti⁴⁶, al fine di far fronte in tempi ragionevoli alla situazione di sofferenza reddituale determinata dall'*ex* datore di lavoro.

Allo scopo di assicurare il mantenimento e il perseguimento delle finalità indicate dalle direttive comunitarie citate, la Cgil ha proposto alcuni emendamenti all'art.10 del d.lgs. n. 23 del 8.4.2020, tra i quali una norma che ha la funzione di consentire al lavoratore, che vanta un credito, di potere attivare il fondo di garanzia in ragione della improcedibilità dell'istanza di fallimento.

In particolare è stato proposto l'inserimento di una disposizione che preveda: «in presenza dei presupposti di cui all'art. 1 c. 2 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80 e dall'art. 2 c. 5 della legge 29 maggio 1982, n. 297, il Fondo di garanzia interviene in favore dei lavoratori che vantano crediti retributivi inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro e crediti per trattamento di fine rapporto accertati con sentenza, con decreto ingiuntivo o con il decreto di esecutività di cui all'art. 411, c. 3, c.p.c. del verbale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., anche nel caso di improcedibilità dei ricorsi di cui all'articolo 10, c. 1, o nell'ipotesi di presentazione da parte del debitore dell'istanza prevista dall'art. 9 c. 2».

Si tratta, di fatto, di un'anticipazione che comunque l'Inps dovrà erogare e pertanto non costituisce un incremento di costi di bilancio; occorre anche considerare che l'Istituto, come previsto dalla specifica normativa, potrà surrogarsi al lavoratore e recupe-

⁴⁶ In tal senso cfr. Pallini 2003, secondo cui «Non è (...) per semplice omaggio agli obiettivi di protezione sociale inseriti nell'ordinamento comunitario col Trattato di Amsterdam che la nuova direttiva modifichi innanzitutto lo stesso titolo della direttiva 80/987 nel senso che la finalità perseguita dalla disciplina comunitaria non è più il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri (come appunto recitava il titolo nel suo testo originario) bensì una disciplina comune relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, basata sull'art. 137 TCE rivolto – seppur con prescrizioni minimali – alla tutela e protezione delle «condizioni di lavoro» nell'ambito della Comunità europea».

rare quanto anticipato successivamente all'apertura della procedura concorsuale, ovviamente se capiente. L'effetto è quello, sostanzialmente, di estendere temporaneamente a detti lavoratori la normativa che disciplina il Fondo di Garanzia a copertura dei crediti vantati da dipendenti di imprese non assoggettabili al fallimento e che siano in possesso di un titolo esecutivo passato in giudicato, il cui tentativo di esecuzione è risultato infruttuoso.

Ad ogni buon conto, all'improcedibilità dell'istanza per la dichiarazione di fallimento consegue, se pur temporaneamente, una non assoggettabilità dell'impresa al fallimento, condizione che anche secondo quanto affermato in un recentissima sentenza della Corte di Cassazione del 28.4.2020 n. 858⁴⁷, è una questione pregiudiziale che non necessita di essere accertata con effetto di giudicato e, dunque, è una condizione che potrebbe anche mutare nel corso del tempo, l'importante è che sussista al momento della proposizione della domanda al fondo di garanzia dell'Inps.

6. L'estensione della Cassa Integrazione in deroga ai lavoratori sospesi ex art. 72 L.F.

La problematica degli effetti della sospensione dei rapporti di lavoro *ex art. 72 L.F.* è già stata ampiamente affrontata nel para-

⁴⁷ Cfr. Cass. del 28.4.2020 n. 858 secondo cui «la verifica della non assoggettabilità del datore di lavoro alle procedure concorsuali costituisce una tipica questione pregiudiziale in senso logico, che nessuna norma di legge impone che debba essere definita con efficacia di giudicato; di più, è una questione che nessuna delle parti del processo potrebbe validamente chiedere che sia decisa con efficacia di giudicato, dal momento che, svolgendosi la controversia previdenziale tra il lavoratore assicurato e l'ente previdenziale chiamato al pagamento ed essendo il datore di lavoro terzo estraneo a tale vicenda, l'accertamento che in essa dovesse essere compiuto circa la sua non assoggettabilità a fallimento non potrebbe mai far stato nei suoi confronti, in considerazione dei limiti soggettivi del giudicato stesso».

grafo 3, proponendo, peraltro, come soluzione l'anticipazione di alcuni articoli del codice della crisi.

Occorre aggiungere che detta problematica trova un'ulteriore soluzione nell'iniziativa della Cgil, che prevede un'integrazione dell'art. 22 del d.l. n. 18/2020⁴⁸, ossia l'estensione della cassa integrazione in deroga Covid-19 anche alle procedure concorsuali, allo scopo di far fronte alla situazione emergenziale.

Le ragioni di detta proposta si fondano sul fatto che la sospensione di gran parte delle attività produttive e la crisi di mercato determinano l'impossibilità per il curatore di valutare la presenza di concrete prospettive di cessione dell'impresa fallita. Ciò in quanto, in questo momento, gran parte delle attività imprenditoriali sono sospese e le attenzioni del ceto imprenditoriale rivolte altrove. È davvero difficile che possa essere formulata una proposta di acquisto anche in considerazione del fatto che tutto il sistema bancario è ora pressato da altre criticità e difficilmente può finanziare un imprenditore per l'acquisto di un'azienda.

In altre parole, data la situazione emergenziale e di grave crisi economica, il curatore non è nelle condizioni di poter procedere alla predisposizione del piano di liquidazione ed in particolare di poter valutare *ex art. 104 ter* L.F. se «disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'articolo 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104-*bis*».

Se a ciò si aggiunge che la sospensione dei licenziamenti, *ex art. 46* del d.l. n. 18/2020, trova applicazione anche alle procedure concorsuali, è necessario che venga estesa una misura di sostenta-

⁴⁸ All'art. 22, c. 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, dopo le parole «del settore privato,» sono inserite le parole: «anche se sottoposti a procedure concorsuali» nonché, dopo le parole «in costanza di rapporto di lavoro» sono inserite le parole «anche se sospeso».

mento del reddito anche ai lavoratori il cui rapporto è sospeso *ex art. 72 L.F.*

La proposta della Cgil va in questa direzione e ha trovato nella Circolare del Ministero del Lavoro 8 marzo 2020 n. 38 un suo recepimento interpretativo. In questa circolare è affermato che «in considerazione della eccezionale sospensione delle attività industriali e commerciali disposta allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del contagio, l'integrazione salariale in deroga di cui all'articolo 22 [ndr.: del d.l. n. 18/2020] può essere riconosciuta anche in favore di lavoratori che siano tuttora alle dipendenze di imprese fallite, benché sospesi». Almeno in via interpretativa, pur in assenza di un'auspicata previsione espressa, il Ministero conferma l'estensione della CIGD anche alle procedure concorsuali.

Riferimenti bibliografici

- Ambrosini S. (2020), *La «falsa partenza» del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in *www.ilcaso.it*, 21 aprile 2020.
- Benassi F. (2020), *Brevi spunti per un'agile procedura di «sostegno» alle imprese in crisi da Coronavirus*, in *www.ilcaso.it*, 20 aprile 2020.
- Corno G., Panzani L. (2020b), *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, in *www.ilcaso.it*, 27 aprile 2020.
- Corrado A. (2020), *Sospensione dei licenziamenti per emergenza Covid-19 vs. sospensione nella liquidazione giudiziale: a chi serve irrigidire le regole del gioco?*, in *Il Fallimentarista*, 24 aprile 2020.
- Farolfi A. (2020), *Procedure concorsuali e covid-19: prime riflessioni alla luce del d.l. liquidità*, in *www.ilcaso.it*, 28 aprile 2020.
- Ferro M. (2020), *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del DL 23/2020*, in *Il Quotidiano giuridico*, 14 aprile 2020.

- Filippi P. (2020), *Il decreto legge 8 aprile 2020 n. 23. Come ci si salva dalla crisi economica da pandemia: il rinvio del codice della crisi e altri rimedi*, in www.giustiziainsieme.it, 15 aprile 2020.
- Galletti D. (2020), *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in ilfallimentarista.it, 14 aprile 2020.
- Limitone G. (2020), *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'occ-covid-19*, in www.ilcaso.it, 18 aprile 2020.
- Novella M. (2019), *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, in *RGL*, 4, 638 ss.
- Pallini M. (2003), *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, la direttiva 2002/74/CE*, in *RDSS*, 695 ss.
- Rordorf R. (2020), *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, 8 aprile 2020.
- Santangeli F., Fabbi A. (2020), *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, della entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente*, in www.ilcaso.it, 16 aprile 2020.
- Tullini P. (2019), *Tutela dei lavoratori e garanzia dell'occupazione nella liquidazione giudiziale dell'impresa*, in *RGL*, 4, 589 ss.

*Umberto Gargiulo, Vincenzo Luciani**
Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti:
commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020
(conv. in l. n. 27/2020)**

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'intervento. – 2. L'ambito di applicazione oggettivo: a) le procedure sospese. – 3. (*Segue*) b) I provvedimenti vietati. – 4. L'ambito di applicazione soggettivo: datori di lavoro e lavoratori beneficiari. – 5. I licenziamenti soggettivi. – 6. Il regime d'invalidità e il rischio di licenziamenti disciplinari «simulati».

1. Le ragioni dell'intervento

Con l'art. 46, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27) e modificato dal d.l. cd. «Rilancio», il Governo vieta per cinque mesi dall'entrata in vigore (17 marzo 2020) l'avvio delle procedure previste dalla l. 23 luglio 1991, n. 223 e l'adozione di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, ai sensi dell'art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604 (quindi fino al 17 agosto 2020).

La norma dispone il temporaneo «blocco» dei licenziamenti economici con un provvedimento assolutamente straordinario, il cui precedente risale al d.lgs.lgt. 21 agosto 1945, n. 523, emanato al termine del secondo conflitto bellico mondiale.

* Umberto Gargiulo è professore ordinario di Diritto del lavoro - Università *Magna Graecia* di Catanzaro; Vincenzo Luciani è professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Salerno.

** Umberto Gargiulo è autore dei paragrafi 1 e 5, Vincenzo Luciani è autore dei paragrafi 2, 3 e 4. Il paragrafo 6 è frutto di elaborazione comune.

Le ragioni dell'intervento sono evidenti e certamente condivisibili. In presenza di un brusco arresto della maggior parte delle attività produttive e professionali, con lo spettro di una crisi economica che ha già portato, in meno di due mesi, a una contrazione di diversi punti del PIL nazionale, l'Esecutivo prova ad impedire che il fondato timore circa le conseguenze economiche della pandemia venga immediatamente scaricato sulla manodopera, innescando un circolo vizioso potenzialmente inarrestabile.

Il divieto, che impedisce in radice l'esercizio del recesso per ragioni diverse da quelle disciplinari (v., però, le eccezioni indicate *infra*, par. 5), è anche funzionale a consentire l'attivazione delle misure destinate a ridurre l'impatto economico della crisi per un tempo (auspicabilmente) adeguato ad uscire quanto meno dalla fase più critica dell'emergenza sanitaria e arginare, nell'immediato, una situazione altrimenti destinata rapidamente a sfuggire a ogni controllo anche sul piano sociale.

Se dunque in relazione alle finalità, coordinata con i necessari interventi finanziari, la disposizione non presta il fianco a critiche, mostra invece la corda quanto all'ambito oggettivo e, soprattutto, soggettivo di riferimento, per ciò che, per forza di cose, non contiene; un vuoto di tutela che non ha origini recenti e, come tutte le fragilità strutturali del paese, acuisce ora la propria incidenza.

Il blocco dei licenziamenti collettivi e individuali per motivo oggettivo, infatti, è efficace – in «combinato disposto» con gli strumenti di sostegno al reddito – soltanto in presenza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Va da sé che a queste forme straordinarie di tutela restano estranei i lavoratori subordinati a termine e i collaboratori autonomi con contratto prossimo alla scadenza. Più in generale, per i contratti che non rientrano nella disciplina in commento, se l'impresa è costretta a sospendere l'attività oppure la prestazione lavorativa non può essere svolta in *smart working*, con conseguente inutiliz-

zabilità della medesima, può configurarsi un'ipotesi d'impossibilità temporanea non imputabile alle parti del contratto che, in applicazione dei principi civilistici generali (art. 1356 c.c.), determina la sospensione reciproca dalle obbligazioni in relazione sinallagmatica. Accertata poi, eventualmente, l'impossibilità oggettiva e sopravvenuta, oltre che inevitabile, di ricevere la prestazione per il tempo residuo, si potrà anche giungere, eventualmente, alla risoluzione del contratto (*ex art. 1463 c.c.*¹).

Per non parlare dei lavoratori irregolari, i quali, oltre a non vedere alcuna tutela, vedono compromessa la prospettiva di una ripresa dell'attività (pure nell'ambito di filiere produttive pienamente operative, come quella agroalimentare), per effetto dell'incremento dei controlli, foss'anche solo sugli spostamenti, da parte delle forze di polizia.

A tutti questi soggetti è quindi garantito, al momento, soltanto il soccorso alimentare finanziato con il d.P.c.m. del 28 marzo 2020: in buona sostanza, «una tutela che muove dalla negazione della condizione di lavoratore»².

2. L'ambito di applicazione oggettivo: a) le procedure sospese

Nel ricostruire il campo di applicazione dell'art. 46 è fondamentale una lettura della disposizione che, innanzi alle incertezze esegetiche, non perda mai di vista il carattere emergenziale e straordinario del complessivo quadro normativo in cui si colloca e che ha come baricentro, specie in materia di lavoro, il principio solidaristico: principio che il legislatore ha tradotto, non solo in un'estensione

¹ Cfr. Cass. 3.8. 2004, n. 14871, in *OGL*, 2004, 680; Cass. 20.4.1995, n. 4437, in *OGL*, 1995, 594.

² Maresca 2020, 4.

praticamente totale dell'istituto – «solidaristico» per eccellenza – della cassa integrazione guadagni, ma anche in un intervento, come anticipato, di «blocco» dei licenziamenti di natura economica. A testimonianza dell'eccezionalità delle misure si è evidenziato che per ritrovare precedenti dello stesso tenore occorre risalire alla normativa del dopoguerra e alla decretazione d'urgenza che mirava a salvaguardare i livelli occupazionali nell'Italia post-bellica³.

La disposizione in commento, che non brilla per rigore e chiarezza, richiede di verificare anzitutto l'ambito di applicazione sul piano oggettivo, per individuare quali procedure/provvedimenti di licenziamento collettivo e individuale per motivi economici, sono destinatari del meccanismo *di «sospensione»*: formula da intendersi, evidentemente, nel senso più ampio, come blocco di procedure in corso e divieto di esercizio del potere di recesso.

L'art. 46 utilizza una tecnica defnitoria che passa attraverso l'individuazione delle norme che regolano gli istituti interessati, vale a dire gli artt. 4, 5 e 24 della l. 223/1991 per i licenziamenti collettivi e l'art. 3 della l. 604/1966 per i licenziamenti individuali per motivi economici.

Analizzando l'articolo con il necessario taglio sistematico, si può constatare che il testo normativo ha una portata più ampia rispetto ad un campo di applicazione ricavabile da un'esegesi meramente testuale, estensione che trova la sua giustificazione anche nel richiamato principio solidaristico che impronta la complessiva normativa giustificata dall'emergenza Covid-19.

La norma contempla almeno tre vincoli:

- a) è vietato «iniziare» una procedura di licenziamento collettivo;
- b) sono «sospese» le procedure di riduzione di personale già iniziate dopo il 23 febbraio;
- c) sono vietati i licenziamenti individuali per motivi oggettivi adottati dopo l'entrata in vigore del decreto (17 marzo 2020).

³ Miscione 2020, 7.

L'arco temporale cui fa riferimento la disposizione è duplice: *a)* dal 23 febbraio al 16 agosto per le procedure di riduzione di personale e *b)* dal 17 marzo al 16 maggio per i licenziamenti individuali⁴.

La difficoltà a definire con certezza i confini del campo di applicazione deriva anzitutto dall'incidenza della norma, almeno nella prima parte, sulle «procedure», vale a dire su sequenze di atti tra loro collegati e intrecciati, per cui l'effetto sospensivo ha una portata inevitabilmente espansiva, derivante anche da un'efficacia del testo normativo (il d.l. n. 18/2020) che non coincide con la sua promulgazione.

La disposizione, entrata in vigore il 17 marzo 2020, contiene una disciplina retroattiva, che si ferma, a ritroso, al 23 febbraio 2020. Pertanto sicuramente rientrano nella sospensione le procedure iniziate dal 23 febbraio al 17 marzo che subiscono un arresto, nel senso che vengono «congelate» al momento in cui è entrata in vigore la legge, ponendosi in quiescenza tutti i termini che ne scandiscono lo svolgimento. Rimangono invece fuori dal perimetro della «sospensione» tutte le procedure di riduzione di personale che hanno preso avvio prima del 22 febbraio 2020, a prescindere dalla fase in cui si trovino: dal testo della disposizione si desume che non possano considerarsi sospese le procedure di riduzione già iniziate (al 22 febbraio) con la comunicazione ai sindacati ai sensi dell'art. 4, c. 2, della l. n. 223/1991.

Sorgono tuttavia molteplici questioni interpretative per queste ultime (iniziate prima del 23 febbraio), le quali potrebbero proseguire e, in astratto, la norma consente che si pervenga, anche dopo il 23 febbraio (ma anche dopo il 17 marzo), all'adozione del provvedimento di licenziamento. In realtà, pur dovendosi riconoscere che sulla base di un'interpretazione letterale le procedure (collet-

⁴ Come si già segnalato, l'art. 14 dell'ultimo d.l. ha allungato sensibilmente l'iniziale arco temporale, portandolo da sessanta giorni a cinque mesi.

tive e, eventualmente, anche quelle individuali) avviate «prima» del 23 febbraio possano continuare, questa conclusione deve tuttavia conciliarsi con l'incidenza dell'emergenza Covid sull'operatività dei soggetti, pubblici e privati, che prendono necessariamente parte ai passaggi da rispettare in materia di riduzione di personale⁵.

Ci si riferisce in particolare, per i licenziamenti collettivi, sia alla fase sindacale sia a quella amministrativa. La prima, coinvolgendo solo soggetti privati, potrà proseguire, nell'osservanza delle misure stabilite per fronteggiare l'emergenza Covid (a cui rinviano gli artt. 19 ss. del d.l. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, per quanto concerne le consultazioni in sede di richiesta di cassa integrazione), fino a quando però l'*iter* procedurale non si trovi innanzi ad insormontabili ostacoli. In tale ambito la battuta d'arresto potrebbe riguardare quei passaggi che il distanziamento personale, imposto dalle leggi e decreti adottati per fronteggiare l'emergenza Covid-19, impedisce di svolgere: ad esempio non può essere svolta un'eventuale consultazione referendaria finalizzata a sottoporre l'intesa raggiunta, a seguito di esame congiunto, all'approvazione dei lavoratori.

Sarebbe poi inibita la eventuale fase amministrativa da svolgere, o presso l'ITL competente o presso il Ministero. Infatti per queste occorre confrontarsi con le disposizioni contenute nell'art. 103 del medesimo d.l. n. 18/2020 (e successive modifiche), che dispone la sospensione di tutti i termini dei procedimenti amministrativi dal 23 febbraio all'11 maggio⁶. In tale arco temporale sono sospese

⁵ Sul punto v. Chietera 2020, secondo cui le procedure avviate prima del 23 febbraio 2020 conservano la loro efficacia, potendosi pervenire ad un provvedimento di licenziamento anche dopo il 17 marzo 2020.

⁶ L'art. 103, c. 1, stabilisce che «ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile

tutte le procedure pendenti, quindi anche i termini previsti dalle disposizioni della l. n. 223/1991 non potranno decorrere e riprenderanno dalla suddetta data. L'inizio, e anche il parziale svolgimento, di una procedura di riduzione di personale non impedirà all'azienda di fare richiesta di intervento della Cassa integrazione guadagni, con causale Covid-19. In tale ambito lo strumento di integrazione salariale avrà la funzione di posticipare l'ingresso dei lavoratori nel mercato del lavoro.

Pertanto, per effetto delle altre disposizioni del testo cd. «Cura Italia» anche le procedure iniziate prima del 23 febbraio, e non concluse alla data del 17 marzo 2020, devono ritenersi «sospese», incluse le stesse fasi sindacale e amministrativa, la cui durata complessiva (45 + 30 giorni)⁷ non conteggiare l'arco temporale 17.3/16.5. Non v'è dubbio che la soluzione auspicabile è di condividere in un accordo sindacale l'esigenza di interrompere l'*iter* procedurale.

In sede di conversione è stata aggiunta un'altra ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione del divieto, statuendosi che non rientra nel «blocco» il licenziamento dei lavoratori dell'appaltatore, allorquando gli stessi vengano riassunti dall'appaltatore su-bentrante «in forza di legge, contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto». Si desume *a contrario* che, in caso di cessazione di appalto a seguito della quale non è prevista la continuazione dell'attività con un nuovo datore di lavoro, i lavoratori dell'appaltatore non possono – nel periodo del blocco

2020». Ai sensi dell'art. 37, c. 1, d.l. n. 23/2020, il termine è prorogato al 15 maggio 2020. Si veda anche la nota Inl del 24 marzo 2020, che con riferimenti alle convocazioni dell'Ispettorato ai sensi dell'art. 7 della l. n. 604/1966 stabilisce che il termine di 7 giorni previsto dalla disposizione venga sospeso e che riprenda a decorrere dal 16 aprile 2020 (ora 16 maggio 2020).

⁷ Art. 4, cc. 5 e 7, della l. n. 223/1991.

– essere licenziati e si potrà fare ricorso alla sospensione del rapporto con intervento di integrazione salariale con causale Covid-19 *ex artt.* 19 ss. d.l. n. 18/2020 (con. in l. n. 27/2020). La medesima protezione si applica anche nei casi in cui la riassunzione riguarda solo una parte del personale, rimanendo vietato il licenziamento per i dipendenti per i quali non v'è la prospettiva di costituzione del rapporto di lavoro con il nuovo appaltatore. Anche sul punto, un'interpretazione unitaria e sistematica della disposizione conduce ad applicare il divieto anche alle ipotesi di licenziamento (per motivo oggettivo) individuale, vale a dire ai casi in cui i lavoratori del datore che cessa nell'appalto siano inferiori a cinque.

Con l'entrata in vigore del cd. decreto «Rilancio»⁸ dovrebbe essere superata l'inspiegabile esclusione dalla prima parte dell'art. 46 delle procedure avviate *ex art.* 7, l. n. 604/1966. Peraltro, anche prima della correzione, una lettura sistematica dell'originaria versione della disposizione conduceva ad estendere la «sospensione» anche ai licenziamenti economici preceduti dalla procedura *ex art.* 7, l. n. 604/1966, in quanto sarebbe stato irragionevole tenerli fuori dal divieto, visto il blocco totale sancito dalla seconda parte della disposizione in commento. Soluzione avvalorata anche dall'applicazione di altra disposizione del d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, l'art. 103, ai sensi del quale sono sospese tutte le attività delle Irl competenti a procedere alla convocazione ai sensi del citato art. 7.

In via generale, proprio l'esteso intervento assistenziale previsto dalla normativa emergenziale richiede che, quando ancora un provvedimento di licenziamento non sia stato adottato alla data del 17 marzo, la situazione rimanga «fotografata» a quel mo-

⁸ L'art. 14 del d.l. «Rilancio» stabilisce che nell'art. 46 venga aggiunto il seguente periodo: «Sono altresì sospese le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604».

mento, per cui il lavoratore, ancorché destinatario di una comunicazione *ex art. 7, l. n. 604/1966* ed anche nel caso vi sia già stato un tentativo di conciliazione che abbia avuto esito negativo, rientra tra i beneficiari del divieto di licenziamento: il lavoratore deve essere considerato in servizio e non in preavviso e, se sospeso, riammesso al lavoro⁹.

Il divieto tuttavia non si estende ai casi in cui sia intervenuto un accordo, o in sede di riduzione del personale oppure nell'ambito di una procedura *ex art. 7, l. n. 604/1966*, che preveda un incentivo all'esodo. La finalità protettiva deve lasciare spazio alla volontà abdicativa delle parti, se confermata e manifestata in una sede protetta (*ex art. 2113, ult. c., c.c.*), di risolvere il rapporto di lavoro consensualmente e previo pagamento di una somma.

3. (Segue) *b) I provvedimenti vietati*

La seconda parte della disposizione indica quali sono i provvedimenti vietati, con l'obiettivo di definire il perimetro di applicazione: anche qui è necessario privilegiare una lettura organica e coerente con la *ratio* dell'intervento.

L'art. 46, come anticipato, vieta i provvedimenti risolutivi adottati ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966, quindi i licenziamenti individuali per motivi economici.

Ciò posto, un primo problema sorge per i provvedimenti di licenziamento collettivo: scontato che nessun provvedimento risolutivo possa essere adottato per procedure iniziate dopo il 23 febbraio, anche nel caso siano esauriti i passaggi (sindacali e amministrativi) – tali procedure si sospendono immediatamente senza possibilità di proseguire – il dubbio sorge per i casi in cui l'atto di

⁹ Aiello 2020.

avvio sia stato adottato prima di quella data, sia stata conclusa la procedura e ancora non siano stati comunicati i provvedimenti risolutivi alla data di entrata in vigore della legge.

Se un'interpretazione letterale della disposizione li mantiene fuori dal divieto (in quanto non rientrano in nessuno dei campi di applicazione delle due parti della disposizione), una lettura sistematica della norma, che mira, con ogni evidenza, ad impedire qualsiasi estinzione di rapporti di lavoro, conduce a ritenere rientrante nel divieto, della seconda parte, anche quelli conseguenti a riduzione di personale.

Come rilevato, una legge che consente un accesso praticamente illimitato all'intervento di integrazione salariale, con l'obiettivo di evitare che «la caduta temporanea del prodotto – causata dall'emergenza Covid-19 – abbia effetti permanenti, travolgendo le attività produttive e disperdendo il capitale umano»¹⁰, verrebbe platealmente smentita da provvedimenti di riduzione del personale, anche se decisi in un tempo che precede la sua entrata in vigore. La perdita del posto di lavoro nel periodo di emergenza determinerebbe un ingresso ancora più drammatico nel mercato del lavoro, materializzandosi proprio lo scenario che il legislatore del decreto intende, almeno temporaneamente, scongiurare.

Sempre in ambito di licenziamento collettivo, sorge il dubbio anche per le ipotesi di procedure che, ancorché iniziate dopo il 23 febbraio, abbiano ormai esaurito tutti i passaggi procedurali, rimanendo solo da comunicare ai lavoratori il provvedimento di recesso. Anche sul punto rileva la formulazione categorica della disposizione, che necessariamente si espande anche ai licenziamenti collettivi, dovendosi includere la comunicazione individuale a tutti gli effetti nella sequenza procedurale¹¹.

¹⁰ Così la relazione illustrativa al d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

¹¹ Nello stesso senso Miscione 2020, 7.

La seconda parte della disposizione si riferisce esplicitamente ai licenziamenti individuali. Come segnalato, l'effetto sospensivo è esteso alle procedure avviate *ex art. 7, l. n. 604/1966*, dopo il 23 febbraio, a meno che il provvedimento risolutivo non sia stato adottato prima dell'entrata in vigore della legge (17 marzo). Dopo tale data nessun licenziamento economico può essere adottato, a prescindere dalla normativa di riferimento: il tenore della disposizione e la *ratio* della legge conducono a ritenere che, dopo il 17 marzo, è in assoluto vietato procedere a qualsiasi recesso per motivi economici, anche se la procedura sia iniziata prima della sua entrata in vigore e anche se l'effetto estintivo retroagisse al momento della comunicazione (per i lavoratori assunti prima del marzo 2015).

Sono esclusi dal divieto i lavoratori licenziati tra il 23 febbraio e il 17 marzo (inclusi i titolari di un contratto a tutele crescenti): a tal proposito, nonostante la disposizione possa creare equivoci, l'effetto paralizzante della legge si ferma innanzi a situazioni giuridiche già definitivamente esaurite, non potendosi, neanche mediante la legge, determinare una reviviscenza di posizioni già definite¹².

Tuttavia anche per questi provvedimenti sussistono non pochi dubbi di tenuta in sede giudiziale, in quanto la fondatezza del provvedimento potrebbe essere messa in discussione se il lavoratore licenziato rientrasse tra quelli che avrebbero beneficiato dell'integrazione salariale ai sensi degli art. 19 ss. del medesimo d.l. n. 18/2020 o degli artt. 13 ss. del d.l. n. 19/2020. In tale ipotesi possono essere sollevati concreti dubbi sulla legittimità dell'atto e il datore di lavoro non può neppure obiettare che il provvedi-

¹² La Corte costituzionale (tra le tante sentt. 2.2.2014, n. 69; 17.12.2013, n. 308) ha sempre assunto un atteggiamento largamente possibilista nei riguardi delle leggi retroattive, le quali devono però rispettare il «principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario».

mento risolutivo sia stato adottato prima dell'entrata in vigore della legge che autorizza l'accesso alla cassa integrazione emergenziale, in quanto ha pur sempre a disposizione, ai sensi dell'art. 18, c. 10, l. n. 300/1970 e dell'art. 5, d.lgs. n. 23/2015, la facoltà di revocare il licenziamento. L'opportunità per l'azienda di accedere a strumenti di integrazione salariale con decorrenza dal 23 febbraio 2020, fa sì che un'eventuale motivazione riconducibile, direttamente o indirettamente, alla crisi derivante dall'emergenza Covid-19, possa essere invalidata in sede giudiziale.

La convinzione che anche i provvedimenti risolutivi adottati tra il 23 febbraio e il 17 marzo possano difficilmente superare il vaglio di legittimità è confermata dalle modifiche introdotte dal d.l. cd. «Rilancio» (in corso di approvazione), che attribuisce al datore di lavoro la facoltà di «*revocare* in ogni tempo il recesso» individuale per motivi oggettivi, aggiungendosi che condizione di legittimità dell'atto di revoca è la «richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale in deroga, di cui all'articolo 22, dalla data in cui abbia avuto efficacia il licenziamento». La disposizione consente di esercitare tale facoltà anche senza rispettare il limite temporale (15 giorni) previsto dall'art. 18, c. 10, l. n. 300/1970 – e, ancorché non richiamato nella disposizione, dall'art. 5, d.lgs. n. 23/2015 – e legittima il datore di lavoro a richiedere l'intervento di integrazione salariale, da riconoscere al lavoratore dalla data del licenziamento (poi revocato)¹³. Il lavoratore rientrato in azienda beneficerà, ai sensi dell'art. 22, c. 1, d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)¹⁴, del

¹³ La disposizione stabilisce che «in tal caso, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, senza oneri né sanzioni per il datore di lavoro» (art. 46, a seguito delle modifiche in corso ad opera dell'art. 14 del d.l. cd. «Rilancio»).

¹⁴ L'art. 22, c. 1, dovrebbe essere modificato dall'art. 4 del d.l. cd. «Rilancio», con la sostituzione dell'inciso «nove settimane» con «diciotto settimane per periodi decorrenti dal 23 febbraio 2020 al 31 ottobre 2020».

trattamento di integrazione salariale per diciotto settimane, mentre il datore di lavoro potrà procedere al licenziamento solo alla scadenza del blocco (17 agosto 2020). Da quella data, per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, l'azienda potrà (ri)avviare la procedura *ex art. 7, l. n. 604/1966* e solo dalla fine del divieto decorrerà il periodo di preavviso spettante al lavoratore.

4. Ambito di applicazione soggettivo: datori di lavoro e lavoratori beneficiari

Confini meno sfumati presenta l'ambito di applicazione soggettivo: la disposizione utilizza criteri ampi, stabilendo che il divieto si applichi nei confronti di qualsiasi datore di lavoro, «indipendentemente dal numero dei dipendenti».

Pertanto si prescinde dalle dimensioni e dalla natura del datore di lavoro, il filtro è costituito dalla disposizione che regola il potere di recesso, in quanto vi rientrano «solo» i licenziamenti adottati ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604/1966. Si escludono dall'ambito di operatività, oltre le ipotesi di licenziamento disciplinare (con i distinguo di cui si dirà nel paragrafo che segue), tutte le residue categorie di lavoratori per le quali si applica la disposizione codicistica – l'art. 2118 c.c. – vale a dire: i lavoratori domestici, i lavoratori in prova, i lavoratori che hanno maturato i requisiti pensionistici, gli apprendisti – che sono esclusi solo se il periodo formativo si concluda durante la fase di emergenza – e i dirigenti, per i quali tuttavia viene mantenuto il vincolo quando sono tra i destinatari di una riduzione collettiva di personale.

L'esclusione dei dirigenti dal blocco dei licenziamenti individuali probabilmente non può essere ritenuta scontata e merita un'ulteriore notazione, in quanto la perdita del posto di lavoro, a causa dell'emergenza Covid, incide quantomeno sulla «giustificata-

tezza» del provvedimento, anche qui giusta la *ratio* dell'intervento ispirata al principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* di cui tutti i lavoratori sono beneficiari.

5. I licenziamenti soggettivi

Quanto ai licenziamenti disciplinari, a differenza della normativa del '45¹⁵, l'esclusione non è espressa seppure inequivoca, in ogni caso non è totale. Vi sono infatti, nel medesimo d.l. n. 18/2020, due fattispecie di divieto di recesso anche per ragioni disciplinari. Per entrambe la sanzione del licenziamento eventualmente adottato è la nullità.

La prima si rinviene all'art. 23, c. 6, dove si prevede il divieto di licenziamento e il diritto alla conservazione del posto in favore dei lavoratori del settore privato, con figli di età compresa tra i 12 e i 16 anni, ai quali – sempre 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 un altro genitore non lavoratore – è contestualmente riconosciuto il diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa.

Il testo non ha una formulazione ineccepibile, perché il divieto di licenziamento contemplato al quinto capoverso, non risulta applicabile anche ai titolari dei benefici di cui ai commi precedenti.

Ciò però determina un'evidente e ingiustificata disparità. Mentre

¹⁵ L'art. 1, c. 1, lett. b) del d.lgs. lgt. 21.08.1945, n. 523, escludeva il divieto temporaneo di licenziare «nei casi in cui per disposizione di legge o di contratto collettivo è consentita la risoluzione del rapporto di lavoro per fatto del lavoratore».

nella situazione contemplata dal sesto comma vi è un divieto di recesso per tutta la durata di sospensione dell'attività didattica, nel caso di esaurimento del periodo di godimento del congedo straordinario previsto dall'art. 23, cc. 1 e 5, utilizzato per assistere un minore infreddicenne o un disabile grave, il lavoratore è costretto, al termine del periodo di congedo, a riprendere il lavoro o restare esposto al rischio di essere licenziato¹⁶.

Va quindi operata una lettura sistematica degli strumenti contemplati dall'art. 23, riconoscendo – in coerenza con la *ratio* della disposizione, ma con un'obiettivo forzatura del dato testuale – il divieto di licenziamento a tutela di tutti i soggetti contemplati dalla norma¹⁷.

L'altra ipotesi di divieto di licenziamento, temporalmente limitata al 30 aprile 2020, è contemplata dall'art. 47, c. 2. La norma dispone che l'assenza dal posto di lavoro da parte di uno dei genitori conviventi di persona con disabilità (non è richiesto, però, che il disabile versi in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, c. 1, l. n. 104/1992) non può costituire giusta causa di recesso dal contratto di lavoro ai sensi di quanto disposto dall'art. 2119 c.c., a condizione che sia preventivamente comunicata e motivata l'impossibilità di accudire il disabile a seguito della sospensione delle attività dei centri semi-residenziali elencati nella norma.

A rigore, la disposizione non elimina la valutazione disciplinare dell'assenza, ai fini dell'applicazione di una sanzione conservativa o del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, perché viene esclusa la configurabilità della sola giusta causa. Prescindendo, dunque, dal possibile atteggiamento della giurisprudenza e dalla concreta applicazione della previsione, un'interpretazione che legga il precetto come generale divieto di recesso disciplinare è destinata a scontrarsi

¹⁶ Salvo che non si ricada nell'ambito (più ristretto) delle fattispecie di divieto di licenziamento previste nel d.lgs. 26.3.2001, n. 151.

¹⁷ Il decreto legge cd. «Rilancio» sembra superare queste discrasie.

con il testo della disposizione, che richiama espressamente soltanto l'art. 2119 c.c. Del resto, pare difficilmente configurabile una sorta di causa di giustificazione; un'assenza protrattasi per diverse settimane (in ipotesi, per 44 giorni: dal 17 marzo al 30 aprile 2020), quindi, resta punibile su piano contrattuale, quanto meno ricorrendo a sanzione non espulsiva.

Eccezion fatta per le previsioni esaminate, è quindi chiara la volontà del legislatore di tenere fuori dalla portata del divieto contenuto nell'art. 46 i licenziamenti disciplinari.

Una riflessione sulla portata delle disposizioni in tema di licenziamento potrebbe fermarsi qui. Ma è forse utile anticipare alcune considerazioni sui principali profili problematici che potrebbero porsi in relazione all'esercizio del potere disciplinare, particolarmente nella modalità estrema del recesso per inadempimento, in questa delicata congiuntura e ancor più quando si affronterà la progressiva ripresa dell'attività produttiva in un quadro di persistente, seppure ridotta e, si spera, controllata diffusione del virus.

Le caratteristiche della situazione pandemica portano in risalto un contesto nel quale i lavoratori temono per la propria salute e, al contempo, le imprese devono garantire la sicurezza dei propri dipendenti, sicché il rispetto delle condizioni di tutela della salute nei luoghi di lavoro risente del comportamento di tutti: del datore, ma anche di ciascun lavoratore, come singolo, quale soggetto a rischio di contrarre il virus, e nella relazione con gli altri addetti al ciclo produttivo, come potenziale vettore di contagio.

Vi sono, pertanto, due profili di possibile rilevanza disciplinare delle condotte dei prestatori: *a)* in caso d'inosservanza delle disposizioni sanitarie adottate dall'impresa; *b)* qualora il lavoratore rifiuti di eseguire la prestazione, ritenendo insussistenti le necessarie condizioni di sicurezza.

Nell'uno e nell'altro caso viene innanzitutto in rilievo la fonte degli obblighi. Accanto a un moltiplicarsi di fonti normative ge-

nerali¹⁸, i rapporti di lavoro vengono investiti da una serie di disposizioni che impongono o semplicemente indirizzano i comportamenti da tenere nei luoghi di lavoro per contrastare o contenere la diffusione del coronavirus. Alle misure caratterizzate da indubbia coerenza (come quelle contenute nei d.P.c.m. dell'8 marzo e dell'11 marzo 2020), si affiancano le previsioni dei protocolli concordate a livello nazionale – è il caso del «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro» del 14 marzo 2020 (integrato il 24 aprile 2020¹⁹), o delle linee-guida adottate in taluni settori produttivi (es. il Protocollo condiviso del settore moda) – e le misure convenute nei singoli contesti aziendali tra le imprese e le organizzazioni sindacali o emanate unilateralmente dai datori di lavoro: previsioni rilevanti ai sensi del capoverso dell'art. 2104 c.c., in rapporto all'art. 2087 c.c. e al d.lgs. n. 81/2008.

In particolare, alle informazioni contenute nei protocolli nazionali, così come integrate nei protocolli aziendali, viene riconosciuta la funzione di trasmettere le disposizioni delle autorità, filtrarle con riferimento allo specifico contesto produttivo e responsabilizzare i destinatari circa i comportamenti da tenere.

Non è questa la sede per chiedersi se le misure anti-Covid debbano (o possano) essere contrattate o emanate unilateralmente dal datore e, del resto, anche a livello governativo si auspica un'adozione condivisa di regole che, prima ancora che attuate per imposizione, richiedono di essere assimilate culturalmente nelle prassi quotidiane.

Ma sul piano della relazione di lavoro, è stato opportunamente osservato come questa responsabilizzazione sia coerente con l'art.

¹⁸ Luciani M. 2020.

¹⁹ Il Protocollo è allegato al d.P.c.m. del 26 aprile 2020.

20, c. 1, del d.lgs. n. 81/2008²⁰ («ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro»), la cui violazione può condurre a una responsabilità sul piano disciplinare.

Considerato l'elevato rischio di contagio e di contaminazione dei locali aziendali, il mancato ossequio delle prescrizioni di sicurezza (es. il corretto utilizzo dei dispositivi di protezione individuale, il rispetto delle norme di igiene e distanziamento, ecc.), potrebbe dunque assumere una rilevanza significativa sul piano sanzionatorio²¹, soprattutto nell'ipotesi di reiterazione di condotte omissive, idonee a mettere a repentaglio la salute degli altri lavoratori o anche solo l'igiene dei luoghi. Per non parlare dell'omessa informazione di sintomi di positività, che – pur in assenza di rilevanza penale, configurabile in caso di positività accertata – potrebbe essere oggetto di valutazione disciplinare.

Il secondo profilo di relazione tra obblighi di sicurezza ed esercizio del potere disciplinare, anche nella sua forma estrema, può verificarsi qualora il lavoratore si rifiuti di eseguire la prestazione perché ritenga carenti le necessarie condizioni di sicurezza (ma potrebbe anche trattarsi di una insicurezza «putativa»): comportamento omissivo qualificabile come eccezione d'inadempimento, il cui utilizzo va circondato da tutte le cautele che dottrina e giurisprudenza individuano – a partire dal criterio della buona fede, contenuto nel capoverso dell'art. 1460 c.c.²² – per evitare che si

²⁰ Pascucci 2019, 110.

²¹ Ovviamente a incidere sulla valutazione della condotta del lavoratore sarà anche il grado di adempimento, da parte del datore di lavoro, ai propri obblighi nell'adozione delle misure di protezione e di corretta informazione circa le medesime.

²² Betti 1959, 529. V., anche per ulteriori riferimenti bibliografici: Bigliazzi Geri 1991, 337 ss. In argomento, nella letteratura giuslavoristica, cfr. Ferrante

determini un abuso da parte dell'*excipiens*, circoscrivendo l'uso dello strumento alle ipotesi più estreme²³. In giurisprudenza si fa poi riferimento a un canone di proporzionalità²⁴ tra gli inadempimenti, centrato quindi sulla valutazione di gravità dell'inadempimento che dà origine all'eccezione²⁵.

In tal caso, se il datore di lavoro, com'è presumibile, contesti la legittimità della reazione, applicherà una sanzione disciplinare che, in ipotesi di condotta prolungata o reiterata di rifiuto di esecuzione della prestazione, potrà anche giungere al licenziamento.

Tuttavia, anche qualora il recesso venga giudicato come reazione eccessiva, carente della necessaria proporzionalità, il «fatto» (*idest* l'omissione di prestazione) dovrà essere considerato «materialmente sussistente», con l'effetto di escludere la reintegrazione del lavoratore, che presuppone l'inesistenza del comportamento

2004. In giurisprudenza, tra le tante: Cass. 8.8.2003, n. 12001, in *OGI*, 2003, I, p. 619; Cass. 1.3.2001, n. 2948, in *GI*, 2002, 279; Cass. 2.4.1996, n. 3039, in *NGL*, 1996, 486; Cass. 23.11.1995, n. 12121, in *RIDL*, 1996, II, 796. *Contra* Cass. 12.5.2005, n. 9954, in *DJ*; Cass. 23.12.2003, n. 19689, in *RIDL*, 2004, II, 777.

²³ È opportuno evidenziare quanto previsto dall'art. 44, c. 1, d.lgs. n. 81/2008. I problemi principali si porranno quindi soprattutto nel caso di un'attuazione parziale, incompleta, delle prescrizioni di sicurezza; la giurisprudenza dichiara talora illegittimo il rifiuto della prestazione se l'inadempimento datoriale non è totale: tra le altre, Cass. 23.12.2003, n. 19689, in *RIDL*, 2004, II, 777. In ogni caso, v. in argomento il commento di Speziale in *q. vol.*

²⁴ Connettono espressamente proporzionalità e buona fede Cass. 26.6.1999, n. 6663, in *DJ*; Cass. 12.10.1996, n. 8939, in *LG*, 1997, 422. Ferrante 2004, 179, definisce quello della proporzionalità un canone di valutazione «mistificante».

²⁵ Alcune sentenze talvolta hanno subordinato la legittimità del rifiuto del lavoratore all'«avallo giudiziario (che può essergli urgentemente accordato in via cautelare)»: così Cass. 23.12.2003, n. 19689, in *RIDL*, 2004, II, 777, richiamata da Cass. 5.12.2007, n. 25313, in *RIDL*, 2008, II, 470; è una lettura che finisce per negare la caratteristica principale degli strumenti di autotutela, cioè l'azionabilità autonoma da parte del soggetto che assuma una minaccia per il suo diritto, non condizionata dal previo accertamento giudiziale, che al più solleva l'*excipiens* dai dubbi circa la correttezza della propria reazione (Dell'Olio 1988).

sul piano fenomenico o una valutazione di liceità assoluta²⁶ della condotta (es. carenza delle condizioni di sicurezza e/o violazione del relativo protocollo da parte del datore), e consentire, al più, l'applicazione di una tutela indennitaria.

Va da sé che, anche in queste ipotesi, l'adozione di specifici protocolli di sicurezza potrebbe risultare essenziale, ancor più in presenza di misure condivise dai rappresentanti dei lavoratori: il rispetto da parte del datore di lavoro delle prescrizioni rende la condotta inadempiente del lavoratore difficilmente giustificabile, in assenza di altri elementi dai quali emerga con evidenza il rischio per la salute. Per converso, la violazione da parte dell'impresa delle prescrizioni che essa stessa ha adottato per far proseguire in sicurezza l'attività produttiva, legittima pienamente l'*exceptio* del prestatore²⁷.

Un altro tema, che pure viene in rilievo nella prospettiva della cd. «Fase 2», è connesso al largo uso che si sta facendo del lavoro in modalità agile.

Il problema, in tal caso, nasce – in termini di vera e propria eterogenesi dei fini – dalle potenziali distorsioni applicative delle disposizioni che, per agevolare lo *smart working*, hanno consentito per la durata dello stato di emergenza il ricorso alla modalità di lavoro agile «anche in assenza degli accordi individuali» previsti dalla l. n. 81/2017 (art. 2, c. 1, lett. r, d.P.c.m. 8 marzo 2020)²⁸.

Tuttavia, se la deroga alla forma negoziale bilaterale si giustifica con l'esigenza di snellire la gestione amministrativa del passaggio allo svolgimento «domiciliare» della prestazione²⁹, la rinuncia all'accordo tra le parti determina l'attrazione della regolazione nelle mani del datore di lavoro, che può disporre non soltanto l'*an* del

²⁶ Cass. 13.10.2015, n. 20540, in *RIDL*, 2016, II, 102.

²⁷ Sul punto, v. i commenti di Natullo e Speciale in *q. vol.*

²⁸ In argomento v. il commento di Alessi e Vallauri in *q. vol.*

²⁹ Tanto che, è stato rilevato, più che di lavoro agile, dovrebbe parlarsi di lavoro «da casa»: Maresca 2020, 15.

ricorso allo *smart working*, ma anche determinare unilateralmente l'assetto regolativo che precisa le forme di esercizio del potere direttivo e del controllo e «individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari» (art. 21, c. 2, l. n. 81/2017)³⁰, integrando il codice disciplinare applicato nell'impresa.

Altro tema che viene in rilievo è la possibilità di organizzare il lavoro agile anche «per fasi, cicli e obiettivi» (art. 18, l. n. 81/2017), che potrebbe determinare l'adozione di un recesso per inadempimento connesso al mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati al lavoratore, senza però che vi sia stata una specifica intesa sugli stessi³¹. Questo licenziamento viene sottratto all'art. 46, per il periodo indicato nella norma, e comunque potrebbe nascondere un licenziamento economico, adottato con motivazioni formalmente inerenti all'adempimento della prestazione.

6. Il regime d'invalidità e il rischio di licenziamenti disciplinari «simulati»

Un provvedimento di licenziamento adottato in violazione dell'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020) deve ritenersi radicalmente nullo, per violazione di norma imperativa³².

³⁰ Andreoni 2018, 31; Ponterio 2018, 633.

³¹ Il datore potrebbe forse anche invocare il cd. scarso rendimento, là dove l'indirizzo giurisprudenziale consolidato configura tale recesso come disciplinare: cfr. Cass. 5.12.2018, n. 31487, in *DRI*, 2019, 682; Cass. 5.3.2003, n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, 689, invece, ricostruisce lo scarso rendimento come fattispecie ambivalente, che può configurare sia un inadempimento, sia, in talune circostanze, un giustificato motivo oggettivo.

³² Si è evidenziato (Canavesi 2020) che la formula usata è analoga a quella dell'art. 54, d.lgs. n. 151/2001, che vieta il licenziamento della lavoratrice in gravidanza, del quale è sancita espressamente la nullità.

Nella disposizione non c'è esplicita qualificazione del tipo di illegittimità, ma è da escludere che il licenziamento possa reputarsi meramente inefficace, in quanto il divieto assoluto contenuto nel d.l. n. 18/2020 (conv. in l. 27/2020), quale trasposizione delle ragioni emergenziali nei rapporti di lavoro, rende l'atto radicalmente nullo e improduttivo di effetti, facendo scattare il diritto del lavoratore alla tutela reale piena e quindi alla reintegra nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18, c. 1, l. n. 300/1970 e art. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Se, su un piano generale, i principi ispiratori dell'intervento e le ragioni di «ordine pubblico» che ne sono alla base autorizzano a sanzionare con il regime di invalidità più radicale i provvedimenti risolutivi che violano le regole del «blocco», non v'è dubbio che le questioni più insidiose sorgeranno nelle ipotesi di licenziamento «forzatamente» confezionati con una veste disciplinare.

In presenza di una normativa che, oggi, impedisce in radice l'esercizio del recesso e di una giurisprudenza che, domani, sarà presumibilmente attenta agli effetti della recessione economica sul mercato del lavoro – e che probabilmente applicherà in maniera ancor più rigorosa il criterio della *extrema ratio*, legittimando il licenziamento economico soltanto nelle situazioni in cui la soppressione del posto di lavoro sia realmente priva di alternativa – il rischio è che si possa far leva su pretesi inadempimenti (o semmai su mancanze lievi) del lavoratore, per adottare provvedimenti di recesso attratti fuori dal cono di luce dell'attenzione politica e mediatica.

Al riguardo, va peraltro considerato che, anche nei contesti produttivi di maggiori dimensioni, la reintegrazione si pone ormai, nel sistema normativo di limitazione dei licenziamenti, come eccezione alla regola. Insomma, se dopo la l. n. 92/2012 e il d.lgs. n. 23/2015 si è temuto un ricorso spregiudicato alla giustificazione oggettiva per motivare anche i licenziamenti cd. criptodisciplinari, nei prossimi mesi si potrebbe verificare la situazione inversa: che venga applicato il licenziamento disciplinare in presenza di ina-

dempimenti lievi o assai dubbi, per aggirare gli ostacoli, normativi o interpretativi, alla contrazione degli organici.

In ogni caso, non può essere escluso un ricorso «forzato» al licenziamento disciplinare nelle unità produttive sottratte all'applicazione dell'art. 18, l. n. 300/1970. In tali ambiti, infatti, mentre il licenziamento per motivo oggettivo è addirittura vietato per 60 giorni, quello disciplinare, pur se illegittimo, è sanzionato con la sola tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8, l. n. 604/1966, talora addirittura dimidiata *ex art.* 9, d.lgs. n. 23/2015. Sicché, almeno per i licenziamenti adottati entro il 16 maggio 2020, non vi sarà alternativa che ricorrere all'impugnazione del recesso per frode alla legge, in base all'art. 1344 c.c., con onere della prova a carico del lavoratore, per dimostrare che il recesso formalmente disciplinare aggira, in realtà, il divieto contenuto nella norma in commento.

Terminato il «blocco» dei licenziamenti, poi, spetterà al lavoratore licenziato la non facile opzione, con diversa distribuzione dell'onere della prova, tra impugnare il recesso così come dichiarato dal datore di lavoro, lasciando a quest'ultimo la dimostrazione dell'inadempimento addebitato, ovvero assumere l'iniziativa probatoria, per dimostrare la sussistenza di una ragione non dichiarata e sempre che tale mutamento della giustificazione possa arrecargli vantaggio in termini di tutela. Poco o nulla cambierà nelle imprese con organico inferiore ai quindici dipendenti per unità produttiva, mentre nelle aziende soggette all'art. 18 St. lav. la dimostrazione di una motivazione fittizia potrebbe determinare la reintegrazione per insussistenza del fatto (materiale) contestato, laddove l'alternativa – impugnare la ragione obiettiva, sottesa alla volontà di recedere – può condurre al ripristino del rapporto solo in caso di «manifesta insussistenza» della medesima: condizione non proprio «immanente» nell'attuale contesto sanitario ed economico.

Riferimenti bibliografici

- Aiello F. (2020), *Emergenza Covid-19: blocco dei licenziamenti e i termini di impugnazione*, in *Wikilabour.it*.
- Andreoni A. (2018), *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in Carabelli U., Fassina L. (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge 81/2017*, Ediesse, Roma, 31 ss.
- Betti E. (1959), voce *Autotutela (diritto privato)*, in *ED*, IV, Giuffrè, Milano, 529 ss.
- Bigliazzi Geri L. (1991), Voce *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Utet, Torino, 337 ss.
- Canavesi G. (2020), *Cosa succede con un contratto a tutele crescenti*, in *ilsussidiario.net*.
- Chietera F. (2020), *Covid e licenziamenti*, in *LPO*, in corso di pubblicazione.
- Dell'Olio M. (1988), Voce *Autotutela: III) Diritto del lavoro*, in *EGT*, IV, Roma.
- Ferrante V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino.
- Luciani M. (2020), *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in www.giurcost.org.
- Maresca A. (2020), *Il diritto del lavoro al tempo del Covid 19*, in *federalismi.it*, n. 8, 4 ss.
- Miscione M. (2020), *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *LG*, in corso di pubblicazione.
- Pascucci P. (2019), *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra «raccomandazioni» e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DLS*, 98 ss.
- Ponterio C. (2018), *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in Zilio Grandi G., Biasi M., *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 633 ss.

*Franco Scarpelli**

Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno,
(poche) tutele, regole del contratto

SOMMARIO: 1. Il bisogno dei lavoratori autonomi, oltre il prototipo del collaboratore economicamente dipendente. – 2. Frammentazione tipologica e di discipline nel mondo dei lavoratori autonomi. – 3. Le previsioni del decreto «Cura Italia» per i lavoratori autonomi. – 4. Salute e sicurezza. – 5. Regole del contratto ed emergenza pandemica, tra rischio e diritto solidale.

1. Il bisogno dei lavoratori autonomi, oltre il prototipo del collaboratore economicamente dipendente

Tra i tanti inediti aspetti dell'emergenza sanitaria e sociale vi è quello di avere posto l'attenzione pubblica sulle condizioni di diffusa debolezza del lavoro autonomo, per una volta in una prospettiva non limitata alla figura principe del lavoro autonomo economicamente dipendente, ovvero le collaborazioni autonome coordinate e continuative.

Accanto a figure che negli anni hanno popolato l'immaginario sociologico dei lavori sotto-protetti – dai 'co.co.co.', ai 'co.co.pro.', alle 'false partite Iva', fino ai 'rider' indiscussi protagonisti del dibattito più recente (e che si sono imposti, insieme al personale sanitario, come categoria più visibile dell'impegno nei servizi essenziali) – l'attenzione si è concentrata anche su categorie

* Professore ordinario di Diritto del Lavoro – Università di Milano-Bicocca.

più tradizionali di lavoratori autonomi, quali artigiani e commercianti, o ancora sui professionisti ordinisti, tutti trovatisi a fare i conti con uno snodo centrale della loro condizione: ovvero quello del rischio economico e contrattuale legato ai fattori dell'impossibilità della prestazione o di improvvisi andamenti traumatici delle relazioni di mercato, rischio che in linea generale incombe proprio sul prestatore di opera o servizi quale conseguenza del modo di essere della prestazione e del suo ruolo sociale¹.

Altrettanto evidente è apparsa la relativa solitudine della lavoratrice e del lavoratore autonomi costretti, come la maggioranza dei cittadini, nel chiuso delle abitazioni, ma in molti casi (e con debite eccezioni) privi di strutture istituzionali di gestione del rischio e delle sue ricadute economiche, così come di strutture di rappresentanza collettiva idonee a svolgere un ruolo nella gestione dell'emergenza. Condizione che è esemplificata da tante singole storie di confronto con lavoratori dipendenti, magari operanti nel medesimo contesto produttivo, dove alla protezione dei primi, derivante dal sistema degli ammortizzatori sociali e dal blocco dei licenziamenti *ex art.* 46, d.l. n. 18/2020, ha corrisposto spesso l'interruzione delle commesse per i secondi.

In tale contesto è sorta una domanda generalizzata di tutela, tradottasi inevitabilmente e principalmente in provvidenze economiche, ridotte quantitativamente per limiti di finanziamento ed erogate sostanzialmente a pioggia, e cresciute secondo una tecnica di aggiunta progressiva di categorie di destinatari (dagli autonomi in gestione separata Inps, agli artigiani, commercianti ecc., ai lavoratori dello spettacolo e, infine, al tentativo di coprire gli «esclusi» con il fondo per il reddito di ultima istanza, sinora assorbito dalle

¹ Cavallini 2020, 3; Giacobbe G., Giacobbe D. 1995, 230. Il tema del rilievo del rischio, sul piano giuridico, è ovviamente assai più complesso: basti il richiamo a Perulli 1996.

provvidenze ai professionisti iscritti a casse di settore): modalità probabilmente necessitata dai tempi dell'urgenza e dalle difficoltà pratiche di qualsiasi alternativa più strutturata, ma che nello stesso tempo ne rivela la disorganicità e sembra persino destinata, paradossalmente, a creare reazioni di insoddisfazione e lamentele di 'abbandono' da parte dello Stato. Si tratta di lamentele che appaiono (comprensibilmente) incapaci, nella drammatica condizione di chi ha bisogno di aiuto, di una considerazione delle ragioni storiche delle differenze tra il sistema previdenziale del lavoro subordinato e il (poco) *welfare* per il lavoro autonomo (ragioni che peraltro includono, quali elementi non irrilevanti della debolezza di oggi, il minor peso nel tempo delle aliquote contributive, pur differenziate da categoria a categoria, così come i differenziati tassi di evasione fiscale rispetto al mondo del lavoro dipendente). Scontata la natura emergenziale e necessariamente improvvisata dell'intervento, quanto sta avvenendo nasconde elementi che dovranno dar luogo in futuro a una riflessione, allargata al mondo degli autonomi, sul «perenne fermento» del sistema previdenziale e di *welfare*, che in occasione della crisi pandemica ha visto un ennesimo «rimescolamento delle carte»², e sulle sue soluzioni.

Una cosa che appare fin d'ora chiara è la mancanza di elementi anche parziali di universalità delle protezioni, sia per le macroscopiche differenze di livelli di protezione tra un settore e l'altro, sia per le inevitabili esclusioni che una tecnica di protezione per soggetti e settori lascia sul campo (per fare due esempi: le lavoratrici e i lavoratori domestici, tra i dipendenti; i *free-lance* che percepiscono esclusivamente reddito da diritto d'autore, tra gli autonomi)³.

² Cinelli 2020, 1.

³ V. la segnalazione e relativa proposta correttiva di Acta, Associazione Consulenti del Terziario Avanzato (<https://www.actainrete.it/2020/04/17/sci-proposte-per-uscire-dallemergenza/>).

2. Frammentazione tipologica e di discipline nel mondo dei lavoratori autonomi

Come già accennato, i lavoratori autonomi sono inquadrabili secondo una serie ampia ed eterogenea di fenomeni reali, tipologie contrattuali e relative discipline, il che comporta possibili differenze anche sul piano delle tutele, contrattuali e di *welfare*.

A costo di tracciare una descrizione un po' scontata, comunque sintetica, si ritiene utile distinguere in primo luogo i lavoratori autonomi che operano nei confronti di una pluralità di committenti/clienti: dalle figure classiche dei liberi professionisti iscritti agli ordini o registri professionali, agli agenti e rappresentanti, agli artigiani, commercianti, coltivatori diretti, ai professionisti «non ordinisti» che, appunto, offrono le proprie prestazioni sul mercato a un numero indistinto e variabile di clienti. È con riguardo a quest'ultima categoria che nella vulgata giornalistica si parla delle 'partite Iva', con semplificazione tecnicamente non corretta sia per il nullo valore definitorio del regime fiscale (che appartiene agli effetti della fattispecie sul terreno degli obblighi tributari, e non agli elementi della sua qualificazione) sia perché, ovviamente, l'obbligo della titolarità di una posizione Iva riguarda in generale non solo questi ma tutti i soggetti che svolgono *abitualmente* attività di lavoro autonomo (salvo coloro che intrattengano una collaborazione coordinata e continuativa che non si inquadri in una più ampia attività professionale).

Ai fini della normativa emergenziale Covid-19 assume rilevanza centrale l'inquadramento a fini previdenziali, con la distinzione tra i lavoratori iscritti alle gestioni speciali Inps per artigiani, commercianti, coltivatori diretti, mezzadri e coloni, i professionisti iscritti agli enti di diritto privato di previdenza obbligatoria (casce previdenziali), infine i professionisti non ordinisti e i collaboratori coordinati e continuativi (non professionisti) iscritti alla gestione separata Inps istituita dall'art. 2, c. 26, l. n. 335/1995.

Tutti costoro stipulano (spesso informalmente) contratti di prestazione d'opera *ex art. 2222 e 2229 ss. c.c.*, eventualmente nella forma delle collaborazioni continuative *ex art. 409, n. 3, c.p.c.* (o delle collaborazioni di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, di cui *infra*). In questo mondo, come noto, sono molto cresciute negli anni le figure di lavoratori autonomi che operano prevalentemente, se non esclusivamente, per una impresa o altro soggetto professionale (o per le pubbliche amministrazioni), con un rapporto di mono-committenza che contribuisce a definirli come lavoratori autonomi economicamente dipendenti⁴, e ciò a prescindere dal fatto che la tipologia contrattuale concretamente utilizzata sia quella della collaborazione continuativa o quella della collaborazione professionale.

Va peraltro osservato che, superando la radicata idea di una naturale posizione di (relativa) forza per i lavoratori autonomi di prima generazione, anche nel mondo delle professioni classiche è da tempo emerso il fenomeno dei professionisti coinvolti in relazioni di mercato che, al di là della formalizzazione contrattuale come collaborazione professionale, si concretano spesso in collaborazioni continuative in condizioni di dipendenza economica, ma anche in forme di collaborazione che oggi diremmo etero-organizzate (*ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015*), quando non in situazioni di vera e propria subordinazione⁵.

Se il mondo così sommariamente descritto è sottoposto a una varietà di discipline riguardanti molteplici aspetti, quali l'esercizio della professione (ad es. per le cd. professioni protette), la posizione previdenziale pensionistica, altri aspetti previdenziali o di si-

⁴ Per tutti Pallini 2013.

⁵ Tanto da giustificare, con riguardo al settore della professione legale, la recente presentazione alla Camera dei deputati di un d.d.l. (n. 428) che trae origine da una proposta della Cgil diretta ad abolire la disciplina dell'art. 19, l. n. 247/2012 che dispone l'incompatibilità tra professione forense e rapporto di lavoro subordinato.

curezza sociale (tutele per la maternità, malattia, assicurazioni per infortuni e malattie professionali, sicurezza sul lavoro, ecc.), sul piano civilistico i rapporti di lavoro autonomo sono tuttora affidati alle regole generali del diritto dei contratti e alle poche disposizioni del codice civile sul contratto d'opera (salvi i contratti disciplinati nel Libro quarto c.c.). A tale cornice si sono aggiunti in tempi recenti i due importanti interventi riconducibili al complessivo progetto del «*Jobs Act*»: l'intervento sulla figura delle collaborazioni coordinate e continuative cd. etero-organizzate, per le quali l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 ha previsto, salve alcune eccezioni, l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato (norma assunta a notorietà sull'onda della discussa vicenda giudiziaria dei «rider», e poi significativamente modificata dalla l. n. 128/2019)⁶; la l. n. 81/2017 (cd. Statuto del lavoro autonomo) la quale, oltre a una serie di disposizioni di sostegno della condizione del lavoratore, incide sul rapporto col committente nella prospettiva della tutela contro posizioni o pratiche di abuso dominante⁷.

Sul quadro descritto interviene la normativa emergenziale di gestione della pandemia, la quale, va detto subito, per il lavoro autonomo si limita a disciplinare aspetti esterni al contratto (salvo qualche effetto indiretto), a differenza di quanto avviene per il lavoro subordinato sui terreni della sospensione del rapporto (disciplinando gli ammortizzatori sociali a «causale Covid»), dei congedi, della malattia, del recesso.

3. Le previsioni del decreto «Cura Italia» per i lavoratori autonomi

Il d.l. n. 18/2020 (anticipato per alcuni aspetti dal d.l. n. 9/2020, art. 16, per i soli lavoratori operanti nelle vecchie «zone

⁶ Riassuntivamente Perulli 2020.

⁷ Fiorillo, Perulli 2018.

rosse») prevede per gli autonomi una serie di misure di sostegno economico, diretto o indiretto: misure certamente insufficienti per chi eventualmente perda o riduca fortemente il proprio reddito, ma che scontano, da un lato, un problema di finanziamento, dati i numeri potenzialmente elevati dei beneficiari e la natura integralmente assistenziale delle misure; dall'altro, le difficoltà di concepire misure adatte e specifiche per un mondo così variegato, in assenza di una esperienza applicativa consolidata quale è quella degli ammortizzatori per i dipendenti.

La misura più significativa è la previsione di una indennità economica, esente da imposizione fiscale e previdenziale, erogata alla generalità dei lavoratori autonomi iscritti alla gestione separata Inps (art. 27) e alle gestioni speciali del medesimo istituto (artigiani, commercianti, coltivatori diretti, mezzadri e coloni) (art. 28). Se l'art. 16 del d.l. 9 (con previsione confermata nell'art. 44-*bis* del d.l. 18) aveva previsto, per i lavoratori autonomi delle zone rosse, un'indennità pari a 500 euro, per un massimo di tre mesi, l'art. 27 d.l. 18 quantifica l'indennità in 600 euro, limitandola al mese di marzo⁸. L'indennità viene poi estesa dall'art. 96 ai rapporti di collaborazione degli enti dello sport e delle società e associazioni sportive dilettantistiche.

L'indennità non è condizionata a presupposti quali la perdita o riduzione del lavoro o a limiti di reddito. Il campo di applicazione è limitato ai professionisti e collaboratori iscritti alla Gestione separata Inps e alle altre gestioni speciali, purché non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie (quindi ne sono esclusi i professionisti iscritti ad albi e relative casse che siano anche titolari di una co.co.co., come può capitare per i titolari di cariche sociali).

La disciplina in esame prevede che l'indennità sia erogata dal-

⁸ Al momento in cui si scrive ne è annunciata la proroga per un ulteriore periodo.

l'Inps nei limiti di spesa definiti dalle fonti istitutive, disponendosi che oltre tali limiti non possano essere accolte altre domande. Pur essendo probabile un rifinanziamento della misura, tale aspetto rischia di produrre conseguenze inique, poiché il solo criterio cronologico di presentazione della domanda cozza inevitabilmente con esigenze di equa distribuzione in relazione alla diversa condizione di bisogno (livello di reddito, sussistenza o meno di sua riduzione, consistenza del nucleo familiare ecc.). La tecnica non è nuova e ha sollevato condivisibili critiche quanto alla sua tenuta costituzionale, ritenendosi che il bilanciamento con le esigenze finanziarie debba essere operato nella fase decisionale delle misure di assistenza o previdenza, e dei relativi criteri attuativi, laddove «una volta stabilito che un determinato evento genera un bisogno» e «individuata la platea dei soggetti che subendo quell'evento si trovano nella situazione di poter usufruire delle prestazioni», l'esclusione per esaurimento dei fondi genera una intollerabile disparità di trattamento tra soggetti che si trovano nella medesima situazione e la violazione del diritto alla previdenza e all'assistenza⁹.

Il primo *Report* dell'Inps sull'accesso all'indennità, dell'8 maggio 2020, fornisce dati quantitativi interessanti sulle domande presentate (una sorta di mappa del bisogno), di cui circa 744.000 da parte degli iscritti in gestione separata (mentre il numero più elevato è ovviamente quello degli autonomi delle gestioni speciali, più di 2.800.000). La distribuzione geografica dei richiedenti (iscritti in gestione separata) vede una punta assoluta in Lombardia (oltre 82.000), seguita dal Lazio (circa 52.000) e a distanza altre regioni; la distribuzione di genere vede prevalere le donne sia pure di poco (unico caso rispetto alle altre categorie di beneficiari delle indennità, compresi lavoratori agricoli, stagionali e dello spettacolo), mentre sul piano anagrafico la concentrazione più elevata è tra i 30 e i 49 anni (seguita dagli ultracinquantenni).

⁹ Bonardi 2015.

Una seconda forma di sostegno prevista dal d.l. 18 (art. 23) – nuovamente per i soli lavoratori autonomi iscritti all’Inps (gestione separata e altre gestioni) – è il congedo per lavoratrici e lavoratori autonomi genitori di figli di età non superiore ai 12 anni: per una durata fino a un massimo di 15 giorni, viene riconosciuta una indennità, per ciascuna giornata indennizzabile, calcolata con criteri diversi tra gestione separata e gestioni speciali¹⁰. La previsione sembra avere una ricaduta anche sul piano contrattuale: il riferimento della disposizione al «diritto a fruire ... di uno specifico congedo» (ripetendo l’espressione utilizzata poco sopra per i lavoratori dipendenti) fa ritenere che l’interruzione della prestazione di lavoro autonomo in tale periodo e l’eventuale ritardo di esecuzione che ne consegua non possano essere considerati dal committente come inadempimento (mentre sul piano del corrispettivo dovrà valutarsi se lo stesso sia rapportato al tempo, conseguendone la riduzione, o al risultato, conseguendone in tal caso soltanto l’eventuale spostamento nel tempo: eventi in entrambi i casi compensati dall’indennità prevista dall’inedito istituto).

Detto congedo può essere convertito in un *bonus* per l’acquisto di servizi di *baby-sitting*, nel limite massimo di 600 euro. Il decreto prevede peraltro che quest’ultimo bonus possa essere riconosciuto anche ai lavoratori autonomi non iscritti all’Inps, subordinatamente alla comunicazione da parte delle rispettive casse previdenziali del numero dei beneficiari.

Ancora per i (soli) collaboratori autonomi coordinati e continuativi, si segnala (art. 33) la concessione di termini più ampi per la richiesta di accesso alla specifica prestazione per la disoccupazione involontaria disciplinata dal d.lgs. n. 22/2015 (Dis-coll), termini estesi da 68 a 128 giorni per gli eventi di cessazione involontaria dall’attività lavorativa verificatisi per tutto il 2020 (quindi retroattivamente dal 1° gennaio).

¹⁰ In proposito si veda anche il contributo di Calafà in *q. vol.*

I descritti interventi (salvo il *bonus* per servizi di *baby-sitting*) sono riservati ai lavoratori autonomi iscritti all'Inps, rimanendone fuori l'ampia platea dei professionisti iscritti ai vari ordini e albi professionali. Tale scelta può essere in parte giustificata, oltre che da problemi di spesa, dalla storica differenza della condizione sociale dei professionisti, che in molti casi hanno costruito nel tempo propri sistemi assicurativi o assistenziali. Tuttavia, anche dal mondo dei professionisti è sorta una forte domanda di un intervento di carattere assistenziale, risultando evidentemente insufficienti le misure disposte dalle casse di settore¹¹. D'altronde sono ormai numerosi (pur al netto di quote probabilmente ancora significative di redditi non dichiarati) i segnali di un tendenziale impoverimento delle professioni, o per lo meno della crescente diffusione anche in tali ambiti di condizioni di difficoltà e di debolezza economica, nel rapporto con committenti forti (grandi imprese, studi professionali strutturati, ecc.), o ancora di impoverimento professionale ed economico per condizioni generali di mercato.

Tale spinta ha condotto a dirottare di fatto sul mondo dei professionisti lo strumento del «Fondo per il reddito di ultima istanza a favore dei lavoratori danneggiati dal virus Covid-19», di cui all'art. 44 del d.l. 18, istituito per garantire misure di sostegno al reddito per i lavoratori dipendenti e autonomi che in conseguenza dell'emergenza epidemiologica «hanno cessato, ridotto o sospeso la loro attività o il loro rapporto di lavoro» (e che non risultano coperti dagli altri ammortizzatori sociali o istituti disciplinati dal decreto). La norma prevedeva che una «eventuale quota» del fi-

¹¹ Le casse previdenziali hanno messo in campo una serie di misure, normalmente riguardanti il rinvio dei termini di pagamento dei contributi obbligatori, bandi per contributi per i canoni di locazione degli studi, misure assicurative o indennità aggiuntive per la malattia da Covid; in qualche caso, come quello dell'ente previdenziale dei medici, è stata prevista una indennità economica aggiuntiva autofinanziata.

nanziamento posto su tale istituto potesse essere destinata «in via eccezionale, in considerazione della situazione di emergenza epidemiologica, al sostegno del reddito dei professionisti iscritti agli enti di diritto privato di previdenza obbligatoria»¹². Al momento in cui si scrive l'unico decreto attuativo dell'istituto è proprio quello interministeriale del 28 marzo 2020 sulle modalità di attribuzione dell'indennità in favore dei professionisti iscritti alle casse di previdenza. A differenza di quanto previsto per gli iscritti alla gestione separata, e ragionevolmente, è qui previsto un duplice limite di reddito per il richiedente (35.000 e 50.000 euro, riferiti all'imponibile del 2018), stabilendosi per la fascia più elevata l'ulteriore requisito di una sospensione o riduzione dell'attività che abbia prodotto una riduzione del reddito di almeno il 33% nel primo trimestre 2020, rispetto allo stesso periodo del 2019.

Infine, un ulteriore intervento assistenziale di carattere generale (art. 54) è l'ammissione ai benefici del Fondo solidarietà mutui «prima casa», che viene esteso anche ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti che autocertifichino in un trimestre successivo al 21 febbraio 2020 un calo del proprio fatturato superiore al 33% del fatturato dell'ultimo trimestre 2019, quale conseguenza della chiusura o riduzione della propria attività per effetto delle disposizioni adottate nell'emergenza dalle pubbliche autorità.

4. Salute e sicurezza

La protezione della salute delle persone che lavorano assume ovviamente rilevanza centrale in tutta la disciplina dell'emergenza. Non potendosi qui riprendere una tematica tanto complessa¹³,

¹² Avvocati, dottori commercialisti, geometri, ingegneri e architetti, notai, ragionieri e periti commerciali, agenti e rappresentanti, consulenti del lavoro, medici, farmacisti, veterinari, giornalisti.

¹³ V. Giubboni 2020 e Natullo in *q. vol.*

conta cercare di delineare in che termini la stessa investa i lavoratori autonomi la cui condizione, anche sotto questo profilo, è nuovamente differenziata in relazione ai diversi inquadramenti contrattuali e previdenziali.

Una questione centrale riguarda le conseguenze del contagio da virus per le quali il d.l. 18, come è stato detto, conferma la scelta di «socializzazione delle conseguenze economiche della pandemia»¹⁴. L'art. 42 dispone, ove pure fosse necessario, che i casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro costituiscono infortunio indennizzabile ai fini delle prestazioni Inail. Tale disciplina, pacificamente, si applica anche ai lavoratori autonomi «parasubordinati» (così si esprime l'art. 5 d.lgs. n. 38/2000), intendendosi per tali le collaborazioni coordinate e continuative come definite dall'art. 53 Tuir (purché non svolte nell'ambito di una più ampia attività professionale). La circolare Inail n. 13/2020 ha chiarito che devono considerarsi tutelati in primo luogo gli operatori sanitari, esposti a un rischio di contagio di livello tale da considerarsi rischio specifico, concludendo dunque per la sussistenza di una presunzione semplice dell'origine professionale del contagio. Tale presunzione opererebbe anche per altre attività lavorative che comportano un contatto costante con il pubblico (front-office, cassieri, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali, ecc.), mentre per ogni altro caso la tutela Inail sarebbe subordinata alla prova del contagio in occasione di lavoro su base epidemiologica, clinica, anamnestica e circostanziale¹⁵.

Tale disciplina assume dunque rilevanza centrale per tutti i col-

¹⁴ V. Giubboni 2020, 12.

¹⁵ Ritene invece che il senso della disposizione sia stabilire una presunzione di origine professionale del contagio per tutti coloro che hanno continuato a prestare la loro opera (non da remoto) durante la fase emergenziale, che è di per sé fattore di aggravamento del rischio di contagio, Giubboni 2020, 15. Sul tema si rinvia anche a Ludovico in *q. vol.*

laboratori autonomi (coordinati e continuativi) che sono chiamati a operare nell'ambito dei servizi sanitari e altri servizi essenziali, tra i quali certamente quelli di cui la stessa disciplina emergenziale ha disposto l'impiego al fine di rafforzare gli organici delle strutture sanitarie e dello stesso Inail (artt. 2-*bis* e 10 d.l. n. 18/2020). Almeno sotto questo profilo, il lavoro fianco a fianco di dipendenti e collaboratori non vede riprodursi una differenza di trattamento che apparirebbe ancora più odiosa: anche i collaboratori hanno perciò diritto a prestazioni quali, tra le altre, l'indennità giornaliera per inabilità temporanea assoluta, l'indennizzo per eventuali lesioni permanenti e, nei casi più tragici, le prestazioni per i superstiti. Il decreto precisa peraltro che le prestazioni sono erogate anche per i periodi di quarantena o di permanenza domiciliare dell'infortunato, che impediscono la ripresa del lavoro.

Qualora il contagio non sia qualificabile come infortunio, ma solo malattia, i collaboratori iscritti in gestione separata Inps hanno diritto a un'indennità economica per un massimo di un sesto della durata complessiva del rapporto di collaborazione, e comunque per almeno 20 giorni. Se il contagio comporta la degenza ospedaliera, spetta un'indennità per tutte le giornate di ricovero fino a un massimo di 180 giorni nell'anno solare. La misura di tali prestazioni è stata di recente elevata, grazie al d.l. n. 101/2019, così come è stato ridotto il requisito contributivo minimo necessario per averne diritto (ridotto a una mensilità nei 12 mesi precedenti la data di inizio della malattia o del ricovero).

I lavoratori autonomi diversi dai collaboratori coordinati e continuativi sono invece generalmente privi di specifiche tutele, se non quelle derivanti da provvidenze delle casse previdenziali di riferimento o da coperture assicurative private individuali o collettive, che in qualche caso sono previste come obbligatorie (ad es. la copertura assicurativa per infortuni per i collaboratori e praticanti degli avvocati e degli studi legali associati). L'eventuale protezione

riguardo al contagio da virus va ovviamente valutata in relazione alla specifica polizza o copertura.

Un discorso più complesso riguarda gli effetti della malattia sul rapporto contrattuale, e la connessione con eventuali obblighi di sicurezza e responsabilità del committente.

L'art. 14 della l. n. 81/2017 prevede che la malattia del lavoratore autonomo che presta attività in via continuativa non comporti l'estinzione del rapporto e il lavoratore può chiedere la sospensione dell'esecuzione del contratto per un periodo non superiore a 150 giorni (per anno), senza diritto al corrispettivo, salvo che il committente provi il venire meno dell'interesse alla continuazione del rapporto. Un caso specifico si pone in questo frangente nell'ipotesi di lavoratore costretto in quarantena o in permanenza domiciliare fiduciaria, cioè nei casi dall'art. 1, c. 2, lett. h) e i) del d.l. n. 6/2020. L'art. 26 del decreto «Cura Italia» ha dettato specifiche disposizioni per equiparare tali periodi alla malattia o al ricovero, a seconda dei casi e dei soggetti interessati; tuttavia, se in prima battuta ci si poteva interrogare sulla possibilità di estendere l'equiparazione agli autonomi, in sede di conversione in legge è stato precisato che la stessa si riferisce ai soli lavoratori dipendenti. Rimane la possibilità, in base a una concezione delle regole contrattuali ispirata a principi di solidarietà sociale (sulla quale tornerò tra poco), di invocare gli eventi di quarantena o permanenza domiciliare come ipotesi ovviamente incolpevoli di mancata prestazione (salvo, ovviamente, che la stessa sia possibile da remoto) con diritto alla sospensione della relazione contrattuale salvo prova da parte del committente dell'oggettiva impossibilità di una esecuzione ritardata.

Quanto agli obblighi di protezione in capo al committente, se il T.U. n. 81/2008 prevede per l'impiego di lavoratori autonomi le sole disposizioni degli artt. 21 e 26, per i rischi correlati a prestazioni che si svolgono anche parzialmente negli ambienti di perti-

nenza del committente sembra pacifica in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale l'imprenditore deve preoccuparsi della pericolosità dei lavori affidati, indipendentemente dalla natura giuridica della relazione che intercorre con chi li esegue, estendendo quindi ad ogni tipo di lavoro i parametri di sicurezza stabiliti per i lavoratori subordinati (cfr. da ultimo Cass. Pen. 7.5.2020, n. 13856). L'eventuale inosservanza delle misure anti-contagio disposte dai provvedimenti adottati in relazione alla pandemia così come dai protocolli raggiunti con le parti sociali, e delle cautele che possono ricondursi al generale obbligo di sicurezza, potrà rilevare sul piano della responsabilità civile del committente nei confronti del collaboratore autonomo, anche non parasubordinato e indipendentemente dall'applicabilità (anzi a maggior ragione in assenza) delle tutele Inail.

Un obbligo di sicurezza ancora più esteso, in quanto idoneo a proiettarsi sull'intera attività del lavoratore autonomo, anche oltre i confini dell'ambiente di lavoro del committente, sussiste ai sensi dell'art. 47 *septies* d.lgs. n. 81/2015 per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni attraverso piattaforme anche digitali (i famosi *rider*), che secondo la migliore dottrina deve considerarsi esteso all'applicazione dell'intero T.U. del 2008¹⁶. Cosa che, a maggior ragione, deve ritenersi ove i lavoratori siano qualificabili come collaboratori etero-organizzati ai fini dell'art. 2, c. 1, con applicazione diretta dell'intera disciplina del lavoro subordinato: prospettiva adottata dai primi provvedimenti giudiziari in materia, relativi proprio a casi di *rider* che i Tribunali hanno ricondotto, sulla scorta di Cass. 24.1.2020, n. 1663, alla disposizione sulle collaborazioni etero-organizzate, così applicando integralmente la disciplina della sicurezza e ordinando al committente il rispetto delle prescrizioni per l'attività degli operatori e la consegna

¹⁶ Perulli 2020, 18.

di dispositivi di protezione contro il contagio (a tutela, peraltro, anche degli utenti del servizio a domicilio)¹⁷.

5. Regole del contratto ed emergenza pandemica, tra rischio e diritto solidale

Resta da dire per cenni (anche se il tema meriterebbe riflessioni ben più approfondite, non consentite dallo spazio di questo intervento) delle conseguenze dei diversi eventi dell'emergenza Covid sulla funzionalità del contratto di lavoro e delle relative obbligazioni.

Tale ragionamento presuppone ovviamente la genuinità del rapporto di lavoro autonomo, laddove in difetto lo scenario è quello dell'eventuale riqualificazione del contratto come subordinato: riqualificazione che consentirebbe di accedere alle stesse tutele e ammortizzatori sociali previsti per i lavoratori dipendenti (o più probabilmente, di fatto, a una tutela risarcitoria per l'avvenuta esclusione da tali tutele). Su questo terreno, ben noto e che non richiede approfondimenti in questa sede, un ruolo importante viene oggi giocato dalle previsioni del già ricordato art. 2, d.lgs. n. 81/2015, che anche in assenza dei tradizionali indici di subordinazione consentono l'applicazione dell'intera disciplina del rapporto di lavoro dipendente (dunque anche quella emergenziale, compreso il divieto di licenziamento *ex art. 46 d.l. 18*)¹⁸ ai rapporti di collaborazione continuativi cd. etero-organizzati i quali, cioè, si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal

¹⁷ Trib. Firenze 1.4.2020, in *Newsletter Wikilabour* n° 7 del 6.4.2020 e Trib. Bologna 14.4.2020, in *Newsletter Wikilabour* n° 8 del 20.4.2020.

¹⁸ Per l'applicazione della tutela contro i licenziamenti economici ai collaboratori eteroorganizzati si v. Carabelli, Spinelli 2019, 98 ss. Sull'art. 46 del d.l. n. 18/2020 si rinvia al contributo di Gargiulo e Luciani in *q. vol.*; sia consentito anche il rinvio a Scarpelli, 2020.

committente, compresi i casi in cui ciò avvenga mediante piattaforme digitali.

Diversamente, e come già rilevato, l'assetto strutturale del rapporto di lavoro autonomo comporta che il rischio della (mancata) prestazione per causa non imputabile alle parti, che può derivare da eventi esterni come l'emergenza sanitaria e i connessi provvedimenti pubblici di limitazione delle attività e della circolazione, gravi sul prestatore/collaboratore, con relativa perdita del diritto al corrispettivo. Di contro, ovviamente, il collaboratore non potrà essere ritenuto responsabile della mancata prestazione e degli eventuali pregiudizi che ne derivino al committente, trattandosi di causa non imputabile.

Va peraltro osservato che il lavoratore autonomo, se il rapporto è genuino, può e deve autodeterminare le modalità della prestazione, il che comporta il diritto, ove concretamente possibile, di offrire lo svolgimento della prestazione con modalità alternative a quella eventualmente concordata dalle parti, ad esempio con modalità a distanza. Salvo che tale modalità determini una grave alterazione del risultato perseguito dal committente, un rifiuto dell'adempimento potrebbe essere considerato senza giustificazione, con diritto del prestatore al corrispettivo o ad analogo risarcimento. Medesimo discorso potrà farsi in caso di impossibilità parziale *ex art. 1464 c.c.*, ove la prestazione sia solo parzialmente impossibile (per la parte di opera che necessita della presenza fisica), con la conseguenza di consentire il parziale adempimento con proporzionale riduzione del corrispettivo, salvo che il committente dimostri di non avervi interesse.

Il tema probabilmente più critico è quello del recesso dalle collaborazioni continuative nel tempo, anche in assenza di impossibilità della prestazione, reso agevole dall'assenza di limiti legali a tale istituto (e salvi diversi accordi tra le parti). In merito, l'art. 3 della l. n. 81/2017 consente di sindacare la validità di clausole contrattuali che non prevedano un congruo preavviso, non di più.

Tuttavia, se pure manca per gli autonomi un provvedimento analogo al blocco dei licenziamenti disposto dall'art. 46 del d.l. 18 per i lavoratori subordinati (blocco tuttavia estensibile ai collaboratori etero-organizzati, per il tramite dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2018), non può ignorarsi che il sotto-sistema complessivo della disciplina emergenziale sembra orientato a favorire o determinare comportamenti socialmente responsabili, secondo una prospettiva di progressivo innesto del valore della solidarietà sociale nel diritto dei contratti, già da tempo elaborata nel dibattito civilistico e che nell'esperienza della pandemia può contribuire «alla costruzione di un diritto dei contratti più solidale»¹⁹. Si tratta peraltro della medesima prospettiva assunta dal più volte citato statuto del lavoro autonomo – l. n. 81/2017 – nell'applicare al mondo del lavoro autonomo regole e principi di contrasto alle pratiche di abuso di posizione dominante.

Ciò potrebbe consentire una valutazione dell'eventuale disdetta o recesso in termini di congruenza rispetto ai doveri di solidarietà sociale, almeno nei casi in cui sia possibile una manutenzione del contratto che non sacrifichi in modo significativo l'interesse del committente. In merito, si apre forse una strada per innovative elaborazioni giudiziarie degli equilibri e rimedi del contratto, alla ricerca di tutele di un contraente debole, come sono molti lavoratori autonomi, più esposto di altri alle drammatiche conseguenze dell'emergenza pandemica: strada che andrà percorsa fino in fondo, «di modo che il ricordo di questo terribile periodo non rimanga solo nei libri di storia ma sia presente anche nelle rassegne di giurisprudenza e renda concreta e operante la solidarietà sociale»²⁰.

¹⁹ Macario 2020; v. anche le considerazioni di Federico 2020, per il quale «con lo stato di emergenza della pandemia ogni povertà si fa più acuta ed ogni dignità più fragile», e tra queste quelle del contraente debole nel contratto.

²⁰ Macario 2020, 7.

Riferimenti bibliografici

- Bonardi O. (2015), *Ancora in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali*, in Camera dei Deputati, *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, 182.
- Carabelli-Spinelli, *La Corte d'appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *RGL*, II, 98 ss.
- Cavallini G. (2020), *Emergenza Covid e contratto di lavoro autonomo*, in *GC.com*, 18.3.2020.
- Cinelli M. (2020), *La previdenza che cambia: appunti su «relatività» e variazioni fisiognomiche dei diritti sociali*, in *RDSS*, n. 1, 1.
- Federico G. (2020), *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *QG*, 9 aprile 2020.
- Fiorillo L., Perulli A. (2018), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino.
- Giacobbe G., Giacobbe D. (1995), *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Il Codice Civile Commentario, Artt. 2222-2228* diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano.
- Giubboni S. (2020), *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *WP C S D L E "Massimo D'Antona" -IT - 417*.
- Macario F. (2020), *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, in *GC.com*, 17 marzo 2020.
- Natullo G. (2020), *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *WP C S D L E "Massimo D'Antona" -IT - 413*.
- Pallini M. (2013), *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, Padova.
- Perulli (1996), *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di Diritto civile e Commerciale* diretto da Cicu A., Messineo F., Mengoni L., Giuffrè, Milano.
- Perulli A. (2020), *Il diritto del lavoro «oltre la subordinazione»: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP C S D L E "Massimo D'Antona" -IT - 410*.
- Scarpelli F. (2020), *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *RIDL*, n. 2, in corso di pubblicazione.

*Vito Pinto**

Emergenza sanitaria e lavoro pubblico: una visione d'insieme

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le misure emergenziali per le cd. zone rosse. – 3. Le misure previste per le pp.aa. del restante territorio nazionale. – 4. La fase acuta dell'emergenza. – 5. Adempimento a distanza ed esonero dal lavoro. – 6. Procedimenti disciplinari, prove concorsuali e sicurezza nei luoghi di lavoro. – 7. Brevi considerazioni finali.

1. Introduzione

L'emergere e il progressivo diffondersi dell'infezione causata dal virus Sars-CoV-2 ha avuto un duplice impatto sulle pubbliche amministrazioni. Alcune di esse hanno registrato un subitaneo incremento della propria attività al punto che, in alcuni casi, è stato indispensabile procedere a un urgente potenziamento degli organici. Così è stato per gli enti più direttamente impegnati a fronteggiare la malattia (si pensi agli enti del Ssn o alle amministrazioni con compiti di protezione civile e di sicurezza pubblica) o le conseguenze economico-sociali derivanti dal blocco delle attività produttive. Le restanti amministrazioni, invece, hanno dovuto trovare un equilibrio tra la rarefazione dei contatti personali tra dipendenti, indispensabile a ridurre le occasioni di contagio, e l'altrettanto necessaria continuità dell'azione amministrativa e dell'erogazione di servizi. In sintesi, vi sono state amministrazioni

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Bari.

che hanno dovuto celermente predisporre per fronteggiare l'incremento dei bisogni e amministrazioni che si sono riorganizzate per ridurre l'attività amministrativa all'essenziale.

Per avere una visione d'insieme feconda del processo normativo che ha interessato queste ultime è necessario, pur nella sintesi imposta dall'occasione, tratteggiare anzitutto il suo sviluppo e, poi, dare conto delle questioni applicative più significative emerse in questo periodo. Soltanto all'esito di questa indagine sarà possibile valutare se la normazione dell'emergenza abbia davvero innescato un miglioramento organizzativo che conviene consolidare (e, se sì, con quali nuovi problemi giuridici) oppure se, come appare più probabile, essa non costituisca affatto un modello di intervento in grado di incidere positivamente sulla capacità amministrativa e sulla qualità del lavoro pubblico.

2. Le misure emergenziali per le cd. zone rosse

Com'è noto, le prime previsioni emergenziali hanno riguardato soltanto alcuni Comuni ricompresi nelle cd. zone rosse. Con riferimento a queste aree, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6¹, aveva previsto la possibilità che – con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – potessero essere disposte non soltanto la «chiusura o [la] limitazione dell'attività degli uffici pubblici», ma anche la «sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale» o la «sospensione o limitazione dello svolgimento delle atti-

¹ Convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e successivamente in larga parte abrogato dall'art. 5, c. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (in corso di conversione). Sulla base del d.l. n. 6/2020, sono stati successivamente adottati il d.P.c.m. 25 febbraio 2020, il d.P.c.m. 1° marzo 2020, il d.P.c.m. 4 marzo 2020, il d.P.c.m. 8 marzo 2020, il d.P.c.m. 9 marzo 2020, il d.P.c.m. 11 marzo 2020 e, da ultimo, il d.P.c.m. 22 marzo 2020.

vità lavorative nel comune o nell'area interessata» dalle misure sanitarie eccezionali «nonchè delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile»².

E, in effetti, già il primo dei d.P.c.m. adottati sulla base del decreto legge (e sostanzialmente contestuale ad esso) ha disposto sia la «sospensione delle attività degli uffici pubblici, fatta salva l'erogazione dei servizi essenziali e di pubblica utilità» (secondo modalità e limiti da precisare a cura dei Prefetti), sia la «sospensione delle procedure pubbliche concorsuali, indette e in corso nei comuni» inclusi nelle zone rosse³. Con l'ampliamento di queste ad opera del d.P.c.m. del 1° marzo, peraltro, è stato necessario rendere questa regola più elastica. Pertanto, sia questo decreto che il successivo dell'8 marzo hanno fatto salve le procedure concorsuali a condizione che i candidati potessero essere valutati «su basi curriculari e/o in maniera telematica».

Fin da questo primo periodo, tuttavia, la misura dall'impatto organizzativo maggiore è stata la chiusura degli uffici pubblici e il conseguente rallentamento dell'attività amministrativa. Come anticipato, il d.l. n. 6/2020 aveva previsto la possibilità che i successivi d.P.c.m. potessero disporre la sospensione di tutte le attività lavorative, senza precisare se prestate in favore di datori di lavoro privati o pubblici, salvo «specifiche deroghe»; deroghe che, per le attività lavorative concretamente disimpegnabili da remoto, avrebbero potuto riguardare anche «presupposti», «limiti» e «modalità di svolgimento del lavoro agile»⁴. Su questa base normativa, i d.P.c.m. del 23 e del 25 febbraio hanno attribuito ai da-

² V. l'art. 1, c. 2, rispettivamente lett. *k*, *g* e *o*, d.l. n. 6/2020.

³ Art. 1, c. 1, rispettivamente lett. *g* e *h*, d.P.c.m. 23 febbraio 2020.

⁴ Art. 1, c. 1, lett. *o*, d.l. n. 6/2020.

tori di lavoro «aventi sede legale o operativa» nelle zone rosse o anche altrove, ma limitatamente ai propri dipendenti residenti o domiciliati nelle medesime zone e impossibilitati ad allontanarsi da esse, di disporre l'esecuzione da remoto delle prestazioni di lavoro «anche in assenza degli accordi individuali» indispensabili ai sensi della legge n. 81/2017⁵.

3. Le misure previste per le pp.aa. del restante territorio nazionale

La prima sollecitazione alla riorganizzazione del lavoro, esplicita per quanto non vincolante, è stata data alle amministrazioni dell'intero territorio nazionale dal Ministro della Pubblica Amministrazione già il 25 febbraio⁶. L'intento era, dichiaratamente, quello di garantire la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro e, a questo fine, la Direttiva forniva alcuni «indirizzi operativi di carattere anche precauzionale». In particolare, pur confermando «la normale apertura degli uffici pubblici e il regolare svolgimento di tutte le proprie attività istituzionali», la Direttiva sollecitava le dirigenze a esercitare i propri «poteri datoriali» in modo da diradare la presenza negli uffici di particolari categorie di lavoratori (portatori di patologie che espongono maggiormente al contagio, pendolari che si avvalgono di servizi pubblici di trasporto, persone gravate dalla cura di figli in età prescolare in caso di contrazione dei servizi dell'asilo nido e della scuola dell'infanzia); e a «potenziare il ricorso al lavoro agile, individuando modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura con riferimento al personale complessivamente inteso, senza di-

⁵ Così, in particolare, l'art. 2, c. 1, d.P.c.m. 25 febbraio 2020 (che ha sostituito, dopo soli due giorni di vigenza, l'art. 3, c. 1, d.P.c.m. 23 febbraio 2020).

⁶ Con la Direttiva n. 1.

stinzione di categoria di inquadramento e di tipologia di rapporto di lavoro». Ulteriori indicazioni operative, poi, riguardavano l'accesso del pubblico agli uffici al fine di evitare sovraffollamenti; l'espletamento dei concorsi già banditi e in fase di svolgimento; l'organizzazione di riunioni e la frequenza di attività formative; la riduzione delle trasferte a quelle istituzionalmente «indispensabili o indifferibili»; fino all'adozione di turnazioni per la fruizione dei servizi di mensa.

Tutte misure di buon senso che, come precisato dalla stessa Direttiva, avrebbero potuto essere autonomamente adottate dalle dirigenze. Anzi, esse avrebbero dovuto essere prudenzialmente adottate ad iniziativa dei dirigenti posto che l'art. 2087 c.c. impone l'adozione di precauzioni anche quando le condizioni di lavoro siano prevedibilmente – ancorché solo potenzialmente – pericolose in ragione di fattori «esogeni»⁷.

Sta di fatto che, in seguito, quasi tutte le indicazioni operative contenute nella Direttiva sono state trasfuse nei decreti presidenziali di contrasto all'emergenza. Il legislatore, d'altra parte, è intervenuto a semplificare le procedure di acquisto di pc e *tablet* per tentare di rimuovere uno degli ostacoli maggiori alla diffusione del lavoro agile nelle pp.aa., vale a dire l'indisponibilità dei dispositivi da assegnare ai lavoratori⁸.

4. La fase acuta dell'emergenza

La prima vera pressione verso una riorganizzazione del lavoro pubblico, tuttavia, è stata indiretta ed è derivata dalla sospensione

⁷ Quali, ad esempio, le condotte dolose di terzi: v., tra le più recenti, Cass. 18 novembre 2019, n. 29879; Cass. 28 ottobre 2016, n. 21901; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3424 (tutte in *DeJure.it*). In dottrina, spec. Angelini, Lazzari 2019, 73 ss. e Carinci 2020, 6.

⁸ V. l'art. 18, d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (decreto integralmente abrogato dall'art. 1, c. 2, legge 24 aprile 2020, n. 27).

delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado⁹. La consolidata disattenzione pubblica per le famiglie quali luoghi di definizione della forza lavoro, infatti, ha comportato che le necessità di cura conseguenti alla chiusura delle scuole determinassero per molte/i dipendenti l'urgenza di assentarsi dal lavoro. Problema organizzativo e gestionale di dimensioni importanti, solo parzialmente e temporaneamente risolto qualche giorno dopo con il riconoscimento, ai dipendenti sia privati¹⁰ che pubblici¹¹, di un congedo speciale per provvedere alla cura dei «figli di età non superiore ai 12 anni» e di un diritto di astensione dal lavoro per provvedere alla cura di figli di età inferiore ai 17 anni. La genesi del problema spiega anche la peculiarità di questi diritti, fruibili «retroattivamente» proprio a partire dal primo giorno di chiusura delle scuole.

È qui l'inizio della fase più complessa dell'emergenza. Solo in seguito saranno estese all'intero territorio nazionale le severe misure sanitarie già disposte per le zone rosse¹², rese ancora più stringenti nel volgere di un paio di giorni¹³. Nel nuovo assetto regolativo, in particolare, saranno sospese le procedure concorsuali¹⁴, sarà «raccomandata» (anche ai datori di lavoro privati) la ricerca di ogni possibile giustificazione delle assenze dal lavoro¹⁵ e sollecitata una revisione interna alle pp.aa. che rendesse «ordinaria» la

⁹ Disposta dall'art. 1, lett. *d*, d.P.c.m. 4 marzo 2020.

¹⁰ V. l'art. 23, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. in legge 24 aprile 2020, n. 27.

¹¹ V. l'art. 25, d.l. n. 18/2020.

¹² V. l'art. 1, c. 1, d.P.c.m. 9 marzo 2020 il quale, appunto, ha esteso le misure previste dal d.P.c.m. 8 marzo 2020 (a sua volta sostitutivo dei d.P.c.m. del 1° e del 4 marzo precedenti: v. l'art. 5, c. 3).

¹³ Cfr. il d.P.c.m. 11 marzo 2020, che ha disposto il cd. *lockdown* e, in ragione di esso, la cessazione dell'efficacia delle misure contenute in entrambi i d.P.c.m. dell'8 e del 9 marzo «ove incompatibili con le [nuove] disposizioni».

¹⁴ Disposta dall'art. 1, c. 1, lett. *m*, d.P.c.m. 8 marzo 2020.

¹⁵ V. l'art. 1, c. 1, lett. *e*, d.P.c.m. 8 marzo 2020.

prestazione lavorativa a distanza e diradata la presenza fisica negli uffici¹⁶. Si tratta di previsioni che confluiranno nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e che, grazie alla legislazione, acquisiranno una relativa stabilità nonostante il flusso normativo segua tuttora dinamicamente l'andamento del contagio¹⁷.

5. Adempimento a distanza ed esonero dal lavoro

L'impianto regolativo contenuto nel d.l. n. 18/2020 è inevitabilmente centrato sul cambiamento delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

Pur consapevole del rischio di un rallentamento delle attività istituzionali ulteriore rispetto a quello già in atto¹⁸, il legislatore stabilisce che – «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-2019»¹⁹ – l'adempimento a distanza, ossia mediante l'impiego di strumenti informatici e collegamenti telematici, debba costituire la normalità e che è ammessa la presenza

¹⁶ Cfr. l'art. 1, c. 1, n. 6, d.P.c.m. 11 marzo 2020. Su queste misure v. anche la Direttiva Min. Pubbl. Amm. 12 marzo 2020, n. 2.

¹⁷ Attualmente, la base legislativa che consente al Presidente del Consiglio di adottare le misure sanitarie urgenti è costituita dal d.l. n. 19/2020. Fino al 3 maggio 2020, tali misure sono state adottate con d.P.c.m. 1° aprile 2020, 10 aprile 2020 e 26 aprile 2020 (ciascuno dei quali ha espressamente «sostituito» il precedente).

¹⁸ Al punto da sospendere tutti i termini relativi a procedimenti amministrativi per l'intero periodo dell'emergenza e da prorogare l'efficacia di certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati scadenti dal 31 gennaio al 15 giugno (v. l'art. 103, c. 1 – 2, d.l. n. 18/2020).

¹⁹ «Ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione» (art. 87, c. 1, d.l. n. 18/2020).

fisica dei dipendenti negli uffici (possibilmente a rotazione) soltanto per l'esecuzione di attività «indifferibili»²⁰. Un'indicazione sostanzialmente ribadita allorché, nell'apprestare la nuova base legislativa per l'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio, è stato previsto che tra le misure emergenziali vi possa essere anche la «limitazione della presenza fisica dei dipendenti negli uffici delle amministrazioni pubbliche, fatte comunque salve le attività indifferibili e l'erogazione dei servizi essenziali prioritariamente mediante il ricorso a modalità di lavoro agile»²¹.

Al netto di questa evitabile complicazione del quadro normativo, tuttavia, è opportuno intendersi sulla valenza normativa della disposizione. Per quanto il rischio di incorrere in gravi responsabilità e la paura del contagio abbiano generalmente messo d'accordo le parti sul ricorso al lavoro da remoto, infatti, non sono mancati conflitti e dissensi.

Orbene, la norma non attribuisce alla generalità dei dipendenti pubblici un diritto di svolgere la prestazione da remoto²², diritto riservato soltanto ai dipendenti immunodepressi o con disabilità grave nonché ai lavoratori che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona immunodepressa o con disabilità grave²³. La funzione della previsione in commento è, semplicemente, quella di specializzare gli obblighi di protezione previsti dall'art. 2087 c.c. rispetto all'emergenza sanitaria in corso; o, se si preferisce, di puntualizzare le condizioni in presenza delle quali l'amministrazione

²⁰ Art. 87, c. 1, d.l. n. 18/2020.

²¹ Cfr. l'art. 1, c. 1, lett. s, d.l. n. 19/2020.

²² *Contra* Paziienza 2020.

²³ Cfr. l'art. 39, c. 1 e 3, d.l. n. 18/2020. La disposizione specifica che il diritto di cui al testo è condizionato alla circostanza «che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione». Non ricorrendo la condizione, il principio di massima precauzione enucleabile dall'art. 2087 c.c. giustifica l'esonero dal servizio di questi lavoratori.

sarà contrattualmente responsabile di eventuali danni all'integrità fisica dei propri dipendenti.

Più articolato è il discorso circa un eventuale rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione secondo le nuove modalità. In effetti, legittimando il ricorso al lavoro da remoto a prescindere «dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81», il legislatore ha attribuito al datore di lavoro pubblico il potere di pretendere che l'adempimento della prestazione debba aver luogo al di fuori degli uffici²⁴. L'esercizio di un siffatto potere, tuttavia, non è soltanto condizionato dal contenuto dei compiti da disimpegnare e, pertanto, dall'oggettiva praticabilità di un'esecuzione per il tramite di mezzi informatici. È altresì necessario che l'amministrazione assegni al proprio dipendente gli strumenti di lavoro e sostenga gli eventuali costi (ad esempio, per i collegamenti telematici o per eventuali manutenzioni); e, soprattutto, che l'amministrazione abbia messo in condizioni il dipendente di acquisire le cognizioni indispensabili per utilizzarli. In caso contrario, il rifiuto del lavoratore è perfettamente legittimo. In particolare, e per quanto riguarda la strumentazione, è vero che, dopo aver semplificato le procedure di «fornitura di personal computer portatili e tablet»²⁵, il legislatore ha disposto che «la prestazione lavorativa in lavoro agile [potesse] essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente»²⁶. L'obiettivo così

²⁴ Questo è il tratto tipico del lavoro a distanza «emergenziale» che lo distingue sia dal lavoro agile di cui alla legge n. 81/2017, che dal telelavoro regolato dall'art. 4, l. n. 191/1998, n. 191, dal d.P.R. n. 70/1999 (nonché dall'accordo nazionale quadro 23 marzo 2000). In termini, Zoppoli, Monda 2020, par. 11; *contra*, Senatori 2020, 175.

²⁵ V., *supra*, nt. 8. Cfr., oggi, l'art. 87-*bis*, d.l. n. 18/2020 inserito in sede di conversione in legge n. 27/2020.

²⁶ Art. 87, c. 2, d. l. n. 18/2020. La previsione, peraltro, non comporta automaticamente l'esonero del datore di lavoro pubblico da qualsiasi responsabilità in

perseguito, però, era di privare le amministrazioni di un pretesto sulla cui base negare l'accesso al lavoro a distanza per quei lavoratori che ne avessero fatto spontaneamente richiesta e non, invece, di imporre ai lavoratori stessi l'obbligo di utilizzare mezzi propri per rendere la prestazione.

In questa sede, non è possibile analizzare le questioni emerse in ordine al trattamento giuridico-economico spettante ai lavoratori da remoto, ad iniziare dalla molto controversa conservazione dell'indennità sostitutiva del servizio mensa²⁷. Preme evidenziare, però, come l'impossibilità di eseguire la prestazione lavorativa da remoto tuttora non costituisca una ragione sufficiente per imporre al lavoratore la presenza in ufficio. In questo senso depongono la norma che «invita» esplicitamente le amministrazioni a gestire le assenze dei lavoratori mediante il ricorso a ferie pregresse, cessione di ferie pregresse tra dipendenti, congedi, riposi compensativi di ore lavorate in eccedenza (cd. banca ore) e ad «altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva»²⁸; e quella che permette, una volta esaurita ogni forma di riposo comunque denominata, all'amministrazione di «esentare il personale dipendente dal servizio» (con l'unico obbligo di motivare la decisione con riferimento alla posizione di ciascun dipendente esentato)²⁹.

ordine alla «sicurezza» e al «buon funzionamento degli strumenti tecnologici» (cfr. l'art. 18, c. 2, legge n. 81/2017): in termini, Zoppoli, Monda 2020, par. 11.

²⁷ Cfr. circ. Min. Pubbl. Amm. 1° aprile 2020, n. 2, p. 4.

²⁸ Art. 87, c. 3, d. l. n. 18/2020; cfr. anche l'art. 1, c. 1, lett. *bb*, d.P.c.m. 26 aprile 2020. La cessione delle ferie è regolata dall'art. 87, c. 4-*bis*, d.l. n. 18/2020.

²⁹ V., ancora, l'art. 87, c. 3, d. l. n. 18/2020. In un primo tempo, l'esonero dal servizio è stato riservato a chi, pur non malato, fosse impossibilitato a prestare servizio per ragioni di sanità pubblica: così l'ormai abrogato art. 19, c. 3, d.l. n. 9/2020. Quanto alla motivazione del provvedimento di esonero, essa dovrà essere ben articolata e circostanziata posto che un'esenzione ingiustificata dal servizio, con corresponsione al lavoratore del trattamento economico spettante, implica un danno erariale per l'amministrazione.

Peraltro, essendo il periodo di inesigibilità della prestazione (per *factum principis*) equiparato al «servizio», l'amministrazione resta obbligata alla corresponsione dell'intero trattamento economico (anche accessorio) con la sola eccezione dell'«indennità sostitutiva di mensa, ove prevista»³⁰.

6. Procedimenti disciplinari, prove concorsuali e sicurezza nei luoghi di lavoro

Il legislatore affida all'autonomia e alla capacità organizzativa di ciascuna amministrazione l'individuazione delle attività via via «indifferibili»³¹. Disponendo la sospensione dei termini dei procedimenti disciplinari pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente, tuttavia, implicitamente stabilisce che tali non possano essere tutte le attività successive alla contestazione di addebito³².

Ragioni di sanità pubblica, invece, sono alla base del differimento delle prove previste da procedure concorsuali e selettive – siano esse funzionali all'assunzione, al conferimento di incarichi o alle progressioni cd. verticali – diverse dalla valutazione esclusivamente curriculare qualora non possano essere svolte con modalità telematiche³³.

³⁰ Sul punto, v. la circ. Min. Pubbl. Amm. 1° aprile 2020, n. 2, p. 5.

³¹ La dinamicità di questa valutazione è ben espressa dalla Dir. Min. Pubbl. Amm. 4 maggio 2020, n. 3, p. 2, con riferimento alle necessità amministrative imposte dalla ripresa delle attività produttive, industriali e commerciali.

³² Cfr. l'art. 103, c. 5, d.l. n. 18/2020 come modificato dall'art. 37, c. 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (in corso di conversione).

³³ V. il combinato disposto dell'art. 87, c. 5, d.l. n. 18/2020, e dell'art. 4, c. 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 22. Sulla base dell'art. 1, c. 2, lett. *t*, d.l. n. 19/2020, il differimento è stato ulteriormente prorogato dall'art. 1, c. 1 lett. *q*, d.P.c.m. 26 aprile 2020.

La presenza fisica dei dipendenti sui luoghi di lavoro, infine, ha comportato per le amministrazioni la necessità di assumere una serie di decisioni in ordine, ad esempio, all'informazione dei lavoratori e alla consultazione dei rappresentanti sindacali, alle modalità di ingresso e uscita dai luoghi di lavoro, alle precauzioni igieniche, ai dispositivi di protezione individuale da fornire, alla pulizia e alla sanificazione degli ambienti di lavoro, alle modalità con cui disimpegnare le attività garantendo le distanze di sicurezza fino ai comportamenti da tenere nel caso in cui uno o più dipendenti mostrino sintomi di contagio.

I decreti presidenziali, per il vero, fin dall'inizio si sono spinti a imporre alcune misure di dettaglio. Anche il d.P.c.m. attualmente in vigore, ad esempio, obbliga le amministrazioni a mettere a disposizione dei dipendenti (ma anche al pubblico che accede agli uffici) soluzioni disinfettanti per l'igiene delle mani³⁴. Di ben più ampio respiro, invece, sono stati i due Protocolli – di identico contenuto – sottoscritti dalle organizzazioni sindacali con il Ministro della Pubblica Amministrazione proprio al fine dichiarato di orientare le decisioni delle amministrazioni pubbliche in questa delicatissima materia³⁵.

La questione più dibattuta del periodo, tuttavia, riguarda la sussistenza o no dell'obbligo di aggiornare il Documento di Valutazione dei Rischi. Nonostante la posizione contraria di alcune importanti amministrazioni, fondata sulla natura esogena del rischio biologico associato all'infezione rispetto all'ambito in cui operano i lavoratori³⁶, sussistono buone ragioni per ritenere che le cose

³⁴ Così, attualmente, l'art. 3, c. 1, lett. e, d.P.c.m. 26 aprile 2020.

³⁵ I due Protocolli «per la prevenzione e sicurezza dei dipendenti pubblici in ordine all'emergenza sanitaria da Covid 19» sono stati sottoscritti da Cgil, Cisl e Uil (il 3 aprile 2020) e da CSE, CIDA, COSMED e CODIRP (il successivo giorno 8).

³⁶ V. la nota del Direttore dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro ai dirigenti

stiano nel senso opposto³⁷. Com'è stato osservato³⁸, il d. lgs. n. 81/2008 impone al datore di lavoro di effettuare una «valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività»³⁹ e, coerentemente, descrive il Documento di Valutazione dei rischi come la «relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori durante l'attività lavorativa»⁴⁰. Sia il tenore testuale della legge, sia la funzione della valutazione dei rischi, insomma, rende necessario l'aggiornamento del Documento senza possibilità di distinguere tra rischio biologico endogeno e rischio biologico diffuso e incombente in modo pressoché indifferenziato su tutte le organizzazioni lavorative.

7. Brevi considerazioni finali

A questo punto, sono possibili alcune riflessioni conclusive.

Sul piano formale, e quindi dell'esercizio della funzione legislativa, la vicenda innanzi ricostruita dimostra come, anche nell'emergenza, sia stato seguito il consolidato schema dell'«amministrare per legge» (o per decreto) traducendo in norme generali e astratte indirizzi, indicazioni e decisioni che sarebbe stato op-

dell'amministrazione (prot. U.0000089.13-03-2020) circa la necessità di integrazione del DVR ai sensi dell'art. 271 d. lgs. n. 81/08. In dottrina, v. Pascucci 2019, 99 ss.

³⁷ V. la circolare della Direzione Generale della Prevenzione Sanitaria del Ministro della Salute del 29 aprile 2020, prot. 0014915-29/04/2020-DGPRE-DGPRE-P, in www.sicurezzaelavoro.org/wp-content/uploads/2020/05/medico_competente_29apr20.pdf, pp. 6-7; e la Dir. Min. Pubbl. Amm. n. 3/2020, p. 4.

³⁸ Lazzari 2020, 138-139 e Carinci 2020, 7-8; v. anche Natullo in *q. vol.*

³⁹ Art. 2, c. 1, lett. q, d.lgs. n. 81/2008.

⁴⁰ Art. 28, c. 2, lett. a, d.lgs. n. 81/2008 (ma v. anche il c. 1).

portuno riservare ad altre sedi. È un difetto della legislazione sul lavoro pubblico⁴¹, ma non solo⁴². Orbene, questo schema regolativo presuppone una diffidenza nelle capacità decisionali delle amministrazioni ma, in un perverso circolo vizioso, a sua volta ne disincentiva l'esercizio dal momento che aumenta inevitabilmente il peso e la pressione dei controllori interni ed esterni e, con essi, il rischio per le dirigenze di incorrere in responsabilità. Da questo punto di vista, insomma, non si è ancora preso coscienza che «la legislazione, nello Stato costituzionale, non è il mezzo per conferire forza di legge [...] a qualunque volontà»⁴³.

Sul piano sostanziale, l'emergenza pandemica ha notevolmente accentuato l'impegno del Consiglio dei Ministri e della relativa Presidenza nella produzione e modificazione di norme di carattere occasionale sottraendo tempo all'elaborazione di politiche di medio-lungo periodo. È difficile, insomma, pensare che nell'esondazione normativa di questo periodo convulso si celino nuove opzioni politiche in materia di lavoro pubblico. Soprattutto, è difficile credere che l'assetto normativo emergenziale abbia dato origine a un ripensamento organizzativo radicale, in grado di coniugare l'incremento della produttività del lavoro pubblico con la maggiore libertà dei dipendenti di disporre dei propri tempi di vita. A ben considerare, infatti, è stata la formidabile gravità delle circostanze a innescare e legittimare socialmente il massiccio ricorso delle amministrazioni al lavoro a distanza nonostante l'assenza di investimenti (nella sicurezza delle reti telematiche, nell'acquisto delle dotazioni informatiche, dei servizi e delle licenze); mentre il quadro regolativo ha permesso loro di esonerare dal ser-

⁴¹ Per ragioni di economia del discorso, sul punto sia consentito rinviare a Pinto 2016, 129 ss.

⁴² Cassese 2019, 4-5.

⁴³ Zagrebelsky 2018, 271.

vizio chi fosse privo delle cognizioni necessarie e, soprattutto, di non dover dare conto del possibile peggioramento dell'efficienza nella risposta alle domande sociali (essendo in questo periodo tollerato, anche legislativamente, un rallentamento dell'attività amministrativa). Se davvero si vorrà rendere stabile il lavoro da remoto anche nella fase successiva all'emergenza, quindi, saranno necessari risorse finanziarie adeguate, capacità organizzative e gestionali all'altezza del compito e un quadro regolativo idoneo a tutelare chi lavora⁴⁴.

Il lavoro da remoto, tuttavia, potrà al più garantire un recupero di efficienza laddove alle pubbliche amministrazioni è stata spesso rimproverata, a ragione, l'autoreferenzialità decisionale e l'incapacità di stabilire le priorità degli interventi o di rispondere tempestivamente alle domande sempre nuove provenienti dall'ambiente esterno. A questo proposito, non dovrà essere dimenticata la lezione più importante della crisi, che ha dimostrato in modo plastico quanto le amministrazioni pubbliche siano centrali nella vita del Paese. Con la consapevolezza che, se esse non saranno in grado di eguagliare il dinamismo della società, diventeranno una forza frenante nella ricostruzione che ci attende.

Riferimenti bibliografici

- Angelini L., Lazzari C. (2019), *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in <http://ojs.uniurb.it/index.php/dsl>, n. 2, 73 ss.
- Carinci M. T. /2020), *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in *Adapt, Working Paper*, n. 3, 1.
- Cassese S. (2019), *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *RTDP*, n. 1, 1 ss.

⁴⁴ Piuttosto semplicistico, pertanto, appare il quadro delle necessità delineato dalla Dir. Min. Pubbl. Amm. n. 3/2020, pp. 3-4.

- Lazzari C. (2020), *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in <http://ojs.uniurb.it/index.php/dsl>, n. 1, 136 ss.
- Pascucci P. (2019), *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra «raccomandazioni» e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in <http://ojs.uniurb.it/index.php/dsl>, n. 2, 99 ss.
- Pazienza L. (2020), *Il lavoro agile, c.d. smartworking, nel periodo di emergenza da coronavirus: forme di tutela del lavoratore dipendente*, in <http://ridare.it/articoli/quesiti-operativi/il-lavoro-agile-cd-smartworking-nel-periodo-di-emergenza-da-coronavirus>, 25 marzo 2020.
- Pinto V. (2016), *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in Nuzzo V., Iadicicco M. P., *Le riforme del diritto del lavoro: politiche e tecniche normative*, collana *Quaderno DLM*, n. 2, 107 ss.
- Senatori I. (2020), *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustizia Civile.com*, Speciale «Emergenza Covid-19. Uniti per l'Italia», n. 1, 169 ss.
- Zagrebelsky G. (2018), *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino.
- Zoppoli L., Monda P. (2020), *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, n. 2, in corso di stampa.

*Antonio Di Stasi**

La sicurezza del lavoro nella sanità
al tempo del Covid-19

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sul diritto ad astenersi dalla prestazione nel caso non sia garantita la sicurezza e la salute. – 3. Sul diritto al risarcimento del danno.

1. Premessa

Del *caos* normativo generato dalla pandemia si occupano i contributi che precedono a cui si rinvia¹. In questa parte si esaminano alcune questioni relative al personale di uno dei settori che ha sofferto di più, sia in termini di «penosità» ed intensità delle prestazioni lavorative, sia con riferimento al tragico conteggio degli ammalati e deceduti. Ed infatti i lavoratori della sanità, ma più in generale quelli del settore socio-sanitario, sono stati particolarmente esposti al rischio di ammalarsi, come ci riporta la cronaca², per cui le questioni che riguardano l'intero mondo del lavoro devono essere «attualizzate» e calate all'interno di una disciplina che tradizional-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università Politecnica delle Marche.

¹ In particolare si vedano i contributi di Pallante e Bellavista. Con riferimento alla circostanza che da anni il legislatore utilizza tecniche «scorrette», vuoi in relazione alla modalità di stesura delle norme (prolisse, descrittive) vuoi all'utilizzo della decretazione d'urgenza all'imporsi del legislatore «governativo» e delle tecniche «strabordanti», v. Arrigo 2018, 1 ss.

² Parla di un «quarto fattore di rischio evitabile» come la mancanza di informazioni e protezione insufficienti per gli operatori e il sistema sanitario Burigio 2020, ove sono riportati con dovizia numeri e riflessioni.

mente e per diversi aspetti può dirsi «speciale». Le riflessioni vengono declinate, con molte domande e dubitative risposte, in due grandi aree: quello del diritto prevenzionistico e quello risarcitorio.

2. Sul diritto ad astenersi dalla prestazione nel caso non sia garantita la sicurezza e la salute

Se è vero che per proteggere l'integrità fisica e psichica si rende necessario che siano innanzitutto forniti dispositivi di protezione individuale³, la prima domanda da porsi è se e quando il lavoratore, che presta l'attività in servizi pubblici essenziali quale è il sistema sanitario, possa ricorrere alla eccezione di inadempimento nel caso vengano violati dal datore di lavoro gli obblighi di sicurezza⁴, vuoi discendenti dall'art. 2087 c.c., vuoi dall'art. 44 del T.U. sulla sicurezza e dalla normativa emanata con fonti secondarie come il d.P.c.m. 11.3.2020 e successivi⁵.

³ Non andrebbe sottovalutato anche tutto il tema della organizzazione sanitaria e delle ricadute sulla salute dei lavoratori per regimi (straordinari) di orario, turni, riposi giornalieri e settimanali, alla luce dell'art. 1 del T.U. n. 81/2008 che definisce la salute quale stato di completo benessere fisico, mentale e sociale. Il profilo relativo alla prestazione di lavoro «sotto» il Covid-19 e le esigenze familiari è affrontato da Vitaletti 2020, 123 ss.

⁴ Si segnala che il sindacato confederale ha orientativamente e in via generale dato indicazioni per l'astensione dal lavoro tramite l'esercizio del diritto di sciopero invece che promuovere le dichiarazioni di astensioni per mancato rispetto dell'obbligo di sicurezza. Cfr. Ingraio 2020, 107 ss., la quale critica, condivisibilmente, la scelta delle organizzazioni sindacali di indire scioperi di protesta per mancato rispetto degli obblighi di sicurezza anziché proclamare l'astensione collettiva per autotutela da Coronavirus.

⁵ Vanno ulteriormente segnalate fonti di natura contrattuale come il Protocollo 14.3.2020 (e successive revisioni) stipulato dal Governo con le principali parti sociali utili per stabilire le condotte concrete che generano inadempienza. Per quanto riguarda la natura giuridica del Protocollo e il suo campo di applicazione v. Pascucci 2020, 73 ss.

Il tema è già specificatamente affrontato in questo volume⁶, per cui si ritiene sufficiente ricordare soltanto il brocardo *inadimplenti non est adimplendum*⁷ e invece concentrarci sulle problematiche relative a una eventuale eccezione sollevata dal lavoratore della sanità. Anzi, a tale riguardo, sembra a chi scrive particolarmente opportuno non riferirsi soltanto ai lavoratori degli ospedali o delle Asl, ma anche a tutti quelli che operano nel «mondo» socio-sanitario e quindi includendo anche i lavoratori, ad esempio, delle case di riposo⁸. Inoltre, le riflessioni dovrebbero essere centrate non soltanto sui sanitari in senso proprio, ma includere tutti i lavoratori che operano in tali luoghi e dunque oltre medici ed infermieri, anche, ad esempio, operatori socio-sanitari (cd. Oss), personale tecnico e delle pulizie⁹.

Nell'analisi del temperamento dei diritti costituzionalmente tutelati¹⁰ la domanda da porsi è: se l'art. 32 Cost. giustifica la prevalenza dell'affermazione della salute sull'art. 41 Cost., anche in considerazione del comma 2, secondo cui l'attività economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana¹¹, come

⁶ Si rinvia al saggio di Speziale in *q. vol.*

⁷ Poiché «il datore di lavoro è tenuto a predisporre un ambiente ed una organizzazione di lavoro idonei alla protezione del bene fondamentale della salute, funzionale alla stessa esigibilità della prestazione lavorativa, è possibile, per il prestatore di lavoro, eccipirne l'inadempimento e rifiutare la prestazione pericolosa ai sensi dell'art. 1460 c.c.» (cfr. Cass. 29.3.2019, n. 8911 ove si valorizza il concetto di «Ambiente di lavoro a rischio zero», in *tcnnotiziario.it*). Sulla «autotutela passiva reattiva» cfr. Cass. SU 14.3.2011, n. 5924, in *Banca dati Pluris*.

⁸ Cfr. Guariniello 2020, 3.

⁹ Passa in rassegna i lavoratori «invisibili» della sanità come pulizieri, guardie giurate, alimentaristi Lo Tauro 2020, 1 ss.

¹⁰ Con riguardo a tale tema nella dialettica tra contrapposti principi di rango costituzionale in materia di sicurezza sul lavoro rimangono illuminanti le riflessioni di Smuraglia 1988, 414 ss.

¹¹ Ricorda gli insegnamenti della Corte costituzionale in base ai quali il diritto della salute, in quanto diritto fondamentale dell'individuo, «comporta un

va bilanciato il diritto del malato a essere curato ed assistito con il diritto del lavoratore a non ammalarsi?

In altri termini, se l'inadempimento della struttura sanitaria o socio assistenziale mette in pericolo la salute del lavoratore occorre chiedersi se il lavoratore possa rifiutarsi di svolgere la sua prestazione e dunque di curare o assistere il malato. La questione, al di là delle riflessioni morali o religiose, è da un punto di vista giuridico complessa come ogni volta che bisogna trovare un «bilanciamento» tra opposti interessi che si pongono sul medesimo livello¹².

Sulla scrivania di chi vuol provare a dare una risposta alla luce della «decretazione emergenziale», accanto al codice civile e al T.U. sulla sicurezza del lavoro devono essere tenuti aperti anche la legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e il codice penale, in quanto soltanto attraverso un ragionamento più ampio che dia spazio ad una opera interpretativa e sistematica con i profili lavorativi – dunque ricorrendo anche alla *analogia legis* – può essere possibile trovare alcune risposte.

Come noto, lo sciopero non è precluso nella sanità in quanto quel che viene richiesto è il rispetto delle prestazioni minime indispensabili che troviamo negli accordi appositamente raggiunti. E così, se in alcuni reparti è possibile l'astensione anche di tutti gli operatori, nella gran parte dei servizi ospedalieri soltanto un certo numero può scioperare dovendo assicurare una presenza di lavoratori (sia medici che no) ogniqualvolta diventa indispensabile e non rinviabile la predisposizione di un servizio per tutelare la vita e la salute.

dovere di astensione» da comportamenti pur solo rischiosi e va qualificato come diritto «incomprimibile» che non può subire condizionamenti neanche per mancanza di risorse finanziarie, *Riverso 2020*.

¹² Le riflessioni sul tema del bilanciamento di principi e interessi di rango costituzionale nella materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro sono ben espresse da *Lai 2017*, 11 ss.

Dunque, l'astensione sarebbe ammessa se non si pregiudicano le prestazioni minime indispensabili secondo una valutazione il più delle volte rimessa ad appositi accordi che, però, a quanto consta, non prendono in considerazione l'ipotesi della pandemia, né potrebbero a priori in quanto nella sua eccezionalità (di difficile previsione) i fattori morbosi potrebbero riguardare una parte o tutti i servizi o reparti. Non a caso dalla cronaca si apprende della chiusura o riconversione in reparti Covid di interi reparti ospedalieri che, stando agli accordi sulle prestazioni minime, avrebbero dovuto sempre garantire le cure in ossequio proprio alle disposizioni attuative della l. n. 146/1990¹³.

D'altro canto, se l'art. 2, c. 7, della citata legge prevede che le disposizioni in tema di preavviso minimo e di indicazione della durata non si applicano nei casi di astensione dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori, diventa *difficile* per l'interprete desumere che vi sia un divieto assoluto di astenersi dalla prestazione lavorativa quando a rischio vi sia la salute e la vita dei sanitari interessati.

Anche la normativa di cui all'art. 2087 c.c. e quella contenuta nel Testo unico sulla sicurezza sembrerebbero assecondare la tesi per cui sarebbe legittima l'eccezione di non svolgere la prestazione lavorativa nel caso in cui non sia rispettata dal datore di lavoro l'obbligazione ad adottare nell'esercizio dell'attività le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei pre-

¹³ La l. n. 146/1990 è costruita sul contemperamento costituzionalmente necessario di diritti e principi in conflitto con la necessità di recepire nel tempo anche le sollecitazioni di segno diverso provenienti dal diritto vivente e dalla società. In tal senso, v. tra gli altri, Rusciano, Santoro Passarelli 1991; Treu, Roccella, Garilli, Pascucci 1991; Mc Britton 1995.

statori di lavoro, e questo anche nel caso in cui il mancato rispetto non dipenda da una volontà del datore di lavoro¹⁴.

Sotto un profilo penale, il sanitario che si rifiutasse di assistere un malato potrebbe incorrere in reati gravi (omicidio, lesioni, omissione di soccorso, interruzione di un pubblico servizio, ecc.), ma qualora lo facesse, in quanto non gli vengono fornite le protezioni indispensabili per salvare se stesso dal rischio di contrarre la malattia, occorre chiedersi se possa essere scriminato secondo le cause di esclusione del reato. Tali ipotesi, come noto, sono tassativamente individuate dalla legge ed escludono l'antigiuridicità di una condotta che, in loro assenza, sarebbe penalmente rilevante e sanzionabile. La *ratio* va ricercata nel venir meno del contrasto tra un fatto conforme ad una fattispecie incriminatrice e l'intero ordinamento giuridico, per cui in presenza di cause di giustificazione, l'Ordinamento, in ossequio al principio di non contraddizione, riconosce meritevoli di tutela altri interessi che possono essere prevalenti, mancanti o equivalenti rispetto a quelli tutelati dalla norma violata (a cui dovrebbe discendere l'applicazione di una sanzione)¹⁵.

¹⁴ È vasta e approfondita la riflessione giuridica relativa al significato e alla portata dell'art. 2087 c.c. Per una ricostruzione delle varie elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, si rimanda a Albi 2013, 444 ss.; Id 2015, 148 ss.; Montuschi 2001, 501 ss.

¹⁵ Il legittimo esercizio di un diritto, espressione del tradizionale principio *qui jure suo utitur neminem laedit* (cfr. Mantovani 2015, 241; Id. 1966, 644; Pagliaro 2003, 433 ss.) va inteso con la massima estensione possibile come potere giuridico di agire, quale che sia la relativa denominazione legislativa o dommatica (diritto soggettivo, potestativo, facoltà giuridica, ecc.). Ne deriva che, anche ove si accerti che la condotta del sanitario abbia in concreto cagionato una interruzione o turbato la regolarità del servizio pubblico (art. 340 c.p.), il fatto non dovrebbe costituire reato per avere egli agito nell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.). Né potrebbe configurarsi il diverso reato di rifiuto o ritardo di un atto d'ufficio (art. 328 c.p.), prima ancora che per la presenza della surriferita causa di giustificazione, per il fatto che mancherebbe il presupposto og-

Volendo calare questi principi nel caso del sanitario che si rifiuta di prestare la propria attività per salvare la sua salute e la sua persona si potrebbe pensare che una tale condotta sia riprovevole sul piano etico o in base al giuramento di Ippocrate. Ed effettivamente un atteggiamento del genere di primo acchito potrebbe essere catalogato come egoista, ma, a ben vedere, invece, potrebbe essere visto sotto altra prospettiva ed essere considerato come altruista, nel senso che mettendo a repentaglio la propria salute metterebbe a repentaglio anche quella dei pazienti futuri, privandoli della sua presenza e cura. Può essere il caso, ad esempio, dell'operatore di rianimazione addetto all'intubazione, una operazione che causa espettorazioni ed effluvi, che senza adeguata protezione infetterebbe con altissima probabilità il sanitario. In altri termini, quando questo lavoratore preserva la sua salute (e di quelli che successivamente verranno in contatto con lui, colleghi *in primis*) rifiutando di operare senza protezione potrebbe andare indenne anche da responsabilità penale¹⁶ e garantire la possibilità di conti-

gettivo del reato (il rifiuto di uno specifico atto dell'ufficio da eseguirsi con urgenza) poiché è impossibile che possa aver rifiutato di compiere uno specifico atto un soggetto che non è in servizio per non essersi (legittimamente) recato a lavoro. In ogni caso tale rifiuto non potrebbe mai definirsi indebito, essendo il rifiuto giustificato dall'esigenza di autotutela (anche solo putativa *ex art. 59 c.p.*), il che escluderebbe il reato e la punibilità del sanitario.

¹⁶ L'adempimento diligente dell'obbligo giuridico di agire nei confronti del paziente in forza della posizione di garanzia prevista dalla legge e dal contatto sociale (la fonte della responsabilità penale per omissione *ex art. 40, c. 2, c.p.*) sarebbe impedito al sanitario dal fatto illecito del terzo (il datore di lavoro), sicché la prestazione originariamente dovuta a protezione del bene giuridico (vita, salute) diventerebbe inesigibile proprio in ragione dell'inadempimento del datore di lavoro e cioè per la mancanza di condizioni di sicurezza sul luogo di lavoro; situazione che rende l'attività del sanitario ingiustificatamente e oltremodo rischiosa per sé e per il paziente, esposti come sono entrambi al pericolo immediato ed attuale di contagio o comunque di maggiore esposizione alla carica virale del Covid-19, non fosse altro per la necessitata vicinanza sanitario/paziente nella fase di cura.

nuare a svolgere le prestazioni in futuro, che non sarebbero più possibili in caso di sua malattia o morte¹⁷.

3. Sul diritto al risarcimento del danno

Il lavoratore che subisce un danno per mancato rispetto dell'obbligo di sicurezza ha diritto ad essere risarcito secondo le voci di danno che vanno da quello materiale a quello morale. Inoltre, il diritto al risarcimento sorgerà ogni qual volta non vengano rispettate le norme sull'orario o sui riposi oppure, nel caso vi sia penuria di protezioni, si renda la prestazione di lavoro non dignitosa (come ad esempio il non poter andare in bagno per mancanza di una sufficiente scorta di camici e guanti).

A maggior ragione il diritto sorgerà nel caso in cui il lavoratore si ammalerà o morirà (in tal caso in favore dei parenti o eredi).

Il legislatore del «Covid-19» ha dimostrato di aver presente il rischio ed ha emanato una norma molto importante (l'art. 42, c. 2, del d.l. n. 18/2020 cd. decreto Cura Italia) secondo la quale «nei casi accertati di infezione da coronavirus (Sars-CoV-2) in occasione di lavoro ... i predetti eventi infortunistici gravano sulla ge-

¹⁷ In tal senso appare particolarmente attuale l'elaborazione giurisprudenziale secondo la quale la protezione della salute non sarebbe circoscrivibile all'interno della mera dimensione individuale del diritto alla vita e all'integrità psicofisica, ma si spingerebbe fino alla prospettazione del diritto all'ambiente salubre (Cass. S.U. 6.10.1979, n. 5172, in *FI*, 1979, I, c. 2302 ss.). Se dunque il sanitario verificasse l'assenza dei dispositivi di protezione individuale e delle altre misure atte a garantire la sicurezza nell'ambiente di lavoro, potrebbe, ai sensi dell'art. 44 T.U., rifiutare di continuare a prestare la propria opera esercitando, in tal modo, non solo un proprio diritto (art. 51 c.p.), in un evidente stato di necessità (art. 54 c.p.) e con un atto di legittima autodifesa (art. 52 c.p.), ma finirebbe persino per adempiere a un dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.; art. 50 c.p.), a protezione sia del proprio diritto alla salute sia di quello dei pazienti e delle altre persone con cui si relaziona.

stione assicurativa e ... la disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati», prevedendo, dunque, che in caso di contagio da Covid-19 sul lavoro, il lavoratore sia coperto dalla tutela assicurativa Inail, riconducendo tale patologia alla causa virulenta, ossia quella da «affezioni morbose», che è equiparata alla causa violenta che ingenera la tutela dell'Istituto¹⁸.

Nel caso degli operatori sanitari la recente normativa fa ritenere che tutti gli operatori sanitari abbiano un elevato rischio di contagio così da far presupporre che l'infortunio sia originato dalla tipologia e dal luogo ove si presta l'attività a rischio e quindi risultare «aggravato», fino a divenire «specifico»¹⁹.

È un dato di comune esperienza quello per cui il rischio di contagio è maggiore nel caso di contatto ravvicinato con persone che si debbano visitare o sui cui operare (persone che possono presentare sia i sintomi conclamati del Covid-19 che essere asintomatiche) con la conseguenza che «anche la prova, più o meno certa, di contatti con soggetti potenzialmente contagiosi avvenuti al di fuori dell'ambiente di lavoro non è sufficiente a superare la presunzione semplice di origine professionale»²⁰.

Né si ritiene possano essere esclusi tutti quei lavoratori che pur non essendo qualificabili come «sanitari» siano invece «socio-sanitari» o ausiliari, come quelli addetti alle pulizie o ai servizi come mensa, portierato, ecc.²¹.

¹⁸ Il tema è dettagliatamente affrontato Ludovico in *q. vol.*, a cui si rinvia.

¹⁹ Si concorda con La Peccerella 2020, il quale ritiene che invece per i lavoratori la cui attività comporta contatti con il pubblico la presunzione di origine professionale potrebbe essere superata da una prova pressoché impossibile da raggiungere.

²⁰ Così La Piccerella 2020.

²¹ La circolare n. 13/2020 dell'Inail si riferisce a «operatori sanitari, lavoratori a costante contatto con il pubblico e l'utenza, i lavoratori che operano in front-office, alla cassa, gli addetti alle vendite/banconisti, e il personale non sanitario operante negli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, gli operatori del trasporto infermi».

A tal proposito le classi di rischio sul lavoro in relazione al Covid così come formulate dal comitato tecnico scientifico²² se, da un lato, fanno riferimento ai codici Ateco così da far ritenere rilevante il codice statistico del datore di lavoro, dall'altro, evidenziano la classe di aggregazione sociale. Il tema è importante con riferimento alle ipotesi in cui i servizi sono svolti nella sanità e assistenza sociale da aziende che hanno un appalto di servizi che dunque non hanno il codice Ateco di «Assistenza sanitaria», «Servizi di Assistenza sociale residenziale» e di «Assistenza sociale non residenziale», ma che, operando nello stesso ambiente, ben potrebbero essere equiparati dando maggiore rilievo alla appartenenza alla medesima «Classe di aggregazione sociale» e per questa via farli rientrare nell'ambito di copertura Inail relativa alla ipotesi di rischio specifico o aggravato.

Altra questione riguarda i lavoratori che non hanno un contratto di lavoro subordinato sulla considerazione che l'art. 5 del d.lgs. n. 38/2000 nello stabilire che i lavoratori parasubordinati, oggetto della tutela, vanno individuati mediante riferimento all'art. 49, c. 1, lett. *a*, del Testo unico delle imposte sul reddito, (ora art. 50, c. 1, lett. *c-bis*, che dispone l'assimilazione, ai fini fiscali, del reddito prodotto dalle attività di collaborazione coordinata e continuativa ivi elencate a quello da lavoro subordinato), esclude dalla copertura assicurativa i collaboratori coordinati e continuativi che esercitano un'arte o professione. E allora bisogna chiedersi quale tutela spetta ai medici e infermieri professionali che prestano la propria attività con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa²³.

²² V. inail.it/cs/internet/docs/alg-documento-tecnico-coronavirus-fase-2.pdf.

²³ Come nota La Piccirella 2020, sarebbero esclusi dalla tutela tutti i medici di base e tutti gli altri medici e infermieri che prestano la loro attività con rapporto di co.co.co., ivi compresi i medici specialisti e gli infermieri a cui si è ricorso nell'emergenza stipulando contratti di lavoro autonomi.

Non può sfuggire la criticità di un apparato normativo che non estende l'ambito di tutela dell'infortunio a tutti i lavoratori parasubordinati, una normativa di cui è stata più volte prospettata l'illegittimità costituzionale che, a fronte di un rischio equivalente, discrimina i lavoratori in base a ragioni collegate alla disciplina dettata a fini fiscali, tanto più che si tratta di una disparità di trattamento che priva di tutela proprio i soggetti più esposti al rischio di contagio²⁴.

È sufficiente la protezione prevista dalla vigente legislazione in favore delle vittime del dovere per gli operatori sanitari che, senza essere titolari di un sottostante rapporto di lavoro subordinato, hanno risposto all'appello della Protezione civile e dato la disponibilità a prestare la propria opera presso strutture sanitarie in condizione di criticità per la particolare intensità del contagio dal momento che essa è meno generosa e incisiva di quella prevista in ipotesi di infortuni sul lavoro e malattie professionali?²⁵.

Ulteriore questione collegata all'infortunio per Covid-19 è quella della risarcibilità in sede civilistica dei danni determinati dall'adibizione del lavoratore a mansioni causanti l'insorgere della malattia considerato che la giurisprudenza di legittimità è ormai consolidata nell'affermazione del principio secondo il quale, ai fini della liquidazione del danno biologico cd. differenziale, dovrà es-

²⁴ Sostiene una interpretazione della disciplina in materia di infortunio *in itinere* costituzionalmente orientata e pertanto acquisitiva di tutele per categorie via via più ampie di lavoratori Corsalini 2009.

²⁵ Fa notare La Piccirella 2020, che la tutela per le vittime del dovere si fonda su presupposti e risponde a finalità diversi da quelli posti a base della tutela antinfortunistica, tanto da essere con quest'ultima cumulabile. Da ciò discenderebbe una disparità di trattamento tra gli operatori sanitari titolari di un rapporto di lavoro subordinato, che avrebbero legittimamente diritto ad ambedue le tutele, e quelli che, in ragione di una diversa qualificazione giuridica del rapporto, avrebbero diritto solo alla speciale elargizione prevista per le vittime del dovere.

sere operato un calcolo per poste omogenee, in coerenza con la struttura bipolare del danno-conseguenza, cosicché, dall'ammontare complessivo del danno biologico andrebbe detratto solo il valore capitale della quota di essa destinata a ristorare, in forza dell'art. 13 del d.lgs. n. 38/2000, il danno biologico stesso²⁶. Per tale via, resterebbe esclusa, invece, la quota collegata alla retribuzione e alla capacità lavorativa specifica dell'assicurato, funzionali all'indennizzo del danno patrimoniale.

L'emergenza Covid-19, in conclusione, pone nuove domande e questioni a cui si è provato a dare alcune risposte per garantire una protezione ad ampio spettro, che si sostanzia in un apparato di tutela prevenzionistico e finanche penalistico, previdenziale e civilistico.

Rispetto a tale assetto, appare incoerente qualsiasi tentativo di «fuga» dalla precettività delle norme, come quello ipotizzato da talune proposte emendative del d.l. n. 18/2020 (poi respinte) che, in ragione della novità ed eccezionalità dell'emergenza sanitaria, intendevano circoscrivere l'ambito di responsabilità civile sia delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche o private, sia degli esercenti le professioni sanitarie di cui all'art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24, ai soli casi in cui l'evento dannoso risulti riconducibile a condotte poste in essere con dolo o colpa grave²⁷. Si tratterebbe, con tutta evidenza, di soluzioni che, oltre a far dubitare della loro idoneità a schermare gli operatori da eventuali futuri contenziosi, rischiano di privare gli stessi lavoratori di forme civilistiche di tutela nei confronti dei propri datori di lavoro in ipotesi di inadempimento rispetto all'adozione delle misure finalizzate a garantirne la salute e sicurezza sul luogo di lavoro.

²⁶ Cfr. Cass. n. 13222/2015; Cass. n. 20807/2016; Cass. n. 17407/2016; Cass. n. 25618/2018; Cass. n. 14252/2019, tutte in *Banca dati Pluris*.

²⁷ Per una dettagliata ricostruzione di tali proposte, cfr. Scoditti, Battarino 2020.

Appare quindi che si possa affermare che, per quanto ci si muova all'interno di una disciplina per certi versi ancora nebulosa e frutto di una gestazione alquanto concitata sull'onda dell'emergenza sanitaria, vi siano ancora dei settori irragionevolmente scoperti dalla tutela infortunistica, rispetto ai quali l'astratta prospettabilità di risarcimenti in sede civilistica ovvero delle tutele previste per le vittime del dovere, appare sostanzialmente inadeguata rispetto alle finalità protettive tipiche dell'apparato normativo contro gli infortuni e le malattie professionali.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2013), *Sub art. 2087 c.c.*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 444 ss.
- Albi P. (2015), *Sicurezza sul lavoro e sistema civile (art. 2087 c.c.)*, in Natullo G. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Milano, 148 ss.
- Arrigo G. (2018), *La tecnica e l'ideologia. Per una storia delle recenti riforme del lavoro*, in Di Stasi A. (a cura di), *Tecniche ed ideologie nelle riforme del Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Burgio E. (2020), *Covid-19: il dramma italiano*, in *usimag.com/it*, 6 maggio 2020.
- Corsalini G. (2009), *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, Ipsoa, Milano.
- Guariniello R. (2020), *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Wolters Kluwer, Milano.
- Ingrao A. (2020) *C'è il Covid-19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?*, in Aa.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale*, in *giustiziacivile.com*, n. 1, 107 ss.
- La Piccerella L. (2020), *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *DSL*, n. 1, II, 1 ss.
- Lai M. (2017), *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino.
- Lo Tauro G. (2020), *La ripartenza degli invisibili*, in *Progetto Lavoro*, n. 5, 1 ss.

- Mantovani F. (1966), voce *Esercizio del diritto*, in *ED*, Vol. XV, 632 ss.
- Mantovani F. (2015), *Diritto penale*, parte generale, Cedam, Padova.
- Mc Britton M. (1995), *Sciopero e diritti degli utenti. L'esperienza della commissione di garanzia per l'attuazione della legge 146/1990*, Giuffrè, Milano.
- Montuschi L. (2001), *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 501 ss.
- Pagliari A. (2003), *Principi di diritto penale*, parte generale, Milano, Giuffrè.
- Pascucci P. (2020), *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in Aa.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale*, in *giustiziacivile.com*, n. 1, 73 ss.
- Riverso R. (2020), *Salute, lavoro e coronavirus nella ricorrenza del primo maggio*, in *Questione Giustizia*, 1° maggio 2020.
- Rusciano M., G. Santoro Passarelli (a cura di) (1991), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, Milano.
- Scoditti E., Battarino G. (2020), *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Questione Giustizia*, 3 aprile 2020.
- Smuraglia C. (1988), *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *RIDL*, I, 414 ss.
- Treu T., Roccella M., Garilli A., Pascucci P. (1991), *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla legge n. 146 del 1990*, Cedam, Padova.
- Vitaletti M. (2020), *Equilibrio tra attività e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in Aa.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale*, in *giustiziacivile.com*, n. 1, 123 ss.

*Margherita Leone**

Giustizia e processo del lavoro (ai tempi del virus)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il canone dell'urgenza. – 3. Lo strumento telematico e l'udienza da remoto. Gli uffici di merito. – 3.1. L'ufficio di legittimità.

1. Premessa

L'emergenza sanitaria ha avuto un effetto di blocco quasi assoluto degli uffici giudiziari in tutto il Paese. Gli interventi legislativi intervenuti a regolare l'esercizio della giurisdizione hanno disposto il differimento delle udienze e della trattazione di tutti i procedimenti civili e penali ricompresi nel periodo 9 marzo - 11 maggio 2020 (in un primo momento sino al 15 aprile) e la sospensione del decorso dei termini, con l'eccezione dei procedimenti espressamente indicati nell'art. 83, comma 3 del d.l. n.18/2020, la cui trattazione è stata ritenuta indifferibile. Lo stesso art. 83 ha poi previsto una fase successiva (sino al 30 giugno), nella quale è rimessa ai dirigenti degli uffici l'adozione, secondo un iter proceduralizzato, «di misure organizzative anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico sanitarie dettate dalle autorità al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone».

* Giudice della Corte di Cassazione – Sezione lavoro.

In tale quadro legislativo i procedimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza, non compresi per materia nel novero delle eccezioni di cui al comma 3, hanno trovato spesso assetti parzialmente differenti nelle sedi giudiziarie, anche in ragione (oltre che delle diverse condizioni di agibilità degli uffici) della interpretazione data alla tipologia delle controversie riferibili a «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona» o, ancora, ai «procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti», entrambe ipotesi espressamente ricomprese, invece, tra le predette eccezioni, le uniche alle quali poter riferire le controversie trattate dal giudice del lavoro. In talune sedi giudiziarie, ad esempio, sono state ritenute indifferibili, perché produttive di grave pregiudizio alle parti, le cause in materia di licenziamento (si ritiene licenziamenti precedenti al periodo della pandemia con riguardo al quale il legislatore ha provveduto a sospendere la possibilità di licenziamento per giustificato motivo oggettivo), o, ancora, la emissione di provvedimenti di omologa delle condizioni sanitarie utili a prestazioni previdenziali ed assistenziali.

La differente risposta giudiziaria, anche determinata da oggettive e diverse condizioni di sicurezza per lo svolgimento dei processi, è qui di interesse non tanto per analizzare quanto sino ad ora accaduto, ma per valutare, in presenza di condizioni che fanno presagire un tempo lungo di durata della emergenza e della ripresa, quali possibili determinazioni assumere nell'immediato futuro per garantire maggiore uniformità nella giurisdizione del lavoro, anche con uno sguardo a verificare, per il futuro «ordinario», se talune delle misure forzatamente adottate in periodo di emergenza possano rivelarsi motore di necessario cambiamento cui aderire stabilmente.

2. Il canone dell'urgenza

Come detto, tra le eccezioni per le quali è prevista la trattazione dell'attività ordinaria non è fatto riferimento specifico alle cause in materia di lavoro e previdenza. C'è da chiedersi se, al di là di procedimenti proposti ai sensi dell'art. 700 c.p.c.¹, per i quali è dichiarato il rischio di grave pregiudizio, siano da trattarsi i procedimenti in materia di licenziamento introdotti con il c.d. rito «Fornero».

Trattandosi di un rito accelerato per tempi di trattazione e modalità istruttorie, non cautelare, ma sommario (almeno nella prima fase), non dovrebbe rientrare tra i procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona, ma potrebbe presentare caratteristiche per cui la ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti. Probabilmente la sua originaria natura acceleratoria, diretta a realizzare in tempi ragionevolmente brevi la pronuncia giudiziale nell'interesse di entrambe le parti, deve far riflettere sulla opportunità di declinare diversamente il canone dell'urgenza se rapportata ad un procedimento che, destinato ad una trattazione rapida, resti impigliato e fermato dal generalizzato blocco delle attività giurisdizionali.

In tale temporaneo contesto probabilmente la concreta valutazione del danno conseguente ad una ritardata trattazione assume rilievo quasi doveroso se commisurato non soltanto alla ipotesi reintegratoria, ma anche al possibile esito risarcitorio per il lavoratore. In tempi di crisi come questo l'impellenza economica assume connotati particolarmente gravosi e richiede tutele adeguatamente rapide e concrete e ciò dovrebbe far considerare urgenti anche i ri-

¹ Si veda ad esempio il procedimento promosso ex art. 700 c.p.c. al tribunale di Bologna per conseguire misure di protezione per i «riders» impegnati a consegnare merci nel periodo di pandemia o i procedimenti diretti alla esecuzione di tamponi accertativi della malattia (Trib. Bologna, decreto 14 aprile 2020).

corsi diretti alla emissione di ingiunzioni di pagamento di somme dovute.

La materia del processo previdenziale sanitario regolata dall'art. 445 *bis* c.p.c., diretta ad accertare nella prima fase la esistenza di condizioni sanitarie utili alla erogazione di prestazioni assistenziali e previdenziali, sembrerebbe estranea alla sfera dei procedimenti cautelari anche se direttamente collegata ad affermare diritti fondamentali della persona. Una preliminare distinzione deve essere fatta per i procedimenti che, già svolta la ctu e maturati i tempi necessari, necessitano di essere conclusi con il provvedimento di omologa. Tale ultimo tassello del procedimento, perfettamente eseguibile con modalità telematiche da remoto, non pone problemi di compatibilità anche con la prima fase della emergenza in corso ed anzi si pone in necessario riferimento con essa al fine di rendere il prima possibile fruibile la prestazione all'assistito che ne abbia diritto, soprattutto in tempo di crisi.

3. Lo strumento telematico e l'udienza da remoto. Gli uffici di merito

La necessità di fronteggiare al meglio l'emergenza e, in particolare il pericolo di diffusione del contagio, ha determinato il venimento pressoché totale delle udienze in presenza e la ricerca di rimedi alternativi. Per gli uffici di merito il processo telematico, già ampiamente sperimentato, ha costituito la condizione essenziale per garantire nell'immediato lo scambio di atti e la emissione di provvedimenti ed ha offerto la possibilità di sperimentare per le cause urgenti, con l'ausilio di piattaforme messe a disposizione dal Ministero della Giustizia, le udienze da remoto, ovvero udienze nelle quali parti, difensori e giudici possono incontrarsi solo virtualmente con scambio di atti e documenti in via telematica.

Già da qualche tempo accademici ed operatori si interrogano sulle possibili interferenze e conflittualità tra principi del processo civile, quali, in particolare, l'oralità e la trattazione della causa «in presenza», e il processo telematico, quale modalità processuale fondata essenzialmente su documenti scritti. È stata in più occasioni rappresentata l'ipotesi che la forte spinta alla digitalizzazione degli atti potesse rappresentare una «deriva telematica del processo civile»² e il deposito telematico degli atti una stampella verso la trattazione scritta³.

Sembra opportuno chiarire come il processo telematico sia cosa differente e non sovrapponibile alla trattazione della causa da remoto o non in presenza. Il processo telematico ha sino ad ora consentito il deposito, lo scambio degli atti, la redazione dei verbali di udienza immediatamente fruibili per giudici e parti, il deposito dei provvedimenti emessi dal giudice e resi disponibili con pubblicazioni in tempo quasi reale.

L'emergenza e la necessità di tutelare, ove possibile, salute e diritti ci impone di valutare non solo per le cause urgenti, ma per una ripresa più consistente dell'attività giurisdizionale nel lungo periodo, se il passaggio ulteriore del processo telematico sia orientabile verso la remotizzazione dell'udienza.

Le obiezioni poste circa la conflittualità tra i principi fondanti del processo civile e la trattazione da remoto, risultano particolarmente significative rispetto al processo del lavoro, nel quale «la disciplina della fase introduttiva del giudizio – e a maggior ragione quella del giudizio d'appello – risponde ad esigenze di ordine pubblico attinenti al funzionamento stesso del processo, in aderenza ai principi di immediatezza, oralità e concentrazione che lo informano»⁴. La necessaria considerazione dei detti principi deve

² Così Della Vedova 2014.

³ Cfr. Caponi 2016, 177 ss.

⁴ Cass. 29.7.2014, n. 17176, in *Banca dati De Jure*.

quindi orientare, anche nella fase del superamento dell'emergenza, la individuazione dei procedimenti, o delle attività, compatibili, per le quali è possibile una trattazione non in presenza che non risulti lesiva dei diritti per i quali l'oralità e l'immediatezza costituiscono presidi irrinunciabili.

Sono allora condivisibili le scelte organizzative fatte da uffici di merito⁵ che in «applicazione dell'art. 83, lett. h), d.l. n. 18/2020 e dei d.P.c.m. recanti misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19» hanno proceduto alla digitalizzazione dell'intero procedimento in materia di accertamento tecnico preventivo (art. 445 *bis* c.p.c.) attraverso lo scambio telematico dei documenti contenenti non soltanto gli atti delle parti, ma anche il verbale di assegnazione e accettazione dell'incarico al ctu firmato dallo stesso e rinviato al giudice. Una misura, questa, che ha fatto superare il confine della necessaria presenza fisica dei difensori e del ctu attraverso il pieno utilizzo dello strumento informatico, della digitalizzazione degli atti e della udienza da remoto, anche conformemente a quanto già espresso dal Csm con Delibera sulle buone prassi in materia immobiliare⁶. L'utilità di tale scelta organizzativo-giurisdizionale dovrà ovviamente trovare successiva possibilità di attuazione delle visite mediche necessarie presso gli uffici preposti e richiederà la collaborazione e l'organizzazione di altri enti, quali l'Inps o l'Inail, con i quali potrebbero realizzarsi rapide

⁵ Si veda in particolare la Sezione lavoro del Tribunale di Genova.

⁶ Cfr. Delibera Csm 11.10.2017, secondo cui «Può certamente dirsi conforme all'evoluzione ordinamentale, ormai incentrata sull'utilizzo generalizzato del deposito telematico degli atti, la prassi di alcuni uffici, tesa a consentire che il giuramento dello stimatore avvenga tramite deposito di atto telematico, senza comparizione dal giudice o presso la cancelleria. Il modello per l'accettazione dell'incarico e il giuramento potrebbe essere reso disponibile sul sito del tribunale nonché, se del caso, allegato alla circolare inviata agli ausiliari e relativa ai compiti loro ascritti».

intese organizzative per il complessivo funzionamento dell'intero sistema.

Allo stesso modo si è proceduto a formalizzare conciliazioni dinanzi al giudice con lo scambio telematico dei documenti sottoscritti dalle parti e dai difensori ed a trattare controversie nelle quali non era necessaria una particolare attività istruttoria ad esempio con escussione di testi.

Sembra allora potersi affermare che lo svolgimento da remoto di taluni procedimenti e/o talune fasi del procedimento in cui la trattazione scritta è la parte più rilevante o procedimenti nei quali lo scambio degli atti e documenti possa risultare soddisfacente per il processo e per la funzione da esso svolta, come enunciata dal Giudice di legittimità sopra richiamato, è possibile ed anzi auspicabile nella fase in cui la «rarefazione sociale» è misura che ci accompagnerà per la ripresa.

Potrebbero invece risultare non esperibili virtualmente attività quali l'escussione di testi, il libero interrogatorio delle parti o anche il tentativo di conciliazione, e cioè quei momenti dell'*iter* processuale in cui il rapporto diretto tra parti, testimoni, difensori e giudice risulti necessario per comprendere esattamente l'oggetto del contendere, gli interessi delle parti, la credibilità di un teste, la fattibilità di un accordo.

Con la possibilità di individuare le attività processuali compatibili e quelle nelle quali risulti irrinunciabile la trattazione in presenza, perché garanzia di un effettivo giusto processo, lo strumento informatico, la piattaforma digitale o la videoconferenza risulteranno solo mezzi tecnici necessari non soltanto per affrontare la fase dell'emergenza e quella della ripresa, ma anche per rendere stabile una più efficace organizzazione della giustizia.

3.1. *L'ufficio di legittimità*

La forte agevolazione costituita dalla capillare presenza del processo telematico obbligatorio negli uffici di merito segna la fonda-

mentale differenza con l'ufficio di legittimità nel quale è possibile effettuare in via telematica solo notificazione degli atti e comunicazioni di cancelleria. Il ritardo nella sua introduzione produce effetti particolarmente gravi ed evidenti in questi giorni: difficoltà per le cancellerie, per gli avvocati e per i magistrati a dare inizio ad una fase di risposta piena alla emergenza, di ripristino possibile della giurisdizione in tutti i settori dell'ufficio di legittimità, peraltro da tenere distinti quanto a condizioni e possibilità di utilizzo dei sistemi informatici anche per la immediata o futura ripresa dell'attività giurisdizionale. La breve riflessione riguarderà solo le sezioni civili-lavoro, all'interno delle quali occorrerà fare ulteriore distinzione tra udienze pubbliche e udienze-adunanze camerali.

Successivamente al d.l. n. 23/2020 che, prolungando il periodo di blocco sino al 11.5.2020, ha chiarito che le disposizioni assunte nel precedente d.l. n. 18/2020 erano riferite a tutti i procedimenti civili, senza distinzione fra udienze pubbliche ed adunanze camerali ed ha rimesso alla decisione dei capi degli uffici giudiziari sia l'individuazione dei procedimenti urgenti (oltre quelli indicati), sia la determinazione delle modalità per la trattazione delle udienze, sono intervenuti più decreti del Primo Presidente della Corte di Cassazione. Con essi è stato contingentato il numero di udienze mensili complessive, per sezione, di cui è possibile la trattazione (cfr. decr. 47 punto 3 lett. g); è stato previsto (con conferma dei precedenti decreti) che le adunanze camerali civili e le udienze penali camerali non partecipate e *de plano* siano di regola celebrate da remoto con l'utilizzazione degli strumenti di collegamento sicuro già resi disponibili dall'amministrazione (piattaforma *Teams*), e con la presenza in loco del presidente del collegio o del magistrato da lui delegato impegnato ad assicurare il compimento delle necessarie attività di redazione dei ruoli e del verbale e del deposito in cancelleria.

Con protocollo d'intesa stilato dal Primo Presidente con la Pro-

cura generale ed il Consiglio nazionale Forense (l'Avvocatura Generale dello Stato non risulta abbia aderito) sono state concordate, sia per la trattazione delle adunanze camerali civili *ex art. 375 c.p.c.* che per lo svolgimento delle udienze penali *ex art. 611 c.p.p.*, regole per una migliore funzionalità della trattazione da remoto, con particolare riferimento al contenuto del provvedimento di fissazione delle udienze, alle modalità di invio degli atti dei difensori e della procura Generale, e con le conseguenze derivanti dal mancato o ritardato invio degli atti.

Al Protocollo – che ha la validità di un accordo deontologico fondato proprio sul principio di «leale collaborazione sopra richiamato», inquadrabile nell'ambito del dovere di lealtà previsto dall'art. 88 c.p.c., con tutto ciò che può derivarne anche in termini accrescitivi⁷ – è stato assegnato termine finale di efficacia al 30.6.2020, «salva l'adozione di nuovo protocollo».

Il sistema approntato consente di colmare, per il breve periodo, le carenze derivanti dal ritardo nell'introduzione del processo telematico in Cassazione e di rendere disponibili gli atti processuali al magistrato attraverso l'invio in forma digitale degli stessi alle cancellerie da parte degli avvocati, con l'ulteriore passaggio da queste al singolo relatore.

C'è da domandarsi se la modalità così delineata, utile ad affrontare l'emergenza e probabilmente la successiva fase della lenta ripresa, costituisca possibilità di accelerazione di processi di cambiamento nell'organizzazione dell'ufficio.

⁷ Si osserva, ad esempio, che non è stato indicato al punto 1.1. del par. 1 che l'invio del ricorso debba essere corredato dalla prova dell'avvenuta notifica, al fine di accelerare il controllo di ammissibilità/procedibilità da parte del consigliere al quale gli atti devono essere trasmessi dalla cancelleria in automatico, al fine di consentirne lo studio evitando la trasmissione dei pacchi cartacei: sarà, dunque, opportuno che anche in mancanza di espressa previsione, i difensori provvedano in tal senso.

Particolare riflessione deve essere rivolta alle adunanze camerale della Sesta sezione civile, c.d. sezione «filtro» destinata alla decisione del contenzioso non avente natura nomofilattica. L'art. 380 *bis* c.p.c. regola la trattazione di tali controversie in assenza dei difensori e delle parti, sulla base degli atti da queste depositati (ricorso, controricorso, memorie). Il contenzioso definito con tale modalità processuale costituisce una notevole percentuale delle intere pendenze della Cassazione civile ed è caratterizzato dalla sua natura esclusivamente cartacea in ragione della quale il principio di oralità, che, come detto, è posto nel processo civile a garanzia e presidio per la tutela dei diritti, non ha incidenza alcuna nella determinazione della giusta soluzione della causa.

In tale contesto non soltanto l'adunanza camerale è la condizione nella quale le misure contenute nel sopra richiamato Protocollo possono offrire una immediata soluzione alla trattazione da remoto delle cause assegnate a tale sede processuale, ma costituisce anche il più fertile terreno per sperimentare sin da ora il migliore utilizzo per la modalità di lavoro anche giurisdizionale a distanza. La peculiarità del processo di legittimità, parlando di quello civile e di quello riservato alla modalità camerale, consente certamente un più facile utilizzo della interazione a distanza anche se per una analisi più completa occorrerebbe altresì considerare come e se il lavoro da remoto possa costituire una modalità pienamente soddisfacente dei valori e delle esigenze collegate alla funzione del giudice. Non va infatti dimenticato che, come in ogni altro rapporto di lavoro, anche quello giurisdizionale è caratterizzato da relazioni, confronti, e coinvolgimenti difficilmente armonizzabili con un collegamento in video e con uno scambio in lontananza.

Sembra allora opportuno concludere queste brevi riflessioni con l'auspicio di un futuro sistema bilanciato che, sfruttando le opportunità del processo telematico e della possibile remotizzazione del lavoro, possa consentire, ad esempio, pre-camere di con-

siglio a distanza per le adunanze ordinarie, senza tuttavia rinunciare agli indispensabili momenti di incontro frontale fra i consiglieri della sezione. Una modalità di lavoro, questa, che potrebbe anche consentire la trattazione di un maggior numero di controversie in contenimento dell'inevitabile accumulo di contenzioso che questa emergenza avrà generato.

Riferimenti bibliografici

Caponi R. (2016), *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in Bambi F. (a cura di), *Lingua e Processo. Le parole del diritto innanzi al giudice*, Atti del Convegno Firenze, Villa Medicea di Castello, 4 aprile 2014, Accademia della Crusca, Firenze, 177 ss.

Della Vedova P. (2014), *La deriva telematica nel processo civile*, consultabile in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/597/P.DellaVedova.pdf>.

Consultas giuridica

ISBN 978-88-230-2293-5



9 788823 022935