

Quaderno della Rivista
Diritti Lavori Mercati

Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro

a cura di

LORENZO ZOPPOLI

Editoriale Scientifica

Il volume viene pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

© Copyright settembre 2021

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-141-5

ISSN 1722-7666

indice

prefazione

- 13 MARINA BROLLO
Pandemia, lavoro, innovazione e rischi di genere

sezione prima

Nuovi equilibri costituzionali

- 17 SANDRO STAIANO
Pandemia e diritto al lavoro. Disallineamenti dalla Costituzione
- 33 MASSIMILIANO DELFINO
La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea
- 45 LORENZO ZOPPOLI
Pandemia, lavoro, Costituzione: nuovi equilibri, nuovo bilanciamento?
- 75 LUCIA VENDITTI
Tutela della salute tra lavoro, famiglia e Welfare
- 89 ANTONELLO ZOPPOLI
Diritto di sciopero e Covid-19: risorse normative (e principi) del diritto sindacale

sezione seconda

Nuovi assetti organizzativi pubblici e privati

- 113 PAOLO PASCUCCI
Salute pubblica e limiti all'attività di impresa dall'angolo visuale del diritto del lavoro e della sicurezza sul lavoro
- 129 GAETANO NATULLO
L'organizzazione delle imprese a tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori e dei cittadini

- 141 MARCO ESPOSITO, UMBERTO GARGIULO
La gestione dei rapporti di lavoro nella sanità pubblica: crisi e opportunità
- 157 ARIANNA AVONDOLA
Salute e distanziamento sociale nel sistema scolastico: problemi funzionali e regolativi
- 177 GIANCARLO RICCI
Tempi e spazi di lavoro e dell'organizzazione sociale. Riflessioni a ridosso dell'emergenza pandemica
- 193 MAURA RANIERI
Sostegno all'occupazione e contrasto delle organizzazioni criminali
- 207 MATTEO MARIA MUTARELLI
Il processo del lavoro tra accelerazione telematica e distanziamento sociale

sezione terza

Tutela della salute pubblica e relazioni sindacali

- 231 EDOARDO ALES
La tutela della salute sul lavoro nel prisma del metodo partecipativo
- 251 MADIA D'ONGHIA
Remotizzazione del lavoro, relazioni sindacali e tutela della salute dei lavoratori
- 269 ROSA CASILLO
Legge e contrattazione collettiva nella tutela della salute

sezione quarta

Tutela della salute pubblica e contratti di lavoro

- 285 PASQUALE MONDA
Il lavoro agile "emergenziale" tra identità giuridica e problemi applicativi
- 305 FEDERICO MARIA PUTATURO DONATI
Legislazione emergenziale e disciplina dei salari
- 319 PAOLA SARACINI
Salute, sospensione del rapporto di lavoro e attività di cura familiare

- 331 VINCENZO LUCIANI
La disciplina dei licenziamenti tra emergenza e precari equilibri sistematici
- 349 VALERIA NUZZO
Salute pubblica e rapporti di lavoro, tra autonomia e subordinazione
- 369 LUCIA D'ARCANGELO
Tutela della salute pubblica e privacy dei lavoratori: una nuova cultura dei controlli?

sezione quinta

Salute pubblica, regole sovranazionali e sistema di sicurezza sociale

- 387 LAURA TEBANO
L'Unione Europea tra "vecchi" vincoli e nuove risorse nel sostegno all'occupazione
- 411 VANIA BRINO
Il diritto internazionale del lavoro dinanzi alla pandemia
- 421 PAOLA BOZZAO
Gli istituti di sostegno al reddito per disoccupati e working poor: dall'emergenza ai nuovi assetti sistematici
- 435 GIULIO QUADRI
Ammortizzatori sociali e "Covid-19", tra emergenza e ripresa
- 455 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Sostegno ai redditi, crisi di impresa e tutela della salute ai tempi del coronavirus
- 477 *Notizie sugli autori*
- 479 *Abbreviazioni*

table of contents

preface

- 13 MARINA BROLLO
Pandemic, Work, Innovation and Gender Risks

section I

New Constitutional Equilibriums

- 17 SANDRO STAIANO
Pandemic and right to work. Misalignments from the Constitution
- 33 MASSIMILIANO DELFINO
Health Protection in European Union Law
- 45 LORENZO ZOPPOLI
Pandemic, Work, Constitution: New Equilibriums, New Balance?
- 75 LUCIA VENDITTI
Health Protection between Work, Family and Welfare
- 89 ANTONELLO ZOPPOLI
Right to Strike and Covid-19: Regulatory Resources (and Principles) of Trade Union Law

section II

New Public and Private Organizational Structures

- 113 PAOLO PASCUCCI
Public Health and Limits to the Enterprise Activity from the Point of View of Labour Law and Safety at Work
- 129 GAETANO NATULLO
The Organization of Enterprises to Protect the Psycho-Physical Integrity of Workers and Citizens

- 141 MARCO ESPOSITO, UMBERTO GARGIULO
The Management of Employment Relationships in Public Health: Crisis and Opportunities
- 157 ARIANNA AVONDOLA
Health and Social Distancing in the School System: Functional and Regulatory Problems
- 177 GIANCARLO RICCI
Times and Spaces of Work and Social Organization. An Analysis after the Pandemic
- 193 MAURA RANIERI
Employment Support and the Fight against Criminal Organizations
- 207 MATTEO MARIA MUTARELLI
The Labour Trial between Digital Acceleration and Social Distancing

section III

Protection of Public Health and Trade Union Relations

- 231 EDOARDO ALES
The Protection of Health at Work in the Prism of the Participation Method
- 251 MADIA D'ONGHIA
Remote Work, Trade Union Relations and Protection of Workers' Health
- 269 ROSA CASILLO
Statutory Provisions and Collective Bargaining in Health Protection

section IV

Protection of Public Health and Employment Contracts

- 285 PASQUALE MONDA
The 'Emergency' Remote Work between Legal Identity and Application Problems
- 305 FEDERICO MARIA PUTATURO DONATI
Emergency Legislation and Wage Regulation
- 319 PAOLA SARACINI
Health, Suspension of the Work Relationship and Family Care Activities

- 331 VINCENZO LUCIANI
The Discipline of Dismissals between Emergency and Precarious Systematic Equilibriums
- 349 VALERIA NUZZO
Public Health and Employment Relationships, between Self-Employment and Dependent Work
- 369 LUCIA D'ARCANGELO
Protection of Public Health and Privacy of Workers: a New Culture of Controls?

section V

Public Health, Supranational Rules and the Social Security System

- 387 LAURA TEBANO
The European Union between 'Old' Constraints and New Resources in Employment Support
- 411 VANIA BRINO
International Labour Law in the Face of the Pandemic
- 421 PAOLA BOZZAO
Income Support Institutions for the Unemployed and the Working Poor: from Emergency to New Systematic Structures
- 435 GIULIO QUADRI
Social Safety Nets and 'Covid-19', between Emergency and Recovery
- 455 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Income Support, Business Crisis and Health Protection in the Time of the Coronavirus
- 477 *Authors' information*
- 479 *Abbreviations*

Marina Brollo

Pandemia, lavoro, innovazione e rischi di genere

Con orgoglio e piacere introduco la nutrita serie di contributi raccolti in questo quaderno della rivista *Diritti lavori mercati*. Gli scritti ripropongono i contenuti di un convegno interessante e tempestivo organizzato nell'ottobre 2020 dai colleghi dell'Università di Napoli Federico II con il patrocinio dell'AIDLASS, l'Associazione nazionale dei lavoristi che ho l'onore di presiedere da qualche anno. Il convegno, denso di interventi di una folta rappresentanza di giuslavoristi e giuslavoriste e ideato dal collega e amico, prof. Lorenzo Zoppoli, intrecciava il tema, purtroppo cruciale nell'attuale contesto, della "tutela della salute pubblica" con quello, sempre magmatico, dei "rapporti di lavoro". Quel convegno costituì l'occasione per un ricco e proficuo approfondimento lasciandoci con un unico rammarico: essersi svolto a distanza, anziché in presenza nella magnifica città di Napoli.

I colleghi napoletani quando hanno programmato l'evento probabilmente non prevedevano di trovarsi di fronte alla c.d. "seconda ondata" di emergenza che ha reso nel 2021 la materia dell'incontro ancor più (se possibile) di rilevante interesse, dato che accanto alla crisi sanitaria ormai si delinea chiaramente una crisi economica e sociale, lunga e profonda, mettendo in opposizione i fondamentali valori costituzionali di salute e lavoro in un contesto che rischia di alimentare "scelte tragiche".

Così matura la consapevolezza che il futuro del mondo del lavoro dipenderà in larga misura dal modo di affrontare le questioni attuali, salvaguardando la tutela della salute e sicurezza e contrastando l'impatto polarizzante della pandemia che colpisce le imprese e i lavoratori più vulnerabili. Fra questi ultimi, *in primis* le lavoratrici.

I dati statistici segnalano che l'impatto della crisi sanitaria e della recessione in atto è diverso tra uomini e donne, incidendo nel nostro Paese su una situa-

zione strutturalmente già sbilanciata. Per un verso, sono molte le lavoratrici in prima linea sia nei settori essenziali (*in primis* dei servizi di salute e cura) in cui si svolgono attività non “remotizzabili”, sia nei settori industriali ad alto rischio di disoccupazione per effetto dei provvedimenti di emergenza (*in primis* tessile, moda e turismo); per altro verso, stanno peggiorando le condizioni di lavoro e di vita delle donne, specie di quelle con figli preadolescenti, di quelle anziane, nonché di quelle oggetto di varie forme di violenza di genere.

Da qui la consapevolezza che dall’intreccio dei valori oggetto del titolo del convegno (salute e lavoro), per la progettazione di una ripresa sostenibile e resiliente, emerge la rilevanza prioritaria del concetto di benessere declinato nelle varie dimensioni (individuali e collettive) di benessere personale, organizzativo e sociale, con inedite criticità.

Nella breve cornice di una prefazione mi limito ad un rapido accenno a quella dell’uso di *software* apparentemente “neutri” che possono determinare discriminazioni a danno delle donne, considerate l’emblema dei soggetti fragili e delle loro tutele. Non a caso, l’Unione europea – in un recente documento della Commissione “Strategia per la parità di genere 2020-2025” – intende rendersi “garante della parità di genere”, anche in quanto il fattore genere è spesso combinato con altre caratteristiche o identità personali che contribuiscono a determinare esperienze di discriminazioni specifiche (c.d. intersezionalità).

Ora, l’emergenza pandemica non ha determinato solo arretramenti socio-economici nel mondo del lavoro, ma anche importanti salti in avanti, specie nell’ambito dell’innovazione digitale; o meglio, nell’utilizzo degli artefatti tecnologici che avevamo già a disposizione sulle scrivanie, nelle tasche o nel computer, grazie anche ad un’incredibile tenuta della rete informatica, nonostante i ritardi strutturali italiani.

L’accelerazione digitale attivata dall’improvvisa (ma non imprevedibile) emergenza sanitaria sta determinando una sorta di effetto domino sul cambiamento epocale dell’economia e della società. La grande transizione verso l’innovazione digitale (rafforzata dalle misure del piano di ripresa) pone sfide inedite per i diritti fondamentali delle persone e necessita di essere studiata e governata anche con strumenti, modi e stili nuovi. Insomma, la convergenza, profonda e veloce, fra *Sars-CoV-2*, tecnologia informatica, rete web, globalizzazione e ristrutturazione delle catene di valore impone di individuare un lessico del nuovo mo(n)do del lavoro, in cui affiora il lemma della discriminazione digitale, declinabile pure per genere.

Se così è, la narrazione, la strategia e la politica del cambiamento *post-pandemico* dovrebbero coltivare anche le opportunità di inclusione sociale e combattere le disegualianze a partire da quelle strutturali: ad esempio, promuovendo e ricalcando la parità tra uomini e donne specie sul fronte dell'occupazione, in cui il dislivello di genere è tra i più elevati tra gli Stati europei.

Sul punto, segnalo un preoccupante divario e paradosso. Prendo le mosse da alcuni dati positivi: le ragazze ottengono risultati migliori dei ragazzi (non soltanto nei percorsi di laurea, ma anche) nell'alfabetizzazione digitale. E proseguo con fatti negativi: a causa degli stereotipi di genere e delle idee preconcepite sulle competenze maschili e femminili nelle discipline c.d. STEM (scienza, tecnologia, ingegneria e matematica), le ragazze risultano scoraggiate nell'accesso alle professioni del settore informatico-digitale che risulta tradizionalmente a forte predominanza maschile.

Il settore dell'intelligenza artificiale (c.d. IA) ha un grande potenziale di crescita, di competitività e di importanza strategica: nel suo ambito si progettano gli algoritmi del futuro che diventeranno arbitri di decisioni vitali (per es. chi sarà assunto, chi riceverà un mutuo, ...). Gli algoritmi possono essere descritti come modelli matematici spesso caratterizzati da una semplificazione del mondo reale. La selezione – a volte molto complicata, se non opaca – presenta il rischio di una manipolazione dei dati attraverso l'elaborazione del linguaggio informatico. I dati, quindi, possono essere un importante strumento di cambiamento sociale. Ma il *software* spesso è costruito su una semplificazione, influenzata da un giudizio umano, che può ricalcare le ideologie e i pregiudizi di chi lo crea e utilizza. Far finta che non sia così significa mistificare la realtà, illudendosi di una presunta “neutralità” (leggi equilibrio di genere) dell'impalcatura dei dati, che – ce lo insegna la statistica, cioè lo stato delle cose – non corrisponde al vero.

Dietro l'arcana dimensione dell'intelligenza artificiale c'è quindi l'intelligenza naturale delle persone, con i loro pregiudizi, preconcepite e stereotipi, e davanti all'IA ci sono altre persone, con le loro fragilità che l'IA può accentuare. Pertanto è alto il rischio di un aggravamento delle disparità di genere nel caso in cui manchi il contributo delle donne – in veste di ricercatrici, programmatrici e utilizzatrici – accrescendo le disegualianze e minando la democrazia e quindi il benessere personale e sociale. Così, il “maschilismo” dei dati (nel senso di dati selezionati in gran parte dai maschi) può produrre una distorsione di genere, con rischi di disegualianze a danno

delle donne, specie nei settori più dinamici e avanzati del nostro sistema economico.

Di questo dovremmo tener conto nel progettare le misure per una transizione sostenibile verso il digitale prevista dal Piano Nazionale di Rinascita e Resilienza. A tal fine, il Laboratorio lavoro dell'Università di Udine ha aperto il portale on line "*Equal*" (in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it>) dedicato alle varie sfumature del diritto antidiscriminatorio, incluse quelle digitali. Con questa segnalazione, e con l'invito a tener sempre presente la priorità trasversale delle pari opportunità, voglio anche sottolineare come altamente proficua la lettura dei saggi qui raccolti nella sequenza sistematica che caratterizzava le sei sessioni del convegno dell'ottobre 2020, saggi per di più opportunamente aggiornati ai rilevanti successivi sviluppi della legislazione emergenziale.

sezione prima
Nuovi equilibri costituzionali

Sandro Staiano

Pandemia e diritto al lavoro.
Disallineamenti dalla Costituzione*

Sommario: **1.** I giuristi e la pandemia. **2.** La pandemia come moltiplicatore delle diseguglianze e il diritto al lavoro. **3.** *Segue.* Le dinamiche della diseguglianza crescente nella vicenda repubblicana. **4.** *Segue.* La diseguglianza ulteriore. **5.** L'impiego perequativo delle risorse del PNRR: un'incognita impegnativa.

1. I giuristi e la pandemia

La pandemia ha messo sotto tensione singoli e comunità, e tutti i comparti della vita civile: scuola, e ogni altra formazione intermedia; mondo della produzione, lavoro soprattutto; cultura e relazioni umane, nella dimensione materiale e psicologica. Sotto tensione è andata anche la dottrina giuridica, quella costituzionalistica in specie. Sotto quella tensione che si percepisce quando sono chiamate in causa categorie fondamentali: i modi e il fondamento della produzione del diritto, la risposta istituzionale agli stati di eccezione.

Quando tutto questo ha avuto inizio, taluno ha evocato – a torto, ma con una capacità di suggestione piuttosto perdurante, degna di miglior causa – il prodursi di una “dittatura commissaria” di tipo schmittiano, in cui i titolari (in via provvisoria, secondo gli auspici) del potere e della sovranità sarebbero gli scienziati e gli epidemiologi e l'apparato servente sarebbe costituito da tutti gli investiti di funzioni nel circuito della rappresentanza politica. E ha prodotto a supporto retorico la metafora della guerra, la quale può avere un senso nella mitopoiesi dello sforzo collettivo compiuto negli ospedali, contro il virus, con i caduti sul campo di battaglia (esaltati e poi dimenticati, con qualche effetto di “reducismo”), o dell'opera di “resilienza economica” dall'economia, appunto, “di guerra”; ma che non vale nulla come categoria analitica adoperata dai giuristi.

L'evidenza dell'infondatezza di siffatti iperbolici assunti, scambiati per assiomi laddove erano improbabili congetture, denuncia forse qualche problema di metodo. Che riguarda tutti: i giuristi chiamati, in sede teorica, a sorvegliare le categorie, e, in sede applicativa, a porre massimo rigore a considerare i confini dei poteri in campo e, quando ne hanno la funzione, ad applicare la legge per ciò che essa è, per i suoi contenuti effettivi, non per dare avallo alla narrazione senza fondamento di attentati alla libertà avverso i quali i giudici siano chiamati a fare da baluardo; gli scienziati delle discipline "dure", medici ed epidemiologi, i quali, innanzi alle ordinarie incertezze suscitate dal fenomeno pandemico, nuovo per potenza e portata globale, e nuovo per gli strumenti di contrasto richiesti, strumenti da costruire sperimentando rapidamente percorsi inediti e rapide messe in opera, hanno spesso asserito (e mutato frequentemente asserzioni, in polemiche personali prive di costruito) invece di divulgare l'elementare statuto di tutte le scienze, fondate su ipotesi e verifiche, errori e correzioni, e con questa distorsione comunicativa hanno disorientato le comunità e il decisore politico (a sua volta carente di tutto, non certo di disorientamento).

Quanto ai giuristi, occorre una ricostruzione aderente ai fatti¹: la pandemia è stata fronteggiata dal decisore politico facendo riferimento, per la qualificazione giuridica, all'art. 77 Cost.; si tratta di uno dei "casi straordinari di necessità e di urgenza" che consentono la deroga provvisoria all'ordine delle competenze legislative, con la traslazione del potere verso il Governo. Né di certo da tale impiego si possono trarre argomenti per sostenere seriamente la tesi di una deriva autoritaria compiuta in occasione o col pretesto della pandemia. La Corte costituzionale ha offerto, nel tempo, elementi che oggi fanno giustizia di posizioni siffatte: essa si è incaricata di riportare la figura del decreto-legge, dopo una lunga stagione di sistematico uso improprio (stagione finita da tempo, che non si è prolungata in questo secolo), nell'alveo della "straordinarietà", definendo in modo sufficientemente univoco i presupposti di "necessità" e "urgenza": è dunque disponibile uno strumento di intervento ben definito anche in ragione della sedimentazione giurisprudenziale che lo ha interessato. Lo stilema analitico dell'"abuso", che si riferiva alla pratica delle iterazioni e delle reiterazioni e alla mancanza di ogni verifica

¹ Per una proposta ricostruttiva dal punto di vista giuridico-ordinamentale ed economico-istituzionale, cfr. STAIANO S. (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Editoriale scientifica, 2020.

sul ricorrere dei presupposti di necessità e di urgenza, non può essere riproposto. La traslazione “ordinaria” della potestà normativa verso l'Esecutivo ora segue altre vie. Certo, tra le fattispecie di “abuso” resta in atto quella della questione di fiducia sul maxiemendamento alla legge di conversione. Questa, però, più che con la dislocazione del potere legislativo tra Parlamento e Governo, ha a che fare con la posizione del Governo in Parlamento e con i rapporti maggioranza-opposizione, in ordine alle garanzie apprestate per quest'ultima. Il decreto legge è dunque strumento che ben può assolvere alla riserva di legge “rinforzata per contenuto” stabilita dall'art. 16 Cost. quanto alle “limitazioni ... per motivi di sanità o di sicurezza”; e alla riserva di legge stabilita dall'art. 41, co. 3, Cost. nella determinazione di “programmi e controlli”, intendendoli come rivolti a verificare la congruenza dell'attività economica con le esigenze derivanti dall'emergenza. Tali esigenze, infatti, anche nella prospettiva delle conseguenze nel tempo, condizionano direttamente il conseguimento dei “fini sociali” ai quali guarda il disposto costituzionale.

Sul versante del rapporto con le Regioni – verso le quali si è compiuta negli anni un'assai cospicua dislocazione di poteri in materia sanitaria – vale l'assorbente potestà dello Stato nel fronteggiare l'emergenza quando si tratti di adottare misure limitative di libertà fondamentali, quali quella di circolazione, potestà che può spingersi fino a consentire al Governo di sostituirsi agli organi della Regione quando incomba un “pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica” (art. 120, co. 2, Cost.): né alcuno può dubitare che un tale pericolo effettivamente incomba.

Il modello costituzionale della “straordinarietà”, dell' “urgenza” e della “necessità” è perciò limpidamente costruito dalla Costituzione, e non ha alcun punto di contatto con lo “stato di eccezione”, in cui decide il “sovrano” pretermettendo del tutto ogni altro potere. E la “necessità” di cui è detto nell'art. 77 Cost. è solo lessicalmente assonante con la “necessità” come fonte del diritto, ascendente a Santi Romano, che non può essere utilmente evocata al cospetto dei fenomeni in atto.

Su tali premesse costituzionali è stato costruito l'intero quadro della produzione normativa intesa a fronteggiare l'epidemia e sono stati conformati i poteri di attuazione.

Dopo la “valutazione speditiva” da parte del Dipartimento della protezione civile in ordine al ricorrere delle condizioni per la dichiarazione dello “stato di emergenza di rilievo nazionale”, e la conseguente delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, che ne ha stabilito la durata, autorizzando

l’emanazione delle ordinanze di protezione civile, il cui potere il Presidente del Consiglio ha ritenuto di esercitare tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile, già il primo decreto-legge, rivolto a definire il quadro della produzione normativa e provvedimentale concepita per fronteggiare la pandemia – 23 febbraio 2020, n. 6 – ha parallelamente attribuito il potere di ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri che lo ha subito largamente esercitato (l’acronimo DPCM è stato tormentosamente adoperato negli allarmi lanciati, in varie sedi, ma soprattutto in sedi giornalistiche che hanno dato campo ad autorevoli pareri di giuristi, quanto alle vulnerazioni asseritamente subite dalla democrazia in Italia a causa dell’uso o dell’abuso di questo strumento; poi, mutata la compagine governativa, nella fase più recente, di esso si è fatto uso assai più parco, soprattutto perché non ve n’era più la necessità). Il successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19 ha corretto i profili critici del precedente d.l. n. 6 del 2020 – che non riguardavano di certo l’investitura in sé nel Presidente del Consiglio dei poteri di ordinanza – rimuovendo alcuni esiti di lesione del principio di legalità e delle riserve di legge a tutela dei diritti fondamentali implicati, a partire dalla libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.*, cui aveva condotto il primo decreto. Ha anche tentato di mettere ordine, almeno nei rapporti Stato-Regioni, nella congerie di poteri di ordinanza che si sono venuti sovrapponendo disarmonicamente dopo la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria: poteri del Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica Covid-19, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri in forza dell’art. 122 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18; dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci in forza del richiamo all’art. 32, co. 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833, all’art. 50, co. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) e all’art. 117, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, compiuto dall’art. 3, co. 2, del d.l. n. 6 del 2020; del Ministro della salute, il cui fondamento primo è nell’art. 32 della legge n. 833 del 1978.

E, proprio sul versante più delicato, quello dei rapporti centro-periferia, ha fallito l’obiettivo: l’ordine non si è creato (ammesso che questo fosse l’obiettivo, considerato che la scelta compiuta dai Governi e, in essi, dai Ministri più direttamente coinvolti nell’azione di lotta alla pandemia, è stata, con qualche sporadica eccezione, quella di “contrattare” l’esercizio delle competenze con le Regioni soprattutto, singole o raccolte in Conferenza, o più esattamente con i Presidenti di esse, benché trattandosi di una situazione qualificata come “stato di emergenza di rilievo nazionale”, la competenza,

per come è configurato il sistema sanitario, piuttosto che *essere sempre, non è mai* regionale; e, infatti, il d.lgs. n. 112 del 1998, che ha compiuto un rimarchevole trasferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni in materia di sanità, all'art. 117 ha rapportato la competenza ad adottare misure d'urgenza alla dimensione dell'emergenza, affermando quella statale quando sia coinvolto l'intero territorio nazionale, mantenendo altresì allo Stato, all'art. 126, le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, come ha confermato la Corte costituzionale, con le sentenze 28 novembre 2017-18 gennaio 2018, n. 5 e 5 giugno-18 luglio 2019, n. 186).

Il quadro è stato reso più complesso dalla poco perspicua definizione del diritto intertemporale, nel passaggio dal regime del d.l. n. 6 a quello del d.l. n. 19 del 2020: sono stati conservati “gli effetti” (si deve ritenere diretti) e “gli atti” (adottati in forza) delle ordinanze prodotte nell'esercizio di un potere non più riconosciuto, stabilendo che continuassero “ad applicarsi” alcuni determinati d.P.C.M., e residualmente “le altre misure” (da identificare), ma per soli “dieci giorni”: ne è risultata la necessità di una ricognizione interpretativa non agevole. Ed è rimasta l'alea dello scrutinio di legittimità, in sede giurisdizionale, degli atti conservati in vita o dei quali si è affermato permanesse l'efficacia e di quelli che, compiuti in forza della legittimazione assicurata dal decreto-legge, da autorità da questo investite, hanno consumato istantaneamente i loro effetti.

Né ha fatto chiarezza qualche tentativo di aggiustamento successivo nei rapporti tra i poteri dello Stato e il “terribile potere” – terribile perché autolegittimato nel rapporto diretto con le popolazioni, realizzato per “rispecchiamento”, e difficilmente coercibile dai frali detentori degli strumenti dello Stato di diritto – dei Presidenti delle Regioni, come è avvenuto con il d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, che appartiene al novero degli atti, molti in questa vicenda, i quali, dichiarandosi normativi, cristallizzano equilibri istantanei, accocciandosi all'esistente, e sono destinati ad aprire nuove questioni non appena l'istante trascorre e l'equilibrio fattuale si sposta.

E, tuttavia, non è sul versante della dislocazione e dei modi di esercizio dei poteri che vanno ricercate incrinature nel sistema di garanzia dei diritti costituzionalmente protetti: su quello vi è disfunzione, anche grave, vi è confusione delle competenze e dismissione delle responsabilità a fronte di eccessi di ruolo, ma non è lì che si possono dire aggrediti i valori costituzionali e le libertà fondamentali.

Non direttamente, almeno.

2. *La pandemia come moltiplicatore delle disuguaglianze e il diritto al lavoro*

La questione è che una tale inadeguatezza della produzione normativa contribuisce ad approfondire la vera linea di frattura con la Costituzione, lungo la quale si colloca l'azione dei pubblici poteri, linea che è messa sotto una luce tagliente dalla pandemia, ma che è un tratto permanente delle relazioni economiche e sociali per come si sono venute disponendo in questa fase di vita delle democrazie nella modernità "globale", e che è il problema del secolo innanzi al costituzionalismo: la linea dell'aumento delle disuguaglianze.

Le misure messe in campo per fronteggiare la pandemia, nella fase del confinamento, si sono rivelate – lo erano per propria natura – un potente moltiplicatore di disuguaglianze, poiché diverse, molto diverse, sono le condizioni materiali nelle quali esse hanno inciso. Condizioni materiali che possono anche arrivare a picchi estremi di disfavore: essere astretti in spazi limitati e sovraffollati in aree urbane degradate; avere lavori che pretendono presenza fisica nell'ambito dell'economia "informale", e perciò perderli senza rimedio o vederli sospesi fino a chissà quando; essere lavoratori di una pubblica amministrazione, garantiti nella corresponsione del trattamento economico e nella prospettiva di conservazione del posto di lavoro, o essere lavoratori di un'azienda privata; avere scarsa o nulla disponibilità delle piattaforme digitali, disponibilità necessaria a garantire un livello adeguato di accesso all'istruzione; essere donne lavoratrici, e vedere sommato il lavoro a distanza al lavoro di cura (che di fatto sulle donne in netta prevalenza incombe), senza più sostegni esterni alla famiglia.

Nella fase di uscita dalla pandemia e di progressiva ripresa delle attività economiche, essendo "compito della Repubblica", in forza dell'art. 3, co. 2, Cost., rimuovere le disuguaglianze derivanti dal diritto dell'emergenza sanitaria prodotto nella fase delle restrizioni, o da esso accentuate, devono essere orientate a tale scopo le risorse rese disponibili per la ripresa. Ciò vede accentuarsi nello Stato la funzione di soggetto redistributore. Ma questo è un fattore conferente solo in potenza a un'efficace opera di rimozione delle disuguaglianze originarie o prodotte dagli interventi intesi a fronteggiare la pandemia. Infatti, per ricondurre il sistema nell'alveo costituzionale, sarà necessario mutare radicalmente di segno le politiche pubbliche, con strumenti adeguati, ancora largamente da forgiare, poiché la vera rottura della Costituzione è stato lo scostamento dal valore della "pari dignità sociale": una rottura-sospensione (che non deriva certo da un presunto "stato di eccezione" che in realtà non sussiste).

Ed è il lavoro – come diritto, come dovere, come architrave della Repubblica – l’ambito in cui questa frattura è più drammaticamente evidente.

3. Segue. *Le dinamiche della diseguaglianza crescente nella vicenda repubblicana*

Ciò avviene perché la pandemia ha fatto irruzione in uno scenario di generale arretramento delle tutele del lavoro, largamente in atto, nel ritorno alla prevalenza, ma con forza inedita, dei soggetti proprietari delle imprese, spesso multinazionali e comunque aduse muoversi nel contesto globale, spostandosi in ragione dei vantaggi assicurati dalle più favorevoli legislazioni fiscali e sociali. Nel caso italiano, l’esperienza, per questi suoi connotati, è entrata in collisione con la posizione fatta al lavoro dalla Costituzione, con i caratteri originari di essa e con la lunga e contrastata, ma per un tratto di storia “progressiva”, attuazione dei principi da essa affermati. Il senso generale delle norme costituzionali sul lavoro si rinviene nel raccordo di esse con l’art. 3, co. 2, della Costituzione, in un progetto di emancipazione, di sviluppo della personalità, di acquisizione della dignità, da parte di coloro per i quali sono maggiori gli ostacoli “di fatto” posti innanzi a tale obiettivo: i lavoratori in senso proprio, cioè coloro i quali, in quanto tali, non sono possessori di capitali e non agiscono come possessori di capitali. E il lavoro, non solo è un diritto sociale, nella pretesa verso lo Stato delle prestazioni inteso ad assicurarlo, ma è anche il fattore che, nell’orientamento all’eguaglianza, attrae tutti gli altri diritti sociali a essere fondamento della Repubblica, a pari titolo dei diritti di libertà. Invero, affinché ciascuno dei diritti sociali garantiti dalla Costituzione trovi campo in corrispondenza al valore della “dignità sociale” (art. 3, co. 1), come posizione *da acquisire* (art. 3, co. 2) attraverso la partecipazione alla vita della comunità, il diritto al lavoro, dimensione sociale sulla quale tale partecipazione è costruita, diventa il fulcro dell’intero universo dei diritti sociali. I costituenti lo ebbero ben chiaro, qualificando il diritto al lavoro come “vero” diritto, tra quelli “consacrati dalle leggi e ... muniti di sanzione”² e non come mera pretesa di tipo politico o morale, insuscettibile di “immediato soddisfacimento”³. E anzi il lavoro, come diritto “perfetto”, è fondamento del progetto costituzionale di una società nuova, la quale si fonda su di esso come “condizione umana” accomunante, naturalmente egualitaria⁴.

² Così Gustavo Ghidini, intervento in Assemblea costituente, 8 marzo 1947.

³ *Ibidem*.

⁴ In tal senso, sulla scia di FERRARA G., *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come*

La grande dottrina che osserva la fase dell'attuazione dei principi costituzionali successiva alla prima "glaciazione", mette esattamente a fuoco i tratti della disciplina apprestata dalla Costituzione, disegnandone il profilo dinamico, proiettato verso la profonda modificazione nei rapporti di dominio nelle relazioni economiche e della produzione: "nel lavoro", rileva Mortati, "si realizza ... la sintesi tra il principio personalista (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)"⁵; doverosità ben diversa da quella che caratterizzava il lavoro "a fondamento" dell'ordinamento fascista, ove era il dovere del "produttore" di contribuire alla potenza dello Stato. E poi la "stretta connessione" con l'art. 3 Cost., come "principio che trova svolgimento in una vasta e ben articolata serie di disposizioni attributive di pretese e di corrispondenti doveri"⁶. Il principio lavorista è il "criterio valevole a far intendere l'esatta portata"⁷ di ciascuna di tali pretese, secondo approccio sistematico. Il lavoro è dunque l'idea-forza, vivificante l'impianto dei diritti costituzionali, "segno di trasformazione *ab imis* dell'intero ordinamento"⁸. La specifica diseguaglianza che viene in discorso – storicamente data – è quella tra capitale e lavoro. Mortati non sopravvaluta la nota circostanza del rigetto, in Assemblea costituente, a ristretta maggioranza, dell'emendamento inteso a sostituire al lemma "lavoro" il lemma "lavoratori". Se questo, egli osserva, vale a escludere l'attribuzione "ai prestatori d'opera subordinati" della posizione "di classe escludente ogni altra", non vale a oscurare il riferimento ai componenti di una "classe cui dall'assetto capitalistico derivava una duplice lesione, e del principio personalista e di quello di eguaglianza"⁹; poiché il riferimento al valore sarebbe "vana formula", se non "si avesse riguardo alle forze sociali portatrici degli interessi a esso collegati e pertanto sollecitati a operare a suo sostegno e difesa"¹⁰, cioè, in altri termini, alle persone concrete e situate, nella loro dignità. Solo a queste condizioni ricostruttive, soggiunge Mortati, il

connotazione della democrazia italiana, in CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Ediesse, 2006; LUCIANI M., *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in ADL, 2020, p. 634.

⁵ MORTATI, *Articolo 1*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1975, p. 12.

⁶ *Ivi*, 14.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ivi*, 20.

⁹ *Ivi*, 13.

¹⁰ *Ivi*, 12.

principio lavorista è norma conformativa, e non, come affermava Massimo Severo Giannini (in uno dei suoi consueti empiti di scetticismo, si potrebbe rilevare) una “menzogna convenzionale”¹¹.

La lezione mortatiana, solidamente costruita, implica un programma di attuazione del principio lavorista destinato a rimanere in campo finché avrà alimento la propulsione risanatrice della lesione del principio personalista e del principio di eguaglianza tratta dall’art. 3, co. 2, della Costituzione. Anche se sono cambiati e ancora cambieranno i soggetti protagonisti dei processi: non più quella classe operaia, come “classe generale”¹², che Mortati aveva dinnanzi. La stessa lettura della realtà del lavoro in termini di classe va radicalmente aggiornata, innanzi ai processi di frammentazione, di disarticolazione tipologica del lavoro in lavori. E tuttavia la tensione diseguale tra capitale e lavoro permane, ed è anzi sempre più grave, e il programma di riequilibrio dettato dall’art. 3, co. 2 sempre più difficile e necessario, costituzionalmente necessario.

Coevamente a Mortati, Giuseppe Federico Mancini apriva la sua polemica contro i lavoristi epigoni dell’approccio liberale precostituzionale avversi alla qualificazione del lavoro come diritto in senso proprio, azionabile in pretese di prestazioni verso lo Stato¹³: è la storia – affermava – a dire che la formula “lavoro” equivale a occupazione remunerata. E la storia non può essere “messa tra parentesi”, non tenendo nel giusto conto i “fili che legano” la norma dell’art. 4 (e, si può aggiungere, tutte le norme costituzionali concernenti il lavoro) all’art. 3, co. 2, Cost. Questo legame è di certo allarmante per quegli epigoni, poiché – qui Mancini richiama Predieri – “si constata che di fatto ostacoli di ordine sociale, pertinenti alla società così com’è, impediscono lo sviluppo della personalità umana e ai cittadini che lavorano l’effettiva partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale. *In conseguenza*, la Repubblica esige dai cittadini l’adempimento dei doveri di solidarietà sociale, prevede l’impegno di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, *riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro* e promuove le condizioni che rendono effettivo il diritto, onde tutti i cittadini possano rivendicare l’effettiva partecipazione all’organizzazione sociale”¹⁴. Formula riassuntiva, ma non descrittiva, semmai conformativa, dal punto di vista co-

¹¹ *Ivi*, 14, nota 3.

¹² *Ivi*, 12.

¹³ MANCINI G.F., *Art. 4*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali artt. 1-12*, Zanichelli, 1975, p. 201 ss.

¹⁴ PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Edizioni di Comunità, 1963, p. 193.

stituzionale. Alla luce di essa, il diritto al lavoro è un diritto sociale, perché implica un ruolo attivo dei pubblici poteri, impegnandoli in un programma d'azione, in forza del quale, conformemente all'art. 3, co. 2, Cost., sia perseguita l'eguaglianza sostanziale a vantaggio di coloro che svolgono un'attività sottoprotetta. Quando questo principio venga negato, e il corrispondente obbligo dello Stato disatteso, la coesione sociale, compromessa potenzialmente o in fatto, va assicurata con misure di sostegno a coloro che, a causa dell'assenza o delle insufficienti garanzie nella condizione di lavoro, si trovano a essere lesi nel loro diritto a una "esistenza libera e dignitosa" (art. 36 Cost.).

Questa ricostruzione, e la dottrina che la propone, corrisponde ai caratteri originari della "Costituzione del lavoro" e alla sua ispirazione profonda.

Ma poi si è andata perdendo la centralità del lavoro, quel progetto costituzionale di emancipazione si è andato smarrendo e si è creata una frattura via via più profonda tra i principi e le politiche legislative. Il punto di scansione più netta si produce in forza della crisi finanziaria del 2008, e della crisi economica generale che ne deriva, connotata dalla ostinata e perdurante fase recessiva del ciclo. Giunge il tempo della *flexicurity, come ideologia* del lavoro che lo considera privo delle sue peculiarità costituzionali nel novero generalissimo delle attività economicamente rilevanti, sicché esso non è diritto sociale e, reciprocamente, anche l'iniziativa economica privata è lavoro, e *come pratica* della flessibilità tipologica e funzionale (d.lgs. n. 81 del 2015), della riduzione delle tutele nel licenziamento illegittimo (legge n. 92 del 2012), del ridimensionamento delle tutele reintegratorie per il licenziamento privo di giustificazione (d.lgs. n. 23 del 2015). Misure che possono conseguire l'obiettivo di ridurre la disoccupazione in termini assoluti (forse, ma non v'è alcuna evidenza empirica di un rapporto positivo tra livello di flessibilità e volume totale dell'occupazione¹⁵), ma che determinano un incremento esponenziale della precarietà, sia perché il lavoro a tempo indeterminato diviene instabile, sia perché è intenso il ricorso alle assunzioni a termine. Ne deriva altresì la degradazione della qualità del lavoro, con conseguenze disfunzionali per le imprese¹⁶. Massimo D'Antona aveva avvertito

¹⁵ Lo rilevava già GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007, p. 52 ss.

¹⁶ *Ivi*, p. 55: "... Sul piano individuale, il lavoratore il quale deve pensare soprattutto a come trovare un nuovo contratto prima che scada quello in vigore è scarsamente motivato sul lavoro; non dispone di tempo per la formazione, né l'impresa ha alcun incentivo a fornirgliela;

molto per tempo¹⁷ della disutilità di “ripercorrere sentieri già battuti. L’idea che quote aggiuntive di flessibilità nelle tipologie dei posti di lavoro possano produrre occupazione è palesemente obsoleta. Il mercato del lavoro è ormai in Italia flessibilizzato in misura più che adeguata alle esigenze effettive delle imprese e non vi sono margini ulteriori per creare convenienze alle assunzioni”.

Da tempo, dunque, della *flexicurity* (o “flessicurezza”, come la denomina Luciano Gallino¹⁸, con qualche spregio per i vezzi anglofoni invalsi) sono rimaste le spoglie ideologiche, a copertura del perdurare di rapporto di dominio e di miopi pratiche di sfruttamento, lesive della funzionalità complessiva del sistema produttivo.

Né i tentativi di correggere qualcuna delle distorsioni più eclatanti per via legislativa (legge n. 96 del 2018) sortiscono effetti rilevanti: rimane in evidenza la collisione con i principi costituzionali, che perviene all’esame della Corte costituzionale, alla quale viene chiesto di pronunciarsi sul contratto cosiddetto “a tutele crescenti”¹⁹. Ma a nulla valgono le parziali correzioni – le quali, peraltro, non toccano i tratti fondanti del sistema della flessibilità-precarità, interessandone solo taluni aspetti, di un qualche rilievo pratico, ma non centrali – in assenza di politiche del lavoro e di politiche sociali intese alla perequazione, e adeguate a porre mano alle sempre maggiori diseguaglianze. Anzi, trova sempre più campo il lavoro occasionale, temporaneo e a chiamata, eseguito dalla dolente umanità dei *riders* “autonomi”, assoggettati a forme di “sfruttamento *smart*”²⁰, ai quali il legislatore non sa apprestare altro che tutele minime (legge n. 128 del 2019).

infine lascia l’impresa prima di aver accumulato le esperienze da cui dipende in alto grado la produttività del lavoro. Sul piano organizzativo, la presenza nella stessa unità produttiva di lavoratori che ruotano di continuo, fra contratti che finiscono e contratti che cominciano, e dipendenti di aziende terze che ruotano quasi ogni giorno, limita lo sviluppo dello scambio di conoscenze, codici verbali e non verbali, sinergie tra competenze diverse, che sono un altro elemento essenziale della produttività”.

¹⁷ Quasi trent’anni fa: D’ANTONA, *Il protocollo sul costo del lavoro e l’autunno freddo dell’occupazione*, in *RIDL*, 1993, I, p. 411 ss.

¹⁸ GALLINO, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹ Sentt. 26 settembre-8 novembre 2018, n. 194; 24 giugno-16 luglio 2020, n. 150.

²⁰ “... Massimamente sintetizzando, con ‘sfruttamento smart’ si vuole indicare una compressione della libertà del lavoratore e il pregiudizio della sua dignità, ma perseguiti con strumenti e modalità diversi dai poteri datoriali classici. Il modello comando-sanzione ... si esprime in forme inedite – spesso inafferrabili tanto dal legislatore quanto dal giudice – che tendono a esaltare, sulla carta, l’autonomia soggettiva. Evidente allora la contraddizione tra gli effetti (la *deminutio* della libertà) e le premesse (l’espansione dell’autonomia). Ma si tratta solo di un’ap-

E con ciò che si vede, o si può facilmente vedere, si intreccia ciò che non si vede: i mondi paralleli dello sfruttamento che spinge i lavoratori in posizione “servile” e perfino “para-schiavistica”²¹, in particolare in comparti quali l’agricoltura. Sono i mondi dell’intermediazione parassitaria, in cui l’ “agenzia interinale” è il caporalato, anche integrato nelle associazioni mafiose (non solo a Sud, ma anche, e in misura progressivamente maggiore, nel Nord d’Italia), il quale assicura il controllo totale sulle vite dei reclutati, dal trasporto mattutino, allo svolgimento del cottimo, al rientro serale; della sistematica pratica del sottosalario e della dilazione nel tempo della corresponsione di esso fino al conseguimento delle indennità di disoccupazione; dei disumani “insediamenti informali”; dell’incrocio “a tutele decrescenti” tra lavoratori poveri autoctoni e immigrati. Mondi nei quali, a una crescita complessiva della forza economica del comparto corrisponde un aggravamento delle condizioni di lavoro, a riprova del fatto che le diseguaglianze vanno corrette, come impone la Costituzione, e non sono per nulla fattore di una certa crescita del benessere per tutti, anche per chi è in basso, all’incrementarsi della ricchezza di chi è in alto.

Al cospetto di questi temi – diseguaglianze e migrazioni, nel rapporto con la disarticolazione e la perdita di centralità del lavoro – che sono le questioni del millennio in una loro manifestazione specifica, si evidenzia l’insufficienza, talvolta la fallacia delle politiche. È per fallacia ideologica che il trattamento dei flussi migratori è stato compiuto come se si trattasse di un problema di ordine pubblico e di sicurezza (paradigmatico il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella l. 1° dicembre 2018, n. 132) e non di un problema di regolazione “amministrativa”, sulla base di leggi orientate a stabilire i modi dell’integrazione, sulla base della analisi della sostenibilità dei periodici ingressi di lavoratori stranieri. Si è mostrato insufficiente il ricorso alla leva penale per affrontare il fenomeno dello sfruttamento lavorativo (l. 29 ottobre 2016, n. 199), poiché gran parte delle condotte rese penalmente rilevanti sono rimaste sommerse. È per cecità assoluta o per indifferenza del legislatore che non è stata adeguatamente considerata la posizione delle lavoratrici migranti,

parente contraddizione: gli strumenti di regolazione, overosia l’impiego di algoritmi e sofisticate architetture di scelta ... rendono appunto ‘smart’ – nell’accezione meno comune di scaltra – la combinazione di coazione e libertà, che dà corpo a pratiche di sfruttamento ...”: BANO, *Quando lo sfruttamento è smart*, in *LD*, 2021, 2, p. 207.

²¹ Espressioni ricorrenti nel dettagliatamente documentato *V Rapporto agromafie e caporalato*, a cura dell’Osservatorio Placido Rizzotto, Ediesse, 2020.

assoggettate a pratiche di sfruttamento moltiplicate, talvolta invisibili alle analisi e alle statistiche: una specifica drammatica questione di genere, sulla quale, al di fuori del circuito dell'analisi scientifica, è stato gettato qualche raro sguardo distratto.

Come la fase tendenzialmente espansiva, alla fine della prima glaciazione, della tutela del diritto al lavoro aveva avuto la sua dottrina, anche quella del declino delle medesime tutele ha la sua, assai meno pregevole di quella prima sul piano della costruzione logica e dogmatica. Una dottrina che indulge a un certo scetticismo costituzionale, a un riduttivismo interpretativo, in ragione del quale il lavoro non è affatto la prospettiva dalla quale guardare ai diritti, a tutti gli altri diritti, sociali e civili, considerandolo come il veicolo e la condizione imprescindibile della dignità²², poiché esso è un valore come un altro, come gli altri solo formalmente affermato, quasi un infingimento retorico, al pari dell'eguaglianza, che è solo formale, mentre l'eguaglianza sostanziale non ha significato giuridico nel sistema.

Forse in pochi altri campi è evidente quanto nel diritto costituzionale del lavoro la *trahison des clercs*.

4. Segue. *La diseguaglianza ulteriore*

La pandemia è intervenuta su tale scenario, complesso e per molti versi disallineato dai principi costituzionali, esercitando la sua forza intensa di moltiplicatore delle diseguaglianze, i cui effetti sono destinati a venire in piena luce con l'elaborazione e la messa in campo di quanto necessario per la ripresa economica e civile. Diverse, molto diverse, sono, invero, le condizioni materiali sulle quali l'emergenza sanitaria ha inciso, aggravando le già presenti irragionevoli diversità.

Molto diversa è la posizione di chi aveva un lavoro stabile ed "emerso", nel settore pubblico o in quello privato, e di chi invece operava nell'ambito dell'economia informale, e, all'uscita dalla pandemia, rischierà di non ritrovarlo, dopo la totale perdita di reddito nella fase del confinamento.

Molto diversa è la posizione delle varie categorie dei lavoratori nella messa in opera, resa necessaria dalle misure di confinamento, delle modalità

²² Compiutamente sul binomio lavoro-dignità, da ultimo, CASILLO, *Diritto al lavoro e dignità*, Editoriale scientifica, 2020.

del “lavoro agile”, una delle forme del “lavoro da remoto”. Non v’è dubbio che, su questo versante, si realizzi una vistosa diseguaglianza tra lavoratori delle amministrazioni pubbliche – nelle quali il ricorso al lavoro agile, nella fase del primo confinamento, è stato massivo e pressoché generalizzato, e, poi, rimanendo rimarchevole, è stato regolato con difficoltà e dubbia efficienza – e i lavoratori privati e meno protetti.

Ancora diversa è – con differenze interne, in ragione della dimensione delle imprese – la posizione dei lavoratori nei comparti in cui sono stati introdotti il blocco dei “licenziamenti economici” e, in connessione, la cassa integrazione per un lungo periodo. Al riavvio delle attività, esaurita tale risorsa, la loro sorte dipenderà dalla tenuta del sistema produttivo in quest’ambito. E, se gli indicatori economici sembrano far intravedere la prospettiva di una ripresa complessiva, l’esperienza degli ultimi decenni, cui qui si è fatto sommario riferimento, insegna che alla maggiore prosperità delle imprese non corrisponde necessariamente una migliore condizione dei dipendenti, né quanto al trattamento giuridico ed economico né quanto alla sicurezza del posto di lavoro. Anzi, non di rado quella prosperità viene conseguita o conservata o incrementata grazie al trattamento peggiore dei lavoratori e alla diminuzione drastica delle tutele. E, ora, l’asimmetria di forza tra capitale e lavoro potrebbe risulterne confermata, e persino aggravata, poiché i lavoratori, ricevute un trattamento salariale ridotto finché dura il blocco, con un’incidenza non trascurabile sul costo a carico dell’imprenditore, che risulterà considerevolmente ridimensionato, non sarebbero affatto messi al sicuro dai licenziamenti alla fine di esso.

Quanto ai lavori occasionali, temporanei e a chiamata e al settore della logistica – ambiti nei quali le tutele erano già largamente al di sotto di standard accettabili – le misure di confinamento hanno spinto ancora più in basso il livello di dignità del lavoro, poiché le imprese di tali comparti hanno acquisito inedita potenza in ragione della crescita esponenziale della domanda di servizi a esse rivolte. Innanzi a tanto il legislatore è rimasto pressoché inerte, e le maggiori garanzie sono state assicurate in sede giurisdizionale²³.

²³ Cfr. App. Torino, sentenza 4 febbraio 2019 n. 26, sull’estensione ai *rider*, formalmente lavoratori autonomi, delle garanzie previste per il lavoro subordinato; Cass. sentenza 24 gennaio 2020 n. 1663, nello stesso senso, anche se rigettando il concetto del lavoro dei *rider* come *tertium genus* tra autonomia e subordinazione, ma dando massimo rilievo al “requisito della etero-organizzazione nella fase funzionale di esecuzione del rapporto”; in sede di indagine penale della Procura della Repubblica di Milano, la notifica ai datori di lavoro dei verbali amministrativi di

Quanto, invece, ad alcuni settori di maggiore incidenza del lavoro sommerso, il legislatore delle misure intese a fronteggiare l'epidemia è intervenuto con riferimento ad agricoltura, allevamento e pesca; assistenza alla persona; lavoro domestico (art. 103, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77). La norma vorrebbe indurre effetti di emersione e prevede anche la regolarizzazione di cittadini stanieri non-comunitari (la nona, nella contabilità complessiva in epoca repubblicana). Sugli esiti e sull'efficacia di questa disciplina sono state avanzate ampie riserve, ma anche segnalati i punti di luce. Tuttavia è osservazione comune che la normativa non introduce strumenti idonei a impedire le sopra descritte forme di sfruttamento, soprattutto in agricoltura²⁴. E che essa obbedisce, quanto all'immissione, a una logica emergenziale, dalle cui inadeguatezza si potrà sortire solo orientandosi alla programmazione razionale dei flussi.

5. *L'impiego perequativo delle risorse del PNRR: un'incognita impegnativa*

In tale scenario, viene in discorso l'impiego delle risorse europee del PNRR: anche quanto al diritto al lavoro, esso, se vorrà essere conforme a Costituzione, dovrà avere segno fortemente perequativo e dovrà orientarsi a correggere le derive che hanno condotto alla perdita di garanzie e alla lesione della dignità della persona. Ma, nonostante la chiarezza di tale vincolo costituzionale e la univocità delle determinazioni europee del medesimo segno, non v'è alcun automatismo da attendersi e nessuna garanzia predefinita sulla quale fare affidamento nella difficile competizione che si prospetta tra Paesi, e all'interno di ciascuno di questi, tra soggetti e territori. Anche la cultura giuridica è chiamata, per imperativo etico, a esercitare la forza della propria critica e a sostenere le ragioni della legalità costituzionale.

riqualificazione della posizione lavorativa dei *rider*, con recupero delle somme contributive e dei premi assicurativi, e dei verbali di prescrizione, con cui viene intimato ai datori di lavoro di provvedere ad adempiere, entro novanta giorni, a tutti gli obblighi in materia di sicurezza del lavoro applicabili alla categoria in discorso.

²⁴ BONIFAZI, STROZZA, *La regolarizzazione del 2020. Un primo quadro dei risultati*, in *V Rapporto agromafie e capolarato*, cit., p. 47 ss. e spec. p. 62.

Abstract

Muovendo da un'analisi della vicenda pandemica che rifiuta la logica dello “stato d'eccezione”, lo scritto indaga quella che l'autore ritiene essere la vera linea di tensione tra l'emergenza in corso e la Costituzione: l'inasprimento, determinato dalle misure adottate per contenere la diffusione del contagio, di quelle stesse diseguaglianze che già rappresentavano la questione costituzionale del secolo. In questa prospettiva, il fenomeno analizzato trova la manifestazione più chiara nelle relazioni di lavoro. Ripercorrendo le vicende del diritto al lavoro, dalle prime riflessioni della dottrina all'arretramento delle tutele dei lavoratori realizzato dagli interventi legislativi del 2012 e del 2015, si evidenzia il progressivo allontanamento da quel disegno costituzionale che vede nel diritto al lavoro, inteso come diritto sociale, l'architrave del progetto di emancipazione espresso dall'art. 3, co. 2, della Costituzione.

Moving from an analysis of the pandemic which rejects the logic of the so-called “state of exception”, the paper aims to explore what the author describes as the true fracture between the current emergency and the Constitution: the worsening, following the special measures enacted to contain the spread of the virus, of those forms of inequality which already represented the main constitutional issue of the century. In this perspective, the phenomenon finds its utmost expression in the field of employment relationships. By describing the vicissitudes of the right to work, from the first studies in legal theory to the 2012 and 2015 reforms, the author concludes that the reason for this must be identified in the setting aside of the constitutional perspective envisioning the right to work, regarded as a social right, as the cornerstone of the emancipation project outlined in art. 3, par. 2, of the Constitution.

Keywords

Pandemia, diseguaglianze, lavoro.

Pandemic, inequality, work.

Massimiliano Delfino

La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea

Sommario: **1.** Il *puzzle* delle competenze europee in materia di tutela della salute pubblica. **2.** Il diritto dell'emergenza fra interventi effettivi e potenzialità dell'Unione. **3.** Le misure nell'ambito del mercato interno. **4.** Gli interventi in campo socio-economico: i fondi strutturali e SURE. **5.** Il nesso tra tutela della salute dei lavoratori e orario di lavoro nel diritto dell'Unione.

1. *Il puzzle delle competenze europee in materia di tutela della salute pubblica*

Questo contributo non ha la pretesa dell'eshaustività e quindi non si occupa a tutto tondo del ruolo che ha avuto (e ha) l'Unione europea nella gestione della crisi pandemica bensì esamina la tutela della salute nell'ordinamento sovranazionale che si articola su due piani distinti. Il primo, più generale, riguarda la *tutela della salute pubblica* mentre il secondo piano, dal taglio prettamente giuridico-lavoristico, concerne la *tutela della salute dei lavoratori*.

Partendo dal primo profilo, occorre rilevare che l'Unione europea ha alcune competenze in materia di salute spesso poco conosciute.

Anzitutto, ai sensi dell'art. 6, lettera a) TFUE, l'Unione può sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri nell'ambito della tutela e del miglioramento della salute umana. Gli atti dell'Unione giuridicamente vincolanti adottati sulla base delle competenze di sostegno, come questa, non possono però comportare l'armonizzazione della legislazione nazionale.

Tuttavia, vi è una norma specifica, l'art. 168 TFUE, che, oltre a rappresentare la base giuridica per alcuni interventi emergenziali sui quali si tornerà di qui a poco, fissa un principio generale di particolare importanza in materia, prevedendo che “nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e

attività dell'Unione deve essere garantito un livello elevato di protezione della salute”¹.

Si osserva poi che l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri per quanto riguarda i problemi comuni in materia di sanità pubblica². Nonostante il principio di sussidiarietà in questo settore sia inteso in senso particolarmente restrittivo dagli Stati membri, riluttanti a cedere quote di sovranità, l'Unione può esercitare la propria azione in maniera trasversale e indiretta.

Il risultato è che, pur mancando un sistema sanitario coordinato a livello sovranazionale, si può parlare di una politica europea comune che, come sarà evidente a breve, passa attraverso meccanismi, anche straordinari, e competenze diverse, tra le quali quelle legate, ad esempio, alla tutela del mercato interno.

2. *Il diritto dell'emergenza fra interventi effettivi e potenzialità dell'Unione*

Ma procediamo con ordine. Alla scarsità di interventi diretti e organici in materia di salute pubblica, fa da contraltare un ricorso ampio a strumenti emergenziali. Non essendo la pandemia da Covid-19 la prima crisi a essere fronteggiata a livello europeo, anche se probabilmente è la più grave, nel tempo l'Unione si è dotata di una serie di strumenti che consentono di intervenire nella gestione delle calamità. In particolare, il Trattato di Lisbona ha introdotto all'art. 6, lettera f) TFUE una competenza complementare nell'adottare azioni tese al supporto, coordinamento e integrazione dell'azione degli Stati membri anche in materia di protezione civile. Tale previsione rappresenta la base giuridica per lo sviluppo successivo di un vero e proprio *corpus* normativo riconducibile al novero del c.d. *EU Disaster Response Law*, cioè di quel diritto volto ad affrontare calamità o catastrofi, ovverosia “qualsiasi situazione che abbia o possa avere conseguenze gravi sulle persone, l'ambiente o i beni, compreso il patrimonio culturale”. Il “pacchetto” della *EU*

¹ Sul punto v. ROLANDO, *La tutela della salute nel Diritto dell'Unione europea in risposta all'emergenza*, in STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del Terzo Millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid 19*, Editoriale scientifica, 2020, p. 417 ss.

² In base all'art. 4, paragrafo 2, lettera k) TFUE.

Disaster Response Law consta principalmente di tre strumenti, che in questa sede è essenziale richiamare seppur brevemente.

In primo luogo, il “*meccanismo europeo di protezione civile*”, introdotto con la Decisione 1313/2013/UE adottata sulla base dell'articolo 196 TFUE³. Grazie a questo meccanismo il 19 marzo 2020 la Commissione europea ha deciso di creare “*rescEU*”, una riserva europea comune di attrezzature mediche di emergenza, finanziata al 90% dalla Commissione.

In secondo luogo, la decisione 1082/2013/UE, che ha abrogato un'analoga misura del 1998⁴, ha previsto una disciplina in materia di grave minaccia alla salute, di sorveglianza epidemiologica, monitoraggio e lotta contro i pericoli imminenti per la salute a carattere transfrontaliero, allo scopo di coordinare e integrare le politiche nazionali. La base giuridica è rappresentata dall'art. 168, par. 5, TFEU che concede un ampio margine di manovra alla Commissione europea, istituzione che può assumere “ogni iniziativa utile a promuovere detto coordinamento, in particolare iniziative finalizzate alla definizione di orientamenti e indicatori, all'organizzazione di scambi delle migliori pratiche e alla preparazione di elementi necessari per il controllo e la valutazione periodici”⁵.

In terzo luogo, l'art. 222, par. 1, TFUE prevede una *clausola di solidarietà* in forza della quale l'Unione europea è obbligata a supportare qualsiasi Stato

³ Tale norma del Trattato costituisce la base giuridica per un intervento secondo la procedura legislativa ordinaria da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, superando così la previgente normativa in forza della quale qualsiasi intervento in materia da parte dell'Unione europea doveva essere adottato all'unanimità dal solo Consiglio. Il fine della norma del Trattato è di: (i) sostenere e completare l'azione degli Stati membri non solo a livello nazionale, ma anche a livello regionale e locale, concernente la prevenzione dei rischi, la preparazione degli attori della protezione civile negli Stati membri e l'intervento in caso di calamità naturali; (ii) promuovere una cooperazione operativa rapida ed efficace all'interno dell'Unione tra i servizi di protezione civile nazionali; (iii) e favorire la coerenza delle azioni intraprese a livello internazionale in materia di protezione civile.

⁴ Infatti già nel 1998 l'Unione, per la verità indipendentemente da particolari avvenimenti emergenziali, è intervenuta con una decisione, e quindi con una misura vincolante, volta a istituire una rete di sorveglianza epidemiologica e di controllo delle malattie trasmissibili sul suo territorio (Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 2119/98/CE).

⁵ Il Parlamento europeo, dal canto suo, è pienamente informato e congiuntamente con il Consiglio “deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni”, può adottare “misure di incentivazione ... per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero”.

membro che sia vittima di un attacco terroristico o di una calamità naturale, nel caso in cui però lo Stato ne faccia richiesta⁶. A oggi la norma non è stata mai invocata dagli Stati, né dopo gli attacchi terroristici del 2016, né a seguito della pandemia. Le ragioni del mancato utilizzo dello strumento possono essere tante. La principale è forse che gli Stati sono ancora convinti di poter gestire in autonomia anche le situazioni emergenziali. Pertanto si tratta di un campo di intervento dell'Unione in materia di tutela della salute che attualmente è soltanto potenziale.

3. *Le misure nell'ambito del mercato interno*

Oltre agli strumenti sinora richiamati, è interessante rilevare come anche le disposizioni riguardanti il mercato interno dell'Unione, fondato sulle quattro libertà fondamentali sancite nei Trattati, si stiano rilevando di estrema utilità nell'attuale crisi sanitaria, supportando gli Stati membri e assicurando solidarietà all'interno dell'Unione.

Ad esempio, l'Unione è intervenuta sulla libera circolazione delle persone, con una Comunicazione del 16 marzo 2020. La Commissione europea ha raccomandato al Consiglio europeo, e in particolare agli Stati membri parte dello spazio Schengen, di restringere temporaneamente i viaggi non essenziali dai Paesi terzi verso l'Unione europea e ha parimenti suggerito agli Stati interessati di disincentivare i viaggi dei propri cittadini e residenti di lungo termine al di fuori dei propri territori⁷.

Misure restrittive hanno riguardato inevitabilmente anche i lavoratori. In questo contesto, è utile segnalare una Comunicazione della Commissione del marzo 2020⁸, nella quale, con i limiti tipici di una fonte non vincolante, si cercano di ridurre gli effetti della pandemia sulla libertà di circolazione dei lavoratori che esercitano professioni critiche⁹. Inoltre, la medesima fonte esorta gli

⁶ La norma prevede, infatti, che “l'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari ... [degli] Stati membri, per prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di calamità naturale”.

⁷ Entrambi gli atti sono stati approvati dal Consiglio europeo il 18 marzo 2020.

⁸ Comunicazione della Commissione del 30 marzo 2020 - Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19 (2020/C 102 I/03).

⁹ Il punto 2 della Comunicazione del 2020 contiene l'elencazione di questi lavoratori: specialisti della salute, compresi i paramedici; addetti all'assistenza alle persone nei servizi sanitari,

Stati membri a stabilire procedure specifiche e rapide per l'attraversamento delle frontiere con un flusso regolare di lavoratori transfrontalieri e distaccati, suggerendo alcune possibili soluzioni¹⁰. La *ratio* delle previsioni appena indicate è molto chiara: da un lato, occorre garantire la circolazione sul territorio dell'Unione a quei lavoratori legati all'emergenza sanitaria e, dall'altro, è opportuno agevolare il più possibile i transfrontalieri (e i distaccati) che affrontano quotidianamente lo spostamento da uno Stato membro a un altro.

Altrettanto evidente è il nesso con la tutela della salute poiché fra le professioni critiche alle quali dovrebbe essere assicurata la libera circolazione ci sono i prestatori di lavoro che, direttamente o indirettamente, operano nel settore sanitario e nelle industrie farmaceutiche, i quali, per intuibili ragioni, debbono potersi spostare con la massima libertà possibile da un Paese all'altro. Inoltre, a proposito dei lavoratori transfrontalieri e distaccati, la Comunicazione presta particolare attenzione al profilo dello *screening* sanitario al fine di evitare che la loro circolazione possa mettere a repentaglio la salute dei cittadini dello Stato ospitante¹¹.

In tema di libertà di concorrenza la politica dell'Unione nell'ambito

compresi assistenti all'infanzia, alle persone con disabilità e agli anziani; scienziati nelle industrie del settore sanitario; lavoratori nei settori farmaceutico e dei dispositivi medici; lavoratori occupati nella fornitura di beni, in particolare nella catena di approvvigionamento di medicinali, forniture mediche, dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale, comprese la loro installazione e manutenzione; specialisti delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; tecnici dell'informazione e della comunicazione e altri tecnici per la manutenzione essenziale delle attrezzature; specialisti in ingegneria, quali ingegneri e tecnici energetici ed elettrotecnici; personale che opera in infrastrutture critiche o altrimenti essenziali; professioni tecniche nelle scienze e nell'ingegneria (compresi i tecnici addetti a impianti di trattamento e distribuzione delle acque); professioni nei servizi di sicurezza, custodia e vigilanza; vigili del fuoco/agenti di polizia/agenti di custodia carceraria/agenti di sicurezza/personale della protezione civile; operai specializzati delle lavorazioni alimentari e assimilati, addetti alla manutenzione; conduttori di macchinari per la fabbricazione di alimenti ed assimilati (compresi gli operatori della produzione alimentare); lavoratori del settore dei trasporti.

¹⁰ Secondo il punto 3 della Comunicazione del 2020, "tale obiettivo può essere raggiunto, ad esempio, per mezzo di apposite corsie alla frontiera riservate a tali lavoratori, oppure mediante l'apposizione di specifici adesivi riconosciuti dagli Stati membri limitrofi, che consentano di agevolare l'accesso di tali lavoratori al territorio dello Stato membro di occupazione".

¹¹ Infatti, "lo screening sanitario ... deve essere effettuato alle stesse condizioni previste per i cittadini che esercitano le medesime professioni" (punto 4 della Comunicazione) e "può essere effettuato al di qua o al di là della frontiera" e "se il lavoratore presenta sintomi febbrili" le autorità di frontiera possono impedirgli di proseguire il viaggio, anche se in questo caso "dovrebbe essergli garantito l'accesso a cure sanitarie adeguate alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro di occupazione" (punto 5).

del mercato interno si presta a essere parzialmente piegata alle esigenze delle imprese, attraverso una maggiore flessibilità nel controllo degli aiuti di Stato, di cui all'art. 107 TFUE, e delle intese restrittive della concorrenza, previste dall'art. 101 TFUE¹².

Con riguardo al primo profilo si rinvia al contributo di Laura Tebano. Invece, per quanto concerne il versante delle intese restrittive della concorrenza, va ricordato che sono incompatibili con il mercato interno, e quindi vietate, se pregiudicano il commercio tra Stati membri e se hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del medesimo mercato. In quest'ambito è intervenuta una Comunicazione della Rete europea della concorrenza¹³, che ha suggerito di mantenere saldi i principi in materia di diritto della concorrenza anche in una fase in cui le imprese e l'economia in generale versano in uno stato di profonda crisi. Infatti, le autorità europee possono intervenire nel caso in cui si dovessero verificare rialzi anomali dei prezzi di beni di prima necessità (quali, ad esempio, mascherine protettive e gel disinfettanti) o nell'ipotesi in cui alcune imprese approfittassero della situazione per concludere intese anticoncorrenziali o per porre in essere abusi di posizione dominante¹⁴.

4. *Gli interventi in campo socio-economico: i fondi strutturali e SURE*

Passando agli interventi nel campo economico e sociale, vanno ricordate le misure in tema di fondi strutturali e soprattutto gli strumenti finanziari a sostegno del rischio disoccupazione.

Partendo dai primi, la Commissione il 13 marzo 2020 ha proposto un'*Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus*'¹⁵, mediante la quale in-

¹² Su questi profili v. ARENA, *Emergenza e libertà fondamentali nel mercato unico*, in STAIANO, *op. cit.*, p. 357 ss.

¹³ C.d. *European Competition Network* o "ECN", gruppo informale che riunisce le varie autorità *antitrust* nazionali dell'Unione europea e la Commissione europea.

¹⁴ Inoltre, le autorità hanno espresso una certa apertura, prevedendo la possibilità di esenzione per gli accordi necessari e temporanei conclusi tra imprese e volti al sostegno alla fornitura ed equa distribuzione di beni durante lo stato di crisi legato alla pandemia di Covid-19 che altrimenti sarebbero vietati sulla base della disciplina concorrenziale. Si legge nella comunicazione infatti che "[national antitrust authorities] will not actively intervene against necessary and temporary measures put in place in order to avoid a shortage of supply".

¹⁵ C.d. *Corona Response Investment Initiative*, "CRII".

tende garantire che i fondi di coesione possano essere utilizzati in modo rapido ed efficace dagli Stati membri¹⁶. In generale, i regolamenti in materia, a seguito delle “modifiche pandemiche”, introducono la nozione di “crisi sanitaria pubblica” e consentono un’estensione dell’ambito di applicazione. Inoltre, il Regolamento n. 2002/2012 del Consiglio¹⁷, che istituisce il Fondo di solidarietà dell’Unione europea (FSUE), è stato integrato dal Regolamento 2020/461¹⁸, che ne estende in modo permanente l’ambito di applicazione alle gravi emergenze di sanità pubblica. In via generale, il FSUE consente all’Unione di fornire un efficace sostegno a uno Stato membro o a un Paese in via di adesione quando deve affrontare i danni causati da gravi catastrofi naturali.

Sul versante del rischio disoccupazione va segnalata una misura, che, al contrario delle precedenti, ha carattere temporaneo: la c.d. SURE (acronimo dall’inglese *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) presentata dalla Commissione europea il 2 aprile 2020 e disciplinata dal Regolamento (UE) 2020/672 del 19 maggio del medesimo anno, quale strumento ulteriore per consentire all’Unione di fornire assistenza finanziaria in forma di prestiti agli Stati membri colpiti¹⁹. Lo strumento è fondato sull’art. 122, par. 2, TFUE, in base al quale “qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un’assistenza finanziaria dell’Unione”. Pertanto, SURE è stato messo a disposizione degli Stati che devono impiegare notevoli mezzi finanziari per combattere le conseguenze economiche e sociali della pandemia e garantisce un’assistenza finanziaria aggiuntiva, integrando così le misure nazionali e le sovvenzioni

¹⁶ Il relativo regolamento è stato adottato il 30 marzo 2020 ed è entrato in vigore il 1° aprile 2020.

¹⁷ Dell’11 novembre 2002.

¹⁸ Del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020.

¹⁹ Su SURE v., fra gli altri, GIUBBONI, *In uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri... Noterella polemica sulla proposta della Commissione d’una cosiddetta Cassa integrazione europea*, in *RDSS*, 2020, p. 421 ss., critico più che sullo strumento in sé sulla sua qualificazione come forma di solidarietà europea poiché non si rinviene nel caso di specie “un legame che obbliga, un dovere di assistenza, una forma istituzionalizzata di redistribuzione di risorse in favore del membro della comunità che si trovi in difficoltà” (p. 423); RICCOBONO, *Un “salto di specie” per l’UE: la solidarietà europea alla prova della crisi pandemica*, in GARILLI (a cura di), *Dall’emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, 2020, pp. 201-204.

normalmente erogate per tali scopi nell'ambito del Fondo sociale europeo. Nello specifico, tale strumento funge da seconda linea di difesa per finanziare i regimi di riduzione dell'orario lavorativo, aiutando gli Stati membri (ma non i Paesi in via di adesione) a preservare i posti di lavoro e, così facendo, a tutelare i lavoratori dipendenti e autonomi²⁰ dal rischio di disoccupazione e di perdita del reddito²¹.

5. *Il nesso tra tutela della salute dei lavoratori e orario di lavoro nel diritto dell'Unione*

Proprio lo strumento da ultimo richiamato consente di passare al secondo profilo oggetto del contributo, la *tutela della salute dei lavoratori* nell'Unione europea anche se da un particolare angolo visuale. SURE ha reso evidente come la minaccia per la sanità pubblica rappresentata dalla pandemia possa essere affrontata dalle imprese con programmi generalizzati di riduzione dell'orario finanziariamente supportati attraverso un sostegno al reddito per le ore non lavorate. Insomma, SURE sottolinea l'importanza del nesso fra orario e tutela della salute e un simile collegamento, seppure inteso diversamente, è da molto tempo alla base anche degli interventi dell'Unione sulla sicurezza nei luoghi di lavoro. Tale nesso è molto visibile già nelle norme primarie, come l'art. 31 CDFUE, secondo il quale "ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose" ma anche "a una limitazione della durata massima del lavoro"²².

Ciò è confermato dalla normativa secondaria europea. Infatti, il campo di applicazione della direttiva 2003/88 sull'orario di lavoro è definito con

²⁰ RICCOBONO, *op. cit.*, sottolinea come SURE sia caratterizzato da una filosofia inclusiva che "si ritrova nella scelta di ricomprendere tra i beneficiari finali dell'assistenza anche i lavoratori autonomi" (p. 202).

²¹ Sebbene l'ambito di applicazione tematico sia coerente con quello del FSUE stante l'omogeneità di obiettivi diversi sono gli elementi di differenza rispetto a quest'ultimo: diverso è l'ambito geografico di applicazione giacché il SURE è limitato agli Stati membri e non si applica ai paesi che stanno negoziando l'adesione all'Unione europea; il FSUE può essere utilizzato su base permanente, mentre SURE è limitato al caso particolare della pandemia di Covid-19; infine, il FSUE è basato sulle sovvenzioni e consente l'erogazione di pagamenti anticipati, mentre SURE è caratterizzato da prestiti. Sulle interconnessioni fra quest'ultimo strumento e gli aiuti di Stato v. il contributo di Laura Tebano in questo Quaderno della rivista.

²² Oltre a "periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite".

un rinvio alla direttiva quadro 89/391/CEE in materia di sicurezza dei lavoratori²³. Peraltro, la presenza di entrambe le direttive rende immediatamente applicabile l'art. 31 CDFUE negli ordinamenti interni perché, in base all'art. 51 sia nell'ambito della sicurezza sia in quello dell'orario c'è attuazione del diritto dell'Unione²⁴.

Indicativo della connessione fra le due materie è altresì l'apporto fornito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Una sentenza del 14 maggio 2019, *Comisiones Obreras 2*, fondandosi proprio sull'art. 31 CDFUE e sulle direttive 89/391 e 2003/88, afferma che "l'instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero ... rientra nell'ambito dell'obbligo generale, ..., di cui ... [alla] direttiva 89/391, di istituire un'organizzazione e i mezzi necessari per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori". Peraltro, "per quanto riguarda i costi ... per i datori di lavoro, ... la protezione efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico. Pertanto, le previsioni delle due direttive, "ostano a una normativa di uno Stato membro [come la Spagna] che ... non impone ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore"²⁵.

Sempre in tema di binomio fra sicurezza e orario di lavoro va segnalata quella giurisprudenza che s'interroga sul campo di applicazione di entrambe le direttive prima richiamate, che è identico poiché il riferimento comune è all'art. 2, par. 2 della direttiva sulla sicurezza, secondo il quale tale fonte secondaria "non è applicabile quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo". La Corte di giustizia ha spesso interpretato questa previsione in modo piuttosto estensivo. Significativa è una pronuncia del 20 novembre 2018, *Sindicatul Familia Constanța*, che ha richiamato la giu-

²³ Tale direttiva pone l'accento sulla cultura della prevenzione tramite misure preventive, l'informazione, la consultazione, la partecipazione equilibrata e la formazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti nel settore pubblico e privato.

²⁴ V. da ultimo C. Giust. 25 giugno 2020, C-570/18, *H c Parlamento europeo*. Sul punto sia consentito rinviare a DELFINO, *Article 51 Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in ALES, BELL, DEINERT, ROBIN-OLIVIER (a cura di), *International and European Labour Law*, Beck, -Hart-Nomos, 2018, p. 234 ss.

²⁵ C. Giust. 14 maggio 2019, C-55/18, *Comisiones Obreras 2*, rispettivamente punti 62, 66 e 71.

risprudenza precedente, secondo la quale l'art. 2, par. 2, primo comma, della direttiva 89/391 consente “di preservare l'efficacia delle attività specifiche del pubblico impiego la cui continuità è indispensabile per garantire l'esercizio effettivo delle funzioni essenziali dello Stato”²⁶, deroga “applicabile a siffatti servizi *solo in circostanze di gravità e ampiezza eccezionali*”²⁷. La Corte successivamente afferma, da un lato, “che talune attività particolari del pubblico impiego present[ano], anche quando sono esercitate in condizioni normali, caratteristiche talmente specifiche che la loro natura osta ... a una pianificazione dell'orario di lavoro rispettosa delle prescrizioni imposte dalla direttiva 2003/88”²⁸ e, dall'altro, che la particolare figura di assistente genitoriale dipendente di un'autorità pubblica, al centro del caso in oggetto, può subire limitazioni nel godimento dei diritti connessi all'orario di lavoro (e quindi anche alla sicurezza) poiché tali limitazioni “si rivelano necessarie alla realizzazione dell'obiettivo d'interesse generale riconosciuto dall'Unione costituito dalla tutela ... del minore sancito dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”²⁹, essendo sufficiente in questo caso la salvaguardia del contenuto essenziale del diritto previsto dall'art. 31 della medesima Carta.

Queste aperture giurisprudenziali sono confermate da una pronuncia del 2020, che, pur non facendo riferimento all'emergenza sanitaria perché il caso trattato era sorto in un periodo antecedente, sembra essere influenzata da tale situazione poiché mostra che accadimenti eccezionali esterni al rapporto di lavoro, come appunto può essere la pandemia, consentono l'esclusione di alcune delle tutele in materia di orario e di sicurezza dei lavoratori. Il riferimento è alla sentenza del 30 aprile 2020, *UO c. Készenléti Rendőrség*³⁰, riguardante un caso ungherese. Infatti, in tale decisione i giudici affermano che “eventi eccezionali, quali catastrofi naturali o tecnologiche, attentati o incidenti importanti, la cui gravità e le cui dimensioni richiedono l'adozione di provvedimenti indispensabili alla tutela della vita, della salute nonché della sicurezza della collettività e la cui buona esecuzione verrebbe compromessa se dovessero osservarsi tutte le norme previste dalla direttiva 2003/88 ... giustificano il riconoscimento di una priorità assoluta all'obiettivo di protezione

²⁶ C. Giust. 20 novembre 2018 *Sindicatul Familia Constanța*, C-147/17, punto 65. Mio il corsivo.

²⁷ Sentenza *Sindicatul Familia Constanța*, punto 67.

²⁸ Sentenza *Sindicatul Familia Constanța*, punto 68.

²⁹ Sentenza *Sindicatul Familia Constanța*, punto 85.

³⁰ C. Giust. 30 aprile 2020, C-55/18, *UO c. Készenléti Rendőrség*, C-211/19.

della popolazione, a scapito del rispetto delle disposizioni di quest'ultima direttiva, le quali possono essere provvisoriamente violate” nell'ambito dei “servizi attivi nel settore della sanità, della sicurezza e dell'ordine pubblici”³¹.

Insomma, questa pronuncia afferma che l'esclusione, totale o parziale, delle tutele in materia di orario e di sicurezza sul lavoro, è consentita non soltanto per il tipo di attività svolta dai lavoratori nel settore della sanità, della sicurezza e dell'ordine pubblici (nel caso di specie si trattava della sorveglianza delle frontiere esterne di uno Stato membro), ma anche in virtù del contesto in cui tale attività è svolta. Tale sentenza va letta con equilibrio altrimenti rischia di rivelarsi un *boomerang*, aprendo la strada, in caso di eventi eccezionali quali l'emergenza sanitaria da Covid-19, a un effetto paradossale: la mancata applicazione delle regole in tema di orario e di sicurezza proprio ad alcuni dei lavoratori che sono in prima linea nella lotta contro la pandemia, ovverossia quelli operanti nel settore della sanità. Un'interpretazione di tal genere, appetibile per le organizzazioni sanitarie congestionate dalla crisi perché rende più flessibile la gestione dell'orario dei dipendenti, rischia però di mettere a repentaglio la salute dei medesimi lavoratori se si considera la conseguente mancata applicazione anche delle tutele in materia di sicurezza sul lavoro.

³¹ Sentenza *UO*, punto 42. Interessante a tal fine è anche la sentenza del 18 luglio 2020, *UX c Governo della Repubblica italiana* (meglio nota come sentenza sui giudici di pace), nella quale però la Corte di giustizia, probabilmente consapevole del fatto che le esigenze dei lavoratori nel caso di specie poco si prestano a essere influenzate da una situazione d'emergenza, sostiene che “nulla giustifica l'applicazione dell'art. 2, par. 2, primo comma, della direttiva 89/391 nei confronti dei giudici di pace e la loro esclusione ... dall'ambito di applicazione” (punto 17) delle direttive sull'orario e sulla sicurezza, cosicché, “in tali circostanze, si deve ritenere che la direttiva 2003/88 sia applicabile” (Punto 87). Su questa sentenza, v. ALES, RIEFOLI, *Funzionari “onorari” o lavoratori? Lo status dei giudici di pace italiani nella sentenza della Corte di Giustizia: primi riflessi sull'ordinamento interno*, in questa rivista, 2021, I, p. 43 ss.

Abstract

Il contributo esamina la tutela della salute nell'ordinamento dell'Unione europea su due piani distinti. Il primo, più generale, riguarda la tutela della salute pubblica, mentre il secondo, dal taglio prettamente giuslavoristico, concerne la tutela della salute dei lavoratori. Con riferimento al primo piano, si sottolinea come l'Unione, nel periodo dell'emergenza sanitaria, sia intervenuta in campo socio-economico e in tema di fondi strutturali e di SURE, ma al contempo abbia deciso di non esercitare alcune competenze previste dai Trattati (v. la clausola di solidarietà sociale prevista dall'art. 222, par. 1, TFUE). Per quanto concerne il secondo piano indicato, il contributo si occupa della normativa europea in materia di orario e sicurezza sul lavoro, mettendo in evidenza i rischi della mancata applicazione di tale normativa ad alcuni dei lavoratori che sono in prima linea nella lotta contro la pandemia, ovvero quelli operanti nel settore della sanità.

The paper examines the health protection in the European Union on two distinct levels. The first one, more general, concerns the protection of public health while the second one, under a pure labour law approach, concerns the protection of workers' health. As far as the first level is concerned, it is emphasized that the Union, in the period of the health emergency, intervened in the socio-economic field, structural funds and SURE but at the same time decided not to exercise all the competence provided for by the Treaties (see the social solidarity clause provided for by Article 222.1 TFEU). As regards the second-mentioned level, the contribution deals with the EU legislation on working time and safety at work, by highlighting the risks of non-application of this legislation to some of the workers who are at the forefront of the fight against the pandemic, such as those operating in the health sector.

Keywords

Competenza UE, salute pubblica, mercato interno, campo socio-economico, orario di lavoro e sicurezza.

EU competence, public health, single market, socio-economic field, working time and safety at work.

Lorenzo Zoppoli

Pandemia, lavoro, Costituzione: nuovi equilibri, nuovo bilanciamento?*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Emergenza e sistema giuridico. **3.** Lavoro agile emergenziale e buon andamento delle pubbliche amministrazioni. **4.** Ripresa, resilienza e reclutamento dei dipendenti pubblici. **5.** Vaccini, libertà, solidarietà. **6.** Libertà di impresa e tutela dell'occupazione nell'emergenza sociale. **7.** Una domanda conclusiva: che fine ha fatto la "cittadinanza industriosa"?

I. *Premessa*

Appare sempre più chiaro che l'anno bisestile 2020 – dominato dalla ben nota pandemia da Covid-19 – ci ha sfidato, oltre che nel fisico, anche, o soprattutto, nella capacità intellettuale di capire e ordinare eventi, comportamenti, accadimenti. Se il primo fronte è stato presidiato dai medici e da tutto il personale sanitario, sul secondo, ma in posizione assai avanzata, ci sono i giuristi, nessuno escluso. Infatti tutti i settori e le branche dell'ordinamento sono stati variamente investiti da una normazione copiosa e martellante, che ha impegnato in una difficile opera di aggiornamento, interpretazione, raccordo sistematico, ragionevolezza applicativa. Un aggravio di lavoro teorico e pratico che si è protratto, purtroppo, per buona parte del 2021 e dal quale non si sa quando davvero usciremo.

Si corre così un rischio grave: perdere di vista senso e baricentro del nostro diritto e dei nostri diritti – intesi come pluralità di sottosistemi normativi – disperdendo in mille rivoli l'intelligenza giuridica chiamata ad affrontare l'emergenza sanitaria che si è fatta emergenza regolativa. Alla fine scopriremo magari che siamo riusciti a salvare fisicamente tanti concittadini (purtroppo di certo non tutti), ma abbiamo leso irrimediabilmente una parte essenziale di quel cervello

* Il saggio è destinato al *Liber Amicorum per Maurizio Cinelli, Cultura giuridica e previdenza sociale nell'Italia repubblicana*, in corso di pubblicazione.

collettivo da cui proviene la capacità di dare regole, a sé stessi e agli altri, con tempi e modi adeguati alla loro efficacia/effettività.

Per evitare questo esito, si può provare a portare la riflessione dei giuristi un po' oltre il diritto emergenziale, per chiedersi essenzialmente fino a che punto l'indiscutibile rilevanza primaria assunta dalla tutela della salute pubblica stia incidendo sugli assetti di fondo, sui principi, sul metodo e sulla cultura giuridica dentro e fuori il nostro paese.

Un dato balza agli occhi con evidenza innegabile. La proibizione è lo strumento regolativo più usato – e, per molti versi, efficace – per tutelare la salute pubblica. Per molti mesi persino Parigi – città simbolo di tutte le libertà – ha perso la sua inconfondibile “*joie de vivre*”. La vita dei francesi, come quella di tanti europei e non, è stata ben riassunta in una filastrocca per bambini: *metro-boulot-dodo*¹. Qualcuno, esagerando i toni, in Italia, ma non solo, ha parlato di “dittatura sanitaria”². Giornalisti importanti, e di sicura fede democratica, hanno scritto, con maggior misura: “se vogliamo contenere il virus, dobbiamo cedere quote di libertà”³. Gente comune ha cercato di farsi una ragione persino della cancellazione dei propri matrimoni – vere tappe esistenziali ancora per molti – scrivendo versi semplici ma efficaci, che recitano: “trattieni il respiro per un bene più grande”. Infine, a partire da gennaio 2021, una possibile soluzione – forse l'unica – cioè la campagna vaccinale di massa, ha scatenato l'incubo della medicina di Stato, della sperimentazione di stampo nazista evocata insieme ai più moderni scenari di controllo capillari ispirati alle più sofisticate tecniche biopolitiche di *foucaultiana* memoria. Intanto sulla scena mondiale furoreggiavano paesi modello nella lotta alla malattia (*in primis* la Cina, da cui tutto partì), dove la strumentazione incentrata sulle tre T (test, tracciamenti, terapie) ha aperto indubbiamente speranze, ma ha fatto intravedere il ricorso a restrizioni e “*clausure*” anche più drastiche di quelle conosciute in Europa.

Non tutto però è avvenuto all'insegna dell'attacco puro e semplice alle libertà individuali e collettive. Ogni tanto in cielo, ma a quote sempre meno elevate, sono stati avvistati elicotteri carichi di denaro, a partire dall'austera Europa, dove pure si è riscontrato un iniziale zavorramento ad opera di un parzialmente

¹ Anche se, ormai, si prevedono i contraccolpi: v. DI PAOLO, *Anni venti esuberanti con giudizio*, ne *la Repubblica* del 3 giugno 2021.

² Una delle narrazioni (im)possibili di questa fase storica: BARBERIS, MUFFATO, *Eccezione, emergenza, digitalizzazione*, in DOLSO, FERRARA, ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del covid-19*, Edizioni Università di Trieste, 2020, p. 15 ss.

³ GIANNINI, *Ma un giorno questo dolore ci sarà utile*, ne *la Stampa* del 18 ottobre 2020.

nuovo schieramento di “Paesi frugali”. E viene in mente un giudizio di Alberto Moravia, in veste di critico letterario, attuale anche per la nuova stagione di celebrazione del grande drammaturgo napoletano: “le commedie di Eduardo sono perfette, ma solo nei primi due atti perché al terzo mette in scena la pastasciutta e risolve tutti i conflitti”. Più seriamente, davanti a vincoli alle imprese per i licenziamenti, cassa integrazione causale covid e altri sussidi per lavoratori subordinati e no, si è coniato un neologismo di stampo medio-orientale buttato lì con sprezzo: “siamo al Sussidistan”.

Si è diffusa così una nuova cultura politica. Lo Stato appare di nuovo con un volto gravemente deturpato: con una mano distribuisce drastici divieti che riguardano libertà fondamentali e con l'altra soldi ai più pigri. Arretrano nella gerarchia dei valori: le libertà fondamentali – personali, politiche, economiche, sociali – e il merito, l'intraprendenza economica, l'aspirazione alla proprietà di quanti più beni possibile. Su tutto si impone la tutela della salute pubblica⁴.

Per conoscere reazioni e valutazioni dei cittadini europei in questa delicata fase della vita collettiva è interessante al riguardo la ricerca periodica di Eurofound, “*Living, working e covid-19*”⁵. Vengono fuori elementi importanti che devono indurci a tarare anche le questioni giuridiche più delicate intorno ai temi, nuovi (ma pure antichi), del *teleworking*, del *gender gap*, dei sostegni finanziari anche ai lavoratori autonomi, del rischio motivazionale e depressivo delle variegate restrizioni alla vita, specie dei giovani, e, in linea generale, della crucialità della “nuova questione sociale”⁶.

Lo spazio per le riflessioni dei giuristi è enorme. In questo quaderno se ne raccolgono alcune. Sono ispirate ad un comune auspicio: che la cultura giuridica sappia svolgere in questo delicato frangente il ruolo che le è proprio, cioè cercare

⁴ Cominciano però a circolare analisi più equilibrate: v., ad esempio, BASSANINI, G. NAPOLITANO, TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, il Mulino, 2021.

⁵ Le prime due tappe della ricerca risalgono ad aprile e a luglio 2020; ma i temi sono ripresi nell'edizione finale del 2021, EUROFOUND (2021), *Living and working in Europe 2020*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

⁶ V. L. ZOPPOLI, *Introduzione: una zattera per ripartire tutti insieme*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. II ss.; D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in LG, 2020, p. 429 ss.; PERULLI, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e valorizzazione del lavoro dopo la pandemia*, in Labor, 2020, p. 455 ss.; ESPOSITO, *Quel che resta del Covid*, e G. Fontana, *Tutele del lavoro in epoca di epidemia (e di “post-liberismo”)*, entrambi in DLM, 2020, risp. pp. 237 ss. e 509 ss.; GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, 2020.

realistici punti di equilibrio tra i diversi interessi e i diritti di tutti, nella consapevolezza che anche la più sacra delle libertà non può essere scissa da un profondo e diffuso senso di responsabilità tanto collettiva quanto individuale.

2. *Emergenza e sistema giuridico*

L'insieme dei cambiamenti indotti dall'emergenza covid-19 ha un evidente riflesso sugli assetti normativi nazionali e sovranazionali. In particolare appare inevitabile chiedersi quanto il rimescolamento delle priorità da dare a questa o quella dimensione esistenziale e/o organizzativa abbia inciso o possa incidere sulla nostra Costituzione, quale risulta dalla dimensione giuridica ormai irreversibilmente pluri-livello⁷.

Non c'è dubbio che in nome della salute pubblica si possano fare molte cose, intervenendo con regole e risorse finanziarie ed organizzative tarate su esigenze e tempistiche diversificate. Non per altro due norme fondamentali di due capisaldi del nostro ordinamento giuridico – gli artt. 32 della Costituzione italiana e 35 della Carta europea dei diritti fondamentali – all'unisono riconoscono il diritto dei cittadini alla salute. Però fioccano le domande imbarazzanti: in che rapporto sta la salute dei cittadini con quella, non sempre scindibile, dei lavoratori e degli imprenditori? Fino a che punto si può, per ridurre il (naturale) rischio di ammalarsi, privare la popolazione delle fonti di sostentamento e/o arricchimento? In nome della salute pubblica si possono imporre modelli organizzativi spesso di difficile praticabilità, improntati a quel distanziamento (fisico e/o sociale, detto anche confinamento o clausura) che riducono o azzerano la vita sociale, i percorsi di istruzione e formazione, le abitudini consolidate di intere comunità? E poi c'è vera salute senza libertà personali? È compatibile con queste libertà imporre la somministrazione di vaccini, anche solo ad alcune categorie di lavoratori?

Tutta questa problematica appare in verità anche risolvibile sul piano logico e giuridico, se si mettono in campo due tecniche regolative: da un lato la temporaneità delle restrizioni e delle elargizioni; dall'altro il bilanciamento dei diritti. L'una e l'altra tecnica però vengono indebolite dal prolungarsi della pandemia.

Peraltro resta fondamentale evitare di confondere disagi e questioni che preesistevano all'impennata dell'esigenza di tutela della salute pubblica (*jobless*

⁷ Per tanti profili al riguardo implicati, che qui di seguito non tratto quasi per nulla, v. in questo quaderno soprattutto i saggi di Delfino, Brino e Tebano.

growth e crescita dei *working poor* da digitalizzazione; polarizzazione delle etiche del lavoro; diseguaglianze senza alcun governo; esplosione delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale) e che già minacciavano le libertà, le imprese, le tradizionali tutele del lavoro. Tant'è che già durante la prima fase della pandemia c'era chi meritevolmente si cimentava con l'arricchimento dei parametri della sostenibilità del diritto del lavoro in una logica che prescindeva dall'emergenza Covid⁸.

Però c'è del vero nel fatto che l'improvvisa acutizzazione di un'emergenza (seppure così inquietante come quella sanitaria) ha trovato terreno fertile nel nostro ordinamento giuridico mettendo in crisi due pilastri fondamentali: sistema delle fonti e cultura e regole della prevenzione. Se questi elementi non funzionano, prende il sopravvento la repressione. Anticamera degli interventi repressivi sono la centralizzazione delle decisioni politiche e la torsione autoritaria del comando normativo, cioè la riduzione del controllo democratico sulle procedure che sfociano nella regola vincolante⁹. Centralizzazione, autoritarismo e, non inevitabile ma probabile, repressione sono però destinate prima o poi a diventare impopolari e a incattivire cittadini e sistema politico. E, soprattutto, quella deriva rischia di ripercuotersi progressivamente sulla risorsa fondamentale di un ordinamento giuridico democratico e pluralista: il bilanciamento tra valori e diritti.

Può essere che tra un anno ogni cosa torni *naturalmente* come prima, come tutti auspichiamo. Però, dinanzi alla quantità e qualità della normativa pandemica, è doveroso per il giurista formulare una sorta di intimazione verso una politica talora apparsa incline ad usare con disinvoltura ogni strumento regolativo: "ci si trova in presenza di un sistema... di cui i singoli interventi dovranno comunque salvaguardare i principi ordinatori ed il complessivo equilibrio. I geni della legislazione emergenziale non possono stravolgerlo, né rimanere nel tessuto del diritto ... più del necessario"¹⁰.

Questa affermazione, per molti versi opportuna e condivisibile, solleva interrogativi importanti su due punti: a) si può pianamente ritenere esistente un vero e proprio sistema normativo dotato di evidenti anticorpi contro alterazioni

⁸V. CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, diffuso più o meno nel maggio 2020. Si può leggere in www.csdle.lex.unict.it. Per alcuni commenti v. *LDE*, 2020, n. 3, 2021 nn. 1 e 3; e *ADL*, 2020, n. 5.

⁹V. Commissione europea, *2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*, COM (2020) 580 final del 30 settembre 2020.

¹⁰BIANCA, SERAFIN, *Il diritto dell'impresa e la sfida del covid-19*, in DOLSO, FERRARA, ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 228

emergenziali eventualmente dirompenti?; b) è plausibile che, usciti definitivamente dalla pandemia, in ciascuna branca ordinamentale tutto torni come prima del covid-19?

Sulla prima domanda c'è tantissimo da discutere, anche e soprattutto in chiave interdisciplinare. E dall'esito di queste discussioni conseguono risposte diverse alla seconda domanda. Nella dottrina costituzionalista, ad esempio, si individua un sistema sufficientemente chiaro nella Carta costituzionale italiana quanto a fonti ed equilibrio centro-periferia¹¹, aspetti messi a dura prova dalla normativa emergenziale. La legislazione anti-covid avrebbe però sbrecciato qua e là il sistema, anche gravemente; ma con un po' di accortezza si può tornare a governare l'emergenza ripristinando gli equilibri pre-covid. Non tutti i costituzionalisti invero la pensano così¹².

Per il diritto del lavoro la questione del sistema è assai più problematica. I giuslavoristi sono stati colti dall'ultima crisi in piena autoanalisi collettiva. Negli ultimi 4/5 anni molti hanno lamentato un "cambio di paradigma", una transizione che non parte davvero o imbocca direzioni sbagliate o ci lascia ancora una volta in mezzo al guado¹³. Più alte ancora le grida di dolore si sono levate dinanzi al diritto pandemico. E, come detto prima, sono stati elaborati "Manifesti" che prospettano l'intera riscrittura della materia. Si ha quindi l'impressione che sia davvero molto difficile riportare la barca nel medesimo porto da dove era partita prima dell'ultima tempesta.

Però, a prescindere dalle fotografie più o meno settoriali e più o meno condivisibili, se la chiave per affrontare giuridicamente le emergenze sta nel bilanciamento e nella prevenzione, a me pare logico che l'esperienza del Covid-19 non possa lasciare tutto come prima. Con questo non voglio dire che dopo questo tsunami regolativo tutto deve cambiare. Anzi questa mi pare una prospettiva pericolosissima: ancora c'è in aria un gran polverone che impedisce di guardare all'oggi, figuriamoci al domani.

Se conveniamo però sul fatto che la strumentazione giuridica per affrontare l'emergenza sanitaria ha messo comunque in rilievo delle difficoltà su due profili

¹¹ STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in ID. (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Editoriale scientifica, 2020, p. 11 ss.V. anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta online, 2020; e, da ultimo, MANFRELLOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 2.

¹² V., ad esempio, AINIS, *La quarantena del potere*, ne la Repubblica del 22 ottobre 2020.

¹³ Da ultimi v. CARUSO, ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* - 439/2021.

come bilanciamento e prevenzione – che non sono di dettaglio, ma di fondo; e non sono nemmeno alcuni tra i tanti tasselli del diritto “statico”, bensì ingranaggi importantissimi del diritto “dinamico”, cioè elementi che conferiscono dinamismo e capacità di adattamento ai sistemi regolativi – è relativamente facile trarre le conclusioni. I sistemi giuridici hanno bisogno di potenziare regole e tecniche di bilanciamento dei diritti, rendendole più tempestive, più fluide, più consensuali, più inclusive. E hanno bisogno di essere più attrezzati a prevenire. Così forse non si esclude la necessità di limitare le libertà, ma se ne contiene la compressione nella durata e nell’entità, la minima indispensabile.

3. *Lavoro agile emergenziale e buon andamento delle pubbliche amministrazioni*

Naturalmente non ci si può limitare a individuare genericamente lacune e rimedi in una situazione di tale complessità come quella vissuta dal mondo intero dall’inizio del 2020. D’altra parte articolare adeguatamente il discorso – come il tema peraltro imporrebbe e meriterebbe – sarebbe troppo lungo. Perciò, pur consapevole di quanto il metodo possa apparire discutibile, proporrò un’analisi incentrata solo su qualche tematica “esemplare” che, tra l’altro, sarà più puntualmente ripresa e approfondita negli scritti successivi.

La prima riguarda lo *smart working*, cioè quella specifica forma di *remote working* che tanto piede ha preso grazie alla *digi-demia*¹⁴. Nella disciplina italiana di questo istituto – dal più preciso *nomen iuris* di lavoro agile (secondo la legge italiana che lo ha introdotto, la l. n. 81 del 2017) – vi è stato subito, sin dall’insorgere dell’emergenza sanitaria, un riflesso di regolazione autoritaria: l’eliminazione dell’accordo individuale. La scelta è stata fatta anche per aggirare l’esistenza di più stringenti, benchè meno generali, discipline del telelavoro, istituto preesistente allo *smart working* già destinatario di norme regolamentari e contrattuali e forse più rispondente alla tipologia di *remote working* utilizzato a fini di tutela della salute pubblica e privata¹⁵. In questo modo però a farne le spese è stato il bilanciamento tra diritto alla salute del lavoratore – che ha conosciuto un’apoteosi perché ha sommato in un’unica situazione giuridica, quella del lavoratore, tutela della salute pubblica e privata – ed efficienza organizzativa. Infatti, eliminato il

¹⁴ V. L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.IT- 439/2021.

¹⁵ Da ultimo v. TUFO, *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 2021, I, p. 41 ss.

diaframma dell'accordo individuale, nulla ha arrestato la valanga della pressoché totale remotizzazione delle attività lavorative, con ben poca attenzione alla loro caratterizzazione in modalità agili o smart, che dir si voglia. Il fenomeno si è visto poco nel privato, perché l'autonomia organizzativa dell'impresa sotto questo profilo non è stata toccata in profondità¹⁶. Molto di più però si è visto nel pubblico. Con rischi di violazione del principio di uguaglianza perché, in linea di massima, i dipendenti pubblici, almeno quanto a continuità/stabilità del reddito, sono stati più tutelati rispetto ai privati, ai lavoratori autonomi, ai disoccupati.

Sul piano dei diritti da bilanciare può dirsi che l'aspetto di maggiore esposizione in questo caso è diventato quello tra diritto alla salute e buon andamento dell'amministrazione. E qui a poco son serviti sia l'eliminazione dell'accordo individuale sia l'aggiramento della regolazione – unilaterale o negoziata – del telelavoro. La legislazione emergenziale che ne è derivata si è esposta, oggettivamente, a rilievi di contrasto con l'art. 97, oltre che con l'art. 3¹⁷. Emersa nella tarda primavera del 2020 questa consapevolezza, ci si era avviati ad uscire dal pessimo bilanciamento tra i diritti in questione con una disciplina non priva di timidezze e complessità, imperniata sull'adozione, entro il 31 gennaio 2021, del Piano organizzativo del lavoro agile (POLA) di cui all'art. 263, comma 1 del decreto «Rilancio» (n. 34 del maggio 2020, conv. con l. n. 77 del luglio 2020) e comunque legata ad una preventiva valutazione della attività c.d. smartabili¹⁸. Poteva essere un modo per tornare a una qualche normalità, arricchendo la disciplina di un ennesimo strumento basato su organizzazione e, in qualche modo, prevenzione. Con la recrudescenza della pandemia prima vi è stata una situazione di stallo, tornando ad indicazioni alquanto generiche su quantificazioni e presupposti (art.

¹⁶ V., ad esempio, il d.P.C.M. 24 ottobre 2020 che, già nella seconda fase della pandemia, all'art. 3 comma 3, parla di lavoro agile incentivato per le pa, ma poi impone le percentuali di cui all' art. 263 del c.d. decreto rilancio, 34/20, mentre al medesimo art. 3 comma 5 utilizza l'espressione “fortemente raccomandato” per le imprese private.

¹⁷ V. PISANI, *Lavoro agile nella p.a.: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *Guida al lavoro*, 2020, nn. 33/34, p. 19 ss. Con tutt'altro approccio v. anche BALZAMO, *Contro lo smart working*, Laterza, 2021, che pure considera sotto molti aspetti pericolosa per la giustizia sociale questa esperienza emergenziale.

¹⁸ Dal 16 settembre 2020 cade il nesso tra presenza per «attività indifferibili e urgenti» e lavoro agile, ma si prevede il vincolo a tenere in lavoro agile il 50% del personale adibito ad attività che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale di ciascuna amministrazione, possono essere svolte in modalità agile (v. circ. 24 luglio 2020 n. 3). Non sembrano cogliere questa differenza i primi commenti: v. GRANDELLI, ZAMBERLAN, *Lavoro agile, soglia minima solo per teste*, ne il *Sole 24 ore* del 26 ottobre 2020.

I commi 1 e 3 del DM Funzione pubblica del 19 ottobre 2020, attuativo dell'art. 263, comma 1 del decreto Rilancio), nelle quali comunque pareva acquisita la necessità di una “mappatura” delle attività “smartabili” da parte della dirigenza pubblica (art. 1, comma 3 e 5, comma 2). Mentre alquanto sottovalutato è rimasto il profilo delle tecniche di regolazione dell'esplosione del lavoro agile e del coinvolgimento del sindacato¹⁹. Solo a metà dicembre 2020 la Funzione pubblica ha poi fornito indirizzi e modelli più precisi per l'adozione del POLA, lasciando però inalterato un complesso quadro legislativo in cui le amministrazioni potevano adottare il POLA entro il 31 gennaio 2021 – nel rispetto di interessanti e precise “condizioni abilitanti” di tipo organizzativo, gestionale e tecnologico – garantendo almeno il 60% di lavoro agile nelle attività “smartabili” oppure non adottarlo garantendo una percentuale inferiore di lavoro agile, cioè il 30%. Della conformità di questa normativa all'art. 97 Cost. ci sarebbe fortemente da dubitare in quanto sembra stabilire d'imperio percentuali piuttosto alte di *smart working* per ogni amministrazione, prescindendo dalle “condizioni abilitanti” che la stessa Funzione pubblica prevede come presupposto necessario del ricorso al lavoro agile²⁰.

In ogni caso poche sono state le amministrazioni che hanno adottato il POLA nei termini previsti (qualcosa oltre il 30%). A ciò ha anche sicuramente contribuito una proroga fino al 30 aprile 2021 dello *smart working* emergenziale, cioè unilaterale, con correlato obbligo di assicurare almeno il 50% di lavoro agile in capo alle amministrazioni²¹. Tale proroga ha anche fatto slittare comprensibilmente l'attuazione del POLA in alcune amministrazioni che lo avevano adottato, ma hanno dovuto valutare *ex novo* tempi e modalità per realizzare le “condizioni abilitanti” previste per rendere pienamente sostenibili le percentuali di lavoratori agili previste.

¹⁹ Una norma genericamente prevede “il confronto con i soggetti sindacali, nel rispetto della disciplina contrattuale vigente, ai sensi del protocollo del 24 luglio 2020” (art. 7).

²⁰ Su questo v. diffusamente L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' “ossificazione” delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in POSO (a cura di), *Virus, stato di eccezione e scelte tragiche. Conversazioni sul lavoro a distanza*, febbraio 2021 e in *LPA*, 2021, n. 2; NICOSIA, *Il piano organizzativo del lavoro agile: tutele e cautele nelle PA*, in *LPA*, 2021.

²¹ Il termine è stato modificato in modo assai tortuoso: il c.d. mille-proroghe 2021 – v. art. 19, d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020 e allegato n. 1, ed ivi riferimento ad art. 263, comma 1, del d.l. 34/20 – fissandolo alla fine del periodo di emergenza e comunque non oltre il 31 marzo 2021; un d.P.C.M. del 14 gennaio 2021 individua più precisamente la fine dello sw emergenziale al 5 marzo; un successivo dm della Funzione pubblica – 20 gennaio 2021 – lo fa coincidere invece con il nuovo termine dello stato di emergenza, cioè il 30 aprile 2021; tale termine è avallato in sede di conversione del d.l. 183/2020 con l. 26 febbraio 2021 n. 21.

Tutto si è rimesso in moto con un passo diverso dopo il d.l. 30 aprile 2021 n. 56 (art. 1) – il cui contenuto è poi rifluito, con marginali modifiche, nell’art. 11 *bis*, introdotto dalla l. 17 giugno 2021 n. 87 – che ha sì ulteriormente prorogato il lavoro agile emergenziale al 31 dicembre 2021, ma ha ridotto ad “almeno il 15%” l’obbligo delle amministrazioni di garantire il lavoro agile – con o senza POLA – e inoltre ha riconosciuto un ruolo di tutto rilievo alla contrattazione collettiva nazionale, che, intervenendo a disciplinare lo *smart working*, può anche anticipare il termine entro cui viene a cadere la disciplina emergenziale del lavoro agile. Sembra invece del tutto evidente che, finché si resta nell’ambito di un regime giuridico “unilaterale” per il lavoro agile, proprio nell’ambito del lavoro pubblico lo “spazio negoziale” appare ridottissimo, potendo le amministrazioni anche prescindere da ogni forma di autoregolazione del proprio potere di utilizzare le prestazioni lavorative in modalità smart e non essendo richiesto alcun accordo individuale²².

Pur presentando non pochi problemi nella sua concreta formulazione, non mi pare dubbio che, con molte tribolazioni, si sia pervenuti ad un equilibrio regolativo complessivo più rispettoso del principio costituzionale di buon andamento, anche nel suo contemperamento con l’esigenza di tutelare la salute dei dipendenti pubblici e, con essa, quella pubblica. In questo faticoso tragitto sono emersi a livello legislativo almeno due elementi di rango costituzionale che dovranno esser presenti anche nell’assetto del diritto del lavoro post-pandemico. Il primo è che, pur volendosi continuare ad utilizzare significative quantità di lavoro agile, occorre che questa scelta gestionale ed organizzativa poggi su solidi presupposti che consentano di conservare, se non aumentare, il livello di efficienza/efficacia dell’azione pubblica. Il secondo è che la disciplina del lavoro agile deve ancora trovare un migliore raccordo con il sistema delle fonti del lavoro pubblico, non potendo essere polarizzato tra disciplina legislativa e improbabile accordo individuale.

Serve indubbiamente una disciplina complessiva del lavoro da remoto più equilibrata, che non sia incentrata unicamente su legge e dispositivi organizzativi delle amministrazioni, con relazioni sindacali quanto mai incerte. Il fenomeno,

²² Più o meno contemporaneamente invero sono state approvate specificamente per il pubblico impiego anche norme come l’art. 2, comma 1-ter, del d.l. 13 marzo 2021 n. 30, convertito in l. 6 maggio 2021 n. 61, riguardante una più specifica disciplina del diritto alla disconnessione da riconoscere “nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati”. Ma è evidente che i riferimenti agli accordi vanno intesi *pro futuro*, quando verrà meno il lavoro agile “unilaterale”.

oltre che enormemente aumentato in quantità, sembra anche piuttosto variegato e complesso da regolare. Ad esempio sembra che la preferenza dei lavoratori vada proprio al lavoro agile piuttosto che al telelavoro²³. Al riguardo gravi lacune c'erano prima nella disciplina del lavoro pubblico: lacune che richiedono di essere colmate con urgenza. Un percorso può essere quello di integrare legge, contrattazione nazionale e relazioni sindacali a livello periferico: nella prospettiva di fissare criteri e regole generali più precisi e condivisi per uno smart working in maggiore equilibrio tra tutela della salute ed efficacia/efficienza dell'azione amministrativa. Ciò non significa affatto che va sminuita la concreta azione gestionale a livello di singola amministrazione, anzi. Nè che sia inutile recuperare un ruolo per l'accordo individuale, che però è di più difficile inserimento nel contesto più formalizzato del lavoro pubblico²⁴. Però il lavoro pubblico ha bisogno a mio avviso di percorsi regolativi più sofisticati di quelli attuali che non scarichino troppi conflitti o aspettative a livello periferico. Dove, in caso di massima urgenza (come una disciplina destinata a restare in vigore uno/due mesi), si può anche pensare ad un regime straordinario di sola informativa ai sindacati, magari all'interno di una disciplina ben definita nei contratti nazionali²⁵.

4. Ripresa, resilienza e reclutamento dei dipendenti pubblici

Sempre con riguardo al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, è interessante, anzitutto sul piano delle riflessioni giuridiche, ciò che ha comportato nel 2021 l'acuirsi delle problematiche del reclutamento, emerso soprattutto a ridosso dell'adozione del PNRR (Piano nazionale di ripresa e resilienza), ovvero la progressiva materializzazione degli *helicopter money* ai quali si faceva inizialmente menzione. Non c'è dubbio che modi e tempi del reclutamento condizionano e condizioneranno enormemente il funzionamento del sistema amministrativo italiano, dove si registrano ritardi nelle assunzioni e forti carenze di personale per

²³ V. la ricerca Eurofound citata e, più di recente, l'indagine dell'aprile 2021 della Fondazione Studi Consulenti del lavoro, *Smart working. Una rivoluzione nel lavoro degli italiani*, in www.consulentidellavoro.it.

²⁴ V. L. ZOPPOLI, MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, n. 2.

²⁵ Sul ruolo in materia della contrattazione collettiva v. M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, in *Quaderno ADL* 2020, n. 18, p. 150 ss.

quantità e qualità²⁶. In verità verrebbe voglia di approfittare dell'emergenza per dare qualche picconata decisiva al concorso pubblico, il vincolo formale che l'art. 97 della Costituzione (ma v. anche l'art. 106) ha frapposto ad un ulteriore passo nell'avvicinamento tra pubblico e privato – in atto, pur con alti e bassi, da oltre un quarto di secolo – e a uno snellimento anche delle modalità di assunzione dei dipendenti pubblici. È ancora vero infatti che molti guai cominciano da lì dal momento che, pur essendo nutrito dal continuo richiamo al *merit system*, il concorso pubblico serve proprio a “reclutare” prima di assumere: cioè a indirizzare l'offerta di lavoro delle amministrazioni ad un ampio pubblico al quale si garantisce una selezione improntata ad imparzialità, trasparenza, eguaglianza²⁷. Chiedendo in cambio una prestazione lavorativa con le stesse caratteristiche di quella oggetto del contratto di lavoro privatistico, ma con l'aggiunta dell'impegno di essere “al servizio esclusivo della Nazione” (art. 58) e di svolgere le funzioni pubbliche “con disciplina ed onore” (art. 54 comma 2)²⁸. Per questo il concorso pubblico troneggia sui palcoscenici dell'attualità: ultimo baluardo di valori che continua a trovare potenti difensori – *in primis* nelle Alte Corti, soprattutto italiane. A questo idilliaco quadro costituzionale corrisponde una realtà tutt'affatto diversa, caratterizzata da concorsi con tempi lunghissimi ed esiti spesso insoddisfacenti, nonché da un fiorire di eccezioni ed *escamotage* volti ad eludere i concorsi stessi. Non mancano perciò furiosi denigratori. Così il concorso appare un sistema incomparabile nel custodire gli irrinunciabili valori scritti nella nostra Carta e, al contempo, una pratica che sovente degenera in parodia²⁹, prestando il fianco ad essere considerato “un mito astratto di teorici astratti del principio astratto di imparzialità”³⁰.

²⁶ V. BISOZZI, MANCINI, *Stop ai concorsi pubblici. Mancano 125 mila posti, ne il Messaggero* dell'1 marzo 2021. Sulla normativa pandemica in materia v. ZILLI, *Il reclutamento del personale sanitario nella (e oltre la) emergenza pandemica*, e CHIETERA, *Le sorti delle procedure concorsuali*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica. Contributo alla nuova questione sociale*, Adapt University Press (e-Book series n. 90), 2020, vol. II, risp. pp. 1 ss. e 36 ss.

²⁷ In verità sull'eguaglianza, intesa come rispecchiamento della stratificazione sociale negli organici delle pubbliche amministrazioni, siamo assai carenti: v. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2021, n. 3, p. 727 ss.

²⁸ Da ultimi F. MERLONI, PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli editore, 2021, p. 94 ss.

²⁹ B.G. MATTARELLA, *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *GDA*, 2017, 4, p. 417 ss.

³⁰ CARUSO, *Statuto, conflitto, relazioni sindacali e organizzazione del lavoro, nel settore pubblico*, oggi, in *Quaderni DLM*, 2021, n. 10.

Invero proprio le questioni del concorso pubblico mi hanno fatto pensare ad un aforisma bruciante coniato da un grande giornalista americano d'altri tempi: "per ogni problema c'è sempre una soluzione chiara, semplice e sbagliata" (H.L. Mencklen, detto il Saggio di Baltimora). Consapevoli forse di questo avvertimento, i riformatori degli ultimi anni si sono destreggiati tra i due opposti partiti, cercando di accontentare un po' tutti. Il risultato – ricco di tanti nuovi tentativi emersi proprio negli scorsi 3/4 anni, cioè prima, durante e dopo la pandemia – è che ci troviamo davanti ad un panorama davvero complesso dove i vincoli si moltiplicano senza imboccare la soluzione giusta, le parodie riemergono senza tregua, le buone pratiche non mancano, ma subito incappano in ostacoli insormontabili. E le emergenze si ripresentano, chiedendo ancora nuove soluzioni il più possibile semplici. Probabilmente bisogna tenere basse le aspettative di una grande riforma del sistema del reclutamento per accontentarsi di una strumentazione realistica e mirata sulla concreta esigenza di reclutare i prossimi 600.000 servitori dello Stato (qui lo Stato è una metonimia) senza compiere errori marchiani che possono costare ancora decenni di piagnistei sulla miserevole condizione dei nostri apparati pubblici.

Però, a mio parere, questo non significa che bisogna rassegnarsi ad imboccare sempre e comunque scorciatoie all'insegna della straordinarietà o della deroga generalizzata³¹. Mai come in questo caso occorre senso della misura e innovazione ben ponderata, in grado di raggiungere i risultati necessari a breve termine senza però pregiudicare la ricostruzione di un sistema che piano piano sembra emergere pur tra mille difficoltà. Il vero problema è che sullo scenario del reclutamento nelle tante amministrazioni italiane intervengono una miriade di attori caratterizzati da profonde divergenze di interessi, culture, strumenti e tempistica di intervento. Alla fine contano tanto proprio quelle Alte Corti così impegnate a difendere il baluardo del concorso, che, pur intervenendo a volte dopo anni, sono in grado di vanificare programmi e procedure maturati con grande dispendio di tempo e di risorse di vario altro genere³². Intanto l'incombenza del controllo giu-

³¹ Molte le idee e le proposte sul tavolo: v. *Consigli per Brunetta/Sette proposte per riformare la Pubblica amministrazione*, (autori ALTOMONTE, CLARICH, CELOTTO, MARATTIN, NADDEO, PANNUCCI), in www.italiaonline del 16 febbraio 2021; G. MELIS, *Riformare l'amministrazione italiana*, ne *il Mulino* del 15 febbraio 2021; NATALINI, *PNRR e capacità amministrativa dell'Italia*, memoria scritta per audizione Camera dei deputati, V. Commissione Bilancio, 8 febbraio 2021. Per una recente analisi scientifica di un vero esperto della materia v. D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2021, n. 1.

³² Una recente, interessante, svalutazione del concorso pubblico nel caso dei giudici ono-

dizionario – con tutte le sue complicazioni derivanti da sofisticati riparti di giurisdizione³³ e lungaggini processuali – non impedisce che tutti gli altri attori provino di continuo a far valere interessi, culture e strumenti che hanno a disposizione nelle diverse congiunture. Riproponendo così tortuosità o distorsioni che nessuno ripara poi integralmente, meno che mai le Alte Corti che pure fanno del loro meglio con dispositivi fondati su argomenti ricchi di elevati principi e buone intenzioni. Alla fine però l'impressione è che si stazioni in una sorta di inferno³⁴, seppure raggiunto attraverso strade lastricate con intenzioni sempre migliori. Bisognerebbe decidere di chiuderlo proprio l'inferno. E, poiché sembra arrivato il tempo di farlo (non foss'altro che per porre riparo al moltiplicarsi dei gironi infernali in ogni contesto del vivere civile), urge un nuovo terreno d'incontro, una (forse utopistica) terra di mezzo dove cioè le parole di sempre servano a incontrarsi e non a rimettere in scena soliti duelli.

Per questo, a mio parere, occorre ripartire dai vincoli – parola cruciale in materia – rendendoli però utili a rinnovare più che a ostacolare. Si può allora provare a concordare sulla valenza simbolica del concorso tenendoci cara la nostra Carta dei principi costituzionali, senza farne però una sorte di letto di Procuste. Il concorso è allora un concentrato di valori irrinunciabili, ma non un'unica procedura formale da cui derivano regole rigide e minuziose, tecniche imprescindibili e invalidanti. Qualunque procedura che, garantendo imparzialità ed eguaglianza negli accessi, serva a selezionare i migliori in una determinata platea di potenziali lavoratori può perciò considerarsi rispettosa del vincolo costituzionale del concorso pubblico³⁵. Da qui si può partire per mettere a punto procedure più snelle, mirate, razionali, duttili e moderne. E qualche tentativo sensato può leggersi anche in norme come l'art. 10 del d.l. n. 44 del 1^o aprile 2021, conv. con l. 28 maggio 2021 n. 76, che, nel tentativo di raccordare le procedure di assunzione con le esigenze delle amministrazioni da attrezzare alle urgenze post-pandemiche,

rari in CGUE del 16 luglio 2020, C-658/18, annotata da ALES, RIEFOLI, *Funzionari onorari o lavoratori? Lo status dei giudici di pace italiani nella sentenza della Corte di Giustizia*, in *DLM*, 2021, n. 1.

³³ In specie v. G. GENTILE, *Le assunzioni nelle amministrazioni pubbliche: principi generali*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 326.

³⁴ Tra il 2012 e il 2016 si sono calcolati circa 2000 ricorsi annui al TAR (respinti al 65%) e circa 600 al Cds (respinti al 50/55%): v. *Sole 24 ore* del 9 gennaio 2017.

³⁵ Su questo dovrebbe concordare anche Sabino Cassese, sempre attento a sottolineare l'importanza dei concorsi (v., da ultimo, *L'errore di evitare i concorsi*, nel *Corriere della sera* dell'11 maggio 2021).

ha introdotto elementi di semplificazione tecnica e valutativa, ingenerando indubbiamente molti equivoci nonché polemiche giornalistiche francamente esagerate. Certo si può fare anche di meglio, sia a norme invariate³⁶ sia modificando legislazione e normativa subprimaria³⁷. Come sembra emergere anche da recentissime ulteriori proposte del Governo Draghi³⁸.

5. *Vaccini, libertà, solidarietà*

Passando a profili più generali, una delicata tematica di bilanciamento viene fuori anche con riguardo alla campagna di vaccinazioni in corso ormai da vari mesi. Il tema – all’ordine del giorno per ragioni fin troppo note – è oggetto di una serrata discussione tra i giuslavoristi sin dai primi giorni del 2021. Grazie ai potenti mezzi del web si possono già leggere decine di riflessioni, più o meno approfondite, ma tutte tanto appassionate quanto rapidamente messe per iscritto (e poi approdate anche sulle riviste più tradizionali). Sicché non è difficile, scaricando alcune centinaia di pagine, acquisire tutti i risvolti di un dibattito con molti importanti dettagli tecnici, detti anche, con termine un po’ sprezzante, *legal technicalities*. Proprio questi sono invece fondamentali per risolvere controversie ancora latenti e destinate con ogni probabilità a proporsi con frequenza. Come dimostra anche la sollecitudine con cui sono poi intervenute sia autorità amministrative come l’Inail – per precisare che il rifiuto di vaccinarsi di un certo numero di infermieri del policlinico San Martino di Genova, ai fini della tutela contro gli infortuni sul lavoro, non costituisce rischio elettivo³⁹ – sia il legislatore, con l’art. 4 del d.l. n. 44 dell’ 1 aprile 2021, conv. con l. 28 maggio 2021 n. 76⁴⁰.

Ci troviamo dunque in una fase particolare di quella “creazione circolare del diritto”⁴¹ che sempre più spesso interessa, con le modalità convulse del mondo

³⁶ V. MOCHI SISMONDI (a cura di), *Il fattore umano. Un vademecum per assumere presto e bene nelle amministrazioni pubbliche*, aprile 2021 (prima versione in consultazione).

³⁷ V. CARABELLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, in *Quaderno RGL*, n. 6, 2021 (in *open access* www.ediseseonline.it).

³⁸ V. l’intervista al Ministro Renato Brunetta ne *la Repubblica* del 30 maggio 2021 e le misure previste dal d.l. 8 giugno 2021 n. 80.

³⁹ Inail-Direzione centrale rapporto assicurativo, nota/parere dell’ 1 marzo 2021.

⁴⁰ Peraltro a tutt’oggi scarsamente attuato: v. BOFFI, *Obbligo, la legge beffata. Le Regioni non puniscono medici e infermieri no-vax*, ne *la Repubblica* del 5 giugno 2021.

⁴¹ DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l’Inail sbaglia*, in Poso (a cura di), *Virus, stato di eccezione e scelte tragiche. Conversazioni sul lavoro a distanza*, marzo 2021, p. 5.

digitale, il nostro diritto del lavoro, soprattutto in questa drammatica stagione pandemica. Una fase in cui studiosi e operatori hanno una particolare responsabilità proprio dinanzi a questioni che interrogano non solo le competenze tecniche, ma il piano dei principi e dei valori di rango costituzionale e, per ciò stesso, le nostre coscienze di cittadini prima ancora che di studiosi. Su questioni di tale portata forte è la pressione per ottenere indicazioni tempestive e concrete⁴². Però è ancora più importante radicare tali risposte nel miglior metodo logico-giuridico e nelle ricostruzioni del sistema più attendibili e attuali. In questa prospettiva si può distinguere tra “obblighi vaccinali” e “obbligazioni contrattuali”, pensando soprattutto alle ricadute che la configurazione in chiave di doverosità della sottoposizione ad uno dei vaccini anti Covid-19 può avere sulle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro subordinato (ma non solo) per entrambe le parti del rapporto.

In punto di metodo infatti occorre prendere le mosse dal dovere del cittadino di vaccinarsi, considerando questo dovere in una dimensione forse più ideale o astratta di quella in cui ancora ci si è trovati nei primi mesi del 2021. Cioè una situazione in cui vaccinarsi non era tanto una scelta individuale arbitraria o prudentziale (come per i generici vaccini antinfluenzali del passato), bensì, restando sul piano individuale, una preziosa opportunità da cogliere per limitare un gravissimo rischio individuale e collettivo, condizionata da organizzazione e prece-denze decise da pubbliche autorità. Se però, pure in una situazione di relativa scarsità del rimedio vaccinale (per fortuna destinata ad un progressivo superamento), ci si è interrogati sul grado di doverosità del comportamento da tenere, successivamente è addirittura cresciuta l'importanza della sfera etica – privata e pubblica – e dei comportamenti solidali necessari per vincere la “guerra” – termine forse retorico, ma non a caso assai utilizzato durante la pandemia – al corrosivo male che ha afflitto e affligge il mondo da oltre un anno e potrebbe in futuro ripresentarsi. In questo quadro scegliere di non vaccinarsi appare sempre più una scelta, forse insensata forse no, ma soprattutto socialmente pericolosa. Quindi vaccinarsi appare sempre più un dovere morale.

⁴² V. per tutti P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LDE*, 2021, n. 1; *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*. Intervista di M. BASILICO a MARESCA, RIVERSO, SORDI e L. ZOPPOLI, in www.giustiziainsieme.it, 22 gennaio 2021; *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Labor - Il lavoro nel diritto* www.rivistalabor.it (22 gennaio-10 febbraio 2021), promosso da MAZZOTTA; MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *federalismi.it*, Editoriale – 24 marzo 2021.

Da studiosi del diritto sappiamo però bene che un dovere morale – pure se suffragato dalle massime autorità religiose (v. le parole di Papa Francesco⁴³) o civili (v. i vari interventi pubblici del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella) – non si traduce automaticamente in un dovere o obbligo giuridico. La traduzione nell’uno nell’altro è abbastanza problematica. Si può sostenere sul piano anche squisitamente teorico che “il dovere rappresenta un obbligo, ovvero la necessità di un’azione...che si conforma e positivamente risponde ad una richiesta di prestazione espressa in forma di legge”⁴⁴. La filosofia del diritto distingue ancora tra: a) dovere morale verso di sè e verso gli altri; b) doveri perfetti – o *officia necessitatis* – e doveri imperfetti – *officia humanitatis seu charitatis* – dove i primi sono diretti a non danneggiare deliberatamente altre persone e possono essere imposti; c) doveri interiori e doveri esteriori. E il dovere giuridico è sempre un dovere esteriore, cioè diretto ad evitare di procurare il male ovvero un danno ad altri da parte di qualsiasi soggetto agente.

Nel positivismo giuridico prevale come sappiamo la “concezione predittiva” del dovere e della sua validità: cosicché il dovere deve essere “linearmente imposto e derivante dalla legge legittimamente approvata” e implica “essere passibili di una sanzione”. Al riguardo il filosofo citato precisa che “in uno Stato laico la legge (positiva) non deve richiamare la legge morale a fondamento delle sue prescrizioni, ma fissa il sistema dei doveri secondo un ordine razionale e un’articolazione complessiva in cui lo scopo finale è la civile convivenza, riassunta nell’ulteriore, supremo principio restrittivo del *neminem laedere*: non si deve danneggiare nessuno”⁴⁵.

In questo quadro concettuale va a mio parere attentamente inquadrato il tema della sussistenza di un obbligo del cittadino di vaccinarsi. A me pare – ma non solo a me – che quando il vaccino diviene lo strumento principale per tutelare la salute pubblica, ovvero la salute come interesse della collettività, vaccinarsi diviene un “dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale” di cui la Repubblica può chiedere l’adempimento in base all’art. 2 della nostra Costituzione. Infatti il vaccino può costituire un dovere inderogabile perché strettamente inerente al principio del *neminem laedere*: la scienza e l’esperienza accumulata in questi ultimi mesi stanno sempre più mostrando che la circolazione

⁴³ Però nel diritto canonico già a inizio 2021 un decreto del cardinale Giuseppe Bertello, presidente della Pontificia Commissione dello Stato della Città del Vaticano, prevede persino il licenziamento in caso di rifiuto di vaccinarsi.

⁴⁴ PIRNI, in MERLONI, PIRNI, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 147.

del virus è inversamente proporzionale al numero dei vaccinati e che solo l'immunità collettiva consentita da una campagna vaccinale tendenzialmente totalizzante ci libererà da questo incubo mondiale. Naturalmente l'obbligo di vaccinarsi ha un limite intrinseco: che dal vaccino non derivi un danno sicuro e grave all'integrità psico-fisica di chi lo riceve (o di altri che da questi dipenda: si pensi ai bimbi in allattamento), posto che, secondo la scienza medica, tali effetti dovrebbero riguardare una minoranza di soggetti con determinate patologie.

Proprio in cima al ragionamento giuridico sul tema deve quindi porsi l'art. 2 della Costituzione se si parte dalla sempre più frequente attrazione del vaccino anti covid nell'ambito dei doveri morali, perfetti, con proiezione esteriore e legati al fondamentale precetto del *neminem laedere*. Tuttavia con questa affermazione siamo ancora lontani dal risolvere il nostro problema. Da giuristi dobbiamo infatti chiederci: come la Repubblica può e deve chiedere l'adempimento di questo dovere inderogabile rispettando tutti gli altri limiti che la medesima Costituzione pone ai poteri pubblici e privati? Per riprendere la formulazione di teoria generale, qual è quella "legge legittimamente approvata" cui fa riferimento il filosofo per passare dal dovere morale al dovere giuridico, per giunta "inderogabile"?

Non credo che al riguardo ci sia una risposta univoca nella nostra Costituzione. Il tema richiederebbe un'ampia trattazione qui evidentemente impossibile. Esso infatti intreccia ovviamente quello generalissimo della tutela della persona, dei diritti fondamentali e delle libertà personali, e persino la protezione dei diritti proprietari (si pensi all'art. 23 Cost.). In linea generale sembrerebbe di poter dire che quando l'imposizione di un dovere incide su una libertà o un diritto fondamentale è prevista una riserva di legge formale.

Nella materia che ci riguarda da vicino, occorre fare soprattutto i conti con l'art. 32 Cost., che poco dice sui doveri inderogabili in materia sanitaria, ma al secondo comma consente di obbligare il cittadino ad un trattamento sanitario solo in base "a una disposizione di legge" e vieta in modo drastico anche al legislatore "di violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Proprio il secondo comma è stato giustamente posto al centro del dibattito su obblighi vaccinali e rapporti di lavoro. Però con un'ottica a mio parere un po' distorta. La stessa che ha portato qualcuno a scrivere, ad altro riguardo, che "l'egoismo dei diritti non può offuscare la cultura dei doveri"⁴⁶. E io aggiungo: specie dei doveri inderogabili.

In effetti l'art. 32 non prevede neanche esplicitamente la riserva di legge

⁴⁶ AINIS, cit.

quanto ai doveri inderogabili derivanti dall'art. 2 Cost. Invece, quando passa a regolare i trattamenti sanitari obbligatori, li consente purché previsti in base ad una disposizione di legge (e certo rispettando la dignità individuale della persona). Il vaccino, come qualsiasi trattamento sanitario, può essere dunque un obbligo, specialmente se si collega a un dovere inderogabile del cittadino. L'adempimento del dovere ha una sua autonoma rilevanza costituzionale; il riferimento alla legge però riemerge in relazione a un trattamento sanitario da configurare come obbligatorio perché indispensabile per tutelare la salute come interesse della collettività e purché non si traduca in un trattamento disumano. Se il cittadino rifiuta tale trattamento, deve esserci una disposizione di legge a fondare la piena giuridicità di quell'obbligo, cioè, in definitiva, la sua sanzionabilità. Se si rispettano questi limiti, l'obbligo di vaccinarsi non lede nemmeno la dignità individuale: perché, imponendo quell'obbligo, si mira a tutelare un'altra dignità, pure ben presente in Costituzione, cioè quella sociale comprensiva della dimensione relazionale tra gli individui⁴⁷. Il dovere, poi, può essere configurato come assolutamente inderogabile e prevalente perché, se non se ne chiede l'adempimento, possono venir meno le basi “delle formazioni sociali” ove si svolge la personalità “dell'uomo” (art. 2 Cost.).

Se così è, nell'art. 32 coesistono dunque salute pubblica e salute privata, doveri inderogabili e diritti fondamentali, tutela della dignità sociale e tutela della dignità individuale. La Costituzione – e prima ancora la moderna teoria del diritto – chiede però che tale coesistenza – o, se si vuole, bilanciamento – avvenga in base a una disposizione di legge che ne configuri più precisamente l'obbligatorietà. Su questo non si può non essere d'accordo, trattandosi di un tassello ineliminabile per la pienezza giuridica degli stessi doveri inderogabili e, quanto alle libertà di autodeterminazione, di un dato testuale assai esplicito.

Qualcuno, anche autorevolmente, aggiunge al già complesso dettato dell'art. 32 che, in ogni caso, deve trattarsi di una legge in senso stretto e di una legge che preveda lo specifico trattamento sanitario⁴⁸. E che questa riserva di legge assoluta e rinforzata deve riguardare il cittadino in ogni luogo e circostanza, ivi compreso il lavoratore da tutelare anzitutto *uti singulus*. Ne deriva che, in mancanza di una

⁴⁷ V., da ultimo e ampiamente, CASILLO, *Diritto al lavoro e dignità*, Editoriale scientifica, 2020. L'autrice ritorna specificamente sul punto nel saggio pubblicato in questo quaderno, peraltro esprimendo una diversa valutazione rispetto a quanto sostengo nel testo.

⁴⁸ V. da ultimi, anche per altre citazioni, PASCUCCI, DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in POSO (a cura di), *Virus, stato di eccezione e scelte tragiche. Conversazioni sul lavoro a distanza*, febbraio 2021.

legge che espressamente preveda l'obbligatorietà del vaccino anti-covid, nessun lavoratore potrebbe essere costretto a vaccinarsi.

A me – pure da rigoroso sostenitore dei diritti e in particolare dei diritti dei lavoratori – questa lettura dell'art. 32, tutta sbilanciata sulla tutela della salute individuale, pare appunto frutto di una cultura giuridica incentrata sull' "egoismo dei diritti". O meglio di una lettura accentuatamente individualistica – e se si vuole – atomistica della Carta Costituzionale. Se è vero infatti che essa è volta a tutelare la libertà personale di autodeterminarsi, in questa lettura la persona – o l'individuo – è concepito come una monade abilitata dalla Costituzione a restare monade sempre e comunque, salvo una coazione di diverso segno ad opera di un legislatore pervasivo e tempestivo, in grado di prescrivere in ogni tempo, luogo e circostanza qual è e come deve esprimersi il lato morale della personalità di ciascuno. Una visione quasi spettrale della tutela della libertà è in fondo anche dell'essere umano, concepito come privo di capacità regolativa autonoma dal potere politico-legislativo quando si tratta di individuare una linea di confine nel rispetto della propria integrità psico-fisica in confronto a quella dei propri simili. Pur essendo all'origine di queste interpretazioni il giusto orrore per pratiche di odiosi regimi come quello nazista o di metodi psichiatrici utilizzati fino a pochi decenni fa anche in Italia, una siffatta lettura dell'art. 32 consegna la coscienza sanitaria dei cittadini al monopolio di un legislatore tanto onnivagante e onnipotente quanto immaginario. E, in fondo, la forzatura è riscontrabile anche in un periodo di emergenza pandemica, dove a un legislatore spesso imperfetto – che non sempre ha assunto e assume decisioni tempestive e nette, non solo sull'obbligo vaccinale – ha fatto da contraltare una coscienza sanitaria dei cittadini disposta a sacrificare nella "guerra" al Covid-19 gran parte delle proprie libertà, specie quando si è chiaramente prospettato l'interesse della collettività.

Con un certo distacco, si potrà forse dire – domani se non oggi – che neanche i più acuti interpreti dell'art. 32 Cost. avevano in passato immaginato quanto, e quanto rapidamente, i doveri inderogabili a tutela della salute pubblica potessero entrare in rotta di collisione con le tutele consolidate delle libertà individuali⁴⁹. Ma, come molti hanno ricordato, la Costituzione non vive fuori della storia politica, sociale e – ahimè – sanitaria.

Tornando sul piano strettamente tecnico-giuridico, occorre dire poi che la lettura così rigida e tradizionale dell'art. 32 non trova riscontro ormai nemmeno nella giurisprudenza costituzionale che – oltre ad affermare già nel 1994 (con la

⁴⁹ V., da ultima, A. PALMA, *Il diritto-dovere alla salute*, Tab Edizioni, 2021.

sentenza n. 218) che nella norma vanno contemperate tutela della salute individuale e tutele della salute collettiva – sotto vari aspetti e profili ha avuto modo di affermare che la riserva di legge di cui all’art. 32 va interpretata in modo alquanto articolato e, in definitiva, tutt’altro che rigido.

Al riguardo mi pare sia necessario distinguere tre piani di analisi. Sul *piano* dei destinatari degli obblighi vaccinali, la Corte distingue i cittadini, per i quali è necessario che ci sia una legge statale omogenea su tutto il territorio nazionale (sentenza 118/20), da cerchie di destinatari più ristretti, come ad esempio gli operatori sanitari, per i quali l’obbligo può anche essere previsto da leggi regionali (sent. 137/19, a proposito di una legge pugliese che imponeva un vaccino al proprio personale sanitario⁵⁰). Se invece si guarda al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, la Corte ritiene che rientri nella potestà legislativa regionale *in materia organizzativa* il potere di imporre obblighi vaccinali al proprio personale sanitario anche qualora non ci sia un obbligo vaccinale generale (sentenza 137/19). Infine se si considera la tipologia di fonte, più sentenze (v. in particolare la sentenza 118/20, che cita vari precedenti) equiparano la legge statale alla *raccomandazione* adottata dalle autorità sanitarie al fine di imporre l’obbligo vaccinale anche ai cittadini, obbligo dal quale scaturisce poi il diritto a un indennizzo da parte dello Stato in caso di eventuali danni. Sulla stessa lunghezza d’onda si muove anche la Corte EDU con la sentenza dell’8 aprile 2021 n. 116 che, nell’interpretare l’art. 8 della CEDU, ritiene necessaria per introdurre un obbligo di vaccinarsi una normativa sufficientemente esplicita ma non per forza di rango legislativo.

Con riguardo a quest’ultima giurisprudenza costituzionale (ma anche sovranazionale), c’è da considerare che non sempre la scarsa tempestività e chiarezza nel rendere formalmente obbligatorio un trattamento sanitario da parte del legislatore si spiegano con la tutela della libertà personale o dell’autodeterminazione terapeutica. Proprio il caso del vaccino anti-covid induce a formulare un’ipotesi del tutto diversa da quelle correnti (che forse enfatizzano il peso politico delle minoranze no-vax): prevederne l’obbligatorietà, anche solo mediante raccomandazione, significa impegnare lo Stato a risarcire eventuali danni causati dalla somministrazione del vaccino. Forse durante una campagna vaccinale piena di incertezze, si è ritenuto prematuro prescrivere con chiarezza un obbligo vaccinale generalizzato che avrebbe comportato un rischio troppo diffuso di azioni risarcitorie. Questo piano del discorso – che rende di certo meno nobile l’astensio-

⁵⁰ Questa sentenza sembra del tutto ignorata da Trib. Messina, ordinanza 12 dicembre 2020, che annulla una delibera dell’assessore regionale che prevede l’obbligo del vaccino antinfluenzale per il personale sanitario siciliano.

nismo del legislatore – però riguarda i rapporti tra “Stato sanitario” o, più genericamente, professioni sanitarie e cittadini⁵¹. E nulla dice sul diverso piano dell’obbligatorietà del vaccino quando vengono in considerazione altri ambiti e altri comportamenti giuridicamente configurabili come doverosi.

In questo più limitato ambito ritroviamo i doveri dei lavoratori e di particolari categorie tra questi. Doveri che si intrecciano con quelli dei datori di lavoro di garantire la massima sicurezza in azienda rispettando al contempo la *privacy* del lavoratore⁵², specie in ordine ai dati sensibili in tema di salute personale. Al riguardo, dopo il già citato dibattito teorico ricco e tempestivo, sono intervenuti i giudici e, soprattutto, il legislatore con il già citato art. 4 del d.l. 44/21, una norma specifica che prevede l’obbligo di vaccinarsi, con sanzioni assai graduali e limitate, essenzialmente per gli operatori socio-sanitari. Una norma per molti versi foriera di nuovi problemi esegetici e applicativi non del tutto risolti neanche con la legge di conversione⁵³. Su questi aspetti specifici tornano altri saggi in questo volume. A me pare in verità che la questione generale posta dalla pandemia, cioè un riequilibrio di valori e fonti implicati dalla tutela della salute privata e pubblica prevista dall’art. 32 della Cost., richieda una più profonda riconsiderazione anche degli equilibri giuslavoristici, messi a dura prova anche in uno degli assetti normativi più moderni e sofisticati come quello maturato intorno al testo unico sulla sicurezza sul lavoro, approvato già vari anni fa (2008), ma continuamente oggetto di attenzione, di modifiche legislative e di interventi giurisprudenziali sofferti e di enorme impatto socio-economico oltre che giuridico⁵⁴.

⁵¹ Per un’analisi di tipo sistematico della materia sotto il profilo appena evocato v., di recente, C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e modelli indennitari nella prospettiva della pandemia Covid-19*, in POSO (a cura di), *Virus, stato di eccezione e scelte tragiche. Conversazioni sul lavoro a distanza*, aprile 2021.

⁵² Sui problemi di tutela della riservatezza è anche intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali, da ultimo con una delibera del 13 maggio 2021, n. 198, su cui v. D’ARCANGELO, in questo quaderno, nonché sempre D’ARCANGELO, *Vaccinazione antiCovid-19 nei luoghi di lavoro e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante privacy del 13 maggio 2021, n. 198*, in DSL, 2021.

⁵³ In tema v. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021*, e PASCUCCI, LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021 n. 44*, in POSO (a cura di), *Virus, stato di eccezione e scelte tragiche. Conversazioni sul lavoro a distanza*, aprile 2021.

⁵⁴ Da ultimo la sentenza della Corte d’Assise di Taranto dell’1 giugno 2021 a proposito del caso Ilva.

6. *Libertà di impresa e tutela dell'occupazione nell'emergenza sociale*

L'ultimo aspetto che vorrei brevemente toccare nell'ottica del bilanciamento problematico connesso alla pandemia è il c.d. "blocco dei licenziamenti economici" introdotto sin dal marzo 2020 e destinato a protrarsi, con varie modifiche ed eccezioni, fino all'autunno 2021⁵⁵. Si tratta di un punto particolarmente critico: molti infatti accusano addirittura legislatore e parti sociali di essersi illusi di collocare le imprese italiane in una sorta di bosco incantato per alcuni anni, immaginando che poi sarebbero uscite dall'incantesimo e avrebbero ripreso a correre o camminare come prima.

Il blocco dei licenziamenti per ragioni economiche – cioè non riguardanti la persona del lavoratore, ma la gestione dell'impresa – si sostanzia, com'è noto, nell'eliminazione di uno strumento fondamentale per assicurare costantemente la vitalità economica dell'impresa, salvaguardandone in ultima istanza anche le potenzialità future in termini di nuova occupazione con reali prospettive di stabilità. Tale strumento ha un suo indubbio radicamento nell'art. 41 Cost., che prevede anche la possibilità di limitarla ove contrasti con l'utilità sociale o possa recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Il blocco dei licenziamenti durante la pandemia ha in effetti un impatto solo indiretto sulla tutela della salute pubblica, mentre configura soppressioni legislative di manifestazioni fondamentali della *liberty* datoriale. Però – si osserva con approccio interessante ed originale – il blocco ha anche la finalità di evitare che l'emergenza sanitaria si ripercuota sulla continuità di lavoro e sui salari dei lavoratori dipendenti e, in prospettiva, sulla stessa libertà di impresa intesa come *freedom*. Quindi un bilanciamento tra libertà di iniziativa economica privata e diritto al lavoro, inammissibile in condizioni di normalità, potrebbe giustificarsi in stagioni di alto rischio per la salute pubblica e privata⁵⁶.

Il ragionamento, pur sofisticato, non mi convince proprio in ordine ad un aspetto di fondo. Se il potere di licenziare per ragioni economiche è consustanziale alla libertà di impresa, l'intercapedine della salute pubblica – riguardata per gli effetti socio-economici che la tutela implica – non può giustificarne la compressione. In termini di bilanciamento si potrebbe dire che un tale bilanciamento lede il nucleo essenziale della libertà di impresa, accollando all'impresa stessa una

⁵⁵ Per l'indicazione precisa della tormentata evoluzione di questa disciplina v. il successivo saggio di Vincenzo Luciani.

⁵⁶ In particolare v. BIASI, *Liberty e Freedom nel blocco dei licenziamenti collettivi*, in *LDE*, 2020, n. 3. Ma per l'indicazione di altra ricca bibliografia v. il già citato saggio di Luciani.

funzione di garanzia di continuità del reddito da lavoro pur in assenza di un valore di mercato della prestazione lavorativa.

Certo se entra in campo – non so se all’ultimo atto – la pastasciutta della cig covid alla quale si aggancia il blocco, il discorso può cambiare sia in linea pratica sia in linea teorica. Sotto il primo profilo, si ripartiscono su altri soggetti (anzitutto fondi pubblici) i costi di eventuali appesantimenti ingiustificati degli organici imprenditoriali: che possono non incidere più di tanto sui bilanci aziendali. Però – soprattutto nell’incertezza delle formule legislative (alcune discipline emergenziali, specie della prima ora, fanno nettamente propendere per un blocco generalizzato, cioè riguardanti anche imprese che non utilizzano la cassa integrazione; in certi casi anche la cig covid può comportare costi a carico dell’impresa che la utilizza) – resta il fatto che quel bilanciamento non salvaguarda a sufficienza la libertà di impresa tutelata dalla Costituzione. Se poi, sul piano teorico, si chiama in gioco la solidarietà, come molti fanno, non mi pare che con l’intervento della cassa integrazione sia la solidarietà generale a bilanciare la parziale soppressione del nucleo essenziale della libertà di impresa. A pagare il blocco sarebbero infatti alla lunga gli stessi lavoratori messi in cassa integrazione, che si vedono decurtata la retribuzione, sostituita con un’integrazione salariale di importo minore, e sono anche esposti ad un maggior rischio di disoccupazione a blocco finito (non so quanto bilanciato da un momentaneo mascheramento/rinvio della condizione di disoccupati). Invece l’impresa, specie laddove esonerata da qualsiasi onere per la cig in deroga posta a carico delle finanze pubbliche⁵⁷, vedrebbe comunque realizzata la riduzione del costo del lavoro che avrebbe perseguito liberandosi dei lavoratori in esubero.

La libertà di dimensionare gli organici aziendali andrebbe invece temperata con misure non repressive delle elementari dinamiche di mercato, ma di governo eccezionale del mercato del lavoro dirette a gestire “socialmente” gli eventuali esuberi. Così si garantirebbero due libertà: quella di impresa e quella di cercare il miglior lavoro reperibile sul mercato in un determinato momento storico. Peraltro gli strumenti dovrebbero essere analoghi a quelli che un efficace sistema di governo del mercato del lavoro dovrebbe avere a regime⁵⁸. Strumenti che il nostro sistema non aveva prima del covid e ovviamente non ha avuto a disposizione durante la pandemia⁵⁹. È un classico caso in cui l’emergenza sottolinea carenze e la-

⁵⁷ V. il saggio di Giulio Quadri in questo quaderno.

⁵⁸ Tutto ciò è ben chiaro anche a chi sostiene strenuamente il blocco dei licenziamenti, considerato evidentemente il male minore: v. l’intervista al segretario generale della Cgil, Maurizio Landini, ne *il Corriere della sera* del 5 giugno 2021.

⁵⁹ Solo di recente si registra un maggiore impegno a predisporre strumenti ad hoc per la

cune già esistenti, enfatizzando le difficoltà derivanti da un “normale” bilanciamento dei valori in gioco.

Considerando quindi il complesso intreccio di regole sul c.d. “blocco dei licenziamenti” nonché lo specifico contesto giuridico-istituzionale in cui si è inserito, appare alquanto difficile escludere drasticamente la conformità ai principi del libero mercato di tale misura. Innanzitutto già da vari anni sappiamo che va utilizzato il pur discusso “test Iraklis” – dal caso CGUE del 9 giugno 2016, C-2015/15⁶⁰ – grazie al quale il blocco dei licenziamenti può essere salvato in considerazione di una sua ridotta durata. Oltre un limitato lasso temporale però la misura è fortemente sospetta di incostituzionalità.

Più a lungo difendibile, anche perché basata su un passaggio bilanciante meno *tranchant*, potrebbe essere quella disposizione – adottata sin dalle prime proroghe del blocco dei licenziamenti – che condiziona i licenziamenti ad un accordo sindacale (v. art. 14, comma 3, del d.l. 104/20): almeno qui il bilanciamento lascia uno spazio alla libertà negoziale collettiva, pur con le evidenti restrizioni che comunque un accordo necessario comporta. Per come la norma è concepita, risalta però un’altra debolezza a mio parere grave: la stipulazione di un accordo sindacale consente di riconfigurare il licenziamento come una “risoluzione consensuale”, con l’inaccettabile rischio di comprimere in sostanza un’altra libertà negoziale, quella del lavoratore, la cui effettiva manifestazione di volontà risolutiva non pare realmente assicurata.

In teoria un percorso parzialmente diverso per bilanciare gli interessi in gioco – per di più in sintonia con una logica “consensuale” di tipo collettivo come quella appena richiamata – potrebbe dischiudersi prevedendo un blocco dei licenziamenti economici, ma riconoscendo maggiore libertà di licenziamento solo alle imprese con una struttura societaria effettivamente caratterizzata da un’incisiva partecipazione dei lavoratori negli organi di gestione dell’impresa. Almeno limitatamente ai periodi di acute emergenze come quello che abbiamo vissuto, maggiori restrizioni alle libertà di licenziamento per ragioni economiche potrebbero essere giustificate nelle imprese il cui regime giuridico può far pre-

rioccupazione – come i contratti di espansione, di rioccupazione e nuove forme di finanziamento per la formazione professionale – o a rilanciare istituzioni e strumenti per governare il mercato del lavoro, finalmente in parziale ripresa.

⁶⁰ Su questa soluzione, da molti evocata, v. ancora Biasi, *op. cit.* Del resto L’Unione Europea, seppure attraverso uno studio, ha esplicitamente segnalato come nella pandemia il blocco dei licenziamenti italiano sia risultato ben poco efficace: v. TITO, *Affondo UE sui licenziamenti: “il blocco in Italia è un errore”*, ne *la Repubblica* del 3 giugno 2021. Per le critiche a questa tesi v. MONTICELLI, *Licenziamenti, i sindacati contro l’UE*, ne *la Stampa* del 4 giugno 2021.

sumere una minore sensibilità ai valori ai quali lo stesso art. 41 Cost. subordina la tutela dell'iniziativa economica privata, come l'utilità sociale. Questa prospettiva non risulta però praticata dal legislatore emergenziale, ben consapevole di come il nostro diritto societario sia ancora lontano da assetti di tipo partecipativo.

Sullo sfondo di un ragionamento del genere si può profilare però anche il tema, ben più attuale, della nozione giuridica di licenziamento per ragioni economiche. Negli ultimi anni in Italia questa nozione è stata infatti oggetto di una strisciante, ma inesorabile liberalizzazione ad opera sia del legislatore sia della giurisprudenza. Al punto che oggi si ritiene abbastanza pacificamente ammesso un licenziamento economico giustificato dall'obiettivo dell'impresa di incrementare il margine di profitto⁶¹. Questa recente e discussa evoluzione del regime giuridico ordinario della materia in fase emergenziale può forse apparire insostenibile e persino giustificare interpretazioni di parziale conformità del blocco dei licenziamenti ai principi costituzionali o comunque ispirare opinabili estensioni in via interpretativa della disciplina del blocco⁶². Diversa sarebbe la situazione se il potere di licenziamento per motivi economici fosse sostanzialmente ancorato a una certa tipologia di vicende aziendali. Se si pensa infatti che oggi il diritto del lavoro italiano consente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel caso in cui la soppressione del posto sia genericamente riconducibile ad una riorganizzazione finalizzata ad incrementare il profitto aziendale, come si può non dubitare della legittimità di una sua pur prolungata ablazione dinanzi alla prospettiva di un generale impoverimento?

7. Una domanda conclusiva: che fine ha fatto la "cittadinanza industriosa"?

Un'analisi come quella sin qui condotta richiederebbe, come sin dall'inizio si è detto, molti ampliamenti e approfondimenti prima di poter giungere a una qualche conclusione scientificamente solida. *More solito* questo è il nostro lavoro per gli anni a venire. Intanto però è chiaro che sarebbe da irresponsabili non formulare qualche ipotesi sull'impatto che l'emergenza sanitaria – ma si potrebbe

⁶¹ V. ZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo per ragioni organizzative nella recente giurisprudenza*, in *DLM*, 2020, pp. 248-249; CALCATERRA, *Dell'irresistibile soggettività del giustificato motivo oggettivo di licenziamento (ovvero le ambiguità interpretative di una nozione anfibia)*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica. II*, in *Quaderni DLM*, 2021, n. 10, p. 31 ss. e spec. 41.

⁶² V. ad esempio Trib. Ravenna 7 gennaio 2021, n. 578.

trattare di altra tipologia di emergenza⁶³ – ha avuto e sta avendo sui già fragili equilibri costituzionali del nostro diritto del lavoro.

Anche dalle poche cose dette sinora mi pare evidente che l'impatto è assai significativo e non certo univoco. Le costanti mi paiono rilevanti e sono costituite da (almeno) un fattore di continuità e da (almeno) un fattore di discontinuità rispetto alla fase pre-pandemica. La continuità è data dalla permanente attualità di tutti i principi e i valori presenti nelle norme costituzionali che nell'analisi che precede ho chiamato in causa (essenzialmente gli artt. 32, 41 e 97). La discontinuità mi pare di rinvenirla nella necessità di ridefinire gli equilibri interni alla formulazione di quelle stesse norme, che la priorità da riconoscere all'emergenza sanitaria e alla conseguente emergenza socio-economica ha costretto a ridefinire in modo affannoso, contorto, incompleto e, in definitiva, produttivo di nuove incertezze regolative, confusioni legislative ed effetti applicativi plurimi e contraddittori.

Sugli impatti riguardanti la regolazione si è detto; e molto altro si ritrova nei saggi raccolti in questo quaderno. Sugli impatti applicativi basti qui dire che dalle innovazioni analizzate – come da altre – sono scaturite maggiori tutele per i lavoratori colpiti dalla pandemia, ma anche nuove difficoltà gestionali e soprattutto nuove diseguaglianze⁶⁴, oltre a nuova benzina per vecchie polemiche e divisioni o tensioni tra le forze sociali. La mia impressione è che, guardando agli impatti della “regolazione pandemica”, le culture del lavoro del nostro Paese – già messe a dura prova nell'ultimo decennio dalle svolte politico-istituzionali e dall'impetuosa innovazione tecnologica – non hanno conosciuto durante l'ultimo anno un'evoluzione proficua per la futura costruzione di un diritto del lavoro più solidamente radicato nel sistema costituzionale.

Ovviamente non tutto ciò che si è visto nell'ultimo anno appare all'insegna della negatività. Anche in campo giuslavoristico sono emerse, oltre a qualche confortante indicazione di solidità sistematica (in tema di sicurezza o di regolazione del conflitto, ad esempio), nuove importanti linee di tutela e di convergenza, come di potenzialità rinnovatrici. Gli aspetti positivi emergono di più se però si guarda a quanto è stato fatto nell'emergenza sanitaria per apprestare misure e regole a diretta tutela della salute privata e pubblica, con il determinante contributo dei sindacati e delle imprese. Anche l'enorme sforzo registrabile nelle politiche

⁶³ V. le molte analisi diacroniche e interdisciplinari raccolte in DOLSO, FERRARA, ROSSI (a cura di), *op. cit.*

⁶⁴ Per un'analisi parziale (aggiornata al febbraio 2021), ma molto interessante v. CERVED, *Rapporto Italia sostenibile 2021*, giugno 2021.

sociali dell'Unione europea e nazionali per arginare la spaventosa crisi economica causata dalla pandemia presenta molte luci. Però molto di questa positività è frutto della “tensione emergenziale”, dello sforzo straordinario che tutti abbiamo dovuto produrre per oltre un anno. Questo sforzo poco dice in ordine a ciò che ci attende in un auspicabile futuro *normale*.

Non è in generale nemmeno da escludere che quanti ritenevano in precedenza esistenti una gerarchia e un ordine valoriale nel nostro complesso diritto del lavoro immaginino oggi una sorta di ritorno allo *status quo ante*. A me pare difficile, anche solo per il fatto che, come inizialmente ho detto, il diritto del lavoro pre-pandemico non viveva una fase di assestamento, nemmeno relativo. La pandemia ci ha indicato con chiarezza quei nodi annosi e irrisolti in presenza dei quali la sofferenza “normale”, “fisiologica” dei nostri sistemi regolativi è stata portata allo stremo in periodi di emergenza – e in effetti accade sempre più spesso, in qualunque emergenza – esponendoci ad una crescita esponenziale del rischio di collasso da eccesso di squilibri. Per di più c'è da considerare che mai come in questo caso molto del riequilibrio durante l'emergenza è stato accollato al nostro Welfare State, cioè a uno dei Welfare State più squilibrati in Europa⁶⁵. Questo, più di ogni altra considerazione, rende davvero difficile un mero ritorno allo *status quo ante*. E comunque esclude che ci sia da augurarselo.

C'è però dell'altro a livello costituzionale nella lezione del diritto del lavoro pandemico, prospettabile anche solo come ipotesi di riflessione da approfondire. Per tante ragioni – molte di cultura politica, sindacale e, non ultima, giuridica – la rivisitazione degli equilibri costituzionali è avvenuta all'insegna della momentanea sospensione di libertà costituzionali accompagnata da un grande ricorso al valore della solidarietà declinata, “per la forza feroce delle cose”⁶⁶, in modo essenzialmente “passivo”. Messo infatti tra parentesi il limite della sostenibilità economico-finanziaria, si è nuovamente potenziato il Welfare State più classico, quello assistenziale, poco preoccupandosi di sovrapposizioni sia con il vecchio Welfare all'italiana – ancora pieno di buchi e irrazionalità – sia con il nuovo Welfare – molto ancora da costruire – volto a fiancheggiare un progetto di società più pro-

⁶⁵ V., da ultimi, TONIOLO, *Welfare State il futuro è nel ritorno a Beveridge*, in www.lavoceinfo.it del 3 giugno 2021; CINELLI, *Il Welfare al tempo della pandemia. Note a margine pensando al dopo*, in *RDSS*, 2020, p. 301 ss. Nello specifico v. soprattutto i saggi raccolti nell'ultima sezione di questo quaderno.

⁶⁶ È una citazione da Benedetto Croce che ora fa da titolo a un bel libro (pubblicato durante la pandemia da Bibliopolis) di un giovane e promettente filosofo del diritto napoletano, Carlo Nitsch.

duttiva ma anche socialmente più inclusiva. Sembra così profilarsi una nuova Costituzione socio-economica in cui si esaltano le libertà individuali, da ripristinare integralmente quanto prima; si comprimono, ma solo per poco, le libertà economiche; e si dà voce solo ad una delle proteiformi realizzazioni della solidarietà, quella definibile come “passiva”, in quanto volta soprattutto a predisporre sostegni per i più deboli a carico della fiscalità generale nel pur apprezzabilissimo intento di non lasciare nessuno nell’assoluta indigenza. Insomma un nuovo equilibrio costruito soprattutto tendendo un filo, più visibile rispetto al passato, tra individualismo e assistenzialismo, giustificato per la (momentanea) latitanza della più selvaggia economia capitalistica. Il problema che si intravede è che questa latitanza possa durare poco; e nessuno può garantire che sia sostituita da un sistema mondiale che consenta a Paesi come il nostro di mantenere gli equilibri delineatisi, un po’ casualmente, nell’ultimo periodo. Sarebbe consigliabile avere quanto meno un’altra soluzione: e non solo per gli equilibri costituzionali del diritto del lavoro italiano. Magari tornando a riflettere intorno ad una formula che uno dei nostri Maestri andava ripetendo da qualche anno prima che la pandemia travolgesse anche il nostro vocabolario: costruire un diritto del lavoro a misura di una “cittadinanza industriosa” del lavoro, dei lavoratori e delle loro rappresentanze collettive⁶⁷.

⁶⁷ V., ma solo da ultimo, ROMAGNOLI, *Lo Statuto ha 50 anni!*, in RUSCIANO, GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, I, in *Quaderni DLM*, 2020, n. 8, pp. 52-53.

Abstract

Il saggio affronta l'impatto sugli equilibri costituzionali della legislazione emergenziale in materia di lavoro pubblico e privato con particolare riferimento al lavoro da remoto, al reclutamento dei dipendenti pubblici, all'obbligo vaccinale e ai licenziamenti economici. Si osserva un rilevante impatto su convinzioni e interpretazioni consolidate con un prevalente approccio individualistico, da un lato, e assistenzialistico, dall'altro, che mette a rischio il baricentro costituzionale del lavoro dignitoso ed inclusivo. Si segnalano anche novità e lacune che caratterizzano il diritto del lavoro attraversato dalla tensione al superamento della pandemia da Covid-19.

This article analyses the impact on the constitutional balances of the emergency labour law in private and public sectors as regards particularly to remote work, the recruitment of public employees, the vaccination duty and economic dismissals. The author highlights a remarkable impact on traditional opinions and interpretations that have both an individualistic and a welfare approach. This is dangerous for the constitutional barycentre based on the decent and inclusive work. The author points out also the innovations and weaknesses in Italian Labour Law that has been trying to overcome the pandemic.

Keywords

Covid-19, lavoro, equilibri costituzionali.

Covid-19, Work, Constitutional equilibriums.

Lucia Venditti
Tutela della salute
tra lavoro, famiglia e Welfare

Sommario: **1.** Pandemia e diritti sociali: lo snodo delle diseguaglianze. **2.** Tensioni e prospettive del lavoro da remoto. **3.** Prove di protezione sociale per il lavoro autonomo.

1. Pandemia e diritti sociali: lo snodo delle diseguaglianze

La prospettiva di riflessione che mi è stata assegnata nell'ambito di questa sessione introduttiva ha contorni volutamente ampi al fine di stimolare qualche osservazione d'insieme in questa fase dominata dalle misure di contenimento della pandemia e delle sue acutissime ricadute economiche e sociali. Mi limiterò pertanto ad evidenziare alcuni snodi delle complesse problematiche, affidate al prosieguo dei lavori, innescate o attualizzate dalla normativa emergenziale a presidio del diritto fondamentale alla salute, garantito dall'art. 32 Cost. nella sua duplice dimensione individuale e collettiva, l'una inscindibile dall'altra come insegna la Corte costituzionale¹.

Lo snodo cruciale, poiché trasversale e di contesto, attiene alle diseguaglianze, tema tra i più avvertiti del nostro tempo e drammaticamente rivelato in tutta la sua portata dalla crisi derivante dalla pandemia.

L'emergenza sanitaria con il suo carico di misure restrittive di numerosi diritti costituzionali, ha messo a nudo debolezze del sistema, molte delle quali sono in grado di moltiplicare le diseguaglianze. Affermazione, questa, che va intesa sia nel senso dell'accentuazione di talune diseguaglianze finora rimaste sulla soglia della tollerabilità, o almeno tollerate in punto di fatto, sia nella

¹ C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 268; 2 giugno 1994, n. 218; 22 giugno 1990, n. 307.

più critica direzione della genesi di nuove disparità, specie nei livelli di tutela dei diritti sociali.

Ciò tanto più a fronte della nuova stretta imposta dal riacutizzarsi dei contagi, la quale rischia di aumentare dualismi e divari esistenti negli strati della popolazione. Solo per fare alcuni esempi, forse semplificatori ma sicuramente efficaci, si pensi alla sperequazione che si è venuta a realizzare tra soggetti garantiti e non garantiti dallo stato di bisogno prodotto dalla pandemia, tra chi può lavorare da casa e ricevere lo stesso stipendio e chi no, tra chi, nell'attesa che l'emergenza venga superata, dispone di propri risparmi o può contare sul sostegno della famiglia e chi, invece, si è trovato privo del necessario alla sussistenza propria o dei familiari.

Potremmo dire che il virus ha l'effetto di moltiplicare le disuguaglianze, ossia funge da fattore moltiplicatore delle disuguaglianze tra le persone, o tra gruppi e categorie di persone. In questo senso, esso ha messo sotto *stress* il nostro sistema politico-amministrativo e ne ha amplificato le note fragilità, tra cui la tendenza a rincorrere gli eventi, piuttosto che a programmare le azioni necessarie a prevenirli, almeno quelli prevedibili, così da evitare di trovarsi continuamente colti di sorpresa, nonostante l'indubbio intervento pubblico messo in campo fin dall'inizio, soprattutto col decreto c.d. cura Italia (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), per fronteggiare l'emergenza sanitaria e sociale.

Significativo è stato ed è l'impatto della crisi sull'esercizio dei diritti sociali, primo fra tutti il diritto alla salute. Questo versante ha evidenziato le difficoltà di adeguamento del sistema sanitario nazionale alla dimensione dell'emergenza, entrato in collasso nella cosiddetta prima fase di diffusione dell'epidemia. Non v'è dubbio peraltro che taluni elementi di criticità – sovraccollamento degli ospedali, difficoltà nell'approvvigionamento di tamponi e dispositivi di protezione individuale, carenza di postazioni di terapia intensiva, deficit della medicina territoriale o di base e dell'assistenza residenziale degli anziani – sono sottoposti al rischio di una rinnovata espansione e, dunque, di rinvigorire le negative ricadute sulla capacità del sistema di garantire a tutti i cittadini il livello minimo essenziale dell'assistenza quale elemento necessario per il godimento del diritto alla salute.

Ci si è persino chiesti se l'età non sia anche un criterio discriminatorio che possa essersi verificato nell'accesso alle cure, e di conseguenza se possa essersi realizzata una discriminazione degli anziani nell'accesso alle medesime. In realtà, una risposta potrà aversi soltanto al termine dell'epidemia.

Dunque, lo stesso diritto alla salute, nonostante in questa congiuntura di eccezionale gravità sia diventato quasi un diritto “tiranno” avendo condotto nel bilanciamento legislativo a vistose compressioni di altri diritti costituzionali, anche relativi alle libertà personali, non è rimasto esente da manifestazioni recessive del suo esercizio, in quanto l’apparato pubblico ha avuto difficoltà ad erogare tempestivamente e capillarmente le prestazioni necessarie per fronteggiare la situazione emergenziale.

Si pensi poi, quale fattore di diseguaglianza, all’impatto della “dematerializzazione” dell’esercizio dei diritti sociali che si è realizzata in conseguenza dell’emergenza sanitaria, giacché l’esigenza di assicurare il distanziamento interpersonale ha portato ad una trasmigrazione dei diritti sociali nella rete digitale.

Ciò si è verificato, anzitutto, con riferimento al diritto all’istruzione. È sotto gli occhi di tutti che, per soddisfare l’esigenza di garantire il livello essenziale, si è reso necessario intervenire con l’immediata implementazione dell’*e-learning*, che ha però determinato notevoli divari nella fruizione della didattica a distanza da parte degli studenti, penalizzando quanti muovono da contesti familiari o ambientali svantaggiati già segnati, come registrano molte analisi, da un grado di mobilità sociale intergenerazionale minore rispetto al passato.

Altri diritti che si sono “dematerializzati” sono quelli relativi al *welfare*. L’accesso ai sussidi istituiti per far fronte alla crisi, a partire dalle integrazioni salariali con causale Covid-19, è stato garantito attraverso portali digitali. È noto tuttavia come le procedure gestite dall’Inps siano andate incontro ad un collasso, dato il profluvio di accessi che l’ente previdenziale non è riuscito a fronteggiare adeguatamente e, a ben vedere, tuttora le domande fanno fatica ad essere processate. Ancora adesso risultano esservi migliaia di lavoratori in attesa del pagamento di trattamenti di sostegno del reddito riferiti a periodi pregressi, e talora finanche del primo pagamento.

Anche parte del diritto alla salute è trasmigrato nella rete. Al riguardo, si riscontra l’introduzione, o in alcuni casi l’intensificazione, della telemedicina; e soprattutto si è affermata la prassi da parte dei medici di base di inviare via e-mail le prescrizioni necessarie per garantire la salute dei propri assistiti.

In definitiva, l’emergenza ha prodotto una fuga in avanti nella digitalizzazione dei servizi pubblici, alla quale però, forse anche comprensibilmente dati i tempi dell’urgenza, non ha corrisposto un’accelerazione nello sviluppo tecnologico della rete. L’Italia è ancora molto indietro per velocità di con-

nessione internet e per indice di digitalizzazione economica e sociale² e questo ritardo si traduce in un divario digitale tra persone, famiglie, territori all'interno del Paese.

Ebbene, se l'accesso alla rete diviene un percorso obbligato per l'esercizio dei diritti sociali, si potrebbe giungere a configurarlo diritto sociale esso stesso³. Certo è che l'accesso alla banda larga di trasmissione e la disponibilità di collegamenti telematici efficienti diventano strumenti indispensabili per consentire l'inclusione, fornendo il "luogo/non luogo", flessibile e sempre disponibile, dove recarsi anche per ricevere i servizi digitalizzati erogati dalla pubblica amministrazione.

La digitalizzazione delle relazioni con gli utenti è un sicuro fattore di modernizzazione e sviluppo, in grado sia di generare risparmi e liberare risorse utili a favorire la produttività del settore pubblico sia di sostenere lo sviluppo di quello privato mediante l'offerta di servizi più efficienti⁴. Occorre tuttavia considerare che non tutti i servizi sono interamente erogabili a distanza, come è particolarmente evidente per le cruciali attività di monitoraggio e di vigilanza previste nei confronti della componente anziana od indigente della popolazione. Inoltre, anche ciò che è possibile gestire digitalmente può richiedere talora forme diverse di interlocuzione con il destinatario del servizio e, comunque, postula una diffusa implementazione della rete telematica nel territorio nazionale e delle modalità del suo utilizzo nei rapporti tra le amministrazioni e gli utenti.

L'emergenza sanitaria ha notoriamente costretto, invece, all'esclusività del contatto informatico in un contesto, a sua volta, generalmente ancora piuttosto impreparato ad esso, come rivelano sia i disallineamenti esistenti nelle condizioni di accesso alla rete, sia il grado poco soddisfacente di alfabetizzazione digitale, quest'ultimo, peraltro, da migliorare unitamente ai procedimenti elettronici, spesso molto complessi, adottati dalle amministrazioni erogatrici. Sarebbe forse necessaria, al riguardo, anche un'opera di forte semplificazione delle modalità di fruizione delle piattaforme digitali con una pa-

² Secondo il *Digital Economy and Society Index* elaborato dalla Commissione europea per il 2019, l'Italia era collocata al ventiquattresimo posto fra i 28 Stati membri dell'Unione.

³ Cfr. T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in ID., *Liberté Egalité Internet*, Editoriale Scientifica, 2015, p. 62 ss.; sviluppa questa prospettiva, in continuità con propri precedenti studi, DE MINICO, *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, Giappichelli, 2020, p. 35 ss., p. 209 ss. e p. 316 ss.

⁴ Cfr. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, Editoriale Scientifica, 2017.

rallela facilitazione dello stesso linguaggio informatico, essendo evidente che non tutti sono egualmente attrezzati ad affrontare le specificità di tale linguaggio.

Fin dall'immediato, dunque, molti sono i versanti critici da considerare per l'effettività dei diritti sociali la quale, del resto, è rilevante per la stessa gestione della crisi sanitaria laddove quest'ultima richiede resilienza della popolazione verso le limitazioni imposte dalla tutela della salute che, invece, rischiano di essere disattese nei contesti connotati da lacune e diseguglianze nel godimento di quei diritti, specie attinenti alla protezione dello stato di bisogno esplosivo con la pandemia.

2. Tensioni e prospettive del lavoro da remoto

Anche le relazioni di lavoro, in questo traumatico periodo, si sono avvalse della rete, con il notorio ricorso, nei primi mesi massivo e senza alternanza, al lavoro agile nel settore pubblico e privato, ancora largamente in corso e destinato a proiettarsi ben oltre l'attuale esperienza pandemica dove è stato curvato dal legislatore a fondamentale misura per frenare la diffusione del virus e sostenere al contempo la prosecuzione dell'attività lavorativa.

Questa curvatura si condensa, sul piano della disciplina, da un lato nella possibilità di prescindere dall'accordo individuale sulla modalità agile della prestazione prescritto dalla l. 22 maggio 2017 n. 81 e, dall'altro, nel riconoscimento del diritto a tale modalità lavorativa, secondo termini via via rimodulati nell'affastellarsi delle norme emergenziali, sia ai dipendenti qualificati come fragili, quali i gravemente disabili o familiari di un disabile grave o per ragioni di salute maggiormente esposti al rischio di contagio, sia ai dipendenti genitori di figli preadolescenti o disabili o con bisogni educativi speciali. Beneficio, quest'ultimo, cui si collegano varie previsioni volte a temperarne la cedevolezza nel caso che l'attività lavorativa non sia gestibile da remoto, con soluzioni mutate nel tempo ed approdate, per i lavoratori fragili, a contemplarne il lavoro agile anche in mansioni diverse od attività formative e, per i genitori-lavoratori, l'alternativa del congedo parentale straordinario per periodi agganciati al contagio od alla quarantena del figlio od alla sospensione della didattica in presenza ovvero alla chiusura dei centri diurni assistenziali.

La versione emergenziale del lavoro agile si innesta dunque con tratti

significativi nel contesto del temporaneo riassetto normativo che ha coinvolto istituti del diritto del lavoro fondamentali per reagire alla crisi pandemica⁵.

È tuttavia risaputo che il repentino transito al lavoro agile di milioni di lavoratori, proprio per la sua genesi anomala, si è generalmente tradotto in termini di semplice spostamento dell'attività lavorativa analogica nella rete digitale, monco pertanto della rimodulazione organizzativa presupposta dall'agilità della prestazione. La mera replica a distanza, spesso con attrezzature proprie non sempre adeguate, di prestazioni lavorative strutturate secondo modelli basati sulla presenza si spiega con l'evidente mancanza di tempi e modi per riorganizzare gli schemi di lavoro, tanto più in ragione del carattere diffuso ed indifferenziato che ha dovuto assumere l'improvvisata conversione al lavoro da remoto.

Si potrebbe allora dire che, più che del lavoro, si è verificata una remotizzazione della postazione di lavoro, a sua volta fissa presso il domicilio del dipendente, dando luogo così ad una sorta di telelavoro forzatamente da casa ed al più, in seguito, normalmente da casa, dinanzi a restrizioni al rientro in sede gradualmente eliminate ma riemergenti nella misura in cui il datore di lavoro non possa altrimenti garantire l'adeguata prevenzione dei contagi.

In questo scenario il lavoro da remoto, oltre che intuibili appesantimenti e rigidità gestionali con ricadute anche sull'efficacia della prestazione lavorativa, alimenta diseguaglianze derivanti dai diversi assetti abitativi, familiari e tecnologici, che interferiscono e si riflettono sulle condizioni di lavoro, a maggior ragione in un contesto, purtroppo venuto a riproporsi, di ripresa, sebbene non più generale né integrale, delle attività scolastiche a distanza.

Dall'intricato regime emergenziale delle misure di *work-life balance* emergono segnali consapevoli dell'esigenza di ripartire le responsabilità familiari ed i relativi bisogni di cura che, come noto, determinano interferenze sul lavoro tendenzialmente di maggiore impatto per le donne in ragione

⁵ Sulla normativa emergenziale in materia di lavoro v. almeno MAZZOTTA (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini, 2021; BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020; GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, 2020; GAROFALO D., TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt University Press, e-Book series nn. 89-93, voll. I-V, 2020; PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020; cui *adde* la riflessione prospettica sull'istituto del lavoro agile in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020.

della permanente divisione, sia pure corrispondente ad un modello stereotipato, dei compiti di genere nelle famiglie. In questo frangente, nel solco del principio della bigenitorialità, il diritto al lavoro agile viene infatti riconosciuto ad entrambi i genitori. Inoltre, sul piano del raccordo tra questo beneficio e il congedo parentale straordinario, la fruizione di entrambi è stata concepita come compatibile sia tra i due genitori che in capo ad uno solo, almeno in un primo tempo giacché nelle più recenti versioni del congedo i due benefici sono stati resi non più cumulabili bensì fruibili in via alternativa tanto dal singolo genitore che dalla coppia.

L'accelerazione impressa dall'emergenza alla diffusione del lavoro agile ha poi dato estremo risalto al labile confine tra tempo di lavoro e tempo personale che connota questa modalità esecutiva della prestazione, in quanto masse di lavoratori sono state coinvolte nell'esperienza della porosità temporale di quest'ultima, certamente attraente in termini di complessiva qualità della vita ma maggiormente esposta a sconfinamenti orari ed intrusioni in danno della dimensione privata e finanche della salute del lavoratore.

È risaltata così la centralità del diritto alla disconnessione dagli strumenti tecnologici utilizzati per lavorare, demandato nei concreti contenuti dalla l. n. 81/17 a quell'accordo individuale cui le parti sono state autorizzate a soprassedere nel periodo di emergenza. Ciò ha spianato la strada verso esplicitazioni normative più robuste, orientate anche dalla proposta di direttiva sollecitata in materia dal Parlamento europeo con la risoluzione del 21 gennaio 2021, le quali hanno preso corpo nella previsione secondo cui, ferma la disciplina stabilita dai contratti collettivi nazionali per il pubblico impiego, tale diritto è riconosciuto "nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati", specificando che "l'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi" (art. 2, co. 1-ter, d.l. 13 marzo 2021, n. 30, convertito con modificazioni dalla l. 6 maggio 2021, n. 61).

La netta declaratoria del diritto alla disconnessione, rispetto al quale l'accordo individuale rileva solo per definirne eventuali limitazioni, rende inequivoco il dovere di garantirlo anche nei casi, assolutamente prevalenti nell'attuale congiuntura, di lavoro agile attivato unilateralmente dal datore di lavoro. Nella prospettiva del ritorno all'ordinario regime consensuale dell'istituto, il pregnante rilievo esplicitamente conferito a questo profilo di tutela del lavoratore può indirettamente favorire accordi sindacali, specie

decentrati, sulle concrete modalità che assicurano l'esercizio del diritto alla disconnessione, anche per l'interesse dello stesso datore di lavoro a dotarsi di una cornice di riferimento nei confronti del personale interessato. Forse perché inserito in sede di conversione nel corpo dell'ennesimo decreto emergenziale, l'intervento normativo rimane nel solco della l. n. 81/17 che rinvia all'autonomia individuale in ragione del carattere fortemente personalizzato di questa modalità lavorativa, ma la negoziazione sindacale pare comunque ricevere un impulso a regolare tempi e modi della disconnessione, anche a presidio della sua effettiva operatività.

Del resto, sviluppi delle discipline sindacali sul fronte del lavoro agile sono in generale sollecitati dai prefigurati volumi, certamente non più di nicchia, su cui quest'ultimo, massivamente sperimentato durante la pandemia, pare destinato ad attestarsi quando se ne riespanderà l'ordinario regime normativo. Quanto al legislatore, a parte valutare ritocchi selettivi che efficientino quel regime nonché stabilizzino delle tutele nell'accesso per chi abbia un interesse qualificato alla conciliazione, è cruciale orientare l'intervento verso il sostegno, anche tramite l'autonomia collettiva, di questa delicata transizione nell'interesse reciproco di lavoratori e datori di lavoro.

Tra i numerosi versanti critici si staglia la complessa implementazione del lavoro agile, in funzione della quale la contrattazione collettiva rappresenta strumento di elezione per adeguamenti disciplinari coerenti con l'incisivo ripensamento organizzativo che esigono le attività da svolgersi da remoto. Si stima peraltro che questi processi, avviati per ora negli ambiti produttivi più congeniali al lavoro a distanza e per lo più in grandi aziende, possano assumere un peso rilevante nelle riorganizzazioni d'impresa necessarie al fine di recuperare il danno economico patito durante la pandemia.

Da questo punto di vista, una promozione legislativa del lavoro agile che ne preservi l'indefettibile elemento consensuale potrebbe aver corso tramite la previsione di incentivi economici e normativi per chi sceglie questa modalità offerta dall'azienda, semmai in adesione alla disciplina del rapporto di lavoro definita con il sindacato, quest'ultima utile anche ad alleggerire le trattative in sede di accordo individuale. Altro tipo di agevolazioni potrebbe, ancora, profilarsi in relazione all'uso di spazi collaborativi condivisi (*coworking*), incentivando direttamente i lavoratori, attraverso la corresponsione di *voucher*, od indirettamente, attraverso vantaggi ai datori di lavoro che se ne addossino i costi.

3. *Prove di protezione sociale per il lavoro autonomo*

Notevole e reiterato, nel succedersi delle misure emergenziali varate per contrastare gli effetti della pandemia, risulta l'impegno profuso a sostegno dell'economia e degli strumenti di protezione sociale. Circa tali strumenti, si è già stratificato un complesso quadro di interventi, a partire da quelli sul sistema delle integrazioni salariali, con l'innesto di trattamenti speciali con causale Covid-19 sostanzialmente a carico della fiscalità generale, alcuni accessibili, con procedure semplificate e minori vincoli, in luogo di quelli previsti dal d. lgs. 14 settembre 2015 n. 148, altri attivabili in deroga al regime ordinario nell'area esclusa dall'applicazione di quel decreto. A questo tronccone normativo, a sua volta complementare al temporaneo blocco dei licenziamenti, se ne affiancano molti altri, spesso intrecciati e continuamente da decifrare in reciproco coordinamento, tra cui quello, significativo in linea di principio per la sua novità ma piuttosto acerbo per tecnica ed entità del sostegno apprestato, riguardante il lavoro non dipendente.

A seguito dell'emergenza sanitaria è apparso infatti ineludibile sostenere economicamente anche i lavoratori autonomi di fronte alla forzata interruzione o riduzione della propria attività, con flessione anche drastica degli introiti che ha risentito pure del crollo delle relazioni di mercato venute a verificarsi quasi in ogni ambito.

Si tratta di una platea molto ampia, comprensiva tra l'altro dei collaboratori coordinati e continuativi – specie di quelli caratterizzati da dipendenza economica poiché operanti prevalentemente, se non esclusivamente, in regime di mono-committenza⁶ – ma anche di figure più tradizionali, quali artigiani e commercianti, ed anche dei liberi professionisti. Da questi ultimi, in particolare, è pervenuta una robusta richiesta di assistenza cui solo limitatamente hanno potuto rispondere talune misure disposte dalle casse previdenziali esistenti per specifiche categorie. Già da qualche tempo, del resto, emergono aree di debolezza reddituale e fenomeni di dipendenza economica pure nel mondo delle classiche professioni liberali, del quale viene segnalato un tendenziale impoverimento, per la verità anche in ragione delle condizioni generali di mercato.

Il meccanismo individuato è stato essenzialmente quello del progressivo riconoscimento di indennità *una tantum*, più volte reiterate ma di importo

⁶ V. per tutti PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Giuffrè, 2013, p. 16 ss.

modesto (inizialmente 600 e poi 1000 euro), incondizionate nell'accesso per gli autonomi iscritti alla gestione separata Inps e alle altre gestioni speciali nonché per gli occasionali privi di partita IVA, unici in seguito ammessi al *bonus*, ed invece, per i professionisti non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie, talvolta ancorate ad un determinato calo del reddito. Mentre i professionisti iscritti ai vari albi professionali e dunque alle rispettive casse, esclusi da queste indennità, sono stati considerati, entro determinati tetti reddituali e ulteriori condizioni, tra i destinatari di quelle, parimenti *una tantum* e di modesto importo ma via via finora sempre rifinanziate, erogate quale "reddito di ultima istanza" dall'apposito Fondo istituito dal decreto c.d. cura Italia (d.l. n. 18/20) per sostenere il reddito di 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 sono privi dei requisiti per accedere ad altre forme di sostegno.

Le ragioni dell'urgenza spiegano il carattere assistenziale di queste misure, meno l'esiguità delle indennità ed altresì del periodo nel quale ad alcuni beneficiari sono state riconosciute quelle incondizionate, limitato per lo più ai mesi del massimo confinamento. In particolare, se può comprendersi, sempre per quelle ragioni, il recupero di soggetti in prima battuta non sussidiati, quali gli autonomi occasionali, suscita invero perplessità l'espunzione da questo genere di provvidenze, peraltro frattanto rese più consistenti, di beneficiari inizialmente individuati. Su di un diverso piano è stata inoltre sottolineata sia l'incerta tenuta costituzionale dell'usuale contenimento di tali provvidenze entro limiti di spesa predefiniti indipendentemente dal numero degli aventi diritto, sia la censurabile mancata ripartizione tra i beneficiari secondo l'effettivo stato di bisogno.

Nello svolgersi della decretazione d'urgenza si è assestata la tendenza a convogliare le risorse destinate al lavoro autonomo sugli strumenti del reddito di ultima istanza e dei contributi a fondo perduto, rapportati al calo di fatturato, previsti in favore degli operatori economici fin dal decreto c.d. rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77). I ristori, in particolare, sono stati via via riconosciuti secondo ambiti applicativi e criteri di calcolo mutati nel corso del tempo che, se possono avere determinato ineguali esiti distributivi delle risorse a parità di ricadute negative della pandemia, sono ormai giunti a considerare il calo di fatturato annuale, piuttosto che riferito a singoli mesi, nonché ad includere tutte le classi di attività economica e tutte le imprese e i professionisti, com-

presi i c.d. “ordinisti” le cui istanze di sostegno non sono rimaste pertanto confinate nell’ambito del reddito di ultima istanza.

Nel complesso, sia pure mediante misure temporanee e non omogenee, ha ricevuto una basilica protezione anche l’arcipelago del lavoro autonomo genuino, sempre più diffusamente esposto, specie quando reso in condizioni di debolezza economica, ad un rischio di discontinuità occupazionale e reddituale.

Le varie sollecitazioni riformatrici in questa direzione avevano condotto, qualche anno fa, ad introdurre un trattamento per la disoccupazione involontaria riservato ai collaboratori coordinati e continuativi (DIS-COLL *ex art. 15, d. lgs. n. 22/15 e ss.mm.*), certamente opportuno ma non appagante, pur nella consapevolezza delle ragioni storiche e sociali alla base delle differenze rispetto al sistema previdenziale del lavoro subordinato.

La spinta dell’emergenza ha contribuito a riattualizzare la questione, tanto che quest’ultima ha avuto un primo riscontro nella legge di bilancio per il 2021 dove, con soluzione ispirata a quella contenuta sul punto nella recente proposta legislativa del CNEL volta a potenziare le tutele di lavoratori autonomi e professionisti iscritti alla gestione separata Inps, è stata per costoro istituita, in via sperimentale ed in funzione di sostegno in caso di flessione dell’attività economica, l’indennità straordinaria di continuità reddituale e operativa (ISCRO) a carico della gestione medesima (art. 1, co. 386 ss., l. 30 dicembre 2020, n. 178). E c’è da attendersi che seguano, auspicabilmente, ulteriori sviluppi dell’abbozzato riorientamento dell’apparato protettivo verso tutele dello stato di bisogno estese a quanti lavorano in proprio, almeno stando a quanto delineato, anche a questo proposito, dal recente documento sulla riforma degli ammortizzatori sociali elaborato dall’ultima apposita Commissione ministeriale⁷.

Si tratta d’altronde di una traiettoria perseguita anche in sede europea, come icasticamente enunciato nel Pilastro dei diritti sociali proclamato nel novembre del 2017, dove si sancisce che “indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro i lavoratori e, a condizioni comparabili, i lavoratori autonomi hanno diritto ad un’adeguata protezione sociale” (Capo III, Principio n. 12). Dell’urgenza di tale protezione nell’attuale contesto pandemico, a sua volta, la stessa Unione ha preso atto per contribuire a garantirla nei singoli Stati membri, nel quadro di una serie di misure sovranazionali di

⁷ Cfr. MAGNANI, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, in *LDE*, 2021, 2, p. 5 ss.

stampo solidaristico attivate per reagire in maniera coordinata alla portata della crisi dilagata entro i suoi confini.

Dinanzi a questa eccezionale crisi, innescata da uno *shock* esogeno di natura sanitaria che non ha risparmiato nessun paese dell'Unione, le istituzioni europee, dopo un iniziale disorientamento, hanno infatti mutato passo rispetto alla gestione degli eventi avversi tenuta nel passato recente e, in particolare, hanno condiviso la necessità di appoggiare, anche a scapito temporaneo dei vincoli di bilancio, le realtà nazionali impegnate ad affrontare straordinari incrementi della spesa pubblica per sorreggere l'economia e preservare il tessuto sociale.

Si rilevano così nuovi segnali di risocializzazione del processo di integrazione europea, in questa drammatica congiuntura anche ulteriori rispetto sia al provvisorio allentamento, tramite l'attivata clausola di salvaguardia, delle regole di austerità finanziaria che governano la stabilità di bilancio, sia alla taratura di strumenti finanziari esistenti – a partire dall'attivazione in seno al Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) di una linea agevolata di credito riservata ai costi dell'assistenza sanitaria, della cura e della prevenzione (*Pandemic crisis support*) – sulle necessità imposte dall'impatto recessivo dell'emergenza.

Segnale ulteriore è rappresentato proprio dal nuovo strumento finanziario SURE (*Support to mitigate Unemployment Risk in an Emergency*), istituito, su proposta della Commissione, dal Regolamento 2020/672 del 19 maggio 2020 quale sostegno temporaneo ai sistemi interni repentinamente gravati da notevoli esborsi per le adottate misure di contenimento dei rischi di disoccupazione determinati dalla pandemia.

Questo strumento fornisce assistenza agli Stati membri sotto forma di prestiti a condizioni favorevoli concessi dall'Unione per un totale di cento miliardi di euro da utilizzare per regimi di riduzione dell'orario lavorativo dei dipendenti e misure analoghe, segnatamente per i lavoratori autonomi, nonché per spese connesse a determinate misure di carattere sanitario, in particolare sul luogo di lavoro, quali ad esempio iniziative volte a ridurre i rischi professionali. Sul piano interno, la quota destinata all'Italia, pari a 27,4 miliardi, si presta ad attenuare le ricadute, in termini di crescita per interessi del debito pubblico, delle intraprese misure di sostegno al reddito dei lavoratori, subordinati o autonomi, sospesi o rimasti privi di occupazione a causa della crisi. Tanto più che è recente la notizia del successo anche dell'ultima emissione delle obbligazioni "sociali" UE, appositamente collocate sul mer-

cato per finanziare SURE, e vale ricordare che al nostro Paese è stata ormai quasi interamente erogata la cifra assegnata.

L'esperienza della pandemia, e dei suoi contraccolpi sociali senza precedenti, potrebbe peraltro indurre sviluppi più avanzati della dimensione sociale dell'integrazione europea, nella prospettiva, da tempo avvertita, di pervenire a meccanismi sovranazionali di condivisione dei rischi generati dalle crisi e, su questo specifico versante, coltivata ad esempio da quei progetti che si prefiggono di istituire un'indennità europea di disoccupazione (*European Unemployment Benefit Scheme*) quale schema armonizzato di sostegno del reddito.

In ogni caso, gli attuali sviluppi già dischiudono decisive opportunità sul piano nazionale, e non soltanto sul fronte delle esigenze più imminenti di salvaguardia del tessuto produttivo e occupazionale sulle quali si è concentrata la normativa emergenziale, bensì anche su quello del rilancio economico e dello sviluppo sociale, anch'esso sostenuto in sede europea con un poderoso piano di investimenti assistito da prestiti e sovvenzioni a supporto dei rispettivi piani nazionali.

Ed è da auspicarsi che l'occasione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) valga effettivamente a definire e implementare reali politiche per la crescita, sulle quali riporre affidamento anche nella prospettiva di un opportuno potenziamento della rete di diritti sociali e, così, di un recupero, o almeno di una progressiva correzione, delle tante diseguaglianze, accentuate o disvelate dalla crisi pandemica e che tuttavia forse, proprio nel conseguente contesto di rinnovata sensibilità e consapevolezza, potranno trovare adeguata reazione da parte dell'ordinamento.

Abstract

Lo scritto affronta alcune questioni relative alle misure di contrasto degli effetti della pandemia, a partire dall'accentuazione delle diseguaglianze nella garanzia dei diritti sociali. Con riferimento al lavoro da remoto, si considerano possibili sviluppi regolativi derivanti dall'anomala accelerazione nel periodo emergenziale. Vengono poi esaminate le misure di sostegno al reddito dei lavoratori autonomi, evidenziando tendenze normative ad un consolidamento oltre l'emergenza.

This paper addresses some issues raised by measures to contrast the pandemic effects, starting from the increasing inequalities in the guarantee of social rights. With reference to remote working, possible regulatory developments stemming from the anomalous acceleration in practices during the emergency period are considered. Income support measures for self-employed workers are also examined, highlighting regulatory trends towards their consolidation beyond the emergency.

Keywords

Diritti sociali, lavoro, crisi pandemica.

Social rights, work, pandemic crisis.

Antonello Zoppoli

Diritto di sciopero e Covid-19: risorse normative (e principi) del diritto sindacale

Sommario: **1.** Al di là della pandemia. **2.** Fuori l'area dei servizi essenziali. **3.** Autotutela individuale *vs.* autotutela collettiva. **4.** Uno sciopero emblematico nell'area dei servizi essenziali: la censura della Commissione di garanzia e le relative critiche della dottrina. **5.** La pandemia *oltre* l'art. 2, co. 7, della l. n. 146/1990. **6.** Covid-19 e grave evento lesivo dell'incolumità dei lavoratori: il piano fattuale. **7.** *Segue.* Il piano giuridico: determinazione dell'interesse collettivo e libertà sindacale. **8.** Accordi sulle prestazioni indispensabili e limiti della l. n. 146/1990. **9.** Una situazione patologica, propria della "nuova" precettazione.

1. Al di là della pandemia

Il diritto del lavoro, come altre branche dell'ordinamento, ha risentito, inevitabilmente e sensibilmente, delle conseguenze della pandemia da Covid-19. Tra i molteplici istituti interessati, ancorché non tra i più toccati, vi è il diritto di sciopero. Al riguardo, l'impatto della pandemia, oltre a destare una certa attenzione nella concreta esperienza, è da considerare per molteplici ragioni concernenti vari rilevanti piani, a cominciare dalle tecniche normative. Ciò appare forse singolare se si ha presente la tradizionale e persistente anomia del diritto sindacale italiano; eppure il diritto di sciopero offre, probabilmente, un esempio significativo sia di utile regolazione sia di apporto che l'interprete può dare alla gestione equilibrata delle più pressanti tensioni determinate dalla fase pandemica. Volendo dirla in sintesi – se mi si passa la metafora – la disciplina del diritto di sciopero ha in sé qualche anticorpo che può proficuamente combinarsi con gli interventi normativi emergenziali. Il diritto di sciopero infatti, con la legge del 12 giugno 1990, n. 146 (d'ora in poi l. 146), dalla lunga e nota gestazione normativa, ha raggiunto

un soddisfacente assetto nell'area dei servizi pubblici essenziali¹, dove si confronta e si scontra con altri valori e diritti fondamentali: dinamiche direttamente sollecitate dall'emergenza sanitaria a causa delle sue ripercussioni anzitutto sui diritti alla vita e alla salute. Anticipando l'esito delle successive pagine, l'impressione è che la congiuntura emergenziale, se per un verso anche per il diritto di sciopero – come avvenuto in relazione ad altri istituti – si conferma occasione di nuove consapevolezze, per altro verso ha posto domande e problemi la cui soluzione non è tanto questione di norme, bensì di adeguata loro applicazione. Da entrambe le prospettive c'è motivo di riflessione guardando al di là della pandemia. Stando attenti a non perdere mai di vista la peculiarità del diritto di sciopero, paradigmatico della densità fenomenica e giuridica del diritto sindacale.

2. Fuori l'area dei servizi essenziali

Prima di addentrarsi nell'analisi, appare però opportuno uno sguardo oltre l'area dei servizi essenziali. L'emergenza sanitaria, avendo ovviamente prodotto effetti in generale, ha infatti riguardato pure il settore “secondario”, ambito classico dello sciopero ma da qualche decennio non più suo palcoscenico privilegiato, non di meno qui meritevole di attenzione: sia perché pur sempre da esso interessato – di recente anche con qualche segno di ritorno, accentuato dal Covid-19 – sia perché, sul piano giuridico, storico terreno di elaborazione e di riflessione in materia. E qualche veloce considerazione risulterà assai utile pure per la riflessione sullo sciopero nei servizi essenziali, rispetto al quale il discorso si svilupperà quindi senza soluzione di continuità.

L'occasione per lo sguardo all'“industria” è offerta da un autore – sempre attento – che, in riferimento al criterio del pregiudizio alla “produttività” dell'impresa, noto limite di legittimità (di origine giurisprudenziale) per il diritto di sciopero, ha sottolineato come tale limite, nella fase emergenziale,

¹ Secondo quanto previsto dall'art. 1 della l. 146 “essenziali” perché funzionali a garantire, durante lo sciopero, il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, tra i quali il diritto alla vita e il diritto alla salute. Sulla diversa accezione di servizio essenziale assunto però dalla normativa di contrasto al Covid-19 cfr. CORAZZA, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *DLRI*, 2020, p. 806, e PINO, *Emergenza da Covid 19 e governo del conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *LDE*, 2021, I, p. 3.

svelerebbe “il suo profilo più scivoloso”: essere interpretato, in particolare per le imprese sottoposte al blocco della produzione, come “sinonimo di tenuta concorrenziale”, sì da fare del “diritto di sciopero una variabile dipendente dalle condizioni di mercato”, a scapito della sua “natura di diritto fondamentale”². L’impostazione, se in linea generale è condivisibile, per la fase emergenziale qualche perplessità, invero, desta. Per questa fase credo che si tratti di considerare, non tanto le condizioni di mercato, quanto il pregiudizio alla produttività dell’impresa nel “tempo” e nello “spazio”, cioè *contestualizzando* il criterio in parola in riferimento all’*eccezionale* situazione pandemica, in una logica peraltro insita nell’intrinseca dinamicità dello stesso criterio. La valutazione diviene allora probabilmente più delicata e, in virtù dell’assoluta particolarità della situazione, non si può escludere l’illegittimità dello sciopero qualora esso comprometta uno stato già difficile dell’impresa, pregiudicandone la prosecuzione dell’attività, pur senza implicazioni sulle sue strutture. Ciò comporta un ulteriore inevitabile margine di valutazione dell’interprete in relazione al concreto peculiare atteggiarsi degli interessi in gioco, ma questa è una conseguenza comprensibile in virtù proprio del contesto emergenziale.

Non va inoltre trascurato che, là dove a essere interessata sia la salute dei prestatori di lavoro³, l’ordinamento mette a loro disposizione anche altri due strumenti giuridici, di autotutela individuale, direttamente funzionali all’istanza di protezione e verosimilmente di minore impatto sull’organizza-

² Le citazioni sono tutte di ORLANDINI, *Diritto di sciopero e tutela della salute durante lo stato d'emergenza epidemiologica*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 117 ss., che richiama “quanto segnalato lucidamente da Gianni Garofalo a commento della sentenza della Cassazione n. 711/1980”.

³ La normativa di contrasto e contenimento della diffusione del Covid-19, che integra l’obbligo datoriale di sicurezza, si è sviluppata in un arco temporale breve ma in modo piuttosto articolato e complesso; qui è sufficiente ricordare il d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020, conv. con l. 22 maggio 20, n. 35; il d.l. 25 marzo 2020 n. 19 (specie art. 1, co. 2, lett. z-gg), conv. con l. 22 maggio 2020, n. 35; il d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (specie art. 1, co. 14), conv. con l. 14 luglio 2020, n. 74; l’art. 29-bis introdotto nel d.l. 8 aprile 2020, n. 23, dalla l. di conversione 5 giugno 2020, n. 40 (che, ai fini della tutela contro il Covid-19, per l’adempimento dell’obbligo di cui all’art. 2087 rinvia alle “prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui al [già citato] art. 1, co. 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33”); il d.l. 22 aprile 2021, n. 52, art. 10, co. 1. Da notare che le sanzioni per l’inosservanza della normativa prevedono anche la limitazione e la sospensione dell’attività datoriale.

zione e sull'attività datoriale. Il primo appartiene al diritto delle obbligazioni, ed è l'eccezione d'inadempimento *ex art. 1460 cod. civ.*; il secondo invece è contemplato dall'art. 44 del d. lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 (cd. Testo unico su salute e sicurezza del lavoro), articolo rubricato "Diritti dei lavoratori in caso di pericolo grave e imminente" (da ora art. 44)⁴. Si tratta d'istituti con precisi presupposti e finalità. L'art. 1460 cod. civ. – come si sa – è volto al mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni contrattuali: per quanto qui interessa, al mantenimento del nesso sussistente tra obbligo sicurezza, in capo al datore, e obbligo di lavoro subordinato, in capo al prestatore. Di primaria importanza sono, di conseguenza, la conformità dell'*exceptio* alla buona fede e la non pretestuosità del comportamento del contraente che la solleva; quindi il nesso di causalità e la proporzionalità tra le prestazioni non adempiute⁵. L'art. 44 mira invece specificamente alla difesa della salute, in particolare in riferimento a situazioni di emergenza e di pericolo imminente – in ipotesi anche causate non da un inadempimento del datore ma da caso fortuito o da forza maggiore⁶ – tali da determinare l'allontanamento del lavoratore dal "posto di lavoro o da una zona pericolosa"⁷.

La differenza di entrambi gli strumenti rispetto allo sciopero è evidente. Lo sciopero, ovviamente, non è correlato alla tutela della sola salute,

⁴ Sull'argomento v., da ultimo, GARGIULO, *Rischio di contagio e rifiuto della prestazione: l'autotutela in tempi di pandemia*, in *DRI 2020*, pp. 879 ss.; MEZZACAPO, *Eccezione d'inadempimento e tutela della salute nei luoghi di lavoro*, in *LPO*, 2020, p. 449 ss.; NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, 2020, p. 71; SPEZIALE, *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*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 83 ss., dove anche una sintesi del dibattito, nell'ambito del quale la violazione della normativa sulla sicurezza da parte del datore, in una diversa minoritaria prospettiva, è stata ricondotta alla *mora credendi* (art. 1206 cod. civ.).

⁵ A mio avviso non desta particolari preoccupazioni il requisito della "totalità" dell'inadempimento, ritenuto necessaria da una parte della giurisprudenza: in generale, in ragione di un uso accorto della buona fede; in relazione all'obbligo di sicurezza, dal contenuto composito, perché l'inadempimento non può essere considerato nella sua completezza ma sulla base della gravità delle conseguenze dell'inosservanza (da questo punto di vista il rischio Covid-19 non è affatto da sottovalutare).

⁶ Sul punto v. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in *Working Paper di Olympus*, in <http://www.ojs.uniurb.it>, p. 30; DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, 1997, p. 190, in riferimento all'art. 14 del d.lgs. 19 settembre 1996, n. 626, di identica formulazione.

⁷ L'art. 44, co. I, per la precisione fa riferimento al "caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato": la norma è eloquentemente inserita nel tit. I, capo III, sez. VI del d.lgs. 81/2008, dedicato alla "gestione delle emergenze".

ma può esserlo, e, quando lo è, non è rivolto a difendere direttamente la salute del singolo lavoratore, bensì ha l'obiettivo di fare pressione sulla controparte, grazie alla sua dimensione collettiva, con la partecipazione di una pluralità di lavoratori, affinché sia apprestato quanto necessario a tutelare l'interesse appunto collettivo alla protezione della salute (sul punto, però, si dovrà tornare). Richiede pertanto la *sola* finalizzazione dell'astensione concertata alla tutela dell'interesse collettivo, nel caso di specie identificabile nella protezione della salute. Rispetto all'eccezione d'inadempimento *ex art. 1460 cod. civ. e all'art. 44* ne derivano, a favore del prestatore di lavoro, la maggior forza d'urto verso la controparte e la minore esposizione (anche sul piano disciplinare); a suo sfavore, il sacrificio economico della retribuzione⁸.

3. *Autotutela individuale vs. autotutela collettiva*

Nonostante la chiara differenza, la possibilità in concreto di un'eventuale sovrapposizione o di difficile distinzione tra queste fattispecie non di rado è emersa; precisamente tra una pluralità di azioni individuali *ex art. 1460 cod. civ. o art. 44*, da un lato, e sciopero dall'altro, che è l'ipotesi rilevante per queste pagine. Dal discorso – è appena il caso di notarlo – risulta interessata anche l'area dei servizi essenziali, come si vedrà.

Per cercare di orientarsi, nei limiti qui necessari e consentiti, v'è da tener presente che, secondo l'opinione prevalente, per l'art. 1460 cod. civ. la buona fede comporta, là dove possibile, il preavviso, con il quale il singolo lavoratore informa il datore del suo inadempimento, quindi (nel caso di specie) del venir meno delle condizioni di sicurezza, in modo che questi possa provvedere a porvi riparo e, qualora non lo faccia, legittimare l'*exceptio inadimpleti contractus*⁹. Preavviso non solo non necessario ma neppure in effetti compatibile con l'urgenza richiesta *ex art. 44*, la quale, alla fin fine, racchiude anche il diverso grado di intensità del pericolo, peraltro sussistente più sulla carta

⁸ Che, secondo un consistente orientamento giurisprudenziale, non consegue non solo all'azione *ex art. 44* (e questo è pacifico) ma anche all'azione *ex art. 1460 cod. civ.*: al riguardo cfr., per tutti, GARGIULO, *op. cit.*, p. 887.

⁹ Sempre nella stessa logica è da condividere l'opinione dottrinale e giurisprudenziale secondo la quale il rifiuto di adempiere non è subordinato all'avallo del giudice: cfr., in proposito, GARGIULO, *op. cit.*, p. 883; MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 446 ss.

che nella realtà¹⁰. Le due azioni individuali, sicché, finiscono per risultare in un certo senso complementari, benché le ipotesi di urgenza non escludano l'eccezione *ex art. 1460 cod. civ.*

Nel raffronto con lo sciopero anzitutto merita attenzione l'opinione che ritiene decisiva la volontà manifestata da chi pone in essere le azioni, anche attraverso *facta concludentia*¹¹. Se si è d'accordo su tale approccio, la sovrapposizione dovrebbe essere più problematica nel caso di pluralità di astensioni in una situazione di urgenza, presumibilmente quindi tra azione *ex art. 44* e sciopero non preceduto da una proclamazione, soccorrendo ai fini qualificatori, in assenza di urgenza, comunque il preavviso "di norma" richiesto (come già ricordato) dall'art. 1460 cod. civ. In una situazione di urgenza, a guidare la distinzione dovranno allora essere, evidentemente, le caratteristiche effettive delle azioni di autotutela: se le astensioni, per modalità e soggetti interessati, saranno funzionali a proteggere la salute dei *singoli* prestatori di lavoro, si sarà in presenza dello strumento di autotutela individuale; se invece avranno l'obiettivo di esercitare *insieme* pressione sul datore perché ripristini le condizioni di sicurezza necessarie a tutelare l'interesse collettivo alla salute (e quindi a proteggere i singoli), le astensioni si qualificheranno come sciopero. V'è da ritenere che ogni qual volta le astensioni risultino in concreto conseguenti, per modalità di concepimento e di svolgimento, a una qualsiasi concertazione tra i lavoratori, sufficiente a dar vita alla necessaria discreta componente "collettiva"¹², si avrà sciopero: il coordinamento tra le astensioni determinerà la pressione sulla controparte, valore aggiunto ed elemento proprio dello sciopero.

In tale logica, anche nell'area dei servizi essenziali, ad assumere rilievo decisivo saranno le caratteristiche effettive delle astensioni. Qui la pressione scaturente dalla pluralità di astensioni determina il *quid pluris* che incide negativamente sull'erogazione del servizio essenziale, imponendo il rispetto della disciplina prevista dalla l. 146¹³. Per quanto rileva in queste pagine, però, nei termini che ora considereremo.

¹⁰ Considerando quanto prima rilevato circa, per un verso, la rilevanza comunque necessaria dell'inadempimento dell'obbligo di sicurezza ai fini dell'*exceptio* e, per altro verso, l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 44, che questa intensità trascura: cfr. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 92.

¹¹ VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995, p. 136.

¹² Sul tema v., per tutti, A. ZOPPOLI, *La titolarità del diritto di sciopero*, Jovene, 2006, p. 39 ss.

¹³ Pertanto non convince la delibera n. 20/14 in cui la Commissione di garanzia esclude

4. *Uno sciopero emblematico nell'area dei servizi essenziali: la censura della Commissione di garanzia e le relative critiche della dottrina*

Siamo così tornati, per rimanervi, al tema principale della nostra riflessione, lo sciopero nei servizi essenziali.

La forte tensione tra diritto alla salute e diritto di sciopero si è manifestata, nella fase di pandemia, in relazione sia a interi servizi (il trasporto locale o nazionale) sia a specifici enti o aziende (ambientali, di vigilanza, di pulizia, di comunicazione).

Un caso emblematico, che ha fatto piuttosto discutere, è lo sciopero generale proclamato, ai sensi dell'art. 2 co. 7 della l. 146 (da ora art. 2, co. 7)¹⁴, dall'Unione Sindacale di Base (USB) per il 25 marzo 2020¹⁵. Il caso è interessante non solo perché offre l'occasione per approfondire l'analisi dell'art. 2, co. 7 – probabilmente “mai del tutto esplorato a fondo da dottrina e giurisprudenza”¹⁶ e invece da inquadrare attentamente nel complessivo impianto nella l. 146 – ma anche perché presenta risvolti attinenti al diritto di sciopero pure di carattere teorico. Motivi sufficienti – ad avviso di chi scrive – per dedicare ad esso il prosieguo di questo scritto: articolandolo, in particolare, a ridosso delle decisioni scaturite dal caso, anzitutto la delibera della Commissione di garanzia n. 20/19 del 15 luglio 2020 e, poi, la sentenza del Tribunale di Roma del 15 novembre 2020, che la delibera conferma. Al fine di cogliere

la configurazione dello sciopero in presenza di “astensioni individuali plurime” – rimettendo al datore la valutazione di legittimità ex art. 44 – non per la carenza della concertazione tra i lavoratori, bensì per l'impossibilità di “individuare il soggetto promotore”, non ritenendo tale la coalizione spontanea, secondo il suo criticabile orientamento seguito dalla delibera n. 08/518 (al riguardo, *amplius*, A. ZOPPOLI, *Lo sciopero “spontaneo”: l'enigmatico percorso della Commissione di garanzia*, in questa rivista, 2008, p. 653). La questione della configurazione come sciopero o come eccezione d'inadempimento si è posta, in particolare, per astensioni correlate al mancato pagamento delle retribuzioni: v., da ultimo, le delibere della Commissione n. 20/37 del 27 febbraio 2020 e n. 19/30 del 31 gennaio 2019.

¹⁴ Comma che – si ricorderà – così recita: “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”.

¹⁵ Cfr. BOCCAFURNI, *Il bilanciamento “dinamico” della Commissione di garanzia per gli scioperi, alla luce delle nuove esigenze sociali ai tempi del Covid-19*, in *LDE*, 2, 2021, p. 15; CORAZZA, *op. cit.*, p. 804; PINO, *op. cit.*, p. 7; ORLANDINI, *op. cit.*, *passim*; I. ZOPPOLI, *Salute, conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali, emergenza Covid*, in *RDDS*, 2021, pp. 87 e ss.

¹⁶ BOCCAFURNI, *op. cit.*, p. 12.

tutte le sollecitazioni dell'una e dell'altra occorrerà addentrarsi nel loro esame (confidando nella pazienza del lettore).

Lo sciopero è stato proclamato dall'USB con soli quattro giorni di pre-avviso (21 marzo) e con una differente articolazione temporale, cioè la simbolica durata di un minuto, per i soli lavoratori interessati dalle prestazioni di soccorso alla popolazione. Queste, in sintesi, le motivazioni della sua proclamazione: a) la decisione del Governo di mantenere aperti uffici e aziende “non essenziali ai fini del contrasto all'espandersi della pandemia”; b) la necessità dei lavoratori di servirsi, per raggiungere i luoghi di lavoro, “di mezzi pubblici inidonei a garantire [...] sicurezza e incolumità”; c) la mancata assunzione, nei luoghi di lavoro, di “tutte le tutele necessarie [...] previste dalle leggi in vigore in materia di prevenzione e sicurezza”; d) “l'assoluta insufficienza del servizio sanitario nazionale” a fronte della diffusione del contagio.

La Commissione di garanzia, con la menzionata delibera n. 20/19, ha censurato lo sciopero per una pluralità di ragioni, che conviene riportare (più o meno) integralmente. Ad avviso della Commissione, in relazione all'art. 2 co. 7 della l. 146: a) sono ammessi scioperi “solo in presenza di specifici eventi e/o specifiche situazioni di pericolo oggettivo, certificato dalle competenti Autorità, da valutarsi caso per caso”; b) ne consegue la necessità di “accertare/dimostrare la sussistenza di una situazione di concreto ed imminente pericolo per l'incolumità dei lavoratori” e quindi “l'onere di allegare e documentare circostanze specifiche e puntuali (quali ad esempio il mancato rispetto dei Protocolli)”; c) pertanto “non può ritenersi sufficiente il generico richiamo all'emergenza epidemiologica in atto; richiamo, peraltro, che, nel caso di uno sciopero generale [...], risulta completamente disancorato da specifiche situazioni lavorative”; d) in questa logica “deve essere apprezzata anche la sussistenza di un rapporto causale/soggettivo [...] occorre, cioè, dimostrare la sussistenza di un nesso tra l'evento in grado di generare una situazione di pericolo concreto ed imminente e i lavoratori ‘chiamati’ all'azione di protesta a difesa del diritto alla salute”¹⁷. Su un diverso piano, la Commissione ha poi rilevato l'illegittimità dello sciopero per violazione delle disposizioni dei diversi accordi di settore (dalla medesima Commissione valutati idonei) che prevedono la sospensione degli scioperi proclamati, o in corso, “in caso di avvenimenti eccezionali di particolare gravità o di calamità naturali”¹⁸.

¹⁷ A quanto risulta, in precedenza la Commissione non ha mai escluso l'applicabilità dell'art. 2, co. 7, allo sciopero generale.

¹⁸ Tra i motivi della delibera la Commissione non menziona il carattere e la durata non

Va rammentato che la Commissione, il 24 febbraio 2020, aveva invitato tutte le organizzazioni sindacali a sospendere gli scioperi dal 25 febbraio 2020 al 31 marzo 2020. Con nota del 17 marzo 2020 aveva successivamente rinnovato l'invito e, in una condivisibile logica, aveva anche invitato, sulla base dell'art. 13 lett. h) sempre della l. 146, tutti i soggetti erogatori di servizi ad attuare le misure di sicurezza in ottemperanza ai provvedimenti adottati dal Governo. Invito che rinnoverà in seguito, talvolta espressamente ricordando che, a fronte di circostanziate segnalazioni, avrebbe avviato le conseguenti istruttorie¹⁹. Se queste azioni di *moral suasion* appaiono convincenti, il discorso risulta più problematico per la delibera in seguito adottata in merito allo sciopero del 25 marzo 2020: al riguardo, l'impressione è che la Commissione si sia lasciata prendere la mano dall'emergenza. Probabilmente preoccupata pure dal timore (non nuovo) di un uso poco responsabile dello sciopero²⁰: comprensibile ma da considerare con cautela, contestualizzandolo nell'attuale quadro normativo.

Andiamo per ordine.

La decisione della Commissione non è stata esente da critiche da parte della dottrina.

La Corte costituzionale – si è anzitutto ricordato – nella decisione n. 276 del 10 giugno 1993, ha evidenziato come gli interessi difesi dai lavoratori nei casi previsti dal citato art. 2, co. 7, “siano di natura affatto eccezionale 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’”²¹. Tra le varie critiche in tale logica mosse alla decisione della Commissione, di particolare interesse sono quelle, speculari, concernenti, per un verso, l'esclu-

meramente simbolica dell'astensione, cui aveva fatto invece riferimento nella delibera n. 20/89 del 26 marzo 2020, di apertura del procedimento di valutazione, e che richiama, per quanto concerne le astensioni di “un” minuto, ai fini della determinazione dell'entità della sanzione. Sul punto, v. le condivisibili osservazioni critiche di ORLANDINI, *op. cit.*, p. 108; I. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 90.

¹⁹ V., ad esempio, gli interventi del 16 aprile 2020 prot. 0004423, del 15 aprile 2020 prot. 0004396 e del 27 marzo 2020 prot. 0004109.

²⁰ Rimarcato ancora una volta dal Presidente della Commissione di garanzia, G. SANTORO PASSARELLI, nello scritto *Le recenti tendenze del conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in *Quad. della Commissione*, 2020, p. 7. In proposito cfr. i contributi in *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in *Quaderni ADL*, 2018, 15.

²¹ ORLANDINI (riprendendo Corte cost. 10 giugno 1993, n. 276), *op. cit.*, p. 108.

sione radicale dell'applicazione dell'art. 2 co. 7 allo sciopero generale e, per altro verso, la restrizione della sua applicazione soltanto a "specifici eventi e/o specifiche situazioni di pericolo oggettivo, certificato dalle competenti Autorità"²²: l'una e l'altra – si è osservato – non trovano "riscontro né nella lettera né nella *ratio* della norma"²³, quindi non risultano rispettose del peculiare bilanciamento operato dal legislatore²⁴. Peraltro la seconda – si è aggiunto – con la preventiva certificazione richiesta dalla Commissione, precluderebbe la necessaria immediatezza della risposta dei lavoratori al grave evento lesivo della loro incolumità²⁵.

5. *La pandemia oltre l'art. 2, co. 7, della l. n. 146/1990*

Per riflettere sulla decisione della Commissione e sulle relative critiche appare opportuno allargare il campo d'indagine. Infatti l'art. 2 co. 7, a mio avviso, pur applicandosi al caso in esame, non ne copre tutte le implicazioni.

Analizziamo nei tratti essenziali l'art. 2 co. 7.

Il contemperamento tra i diritti in gioco, in questa disposizione, come ha osservato la Consulta, assume una fisionomia particolare rispetto alle classiche dinamiche della l. 146 giacché, sul versante dei lavoratori, accanto al diritto di sciopero si pone il diritto alla salute; da ciò derivano, ovviamente, il minor grado di tutela dei diritti della persona costituzionalmente tutelati e la conseguente disapplicazione delle regole del preavviso e dell'indicazione della durata dell'astensione dal lavoro. Lo sciopero, più precisamente, è rivolto alla tutela della salute dei lavoratori però – si badi – non dei singoli lavoratori: come già visto prima in generale per l'"industria", lo sciopero, secondo le sue caratteristiche, mira a far pressione contro la controparte in reazione alla mancanza delle condizioni a tutela della salute e perché queste siano ripristinate,

²² Sono, queste, parole (già prima rammentate) della Commissione di garanzia.

²³ ORLANDINI, *op. cit.*, p. 114.

²⁴ Lo sottolinea, in particolare, I. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 96, in relazione al limite del bilanciamento, ossia il "contenuto essenziale" del diritto.

²⁵ *Ivi*, p. 93. L'immediatezza è desumibile dalla gravità dell'evento lesivo, che è alla base della non applicazione della regola del preavviso. La norma, però, non esclude che lo sciopero possa essere in concreto proclamato comunque con un certo anticipo, evidentemente rimettendo la valutazione ai soggetti che lo promuovono e fermo restando la funzione di protesta rispetto all'evento contemplato. Da questa prospettiva la Commissione non ha valutato lo sciopero in questione.

non alla tutela della salute di questo o di quel lavoratore. Correttamente il legislatore fa riferimento a “casi di astensione dal lavoro [...] *di protesta* per gravi eventi lesivi dell’incolumità e della sicurezza dei lavoratori”. In breve: l’art. 2, co. 7, contempla un’azione di sciopero non un’azione di autotutela individuale a protezione della salute di singoli lavoratori. A questa finalità sono invece preordinate le già ricordate azioni *ex art. 1460 cod. civ.* o *ex art. 44*.

V’è da pensare che ciò spieghi pure perché l’art. 2, co. 7, solleva dal preavviso e dalla indicazione della durata dello sciopero ma non dal garantire le prestazioni indispensabili durante l’astensione. Avendo lo sciopero il fine di protestare contro il “grave evento lesivo” della salute dei lavoratori, non di proteggere singoli lavoratori, il legislatore evidentemente ha ritenuto che le prestazioni indispensabili possano essere comunque garantite da lavoratori non esposti al pericolo, considerato verosimilmente circoscritto sul piano oggettivo (per implicazioni strutturali e funzionali) e soggettivo (dei prestatori coinvolti). Se così non fosse, la norma avrebbe un’insanabile contraddizione interna: salvaguardare le prestazioni indispensabili, volte ad assicurare i diritti della persona costituzionalmente tutelati, al prezzo dell’incolumità dei lavoratori, ossia di uno di tali diritti. A ben riflettere il legislatore, lasciando intatta la garanzia delle prestazioni indispensabili, ha rimesso la questione del rischio per la salute dei singoli lavoratori addetti alla loro erogazione esclusivamente al piano individuale della *lex contractus*, potendo ogni lavoratore, nel caso, ricorrere all’art. 1460 cod. civ. o all’art. 44. Il legislatore ha cioè escluso che, nelle fattispecie di cui all’art. 2 co. 7, l’astensione dei lavoratori addetti alle prestazioni indispensabili possa esprimersi a livello collettivo²⁶: a tanto conduce il contemperamento tra i diritti in gioco. Sicché, delle due l’una: o si dimostrano tutti i presupposti richiesti dall’azione individuale intrapresa, a cominciare dalla correlazione tra grave evento e singola posizione di lavoro, oppure l’astensione dal lavoro sarà illegittima, *tertium non datur*. Non v’è chi non veda come, così prospettata, la possibilità di sovrapposizione tra rimedi individuali e rimedi collettivi assuma diversa consistenza.

In tal modo il legislatore, se da un lato riduce la forza di pressione dello sciopero, dall’altro, prevedendolo comunque espressamente, dimostra piena

²⁶ Quindi, nel caso di più astensioni, corretta risulta la configurazione in termini di “astensioni individuali plurime”: cfr., al riguardo, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 109, che però scrive, indifferentemente, di “diritti individuali [...] attuati collettivamente”. Sostanzialmente nello stesso senso, benché in una diversa ottica, INGRAO, *C’è il CoViD19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?*, in *GCom*, 2020, 1, p. 112.

fiducia nel ruolo che il sindacato può svolgere per risolvere, a livello collettivo, la delicata situazione contemplata dall'art. 2, co. 7²⁷. Questa soluzione tuttavia, per essere intesa appieno, va inquadrata nell'insieme “delle fonti regolatrici dello sciopero, incastrate l'una dentro l'altra come le famose bambole russe”²⁸. Intendo dire che, là dove le astensioni individuali, esercitate sulla base dell'art. 1460 cod. civ. o dell'art. 44, assumano rilievo tale da ipotizzare un pericolo per i diritti della persona costituzionalmente tutelati, a soccorrere sarà, eventualmente, l'ultima “rete di protezione” apprestata dalla l. 146, cioè l'ordinanza di precettazione di cui all'art. 8 della medesima legge²⁹. Ipotesi cui sembra proprio condurre la vicenda da cui abbiamo prese le mosse. Ma proseguiamo sempre con ordine.

6. Covid-19 e grave evento lesivo dell'incolumità dei lavoratori: il piano fattuale

Torniamo dunque allo sciopero del 25 marzo 2020 e alla delibera della Commissione di garanzia.

La Commissione, in punto di diritto, afferma che l'art. 2, co. 7, richiede la sussistenza di una specifica situazione di pericolo, concreto e imminente, per l'incolumità dei lavoratori. E bene fa il Tribunale di Roma a darle ragione: *ratio* e lettera della disposizione non lasciano dubbi.

In punto di fatto, poi, la Commissione ritiene che il generico richiamo (contenuto nella proclamazione dello sciopero) all'emergenza epidemiologica non integri il suddetto presupposto, per la cui esistenza occorrerebbe invece dimostrare, ad esempio, “il mancato rispetto dei Protocolli”. Pure in proposito il giudice romano le ha dato ragione, benché non abbia richiesto alcuna certificazione dell'evento. A suo avviso, anche volendo considerare la pandemia un fatto notorio, essa non dimostrerebbe “l'esistenza in concreto di uno specifico e grave evento (anche di pericolo) atto a ledere la salute e la sicurezza dei lavoratori di tutte le amministrazioni e le imprese erogatrici di servizi pubblici es-

²⁷ Sottolinea puntualmente questo aspetto ORLANDINI, *op. cit.*, p. III. L'autore, a proposito dell'altro evento previsto dall'art. 2 co. 7, osserva “come davanti ad un colpo di Stato l'obbligo di garantire le prestazioni indispensabili perda di senso” (p. 109).

²⁸ ROMAGNOLI, *Il gioco delle matryoske*, in *Spazio e impresa*, 1988, 8, p. 89 (parole non riferite alla versione definitiva della legge, ma ad essa comunque estensibili).

²⁹ Non sorprende che la Commissione ritenga che la possibilità di invocare lo strumento di autotutela individuale *ex art. 44* sia da considerare “con grande cautela” (delibera n. 20/104), ma questo timore va inquadrato nel quadro descritto.

senziali”³⁰. Più precisamente, per il Tribunale, manca la “prova che nei settori coinvolti nell’astensione collettiva [...] sussisteva al momento della proclamazione dello sciopero generale (almeno) uno specifico e grave evento atto a provocare in concreto un danno – e quindi non solo in astratto per effetto della mera circolazione del virus influenzale – all’integrità fisica dei lavoratori”³¹.

La valutazione “in fatto” non appare semplice. Sono da comprendere la richiesta di contestualizzare il pericolo e, quindi, le cautele della Commissione e del Tribunale: esprimono la condivisibile preoccupazione delle possibili conseguenze negative dello sciopero proclamato, senza preavviso e indicazione temporale, durante la già assai difficile emergenza pandemica; ed esprimono altresì il timore (come si diceva prima) dell’uso poco responsabile dello sciopero. Così come, dinanzi all’impossibile “mappatura” dei contesti lavorativi in base alla maggiore o minore esposizione al rischio di contagio, dar peso al criterio del rispetto della specifica normativa di prevenzione nei luoghi di lavoro appare più che condivisibile. Tuttavia, occorre considerare che, nel marzo 2020, eravamo agli inizi dell’emergenza: era ancora in corso la definizione delle misure di prevenzione, come dimostra lo stesso Protocollo Governo/parti sociali – firmato il 14 marzo e poi integrato il 24 aprile successivo – e difficile risultava l’approvvigionamento di quanto necessario per la protezione, inizialmente pure delle “mascherine”. Per converso, un dato si presentava già evidente: la presenza in luoghi chiusi e a distanza ravvicinata costituiva fattore di contagio. Pertanto, il dubbio che la situazione di pericolo, concreto e imminente, per l’incolumità dei lavoratori fosse diffuso sussiste (a meno di non voler escludere che il rischio di contagio del Covid-19 integri siffatto pericolo). Se così è, anche la questione probatoria assume contorni diversi; in particolare nell’impostazione seguita dal Tribunale, che sembra accontentarsi della prova

³⁰ Il Tribunale non si è accontentato degli elementi di prova forniti dall’organizzazione sindacale, tra i quali: “il fatto notorio dell’emergenza sanitaria in atto, considerata [dall’organizzazione sindacale: n.d.a.] all’epoca ‘evidente *in re ipsa*’, in un contesto in cui occorreva auto-certificare le ragioni della propria presenza in strada”; gli inviti della stessa Commissione ai datori di lavoro a rispettare le misure di prevenzione; le specifiche denunce dei lavoratori di segnalazione di situazioni prive degli elementari elementi di sicurezza; alcuni rapporti redatti dall’Inail “con i dati riferiti a denunce di eventi derivanti dal contagio Covid-19”; la documentazione relativa a specifiche richieste di predisposizione di adeguate misure di prevenzione, tra cui note indirizzate a varie Prefetture ed esposti ad alcune Procure.

³¹ Questi i “settori” indicati: “Scuola, Università, Ricerca, Ministeri, Regioni ed autonomie locali, Enti pubblici non Economici, Circolazione e Sicurezza stradale, Carburanti, Pulizie/Multiservizi, Poste, Telecomunicazioni, Radiotelevisione, Consorzi di Bonifica, Funerario e Metalmeccanici”.

“nei settori coinvolti” dell’esistenza di “(almeno) uno specifico e grave evento atto a provocare in concreto un danno” (mio il corsivo)³².

7. *Segue. Il piano giuridico: determinazione dell’interesse collettivo e libertà sindacale*

A interessare senz’altro di più è però il ragionamento giuridico seguito tanto dalla Commissione di garanzia quanto dal Tribunale di Roma.

La Commissione, quasi a voler rafforzare la sua decisione, adduce, a sostegno, l’ulteriore argomento del necessario rapporto causale/soggettivo, cioè del nesso tra pericolo e lavoratori “chiamati” all’azione di protesta, sì da escludere che l’art. 2, co. 7, possa trovare applicazione allo sciopero generale: “che per sua natura coinvolge tutte le categorie del lavoro pubblico e privato” – scrive la Commissione – risultando “completamente disancorato da specifiche situazioni lavorative”. Così opinando però – si badi – la Commissione sovrappone le caratteristiche della situazione di pericolo alle caratteristiche dello sciopero, con implicazioni giuridiche non condivisibili. Se la situazione di pericolo contemplata dalla disposizione in parola deve essere specifica (quindi concreta e imminente) – in questo senso va anche quanto prima osservato circa la relativa delimitazione oggettiva/soggettiva –, ciò non può riverberarsi sul diritto di sciopero. Secondo la sua cifra, è il soggetto che lo promuove a definire il contenuto e il perimetro dell’interesse collettivo (attinente ovviamente a relazioni di lavoro), dal quale lo stesso sciopero deriva finalità e fisionomia, anche allo scopo di modulare la pressione da esercitare nei confronti della controparte. Attraverso la correlazione causale pericolo-lavoratori chiamati alla protesta la Commissione invece, determinando i criteri per l’individuazione dei lavoratori che legittimamente possono partecipare allo sciopero, in realtà individua *dall’esterno* le modalità di determinazione dell’interesse collettivo e, quindi, l’interesse collettivo stesso nonché la fisionomia dello sciopero, restringendo, l’uno e l’altro, ai soli lavoratori la cui salute è direttamente messa in pericolo dall’evento. In tal modo crea

³² Per quanto appena osservato tale esistenza sembra assumere le caratteristiche finanche di un fatto notorio; e inducono a riflettere anche le affermazioni del Tribunale in merito alla prova testimoniale chiesta dal ricorrente – nello scenario che si sta qui delineando evidentemente di rilievo –, ritenuta inammissibile in quanto “relativa a circostanze di fatto genericamente formulate, irrilevanti e valutative”.

un pericoloso corto circuito con i principi costituzionali di cui all'art. 39, co. 1, e 40 Cost.: segnatamente, intacca il principio di *autodeterminazione* dell'interesse collettivo, con un salto indietro agli anni '50, quando verso l'effettiva attuazione di questo principio ancora non ci eravamo avviati.

La questione, più precisamente, richiama la *querelle* sulla legittimità dello sciopero di solidarietà, che animò il dibattito nei primi anni '60, in seguito alla famosa sentenza della Corte costituzionale del 28 dicembre 1962, n. 123. All'esame della Corte – come si ricorderà – fu sottoposto l'art. 505 cod. proc. civ., che incrimina lo sciopero “soltanto per solidarietà [...] con altri lavoratori ovvero soltanto per protesta”. È appena il caso di notare il riferimento allo sciopero “di protesta” che ritroviamo nell'art. 2, co. 7.

La Corte si pronunciò specificamente sullo sciopero di solidarietà e salvò la norma, affermando (all'epoca non aveva ancora elaborato le sentenze interpretative di accoglimento³³) la legittimità dello sciopero di solidarietà in presenza di una (non ben definita) “comunanza di interessi”, rimessa all'apprezzamento del giudice. La sentenza è stato oggetto di più d'una critica. In particolare merita di essere rammentato un articolo di un Maestro del diritto del lavoro, che, nel confrontarsi col dibattito di quegli anni – uno dei tanti denso sotto ogni profilo –, sottolineava l'insussistenza concettuale di un *quid intermedio* tra sciopero per un interesse proprio e sciopero per un interesse altrui, al contempo escludendo la possibilità di distinzioni dinanzi alla solidarietà nell'azione diretta, propria del movimento sindacale, e al riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero³⁴. L'incisiva opinione anticiperà le diffuse e convinte critiche degli anni successivi, maturate anche sulla scorta degli sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito allo sciopero politico-economico e allo sciopero politico, che marcheranno in modo sempre più netto la distanza siderale dell'assetto costituzionale dal codice penale del '30: nella manualistica, sicché, diverrà ricorrente la critica alla sentenza della Corte per il limite comunque apposto allo sciopero di solidarietà, non rispettoso del principio di autodeterminazione dell'interesse collettivo³⁵.

Nell'art. 2, co. 7 – notavo prima – si rinviene l'espressione “astensioni [...] di protesta”. Come è stato scritto negli anni Novanta, l'“equivalenza tra

³³ Lo ricorda GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2014, p. 277.

³⁴ PERA, *Lo sciopero di solidarietà nelle più recenti concezioni*, in *Scritti di Giuseppe Pera*, II, *Diritto sindacale*, Giuffrè, 2007, p. 1151 ss. (già in *RGL*, 1964, I, p. 1).

³⁵ Cfr., tra gli altri, GIUGNI, *op. cit.*, p. 276; CARUSO, ALAIMO, *Diritto sindacale*, il Mulino, 2012, p. 282; GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, 1982, p. 249.

le due nozioni affini di sciopero di solidarietà e di protesta è un dato ormai pacifico”, in ragione soprattutto dell’identità del tratto discrezionale dell’una e dell’altra nozione, ossia del coinvolgimento di lavoratori i cui interessi non sono lesi “in forma diretta ed attuale” dal comportamento datoriale³⁶. Motivo che è poi alla base dell’unica comune previsione dell’art. 505 cod. pen. Ma è chiaro che la questione va al di là di questa o di quella fattispecie di sciopero, costituendo solo il riflesso di ciò che è il nucleo del diritto di sciopero in generale.

Ebbene, con tale consapevolezza occorre leggere l’art. 2, co. 7.

La disposizione muta i termini del temperamento, proprio della l. 146, a favore dello sciopero (escludendo preavviso e indicazione della durata); a tal fine richiede la sussistenza di specifici presupposti. L’incremento di tutela dello sciopero, però, non può certo avere il prezzo dei suoi tratti identitari, ossia l’autodeterminazione dell’interesse collettivo cui è preordinato e la concreta fisionomia da assumere.

In sintesi, nell’art. 2, co. 7, specificità, concretezza e imminenza sono requisiti dell’evento dal quale ha origine lo sciopero (e al quale consegue la disapplicazione della regola del preavviso e dell’indicazione della durata), nulla hanno a che vedere con l’interesse collettivo e la correlata azione di autotutela³⁷.

La Commissione, nel richiedere la necessità della correlazione causale/soggettiva tra pericolo concreto e lavoratori che scioperano, finisce in realtà per sovrapporre, già concettualmente, lo sciopero agli strumenti di autotutela individuale previsti dagli art. 1460 cod. civ. e 44 d.lgs. 81/2008.

La sovrapposizione tra sciopero *ex art. 2 co. 7 e*, segnatamente, azione individuale *ex art. 1460 cod. civ.*, rilevata dall’organizzazione sindacale nel ricorso d’impugnazione della delibera della Commissione, è superata velocemente e, in verità, piuttosto ermeticamente dal Tribunale di Roma. Oltre a notare il diverso ambito delle due azioni (privatistico/contrattuale e pubblicistico), il Tribunale si limita a distinguere il rapporto di causalità tra si-

³⁶ Le citazioni sono di CALAFÀ, *Sciopero di solidarietà-protesta e scomparsa dell’impresa* (nota a Pret. Ferrara, 29 giugno 1944), in *RIDL*, 1995, II, p. 466 ss.

³⁷ Peraltro, nello sciopero del 25 marzo 2020, l’interesse perseguito ha tutta l’aria di essere esteso all’intero mondo del lavoro. Infatti – come in precedenza si rilevava – il pericolo di contagio del virus nei termini raffigurati (svolgimento del lavoro in luoghi chiusi e a distanza ravvicinata) è una condizione pressoché non delimitabile, sì da essere “propria” di tutti i contesti lavorativi.

tuazione di pericolo e “astensione individuale”, richiesto dalla norma codicistica, rispetto al rapporto tra grave-specifico evento e “astensione” *tout court* (evidentemente riferita all’astensione collettiva), richiesto dall’art. 2, co. 7. L’apodittica distinzione tuttavia – è ciò che più conta – non conduce il Tribunale a conseguenze giuridiche diverse da quelle a cui approda la Commissione. Infatti, pur non escludendo in astratto la configurabilità di uno sciopero generale (in quanto scisso completamente da specifiche situazioni di lavoro, come sostiene la Commissione), il giudice romano giunge in pratica alla stessa conclusione, assumendo la medesima postura rispetto al diritto di sciopero.

Il Tribunale – si ricorderà – ritiene che, trattandosi di sciopero generale, lo specifico e concreto pericolo debba riguardare i lavoratori di tutte le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi pubblici essenziali; più precisamente, in ciascuno dei settori coinvolti dall’astensione collettiva, ritiene necessaria la sussistenza, al momento della proclamazione, di “almeno” un concreto e specifico pericolo. In tal modo, il giudice romano, come la Commissione, sovrappone i requisiti dell’evento che legittima lo sciopero (sussistenza di almeno un concreto e imminente grave evento lesivo in ciascun settore) all’individuazione dell’interesse collettivo e dell’ambito dello sciopero, così eterodeterminando l’uno e l’altro. Con la sola differenza del criterio seguito: che non rimanda a “specifiche situazioni lavorative” (cui fa invece riferimento la Commissione), bensì si presenta più esteso, ampliando, il Tribunale, la correlazione causale “situazione di pericolo/interesse collettivo-sciopero” a ciascun singolo settore. Ma la lesione della libertà sindacale rimane immutata.

Tirando le fila della riflessione, v’è da pensare che l’art. 2, co. 7, se da un lato sia del tutto compatibile con scioperi anche di carattere generale, dall’altro contempra eventi gravemente lesivi della salute dei lavoratori circoscritti dal punto di vista oggettivo e soggettivo, che sul versante organizzativo rendono possibile l’erogazione delle prestazioni indispensabili senza mettere a repentaglio la salute di alcun lavoratore.

La norma però, così ricostruita, sembra proprio stare stretta alla fase iniziale dell’emergenza pandemica. Il Covid-19, grave evento lesivo dell’incolumità dei lavoratori, in quella fase non può dirsi circoscritto sul piano né oggettivo né soggettivo, essendo, da un lato, il rischio di contagio presente in ogni luogo di lavoro chiuso e privo del necessario distanziamento e, dall’altro, in fase di avvio la definizione e l’applicazione delle misure di prevenzione.

Insomma, nel primo periodo della pandemia, l'impiego dei lavoratori per garantire le prestazioni indispensabili durante lo sciopero di protesta contro l'inosservanza delle norme a tutela del rischio di contagio Covid-19 risulta complicato. Come dire, nonostante il carattere derogatorio dell'art. 2 co. 7, è davvero difficile credere che il legislatore, scrivendolo, abbia, anche da lontano, pensato all'emergenza pandemica, andata *oltre* pure l'art. 2, co. 7: dinanzi al rischio di contrarre il virus, il ricorso alla norma da parte dei lavoratori è legittimo, ma, ai fini della garanzia delle prestazioni indispensabili, dovrà guardarsi al di là.

8. *Accordi sulle prestazioni indispensabili e limiti della l. n. 146/1990*

Prima di estendere la visuale è opportuno velocemente completare l'esame della delibera della Commissione.

A non convincere è anche l'altro divieto chiamato in gioco, cioè la sospensione degli scioperi proclamati, o in corso, "in caso di avvenimenti eccezionali di particolare gravità o di calamità naturali" prevista dagli accordi collettivi, valutati idonei dalla medesima Commissione. Pure questo è un punto delicato.

In tali accordi vi è chi ha rinvenuto un "problema di coerenza logico-sistemica": allo stesso evento contemplato dall'art. 2, co. 7 – si è osservato – si collega un effetto ben diverso, ossia la sospensione dello sciopero e non la disapplicazione delle regole del preavviso e dell'indicazione della durata³⁸.

Ad avviso del Tribunale di Roma si tratta di "due distinti istituti con diversi presupposti costitutivi, perciò non incompatibili". Si può anche convenire sull'affermazione, ma ciò non toglie che i due "istituti" si possano sovrapporre, come nel caso al Tribunale sottoposto.

A me pare che le norme in parola superino i confini della l. 146.

Come detto chiaramente sin dal suo art. 1, richiamato molte volte nelle successive norme, la l. 146 è diretta a "contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati", di cui all'art. 1, co. 1, della medesima legge", per assicurare, di tutti questi diritti, "l'effettività, nel loro contenuto essenziale". Ciò segna, evidentemente,

³⁸ ORLANDINI, *op. cit.*, p. 112, riprendendo espressamente il pensiero di Maria Vittoria Balistrero.

il limite della fisiologica applicazione della l. 146, e quindi dello strumento normativo che da tale visuale la presiede, ossia gli accordi valutati idonei. Di qui i dubbi di legittimità delle citate previsioni degli accordi, che, escludendo del tutto lo sciopero, quel limite superano.

Né al riguardo rileva il fatto che l'origine del divieto veda coinvolto il soggetto sindacale, giacché il contratto collettivo, per un verso, sconta le ben note carenze sotto il profilo della solidità giuridica, per altro verso è parte di un procedimento a carattere amministrativo, nel quale un ruolo decisivo svolge la Commissione di garanzia.

A parer mio, la regolazione degli eventi eccezionali contemplati dagli accordi richiede l'intervento del legislatore. Nell'attuale quadro normativo quegli eventi rilevano quali specifiche e concrete situazioni di grave pericolo per il godimento dei menzionati diritti costituzionalmente tutelati: in relazione alle quali l'interprete deve rivolgere l'attenzione a un preciso istituto disciplinato dalla stessa legge n. 146.

9. Una situazione patologica, propria della "nuova" precettazione

L'istituto è lo stesso cui l'interprete deve guardare per garantire le prestazioni indispensabili nell'ipotesi di sciopero contro il rischio di contrarre il virus Covid-19: l'ordinanza di precettazione dei prestatori di lavoro³⁹, riscritta dall'art. 8, non a caso concepito sin dal primo momento come "norma di chiusura"⁴⁰ dell'insieme di fonti regolatrici disegnato dalla l. 146 a mo' – si diceva prima – di *matroska*. Opzione – già da altri sostenuta⁴¹ – che richiede alcune importanti precisazioni.

In primo luogo, va escluso ogni dubbio circa la possibilità di rinvenire il "fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente" a diritti della persona costituzionalmente tutelati (vita e salute), derivante "dall'interruzione o dall'alterazione" dei servizi essenziali, presupposto dell'ordinanza. L'evidenza e l'estensione del rischio Covid-19 (nella prima parte della pandemia

³⁹ In verità, più appropriatamente da qualificare, non come ordinanza, bensì come atto di necessità: cfr. A. ZOPPOLI, *Sub art. 8*, in RUSCIANO, G. SANTORO PASSARELLI, *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990*, n. 146, Giuffrè, 1991, p. 127.

⁴⁰ GIUGNI, *Intervento*, in Atti del convegno "Quale sciopero in quali servizi pubblici essenziali", Selva di Fasano, 20-21 ottobre 1989, TEB, 1990, p. 169.

⁴¹ Cfr. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 115; I. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 97.

nei termini in precedenza raffigurati, in seguito nell'ipotesi di mancato rispetto della normativa di prevenzione e contrasto) a un numero (più o meno) ampio di addetti alle prestazioni indispensabili, per i quali – secondo quanto rilevato – è legittimo il ricorso all'autotutela individuale, non dovrebbero lasciar dubbi al riguardo: pongono la vicenda oltre l'art. 2 co. 7 e dentro l'art. 8 della l. 146 (da ora art. 8). D'altronde, se i singoli non si attivassero, non per questo ci sarebbe da stare più tranquilli: l'istanza di protezione della salute, sul versante dei lavoratori collocata accanto allo sciopero nell'ipotesi contemplata dall'art. 2 co. 7, nella situazione di pandemia va al ben di là della sfera degli stessi lavoratori, assumendo una connotazione pubblica, con l'estensione all'intera generalità del rischio di contagio dai lavoratori rappresentato. Tali considerazioni evidenziano bene come l'art. 8 sia concepito, nell'architettura della legge, per situazioni “patologiche”. La norma prescinde dalla legittimità dello sciopero: a rilevare è il dato fattuale della sussistenza del pericolo che ne costituisce il presupposto e che può accompagnare, ma anche non accompagnare, l'irregolarità dell'astensione collettiva⁴². Da questo punto di vista la situazione venutasi a creare in relazione allo sciopero del 25 marzo 2020 risulta esemplare.

Una seconda precisazione da fare attiene al ruolo nient'affatto marginale svolto dalla Commissione di garanzia nel procedimento *ex art. 8*. Continuando ad assumere a riferimento lo sciopero del 25 marzo 2020, la Commissione, dopo aver opportunamente invitato le organizzazioni sindacali a sospendere l'astensione e i soggetti erogatori dei servizi ad attuare le previste misure di sicurezza anti Covid-19, avrebbe potuto, *rectius* dovuto, concentrarsi sul potere di segnalazione della sussistenza del suddetto pericolo al Ministro o al Prefetto (autorità competenti a seconda delle dimensioni del conflitto), potere che l'art. 8 co. 1 espressamente le conferisce in maniera piuttosto ampia⁴³.

Ciò conduce a una terza precisazione, attinente alla più generale rile-

⁴² Sul punto *v.*, per tutti, ORLANDINI, *Il procedimento di precettazione*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge n. 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000, p. 166; A. ZOPPOLI, *Sub art. 8, cit.*, p. 118.

⁴³ La Commissione in alcune occasioni ha provveduto a interfacciarsi con il Prefetto, trasmettendogli gli inviti ad applicare le norme di prevenzione e di contenimento del Covid-19 talvolta “per conoscenza” (prot. 0004423 del 16 aprile 2020), talaltra contemporaneamente invitando il Prefetto a “valutare l'adozione di ogni intervento necessario a garantire la continuità dell'erogazione del servizio” (prot. 0004109 del 27 marzo 2020).

vanza del procedimento previsto dall'art. 8, di sicuro tra le più significative novità della radicale riscrittura dell'istituto. Coerentemente con l'impianto della l. 146, ancorché sua *extrema ratio*, questo procedimento presenta un carattere *dialogico* assolutamente da non trascurare, che segna una netta soluzione di continuità con la precedente e tradizionale precettazione, ricavata "adattando norme del periodo corporativo"⁴⁴, e che inquadra l'art. 8 nel diritto sindacale dell'esperienza costituzionale. L'interazione tra autorità competente alla precettazione e Commissione di garanzia ne costituisce un primo importante tratto, funzionale a tener insieme il più possibile i vari segmenti dell'articolato impianto normativo, al fine di non perderne la comune trama. Ma il carattere dialogico si esprime anche attraverso altri momenti della procedura. In particolare, prima di giungere al tentativo di conciliazione tra le parti, l'art. 8 contempla l'invito, alle stesse, a desistere dai comportamenti che determinano la situazione di pericolo. In questa prospettiva, l'autorità competente, dinanzi al rischio Covid-19, dovrebbe rivolgere l'attenzione anzitutto al comportamento del datore in relazione alle previsioni di contrasto nei luoghi di lavoro: l'invito dovrebbe avere ad oggetto la loro osservanza, là dove assente o carente. In tal modo, la vicenda sarebbe condotta sul piano, per un verso, dei singoli rapporti di lavoro e, per altro verso, dell'interesse generale, senza indebite interferenze nella determinazione dell'interesse collettivo e nella libertà sindacale.

Qualora la situazione di pericolo persistesse – e veniamo così all'ultima precisazione – l'autorità, concludendo il procedimento, dovrebbe passare ad adottare, con ordinanza, le "misure necessarie a prevenire il pregiudizio" ai diritti della persona costituzionalmente tutelati. Tra queste misure, l'art. 8, nella sua "bidirezionalità", comprende non solo il differimento dell'astensione collettiva, bensì pure la prescrizione di "misure idonee ad assicurare livelli di funzionamento del servizio pubblico compatibili con la salvaguardia" dei predetti diritti anche nei riguardi "delle amministrazioni o imprese che erogano servizi": a questo punto il precedente invito all'osservanza delle previsioni contro il Covid-19 assumerebbe veste provvedimentale. E il centro della scena verrebbe occupato dall'osservanza/inosservanza delle previsioni di contrasto al Covid-19 nei luoghi di lavoro⁴⁵. La cui attuazione, peraltro,

⁴⁴ RUSCIANO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *DLRI*, 1988, p. 430 (il riferimento è in particolare all'art. 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 18 giugno 1931, n. 773, e all'art. 20 del Testo unico com. e prov. del 3 marzo 1934, n. 383).

⁴⁵ In proposito v. la precedente nota 3.

chiama anch'essa in causa il Presidente del Consiglio e il Prefetto, con compiti ovviamente diversi ma comunque centrali; per il secondo, in particolare, sul piano applicativo e sanzionatorio.

In definitiva, è la combinazione dei due diversi percorsi normativi – regolazione dello sciopero nei servizi essenziali nella sua dimensione “patologica” e normativa di contrasto al Covid-19 – a fornire la soluzione più ragionevole, in chiave sistematica, alle tensioni derivanti dall'emergenza pandemica per il temperamento tra diritto alla vita e diritto alla salute, da un lato, e diritto di sciopero, dall'altro. Riagganciandomi all'*incipit* di queste pagine, i tanti anni di gestazione della disciplina dello sciopero nei servizi essenziali sembrano dunque averci consegnato una tecnica normativa piuttosto avanzata. La 146, dalla puntualità certo estranea alla tradizione del nostro diritto sindacale, in una circostanza assolutamente eccezionale come quella dell'emergenza pandemica, fornisce, nella sua articolazione, un esempio di normazione consapevole e attenta dinanzi a fenomeni sociali particolarmente complessi, che a quella tradizione pur sempre riporta; probabilmente, per molti versi, ne costituisce un'inevitabile maturazione. E l'assai ardua fase emergenziale dovrebbe costituire una nuova occasione, o meglio, un nuovo significativo banco di prova per tirarne fuori tutte le potenzialità, senza dimenticare l'alta tensione assiologica, e le conseguenti emblematiche insidie, del suo ambito di applicazione. Decisivo tuttavia è, come sempre, il ruolo dei soggetti istituzionali coinvolti, ciascuno chiamato, nelle sue competenze, a fare la propria parte.

Abstract

Muovendo dalla considerazione che anche per il diritto di sciopero l'impatto della pandemia da Covid-19 è motivo di riflessione, l'autore richiama, in generale, l'attenzione su un uso accorto del criterio del pregiudizio alla produttività, quale parametro di legittimità dello sciopero, per le imprese già in stato di difficoltà a causa dell'emergenza sanitaria; in particolare, riguardo allo sciopero nei servizi essenziali, sottolinea invece come la l. n. 146 del 1990 – con il suo articolato impianto – offra un esempio significativo sia di utile tecnica normativa sia di apporto che l'interprete può dare alla gestione equilibrata delle più pressanti tensioni determinate dalla fase pandemica.

Questo secondo aspetto – rileva l'autore – se per un verso esprime probabilmente una maturazione dell'esperienza regolativa del diritto sindacale, per altro verso non deve indurre a trascurarne uno dei cardini, ossia il principio di autodeterminazione dell'interesse collettivo; come avvenuto in un emblematico caso di sciopero generale considerato illegittimo dalla Commissione di garanzia e dal Tribunale di Roma, con una compressione di tale principio sulla base di una non condivisibile interpretazione dell'art. 2 co. 7 della l. n. 146 del 1990, che sovrappone autotutela collettiva e autotutela individuale a difesa dell'incolumità dei lavoratori.

Starting from the consideration that also for the right to strike the impact of the Covid-19 Pandemic is the reason for reflection, the author, in general, draws attention to careful use of the criterion of prejudice to productivity, as a parameter of the legitimacy of the strike, concerning undertakings already in a state of difficulty due to the health emergency; in particular, about the strike in essential services, he emphasizes how Law n° 146 of 1990 – with its articulated system – offers a significant example of both a useful legal technique and the contribution that the interpreter can give to the balanced management of the most pressing tensions determined by the Pandemic.

The author points out that this second aspect, on the one hand, probably expresses a maturation of the regulatory experience of trade union law while, on the other hand, must not lead to neglect one of the cornerstones of that law, namely the principle of self-determination of the collective interest; as it occurred in an emblematic case of a general strike that was considered illegitimate by the Guarantee Commission and the Rome Tribunal, with compression of this principle based on an unacceptable interpretation of Article 2.7 of Law 146/1990, which superimposes collective self-protection and individual self-protection in defence of the safety of workers.

Keywords

Tutela della salute e pandemia, autotutela collettiva e individuale, danno alla pro-

duttività, sciopero nei servizi essenziali, autodeterminazione dell'interesse collettivo, tecnica normativa, precettazione.

Health protection and pandemic, collective and individual self-protection, damage to productivity, strike in essential services, self-determination of the collective interest, regulation technique, back-to.

sezione seconda

Nuovi assetti organizzativi
pubblici e privati

Paolo Pascucci

Salute pubblica e limiti all'attività di impresa
dall'angolo visuale del diritto del lavoro
e della sicurezza sul lavoro*

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Due vicende emblematiche. **3.** La salute pubblica nella Costituzione e nel Codice penale. **4.** Salute pubblica e salute e sicurezza sul lavoro. **5.** Il ruolo della legge 23 dicembre 1978 n. 833. **6.** Salute pubblica e tutela dell'ambiente nel d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81. **7.** Una rilettura dell'art. 2087 cod. civ. in chiave di sostenibilità ambientale? **8.** Il ruolo della sicurezza sul lavoro nella pandemia. **9.** L'importanza dei modelli di organizzazione e di gestione. **10.** La partecipazione. **11.** Breve conclusione.

1. Introduzione

Nel ringraziare i colleghi e amici napoletani, in particolare Lorenzo Zoppi, per l'invito a partecipare a questo convegno, non posso non segnalare che, dati i limiti di tempo, del vastissimo tema che mi è stato affidato io proporrò solo qualche rapida e necessariamente parziale chiave di lettura, oltretutto da un angolo visuale anch'esso parziale qual è quello del diritto del lavoro e, in particolare, del diritto della sicurezza sul lavoro.

D'altronde, per analizzare il tema a tutto tondo occorrerebbero ben altre specifiche competenze, come quelle, limitatamente all'ambito giuridico, in materia di diritto dell'ambiente, di diritto penale dell'ambiente, di diritto sanitario per quanto concerne la salute pubblica, e, per quanto attiene all'attività di impresa, quelle in tema di diritto commerciale e di diritto dell'economia.

Cionondimeno, la sfida è appassionante, non foss'altro perché induce a

* Il saggio è destinato al *Liber Amicorum per Maurizio Cinelli*.

focalizzare l'attenzione sul rapporto esistente tra due norme costituzionali – gli artt. 32 e 41 Cost. – che normalmente i giuslavoristi evocano quando si occupano di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori e che qui tuttavia vengono in gioco in una prospettiva che travalica i confini più o meno rigidi dell'impresa (in verità sempre meno rigidi) per ampliarsi al contesto esterno che la circonda.

D'altro canto, che il diritto del lavoro non possa sottrarsi a questa sfida lo dimostra anche il ricco dibattito che si è subito sviluppato in esito alla recente pubblicazione del Manifesto “Per un diritto del lavoro sostenibile”¹.

Un Manifesto che, interrogandosi sulle trasformazioni del lavoro e sui suoi valori, sottolinea come il diritto del lavoro non possa non tenere conto della necessità di un approccio integrato a tre sostenibilità – ambientale, sociale ed economica – nella consapevolezza dell'esistenza “di conflitti potenzialmente tragici” tra le ragioni dell'ambiente e della salute pubblica, quelle dell'economia e quelle dell'occupazione, giacché, l'esigenza “di pensare insieme e provare a comporre queste tre grandi istanze” non si pone solo in una “prospettiva di medio e lungo periodo”, ma è urgente già oggi al di là della loro non facile e non immediata realizzabilità in tempi brevi².

2. Due vicende emblematiche

Che il diritto del lavoro – inteso come scienza che si occupa della tutela dei lavoratori non solo nelle dinamiche dei rapporti di lavoro ma anche in quelle che si dipanano nei mercati del lavoro – rappresenti un elemento imprescindibile della difficile relazione tra salute pubblica e iniziativa economica privata lo dimostrano due vicende che possono essere assunte quali emblematiche chiavi di lettura del tema di questo intervento: quella della storia infinita dell'ex Ilva di Taranto e quella della pandemia in atto.

Vicende emblematiche perché in entrambi i casi emerge chiaramente come la necessaria ottica del bilanciamento mediante la quale cercare di con-

¹ CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in <http://csdle.lex.umict.it/docs/activities/Bruno-Caruso-Riccardo-Del-Punta-Tiziano-Treu—Manifesto-per-un-Diritto-del-lavoro-sostenibile/6022.aspx>, su cui cfr. MAGNANI, *Sul Manifesto “Per un diritto del lavoro sostenibile”*, in *LDE*, 2020, n. 3; ROMEI, *Un Manifesto per il diritto del lavoro*, ivi; ZOPPOLI L., *Un nuovo diritto del lavoro sostenibile nei confini di un “Manifesto”: tra politica e diritto*, ivi.

² CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *op. cit.*, p. 15.

temperare la tutela della salute pubblica e quella dell'intrapresa privata non possa limitarsi a questi due poli, ma evochi necessariamente anche quello del diritto *al* e *del* lavoro, strettamente ed intimamente connesso alla libertà di intrapresa fino al punto da divenirne addirittura ostaggio, come è avvenuto in occasione della prima pronuncia della Corte costituzionale sul decreto salva-Ilva³.

Una pronuncia che, se da un lato, evocando la teoria della tirannia dei valori di Carl Schmitt⁴, ci ha ricordato che nessun diritto può espandersi fino al punto di spadroneggiare su altri diritti, da un altro lato, di fronte alla evidente difficoltà di applicare tale teoria al rapporto tra il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. (l'unico diritto che la Costituzione definisce esplicitamente "fondamentale") e la libertà di intrapresa privata – che nell'art. 41 nasce già ontologicamente limitata dovendo essere compatibile con l'utilità sociale e non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana⁵ – in luogo della libertà di intrapresa privata ha posto in bilanciamento con il diritto alla salute soprattutto il diritto al lavoro.

Al di là delle possibili valutazioni di quella pronuncia della Corte, ad essa va tuttavia ascritto il merito di aver disvelato come sarebbe miope inquadrare il rapporto tra salute pubblica e attività di impresa trascurando il lavoro, che certamente è intimamente legato all'attività di impresa e condizionato da essa, senza tuttavia poter essere totalmente asservito alle sue ragioni.

Non a caso ho parlato di diritto *al* e *del* lavoro giacché a venire in gioco non è solo il tema di un'occupazione purchessia, bensì quello di un'occupazione "secondo le regole": in altri termini, un diritto *al* lavoro che è, e non può non essere, un diritto *al* "lavoro salubre e sicuro". Cosicché, a ben guardare, lo scenario si amplia a ricomprendere nel bilanciamento, oltre agli artt. 32 e 41 Cost., anche l'art. 4 Cost., ma anche l'art. 35 Cost. quale baluardo di un lavoro sempre meritevole di tutela.

Di ciò la stessa Corte costituzionale ha reso ragione nella seconda sentenza sul caso Ilva⁶ con la quale ha ritenuto che, a differenza di quanto av-

³ Corte Cost., 9 aprile–9 maggio 2013, n. 85, su cui v. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in *DLM*, 2013, p. 671 ss.

⁴ SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, 2008.

⁵ GALGANO, *Art. 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici. Art. 41-44*, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1982, p. 1 ss.

⁶ Corte Cost., 7 febbraio–23 marzo 2018, n. 58.

venuto nel 2012 (con il d.l. 3 dicembre 2012 n. 207, oggetto della sentenza n. 85/2013), in questo caso il legislatore abbia privilegiato in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, sacrificando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.).

3. *La salute pubblica nella Costituzione e nel Codice penale*

Un aspetto che non può essere eluso riguarda la identificazione del concetto di “salute pubblica”.

Un concetto che, per quanto riguarda il sostantivo “salute” dovrebbe essere correlato alla definizione fornita dalla Organizzazione mondiale della sanità (e accolta anche nel nostro ordinamento nel d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81⁷) secondo cui la salute consiste in uno “stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità”. Definizione che, a ben guardare, oltre ad attagliarsi indubbiamente alla dimensione individuale, pare riguardare anche la dimensione collettiva della salute, proiettandola verso una prospettiva quanto mai ampia.

Quanto all'aggettivo, la dimensione “pubblica” della salute è insita nella nostra stessa Costituzione quando nell'art. 32, comma 1, sancisce solennemente che “la Repubblica tutela la salute”, oltre che come fondamentale diritto dell'individuo, anche come “interesse della collettività”⁸.

Se, come emerge esplicitamente nell'art. 1 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, spetta al Servizio sanitario nazionale il compito di dare attuazione a questo principio costituzionale sul piano della prevenzione, sotto il profilo della repressione compete invece al Codice penale apprestare gli adeguati deterrenti finalizzati a garantire l'effettività della tutela della salute pubblica.

Viene qui in luce il Libro II del Codice penale il quale, fra i “delitti in particolare”, ricomprende nel Titolo VI i “delitti contro l'incolumità pub-

⁷ Art. 2, lett. o.

⁸ V., tra i tanti, MONTUSCHI, *Art. 32, I° comma*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali. Art. 29-34*, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1976, p. 146 ss.; TRIPODINA, *Art. 32*, in BARTOLE, BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2008, p. 321 ss.; SIMONCINI, LONGO, *Art. 32*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica-WKI, 2006, p. 655 ss.

blica” e nel Titolo VI-bis (inserito dall'art. 1, comma 1, della legge 22 maggio 2015 n. 68) i “delitti contro l'ambiente”.

E se l'espressione “salute pubblica” emerge esplicitamente e ripetutamente solo in alcune disposizioni del Titolo VI⁹, appare tuttavia innegabile la strettissima connessione, se non talora la possibile coincidenza, tra essa ed il bene protetto dalle disposizioni del Titolo VI-bis, vale a dire l'“ambiente”.

È peraltro interessante notare che se tra i delitti contro l'incolumità pubblica compaiono inevitabilmente fattispecie criminose ad amplissimo spettro che minacciano tutta la popolazione, come ad esempio il reato di epidemia (art. 438), fra gli stessi sono annoverati anche alcuni reati riferiti ad ambiti ampi ma più circoscritti, come quelli concernenti la sicurezza sul lavoro: nello specifico, l'art. 437 (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, ricompreso nel Capo I dedicato ai delitti di comune pericolo mediante violenza) e l'art. 451 (omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro, inserito tra i delitti colposi di comune pericolo del Capo III).

Norme, queste ultime, che, a ben guardare, reprimono fattispecie che possono rilevare anche sotto altri profili: sia quello dei reati di condotta connessi alla violazione delle norme di prevenzione previsti dalla disciplina penale speciale antinfortunistica (d.lgs. n. 81/08), sia quello dei reati di evento riconducibili alla violazione di tali norme previsti dal diritto penale comune (artt. 589 e 590 cod. pen.).

Nondimeno, l'inserimento di questi articoli nel Titolo VI del Codice penale sembrerebbe indicare come il concetto di “salute pubblica” possa emergere ogniqualvolta un comportamento o un'omissione possano ledere una massa più o meno indistinta di individui accomunati da uno medesimo interesse, anche se non necessariamente coincidente con l'intera popolazione. Quell'interesse collettivo che l'art. 32 Cost. riconosce nella salute al pari del diritto di ogni singolo individuo.

⁹ Art. 440, Adulterazione e contraffazione di sostanze alimentari; art. 441, Adulterazione o contraffazione di altre cose in danno della pubblica salute; art. 442, Commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate; art. 444, Commercio di sostanze alimentari nocive; art. 445, Somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica; art. 452, Delitti colposi contro la salute pubblica.

4. *Salute pubblica e salute e sicurezza sul lavoro*

Non so se la mera collocazione di quelle due norme tra i delitti contro l'incolumità pubblica fosse e sia davvero sufficiente a far ricomprendere tutto il tema della sicurezza sul lavoro sotto l'egida della salute pubblica.

Certo è che quelle disposizioni penali del 1930 intervennero in un contesto socio-giuridico nel quale il tema della tutela della salute e sicurezza sul lavoro era ben poco avvertito al di là del profilo delle tutele assicurative. L'art. 2087 cod. civ. arriverà solo dodici anni dopo e una vera e propria specifica legislazione antinfortunistica vedrà la luce solo nel secondo dopoguerra, alla metà degli anni cinquanta, non a caso in coincidenza con il vasto processo di ricostruzione postbellica e l'avvio di quello di industrializzazione del paese che porterà al "miracolo economico" degli anni sessanta.

D'altro canto, al di là dell'innovazione mai del tutto compiuta dell'art. 9 Stat. lav., di un vero e proprio diritto della prevenzione potrà iniziare a parlarsi solo dopo l'ingresso sulla scena della riforma sanitaria del 1978 e, soprattutto, delle discipline attuative dei principi innovatori della direttiva quadro n. 89/391/CEE – prima il d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 e poi il d.lgs. 81/08 – che hanno inaugurato la stagione della cosiddetta prevenzione partecipata.

Ebbene, proprio grazie alla riforma sanitaria ed al d.lgs. n. 81/08, si rivengono alcuni segnali, tutt'altro che marginali, capaci di confermare e sviluppare l'embrionale intuizione che il legislatore penale del 1930 aveva avuto quando, con la collocazione degli artt. 437 e 451 cod. pen., aveva nei fatti ricondotto la tutela della sicurezza sul lavoro nell'ambito della tutela della salute pubblica.

Solo che, mentre nelle due norme del Codice penale, la dimensione di salute pubblica della sicurezza sul lavoro appare ancora per così dire "statica", nelle disposizioni del 1978 e del 2008 pare porsi in una prospettiva "dinamica" o "sistemica", quantomeno lasciando intendere che quella dimensione potrebbe avere concrete conseguenze sul piano applicativo.

5. *Il ruolo della legge 23 dicembre 1978 n. 833*

Per la verità, solo per un certo periodo la legge 833/78 è riuscita a garantire quella prospettiva.

Come è noto, l'art. 2 di tale legge afferma che la finalità di cui all'art. 1 – la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il Servizio sanitario nazionale – si consegue considerando insieme la prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e di lavoro (n. 2) e la promozione e la salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro (n. 5).

E anche l'art. 4, comma 1, predica il principio dell'uniformità delle condizioni di salute sul territorio nazionale sempre con riferimento all'igiene e sicurezza negli ambienti di vita e di lavoro (n. 2), mentre nel comma 2 individua la fonte con cui stabilire periodicamente i limiti massimi di concentrazione ed esposizione degli agenti inquinanti negli ambienti di lavoro, abitativi e nell'ambiente esterno.

E, ancora, l'art. 24, nel conferire al Governo la delega poi disattesa per l'emanazione di un testo unico in materia di sicurezza sul lavoro, prevedeva tra i criteri direttivi l'assicurazione dell'unitarietà degli obiettivi della sicurezza negli ambienti di lavoro e di vita, tenendo conto anche delle indicazioni della CEE e degli altri organismi internazionali riconosciuti.

Dunque, una prospettiva unitaria che giustamente riconduceva in capo al Servizio sanitario nazionale tutte le azioni di prevenzione primaria e secondaria, considerando che la tutela della salute si basa sull'unitarietà tra interventi preventivi, curativi, riabilitativi, essendo a tal fine fondamentale l'integrazione tra interventi sanitari, sociali e ambientali poiché le cause biologiche, ambientali e sociali delle malattie sono strettamente intrecciate.

Purtroppo, tale prospettiva unitaria è poi stata abbandonata a causa del nefasto referendum abrogativo del 1993, il quale, cancellando dall'art. 20 della legge il riferimento delle attività di prevenzione agli "ambienti di vita" (che prima erano considerati insieme a quelli di lavoro) sottrasse al S.S.N. tutte le competenze riguardanti l'ambiente e, in particolare, l'identificazione e l'eliminazione delle cause degli inquinamenti, e ovviamente dei loro effetti sulla salute.

6. *Salute pubblica e tutela dell'ambiente nel d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81*

Ben più di un barlume di quella prospettiva unitaria pare emergere nel d.lgs. n. 81/08.

In taluni casi specifici il riferimento alla rilevanza dell'ambiente esterno

è pressoché scontato, come quando l'art. 46 individua come obiettivi della "prevenzione incendi" quelli di sicurezza della vita umana, di incolumità delle persone e di tutela dei beni e dell'ambiente. O quando l'art. 256, comma 3, esige che il piano di lavoro necessario per le opere di demolizione o di rimozione dell'amianto preveda le misure necessarie per garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori sul luogo di lavoro e la protezione dell'ambiente esterno.

Più interessanti e assai meno scontate ai nostri fini sono quelle disposizioni generali che sembrerebbero considerare anche la salute pubblica come un obiettivo da perseguire nel sistema di prevenzione aziendale.

Così parrebbe emergere nella identificazione degli obblighi del datore di lavoro e del dirigente tra cui compare quello di "prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio" (art. 18, comma 1, lett. q).

E, a ben guardare, la stessa disposizione che obbliga il lavoratore a "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..." sembrerebbe considerare la rilevanza dell'ambiente esterno e di chi vi ci si trova quando, come sempre più spesso accade, il luogo di lavoro coincida con l'ambiente esterno fuoriuscendo dai confini aziendali (art. 20, comma 1).

Indubbiamente, l'articolo che più di tutti balza agli occhi è quello che fornisce la definizione di prevenzione, intesa 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" (art. 2, lett. n).

Una disposizione quanto mai rilevante potendocisi chiedere se la considerazione esplicita della salute pubblica e della tutela dell'ambiente costituiscono solo criteri/limiti da rispettare nella gestione del sistema di prevenzione aziendale, o rappresentino anche finalità da perseguire nella predisposizione di tale sistema, facendo sì che esso non si riduca solo, in una prospettiva statica, al "non fare qualcosa di dannoso", ma, grazie all'esplicito riferimento alla necessità di adottare disposizioni e misure di prevenzione, si proietti a tutelare i beni in gioco in una prospettiva dinamica di continuo

miglioramento, come d'altronde traspare dall'esplicito richiamo degli stessi criteri – la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica – su cui si fonda il principio della massima sicurezza tecnologica con cui va interpretato l'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ.¹⁰.

Vero è che, nella filosofia della direttiva quadro del 1989 e del d.lgs. n. 81/08, la predisposizione di quel sistema di prevenzione si fonda su due requisiti fondamentali: la valutazione dei rischi e la dimensione partecipata e organizzata del sistema medesimo.

Rinviando al prosieguo qualche cenno sulla partecipazione, non può non osservarsi come il concetto di prevenzione accolto dal d.lgs. n. 81/08 risulti strettamente legato a quello di “valutazione dei rischi” che lo stesso decreto prefigura come funzionale all'obiettivo della prevenzione nel momento in cui, definendola come la “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”, la finalizza ad “individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza”.

7. *Una rilettura dell'art. 2087 cod. civ. in chiave di sostenibilità ambientale?*

Queste considerazioni si legano a quelle che il Manifesto sul diritto del lavoro sostenibile dedica alla possibile rilettura dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 (e della normativa del d.lgs. n. 81/08) a carico del datore di lavoro in chiave di sostenibilità ambientale, tale da includere in esso tutti i profili relativi alla prevenzione di disastri e incidenti maggiori che possono avere un impatto sulle comunità e sull'ambiente esterno.

Pur reputando interessante tale proposta avanzata di recente in dottrina¹¹, gli autori del Manifesto la ritengono forse prematura anche per il rischio di una incontrollata dilatazione del debito di sicurezza, pur non mancando di sottolineare come ci sia comunque un ampio spazio per mettere in campo politiche gestionali con positive ricadute ambientali (pur se nel medio e lungo periodo), su cui un ruolo importante può essere svolto

¹⁰ ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, Giuffrè, 2008.

¹¹ TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Adapt University Press, 2018.

dalla contrattazione collettiva decentrata¹². A tale proposito si citano l'attuazione di piani di *management* ambientale, la previsione di premi di risultato collegati a obiettivi di risparmio e di efficienza energetica, l'attuazione di programmi di welfare aziendale per la mobilità sostenibile, la promozione del lavoro agile, il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e della cittadinanza nella definizione delle strategie ambientali, ecc.¹³.

Assai opportunamente si rileva anche come in questi casi si debba fare appello a modelli di gestione aziendale di stampo partecipativo, che vadano oltre scenari populistici (l'alleanza tra lavoro e ambiente contro il capitale) e industrialistici (l'alleanza tra lavoro e capitale contro l'ambiente). E, non a caso, si evocano le esperienze dei protocolli congiunti di gestione dell'ambiente di lavoro a rischio contagio¹⁴.

Se, per un verso, quanto evidenziato nel Manifesto in merito all'adozione di politiche gestionali con positivi impatti ambientali appare pienamente condivisibile, per altro verso occorre tuttavia verificare se davvero le menzionate previsioni del d.lgs. n. 81/2008 che alludono alla tutela della popolazione e dell'ambiente esterno non rappresentino un canale di comunicazione tra l'obbligo di sicurezza e la tutela della salute pubblica.

8. Il ruolo della sicurezza sul lavoro nella pandemia

Per quanto riguarda la pandemia, che ha evidenziato un rischio universale non solo circoscritto ai luoghi di lavoro, non c'è alcun dubbio che la disciplina di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, al di là dei delicati problemi di raccordo con le disposizioni emergenziali messe in campo dal Governo e dal legislatore¹⁵, sia divenuta un tassello fondamentale della più vasta stru-

¹² CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *op. cit.*, p. 37.

¹³ CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴ CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵ Sulle sfide dell'emergenza Covid-19 al sistema di prevenzione v., tra i tanti, PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale*, in *DSL*, 2019, I, n. 2, p. 98 ss.; TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *RDSS*, 2020, p. 335 ss.; GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'. IT - 417/2020*; NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute dallo Statuto alla pandemia "Covid-19"*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, in *Quaderno di DLM*, 2020, n. 8, p. 179 ss.; ALBI,

mentazione di contrasto alla diffusione del virus e, quindi, uno strumento di tutela della salute pubblica.

Infatti, in tale ipotesi proteggere la salute di chi lavora significa proteggere anche quella di chi si trova al di fuori del contesto produttivo, così come, per converso, il rischio di contagio per chi lavora non emerge solo a causa del suo aggravamento nell'ambito dell'organizzazione produttiva, ma anche all'esterno di questa, data l'immanenza del virus ovunque.

D'altronde, gli stessi strumenti messi in campo dal diritto dell'emergenza per contenere il rischio, come in particolare il ricorso a quel particolare lavoro agile domiciliare di cui tanto si discute, valgono a proteggere la salute sia dei lavoratori sia dei loro familiari e non solo. Tanto che nel cosiddetto *smart working* emergenziale emerge un bilanciamento articolato e complesso, ritenuto in grado di garantire, da una parte, l'interesse del datore di lavoro privato alla libertà di iniziativa economica privata, *ex art. 41, comma 1, Cost.*, e di quello pubblico al principio di buon andamento della P.A., *ex art. 97 Cost.*, e, dall'altra, l'interesse dei lavoratori alla tutela della propria salute (artt. 32 e 41, comma 2, Cost.) ma anche il loro diritto al lavoro (art. 4 Cost.), senza però trascurare anche la protezione del diritto alla salute pubblica della collettività (art. 32, comma 1, Cost.) familiare e nazionale¹⁶.

Non a caso, non sono mancate anche interessanti proposte dottrinali volte ad ipotizzare la previsione per legge di forme "fisiologiche" di lavoro da remoto per finalità emergenziali non solo pandemiche, ma anche legate ad altri eventi imprevedibili e a calamità naturali, in relazione alle quali la funzionalizzazione del lavoro a distanza per le citate finalità potrebbe avvalersi anche della contrattazione collettiva di secondo livello, come avvenuto a Genova dopo il tragico crollo del Ponte Morandi¹⁷.

Considerando che quel tipo di lavoro agile, così come le ferie, i permessi e i congedi, sono divenuti misure di prevenzione, nel caso della pandemia ben può affermarsi che, mediante l'adozione di tali misure, si realizza un contenimento anche tra l'attività d'impresa e la tutela della salute pubblica.

Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia, in *LG*, 2020, p. 1130 ss.; AMENDOLA, *Covid-19 e responsabilità del datore di lavoro ovvero delle illusioni percettive in tempo di pandemia*, Cacucci, 2021.

¹⁶ TUFO, *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 2021, I, p. 41 ss., qui p. 48.

¹⁷ ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 421/2020*, pp. 9 e 18.

Al di là delle ipotesi in cui l'attività di impresa è stata sospesa d'imperio dalla pubblica autorità, nelle quali il ricorso allo *smart working* emergenziale, purché materialmente possibile, è stato nei fatti reso obbligatorio, restano sullo sfondo le delicate questioni relative al potere unilaterale datoriale circa il ricorso a questo particolare lavoro agile, affrancato, come è noto, dall'accordo individuale previsto dalla legge n. 81/17¹⁸.

Senonché, se davvero lo *smart working* emergenziale assume la veste di misura di prevenzione seppur straordinaria, ci si potrebbe chiedere se la decisione unilaterale circa la sua adozione possa essere totalmente affrancata da un'adeguata valutazione dei rischi, in relazione sia a quelli che con la sua adozione si potrebbero evitare nell'organizzazione produttiva, sia a quelli che potrebbero emergere nel domicilio del lavoratore, fermo restando che, poiché di questo il datore di lavoro non ha disponibilità, sarebbe necessario pensare a forme di adeguamento.

In ogni caso, non si dovrebbe trascurare che in base al punto 13 del Protocollo condiviso anti-contagio del 14 marzo/24 aprile 2020, le regole di quest'ultimo – che si riferisce anche all'adozione dello *smart working* emergenziale – sono applicate dal Comitato aziendale ivi evocato, chiamandosi dunque in causa uno strumento partecipativo.

9. *L'importanza dei modelli di organizzazione e di gestione*

In realtà, è forse eccessivo affermare che quella sorta di funzionalizzazione dell'obbligo datoriale di sicurezza anche alla tutela della salute pubblica, che certamente è emersa nel caso della pandemia a fronte di un rischio ubiquitario, possa valere anche al di là di una simile emergenza.

Opportunamente gli autori del Manifesto consigliano prudenza su questo terreno anche perché le menzionate disposizioni del d.lgs. n. 81/08 che evocano più o meno direttamente la questione della salute pubblica, per come sono formulate, potrebbero essere considerate più previsioni di orientamento e di indirizzo che veri e propri precetti. Così come occorre considerare con cautela l'ipotesi che l'art. 2087 cod. civ. possa estendersi oltre la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

D'altronde, sul piano più squisitamente tecnico, non si deve trascurare

¹⁸ TUFO, *Il lavoro agile emergenziale*, cit., *passim*.

l'estrema difficoltà, se non l'impossibilità, di rendere effettivi quei principi mediante l'apparato di controllo e sanzionatorio del d.lgs. n. 81/08, il quale è pur sempre finalizzato a garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori o comunque di chi si trova a vario titolo nell'ambiente di lavoro, laddove la tutela dei diritti degli altri cittadini e dell'ambiente esterno si avvale di altri strumenti.

Né va dimenticata a monte la sfasatura nell'art. 117 Cost. tra le competenze legislative in materia di tutela dell'ambiente in generale e quelle in materia di tutela dell'ambiente di lavoro, le prime appannaggio esclusivo dello Stato centrale (comma 2, lett. s) e le seconde in perenne oscillazione tra la competenza esclusiva statale e quella concorrente regionale (comma 3).

Ciononostante, i citati riferimenti del d.lgs. n. 81/08 alla tutela dell'ambiente esterno potrebbero essere valorizzati anche mediante un'altra chiave di lettura, specialmente alla luce delle interrelazioni tra lo stesso d.lgs. n. 81/08 con altre disposizioni legislative.

Mi riferisco in particolare al profilo dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro che anche lo stesso Manifesto indica come strumento fondamentale per migliorare i sistemi di prevenzione¹⁹. E mi riferisco soprattutto al fatto che l'art. 30 del d.lgs. n. 81/08 ha configurato l'adozione e l'efficace attuazione di tali modelli come strumento di esonero della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 a fronte di gravi infortuni sul lavoro causati da violazioni della disciplina antinfortunistica che abbiano dato luogo ai reati colposi di evento di cui agli artt. 589 e 590 cod. pen.

Ebbene, se si considera che l'esonero dalla responsabilità amministrativa degli enti presuppone l'adozione e l'efficace attuazione di un modello che abbia le caratteristiche indicate dall'art. 30 del d.lgs. n. 81/08 e dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/01, e che, quindi, al fine del predetto esonero il modello non può semplicemente limitarsi a riprodurre un sistema di organizzazione e di gestione della sicurezza, ma deve anche prevedere l'esistenza di un organismo di vigilanza, di un idoneo sistema disciplinare oltre che di un codice etico, non è difficile constatare che, al di là delle specifiche previsioni tecniche re-

¹⁹ CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *op. cit.*, pp. 35-36. Secondo ZOPPOLI L., *Un nuovo diritto del lavoro sostenibile*, cit., oltre a ciò, andrebbe maggiormente valorizzata anche "l'azione repressiva degli organi ispettivi".

lative alla materia di cui si occupa, il modello costituisce soprattutto uno strumento che incide sul modo di agire della società, rendendo trasparenti le sue procedure e le sue decisioni.

Non a caso, del resto, la responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/01 incombe sulla società stessa, essenzialmente tramite i suoi organi di vertice, evidenziando soprattutto l'importanza delle politiche da essa messe in campo per contrastare i fenomeni di illiceità che possono venire in gioco.

Senonché, se si scruta con attenzione il sempre più ampio catalogo dei "reati presupposto" considerati dal d.lgs. n. 231/01, ci si accorge che, oltre a quelli relativi alla sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*), esso ricomprende anche quelli ambientali previsti dal Codice penale (art. 25-*undecies*).

E se è indubbio che, anche nel caso di commissione di questi reati, per liberarsi dalla responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/01 la società dovrà dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato un idoneo modello atto a prevenirli, non è chi non veda come la politica aziendale per la sicurezza sul lavoro e quella per la tutela dell'ambiente esterno, pur con le loro peculiarità, condividano uno stesso approccio metodologico che fa leva sulla prevenzione organizzata.

Il che spiega perché le società più all'avanguardia e più avvedute da tempo abbiano messo in campo sistemi di prevenzione integrati finalizzati tanto alla tutela dell'ambiente interno quanto di quello esterno. In buona sostanza, già oggi, grazie al metodo dei modelli organizzativi, varie realtà aziendali si stanno facendo carico delle questioni della salute pubblica e dell'ambiente esterno integrandole con quelle relative all'ambiente interno.

10. *La partecipazione*

Un ultimo cenno al profilo della partecipazione, evidentissimo tanto nella disciplina ordinaria del sistema di gestione della sicurezza sul lavoro, quanto in quella emergenziale a fronte della pandemia, come emerge dal ruolo centrale assunto dai Protocolli anti-contagio.

Una partecipazione che emerge a vari livelli: sia per la rilevanza delle varie figure che cooperano con il datore di lavoro nella gestione della prevenzione aziendale, sia per il ruolo degli organismi paritetici nella formazione e nell'assistenza alle imprese, anche per quanto attiene alla rilevanza dei mo-

delli di organizzazione e di gestione considerando che gli organismi paritetici possono asseverarne l'adozione e l'efficace attuazione²⁰.

Riprendendo quanto detto poc'anzi sull'utilità di quei modelli sia per la tutela dell'ambiente interno di lavoro quanto per quello esterno, vien da chiedersi se non sia opportuno ipotizzare meccanismi partecipativi analoghi anche per i modelli finalizzati alla tutela dell'ambiente esterno, che peraltro dovrebbero probabilmente incentrarsi su di una partecipazione anche più ampia, non potendosi trascurare il ruolo dei vari *stakeholders* pubblici e privati portatori degli interessi alla tutela dell'ambiente²¹.

11. Breve conclusione

Come sta accadendo nelle nostre società, nelle quali, sulla scia di una coraggiosa ragazzina svedese, i giovani si sono fatti portatori dell'allarme per le questioni ambientali, anche nella nostra disciplina stanno emergendo ricerche di giovani giuslavoristi che coraggiosamente si cimentano con questi temi²².

Sono ricerche che oggi potrebbero forse sembrarci di frontiera, ma, come la storia insegna, la frontiera si è poi spesso trasformata in grandi realtà.

E che siano i più giovani a mostrare particolare sensibilità per temi come quelli ambientali non deve sorprendere poiché sono loro che, nel medio-lungo periodo, potrebbero risentire maggiormente gli effetti di quel disinteresse che finora purtroppo c'è stato per questi temi.

²⁰ PASCUCCI, *Sicurezza del lavoro, organismi paritetici e asseverazione dei modelli organizzativi*, in NATULLO, SARACINI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Regole organizzazione partecipazione*, in *Quaderno di DLM*, 2017, n. 3, p. 93 ss.

²¹ Cfr. ZOPPOLI L., *Un nuovo diritto del lavoro sostenibile*, cit., il quale sottolinea la “necessità di aprire i meccanismi della rappresentanza degli interessi anche a soggetti esterni all'azienda in grado di rendere concreti e tempestivi i contemperamenti richiesti dalla sempre maggiore interrelazione tra ambiente esterno/interno ai luoghi di lavoro”.

²² TOMASSETTI, *op. cit.*; BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2020.

Abstract

L'Autore analizza il tema della tutela della salute pubblica dal particolare punto di vista del diritto del lavoro proponendo di valorizzare una lettura unitaria e integrata della tutela dell'ambiente di lavoro e della tutela dell'ambiente esterno all'azienda anche alla luce di alcune interessanti previsioni del d.lgs. n. 81/2008.

The Author analyzes the issue of public health protection from the particular point of view of labor law, proposing to enhance a unitary and integrated reading of the protection of the working environment and the protection of the environment outside the enterprise, also in the light of some interesting provisions of the legislative decree n. 81/2008.

Key words

Salute pubblica, sicurezza sul lavoro, tutela dell'ambiente.

Public health, Safety at work, Environmental protection.

Gaetano Natullo

**L'organizzazione delle imprese
a tutela dell'integrità psico-fisica
dei lavoratori e dei cittadini**

Sommario: **1.** L'essenziale rilievo del fattore "organizzazione" nel sistema normativo ed applicativo della tutela della salute nei luoghi di lavoro. **2.** Rischio "Covid-19" e tutela della salute dentro e fuori gli ambienti di lavoro. **3.** Imprese, organizzazione e salute: i traguardi raggiunti. Ambiente di lavoro come "contesto organizzativo". **4.** *Segue.* Sicurezza sul lavoro come "sistema" organizzato. **5.** Nodi ancora irrisolti. Organizzazione delle imprese ed ambiente esterno. **6.** *Segue.* Organizzazione d'impresa, tutela della salute e ruolo dell'autonomia collettiva.

1. L'essenziale rilievo del fattore "organizzazione" nel sistema normativo ed applicativo della tutela della salute nei luoghi di lavoro

Premesso che la tutela della salute nei luoghi di lavoro è un profilo importante della più generale questione del temperamento tra interessi, valori e diritti fondamentali quali salute, lavoro e impresa, il tema del rapporto tra organizzazione delle imprese e tutela della salute è da tempo centrale nel dibattito.

Con riferimento specifico alla sicurezza sul lavoro, si deve infatti già alla fondamentale monografia di Montuschi¹ il merito di aver sollevato l'attenzione sulla relazione necessaria e indissolubile tra i due fattori, fermo restando che il *focus* dell'analisi di Montuschi è centrato essenzialmente sul profilo dell'organizzazione del lavoro, nell'ottica di una rivalutazione del modello sindacale di " [...] rifiuto della monetizzazione della salute [...] nel quadro di una

¹ MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1976.

strategia che riconosce al gruppo omogeneo un ruolo attivo e propulsivo nell'attacco frontale all'organizzazione del lavoro"².

Da allora, la consapevolezza dell'importanza centrale del fattore organizzativo nella elaborazione ed applicazione dei modelli e sistemi di tutela della salute sui luoghi di lavoro è costantemente cresciuta, venendo esplicitata nelle riforme delle regole normative, a partire dalle fondamentali direttive europee degli anni '80 (tra tutte la direttiva "quadro" 89/391 CEE del 12 giugno 1989) per poi concretarsi, nel nostro paese, attraverso le riforme del 1994 (d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626) e 2008 (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81). Sui risultati di questa consapevolezza si tornerà più avanti.

In sede di premessa, vanno precisati altri due elementi di cui tener conto. Il primo è che l'importanza del "fattore" organizzazione, riferito al più ampio contesto dell'organizzazione della produzione, si rivela cruciale anche per un altro profilo, quello cioè relativo alla tutela dell'ambiente "esterno", per il quale la questione della tutela della salute dei lavoratori si incrocia con il tema più generale della tutela della salute dei cittadini. Sul punto, basta richiamare alcune note vicende, come quella dell'ex ILVA di Taranto, ancora purtroppo di grande attualità, per avere immediatamente chiari i termini del problema, con le sue implicazioni anche di ordine economico e sui mercati del lavoro³.

Infine, e proprio con riguardo alla relazione tra ambiente esterno, ambienti di lavoro ed organizzazione delle imprese, la pandemia "Covid-19" ha introdotto ulteriori e nuovi elementi di criticità, che hanno fortemente messo alla prova assetti che, per certi versi, si potevano ritenere oramai consolidati, ponendo problemi nuovi e delicati e richiedendo risposte ovviamente urgenti ed efficaci.

2. *Rischio "Covid-19" e tutela della salute dentro e fuori gli ambienti di lavoro*

Infatti, l'emergenza sanitaria del 2020 ha profondamente accentuato le

² MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1989, terza edizione, p. 14.

³ Di recente e tra gli altri, si veda TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Adapt University Press, 2018. Si consenta anche, da ultimo, il rinvio a NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, 2020, spec. cap. I.

correlazioni tra ambiente di lavoro ed ambiente “esterno”, con ripercussioni significative in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Le misure generali previste ed adottate per combattere il virus e per ridurre i rischi di contagio hanno inevitabilmente riguardato anche gli ambienti di lavoro, con un duplice obiettivo: tutelare la salute dei lavoratori ed al contempo tutelare la salute anche “fuori” dei luoghi di lavoro, evitando che la diffusione del virus negli ambienti di lavoro potesse ripercuotersi all'esterno veicolando l'eventuale contagio e diffondendo il virus.

Dunque, quelle misure si sono sviluppate in una duplice direzione: da un lato, e più radicalmente, applicare per quanto possibile il *lockdown* anche agli ambienti di lavoro; dall'altro lato, adottare opportune tutele negli ambienti di lavoro volte ad evitare e/o ridurre al minimo i rischi di contagio. L'attuazione di tale strategia ha determinato un complesso incrocio tra le misure normative emergenziali e la preesistente normativa generale e speciale di stampo giuslavoristico⁴. In particolare, ed in estrema sintesi, con riguardo alle misure dirette a evitare o limitare l'accesso al lavoro, l'incrocio si è avuto con la disciplina di istituti quali, primo fra tutti, il lavoro agile, ma anche con le diverse ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro (ferie, permessi, etc.); nel caso invece delle misure anti-Covid-19 negli ambienti lavorativi, l'incrocio si è avuto con il complesso quadro normativo di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Rinviando alle specifiche analisi⁵, i termini principali della questione sono stati i seguenti.

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) obbligo di aggiornare, o meno, la Valutazione dei rischi ed il relativo DVR; b) di conseguenza, necessità di specificare nel DVR la tipologia di rischio (biologico), le misure di prevenzione da adottare e le relative modalità di attuazione; c) rilevanza “prevenzionale” (o solo precauzionale) dell'obbligo di sospensione dell'attività produttiva (e relativo re-

⁴ Sui diversi profili lavoristici della normativa emergenziale v. per tutti e tra altri, BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI, (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020.

⁵ Si consenta il rinvio a NATULLO, *Ambiente di lavoro*, cit., pp. 26 ss. e 124 ss.; cfr. anche PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, 2019, n. 2, p. 98.

gime sanzionatorio); d) rapporti con la disciplina dell'assicurazione infortuni sul lavoro e malattie professionali; e) riflessi sui profili sanzionatori e di responsabilità.

Come logico, tali questioni sono state al centro del dibattito soprattutto nella prima fase della pandemia, per poi sostanzialmente assestarsi, e venire in qualche modo surclassate da un'altra questione: quella cioè relativa alla possibilità di desumere dalla specifica normativa prevenzionale la configurabilità di un obbligo dei lavoratori a sottoporsi alla vaccinazione contro il virus Sars-Cov2⁶. Questione articolata e complessa, da ultimo in parte risolta dal legislatore con la previsione di tale obbligo per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario⁷.

3. *Imprese, organizzazione e salute: i traguardi raggiunti. Ambiente di lavoro come "contesto organizzativo"*

Tanto premesso, e venendo alla correlazione tra organizzazione delle imprese e tutela della salute dei lavoratori, traguardi importanti sono stati raggiunti in sede normativa ed applicativa. Primo tra questi, la correlazione diretta, ai fini dell'applicazione delle tutele normative, tra la nozione di ambiente di lavoro ed il contesto organizzativo.

Sul punto il cambiamento è davvero epocale, e risente dei più generali mutamenti socio-economici e dei contesti organizzativi e produttivi.

Il parametro normativo utilizzato dalla legislazione tecnica degli anni '50 (abrogata e sostituita prima del d.lgs. 626/1994 e poi dal d.lgs. n. 81/2008) erano "le attività alle quali siano addetti lavoratori subordinati" (v. d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, art. 1 e d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, art. 1) e gli "ambienti di lavoro" (artt. 3 e 4) in cui i lavoratori subordinati svolgono quelle *attività*; ambienti di lavoro non meglio individuati, evidentemente ritenendo implicito il riferimento al luogo fisico di svolgimento dell'attività, ossia l'azienda⁸.

⁶ V., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in *DSL*, 2021, 1, p. 128.

⁷ V. PASCUCCI, LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1° aprile 2021, n. 44*, in *DSL*, 2021, 1, p. 152.

⁸ Sulla legislazione tecnica degli anni '50, per tutti, v. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1989; SMURAGLIA, *La sicurezza sul lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, 1974; NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, 1995.

Con la normativa del 1994 e ancor più con il c.d. Testo Unico del 2008, la nozione di “ambiente di lavoro” è cambiata, divenendo meno “fisica” e predefinita, ed invece correlata ai contesti organizzativi⁹. Premesso che nella definizione del campo di applicazione il legislatore del 2008 (art. 3) sostituisce al predetto criterio – le attività alle quali siano addetti lavoratori subordinati – quello di “tutti i settori di attività, privati e pubblici, e [...] tutte le tipologie di rischio” (senza alcun riguardo ai lavoratori), si introduce il fattore organizzativo anche nella delimitazione del contesto lavorativo: nella norma sulle definizioni (art. 2, d.lgs. n. 81/2008), il legislatore definisce l’“azienda”, quale *complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato*. Tale percorso si completa con l’individuazione del datore di lavoro (che nella normativa degli anni ’50 era dato per presupposto): *soggetto che, secondo il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell’organizzazione stessa o dell’unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa*¹⁰.

Dal riferimento, si potrebbe dire, all’ambiente di lavoro quale contesto “fisico” in cui lavoratore (subordinato) svolge la prestazione (e per questo deve essere protetto dai rischi) si passa ad una nozione di ambiente di lavoro, presupposto e *ratio* di applicazione ed imputazione dell’obbligo di sicurezza, quale “contesto organizzativo” in cui si svolgono le (qualsiasi) prestazioni di lavoro, si esercita il potere “datoriale” (organizzativo, decisionale, gestionale e di spesa).

L’ampiezza ed elasticità di tale nozione risulta poi ulteriormente rafforzata da altri due elementi, negli ultimi tempi venuti in risalto, che determinano un processo osmotico tra ambiente “di lavoro” ed ambiente esterno (“di vita”)¹¹: a) la diffusione di lavori svolti in “contesti” non (completamente/apparentemente) organizzati dal “datore di lavoro”; b) la diffusione di rischi non determinati dal contesto organizzativo (azienda), ma a cui comunque risultano esposti i lavoratori. In entrambi i casi, si tratta di fattori accentuati dalle recenti vicende legate alla emergenza “Covid-19”.

La prima ipotesi rimanda al lavoro a distanza e al lavoro organizzato tramite piattaforme digitali. Nel primo caso, la recente diffusione del lavoro

⁹ In generale e per tutti sul punto v. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona*, Giuffrè, 2014, p. 7 ss.

¹⁰ Sulla figura del datore di lavoro “in sicurezza”, v. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Franco Angeli, 2015.

¹¹ Cfr. anche TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 169 ss.

“agile” è interessante perché, a quanto consta, è la prima volta che una tipologia (modalità) di lavoro, oltre a porre, come tutte, specifiche problematiche sul versante della prevenzione dei rischi che determina, risulta essa stessa una “misura di prevenzione” dal rischio: come noto, infatti, il ricorso al lavoro agile è stato utilizzato quale precauzione utile a garantire il temperamento tra la tutela del lavoro e la tutela della salute, assicurando il “distanziamento” utile a prevenire i rischi di contagio dal virus Sars-CoV-2¹².

Quanto al lavoro tramite piattaforme digitali, le questioni (in particolare sui *riders*) sono note¹³. Qui interessa solo evidenziare che il legislatore¹⁴ e la giurisprudenza¹⁵, facendo leva sul fattore “organizzazione”, hanno in qualche modo correlato i rischi di quelle prestazioni lavorative all’“ambiente di lavoro” (contesto organizzato) di cui è responsabile, in termini ed entro limiti per la verità non del tutto chiari¹⁶, il titolare dei relativi poteri (organizzativi).

4. Segue. *Sicurezza sul lavoro come “sistema” organizzato*

La rilevanza del fattore organizzativo nel quadro normativo ed applicativo per la sicurezza del lavoro emerge anche sotto altro profilo, assai rilevante ai fini dell’effettiva applicazione delle tutele: quello cioè della necessità che le imprese impostino politiche e gestione aziendale della prevenzione, come per tutte le altre funzioni aziendali, come un sistema (efficientemente) organizzato.

Ciò, ovviamente, anche a seguito dell’impulso in tal senso dato dal legislatore (europeo e nazionale), che ha imposto l’adozione di soggetti e procedure specificamente dedicate allo scopo.

Le “tecnicità” previste dal legislatore sul piano dei soggetti sono im-

¹² V. per tutti ALESSI, VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in BONARDI, CARABELLI, D’ONGHIA, ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 131 ss.

¹³ Si rinvia, per tutti e da ultimo, a PASSALACQUA, *Rapporti di lavoro nella gig economy*, in VALENTINO (a cura di), *Commentario del codice civile - Dei singoli contratti. Leggi collegate. Nuovi contratti della digital economy*, Utet, 2020, p. 238 ss.; DE MARCO, GARILLI, *L’enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *DML*, 2021, n. 1.

¹⁴ D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, art. 2; d.lgs. n. 81/2008, art. 47-septies.

¹⁵ V. Trib. Firenze, sez. lav., 1° aprile 2020, n. 886; Trib. Bologna, sez. lav., 14 aprile 2020, n. 2519; App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26.

¹⁶ Sul punto v. *amplius* NATULLO, *Ambiente di lavoro*, cit., p. 64 ss.

perniate sulla presenza di un adeguato *staff* tecnico di supporto, costituito dal Servizio di Prevenzione e Protezione (SPP, con Responsabile e Addetti) e Medico Competente (MC) per la sorveglianza sanitaria; sul piano delle procedure, si prevede l'obbligo fondamentale, non delegabile, a carico del datore di lavoro, di Valutazione dei rischi aziendali (art. 28, d.lgs. n. 81/08) e di redazione del conseguente "Documento di Valutazione dei Rischi" (DVR).

Più in generale è divenuto imprescindibile considerare i fattori organizzativi (organizzazione aziendale della produzione e del lavoro) ed i rapporti tra questi ed i lavoratori, ai fini prevenzionali¹⁷.

Già con il d.lgs. 626/94, tutela della salute e organizzazione del lavoro divengono interdipendenti. E sono inevitabili le ripercussioni anche sull'organizzazione aziendale in senso più ampio. Ciò in quanto individuare/formalizzare una catena di obblighi e responsabilità in materia di sicurezza del lavoro nei vertici e quadri aziendali; organizzare una tecnostruttura che completi quella catena sul piano, appunto, delle competenze tecniche; analizzare e monitorare i processi del lavoro (valutazione rischi, redazione/aggiornamento del documento di valutazione, ecc.); verificare costantemente andamento dei rischi ed applicazione delle misure di prevenzione; in poche parole, realizzare correttamente sul piano operativo quanto obbligatoriamente imposto dal legislatore per proteggere la salute dei lavoratori sostanzialmente implica adeguare, di conseguenza, l'organizzazione aziendale nel suo complesso, oltre che l'organizzazione del lavoro; progettare e realizzare la sicurezza del lavoro in azienda come organizzazione.

Il d.lgs. 81/08 compie ulteriori passi avanti in questa direzione.

Il più rilevante è certamente la disposizione dell'art. 30, in correlazione col successivo art. 300¹⁸. Da tali norme, ed in particolare dalla prima, si ricava che il legislatore ha adottato un modello culturale e scientifico, per la sicurezza sul lavoro, "socio-tecnico"¹⁹, per il quale il dato organizzativo è imprescindibile per la realizzazione di un sistema prevenzionale che sia affidabile e sicuro nel conciliare efficienza e tutela dei lavoratori.

¹⁷ GOLZIO, *I modelli di organizzazione e il sistema di gestione della sicurezza del lavoro*, in BAsENGGHI, GOLZIO, ZINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, IPSOA, 2008.

¹⁸ D'ALESSANDRO, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo (artt. 30-300 D.Lgs. n. 81/2008)*, in NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, 2015, p. 307.

¹⁹ GOLZIO, *op. cit.*

Che l'adozione di un preciso e funzionale modello organizzativo fosse un dato di fatto già prima della nuova legge ce lo conferma lo stesso art. 30, là dove, al comma 5, specifica i modelli organizzativi, per l'appunto già esistenti²⁰, che in sede di prima applicazione sono rispondenti ai requisiti del modello organizzativo e gestionale (MOG) che la stessa norma ritiene tale da offrire garanzie sufficienti a concedere una patente (una presunzione, sebbene relativa) di "impresa virtuosa" all'azienda che lo adotta, e tale quindi da escludere, salvo prova contraria, la configurabilità di una responsabilità amministrativa della stessa ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (art. 300, d.lgs. 81/08)²¹.

La novità sta appunto nella nuova impostazione legislativa, cui consegue la necessità che l'azienda comunque adotti un modello di organizzazione e gestione della sicurezza; se poi tale modello risponde anche a particolari requisiti, avrà riconosciuto un plusvalore anche in termini di efficacia esimente della responsabilità penale.

In questa direzione, ovviamente, vanno lette anche le norme che valgono ad individuare l'ambiente di lavoro da tutelare ed i soggetti titolari dei relativi obblighi e diritti.

Ulteriori riferimenti più squisitamente aziendalistici si rinvengono in altre disposizioni: si pensi alle "buone prassi", quali *soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente*²²; o ancora alla previsione²³ che, relativamente alla valutazione dei rischi, dispone che, nel relativo documento, debbano essere individuate le *procedure* per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché i *ruoli dell'organizzazione aziendale* che vi debbono provvedere.

Ed ancora, in stretto collegamento con la norma sul modello di organizzazione e gestione (art. 30), la disposizione sulla delega di funzioni (artt. 16-17, d.lgs. 81/08), nel conservare comunque un obbligo di vigilanza in

²⁰ Linee guida UNI INAIL – SGSL; British Standard OHSAS 18001:2007. Nel marzo 2018, è stata pubblicata la norma ISO 45001, primo standard internazionale che tratta delle modalità e dei requisiti che un sistema di gestione per la salute e la sicurezza dei lavoratori deve possedere, raccordando le dinamiche sociali, economiche culturali e le differenti normative di ciascuno Stato dedicate al tema della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

²¹ L'art. 25-septies, d.lgs. 231/01 prevede sanzioni collettive pecuniarie ("quote") e sanzioni individuali (interdizione ex art. 9 co. 2) nel caso di *omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*. V. D'ALESSANDRO, *op. cit.*

²² Art. 2, lett. v., d.lgs. 81/08.

²³ Art. 28, co. 2, lett. d., d.lgs. 81/08.

capo al datore di lavoro delegante sul delegato, prevede che tale obbligo possa esplicitarsi anche attraverso *le procedure di verifica e controllo standardizzate nel modello organizzativo e gestionale aziendale*.

In definitiva, dopo il d.lgs. 81/08, il sistema di prevenzione in azienda è inscindibilmente connesso al complessivo modello organizzativo aziendale, e tutte le sue componenti – soggetti, competenze, funzioni, controlli, responsabilità, sanzioni – devono essere inserite in un assetto organizzativo esplicitato, e rispondere a criteri di razionalità organizzativa, efficienza ed efficacia. Ciò, oltre a rendere meno onerosa e più agevole la prevenzione in azienda, ed a fornire un indubbio ausilio anche in termini di facilitazione dei controlli esterni ad opera degli organi pubblici di vigilanza, come s'è visto, diventa un decisivo elemento di valutazione della “colpa” penale, ai sensi del poc'anzi citato art. 300, d.lgs. 81/08 (si potrebbe dire: colpa per difetto di organizzazione) che, come ricordato, ha introdotto, modificando l'art. 25-septies del d.lgs. 231/01, sanzioni (anche) per l'ente nel caso di reati (omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime) commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

5. *Nodi ancora irrisolti. Organizzazione delle imprese ed ambiente esterno*

Il caso dell'ex ILVA di Taranto dimostra quanto ancora ci sia da fare in ordine al contemperamento tra organizzazione della produzione e del lavoro e tutela dell'ambiente (anche) esterno all'impresa, peraltro ponendo la delicata questione del difficile contemperamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro ed all'occupazione²⁴.

Ma qui il discorso diventa assai più ampio e richiede riflessioni specifiche e diverse²⁵.

Sotto altro profilo, come evidenziato, la pandemia “Covid-19” ha posto problemi nuovi e di non facile risoluzione, aprendo scenari con cui il “diritto della sicurezza sul lavoro” (e degli infortuni sul lavoro, sul piano previdenziale) dovrà necessariamente confrontarsi nel futuro, per essere in grado di affrontare quelle sfide in maniera meno contingente ed approssimativa di quanto abbia fatto e stia facendo. In particolare, riemerge un tema centrale

²⁴ Per riferimenti bibliografici v. nota 3.

²⁵ Da ultimo v. in generale l'interessante lavoro di TOMASSETTI, *op. cit.*

del sistema normativo ed applicativo: quello dei confini dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro.

L'emergenza Covid-19 ha, infatti, evidenziato le criticità tuttora irrisolte, in una duplice prospettiva: a) in primo luogo, in che modo rientra nell'obbligo di sicurezza datoriale la protezione dei lavoratori anche da rischi comuni a tutti i cittadini in quanto derivanti da fattori esterni (come appunto nel caso del virus Sars-CoV-2)?; b) la "elasticità" dell'obbligo di sicurezza (che si traduce, attraverso l'art. 2087 c.c., nel noto principio della Massima Sicurezza Tecnicamente Possibile) come si coniuga con l'esigenza di certezza del diritto, tanto in più in un'area a rilevanza penale?

6. Segue. *Organizzazione d'impresa, tutela della salute e ruolo dell'autonomia collettiva*

Altro nodo che rimane problematico sciogliere riguarda il ruolo della contrattazione collettiva. In merito, le perplessità sono sempre state forti (a partire dalle note e sempre attuali riflessioni di Montuschi sui rischi di "monetizzazione" della salute²⁶). Ed in effetti, sia nella legge, sia nell'esperienza applicativa, il ruolo affidato alla contrattazione collettiva, e da questa ricoperto, non risulta essere stato di primo piano. Ciò è certamente, seppure in parte, giustificato dalla comprensibile difficoltà (per non dire impossibilità) di individuare nella contrattazione collettiva una possibile fonte di definizione di standard di prevenzione, alternativa rispetto alla legge ed alle altre norme tecniche²⁷.

La contrattazione collettiva può, però, svolgere comunque una importante funzione, complementare e integrativa rispetto alle fonti da cui promanano gli standard "obbligatori" di tutela. Infatti, ai diversi livelli (nazionale, territoriale, aziendale), l'autonomia collettiva può ricoprire spazi lasciati vuoti dalle norme tecniche, in questo affiancandosi a (od essendo produttiva di) buone prassi e codici di condotta²⁸.

Di recente, si sono avuti dei segnali di una significativa inversione di

²⁶ MONTUSCHI, *Diritto alla salute*, cit.

²⁷ NATULLO, "Nuovi" contenuti della contrattazione collettiva, organizzazione del lavoro e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, in *WPOLympus*, 2012, n. 5; VINCIERI, *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, BUP, 2017, p. 92.

²⁸ Per alcuni virtuosi esempi di contratti aziendali, v. VINCIERI, *op. cit.*, p. 96 ss.

tendenza. In primo luogo, l'accordo su "Salute e sicurezza – Attuazione del patto della fabbrica" siglato il 12 dicembre del 2018 da Confindustria e Cgil, Cisl, Uil.

Ancor più di recente in occasione della pandemia, con l'adozione del Protocollo di condivisione delle misure da adottare negli ambienti di lavoro, adottato dal Governo e dalle Parti sociali nel marzo/aprile di quest'anno²⁹. Protocollo che, e non accade spesso per i prodotti dell'autonomia collettiva, ha ricevuto espressa "validazione" legislativa³⁰.

È la prima volta, a quanto consta, che nel nostro Paese gli standard normativi di prevenzione (e non semplici Buone Prassi) vengono individuati dalla contrattazione collettiva (o Protocollo che dir si voglia). Elemento ancor più significativo se si pensa che, come ricordato, il legislatore ha poi ulteriormente rafforzato la *vis* di fonte regolativa del Protocollo, conferendo (con l'art. 29-*bis* l. n. 40/2020) alle misure di prevenzione in esso previste (*rectius* all'applicazione di queste ultime) l'efficacia di piena ed esaustiva prova del corretto adempimento dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.

Ma a tal proposito non si possono non rimarcare le perplessità legate all'affidamento ad una fonte "negoziata" della individuazione del "confine" dell'obbligo di sicurezza. E sul punto, non si possono non richiamare nuovamente le citate riflessioni di Luigi Montuschi sui rischi di "monetizzazione" della salute sui luoghi di lavoro.

²⁹ 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 il successivo 24 aprile. Da ultimo, ulteriore versione del Protocollo è stata concordata dalle Parti sociali il 6 aprile 2021.

³⁰ Ciò, in particolare con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 ed il d.P.C.M. del 26 aprile 2020 (art. 6, co. 2). In merito, PASCUCCI, *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.

Abstract

Il contributo prende in esame il rapporto tra organizzazione delle imprese e tutela della salute; tema da tempo centrale nel dibattito sul sistema normativo ed applicativo posto a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Peraltro, con riferimento a tale rapporto la pandemia “Covid-19” ha introdotto ulteriori e nuovi elementi di criticità, che hanno fortemente messo alla prova assetti in un certo qual modo consolidati, ponendo problemi nuovi e delicati. Ad esito della ricognizione, si riportano i tanti risultati raggiunti nella conformazione dell’organizzazione delle aziende e del lavoro agli obiettivi di tutela della salute dei lavoratori, al contempo però evidenziando i complessi nodi problematici ancora da sciogliere.

The contribution examines the relationship between business organization and health protection, that is a central issue in the debate on the system of regulation and application safeguarding health and safety at work.

Regarding to the abovementioned relationship the Covid-19 pandemic has introduced new critical elements, that have challenged frameworks in a certain way consolidated, by causing new and delicate problems. In conclusion, the Author records the many results achieved in the field of the conformity of business and labour organization to the targets of protection of workers’ health, by underlining, at the same time, complex problem areas to solve.

Keywords

Imprese, organizzazione, lavoro, salute, sicurezza.

Companies, organization, labour, health, safety.

Marco Esposito - Umberto Gargiulo*

La *gestione* dei rapporti di lavoro nella sanità pubblica: crisi e opportunità

Sommario: **1.** La realtà come “occasione” necessaria di riflessione critica e cambiamento. **2.** *Segue.* L'emergenza sanitaria prima della “Emergenza”: dal Patto per la Salute al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. **3.** La dirigenza sanitaria: un management senza *capacità*? **4.** *Segue.* ... e senza *poteri*? **5.** Una domanda conclusiva (ma provvisoria): nodi da sciogliere o da tagliare?

1. *La realtà come “occasione” necessaria di riflessione critica e cambiamento*

È sotto gli occhi di tutti che la pandemia in atto stia sottoponendo il Sistema Sanitario Nazionale a uno sforzo davvero titanico.

Certo, la straordinaria emergenza sanitaria ha sicuramente colto di sorpresa le nostre istituzioni e i nostri servizi pubblici, impreparati ad affrontare una vicenda dalle proporzioni così estese, al pari di quanto – dove più dove meno – è accaduto in gran parte dei Paesi.

Tuttavia, l'onestà intellettuale dello studioso impone una visione critica di quanto è avvenuto e sta avvenendo nel comparto Sanità; e dunque non ci si può esimere da una prima osservazione a carattere generale, che attiene ad alcune criticità strutturali del nostro sistema sanitario, drammaticamente esaltate dai “fatti” di quest'ultimo anno.

Le aree critiche sono numerose, e non riguardano solo gli ambiti giuslavoristici. Del resto, la riorganizzazione del servizio sanitario e la contrattua-

* Il contributo è frutto di riflessione condivisa. Nel merito: i paragrafi 1 e 5 sono imputabili a entrambi gli Autori; il paragrafo 2 a Marco Esposito; i paragrafi 3 e 4 a Umberto Gargiulo.

lizzazione del lavoro pubblico hanno matrici comuni nella legge delega 23 ottobre 1992 n. 421; i loro percorsi si incrociano ma, talvolta, appaiono paralleli e non comunicanti. Sì che, sul piano giuridico, vengono in esame anche aspetti di diritto pubblico e, su piani diversi, significativi profili di politica economica e finanziaria; valga come esempio il tema della regionalizzazione della sanità come crisi tra centro e periferia (nel rapporto Stato-Regioni), ma anche nella relazione tra le Regioni. O ancora l'adozione di modelli diversificati, cui non sono estranei profili di rivendicazione identitaria: "le Regioni hanno fatto delle politiche sanitarie il principale tratto identitario della loro attività istituzionale, spesso in competizione fra loro e con il governo centrale"¹.

Non ultimo, c'è il tema degli oneri economici della sanità², non soltanto in termini d'impatto sulla finanza pubblica, ma anche sulla razionalità dei centri di costo. Il mercato dei prodotti sanitari, dei macchinari, dei farmaci è invero globale e talvolta caratterizzato da vere e proprie guerre commerciali: la situazione dei mesi scorsi ne ha dato prova.

In un mercato con queste caratteristiche l'attore principale avrebbe dovuto essere l'Unione Europea e così non è stato, anzitutto per carenza di competenza regolativa. È tuttavia già perdente un sistema che vede gli Stati nazionali impegnati in concorrenza tra loro, in un discutibile *tutti contro tutti*: muoversi attraverso micro-attori regionali in questo contesto, significa allora condannarsi da soli ad ottenere beni e servizi a condizioni inevitabilmente più onerose. Per non parlare del fatto che la competizione tra le Regioni determina effetti di disallineamento e, a cascata, di marcata divaricazione territoriale nella qualità delle prestazioni erogate.

La situazione attuale imporrà dunque, non appena sarà possibile, una verifica seria (e serena) di questi aspetti, anche con riguardo ai profili ordinamentali. Gli studiosi di diverse discipline possono però già attivare (o riattivare) le proprie riflessioni, con l'augurio che quando questa vicenda sarà

¹ TARONI, GIORGI, *I regionalismi sanitari in Italia nel contesto internazionale: lezioni dalla pandemia*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2020, p. 64. Sottolinea questo profilo anche MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *DR*, 3, 2020, pp. 245-246: "Qui, nonostante la riduzione dello spazio d'azione delle Regioni, per via del controllo della spesa, specie per le realtà regionali che erano impegnate nell'adempimento dei piani di rientro, permaneva il tentativo delle singole Regioni di realizzare, attraverso la politica della salute, una propria identità".

² LAGRAVINESE, RESCE, *La sanità tra crisi economica e vincoli finanziari*, in COCO, DE VINCENTI (a cura di), *Una questione nazionale. Il Mezzogiorno da "problema" a "opportunità"*, il Mulino, 2020, p. 125 ss.

dietro le spalle, anche il decisore politico voglia prendere atto della necessità di alcuni indifferibili interventi di riforma.

Ci si deve chiedere cosa non abbia funzionato, ma soprattutto in quale punto il sistema sanitario pubblico – come sistema appunto – si sia “inceppato”. Ed è triste constatare che i presupposti di una tale difficoltà erano ben noti e all’attenzione di tutti i decisori politici; e molti riguardano proprio la disciplina dei rapporti di lavoro³.

2. Segue. *L'emergenza sanitaria prima della “Emergenza”*: dal Patto per la Salute al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

C'è da evidenziare che, alla fine del 2019, Governo e Regioni stipulano il nuovo, ennesimo Patto per la Salute, riferito all'arco temporale 2019/2021⁴. Il Patto mette a nudo ambiti essenziali e azioni necessarie per rilanciare l'efficienza dei servizi sanitari; in particolar modo le Schede 3-8 del documento puntano la luce con grande nettezza su alcuni *gap* strutturali e organizzativi da recuperare nel triennio. Leggere queste pagine ha il sapore amaro, oggi, di un penoso *déjà vu*: sul tappeto c'erano tutti gli snodi che hanno appesantito la risposta italiana alla pandemia.

Nella scheda 3 ad esempio – a proposito delle risorse umane – si conviene di: a) aumentare la percentuale di incremento della spesa di personale, che può arrivare quindi ad un incremento fino al 15%; b) migliorare le attività formative, teoriche e pratiche, nell'ambito delle specializzazioni medico-universitarie; c) valorizzare il servizio maturato dagli specialisti nell'ambito della disciplina della medicina e chirurgia d'accettazione d'urgenza; d) prevedere anche l'ammissione a procedure concorsuali degli specializzandi iscritti al terzo anno del corso di specializzazione.

Questa parte del Patto incrocia, poi, un'ulteriore sezione inerente a un

³ Anche in questo caso il coacervo di disposizioni succedutesi nel tempo non agevola i tentativi di ricondurre il modello varato dal legislatore nel più ampio contesto di ripensamento di ruoli e funzioni del lavoro pubblico in Italia, che da oltre vent'anni viene descritto con l'immagine, abusata quanto efficace, di un cantiere perennemente aperto. V. già le osservazioni di ZOPPOLI L., *L'impiego pubblico tra riforme urgenti (e serie), riforme apparenti (e inutili) e svalutazione del lavoro*, in *ESR*, 1/2016, p. 12.

⁴ Pubblicato in www.regioni.it/newsletter/n-3750/del-07-01-2020/patto-per-la-salute-2019-2021-il-testo-20616.

punto caldissimo, tante volte ripreso in questo ultimo anno e mezzo, così critico, quello relativo allo “Sviluppo dei servizi di prevenzione e tutela della Salute, Sviluppo delle Reti Territoriali e Riordino della Medicina Generale” (scheda n. 8).

Il Patto, d’altro canto, è stato sottoscritto proprio in ragione di evidenti sofferenze del comparto Sanità; sofferenze che toccano tutti i piani cui si è accennato nel precedente paragrafo e in modo particolare i temi del personale. La graduale riduzione della spesa pubblica per la sanità e un correlato crescente peso di spesa a carico dei privati cittadini; la contrazione del personale a tempo indeterminato; il crescente ricorso a contratti precari, a tempo determinato ma non solo; la riduzione delle strutture di ricovero ospedaliero e l’alleggerimento dell’assistenza territoriale; il rallentamento degli investimenti nelle aree regionali – come la Campania – impegnate in robusti e stringenti piani di rientro finanziario. Tutti aspetti, allora, che riguardano, direttamente e indirettamente, l’assetto quantitativo e qualitativo degli organici dei profili professionali sanitari; se solo si voglia considerare che, diversamente da quanto è accaduto per altre amministrazioni pubbliche, gli enti del servizio sanitario non sono stati sottoposti ad un limite assunzionale da *turnover* ma a un vincolo di spesa, rafforzato nelle Regioni in piano di rientro e comunque presente anche nelle altre.

Tutto ciò è registrato con dovizia di particolari nella relazione della Corte dei Conti sullo stato finanziario delle amministrazioni pubbliche italiane, di aprile 2020. Proprio il capitolo dedicato alle dotazioni organiche e alle spese per il personale sanitario ci fornisce una serie di evidenze su cui vale la pena riflettere.

La Corte dei Conti scatta una fotografia impietosa, mettendo a fuoco come, negli ultimi anni, siano divenuti più evidenti gli effetti negativi di due fenomeni diversi: la lunga stagione dei vincoli alla dinamica della spesa per il personale e le carenze, in alcuni ambiti, di personale specialistico⁵. La Corte sottolinea come tutte le Regioni italiane abbiano registrato decrementi significativi di personale sanitario stabile: decrementi compensati fondamentalmente da tipologie di lavoro flessibile, con un ricorso massiccio alla somministrazione di lavoro e a rapporti di collaborazione e di lavoro autonomo.

⁵ Si pensi alla carenza – tra le altre competenze – dei “preziosi” anestesisti, già evidenziata in ricerche di settore, come quella di FIASO (Federazione italiana delle aziende sanitarie e ospedaliere) del luglio 2018 (*Rapporto sul fabbisogno dei medici pubblici a cura del Laboratorio FIASO sulle politiche del personale*), in www.fiaso.it.

Si tratta, purtroppo, di una connotazione tendenzialmente strutturale del mercato del lavoro sanitario, su cui non ha molto inciso la legislazione emergenziale del 2020⁶ e in relazione al quale – va detto – nemmeno aiuta la rigidità e un certo apriorismo di alcuni indirizzi giurisprudenziali costituzionali in tema di stabilizzazione del personale sanitario regionale⁷.

E bisogna constatare che nemmeno il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza affronta “di petto” queste criticità. A fronte di un’indubbia ricchezza di contenuti della Missione 6 (“Salute”), gli effetti occupazionali e lavoristici delle misure strutturali e organizzative prefissate sono adombrati come indiretti o, comunque, “trasversali”.

C’è da auspicare, pertanto, che vi sia una consapevole pianificazione, prima, e una responsabile gestione, poi, delle azioni e degli strumenti individuati nel Piano. Il che evoca un altro *fuoco* di questo contributo: quello delle competenze manageriali e delle capacità organizzative necessarie a tenere insieme un sistema così complesso come quello sanitario.

3. *La dirigenza sanitaria: un management senza capacità?*

A questo punto vanno esaminati due cardini imprescindibili: la dirigenza e i dispositivi e le prassi⁸ di esercizio dei poteri datoriali.

Non sono tematiche che interessano esclusivamente il settore sanitario, ma quest’ultimo è un contesto che più di altri ha mostrato rigidità e inefficienze.

Le carenze di programmazione o l’incapacità di reagire prontamente, dinamicamente, alle esigenze che di volta in volta interpellano il management pubblico conducono a porsi, invero, la domanda se la dirigenza si sia mostrata

⁶ Il d.l. 19 maggio 2020 n. 34, nel momento stesso in cui prevede concorsi riservati per superare le ampie sacche di precariato della Sanità pubblica (art. 4-*bis*), finisce con legittimarne di nuove, con riferimento all’impiego di risorse aggiuntive e straordinarie per fronteggiare l’emergenza pandemica, da assumere con contratti di lavoro autonomo. Sulle criticità generali del vigente sistema di reclutamento nella P.A., v. le riflessioni in CARABELLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, in *Quad. RGL*, 6, 2021.

⁷ V. in tema ESPOSITO, D’AVINO, *Il contratto a termine nella Sanità pubblica*, in ZOPPOLI L., SARACINI (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 257 ss.

⁸ V. il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), ove si propone la “creazione, per le figure dirigenziali, di specifiche *Learning Communities* tematiche, per la condivisione di *best practices* e la risoluzione di concreti casi di amministrazione” (p. 66).

davvero capace di agire con *la capacità e i poteri del privato datore di lavoro* (ex art. 5, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165).

E veniamo al primo corno del problema, vale a dire la competenza della dirigenza, intesa appunto come “capacità” del datore di lavoro, secondo la formula, non priva di accenti retorici, utilizzata ormai quasi trent’anni fa dal legislatore della (prima) “privatizzazione”.

Qui il discorso, proprio con riferimento alla dirigenza sanitaria, si complica ulteriormente, ma non può essere eluso.

È necessario, preliminarmente, fare due precisazioni. Da molto tempo si è scelto – in sanità più che altrove – un modello organizzativo e manageriale nel quale la guida di amministrazioni o pure di singole unità organizzative, più o meno grandi e complesse, è affidata a un “tecnico”, a uno specialista di quello specifico ambito, con una verifica però solo di forma (*rectius*: di facciata) della reale competenza manageriale, che è composta da elementi diversi e comunque ulteriori rispetto alla *scientia* di cui ciascuno può essere portatore. Ciò accade perché l’attitudine manageriale talora comprende una competenza tecnica, ma non si esaurisce in essa e richiede altre abilità, discendenti da una preparazione *propria*, manageriale appunto⁹.

Il settore privato è maggiormente abituato a formare e riconoscere dirigenti “puri”: abbiamo tanti esempi luminosi di manager passati dal settore auto al *food*, dall’industria farmaceutica alla logistica, portando con sé una “cassetta degli attrezzi” adattabile alle specificità del settore, ma dotata di una strumentazione inerente al ruolo *tout court* di guida delle organizzazioni.

Ciò non vuol dire che l’equilibrio sia facile. La comprensione delle esigenze dei singoli contesti può risultare più difficile a chi venga dall’esterno. È indubbio che, per restare al settore in osservazione, il management sanitario richieda competenze specifiche e sensibilità peculiari.

Qual è allora la soluzione? Non si sta certo proponendo un riarmo della dirigenza amministrativa di antica memoria. Il versante del management – e quello sanitario non si sottrae a siffatta esigenza – è però da tempo bisognoso di una manutenzione straordinaria che affronti i problemi con autentica volontà riformatrice e non con azioni di mero *restyling* o, peggio, con tentativi di ritorno a un passato che appare tutt’altro che glorioso.

Dovrebbe, ad esempio, essere oggetto di ripensamento la progressiva

⁹ V. le riflessioni di ZOPPOLI A., *Dirigenza e managerialità*, in LIGUORI, ZOPPOLI A. (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 213, che parla di “managerialità negata”.

svalutazione del corso-concorso e del ruolo della SNA (già SSPA): una “scuola” di amministrazione il cui modello, guardando all’esperienza comparata, avrebbe dovuto essere arricchito, semmai migliorato, ma non sterilizzato. Si tratta di un quadro generale nel quale la regionalizzazione della sanità ha finito per incrementare gli elementi di distorsione e di “provincialismo” che, in nome di una generica invocazione di autonomia, ha attratto sempre più la selezione, la formazione (se svolta) e la gestione della dirigenza nell’ambito regolativo regionale.

Si assiste, peraltro, a una divaricazione dei modelli di dirigenza sanitaria, generati da singolare balubrie regolativa, che giustappone previsioni di legge e di contrattazione collettiva; dal “luogo” negoziale, del resto, non ci si può attendere molto di più, in termini di supplezza normativa.

È indubbio che, ancora a titolo di esempio, per il *top management* delle aziende sanitarie e ospedaliere, la scarna cornice regolativa nazionale (essenzialmente, il d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, e il d.lgs. 4 agosto 2016 n. 171¹⁰) abbia consentito il diffondersi di (oscuere) prassi di selezione e (fin troppo chiari) meccanismi di *spoils system*, che non riescono a frenare adeguatamente la bulimia di controllo del vertice politico, ancor più in presenza di figure di “governatori” che, per il mix tra sistema elettorale, caratteristiche del governo regionale e competenze in ambito sanitario, risultano titolari di un potere ampio e forte come pochi altri amministratori pubblici, nell’attuale assetto ordinamentale della Repubblica.

Le aziende sanitarie sono poi caratterizzate da una dirigenza “minore”, amministrativa ma soprattutto sanitaria dalla fisionomia singolare.

È noto che le aziende del SSN sono strutturate secondo un disegno articolato (presidi ospedalieri, distretti, dipartimenti, ecc. e, all’interno di essi, unità operative complesse e semplici), figlio di modelli e filosofie organizzative oggetto di progressive stratificazioni, anche normative, a loro volta disciplinate da fonti di rango differente.

Non è possibile, in questa sede, esaminare neppure per sommi capi siffatti modelli¹¹. Ma, con riferimento ai rapporti di lavoro e, nello specifico, al

¹⁰ Sull’ultimo intervento legislativo, come novellato dal d.lgs. 26 luglio 2017 n. 126, si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ZAPPALÀ, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la Riforma Madia*, in *LPA*, 1, 2019, p. 16 ss.

¹¹ V., ad esempio, l’analisi effettuata da GENTILI, MAINARDI, *Le integrazioni tra aziende sanitarie e la gestione del personale: esperienze, opportunità, prospettive*, in *LPA*, 3, 2020, p. 73 ss.

ruolo “datoriale” della dirigenza *minore*, non può non rilevarsi come via via che si scende lungo la scala gerarchica delle strutture aziendali, s’incontrino figure dirigenziali sempre più “sbiadite”.

L’esperienza ricorda un po’, alla lontana, quanto accade nel settore del credito, dove l’esigenza di attribuire adeguati livelli retributivi alle figure professionali apicali ha spesso portato al riconoscimento *convenzionale* della categoria dirigenziale a soggetti che, nei fatti, non sono neppure lontanamente ascrivibili all’evocativa figura di *alter ego* dell’imprenditore, “tecnicamente” riconducibile al dirigente contemplato dall’art. 2095 cod. civ. e non a caso esclusa, tra l’altro, dalla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali.

Sicché, in ciascuna azienda sanitaria ovvero ospedaliera si rinvencono soggetti formalmente qualificati come dirigenti, ma privi quasi del tutto di reali poteri manageriali (es. i responsabili di struttura semplice) ovvero dotati (è il caso dei dirigenti posti a capo di unità operative complesse) di una strumentazione limitata e, comunque, assai poco dinamica per la gestione dei rapporti di lavoro.

Siffatta ipertrofia della categoria dirigenziale, dettata da esigenze ultronee (prevalentemente connesse a dinamiche retributive) rispetto a un’efficiente e razionale morfologia organizzativa, non appare particolarmente utile, in quanto se può avere qualche rilevanza sul piano dell’erogazione delle prestazioni sanitarie – in termini di specializzazione delle competenze tecniche e di razionalità nell’impiego delle risorse economiche – non risulta invece efficiente con riguardo alla gestione dei rapporti di lavoro, perché innesta nella gerarchia aziendale un elemento di “allungamento” della catena di comando, alla cui base è posto, talora, un soggetto che, come si anticipava, è dotato semmai di elevata competenza tecnica (es. in campo medico), ma di ridotta competenza manageriale.

4. Segue. ... e senza poteri?

Quanto al secondo elemento chiamato a connotare la figura dirigenziale pubblica, l’esercizio dei poteri datoriali, anche là dove essi siano conferiti al management (v. *infra*), non può non rilevarsi una marcata “timidezza” nel concreto utilizzo¹² da parte dei nostri *civil servants*.

¹² Per una lettura degli ostacoli al corretto esercizio dei poteri datoriali da parte del dirigente pubblico cfr., tra gli altri, SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico*, Cacucci, 2012.

È evidente che se il datore di lavoro è chiamato a gestire le risorse umane entro i limiti posti dalla legge a tutela della libertà e della dignità dei prestatori – limiti che negli ultimi cinquant'anni hanno acquisito, nel privato¹³, una geometria variabile – nel lavoro pubblico il potere di direzione e quello, connesso, di modificazione dell'oggetto della prestazione, hanno visto disegnare dal legislatore percorsi del tutto autonomi, con buona pace dell'unificazione normativa tra privato e pubblico, auspicata nell'ultimo decennio del secolo scorso.

Il concreto esercizio del potere da parte del datore di lavoro pubblico incontra due diversi tipi di freno: un'autolimitazione del dirigente, cui si sommano non pochi vincoli normativi.

Le distorsioni già accennate hanno portato la giurisprudenza, anche del Giudice delle leggi, a operare letture progressivamente sempre più restrittive, fino all'adozione di una sorta di *interpretatio abrogans* dell'originario art. 52, d.lgs. 165/2001, che, è bene ricordarlo, affiancava al concorso “*lo sviluppo professionale*” ovvero il ricorso a “*procedure selettive*” diverse da quelle concorsuali: una lettura riduttiva che dal 2009 è divenuta abrogazione normativa vera e propria, con il conseguente irrigidimento dei percorsi di carriera¹⁴ e l'incremento, in termini di onerosità, dei processi di copertura delle vacanze in organico.

Così, mentre nel privato, oggi ancor più di ieri, al datore è consentito il rapido adeguamento degli organici e la ricerca di soluzioni interne, attraverso la mobilità¹⁵, per la copertura di posizioni vacanti, nelle pubbliche amministrazioni il rispetto, doveroso quanto talvolta formalistico, del principio del concorso, lascia scoperte per anni posizioni strategiche sul piano organizzativo¹⁶.

È già stato fatto notare come l'utilizzo della selezione concorsuale a rapporto già costituito determini una deresponsabilizzazione della diri-

¹³ Appare opportuno un rinvio, da ultimo, ai contributi pubblicati in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dello Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Quad. DLM, 8, 2020.

¹⁴ LUCIANI V., *Mansioni, jus variandi e progressioni in carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore, e le certezze della giurisprudenza*, in LPA, 2020, p. 3 ss.

¹⁵ Si consenta di rinviare a GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 c.c.*, in RGL, 2015, I, p. 619 ss.

¹⁶ Cfr. anche le recenti riflessioni sul tema raccolte in CARABELLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, cit., ivi spec. i contributi di VECCHI, GASPARRINI, BOSCATI e ZOPPOLI L.

genza¹⁷, che viene chiamata a gestire e rispondere di personale che non ha contribuito a scegliere inizialmente, ma neppure a valorizzare nel corso del rapporto.

Il potere direttivo è così esercitato sovente in maniera del tutto statica, attraverso la formalizzazione delle procedure di assegnazione dei compiti e la pressoché totale carenza di esercizio dello *jus variandi*, comunque possibile, seppure nei limiti ben controllati dalla norma, che ha da sempre i tratti di un “micro-sistema normativo autoconcluso”¹⁸.

L’organizzazione del lavoro, poi, è tuttora caratterizzata da un’elevata parcellizzazione dei processi, nonostante l’ampiezza degli spazi di mobilità professionale concessi dall’autonomia collettiva. I processi lavorativi, salvo poche e lodevoli eccezioni, restano lunghi, ripetitivi, inutilmente frammentati, caratterizzati da uno svolgimento e da controlli di mera legalità formale, dove i concetti di obiettivo, verifica, valutazione sono sostanzialmente sconosciuti; per non parlare dei meccanismi di incentivo/disincentivo economico, rispetto ai quali il divieto di attribuzione indifferenziata delle risorse è rimasto poco più che una clausola di stile.

Si registra così un’afasia manageriale della dirigenza, in gran parte della quale permane un approccio di rispetto della legalità formale degli atti, piuttosto che di attenzione complessiva alla legittimità e all’efficienza dell’azione amministrativa nel suo complesso. In sostanza, è ancora carente una funzionalizzazione *sintetica*, concernente non il singolo atto, ma il complessivo risultato della pluralità di decisioni di cui si compone un’attività organizzativa¹⁹.

C’è poi il tema, anticipato poc’anzi, dell’inefficacia del sistema dei controlli e soprattutto della valutazione²⁰, ove permane un atteggiamento che

¹⁷ V., tra gli altri, RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: “imparzialità” o “buon andamento”?*, in *LPA*, 1999, p. 215 ss.; CARINCI F., *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *LPA*, 2002, p. 201 ss.; LUCIANI V., *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni di carriera*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 316 ss.

¹⁸ È un’espressione di LIEBMAN, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1999, p. 636.

¹⁹ D’obbligo il rinvio alla lezione di ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 470 ss., anche in ORSI BATTAGLINI e CORPACI, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, p. 1066 ss.

²⁰ Sulla tematica della valutazione, per una ricostruzione del sistema e della relazione con

privilegia una verifica “cartacea” dell’efficacia dell’azione. Il sistema (dalla nomina degli OIV alle modalità di validazione) appare infatti ancora marcatamente autoreferenziale.

V’è da chiedersi se ciò accada per una sostanziale resistenza delle amministrazioni alla valutazione, dunque per una sottovalutazione dell’utilità della stessa, o se non vi sia, per caso, anche un’inefficienza “genetica”; se cioè il sistema di misurazione e validazione delle performance non sia eccessivamente farraginoso e caratterizzato da un approccio anch’esso burocratico e, in definitiva, puramente documentale.

In questo quadro già a tinte fosche s’inserisce, da ultimo, il ricorso “obbligatorio” al lavoro da remoto, che nel pubblico non ha quasi mai rappresentato, come avrebbe dovuto, un’ulteriore “modalità di esecuzione” (ex art. 18, l. 22 maggio 2017 n. 81) della prestazione di lavoro. Sarà scontato, ma è doveroso dirsi con chiarezza che nelle nostre amministrazioni lo *smart working* ha, in grande prevalenza, poco di digitale e quasi nulla di agile²¹; e nell’ultimo anno ha rappresentato una sorta di cassa integrazione a zero ore (e stipendio pieno) a carico della fiscalità generale.

E tuttavia, anche in tal caso, l’approccio del management non ha costituito una variabile indipendente. Il ricorso al lavoro agile, infatti, com’è stato opportunamente rilevato, “implica un cambiamento culturale”²² che al momento non pare di rinvenire.

Ancor maggiore ritrosia manageriale si registra in relazione al potere disciplinare, rispetto al quale il dirigente si determina a segnalare gli illeciti

il rapporto di lavoro pubblico, v. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2017.

²¹ In argomento v. ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 421/2020. Sul ricorso allo *smart working* nelle pubbliche amministrazioni appare utile la lettura della nota pubblicata dalla Banca d’Italia: GIUZIO, RIZZICA, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia: le amministrazioni pubbliche*, 2021, in https://www.bancaditalia.it/media/notizie/2021/Nota_Covid_3_WGLR.pdf.

²² Così SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell’emergenza a volano per l’innovazione?*, in LPA, 2020, 2, p. 28, secondo la quale lo *smart working* “per un verso, presuppone strategie di gestione del personale ispirate a relazioni fiduciarie e collaborative con i dipendenti e, d’altra parte, acuisce l’importanza di una precisa definizione degli obiettivi e, conseguenzialmente, dei contenuti e delle modalità di esercizio della misurazione e valutazione della performance nelle amministrazioni”. In argomento, v. anche ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l’emergenza*, in Quad. ADL, 2020, 18, p. 147 ss.

solo in presenza di mancanze evidenti o intollerabili, omettendo di evidenziare comportamenti di oggettiva inadempienza, sottraendo così al potere sanzionatorio anche quell'efficacia deterrente che gli è propria, con uno scollamento ancora maggiore tra direzione della prestazione e sanzione per l'inadempimento²³. A tacere del fatto che le amministrazioni tendono ad agire prevalentemente in presenza di pressioni esterne e, per lo più, in occasione di fatti penalmente rilevanti o dotati di grave risalto mediatico.

La materia disciplinare è, peraltro, tra quelle in cui la dirigenza pubblica ha offerto tra le peggiori prove di sé, con atteggiamenti di *lassismo* nel ricorso alla leva sanzionatoria, che hanno distorto la discrezionalità rimessa al management, spingendo il legislatore a intervenire in una duplice direzione: da un lato, il dirigente è stato spogliato del potere, che continua a essere esercitato direttamente dal manager soltanto nelle ipotesi per le quali è prevista l'irrogazione del rimprovero verbale²⁴; dall'altro si è fatto ricorso all'indicazione di ipotesi predeterminate di infrazione e sanzione, affiancate da meccanismi di *obbligatorietà* nell'esercizio dell'azione disciplinare²⁵, a sua volta indirettamente rafforzata dalla previsione di sanzioni per il caso d'inerzia, punita con una specifica responsabilità dirigenziale²⁶. Si tratta di interventi normativi che appaiono poco compatibili con le categorie della discrezionalità dell'esercizio del potere e che determinano una marcata ibridazione della dimensione contrattuale dei rapporti di lavoro.

²³ Si consenta pure su questo tema di rinviare a GARGIULO, *La riforma del procedimento disciplinare nel lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, p. 341 ss., anche per ulteriori, più ampi, riferimenti bibliografici.

²⁴ Si tratta di ipotesi minori, tuttora lasciate al responsabile della struttura presso la quale presta servizio il dipendente; responsabile che, quindi, può anche non avere qualifica dirigenziale.

²⁵ Non è possibile, in questa sede, dedicare maggiore spazio a tale profilo: l'alternativa è tra una doverosità *giuridica* nell'esercizio dell'azione disciplinare, che minerebbe la discrezionalità propria del potere datoriale attribuito alla dirigenza, e una obbligatorietà *di fatto*, implicitamente derivante dalle sanzioni collegate all'inattività. Allo stato, pare opportuno propendere ancora per una obbligatorietà mediata, che appare più coerente con la (permanente) prospettiva contrattuale del potere in questione. *Contra*, di recente, DI PAOLANTONIO, *Il procedimento disciplinare*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 861 ss., la quale sostiene invece la tesi dell'obbligatorietà come conseguenza dell'intera costruzione del sistema disciplinare.

²⁶ Ricostruisce il dibattito, BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, Istituzioni, cambiamento sociale*, Jovene, 2011, Vol. III, p. 1541 ss.

Tutto ciò con buona pace della valenza “organizzativa” del potere sanzionatorio: una connessione che pure era stata sottolineata a chiare lettere dal legislatore della riforma del 2009²⁷. Il legislatore della c.d. Riforma Brunetta era infatti convinto, sì da individuarlo espressamente come finalità della novella, che un intervento in tema di responsabilità disciplinare potesse “potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici”²⁸: una “filosofia”, come pure venne immediatamente rilevato, in cui “l’esercizio del potere disciplinare non è visto tanto e solo come un effetto patologico nell’organizzazione del lavoro (perciò eccezionale), quanto un fattore fisiologico dell’organizzazione”²⁹; una prospettiva che enfatizzava la relazione tra potere disciplinare e implementazione della produttività degli uffici pubblici e che, dopo meno di un decennio, è stata accantonata per sfiducia dichiarata.

Il ruolo della dirigenza nell’ambito del procedimento disciplinare viene quindi ancillare rispetto a quello dell’Ufficio per i Procedimenti Disciplinari e in ogni caso, palesemente depotenziato. Il legislatore del 2017, come anticipato, sottrae al responsabile dell’ufficio, anche se dirigente, il ruolo di contestare l’addebito e affida tale iniziativa a un soggetto dotato di competenza specifica e “terzo” rispetto al segmento organizzativo nel quale si è verificata la condotta vietata.

Si tratta di un mutamento di prospettiva, quindi, prima ancora che di procedura: la valenza organizzativa della leva sanzionatoria, che – pur tra non poche contraddizioni – provava a esaltare la funzione dissuasiva e dunque preventiva delle previsioni disciplinari, lascia il posto a una logica quasi esclusivamente punitiva.

²⁷ L’art. 67, d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, nell’aprire il Capo dedicato alle sanzioni, chiarisce che le disposizioni in questione “recano modifiche in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (...) al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo”.

²⁸ Circa questa intenzione di “riformare con le sanzioni” v. le osservazioni di BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 399 ss.

²⁹ BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 223, secondo il quale: “In tal senso, l’organizzazione della p.a. appare più conformata sul controllo e sulla sanzione dei singoli dipendenti che sulla direzione e organizzazione dell’attività produttiva”.

5. *Una domanda conclusiva (ma provvisoria): nodi da sciogliere o da tagliare?*

Pervenire a conclusioni approfondite nel poco spazio a disposizione è, evidentemente, impossibile. Si è però provato a segnalare come le deludenti performance delle nostre amministrazioni sanitarie trovino origine, tra le altre “malattie” del sistema, in un’invalidante “cardiopatia”, dove il cuore del problema va individuato nella dirigenza.

Continuando nell’utilizzo della metafora, nelle pagine precedenti si è provato a evidenziare alcuni elementi utili alla diagnosi, segnalando come le cause di inefficienza risiedano nella ritrosia della dirigenza ad esercitare prerogative, poteri e, in breve, il proprio ruolo, non meno che nei vincoli di varia natura che il manager pubblico incontra sulla sua strada; vincoli talora estrinseci, come nel caso degli interventi di fonte legislativa o del consolidarsi di rigidi orientamenti giurisprudenziali, che comprimono i margini di discrezionalità.

Occorre, allora capire, a questo punto, se è ancora possibile provare a sciogliere (almeno) i nodi più intricati, ricorrendo ancora una volta a correttivi sul piano ermeneutico, o se si fa prima, e meglio, a tagliarli di netto, accelerando un (ennesimo, ma forse) necessario processo riformatore.

Questa difficile stagione può, insomma, rappresentare un tempo da valorizzare, facendo proprie le parole di John F. Kennedy, che in un noto discorso del 1959 osservava come “scritta in cinese la parola crisi è composta di due caratteri – uno rappresenta il pericolo e l’altro rappresenta l’opportunità”³⁰. In realtà, gli studiosi degli ideogrammi ci dicono che le cose non stanno affatto così ma, a prescindere dalla conferma semantica, l’opinione resta, invece, assolutamente condivisibile.

Appare insomma giunto il momento di riflettere un’ultima volta, senza pregiudiziali ideologiche e culturali, su quali interventi realizzare per consentire alla macchina amministrativa – e a quella sanitaria tra le prime – se non di correre, di viaggiare a un’accettabile velocità per rispondere alle esigenze dei cittadini.

La pubblica amministrazione italiana – e al suo interno il servizio sanitario – richiede un serio, profondo rinnovamento, per acquisire competenza ed efficienza. Non è questo un risultato, però, che può essere conseguito a

³⁰ KENNEDY J. F., *Remarks at the Convocation of the United Negro College Fund*, Indianapolis, Indiana, 12 aprile 1959, in www.jfklibrary.org.

colpi di decreto e non si tratta di un processo destinato certamente a concludersi in pochi mesi; tuttavia non pare davvero più rinviabile.

Se questo è il tempo delle riforme, inoltre, sicuramente non è il momento delle difese di ufficio, che solitamente, con poche eccezioni, sono svolgiate e inadeguate. Se invece si pensa che i problemi siano sempre *altrove*, che la nostra burocrazia sia adeguatamente competente ed efficiente, come talora, in alcuni contesti, ci si affanna ostinatamente a sostenere, allora vuol dire che, come per il Covid-19, anche in questo caso, tra i lavoratori pubblici e i loro manager ci sono molti asintomatici.

Abstract

Il saggio mette a fuoco alcune criticità strutturali dell'organizzazione del lavoro medico-sanitario, poste in risalto dalla pandemia da Covid-19. Gli autori sottolineano tre particolari aspetti problematici: la rigidità e l'inadeguatezza della programmazione del fabbisogno di personale, anche da un punto di vista delle risorse finanziarie; la complessa relazione tra le competenze di Stato e Regioni; l'assenza di un management sanitario competente e responsabile. La conclusione auspica una riforma adeguata, nell'ambito di azioni che dovrebbero essere favorite dal PNRR.

The essay focuses on some structural criticalities of the organisation of healthcare work, highlighted by the covid-19 pandemic. The authors stress three particular problematic aspects: the rigidity and inadequacy of the planning of human resources needs, including by the perspective of financial resources; the complex relationship between the competences of the State and the Regions; the absence of competent and responsible health management. The conclusion calls for appropriate reform, as part of actions to be supported by the NRRP.

Keywords

Personale medico-sanitario; organizzazione del lavoro; riforme.

Healthcare professionals; Work organisation; Reforms.

Arianna Avondola

Salute e distanziamento sociale nel sistema scolastico: problemi funzionali e regolativi

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La scuola sempre un *work in progress*. **3.** DAD o DDI? “*That is the question*”. **4.** Il difficile ruolo della contrattazione collettiva. **5.** Orario di lavoro e pause. **6.** Formazione, Privacy e Sicurezza: tutto tace. **7.** Metodologie, strumenti di verifica e valutazione tra limiti e rischio di controlli indebiti. **8.** Quarantena e malattia: questioni ancora da chiarire. **9.** Lotta alla disparità di trattamento e misure di contenimento realmente efficaci. Un obiettivo necessario.

I. *Premessa*

Scuole aperte. Scuole chiuse. Classi in presenza, a distanza, o un po’ e un po’. Lezioni in DAD o in DDI. Pronunce del Tar e del Consiglio di Stato.

Nel mondo sconvolto dalla pandemia, a distanza di un anno dall’inizio della diffusione del Covid-19, ci si continua ad interrogare sulla “contagiosità” della scuola.

Al di là di facili strumentalizzazioni da parte di chi afferma con (invidiabile?) sicurezza che “la scuola è sicura”, in realtà l’unica certezza che abbiamo è che non esistono dati univoci, né studi rigorosi sulla diffusione del contagio nelle scuole.

All’inizio del mese di dicembre 2020 la rivista *Wired*¹ ha pubblicato un documento ottenuto con una richiesta ufficiale di accesso agli atti al Mini-

¹ Nota come “La Bibbia di Internet”, *Wired* è una rivista mensile statunitense con sede a San Francisco in California; è stata fondata nel marzo 1993 dal giornalista Louis Rossetto e da Nicholas Negroponte. La rivista tratta tematiche di carattere tecnologico e scientifico e di come queste influenzino la cultura, l’economia, la politica e la vita quotidiana.

stero della Pubblica Istruzione. Si tratta della rilevazione – in possesso della ex-ministra Lucia Azzolina – del numero dei contagiati nelle scuole italiane. Il numero fornito era di 64.980 contagiati fra studenti e personale scolastico alla data del 31 ottobre 2020². Il documento, però, precisava che i dati erano stati raccolti dal Ministero elaborando alcuni questionari inviati volontariamente dai presidi via via che venivano scoperti contagi nei loro istituti. A tali questionari avevano risposto, su base meramente volontaria, dunque, le scuole di poco più di un terzo dei comuni italiani, quindi la cifra di riferimento risultava con ogni evidenza in grande difetto rispetto ai numeri reali relativi a tutto il territorio nazionale³.

Quel dato, per quanto parziale, già evidenziava il gran numero di contagi che si verificavano nell'ambito scolastico, ma, all'epoca, mentre la ex Ministra Azzolina ingaggiava una battaglia col governatore della Campania che imponeva la chiusura delle scuole, l'allora coordinatore del Comitato tecnico scientifico, Agostino Miozzo, interrogato sui rischi della riapertura, affermava di aver letto frettolosamente i dati pubblicati dalla rivista americana, e di non saperli spiegare perché al Cts il Ministero della Pubblica Istruzione non li aveva mai trasmessi⁴.

A fronte di tali (sconcertanti) rivelazioni, si è tornato – più di recente – a parlare di riaperture sulla base di una ricerca, però, vecchia di qualche mese, mai pubblicata, con dati e conclusioni poco chiare. L'attenzione mediatica, infatti, è caduta su un lavoro condotto, insieme ad altri, dall'epidemiologa e biostatistica dell'Istituto europeo di oncologia (Ieo) Sara Gandini, secondo la quale “non c'è evidenza di un legame tra le scuole e la seconda ondata di contagi in Italia”⁵.

Il lavoro è stato immediatamente oggetto di diverse critiche da parte del mondo scientifico, che ha messo in evidenza numerosi punti critici dello

² Secondo dati più recenti, oggi sono 105mila tra studenti, docenti e personale Ata a essere risultati positivi al Sars-Cov-2 secondo le segnalazioni pervenute al ministero dell'Istruzione. A questi bisogna aggiungere 848mila casi in cui la persona è stata posta in quarantena. In sostanza, per ogni positivo nel mondo della scuola, altri 8 sono stati sottoposti a misure di isolamento, v. sul punto, R. Saporiti, Scuola e coronavirus: a fine novembre segnalati oltre 100mila positivi e 850mila in quarantena, in *www.wired.it*, 3 febbraio 2021.

³ BECHIS, *La Azzolina ha nascosto i veri contagi a scuola*, in *Il Tempo*, 5 dicembre 2020.

⁴ *Idem*.

⁵ GANDINI, RAINISIO, IANNUZZO, BELLERBA, CECCONI, SCORRANO, *A cross-sectional and prospective cohort study of the role of schools in the SARS-CoV-2 second wave in Italy*, in *Lancet Regional Health - Europe*, 2021.

studio, che, ad oggi si presenta ancora in una versione provvisoria, non avendo ottenuto spazio su alcuna rivista scientifica.

Invero, questo studio, che fa riferimento ad un periodo relativamente breve (dal 12 settembre all'8 novembre 2020), è precedente alla cosiddetta seconda ondata e non tiene in alcun conto delle varianti che si sono successivamente diffuse su tutto il territorio nazionale, in particolare di quella inglese (divenuta in breve tempo la regola e non più l'eccezione). Già solo per questo motivo, appare veramente arduo trarre delle informazioni realmente utili da questo lavoro, al fine di elaborare strategie per il presente e il prossimo futuro. In ogni caso, i dati considerati e posti a base dello studio della professoressa Gandini sarebbero proprio quelli resi disponibili da *Wired*, cioè relativi a meno della metà dei comuni italiani in cui ha sede almeno una scuola (2.546 su più di 6.700), e soprattutto terrebbero conto dei contagi tra studenti e personale scolastico registrati su base volontaria e senza alcuna differenziazione per fasce d'età degli alunni, quindi, inserendo in un unico gruppo indistinto tutti gli studenti dai 5 ai 19 anni, in più, senza poter stabilire dove i contagi siano effettivamente avvenuti.

Le critiche relative allo scarso rigore dello studio sono state di recente rimarcate anche da *The Lancet*⁶, in un articolo relativo a studi condotti dall'Università di Cambridge, secondo cui le pubblicazioni che sostengono che le scuole non contribuiscono alla trasmissione del coronavirus e al rischio complessivo di Covid-19 hanno delle importanti limitazioni⁷.

L'elemento rilevante, messo in luce dall'articolo, sta nell'idea secondo cui considerare il rischio connesso alla scuola come "trascurabile" implica che non si lavori sufficientemente sulle misure di mitigazione del rischio stesso⁸.

⁶ *The Lancet* è una nota rivista scientifica inglese di ambito medico pubblicata settimanalmente dal *Lancet Publishing Group*, edita da Elsevier, fondata nel 1823 da Thomas Wakley che ha importanza e diffusione mondiale.

⁷ GURDASANI, *School reopening without robust COVID-19 mitigation risks accelerating the pandemic*, in *www.thelancet.com*, 10 marzo 2021. A riprova della difficoltà di dare una risposta netta e definitiva in merito alla diffusione del virus nelle scuole, l'A. cita i dati dell'agenzia governativa inglese Office for National Statistics che indicano come la prevalenza di casi in Inghilterra nei bambini fra 2 e 10 anni e nei ragazzi fra gli 11 e i 16 subito prima delle vacanze di Natale sia aumentata ed è risultata superiore rispetto a quella in tutte le altre fasce d'età. Al contrario, ci sono prove che associano la chiusura delle scuole primarie e secondarie a riduzioni sostanziali nel tempo del numero di riproduzione effettiva (Rt) in molti paesi, inclusa l'Inghilterra.

⁸ VIOLA, *Coronavirus e scuola, perché non possiamo trascurare i rischi (ma piuttosto dobbiamo gestirli)*, in *www.wired.it*, 3 aprile 2021.

Secondo tale opinione, infatti, sostenere che le scuole siano già sicure, così come sono ora, significa sottintendere che quanto fatto ad oggi sia più che sufficiente, cioè che gli edifici scolastici, l'organizzazione delle attività e le misure adottate non abbiano bisogno di migliorie e aggiustamenti. Per contro, sostenere che le scuole siano pericolose potrebbe aprire la strada della rassegnazione, cioè arrendersi all'idea degli edifici svuotati e della didattica a distanza a tempo indeterminato.

Intanto, la scuola resta in un limbo fatto di incertezze statistiche e di dubbi concreti.

2. *La scuola, sempre un work in progress*

Tanto chiarito e in considerazione del fatto che ci si muove su un territorio a dir poco accidentato, a distanza di più di un anno dall'inizio della pandemia, speravamo tutti di affrontare le tematiche oggetto del presente studio in un'ottica di bilancio.

Un auspicio, un pensiero positivo che purtroppo oggi si infrange contro il muro di una diversa realtà, che ci costringe ad una riflessione di confronto (tra cosiddette prima, seconda e terza ondata), piuttosto che ad un effettivo bilancio.

Il presente lavoro si muove, quindi, proprio in quest'ottica di raffronto e nel tentativo di capire se, nel tempo già trascorso (mentre aspettavamo e speravamo che il virus sparisse), si sia riusciti a dare qualche risposta alle gravi problematiche già emerse nei primi mesi di pandemia.

Il tema della scuola, sotto questo profilo, rappresenta uno snodo essenziale, non solo per comprendere in quale direzione stiamo andando politicamente, socialmente ed economicamente, ma anche cosa stiamo portando con noi degli insegnamenti del passato.

A conti fatti, sarebbe difficile negare che, accanto agli eroi più evidenti di questa pandemia che stiamo vivendo, cioè i medici e tutto il personale paramedico impegnato in prima fila nella lotta contro il Covid-19, esiste un esercito di altri eroi silenziosi, che stanno affrontando con tenacia e abnegazione questo momento tragico: gli insegnanti.

I docenti, nel silenzio dei media, hanno mostrato, nella stragrande maggioranza, una dedizione al lavoro ed una attenzione per gli studenti a dir poco encomiabile, rivoluzionando dalla sera alla mattina l'organizzazione del

lavoro e la formazione personale, il metodo, l'esperienza in modo pressoché autogestito.

Data la ampiezza delle problematiche legate al mondo della scuola, l'analisi proposta procede per punti, allo scopo di individuare le questioni ancora dolenti di una realtà – come quella scolastica – di cui vediamo quasi sempre solo una piccolissima parte, la punta di un iceberg, le cui principali complessità restano per lo più sommerse sotto un mare di notizie spesso “folkloristiche”.

Diciamo subito che, mentre a marzo 2020 il personale docente si è dovuto reinventare un mestiere, facendo ricorso a doti personali dei singoli, a conoscenze tecnologiche individuali, all'utilizzo di strumentazioni private e sostanzialmente ad una autoregolamentazione di tempi e modi di lavoro, oggi esistono delle “Linee guida”⁹ del Ministero che dovrebbero – il condizionale non è casuale – indicare la “retta via”.

La scuola, però, è necessario ribadirlo, sconta a tutt'oggi numerose criticità strutturali che difficilmente consentono una uniformità di azione, per realtà sociali differenziate, per questioni di edilizia e di spazi disponibili, e anche per quell'autonomia che le è propria, e che se, per un verso, è garanzia di flessibilità e gestione mirata e specifica sul territorio, altre volte si trasforma in un muro di gomma contro il quale rischia di infrangersi l'intervento governativo o, peggio, in un alibi per quei legislatori che evitano di assumersi direttamente responsabilità decisionali.

Non potendo varcare il confine dell'autonomia didattica, l'ultimo Governo Conte ha fornito alcune Linee guida, che appunto rappresentano qualcosa in più di un mero progetto, ma che, purtroppo, si edificano su fragili basi.

Il decreto ministeriale n. 89 del 7 agosto 2020, che adotta ufficialmente per tutta Italia le richiamate Linee Guida per la DDI, attribuisce ad “ogni (singola) istituzione scolastica” l'onere di “definire le modalità di realizzazione della didattica digitale integrata”. Come dire: chi è virtuoso e ha risorse continui ad esserlo, chi non lo è affondi pure da solo!

Il Ministero, infatti, è stato chiarissimo nell'affermare che “ogni istituzione scolastica deve individuare una piattaforma che risponda ai necessari requisiti di sicurezza dei dati di garanzia della privacy”, lasciando, in tal modo,

⁹ Le Linee Guida per la Didattica Digitale Integrata, sono state presentate lo scorso 26 giugno e passate al vaglio del Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione, in www.miur.gov.it.

totalmente a carico dei docenti, ovvero del Dirigente scolastico, oneri e responsabilità relativi all'individuazione dei mezzi e degli strumenti telematici da attivare.

3. *DAD o DDI?* “That is the question”

DAD e DDI sono due acronimi che stanno, il primo, per Didattica A Distanza e, il secondo, per Didattica Digitale Integrata.

La DAD, nata a marzo 2020, avrebbe dovuto essere sostituita dalla DDI, ma ciò non si è verificato ovunque, anche perché, mentre la DAD si attiva quando tutta la scuola, o solo parte di essa è chiusa, la DDI viene attivata solo per una classe intera o per singolo alunno in quarantena. Si tratta, quindi, di ipotesi tra esse non assimilabili, né intercambiabili.

Per meglio comprenderne le differenze, è opportuno chiarire che la DAD non ha mai avuto una definizione tecnico-giuridica ufficiale, invece, la DDI – a norma del decreto n. 89 del 7 agosto 2020 – è stata definita come una “metodologia innovativa di insegnamento-apprendimento rivolta a tutti gli studenti della scuola secondaria di II grado, come modalità didattica complementare che integra la tradizionale esperienza scolastica in presenza, nonché, in caso di nuovo lockdown, [rivolta] agli alunni di tutti i gradi di scuola”.

Nonostante vi sia una definizione specifica, in buona sostanza, molte delle questioni rimaste sul tavolo di febbraio-marzo 2020 per la DAD si sono riproposte a settembre con la DDI, purtroppo tra incertezze immutate e questioni irrisolte, in alcuni casi addirittura aggravate dalle diverse dinamiche del contagio dovute alla variante inglese.

Molti dubbi sono stati sollevati, innanzitutto, in merito alla natura giuridica da attribuire alla DAD. Rispetto al piano normativo di riferimento a disposizione, a norma dall'art. 2, comma 3, del decreto legge 8 aprile 2020, entrato in vigore il successivo 9 aprile, “il personale docente assicura l'attività didattica in modalità a distanza durante la sospensione delle lezioni in presenza”.

Dato, però, che il contratto collettivo di riferimento non prevedeva questo tipo di prestazione, anche se l'art. 87 del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 già aveva stabilito al comma 1 che: “Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-2019, [...] il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche ammi-

nistrazioni”, queste disposizioni sono sempre state interpretate in termini di “facoltatività” della DAD.

Tale situazione ha comportato che, in assenza di una normativa che equiparasse espressamente la didattica ordinaria alla DAD, se la scuola restava aperta, ma la didattica in presenza era sospesa, il personale docente non risultava obbligato ad attivare la didattica *on line*.

Oggi con la DDI almeno questo problema interpretativo sembrerebbe essere stato superato, in quanto la didattica digitale integrata è diventata sempre obbligatoria nei casi in cui è prevista espressamente l’attivazione da remoto ex decreto 89/2020. Più precisamente “La DDI, di fatto, rappresenta lo “spostamento” in modalità virtuale dell’ambiente di apprendimento e, per così dire, “dell’ambiente giuridico in presenza”. Pertanto, mentre la DAD presuppone che la scuola sia chiusa, la DDI richiede che la scuola resti aperta. Condizione che comporta un obbligo di presenza per docenti e alunni, ma che non tiene conto delle difficoltà connesse alla modalità in cui si svolgono le attività didattiche.

Infatti, la DDI, come dice la parola stessa, comporta un’integrazione alla didattica. Integrazione relativa ad una alternanza tra attività in sincrono rispetto a quelle in asincrono.

Questa ibridazione, però, ad oggi non è chiara. Per esempio, porre alcune categorie di studenti in DDI al 75% o al 50%, può voler dire tante cose, molte delle quali sono lasciate all’autonomia scolastica. Così, non è dato sapere se la percentuale (75-50%) si riferisca all’intera scuola o alla singola classe, né quanti e quali studenti siano coinvolti in questa “scissione”, sebbene siano intuitivamente diverse le ipotesi che prevedono di avere venti studenti in classe e cinque a casa, 50% in classe e 50% a casa o, ancora, avere tutti gli studenti di una classe in presenza un giorno e a distanza il giorno successivo.

La DDI ha, così, mostrato, durante questo anno scolastico, tutti i propri limiti e, in alcuni casi, anche la propria impraticabilità, legata agli scarsi mezzi a disposizione della scuola.

È chiaro che la didattica in presenza segue logiche diverse da quella a distanza (DAD), ma mentre quest’ultima – nella condizione di prolungata emergenza – ha rivelato una propria efficacia, l’ibrido della DDI disconosce le peculiarità positive della didattica tradizionale e di quella a distanza. Con l’aggravante che quegli alunni di una classe, che restano relegati a casa seguendo il docente in collegamento con un PC o un tablet, se la scuola non

è provvista di adeguate attrezzature, finiscono per avere un ruolo di meri spettatori, spesso senza poter in alcun modo interagire con chi sta in aula.

L'alternanza tra didattica sincrona e asincrona potrebbe, diversamente, risultare più utile se si facesse ricorso in maniera sistematica ad una modalità laboratoriale e/o esperienziale anche in assenza del docente. Ipotesi che, però, richiederebbe la costituzione di modelli di riferimento che possano realmente “integrare” l'attività svolta in classe, soprattutto in alcune materie che hanno mostrato con più evidenza i limiti della didattica a distanza.

Si pensi, ad esempio, ai settori disciplinari “creativi”, come le discipline artistiche e musicali, per le quali gli studenti non sono messi nelle condizioni di ottenere buoni risultati quando lavorano da casa, dove – in alcuni casi – non hanno neanche accesso alle attrezzature necessarie¹⁰.

L'insegnamento impartito *on line*, infatti, è spesso, inevitabilmente limitato alla sola dimensione teorica, con la conseguenza che il livello qualitativo dell'apprendimento cambia molto da una disciplina all'altra¹¹.

Appare quindi evidente che la qualità dell'insegnamento a distanza in risposta alla situazione di emergenza varia in base a diversi fattori, come le attrezzature tecniche, la capacità del personale docente di adattarsi all'insegnamento *on line* e la materia insegnata. L'esistenza di attrezzature adeguate è però sempre un prerequisito necessario per garantire una DAD efficace. Non sorprende che le istituzioni scolastiche che operano in aree con attrezzature e infrastrutture inaffidabili abbiano registrato maggiori difficoltà. Allo stesso modo, gli studenti che non hanno un accesso adeguato agli strumenti di comunicazione *on line* e alla rete saranno i più colpiti. In tal modo, la crisi aggraverà ulteriormente le disuguaglianze già esistenti¹².

In condizione di emergenza, quindi, e in mancanza della didattica “tra-

¹⁰ Anche se in riferimento alle Università, si veda sul punto DELFINO, *La didattica a distanza fra insicurezze e potenzialità*, in *DLM*, 2021, 1, *passim*.

¹¹ Il medesimo autore, *idem*, sottolinea come analoghi dati si ritrovano nella ricerca condotta da *U-Multirank* secondo la quale prima della crisi pandemica, le università con una maggiore vocazione per gli ambiti disciplinari dell'istruzione, degli studi aziendali e dell'economia, così come le istituzioni più grandi avevano maggiori probabilità di erogare un'offerta formativa a distanza. Nei settori dell'ingegneria e delle scienze, la percentuale di programmi completamente *online* disponibili è inferiore al 3%, ma è considerevolmente più alta in materie come studi commerciali (12%) ed economia (7%). Inoltre, i dati di *U-Multirank* mostrano che la disponibilità di strumenti di apprendimento interattivo e di esami digitali è bassa, il che suggerisce che il supporto online su larga scala si è rivelato difficile per molte università.

¹² Parafrasando ancora DELFINO, *op. cit.*

dizionale”, sembrerebbe più opportuno optare per la DAD, che consente a professori e alunni una più agevole interrelazione, evitando una comunicazione unidirezionale e “subita” dallo studente, come, invece, spesso avviene con la DDI¹³.

4. *Il difficile ruolo della contrattazione collettiva*

In tempi ormai superati, l'ex ministro Azzolina aveva espresso la volontà di avviare, entro l'inizio dell'anno scolastico 2020/2021, un incontro con i sindacati al fine di attuare l'articolo 2, comma 3-ter del decreto legge 8 aprile 2020, n. 22, convertito con modificazioni dalla legge 6 giugno 2020, n. 41, il quale stabiliva che fino al perdurare dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, dovuto al diffondersi del virus COVID-19, le modalità e i criteri sulla base dei quali erogare le prestazioni lavorative e gli adempimenti connessi resi dal personale docente del comparto “Istruzione e ricerca”, nella modalità a distanza, sono regolati mediante un apposito accordo contrattuale collettivo integrativo stipulato con le associazioni sindacali rappresentative sul piano nazionale per il comparto “Istruzione e ricerca”. Nonostante le intenzioni manifestate dal Ministero, fino alla fine del mese di ottobre scorso, il tavolo contrattuale per regolamentare la DDI non era stato aperto e l'anno scolastico 2020/2021 è iniziato con una normativa che faceva continui riferimenti a questioni di abituale competenza della contrattazione, con ripetuti rinvii ad un CCNL che, a sua volta, non faceva alcuna menzione del telelavoro o dello *smart working* per i docenti.

Finalmente il 6 novembre 2020 è stata sottoscritta l'Ipotesi di Contratto Collettivo Nazionale Integrativo (CCNI) sulla Didattica digitale integrata, a seguito della quale il 9 novembre successivo vi è stato un incontro fra i sindacati e il Ministero dell'Istruzione per elaborare e firmare una Intesa politica su tutte le problematiche connesse alla DDI e che non potevano trovare posto, per precisi vincoli normativi, nel testo contrattuale.

L'Intesa politica, sotto forma di dichiarazione congiunta, sottoscritta da FLC CGIL, CISL Scuola e ANIEF, ma non dalla UIL¹⁴, contiene alcuni punti

¹³ Sul punto, cfr. anche VIRZÌ, *Covid scuola, ecco perché la DaD è più efficace della DDI*, in www.edscuola.eu.

¹⁴ In un'intervista a TURI, *Che differenza c'è tra didattica a distanza e didattica digitale integrata*.

essenziali con cui si stabilisce: *a)* un confronto costante su tutte le tematiche connesse all'esercizio reale del diritto allo studio; *b)* l'attivazione di un sistema di relazioni sindacali permanente e sistematico sulle questioni relative al lavoro di tutto il personale della scuola; *c)* il finanziamento della formazione del personale sulla didattica digitale integrata; *d)* il sostegno da parte del Ministero dell'Istruzione al lavoro di tutto il personale docente compreso il personale a tempo determinato che non dispone della card per le spese in strumentazione tecnologica per la DDI; *e)* lo stanziamento delle risorse finanziarie per implementare la connettività delle scuole anche attraverso la dotazione di una piattaforma per la didattica digitale accessibile gratuitamente alle studentesse, agli studenti e al personale; *f)* l'apertura, entro il mese di novembre, di un confronto sul lavoro svolto in modalità agile da parte del personale amministrativo, tecnico e ausiliario, in attuazione dell'articolo 7 del Decreto del Ministro della Pubblica Amministrazione del 19 ottobre 2020.

Contestualmente la nuova nota ministeriale del 9 novembre 2020, condivisa dai sindacati firmatari del CCNI, ha chiarito altre questioni importanti: 1) le pause durante lo svolgimento delle lezioni possono essere autogestite dai docenti e non vanno recuperate; 2) il luogo di lavoro da cui si può fare didattica a distanza non deve necessariamente coincidere con la scuola; 3) va data informativa alle RSU sui criteri generali per l'individuazione della sede di lavoro dei docenti; 4) la DDI da parte dei docenti in quarantena, se non malati, potrà essere svolta compatibilmente con le difficoltà organizzative personali o familiari di cui la scuola dovrà farsi carico.

5. *Orario di lavoro e pause*

Secondo le richiamate Linee guida, in base all'autonomia scolastica, i singoli istituti dovranno "ottimizzare l'offerta didattica... con una combina-

Cosa si fa dal 7 gennaio?, in www.orizzontescuola.it, 9 dicembre 2020, il segretario generale UIL Scuola, sindacato che non ha firmato il CCNI sulla didattica digitale integrata, ha affermato che "C'è confusione tra la didattica a distanza, la Dad e la Ddi. La legge imponeva l'obbligo di fare un contratto integrativo per contrattare la Dad, ma la Dad presuppone che la scuola sia chiusa, la Ddi presuppone che la scuola sia aperta e quindi sono cose diverse. E dunque vado a firmare un contratto che non riguarda l'emergenza ma che va oltre l'emergenza? Se sto in quarantena io posso non volere insegnare se di fianco a me ho un marito che sta morendo. E invece c'è una pretesa che tutti debbano svolgere questa cosa. Inoltre, si pensi agli alunni disabili: alcuni sono a scuola, altri no, c'è una confusione pazzesca, è difficile che si faccia scuola in questo modo".

zione adeguata di modalità sincrona e asincrona...avendo cura di prevedere sufficienti momenti di pausa”. Ora, al di là del fatto che ci si potrebbe domandare chi stabilisce se la combinazione sia “adeguata” e se i momenti di pausa siano effettivamente “sufficienti”, il vero problema che emerge dalla formulazione normativa sta nel fatto che il Ministero, dopo aver stabilito un numero di ore minimo da assicurare alle attività in sincrono, ha dichiarato poi che “resta fermo l’orario di servizio settimanale dei docenti stabilito dal CCNL”. L’esperienza già affrontata nei mesi precedenti, però, ha messo in evidenza il fatto che la modalità di lavoro da remoto coinvolge gli insegnanti per un numero di ore che va ben oltre quello canonico svolto in presenza. Molti docenti raggiungono persino le 40 ore settimanali tra: formazione e aggiornamento; preparazione di materiale didattico, videolezioni, correzione di compiti online, colloqui con i genitori¹⁵.

A queste si possono aggiungere le ore dedicate a consigli di classe, riunioni di dipartimento, collegi docenti, riunioni di gruppo e via continuando.

E ciò avviene in una sostanziale assenza di una specifica disciplina contrattuale di riferimento.

D’altro canto, la DAD attualmente si trova ad essere “la principale prestazione in *smart working* del mondo scolastico e universitario e quindi esige il rispetto delle disposizioni in tema di sicurezza per il telelavoro, oltre a quelle più specifiche per il lavoratore agile”¹⁶. Pertanto, in mancanza di specifiche previsioni, anche per la scuola si dovrebbero applicare le disposizioni sui videoterminali, sulle attrezzature di protezione, sugli obblighi di informazione e sui poteri di accesso al luogo di svolgimento della prestazione di lavoro, previste dall’art. 3, co. 10, d.lgs. 81/2008. A questa normativa si aggiungono le regole relative allo *smart working*, previste dalla l. 81/2017, che impone al datore di lavoro l’obbligo di consegnare ai propri dipendenti un’informativa scritta sui rischi generali e specifici, e, al lavoratore, l’obbligo di cooperare col datore di lavoro all’attuazione delle misure di prevenzione. Queste disposizioni si dovrebbero applicare a tutti gli *smart teachers*, nell’era dell’emergenza sanitaria, così come agli *smart students*¹⁷.

¹⁵ APRILE, MEDURI, *Insegnanti nella DAD, aspetti normativi e contrattuali*, in www.tecnicaldelscuola.it.

¹⁶ DELFINO, *op. cit.*

¹⁷ *Ibidem*, dove lo stesso A. sottolinea come “Sembra andare in questa direzione, l’art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 81/2008, laddove afferma che oltre al lavoratore, come definito dalla norma, nel campo di applicazione del Testo unico in materia di sicurezza rientrano anche altre figure,

Inoltre, l'art. 175 del testo unico, rinviando alla contrattazione collettiva, nazionale e decentrata, la regolamentazione delle pause quotidiane per il lavoro ai videoterminali, ha affermato che, in assenza di un intervento della fonte negoziale, il lavoratore (ovvero, nel caso di specie, il docente ma anche lo studente) “ha diritto ad una pausa di quindici minuti ogni centoventi minuti di applicazione continuativa al video terminale”. Modalità “standard” che, rappresentando l'unico modello normativo di riferimento utile anche per la DAD nelle scuole, potrebbe determinare un probabile rischio di rendere illegittimi quegli orari delle lezioni che non prevedano le pause prescritte per legge¹⁸.

Più di recente, un' unica precisazione sul punto è stata effettuata, come già precedentemente riportato, dalla nota ministeriale del 9 novembre 2020, condivisa dai sindacati firmatari del Ccni, secondo la quale le pause durante lo svolgimento delle lezioni possono essere autogestite dai docenti e non vanno recuperate.

6. *Formazione, Privacy e Sicurezza: tutto tace*

Fanno parte del quadro desolante del “fai da te”, ovvero delle tematiche lasciate all'autonomia scolastica, alcune questioni di non poco conto, come: a) la formazione dei docenti, che secondo il Ministero “rappresenta una leva fondamentale per il miglioramento e l'innovazione del sistema educativo italiano”, ma che viene lasciata alla capacità di ogni singola scuola di predisporre percorsi formativi adeguati¹⁹; b) la tutela della *privacy*, per la quale il Ministero con nota prot. 11600 del 3 settembre 2020, pur dando tutta una serie di specifiche indicazioni sull'uso della DDI, ha precisato nella premessa che “spetta alla singola istituzione scolastica, in qualità di titolare del trattamento, la scelta e la regolamentazione degli strumenti più adeguati al trattamento dei dati personali di personale scolastico, studenti e loro familiari per la realizzazione

fra le quali “l'allievo degli istituti d'istruzione e universitari” e quindi gli studenti. E allora, per fare un esempio molto significativo, è bene riferirsi alle previsioni sui videoterminali che – come detto – si applicano ai telelavoratori, agli *smart worker*, ai docenti e agli studenti in didattica a distanza, in modalità sincrona o in asincrona”.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Solo di recente il citato CCNI ha evidenziato la necessità di stanziare adeguati finanziamenti per la formazione del personale sulla didattica digitale integrata.

della DDI”, senza null’altro precisare in materia; e infine c) la sicurezza, tematica di responsabilità esclusiva del Dirigente Scolastico, che “ha il compito di tutelare la salute dei lavoratori attraverso attività di informazione mirata”, la quale si risolve in una mera trasmissione di note informative (decr. Min. 89/2020).

7. *Metodologie, strumenti di verifica e valutazione tra limiti e rischio di controlli indebiti*

Il Ministero, inoltre, nelle Linee Guida ha “raccomandato” l’utilizzo di metodologie che meglio si adattano alla DDI, quali: didattica breve, apprendimento cooperativo, *flipped classroom*, *debate*, ecc. Per le quali non solo non è prevista una specifica formazione, richiedendosi ai docenti un aggiornamento istantaneo e autogestito, ma soprattutto non si dà alcuna indicazione in merito alle modalità di svolgimento di tali metodologie. Lacune che non possono non generare dubbi, soprattutto in merito alla possibile invasione nell’ambito dell’autonomia didattica di ciascun docente. Dubbio che si accentua ancora di più quando le medesime linee guida si occupano di valutazione. Sul punto, pur ribadendosi il sistema docimologico, si individuano di fatto criteri e modalità di valutazione molto precisi e specifici, che – seppur meramente raccomandati – sembrano un vademecum obbligato cui ogni docente dovrà attenersi.

Pur escludendosi un reale rischio per la libertà di insegnamento dei docenti, o che vi sia qualche manifesta lesione di diritti costituzionalmente tutelati, sembra difficile escludere che esista nei fatti un tentativo di imporre una metodologia didattica e valutativa stereotipata. E ciò senza considerare l’ulteriore problema legato al fatto che il non attenersi scrupolosamente a tali criteri di valutazione predisposti dal Ministero potrebbe generare innumerevoli fattispecie di contenzioso.

Inoltre, una nota del Ministero del 17 marzo 2020 attribuiva al Dirigente Scolastico un’attività di “monitoraggio” e di “verifica” in merito all’effettiva rimodulazione e riprogettazione delle modalità della didattica²⁰. Tale monitoraggio si è tradotto, però, nella realtà, in non rari episodi di incursioni da parte dei Presidi nelle aule virtuali durante le ore di lezione. Una presenza –

²⁰ BARONE, DAD, *lecito controllare da remoto il lavoro dei docenti?*, in www.orizzontescuola.it.

quella del DS- più o meno sistematica, che – se dovesse trasformarsi in prassi non regolamentata- potrebbe dare vita al serio rischio di sdoganare un controllo generalizzato sull’attività didattica dell’insegnante.

8. Quarantena e malattia: questioni ancora da chiarire

Uno dei più importanti nodi da sciogliere relativi alla scuola che si sono posti (e riproposti) in questo anno di pandemia è certamente quello relativo alla necessità di regolamentare la cosiddetta “quarantena”, ovvero, più specificamente, se il professore in quarantena sia da considerare in malattia. La questione, dopo un lungo silenzio del legislatore e tanta confusione, è stata affrontata finalmente lo scorso ottobre, in un momento in cui l’ex Ministro è stato costretto a capitolare sull’idea di mantenere tutta la scuola in presenza di fronte al continuo aumento dei contagi. Durante il “primo” *lockdown*, del marzo 2020, il D.L. n. 18 del 2020 aveva stabilito, ai commi 1 e 2 dell’articolo 26, che i casi di quarantena e sorveglianza precauzionale per i soggetti fragili configuravano situazioni di rischio per il lavoratore e per la collettività, e pertanto si trattava di fattispecie che il legislatore aveva inteso tutelare, equiparandole, ai fini del trattamento economico, alla malattia e alla degenza ospedaliera²¹. Oggi, però, in un contesto modificato, come si dice “di convivenza con il virus”, si pone un diverso problema, ovvero cosa accada al lavoratore posto in quarantena perché risultato positivo al tampone, ma totalmente asintomatico e quindi in grado di lavorare in *smart working*. A tale problematica ha tentato di fornire una risposta sollecita l’Inps, che – con il Messaggio n. 3653 del 9 ottobre 2020 – ha precisato che per “il lavoratore in quarantena (art. 26, comma 1) o [per quello, *nda*] in sorveglianza precauzionale perché soggetto fragile (art. 26, comma 2) che continui a svolgere, sulla base degli accordi con il proprio datore di lavoro, l’attività lavorativa presso il proprio domicilio (...), non ha luogo la sospensione dell’attività lavorativa con la correlata retribuzione”²².

L’Inps ha di fatto precisato, quindi, che solo in presenza di un certificato

²¹ Si precisa sul punto che il Decreto Legge 23 luglio 2021, n. 105, non ha prorogato per la categoria dei lavoratori fragili la richiamata normativa transitoria, che aveva trovato applicazione per il periodo 17 marzo 2020–30 giugno 2021 e che riconosceva, come chiarito, a determinate condizioni, l’equiparazione del periodo di assenza dal servizio prescritto dalle competente autorità sanitarie e dal medico di assistenza primaria che avesse in carico il paziente al ricovero ospedaliero.

²² CIROLI, *Lo stop al lavoro non è malattia*, in *Italia Oggi*, 13 ottobre 2020.

medico che attesti l'incapacità (temporanea) a svolgere l'attività lavorativa (art. 26, comma 6), il lavoratore avrà diritto ad accedere alla corrispondente prestazione previdenziale, compensativa della perdita di guadagno. Pertanto, il soggetto in quarantena, ma capace di svolgere *smart working*, avrà diritto a percepire una regolare retribuzione, lavorando da casa; e l'istituto di previdenza, in questo caso, non sarà tenuto a corrispondere alcuna indennità per malattia, dato che solamente una certificata incapacità al lavoro è il presupposto per usufruire di tale tutela. Regolamentazione che, però, fino alla successiva normativa introdotta con D.L. 18/2020, veniva applicata esclusivamente al rapporto di lavoro privato, escludendosi dalla specifica disciplina tutto il settore pubblico.

Solo con il decreto ministeriale del 19 ottobre 2020, all'art. 4, il Ministero della Pubblica Amministrazione ha espressamente esteso al pubblico impiego le modalità del lavoro agile relative al personale in quarantena non in stato di malattia.

Intanto, restava insoluto il problema di come comportarsi con gli insegnanti in quarantena, la cui condizione, fino ad allora era stata equiparata alla malattia²³. Tale equiparazione generava, infatti, non pochi problemi, dato che – al di là dell'ipotesi in cui il docente si trovasse in quarantena perché positivo e con sintomi che rendevano impossibile la prestazione, sulla base di una certificazione medica – molti professori erano già stati posti in quarantena o perché risultati personalmente positivi, ma asintomatici, o per via meramente precauzionale, in quanto alunni delle proprie classi erano risultati positivi. In questi casi era evidente che il docente risultava perfettamente in grado di svolgere la propria attività da remoto e, quindi, non avrebbe dovuto essere considerato in stato di malattia, anche perché, se in malattia (o in condizione di degenza ospedaliera), il docente non avrebbe potuto fare lezione neanche da casa.

Con nota del 27 ottobre 2020, infine, il Ministero – in ottemperanza anche alle nuove regole stabilite con la DDI – ha stabilito che il docente in quarantena o in isolamento fiduciario in salute “deve insegnare a distanza”. Specificando anche che se l'intera classe del docente è in quarantena con sorveglianza attiva al pari del docente stesso, il preside disporrà la didattica a distanza (o meglio la DDI). E lo farà anche per i colleghi del docente, che non sono in quarantena, e che dovranno insegnare a quella classe collegandosi da scuola²⁴.

²³ ARLATI, BARBIERI, *Asintomatici in quarantena: la chance del lavoro agile*, in *Il Sole 24 ore*, 21 settembre 2020.

²⁴ Situazione resa particolarmente impervia soprattutto per i docenti come quelli di

Se, però, ad essere collegato da casa è solo l'insegnante, si pongono ulteriori problemi per assicurare una adeguata sorveglianza degli alunni rimasti a scuola in presenza, laddove, secondo il Ministero, è vietato ricorrere ai bidelli per vigilare sugli studenti. In tali casi si indicano quattro scenari possibili: il ricorso alla compresenza, dove prevista, di un altro docente; l'utilizzo del cosiddetto organico potenziato, ovvero quei docenti in più assegnati alle scuole; aggregare le discipline per utilizzare insegnanti di altre materie; se mancano risorse interne alla scuola il preside può attivare supplenze brevi. Questa organizzazione, naturalmente, non tiene conto di quei non rari casi in cui il professore, pur disposto a fare lezione da casa, non possa farlo, in quanto è la scuola a non essere in grado di metterlo in comunicazione con le classi, non essendo dotata di una strumentazione tecnologicamente avanzata che renda possibile il collegamento da remoto.

A fronte di problematiche che molto spesso vengono risolte solo col buon senso (e con tanta buona volontà) da parte di dirigenti e personale scolastico, più di recente, il Decreto-Legge 22 marzo 2021, n. 41, cosiddetto Decreto Sostegni, ha introdotto alcune "misure per favorire l'attività didattica e per il recupero delle competenze e della socialità delle studentesse e degli studenti nell'emergenza COVID-19", con cui si è stabilito, tra l'altro, che per i lavoratori fragili con patologie gravi è prevista la proroga dal 1° marzo al 30 giugno delle disposizioni già previste nel cosiddetto Decreto Cura Italia (DL 18/2020), prevedendo anche una maggior tutela, ovvero la possibilità, qualora non sia attuabile l'attività da remoto, di accedere a periodi di assenza con esclusione del periodo di comporta nel limite previsto per la malattia. Qualora non sia possibile la modalità in remoto, il periodo di assenza non si fa rientrare nel comporta. Inoltre, al fine di incentivare la campagna di vaccinazione, al comma 5 dell'art. 31, la normativa citata prevede che l'assenza dal lavoro del personale docente, educativo e ATA delle istituzioni scolastiche, in caso di somministrazione del vaccino contro il COVID-19, sia giustificata e non determini alcuna decurtazione del trattamento economico.

storia dell'arte o di inglese o di tecnologia impegnati su più classi e costretti a collegarsi da casa.

9. *Lotta alla disparità di trattamento e misure di contenimento realmente efficaci. Un obiettivo necessario*

Quello che risulta indubitabile, all'esito di queste brevi riflessioni, è certamente il fatto che il Covid abbia amplificato tutte le problematiche di disparità di trattamento²⁵ che, seppure già preesistenti nel nostro Paese, la DAD ha inevitabilmente accentuato, aggravando un divario sociale e culturale (storicamente) endemico. Differenze che esistono non solo rispetto a soggetti economicamente più disagiati, o dislocati prevalentemente nel Meridione, ma soprattutto nei confronti di tutti coloro che sono portatori di disabilità.

Per questo motivo, il citato studio inglese pubblicato su *The Lancet* appare oggi di particolare interesse, in quanto, stimolando ad investire sulle misure di mitigazione del rischio²⁶, punta ad assicurare un concreto contrasto alle disparità di trattamento generate dalla pandemia. Consentire un'adeguata formazione scolastica in presenza, significa, indubbiamente riequilibrare le sorti conoscitive (ma anche psicologiche) dei giovani, soprattutto di quelli che risultano particolarmente colpiti a causa della mancanza di attrezzature adeguate a garantire i collegamenti *on line*²⁷.

Aprire o chiudere le scuole con un interruttore non è servito fino ad ora a capire realmente se e quanto la permanenza in classe di studenti e studentesse sia un acceleratore dei contagi. Così come non è chiaro se le misure di sospensione delle attività scolastiche in presenza siano uno strumento valido e sufficiente per contenere la diffusione del virus.

La questione appare certamente complessa, ma dovrebbe cominciare ad essere analizzata sulla base di criteri ben definiti ed omogenei, che tengano conto di tutti i fattori e delle variabili che circondano il pianeta scuola, a

²⁵ SARACENO, *I ricercatori senza ricerca*, in *La Repubblica*, 18 luglio 2020; BIGONI, FREDDI, GIUS, *Con la didattica a distanza si accentuano i divari*, in *www.LaVoce.info*, 21 luglio 2020.

²⁶ Sul punto appare interessante il punto di vista di DOTTI, *Scuole aperte o chiuse per il contagio? Il vero rischio è restare immobili*, in *www.wired.it*, 25 Mar, 2021.

²⁷ CONSIGLIO, GAMBARDELLA, SERPIERI, REBEGGIANI, GRIMALDI, PIRONE, LUMINO, *University teaching in the digital transition. La didattica universitaria nella transizione al digitale*, *QTimes*, 2020, anno XII, n. 3.V. anche GAMBARDELLA, GRIMALDI, LUMINO, PIRONE, REBEGGIANI, SERPIERI, CONSIGLIO, *La crisi pandemica e le trasformazioni del lavoro accademico in Italia: un esercizio di riflessività*, *SL*, 2020, n. 158, in cui viene rimarcato come "l'assenza dell'aula come luogo in cui c'è una dimensione fisica, corporea, di gratificazione" faccia sentire la lezione impartita "meno pesante", come posto in cui gli studenti si confrontano e condividono il sapere acquisito tra di loro e con i docenti.

partire dalle misure di contenimento previste, dal rigore con cui vengono applicate (segnatamente, ci si riferisce a: mascherine, distanziamento, areazione dei locali, disinfezione delle mani, rilevazione della temperatura, tamponi di screening, attività di contact tracing); ma anche da tutto ciò che esiste intorno alla scuola, come il piazzale antistante l'edificio, i mezzi pubblici, i luoghi di ritrovo pomeridiani, o le attività extrascolastiche di qualunque natura.

Senza dimenticare le ulteriori variabili anche meteorologiche relative al periodo dell'anno in cui si svolgono le attività scolastiche, o quelle territoriali, così come le diversità strutturali degli edifici scolastici, la dimensione delle aule, ma anche il numero di studenti dell'intera scuola o delle singole classi e, quindi, i diversi ordini scolastici, che presentano inevitabilmente esigenze, abitudini e modalità quotidiane diverse gli uni dagli altri.

Insomma, quando si dice che la scuola è sicura o insicura, colpevole o innocente, responsabile o neutra, bisognerebbe cominciare a chiedersi prima di tutto che cosa si stia intendendo con la parola *scuola*²⁸.

²⁸ *Ibidem.*

Abstract

Scuole aperte. Scuole chiuse. Classi in presenza, a distanza, o un po' e un po'. Lezioni in DAD o in DDI. Nel mondo sconvolto dalla pandemia, a distanza di un anno dall'inizio della diffusione del Covid-19, ci si continua ad interrogare sulla "contagiosità" della scuola. Certo è che il Covid ha amplificato tutte le problematiche di disparità di trattamento, che, seppure già preesistenti nel nostro Paese, la DAD ha inevitabilmente accentuato, aggravando un divario sociale e culturale (storicamente) endemico. Perciò, quando si dice che la scuola è sicura o insicura, colpevole o innocente, responsabile o neutra, bisognerebbe cominciare a chiedersi prima di tutto che cosa si stia intendendo con la parola scuola: un mondo complesso in cui gli insegnanti hanno dovuto rivoluzionare dalla sera alla mattina l'organizzazione del lavoro e la formazione personale, il metodo, l'esperienza in modo pressoché autogestito; dove la contrattazione collettiva ha dovuto colmare in tempi brevissimi vuoti normativi atavici e il legislatore si è trovato a dover intervenire quasi mensilmente, nel tentativo di attutire l'impatto di un evento imprevedibile.

Open schools. Closed schools. Classes in presence, at a distance, or a bit and a bit. Lessons in DAD or DDI. In the world devastated by the pandemic, one year after the spread of Covid-19 began, we continue to question the "contagiousness" of the school. It is certain that Covid has amplified all the problems of unequal treatment, which, although already existing in our country, the DAD has inevitably accentuated, aggravating a (historically) endemic social and cultural gap. Therefore, when we say that school is safe or insecure, guilty or innocent, responsible or neutral, we should begin to ask ourselves first of all what is meant by the word school: a complex world in which teachers have had to revolutionize from evening in the morning the organization of work and personal training, method, experience in an almost self-managed way; where collective bargaining had to fill atavistic regulatory gaps in a very short time and the legislator found himself having to intervene almost monthly, or attempt to cushion the impact of an unpredictable event.

Keywords

Scuola, Pandemia, DAD e DDI, Contrattazione collettiva, Orario di lavoro, Malattia, Quarantena.

School, Pandemic, DAD and DDI, Collective bargaining, Working hours, Illness, Quarantine.

Giancarlo Ricci

Tempi e spazi di lavoro e dell'organizzazione sociale.
Riflessioni a ridosso dell'emergenza pandemica

Sommario: **1.** Il *cronotopo* del lavoro nel sistema produttivo fordista e post-fordista. **2.** Il *cronotopo* del lavoro nel contesto pandemico: “de-localizzare” e “de-sincronizzare” per finalità di tutela della salute. **3.** Le trasformazioni dei tempi e dei luoghi: la remotizzazione del lavoro e i suoi postulati. **4.** Gli adattamenti dei tempi del lavoro svolto in regime di presenza fisica: i Protocolli in azienda e nelle amministrazioni pubbliche e i loro effetti giuridici. **5.** L'impatto del nuovo *cronotopo* del lavoro sull'organizzazione sociale: alcune evidenze (anche in prospettiva post-pandemica).

1. *Il cronotopo del lavoro nel sistema produttivo fordista e post-fordista*

La definizione di una specifica dimensione *cronotopica* del lavoro subordinato risale agli albori della società industriale.

Allora, andava chiaramente emergendo la necessità di ripensare il nesso fra il lavoro e le scansioni naturalistiche del suo tempo, tipiche della società agricola e artigianale, con la strutturazione di un sistema sociale in cui i tempi e gli spazi del “lavorare” tendevano ad acquisire modalità tipicamente standardizzate, secondo schemi di “unicità” (del luogo di svolgimento) e di “uniformità” (dei tempi di attività)¹.

Fra la fine dell'ottocento e i primissimi decenni del novecento, in uno con la definitiva maturazione del sistema produttivo basato sulla manifattura industriale, il modello viene codificato, attraverso i postulati teorico-pratici

¹ Cfr. MUSSO, *Le trasformazioni del lavoro nelle rivoluzioni industriali*, in MINGIONE (a cura di), *Lavoro: la grande trasformazione. L'impatto sociale del cambiamento del lavoro tra evoluzioni storiche e prospettive globali*, Feltrinelli, 2020, p. 35; GASPARINI, *Tempi e ritmi nella società del Duemila*, Franco Angeli, 2009, p. 64 ss.

dei suoi principali “demiurghi”, vale a dire Charles Taylor e Henry Ford, senza tralasciare, peraltro, l’incidenza determinante delle teorie sulla “burocrazia” di Max Weber².

Fra i principali tratti morfologici del modello emerge la “sincronizzazione dei tempi e dei luoghi”³, nella logica del “sistema chiuso”, per compartimenti stagni, in cui sono nettamente perimetrati gli ambiti del “lavorare” e scissi dai luoghi e dai tempi del “non lavoro” (fermo restando la funzionalità di questi ultimi alla rigenerazione delle energie per l’avvio di una nuova giornata lavorativa)⁴.

In raffronto alla formula *cronotopica* del lavoro fordista, sin qui brevemente descritta, quella forgiata dal sistema post-fordista si caratterizza, per unanime opinione, per la disarticolazione della “gabbia” spazio-temporale nella quale si dipana l’attività del lavoratore subordinato, alla stregua delle mutate esigenze della fabbrica e del sistema di produzione, che abbandona il gigantismo per divenire “snella” e *just in time*. Al contempo, l’avvento della terziarizzazione di ampi settori dell’economia mina e disarticola ulteriormente le rigidità del modello industrialista di stampo taylor-fordista⁵, dando impulso a innovativi regimi di organizzazione e di gestione dei tempi di lavoro⁶.

Purtuttavia, non può trascurarsi come, da questo punto di vista, la traiettoria del post-fordismo non ecceda la sollecitazione di forme, talora anche spinte, di flessibilità, sia sul piano funzionale e organizzativo, sia su quello della articolazione tipologica del rapporto di lavoro⁷. Ma ciò senza intaccare, pare di poter dire, il nucleo duro del modello taylor-fordista che rimane fondamentalmente intonso.

² Alla stregua della suggestiva ricostruzione di REVELLI, *La politica senza politica. Perché la crisi ha fatto entrare il populismo nelle nostre vite*, Einaudi, 2019, p. 115 ss.

³ Cfr. DE MASI, *Il lavoro nel XXI secolo*, Einaudi, 2018, p. 538.

⁴ REVELLI, *op. cit.*, p. 123.

⁵ Cfr. ancora REVELLI, *op. cit.*, pp. 125-126; DE MASI, *op. cit.*, p. 704 ss.; v. anche MUSSO, *op. cit.*, pp. 31-32, che evidenzia la gradualità dei cambiamenti, come dimostrato ampiamente dalla “storia dei taylorismi e dei fordismi, al plurale (...), al pari dei toyotismi”.

⁶ Ampiamente, da ultimo, CALVELLINI, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistemi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 55 ss.

⁷ Cfr. PONZELLINI, *Tecnologie, fine della presenza e dilemmi del controllo nei nuovi pattern spazio-temporali del lavoro*, in *EL*, 2020, pp. 94-95.

2. *Il cronotopo del lavoro nel contesto pandemico: “de-localizzare” e “de-sincronizzare” per finalità di tutela della salute*

In raffronto alle dinamiche del post-fordismo, l'impatto prodotto sul *cronotopo* del lavoro subordinato dallo *tsunami* pandemico che ha investito, fra gli altri, il nostro Paese fra il 2020 e il 2021 si palesa enormemente più dirompente.

Si può anzi dire, senza tema di smentita, che la pandemia si raffiguri come il più formidabile esperimento di “de-sincronizzazione” dei tempi di lavoro e di “de-strutturazione” dei suoi luoghi, cui mai si sia assistito⁸.

A ridosso dell'esplosione della crisi pandemica, ci si è resi conto quasi subito che, in attesa delle adeguate contromisure sanitarie e farmacologiche, l'unico modo per contrastare la diffusione del *virus* fosse rappresentato dall'implementazione di misure di distanziamento (fisico o sociale che dir si voglia) fra le persone.

Applicato ai rapporti di lavoro, l'imperativo categorico del distanziamento per fini di tutela della salute si è tramutato, sul versante regolativo, nell'adozione di una congerie di misure di estrema rilevanza⁹ e significativamente impattanti sul modello cronotopico.

Anzitutto e in primo luogo, lo sfruttamento delle tecnologie digitali ha permesso di inverare, in condizioni di sicurezza e tendenzialmente senza soluzione di continuità, processi lavorativi, affidati alla modalità da remoto. Ciò ha ingenerato uno straordinario effetto *spillover* per le forme di lavoro a distanza: il lavoro agile, per intenderci, seppure impiegato in modalità tendenzialmente “da casa”¹⁰.

Com'è noto, il lavoro agile emergenziale ha preso piede sia nel settore

⁸ Il fenomeno è descritto con vividi tratti da CARNEVALE MAFFÈ, *L'impero digitale colpisce ancora*, in *Italianieuropei*, 2020, n. 3, pp. 77-78.

⁹ Su principi fondativi e contenuti della complessa normativa pandemica *ex multis* ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, n. 1, p. 1 ss.

¹⁰ Si tratta di modalità lavorativa che, sino alla pandemia, era poco diffusa, a dispetto delle enormi potenzialità generate dal passaggio dall'*ICT* (nel cui “cono” aveva visto la luce l'esperienza, pure questa limitata, del telelavoro) alle *digital resources* e dei tentativi di regolazione normativa “di sostegno” intervenuti in pari tempo. In molti hanno evidenziato le straordinarie potenzialità di riorganizzazione dei luoghi tradizionali del lavoro favorite dalla digitalizzazione: cfr. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni e “regressioni” interpretative*, in OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, p. 38; PONZELLINI, *op. cit.*, pp. 95-96.

privato, sia, ancora di più, nelle pubbliche amministrazioni, ove è addirittura assurdo, seppure temporaneamente, a “modalità ordinaria di svolgimento della prestazione di lavoro”¹¹, divenendo “l’esperienza più emblematica, quasi simbolica” della stagione pandemica, imponendo il ripensamento *ab imis* dei luoghi e dei tempi del lavoro subordinato, con effetti di “cambiamenti di stile ad ampio raggio” su cui si tornerà in seguito¹².

In secondo luogo, specie dopo la primissima fase di *lockdown* generalizzato, si è assistito alla riorganizzazione del “lavoro in presenza”, con modalità diverse a seconda, ancora una volta, che si trattasse di aziende operanti nel settore privato o di amministrazioni pubbliche. Sotto questo profilo, è prevalsa l’implementazione di misure idonee a consentire modalità di distanziamento e a prevenire, mediante la riduzione dei contatti fisici, assembramenti sul luogo di lavoro. Lo sforzo riorganizzativo si è orientato verso moduli di adattamento della presenza in servizio, attraverso arrangiamenti flessibili, sistemi articolati di orario anche mediante turnazioni, scaglionamento degli orari in entrata e in uscita¹³.

Infine, non si può non tenere in adeguato conto come l’identificazione di gruppi di attività e, conseguentemente, di lavoratori denominati “essenziali”, ai fini della produzione, commercializzazione e distribuzione di prodotti e beni di consumo ovvero all’erogazione di servizi pubblici essenziali, abbia ugualmente inciso sui modelli di organizzazione del lavoro, con effetti, per esempio, di inedita dilatazione degli orari di lavoro, come nel caso degli operatori della sanità impegnati a far fronte alla gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 e per i quali si è disposta, con l’art. 5-*sexies* d.l. 17 marzo 2020 n. 18 conv. in l. 24 aprile 2020 n. 27, la disapplicazione dei “limiti massimi di orario di lavoro prescritti dai contratti collettivi nazionali di lavoro di settore, a condizione che venga loro concessa una protezione appropriata, secondo modalità individuate mediante accordo quadro nazionale, sentite le

¹¹ Art. 87, comma 1, l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27. A seguito della modifica introdotta dall’art. 26 d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. in l. 13 ottobre 2020, n. 126, il lavoro agile è divenuta “una delle modalità ordinarie” della prestazione di lavoro: per una prima analisi cfr. ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 421/2020.

¹² I virgolettati rinviano a CARUSO, ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 439/2021, p. 4.

¹³ Per un primo approccio al tema cfr. MARESCA, *Contrazione del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal Covid-19: esperienza e prospettive*, in RIDL, 2020, I, pp. 288-289.

rappresentanze sindacali unitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative”; o, ancora, degli addetti alla distribuzione del cibo o di altri prodotti a domicilio, non a caso coinvolti, negli ultimi mesi, in una discussione ad ampio spettro sulla rivisitazione dei modelli contrattuali loro applicabili, anche ai fini dell'apprestamento di condizioni di maggior tutela.

3. *Le trasformazioni dei tempi e dei luoghi: la remotizzazione del lavoro e i suoi postulati*

Il paradigma del profondo rivolgimento dell'assetto spazio-temporale della prestazione di lavoro subordinato, in costanza di emergenza pandemica è costituito, come detto, dal lavoro agile.

Introdotta dalla l. 22 maggio 2017, n. 81 quale modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato, ha ricevuto un'accoglienza fredda, e il suo impiego si è rivelato, sino al fatidico “decreto cura Italia”, del tutto sporadico, limitatamente a grandi aziende private o a pubbliche amministrazioni particolarmente illuminate e in vena di sperimentazioni quasi futuristiche¹⁴.

La spinta della pandemia, invece, “ha messo le ali” al lavoro agile¹⁵. Il suo impiego, nel contesto dell'incipiente emergenza, si è rivelato una sorta di uovo di Colombo, garantendo l'effetto *win-win* di temperamento armonico di interessi costituzionalmente garantiti, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.), il diritto al lavoro (art. 4 Cost.), la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) o il buon andamento (e l'efficienza) delle amministrazioni pubbliche erogatrici di servizi (art. 97 Cost.)¹⁶.

L'esigenza di incentivare al massimo grado lo strumento, unico in grado di consentire la continuità di attività e servizi senza esporre lavoratori e sog-

¹⁴ Sulla disciplina di cui alla l. n. 81/2017 v. RICCI G., *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del lavoro “agile”*, in *NLCC*, 2018, p. 632 ss.; per un *excursus* delle vicende più recenti v. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, p. 553 ss., rinviandosi per più approfondite riflessioni a MONDA, *Il lavoro agile “emergenziale” tra identità giuridica e problemi applicativi*, in questo quaderno.

¹⁵ ICHINO, *Se l'epidemia mette le ali allo Smart Working*, *lavoce.info.it*, 28 febbraio 2020, ripreso da ROMAGNOLI, *Il tuffo nello smart working senza saper nuotare*, *Eguaglianza&Libertà.it*, 11 febbraio 2021.

¹⁶ Così anche TUFO, *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 2021, I, p. 48.

getti di altra natura al rischio di micidiali catene di contagio, è stato perseguito dalla normativa pandemica semplificando l'accesso al lavoro agile, con il disinnesco del contratto individuale (deputato, ai sensi dell'art. 18, comma 1 l. n. 81/17, a regolare il "patto di lavoro agile") a tutto vantaggio dell'unilateralità della misura, affidata al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro¹⁷. Anche se poi, a ben vedere, nella temperie pandemica il lavoro da remoto è apparso un *wishful thinking* comune ad entrambi le parti del rapporto di lavoro, come dimostrano le innumerevoli ricerche condotte nel corso di questi mesi e da cui è emerso l'apprezzamento per la modalità *smart* e la sua desiderabilità anche in prospettiva di medio e lungo periodo.

Conflitti sono insorti, semmai, nei casi in cui sia stata l'azienda a rifiutare l'adibizione del dipendente al lavoro agile, come testimonia la giurisprudenza formata in argomento, dalla quale emerge la priorità, nel regime normativo emergenziale, dell'istituto, prevalente su strumenti alternativi come la Cig, ovvero la concessione di ferie "coattive"¹⁸.

Analizzando l'istituto da un angolo visuale ancor più congeniale alla tematica del presente contributo, emerge il carattere ontologicamente "eversivo" del lavoro agile emergenziale, che aggredisce e disarticola le coordinate spazio-temporali tipiche del lavoro subordinato.

A proposito del *luogo di svolgimento della prestazione di lavoro*, occorre ricordare che nella sua forma "ordinaria" il lavoro agile è stato forgiato quale modalità di lavoro da remoto radicata dalla tradizionale collocazione "fisica" grazie alla virtualizzazione della prestazione consentita dalle tecnologie digitali di ultima generazione. Epperò l'art. 18, comma 1, l. n. 81/17 lo ha codificato quale fattispecie di "alternanza" fra lavoro da remoto e lavoro in presenza¹⁹, anche per contrastare effetti di straniamento dall'ambiente di lavoro, preservato quale luogo di socialità e di incontro a fini collaborativi e progettuali con il proprio *team* di lavoro.

Nella formula emergenziale, invece, il lavoro agile si è atteggiato da subito come modalità seccamente "alternativa" al lavoro in presenza, *condicio*

¹⁷ Cfr. art. 87, comma 1, lett. b) d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020 (in riferimento al lavoro pubblico) e art. 90, comma 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77. Su questo e su altri aspetti della disciplina emergenziale "derogatoria" del lavoro agile cfr. BROLLO, *op. cit.*, pp. 563-564.

¹⁸ Trib. Mantova, decreto 26 giugno 2020 e Trib. Grosseto, ordinanza 23 aprile 2020, in *RGL*, 2021, II, p. 92, con nota di SPINELLI.

¹⁹ "(...) in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una prestazione fissa".

sine qua non, del resto, per ottemperare alla finalità di garantire il distanziamento di sicurezza *in situ*.

Un disallineamento, quello fra normativa ordinaria ed emergenziale, che pare peraltro attutirsi se si guarda alla progressione geometrica delle misure adottate dall'inizio della pandemia sino a oggi, soprattutto nelle pubbliche amministrazioni.

Infatti, la riconduzione del lavoro agile a strumento non necessariamente ordinario di svolgimento della prestazione di lavoro²⁰ e l'introduzione del concetto di "attività smartabile", rimessa alla mappatura tramite il c.d. POLA²¹, evoca uno scenario in cui il lavoro agile pare destinato a essere progressivamente ricondotto a modalità più consone alla propria *ratio*; così come, del resto, l'accento sul ripristino di modalità in alternanza fra lavoro da remoto e lavoro in presenza converge nella direzione di "normalizzare" l'impiego del lavoro agile.

Sul secondo versante, quello del *tempo di lavoro*, l'implementazione emergenziale dell'istituto è avvenuta secondo uno schema tutto sommato conforme all'art. 18, comma 1, l. n. 81/17, che, con formula lessicalmente e tecnicamente acrobatica, ne prevede lo svolgimento "senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro", però entro "i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva".

Al riguardo, permane la difficoltà di "misurare" la prestazione di lavoro secondo il parametro, per certi versi ossimorico, della "presenza da remoto"²²; così come, sul crinale delle tutele accordabili al lavoratore agile, resta aperta l'essenziale questione "dell'agglutinamento dei tempi"²³ conseguente all'impiego del lavoratore in modalità *smart*. La porosità degli orari (di lavoro e di non lavoro) tipica del lavoro agile, che si compenetrano vicendevolmente in una logica di "confusione" fra frammenti temporali destinati – nella logica

²⁰ Oltre alle disposizioni richiamate *supra* nota 11, v. anche l'art. 263, comma 1, d.l. n. 34/2020, come modificato dall'art. 1, d.l. 30 aprile 2021, n. 56.

²¹ Cfr. art. 14 l. 7 agosto 2015, n. 124, come modificato dall'art. 263, comma 4-*bis*, d.l. n. 34/2020 e dall'art. 1, d.l. 30 aprile 2021, n. 56.

²² Tant'è che l'art. 18, comma 1 fa riferimento, ancorché in maniera del tutto lapidaria, a "forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi". Peraltro, in alcuni accordi collettivi di regolamentazione del lavoro agile si introducono innovativi strumenti di rilevazione telematica della presenza: v. a titolo di esempio l'Accordo Wind Tre del 3 febbraio 2021.

²³ Per dirla con GASPARINI, *op. cit.*, pp. 38-39.

fordista, ma anche, tutto sommato, in quella post-fordista – a perseguire finalità del tutto diverse, evoca la questione dell’osservanza effettiva dei periodi di riposo e, soprattutto, del diritto (di nuovo conio) alla c.d. disconnessione, implicante la garanzia in capo al lavoratore ad isolarsi dalle incombenze lavorative (ponendosi, si potrebbe dire, in modalità *offline*) senza il rischio di subire penalizzazioni o, peggio, iniziative di natura disciplinare²⁴.

4. *Gli adattamenti dei tempi del lavoro svolto in regime di presenza fisica: i Protocolli in azienda e nelle amministrazioni pubbliche e i loro effetti giuridici*

Dopo la fase drammatica del *lockdown* nazionale, è prevalso il *mantra* della necessaria “convivenza” con il virus. Anche e soprattutto al fine di garantire il pur parziale funzionamento di attività produttive e commerciali in parte o in tutto incompatibili con la remotizzazione delle attività lavorative, dunque gravate dal concreto rischio di ridimensionamento, se non di chiusura, con conseguente drammatico impatto sui livelli occupazionali.

Perciò, pur in un contesto null’affatto tranquillizzante dal punto di vista sanitario, bensì contrassegnato, da un certo frangente in avanti, da *lockdown* di tipo regionale o territoriale, si è avviata la ripresa di una parte significativa delle attività produttive e commerciali.

Propedeutica al riavvio è apparsa la messa a punto di misure di sicurezza funzionali a ridurre il rischio del contagio fra lavoratori (nonché fra lavoratori e fornitori; o fra lavoratori e utenti) nel sito produttivo o commerciale, ovvero all’interno degli uffici pubblici, la cui progressiva riattivazione è stata giustificata (anche) dall’esigenza di funzionalità dei servizi rispetto alle attività aziendali.

Cruciale risulta l’approvazione, in data 21 marzo 2020, del “Protocollo condiviso delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro”. Il documento è stato aggiornato dapprima in data 24 aprile 2020 e – più di recente e in vista di una massiccia riapertura in concomitanza con l’avanzamento della campagna vaccinale – in data 6 aprile 2021.

²⁴ Cfr. da ultimo CARUSO, ZAPPALÀ, *op. cit.*, p. 41 ss. Il diritto è stato istituzionalizzato per la prima volta nell’ordinamento interno dall’art. 2, comma 1-ter d.l. 13 marzo 2021, n. 30, conv. in l. 6 maggio 2021, n. 61, anche se un fugace richiamo era già presente nell’art. 19, comma 1, l. n. 81/17.

Oltre a contenere dettagliate misure relative alla sicurezza degli ambienti di lavoro mirate al contrasto alla diffusione del virus, il Protocollo dedica due capitoli all'implementazione di misure riguardanti gli spazi e i tempi di lavoro nel contesto organizzativo. Tali misure, nella versione aggiornata del Protocollo, al 6 aprile 2021, si correlano, per espresso rinvio, al disposto degli artt. 4, 6 e 30 d.P.C.M. 2 marzo 2021.

Ruolo nevralgico svolge il Par. 8 del Protocollo, che eppure conferma il *favor* per il lavoro agile e da remoto “anche nella fase di progressiva ripresa delle attività, in quanto utile e modulabile strumento di prevenzione, ferma restando la necessità che il datore di lavoro garantisca adeguate condizioni di supporto al lavoratore e alla sua attività (assistenza nell'uso delle apparecchiature, modulazione dei tempi di lavoro e delle pause)”.

Epperò, nella prospettiva già segnalata del riavvio “fisico” delle attività, s'individuano molteplici possibili misure di riorganizzazione spazio-temporale delle prestazioni in presenza, così enumerabili: 1) “rimodulazione degli spazi di lavoro, compatibilmente con la natura dei processi produttivi e degli spazi aziendali”; 2) in caso di compresenza di più lavoratori “soluzioni innovative come, ad esempio, il riposizionamento delle postazioni di lavoro adeguatamente distanziate tra loro, ovvero soluzioni analoghe”; 3) “articolazione del lavoro (...) con orari differenziati, che favoriscano il distanziamento sociale riducendo il numero di presenze in contemporanea nel luogo di lavoro e prevenendo assembramenti all'entrata e all'uscita con flessibilità degli orari”; sicché, alla stregua del Par. 9 del Protocollo, “si favoriscono orari di ingresso / uscita scaglionati in modo da evitare il più possibile contatti nelle zone comuni (ingressi, spogliatoi, sala mensa); 4) raccomandazione ad “assicurare un piano di turnazione dei lavoratori dedicati alla produzione con l'obiettivo di diminuire al massimo i contatti e di creare gruppi autonomi, distinti e riconoscibili”.

In modo sostanzialmente analogo, nel Protocollo quadro fra Ministro per la p.a. e sindacati del 24 luglio 2020 sul “Rientro in sicurezza” (da coordinarsi con plurime disposizioni di legge e d.P.C.M. nonché con gli artt. 3, comma 1, lett. d) e 4, comma 1 del d.m. 19 ottobre 2020), emergono le seguenti linee guida: 1) “l'orario dei servizi erogati al pubblico e quello di lavoro siano organizzati in maniera più flessibile, in particolare, per le fasce di entrata e uscita, anche con riferimento ai rispettivi ccnl, in quanto ciò costituisce una misura rilevante per prevenire aggregazioni e per facilitare il distanziamento interpersonale nei luoghi di lavoro” (Par. 6); 2) “qualora siano

adottati regimi di articolazione dell'orario di lavoro giornaliero o settimanale diversi da quelli precedenti all'entrata in vigore delle misure di contrasto all'emergenza epidemiologica" favorendo la conciliazione dei tempi vita-lavoro dei dipendenti (Par. 9).

L'impianto regolativo scaturente dalle disposizioni dei Protocolli pone la questione in ordine al *come* il potere datoriale di adottare misure organizzative in materia di tempi di lavoro a fini di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. – anche in forza del “valore giuridico” delle misure *ex art. 29-bis* d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. in l. 5 giugno 2020, n. 40²⁵ – si contemperino con l'osservanza di eventuali vincoli sindacali/negoziati.

In altri e più espliciti termini: il fatto che le misure di riorganizzazione degli orari di lavoro siano funzionali a obiettivi di tutela della salute, e non, come in situazione di normalità, a un disegno puramente organizzativo, implica che queste siano comunque sottoposte a vincoli sindacali/negoziati, ovvero il datore di lavoro può adottare unilateralmente misure di riorganizzazione dei luoghi e dei tempi di lavoro, laddove necessarie a prevenire il diffondersi del contagio *in situ*?

Orbene, i dati testuali militano nel senso della sussistenza *in ogni caso* di un obbligo di osservanza dei vincoli sindacali/negoziati nella definizione delle misure di riorganizzazione.

Decisivo in tal senso appare l'*incipit* del Par. 8 del Protocollo del 6 aprile 2021, per cui le misure *atipiche* sulla riorganizzazione degli orari²⁶ vanno as-

²⁵ “Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 cod. civ. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste”. In generale, sugli obblighi di sicurezza in capo al datore di lavoro, come scaturenti dall'incrocio dal sistema delle fonti ordinarie e da quello delle fonti emergenziali, cfr. GIUBBONI, *Contro la pandemia: obblighi datoriali di sicurezza, tutele sociali, questioni risarcitorie*, in PD, 2020, p. 618 ss.; MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in RIDL, 2020, p. 267 ss.; ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, in LDE, 2021, n. 2. Con specifico riferimento al ruolo delle organizzazioni sindacali e della contrattazione collettiva v. BOLOGNA, FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in RDSS, 2020, p. 375 ss.

²⁶ Assai scarni i riferimenti a tali misure nei contributi cit. *supra*, nota 25. In particolare, cfr. MARAZZA, *op. cit.*, p. 271, che le definisce “misure di sicurezza “elastiche” (...) che richiedono

sunte dalle imprese “avendo a riferimento quanto previsto dai ccnl e favorendo così le intese con le rappresentanze sindacali aziendali”²⁷. Rrichiami di analogo tenore sono rinvenibili nel Protocollo del 24 luglio 2020 sul “rientro in sicurezza” nelle pp. aa.²⁸.

I riverberi di tale disposto, relativamente ai moduli organizzativi che insistono sulla dimensione spazio-temporale della prestazione e direttamente evocati dal Protocollo, sono evidenti: 1) per il *flexi-time*, ossia la flessibilità in entrata e in uscita, funzionale ad evitare pericolosi assembranti favorendo al contrario lo scaglionamenti di ingressi e uscite, i contratti collettivi nazionali di categoria (nel settore privato) e di comparto (nelle pp.aa.) demandano alla contrattazione collettiva decentrata/integrativa la regolazione di tale strumento; 2) per quanto riguarda l'individuazione di “tipologie di orario di lavoro” che consentano l'articolazione differenziata e flessibile delle presenze di lavoratori *in situ*, esse costituiscono oggetto di “confronto” con le rappresentanze sindacali in azienda o nell'amministrazione; 3) in riferimento all'implementazione dei sistemi di turnazione, funzionali pure essi a obiettivi di distanziamento e diminuzione dei contatti, il potere datoriale si esercita entro i soli vincoli derivanti dai contratti collettivi nazionali; 4) mentre alcun vincolo, a quanto consta, grava sul potere direttivo e organizzativo datoriale

un delicato lavoro di adattamento nei contesti aziendali perché in effetti condizionate dallo stato di dei fatti e dei luoghi”.

²⁷ A proposito della implementazione delle misure nella contrattazione collettiva cfr. il Rapporto redatto da Cgil e Fondazione Di Vittorio, *La contrattazione di secondo livello al tempo del Covid-19*, Febbraio 2021, www.fondazionedivittorio.it/it/focus-fdv-cgil-contrattazione-secondo-livello-al-tempo-del-covid-19%20, da cui si desume che la riorganizzazione degli orari di lavoro funzionale al riavvio delle attività è stata implementata attraverso Accordi settoriali che tendenzialmente “fotografano” i contenuti del Protocollo generale (anche se con qualche eccezione, come nel caso dei Protocolli per i settori Moda e Cantieri), nonché tramite più puntuali Accordi collettivi aziendali o regolamenti aziendali condivisi con le rappresentanze sindacali in azienda. Per una sintesi ragionata del Rapporto v. DE SARIO, DI NUNZIO, LEONARDI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva per la tutela della salute e sicurezza sul lavoro nella fase 1 dell'emergenza da pandemia di Covid-19*, in *RGL*, 2021, I, p. 91 ss.

²⁸ Va rimarcato peraltro che il Par. 13 del Protocollo del 6 aprile 2021, secondo cui “è costituito in Comitato per il Protocollo e la verifica delle regole contenute nel presente Protocollo di regolamentazione, con la partecipazione delle rappresentanze sindacali e del RLS” è stato ritenuto cogente da quella giurisprudenza che ha bollato come antisindacali le condotte delle aziende consistite nell'adozione unilaterale di misure prevenzionistiche “da Protocollo”, ma senza il preventivo coinvolgimento delle rappresentanze sindacali: cfr. Trib. Velletri decreto 13 ottobre 2020; Trib. Matera decreto 14 settembre 2020; Trib. Treviso decreto 2 luglio 2020, in *RGL*, 2021, II, p. 105 ss., con nota di MATTEI.

di adottare misure di dislocazione dei lavoratori negli uffici al fine di favorire il distanziamento²⁹.

Laddove il datore di lavoro ravvisi contesti di criticità organizzativa e ove non vi siano margini per declinare misure concordate o condivise con le organizzazioni sindacali, potrà adottare le misure alternative consentite dall'ordinamento emergenziale e dagli stessi Protocolli: o l'attivazione del lavoro agile ove le mansioni siano "smartabili", oppure il ricorso a istituti come ferie, congedi retribuiti e altri strumenti di cui alla contrattazione collettiva.

A titolo di *extrema ratio*, rimarrà la via d'uscita della sospensione dell'attività, limitatamente ai reparti cui sono addetti i lavoratori interessati dalla criticità.

5. *L'impatto del nuovo cronotopo del lavoro sull'organizzazione sociale: alcune evidenze (anche in prospettiva post-pandemica)*

La rappresentazione distopica di una società caratterizzata dalla frantumazione del paradigma unitario di tempo e di luogo di lavoro e, per conseguenza, dal ripensamento del modello di organizzazione sociale, si è improvvisamente materializzata in un arco di tempo straordinariamente breve, quello cioè contrassegnato dall'emergenza pandemica.

Il *mix* fra remotizzazione del lavoro e disarticolazione dei tempi di lavoro, attraverso pratiche di scaglionamento e flessibilizzazione, arricchito naturalmente dalla diffusione della didattica a distanza e dalla sospensione, prima su base nazionale poi regionale/territoriale, di alcune attività ritenute a specifico rischio sotto il profilo sanitario, ha generato profonde ricadute di natura sociale.

Un esempio è costituito dallo svuotamento antropico degli spazi pubblici, con la clamorosa riappropriazione degli stessi da parte della natura e della fauna.

O ancora si pensi, su un piano del tutto contiguo, alla rarefazione della circolazione per motivi di lavoro o di studio, cui è conseguita la drastica ri-

²⁹ In ipotesi di attivazione di tali misure, nell'osservanza dei limiti e dei criteri da legge o dalla fonte contrattuale-collettiva, il potere di variazione unilaterale del datore di lavoro potrà a quel punto esercitarsi liberamente, senza cioè che sia richiesto l'ulteriore consenso del lavoratore *uti singulus*: arg. ex Cass. 23 aprile 2021, n. 10868; 6 dicembre 2019, n. 31597; 17 luglio 2018, n. 19014; 4 gennaio 2018, n. 88.

duzione del traffico e del congestionamento urbano, come non si verificava dai tempi dello *choc* petrolifero degli anni settanta.

Ma neppure sfugge lo stravolgimento di un *topos* del fordismo, quale il processo di concentrazione nelle metropoli urbane della vita lavorativa e sociale, con tutto ciò che ne è derivato in tempo di pandemia: svuotamento dei centri urbani, riduzione del consumo dei buoni pasto, azzeramento delle trasferte per motivi di lavoro, paralisi, in dipendenza di tali fenomeni, di numerose attività produttive e commerciali. Per contro, si registra una sorta di ritorno alla dimensione, più a misura d'uomo, dei piccoli centri o la riscoperta di una possibilità di *vita attiva* anche nello spazio, quasi sempre negletto, delle periferie³⁰.

Senza contare, ulteriormente, l'impatto quantitativo e qualitativo sul *modus essendi* delle città: l'enfaticizzazione crescente delle politiche di mobilità e abitative in senso *green*, sino all'affermarsi di nuovi modi di intendere gli spazi abitativi, con effetti anche sulle dinamiche dello stesso mercato immobiliare³¹, riscoprendosi, nella prospettiva imperante del lavoro agile, il valore degli spazi esterni, ovvero la necessità di implementare siti che consentano lo svolgimento da remoto di una contestuale pluralità di prestazioni lavorative (luoghi di *co-working*).

Un interrogativo che ricorre continuamente è: cosa resterà di tutto questo una volta conclusa l'emergenza pandemica?

Fermo restando che nel momento in cui si scrive risulta prematura qualsiasi prognosi sulla "fine della pandemia"³², immaginare che gli stravolgimenti dell'organizzazione sociale e dello spazio pubblico, di cui si è detto sinora, possano rivelarsi definitivi è certamente illusorio e per molti versi neppure auspicabile³³.

Neppure può prendersi per buona la tesi opposta, giusto la quale i cam-

³⁰ Cfr. PAIS, *Smartworking e nuovi spazi di lavoro: come cambiano i beni collettivi locali*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 136/2020; FIORELLI, RAITANO, *Lo spazio neutro del lavoro duttile*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 136/2020.

³¹ Cfr. DONATO, *Il mercato immobiliare fra emergenza Covid-19 e smart working*, 20 gennaio 2021, www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2021/Donato_RE_Italy_Milano_20210120.pdf.

³² Come giustamente rilevano FIORELLI, RAITANO, *op. cit.*; nonché BOERI, *Un futuro in lavoro remoto?*, in AA.VV., *Il mondo dopo la fine del mondo*, Laterza, 2020, p. 41.

³³ Basti considerare il fatto che la pandemia ha funzionato da fattore di innesco di nuove disuguaglianze sia di natura economica, sia legate all'ineguale distribuzione di "spazi domestici, pubblici e virtuali": v. OLIVITO, *Le disuguaglianze fra centro e periferie: lo sguardo miope sulle città*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 2, pp. 73-74; LEONINI, *Vite diseguali nella pandemia*, in *Polis*, 2020, p. 185.

biamenti indotti dalla pandemia siano da ritenersi del tutto transeunti e destinati a consunzione insieme all'eccezionale evento che li ha generati.

Alcuni rilievi, in riferimento alle tematiche trattate in questo contributo, paiono indicativi.

Il lavoro agile, e più in generale la tendenza a remotizzare una serie di attività, è oramai una realtà consolidata e probabilmente tale resterà³⁴. Ma sicuramente in un contesto, cui già prima si accennava, di “normalizzazione” dell'istituto, nel senso per cui il lavoro da remoto diverrà parte di un meccanismo in cui a periodi, dislocati sulla base delle esigenze comuni datoriali e del lavoratore, di lavoro a distanza si alterneranno periodi di lavoro in presenza³⁵; e ciò anche per far sì che tale modalità incorpori tratti di reale “intelligenza”³⁶, senza svilire a strumento di pericoloso isolamento per lavoratori e, soprattutto, lavoratrici³⁷.

Neppure può escludersi, infine, che una certa propensione a smantellare elementi del “modello fordista” dei tempi, sia di lavoro sia delle città³⁸, si preservi a livello di politiche e di prassi nella organizzazione degli orari, accentuandosi il *trend* di “de-sincronizzazione” degli orari in azienda e negli uffici; ciò in modo, fra le altre cose, da diminuire o semplicemente diluire la presenza massiva dei lavoratori, con conseguenze in fin dei conti auspicabili non solo per l'*habitat* circostante (soprattutto nelle grandi città) ma anche dal punto di vista della qualità e della continuità delle attività e dei servizi.

³⁴ Ne è convinto CARNEVALE MAFFÈ, *op. cit.*, p. 79; v. anche BUTERA, *Progettazione del lavoro a partecipazione nella quarta rivoluzione industriale dopo il Covid-19*, in MINGIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 86, che preconizza un “modello di lavoro” nel quale si darà “grande valore al proprio *workplace within*, ossia a quel mondo di esperienza, cultura e intelligenza che è il patrimonio di ogni persona”.

³⁵ I sistemi misti (o ibridi) di cui parla fra gli altri GRANATA, *L'Italia del quarto d'ora: ripensare i ritmi a partire dalle città medie*, in *Il Mulino*, 2020, p. 642. Tale visione appare invero non coincidente con quella di recente prospettata dal Ministro per la p.a. Renato Brunetta, volta ad avallare un secco ridimensionamento del lavoro in modalità agile e il ritorno massivo dei dipendenti delle pp.aa. (e non solo: anche delle aziende private) al lavoro in presenza. Condivisibili in tal senso paiono le critiche di BENTIVOGLI, CORSO, *Lavoro a casa, no alle ritirate*, in *La Repubblica*, 6 settembre 2021, p. 24.

³⁶ Cfr. GHENO, *Il lavoro nel post Covid-19: tra desiderio e cambiamenti necessari*, in *LDE*, 2020, n. 2, p. 9. Stimolanti al riguardo anche le riflessioni di BOERI, *op. cit.*, p. 48 ss.

³⁷ Considerate le implicazioni di genere variamente connesse all'impiego del lavoro agile, su cui CARUSO, ZAPPALÀ, *op. cit.*, p. 33; MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, p. 187 ss.

³⁸ Su cui v. GRANATA, *op. cit.*, p. 644.

Provando a delinearne scenari ulteriormente evoluti, è auspicabile che un evento così imprevedibile e doloroso possa sortire l'effetto positivo di stimolare quel su cui da tempo si dibatte³⁹, ma con scarse concretizzazioni. Ossia l'avvio di percorsi di progettazione istituzionale di evoluti modelli spazio-temporali del "vivere", in cui il lavoro assuma ovviamente una dimensione centrale, che riflettano i tempi nuovi che siamo destinati ad affrontare⁴⁰.

Orbene, il contesto potrebbe rivelarsi maturo per elaborare ulteriormente e rendere ordinario ciò che è sorto sulla spinta dell'emergenza. E sarebbe un buon modo per "capitalizzare" un evento epocale quale la pandemia da Covid-19⁴¹.

³⁹ Cfr. esemplificativamente GASPARI, *op. cit.*, p. 95 ss.

⁴⁰ Si potrebbe immaginare di ridare smalto all'esperienza, sino ad oggi estremamente circoscritta (pur con lodevoli eccezioni: per esempio il Comune di Milano), dei Piani territoriali degli orari (P.T.O.). Di portata più limitata, ma non per questo meno rilevante, potrebbe essere l'impatto dei Piani di spostamento casa-lavoro, che, ai sensi dell'art. 229, comma 4, del d.l. n. 34/2020, ogni impresa o p.a. con determinati requisiti dimensionali è tenuta a adottare entro il 31 dicembre di ogni anno. I piani, finalizzati alla riduzione dell'uso del mezzo di trasporto privato individuale, andrebbero redatti secondo le Linee guida approvate con d.l. del 4 agosto 2021.

⁴¹ Cfr. GIACCARDI, MAGATTI, *Nella fine è l'inizio. In che mondo vivremo*, il Mulino, 2020, p. 72 ss. Sulla necessità di non sprecare l'occasione di una "buona crisi" v. CIPOLLETTA, *La nuova normalità. Istruzioni per un futuro migliore*, Laterza, 2021, p. 152 ss.

Abstract

L'emergenza pandemica ha prodotti effetti dirompenti sull'assetto dei tempi e dei luoghi di lavoro, derivanti da disposizioni normative finalizzate a tutelare la salute dei lavoratori. Lo strumento del lavoro agile, diffuso sia nelle aziende private sia nelle p.a., ha indotto la remotizzazione e delocalizzazione della prestazione di lavoro. Per quanto riguarda il lavoro in presenza, specie a seguito del riavvio delle attività produttive, sono state introdotte misure finalizzate a incrementare la flessibilità e a favorire turnazioni, in modo da differenziare la presenza di gruppi di lavoratori in azienda o negli uffici. L'a. si sofferma al riguardo su alcune questioni giuridico-sindacali derivanti dall'attuazione di tali misure, per poi infine analizzarne le ricadute sugli assetti dell'organizzazione sociale, anche in prospettiva post-pandemica.

The pandemic emergency produced disruptive effects, deriving from regulatory provisions aimed at protecting employees' health and safety, on both working times and workplaces. The tool of remote work, widespread both in private companies and in public administrations, induced the remotization and the relocation of working activities. With regard to on-site work, especially after the restarting of the economic activities, multiple measures for increasing flexibility and encouraging shifts have been introduced, aimed at organizing the presence of groups of workers in the company or in the offices. In this regard, the Author focuses on some issues relevant for labour and trade union law, arising from the implementation of these measures, and then finally analyses their effects on the social organization, also in a post-pandemic perspective.

Key words

Emergenza pandemica, tempi e luoghi di lavoro, lavoro a distanza, flessibilità e turnazioni, tempi sociali.

Pandemic emergency, Times and places of work, Remote work-Flexibility and work shifts, Times of society.

Maura Ranieri

Sostegno all'occupazione e contrasto delle organizzazioni criminali

Sommario: **1.** Covid e mafie: un'emergenza nell'emergenza. **2.** Le misure di contrasto dell'epoca pandemica: tra frammentarietà ed eccezionalità. **3.** Una strategia complessa per un fenomeno complesso: alcune coordinate.

1. Covid e mafie: un'emergenza nell'emergenza

L'avanzamento dell'esperienza pandemica ha confermato ciò che, per vero, si è palesato sin dall'inizio dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Covid-19, vale a dire il rischio che la situazione sanitaria potesse agevolare e rinsaldare le attività delle organizzazioni criminali di stampo mafioso. Un rischio, peraltro, corroborato da una duplice e correlata evenienza, l'una di immediata percezione allo scoppio della vicenda pandemica, l'altra, invece, di più recente emersione.

Sin da subito, difatti, si è avvertita l'attrazione che la crisi economica e sociale, ineludibile corollario dell'emergenza sanitaria, avrebbe esercitato sulle mafie e sulla loro azione; di contro, il prolungamento di quella medesima emergenza e l'inasprimento della crisi concorrono a rendere il rischio di infiltrazione sempre meno aleatorio.

Del resto, se le organizzazioni criminali di matrice mafiosa vantano la capacità di insinuarsi nei contesti segnati da una sospensione dell'ordine sociale con l'intento di offrire e svolgere una funzione ordinante¹, è facilmente

¹ SCIARRONE, *Fase 2, gli interessi delle mafie nella ricostruzione*, in www.unitonews.it, 12 maggio 2020.

intuibile come e quanto l'infelice e contingente congiuntura economica e sociale possa costituire un allettante incentivo per la cura degli interessi (non solo economici) dei gruppi criminali.

Peraltro, agli accorati appelli lanciati sin dalle prime fasi della pandemia da autorevoli esponenti del mondo della politica, della cultura e della giustizia al fine di accendere i riflettori sui potenziali effetti a vantaggio delle organizzazioni mafiose, si sono affiancati, con il trascorrere del tempo, riscontri empirici evidenti tanto nella dimensione sovranazionale², quanto in quella nazionale. A quest'ultimo proposito, recenti report hanno posto in luce come le mafie stiano consolidando ed espandendo la propria presenza, anzi il controllo del territorio e la fruibilità di immediate risorse economiche possono costituire leve significative per incrementarne il consenso sociale³.

Coerentemente, poi, con la lettura diffusa che invoca il superamento di taluni *cliché* che troppo spesso continuano ad accompagnare la narrazione delle mafie e delle loro azioni, vi è da avvertire che l'operato dei gruppi criminali si manifesta nei settori più differenti⁴, così come nelle direzioni più diversificate. Benché, di certo, le difficoltà connesse all'accesso al credito e alla disponibilità di liquidità⁵, nonché la gestione emergenziale delle risorse pubbliche e la relativa elargizione⁶ schiudano varchi di più facile penetrazione

² Cfr., in particolare, il Rapporto dell'United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *The impact of COVID-19 on organized crime*, Research Brief, 2020, disponibile sul sito <https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2020/July/organized-crime-groups-are-infiltrating-the-legal-economy-following-covid-19-crisis—says-latest-unodc-research-brief.html>, e quello dell'Europol, *Beyond the pandemic how COVID-19 will shape the serious and organised crime landscape in the EU*, reperibile sul sito <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/beyond-pandemic-how-covid-19-will-shape-serious-and-organised-crime-landscape-in-eu>, 30 aprile 2020.

³ Così si legge nella relazione semestrale della Direzione Investigativa Antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti*, gennaio-giugno 2020, disponibile all'indirizzo https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/page/relazioni_semestrali.htm, spec. p. 7. Si vedano, altresì, i report dell'Organismo permanente di monitoraggio ed analisi sul rischio di infiltrazione nell'economia da parte della criminalità organizzata di tipo mafiosa istituito nell'aprile del 2020 per contrastare le contaminazioni mafiose nell'economia a seguito della pandemia da Covid-19.

⁴ Mette in evidenza come le mafie possano contaminare tanto settori economici colpiti dall'esperienza pandemica (come, ad esempio, le attività del commercio e del ristoro), quanto comparti che ne sono stati invece rafforzati (come, sempre in via esemplificativa, *health care* e telecomunicazioni), RUSSO, *Le Mafie al tempo della Covid-19*, in *RGM*, 2021, p. 17.

⁵ Cfr. DI GENNARO, PASTORE, *La crisi economica post-pandemia: alcuni indicatori di risk assessment strategico dell'operatività delle mafie*, in *RGM*, 2021, p. 39 ss.

⁶ Si veda quanto affermato da Maurizio De Lucia, Lia Sava e Dino Petralia nell'intervista di Andrea Apollonio, 20 aprile 2020, in www.giustiziainsieme.it.

delle organizzazioni criminali e si traducano in benefici sempre più appetibili per i medesimi soggetti.

Sicché, per quanto la pandemia da Covid-19 non preservi totalmente l'azione dei mafiosi, al punto da far registrare una flessione di certi reati⁷ in ragione essenzialmente delle restrizioni che ne hanno scandito l'evoluzione, di fatto l'attività delle mafie non si arresta, né si attenua; semmai si aprono nuovi spazi e si sperimentano nuove modalità di infiltrazione facendo tesoro di quella attitudine metamorfica che ha consentito, e tuttora consente, alle organizzazioni criminali di adeguarsi a tempi, luoghi e spazi eterogenei⁸.

In considerazione di ciò, dunque, appare opportuno provare a tratteggiare, seppur per grandi linee, lo stato dell'arte ovvero esaminare *se e cosa* è stato messo in campo al fine di contrastare l'infiltrazione criminale e, in seguito, verificare *se, come e quanto* le misure adottate riescano a fraporsi all'azione della criminalità organizzata o, viceversa, occorran ulteriori e diversi interventi in una prospettiva che muove dal contesto pandemico ma è necessariamente chiamata a proiettarsi ben oltre.

2. *Le misure di contrasto dell'epoca pandemica: tra frammentarietà ed eccezionalità*

Volgendo lo sguardo ai provvedimenti legislativi del periodo più recente è possibile rinvenire una molteplicità di interventi disseminati in vari atti normativi tendenzialmente onnicomprensivi, come è frequente per la decretazione d'urgenza, specie poi in una fase di emergenza sanitaria⁹.

A ben vedere, però, solo alcune (poche) misure possono ascrivere a una sfera di pertinenza più o meno diretta e immediata del diritto del lavoro; di contro, più cospicui sono gli interventi che lambiscono in maniera indiretta e mediata la disciplina giuslavoristica suscitando comunque l'interesse dello

⁷ AMERIO, SERGI, *La mafia ai tempi del Covid-19: espansione o contrazione degli "affari"?*, in *www.magistraturaindipendente*, 18 aprile 2020.

⁸ SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli editore, 2009, spec. p. 23 ss.

⁹ Sulla quantità di atti approvati a livello nazionale e regionale in questa fase storica e sulle conseguenti difficoltà classificatorie v. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione dell'epidemia da Covid-19*, in AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2020.

studioso del diritto del lavoro che scruti dal proprio angolo di osservazione le misure di contrasto alla criminalità organizzata di matrice mafiosa¹⁰.

Tra le prime, in via esemplificativa, s'intende richiamare l'inserimento nel d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. Codice antimafia) dell'art. 83 *bis* in materia di protocolli di legalità, ad opera dell'art. 3, co. 7, d.l. 16 luglio 2020 n. 76 conv. dalla l. 11 settembre 2020 n. 120. La disposizione prevede che i suddetti protocolli, siglati dal Ministero dell'interno con le imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale, con le associazioni datoriali e con le organizzazioni sindacali, "possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati" e, inoltre, possono disporre l'applicazione delle disposizioni del Codice antimafia "anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi" (art. 83, co. 1)¹¹.

Se, per un verso, l'innovazione normativa assicura una maggiore effettività e incisività ai protocolli di legalità sottoscritti dal Ministero dell'interno; per altro verso e al contempo, l'estensione dell'ambito di applicazione di alcuni strumenti di contrasto, come l'interdittiva antimafia, desta qualche perplessità non foss'altro per le "sofferenze costituzionali"¹² che corredano troppo spesso l'impiego di questo specifico strumento.

Meritevole di segnalazione è anche l'importante stanziamento in favore del Fondo per la crescita sostenibile con l'obiettivo di erogare finanziamenti agevolati per la costituzione di nuove imprese, anche sotto forma di società cooperative, in varie situazioni tra cui rientrano anche le imprese destinatarie di provvedimenti di sequestro e confisca. Nella medesima direzione si pone la previsione per cui enti precipui, alternativi alle banche e deputati a raccogliere in sede locale somme di modesto ammontare al fine di erogare prestiti contenuti e senza scopo di lucro, possano continuare a concedere finanziamenti alle cooperative a condizioni più favorevoli rispetto a quelle esistenti

¹⁰ Per una ricognizione più puntuale e approfondita delle misure adottate si consenta il rinvio a BORELLI, RANIERI, *Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa*, in questa rivista, 2021, p. 202 ss.

¹¹ Si prevede, altresì, l'equipollenza tra l'iscrizione nelle c.d. *white list* e nell'anagrafe antimafia degli esecutori, istituita dall'art. 30 del d.l. 17 ottobre 2016 n. 189 e il rilascio dell'informazione antimafia (art. 83 *bis*, co. 2) e si obbligano le stazioni appaltanti a prevedere "negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto" (art. 83 *bis*, co. 3).

¹² LONGO, *La «massima anticipazione della tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in www.federalismi.it, 2019, p. 14.

sul mercato (*ex art. 39, co. 5 bis, d.l. 19 maggio 2020 n. 34 conv. con l. 17 luglio 2020 n. 77*).

Numerose, come anticipato, sono invece le previsioni destinate ad incidere indirettamente sul contrasto alla criminalità organizzata; tra queste meritano un cenno alcune modifiche al Codice dei contratti pubblici, nonché l'introduzione della procedura di emersione del lavoro irregolare ad opera del d.l. 19 maggio 2020 n. 34.

L'intreccio perverso che può svilupparsi tra mafie e appalti pubblici è noto da tempo e costantemente indagato¹³ risultando, peraltro, uno degli ambiti in cui emergono azione ed effetti (dell'azione) della c.d. area grigia¹⁴; così come per nulla inedito è il dibattito sulla opportunità di semplificare il Codice dei contratti al fine di rendere più agevoli e spedite le procedure di evidenza pubbliche¹⁵. Ebbene, di recente il legislatore ha rimodulato la disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici sia con riguardo agli appalti *sotto-soglia*, sia con riferimento agli appalti *sopra-soglia*¹⁶. È del tutto evidente che ogni disposizione volta a snellire le procedure di assegnazione deve fare i conti con i rischi connessi alle infiltrazioni, riproponendo, dunque, la questione dirimente del contemperamento tra esigenze di celerità e tempestività e bisogni di trasparenza e legalità¹⁷.

¹³ Di recente v. VANNUCCI, *Tra area grigia e «mondo di mezzo»: anatomia di Mafia Capitale*, in *Meridiana*, 2016, p. 41 ss.

¹⁴ ARLACCHI, DALLA CHIESA, *La palude e la città*, Mondadori, 1987. Di recente sul concetto di area grigia cfr. SCIARRONE, STORTI, *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, il Mulino, 2019.

¹⁵ Cfr. DONATO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anti-corruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2020, n. 89.

¹⁶ Così, per un verso, si dispone che, fino al 31 dicembre 2021, gli appalti sotto-soglia siano assegnati mediante affidamento diretto o procedura negoziata, elevando peraltro ulteriormente la soglia per l'affidamento diretto; per altro verso, è previsto, nel medesimo arco temporale, che per gli appalti sopra-soglia si ricorra alla procedura aperta o ristretta, alla procedura competitiva con negoziazione o, in casi di estrema urgenza, alla procedura negoziata *ex art. 63* del Codice dei contratti pubblici (cfr., rispettivamente, artt. 1 e 2 del d.l. 76/2020). Si rinvia in proposito ai rilievi critici dell'Anac cfr. ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, in *www.anticorruzione.it*, 4 agosto 2020, p. 4 ss.

¹⁷ Alle medesime logiche e reiterando le stesse problematiche risponde, sempre in via esemplificativa, l'art. 3, co. 1, d.l. 76/2020 secondo cui, fino al 31 dicembre 2021, nei procedimenti su istanza di parte aventi ad oggetto la distribuzione di benefici economici di vario tipo da parte di pubbliche amministrazioni, qualora il rilascio della documentazione antimafia non

Per quanto concerne, invece, la procedura di emersione prevista dall'art. 103 del d.l. 34/2020, vi è da registrare l'adozione di una disciplina molto articolata che integra, al contempo, una nuova ipotesi di regolarizzazione della presenza sul territorio italiano per i lavoratori stranieri. In estrema sintesi, si tratta di una procedura riservata a taluni settori e che si snoda lungo due differenti percorsi: uno ad iniziativa datoriale, l'altro su attivazione del migrante¹⁸.

Malgrado il clamore mediatico che ha accompagnato questa ottava sanatoria non è dato riscontrare un tasso particolarmente elevato di domande di regolarizzazione¹⁹; di modo che, il risicato utilizzo della procedura costituisce ulteriore elemento di criticità di una disciplina disorganica, macchinosa e già di per sé abbastanza discutibile.

Benché, difatti, l'iniziativa governativa non possa che essere salutata con favore per i risvolti che può determinare nella vita di donne e uomini relegati

sia immediatamente conseguente alla consultazione della relativa banca dati nazionale, ricorre sempre il caso d'urgenza e quindi si procede in assenza di informazione antimafia (*ex art. 92, co. 3, d.lgs. 159/2011*). Similmente, il secondo comma dell'art. 3 prevede che, con riferimento allo stesso arco temporale, per gli accertamenti antimafia inerenti all'affidamento e all'esecuzione dei contratti pubblici "aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria", conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e alle risultanze delle altre banche dati disponibili, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito.

¹⁸ I settori coinvolti sono: agricoltura (ma anche allevamento e zootecnia, pesca, acquacoltura e attività affini); assistenza alla persona per sé o per familiari non autosufficienti e lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. Per quanto concerne il duplice percorso predisposto, nel primo il datore di lavoro può dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro irregolare, con un cittadino italiano o straniero, oppure presentare un'istanza per stipulare un nuovo contratto di lavoro con uno straniero, in entrambe le ipotesi purché già censiti alla data dell'8 marzo 2020. Peraltro, il datore deve indicare la durata del contratto di lavoro e la retribuzione pattuita che comunque non potrà essere inferiore al contratto collettivo nazionale di riferimento. Nel secondo percorso, invece, gli stranieri con un titolo di soggiorno scaduto o non rinnovato o convertito possono avanzare richiesta di un permesso di soggiorno temporaneo della durata di sei mesi, purché già presenti nel territorio nazionale alla data dell'8 marzo 2020 e, soprattutto, risultino aver svolto, entro il 31 ottobre 2019, attività lavorativa in uno dei settori cui è limitata l'applicazione della misura. Per un approfondimento della disciplina cfr. CALAFÀ, *Legalità e lavoro nel diritto "dopo" la pandemia*, in *QG*, 2020, spec. p. 70 ss.; CHIAROMONTE, D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *DIC*, 2020, spec. p. 19 ss. e, degli stessi autori più di recente, *Migranti, lavoro e pandemia: nuovi problemi, vecchie risposte?*, in *RGL*, 2021, I, spec. p. 12 ss.

¹⁹ Insistono sul punto CALAFÀ, *op. cit.*, p. 72 e CHIAROMONTE, D'ONGHIA, *Migranti, lavoro e pandemia*, cit., pp. 10 e 11.

nell'ombra della clandestinità, non si può però fare a meno di evidenziare la limitatezza di un intervento confinato a soli tre comparti, che certo non esauriscono il fenomeno dell'illegalità del lavoro e, più in generale, la ristrettezza di una regolazione che non pone in alcun modo in discussione la terribile equivalenza contratto di lavoro=regolarità del soggiorno. Una equivalenza, come noto, codificata oramai da anni nel nostro ordinamento in forza di una normativa di gestione della presenza per motivi economici di stranieri sul territorio nazionale, per vari aspetti, irrazionale e inefficiente²⁰.

Ancora una volta, cioè, assistiamo all'esaltazione di un provvedimento di regolarizzazione ai ranghi di "principale dispositivo di politica migratoria"²¹ con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di spazi di protezione ed effettività delle tutele.

Una constatazione che, a ben vedere, assume contorni ancora più drammatici ove si rifletta sulle ripercussioni che scaturiscono dalle esperienze diffuse di irregolarità *del e nel* lavoro, anche al di là della configurabilità della fattispecie penale dello sfruttamento lavorativo (*ex art. 603 bis cod. pen.*)²², e su *come e quanto* ogni condizione di vulnerabilità, individuale e collettiva, attragga i gruppi criminali mafiosi incoraggiandone e facilitandone i tentativi di infiltrazione.

3. *Una strategia complessa per un fenomeno complesso: alcune coordinate*

La frammentarietà e l'eccezionalità che contraddistinguono gli interventi messi a punto in fase pandemica appaiono tratti pressoché ineluttabili di una congiuntura storica (e giuridica) segnata dall'*emergenza*.

Ciò che, piuttosto, allarma è la consapevolezza che provvedimenti di tal tipo si inseriscono in uno scenario regolativo tutt'altro che razionale e ordinato; sicché, un quadro normativo affatto compiuto è ulteriormente stressato

²⁰ A riguardo tra i tanti cfr. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, 2012, spec. p. 109 ss.; CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2013, spec. p. 183 ss. e RECCHIA, *L'accesso al lavoro dei migranti economici*, in CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, 2020, p. 93 ss.

²¹ AMBROSINI, *Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia*, in RGL, 2017, I, p. 558.

²² Sul punto si consenta il richiamo a RANIERI, *Dignità, lavoro e legalità o meglio legalità, lavoro, dignità*, in VTDL, 2020, spec. p. 685.

e complicato dalle misure estemporanee ed urgenti adottate nel tempo attuale.

Peraltro, ad avviso di chi scrive, è opportuno rammentare che ogni riflessione in materia debba essere condotta e sviluppata nel prisma della *complessità*²³, quale chiave di lettura dei gruppi criminali mafiosi, del rapporto lavoro/mafie e della relativa legislazione di contrasto, all'insegna dell'impostazione teorica di più ampio respiro che scorge nella complessità "la categoria-madre della postmodernità"²⁴.

In particolare, la complessità dell'esperienza mafiosa si radica nella sua storia evolutiva²⁵, nonché nella configurazione attuale delle organizzazioni criminali, al di là degli stereotipi che ne confondono la rappresentazione e la comprensione²⁶. Ancor più, poi, la complessità è lente attraverso cui indagare la normativa di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso da un'angolazione prettamente giuslavoristica; in verità, proprio da questo privilegiato punto di osservazione è dato cogliere il passaggio da una stagione di sostanziale indifferenza tra legislazione di contrasto e lavoro (prima ancora che diritto del lavoro) ad un tempo, quello corrente, segnato invece da forti interrelazioni²⁷.

Ne consegue che dinnanzi ad un fenomeno complesso è necessario approntare misure differenziate e articolate²⁸ ovvero una strategia di contrasto tarata sul quel medesimo tratto distintivo; una prospettiva, pertanto, che dovrebbe snodarsi lungo tre direttrici essenziali maturate intorno alle criticità che emergono da un'analisi approfondita del quadro normativo vigente.

Innanzitutto, lo studio della normativa di contrasto restituisce una produzione legislativa incrementale, contrassegnata da profili di emergenzialità,

²³ Per questa prospettiva teorica si permetta il rinvio, da ultimo, a RANIERI, *Strumenti di contrasto alle mafie e diritto del lavoro: una proposta classificatoria*, in *RGL*, 2020, I, p. 711 ss.

²⁴ SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in *RDC*, 2003, p. 582.

²⁵ Per tutti cfr. LUPO, *La mafia. Centosessant'anni di storia*, Donzelli editore, 2018.

²⁶ Tra i tanti sul punto METE, *Le mafie nell'autotrasporto. Il caso di Reggio Emilia*, in BORELLI, METE (a cura di), *Mafie, legalità, lavoro. Quaderni di Città sicure*, Regione Emilia-Romagna, 2018, spec. p. 11.

²⁷ Cfr. in proposito, RANIERI, *Contrasto alla criminalità organizzata e diritto del lavoro: indifferenze, interrelazioni e cortocircuiti*, in *LD*, 2015, p. 377 ss.

²⁸ Si veda METE, *Fuori dal Comune. Lo scioglimento delle amministrazioni locali per infiltrazioni mafiose*, Bonanno editore, 2009 e, più di recente dello stesso autore, *La lotta alle mafie tra movimenti e istituzioni* (voce), Treccani, 2015, p. 305 ss.

settorialità, frammentarietà e stratificazione non dissolti dall'entrata in vigore del Codice antimafia in cui, anzi, "le molte ombre sopravanzano le poche luci"²⁹.

Spostando lo sguardo oltre il Codice non si scorgono tracce incoraggianti, né se si esaminano i provvedimenti destinati ad incidere sul progetto codificatorio, né se si indagano altri provvedimenti che, ancora in maniera disorganica e scomposta, sono stati adottati in materia nel corso del tempo. Basti richiamare, in via esemplificativa, l'atteso intervento riformatore al Codice realizzato con la l. 17 novembre 2017 n. 161 in cui, per vero, si mescolano criticità e buoni propositi³⁰ o l'attuazione, ad opera del d.lgs. 18 maggio 2018 n. 72, della delega al Governo per la tutela del lavoro nell'ambito delle imprese destinatarie dei provvedimenti di sequestro e di confisca, prevista dall'art. 34 l. n. 161/2017, risoltasi (e dissoltasi), a ben vedere, nella predisposizione di misure di sostegno al reddito in un'ottica essenzialmente rimediale³¹.

A fronte, quindi, di un quadro normativo deficitario quanto a compiutezza e organicità, una prima direttrice da impiegare nella predisposizione di una strategia complessiva di contrasto alle infiltrazioni mafiose anche nei luoghi di lavoro può ravvisarsi nell'attività di razionalizzazione della normativa.

Si tratta di un'operazione imprescindibile anche al fine di verificare e assicurare efficacia ed efficienza alle azioni intraprese; nella consapevolezza che, se pur nell'ambito di una interazione non sempre funzionante e fluida, il riordino si collega "alla teoria e alle tecniche sulla qualità della normazione"³² e il "rafforzamento della tecnica legislativa [...] implica anche il riordino e lo sfoltimento del tessuto normativo"³³. Nello stesso tempo, pare essenziale schivare il rischio di reiterare l'indebita confusione tra semplificazione e riduzione dei livelli di tutela, così come risulta altrettanto necessario muoversi oltre le strettoie di una mera operazione di riassetto, posto che razionalizzare può voler dire anche regolare meglio o di più.

²⁹ VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *RIDPP*, 2014, p. 707.

³⁰ VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *DPP*, 2018, p. 145 ss.

³¹ BORELLI, RANIERI, *Criminalità mafiosa e diritto del lavoro*, in questa rivista, 2019, p. 134; per un'analisi del provvedimento cfr., altresì, DENTICI, *La tutela del lavoro nell'impresa sequestrata o confiscata tra contratto e mercato*, in *DRI*, 2020, spec. p. 791 ss.

³² MORRONE, *Codificazione e riordino della legislazione*, in *QC*, 2014, p. 374.

³³ B.G. MATTARELLA, *La debolezza della tecnica legislativa*, in *GDA*, 2006, p. 929.

In secondo luogo un'altra direttrice di intervento è ravvisabile nel coinvolgimento di soggettività, interne ed esterne, all'azienda, posto che un agglomerato di criticità si concentra altresì sulla selezione dei soggetti, individuali e collettivi, che dovrebbero essere coinvolti nella predisposizione delle misure e delle azioni di contrasto e, in particolare, nei processi di salvataggio e recupero delle imprese sottoposte ad infiltrazioni mafiose.

Quest'ultimo è un aspetto divenuto oramai urgente nell'ottica di assicurare la permanenza delle imprese nel mercato in condizioni di legalità, poiché l'esperienza empirica mostra come le (poche) realtà produttive che riescono a sopravvivere al controllo mafioso sono quelle in cui si investe sul coinvolgimento e sulla partecipazione di una pluralità di soggetti che, a vario titolo, possono giocare un ruolo decisivo nel processo di riabilitazione dell'azienda.

A tal proposito, sul versante esterno all'impresa, molteplici strumenti di natura pattizia possono concorrere a creare un contesto territoriale, economico e sociale propizio alla sopravvivenza dell'attività produttiva. Basti richiamare le c.d. filiere della legalità³⁴, l'attivazione delle reti di sostegno locale o la stipulazione di intese³⁵ sottoscritte, tra l'altro, da uffici giudiziari e istituzioni bancarie al fine di agevolare la gestione dei beni sequestrati e confiscati su un piano, quale quello dell'accesso al credito e della gestione delle linee di credito attivate, particolarmente delicato.

Ancora più incisivo, poi, risulta il coinvolgimento sul versante interno all'impresa, in cui il ruolo svolto da lavoratori e organizzazioni sindacali può essere decisivo per le sorti dell'azienda.

Se, invero, è acquisito il dato per cui le (poche) esperienze positive di recupero dell'impresa sono (spesso) contraddistinte da un protagonismo dei lavoratori che sovente sfocia in una assunzione di responsabilità collettiva attraverso il rilievo dell'attività economica e la costituzione di società cooperative³⁶, ben più complessa, di contro, è la valutazione circa il ruolo assegnato alle (e praticato dalle) organizzazioni sindacali dei lavoratori nell'ambito degli strumenti di contrasto ad oggi predisposti.

³⁴ Cfr. le esperienze riportate in MAZZANTI, PARACIANI, *L'impresa confiscata alle mafie. Strategie di recupero e valorizzazione*, FrancoAngeli editore, 2017, spec. p. 51 ss.

³⁵ Si vedano i Protocolli sottoscritti dall'Associazione Bancaria Italiana e da diversi Tribunali reperibili nella sezione normativa del sito dell'ABI (www.abi.it).

³⁶ Sull'opportunità di ricorrere allo strumento della cooperazione e, più in generale, di investire sulla partecipazione dei lavoratori di recente RUSCIANO, *Un argine alla «zona grigia»*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 4 aprile 2021.

Lo studio della normativa, cioè, non restituisce un'adeguata considerazione per le organizzazioni sindacali, per il contributo che potrebbero rendere e per le azioni che potrebbero, in varie fasi e in diversi momenti, proporre; si pensi all'esperienza dell'istituzione dei tavoli provinciali permanenti sulle aziende sequestrate e confiscate degradata, nel giro di un anno³⁷, da obbligo a facoltà o alla scarsa attenzione per i sindacati che traspare anche nella regolazione di strumenti di più recente fattura come l'amministrazione giudiziaria o il controllo, volontario o giudiziario, delle imprese. Laddove, all'opposto, una strategia di contrasto che aspiri anche ad assicurare tutela al lavoro e alle persone che lo prestano non può prescindere da un coinvolgimento generale delle organizzazioni sindacali diversamente modulabile a seconda dei tempi, dei soggetti sindacali da coinvolgere, delle situazioni e delle azioni da intraprendere.

Da ultimo, e in termini estremamente sintetici, un'ulteriore direttrice di intervento si innesta sul bisogno di assicurare un più equilibrato contemperamento dei molteplici interessi in gioco, ovvero della pluralità di diritti che insistono (e collidono) ogni qual volta l'azione dei gruppi criminali mafiosi interseca e contamina le attività produttive e il mondo del lavoro.

È indubbio, difatti, che per ragioni facilmente intuibili questo settore dell'ordinamento giuridico risenta, ben più di altri, dell'influenza di logiche emergenziali e repressive e mostri oramai segni evidenti di disequilibrio tra valori e interessi meritevoli di pari tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Tale constatazione non suggerisce per nulla un alleggerimento delle misure di contrasto o un allentamento dei relativi strumenti, ma impone una rivisitazione della normativa in ragione dell'adozione di una strategia complessiva congegnata proprio in forza della molteplicità di interessi e valori concorrenti e, in quanto tale, maggiormente aderente al quadro costituzionale.

Sicché, se non vi è dubbio alcuno sulla necessità insopprimibile di un ordinamento giuridico democratico di contrastare con forza il fenomeno mafioso e arginarne tutti i possibili tentativi di infiltrazione nei contesti politici, sociali, produttivi e finanche culturali; altrettanta persuasione deve sup-

³⁷ I tavoli permanenti sono stati introdotti dalla legge di riforma del Codice antimafia (l. n. 161/2017) e regolati dall'art. 41 *ter* dello stesso; la loro istituzione è stata prevista come facoltativa e non più obbligatoria ad opera dell'art. 36, co. 2-*bis*, d.l. 4 ottobre 2018 n. 113 conv. da l. 1° dicembre 2018 n. 132.

portare l'esigenza per cui il medesimo ordinamento giuridico democratico deve assicurare, con maggior premura rispetto a quanto avvenuto sino ad oggi, una ponderazione più misurata dei diritti in gioco, a partire, per l'appunto, dal diritto al lavoro.

Una prospettiva che, peraltro, pare coerente con le affermazioni della Corte costituzionale secondo cui il bilanciamento non deve consentire “né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro”; piuttosto, deve essere “sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati”³⁸, non potendosi avallare in alcun modo l'espansione illimitata di un diritto e quindi, con espressione oramai diffusa, non potendosi consentire giammai la tirannia di un diritto nei riguardi di altre situazioni giuridiche che godono del riconoscimento e della protezione costituzionali³⁹.

E per quanto le vicende prossime, dagli attentati terroristici all'esperienza epidemiologica per intenderci, abbiano riportato i giuristi a discutere di un diritto dell'emergenza, è bene rammentare che le emergenze e le reazioni (anche) giuridiche a tali evenienze hanno accompagnato lo sviluppo dei sistemi giuridici e che, per di più, dalla capacità di questi ultimi di arginare e contenere le tendenze dilaganti che spesso corredano queste evenienze – oltre dunque ciò che è necessario per un dato tempo e in una certa misura – è possibile soppesarne la maturità ovvero la tenuta dello stesso assetto democratico.

In conclusione, dunque, anche durante (e dopo) l'emergenza dettata dalla diffusione del Covid-19 si rinsalda la necessità di “una piena agibilità dei diritti [...] 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”⁴⁰ e mettendosi al riparo, verrebbe da aggiungere, dai tentativi di infiltrazione che le mafie a qualunque latitudine e in qualunque contesto possono attivare.

³⁸ C. Cost. 23 marzo 2018 n. 58.

³⁹ Espressione, come noto, impiegata in C. Cost. 9 maggio 2013 n. 85.

⁴⁰ BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Introduzione: una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 13.

Abstract

Il contributo prende le mosse dalle ripercussioni che la pandemia può determinare sulla infiltrazione delle organizzazioni criminali di stampo mafioso nel tessuto economico e sociale per poi analizzare le principali misure di contrasto adottate nel periodo più recente e rilevanti, in via diretta o indiretta, in una prospettiva giuslavoristica.

Successivamente, l'Autrice focalizza l'attenzione sulla necessità di predisporre una strategia di contrasto complessa, organizzata principalmente lungo tre direttrici di sviluppo: razionalizzazione, coinvolgimento e bilanciamento.

The contribution starts from the repercussions that the pandemic can have on the infiltration of mafia-type criminal organizations in the economic and social fabric and then analyzes the main contrasting measures adopted in the most recent period and relevant, directly or indirectly, in a perspective labor lawyer.

Subsequently, the Author focuses attention on the need to prepare a complex contrast strategy organized mainly along three lines of development: rationalization, involvement and balancing.

Keywords

Mafie, pandemia, misure di contrasto, razionalizzazione, coinvolgimento, bilanciamento.

Mafie, pandemic, contrast measures, rationalization, involvement, balancing.

Matteo Maria Mutarelli

Il processo del lavoro tra accelerazione telematica e distanziamento sociale

Sommario: **1.** Introduzione. L'emergenza pandemica e la giustizia. **2.** Le fasi della legislazione processuale dell'emergenza. **3.** Rinvio delle udienze e sospensione dei termini. **4.** *Segue.* La sorte dei termini "sostanziali" e l'impugnativa stragiudiziale del licenziamento. **5.** I poteri "paranormativi" attribuiti ai capi degli uffici. **6.** Le modalità alternative di svolgimento delle udienze. L'udienza a porte chiuse. **7.** *Segue.* L'udienza da remoto. **8.** *Segue.* La trattazione scritta.

1. Introduzione. L'emergenza pandemica e la giustizia

L'emergenza pandemica determinata dalla pervasività del virus Covid-19 e dalle sue modalità di trasmissione, idonee a investire ogni contesto umano caratterizzato da relazioni fisiche, si è ripercossa anche nel settore della giustizia, nell'ambito del quale è sorta la necessità di diradare i contatti interpersonali attraverso una serie di misure che hanno avuto ad oggetto l'organizzazione degli uffici, dei servizi, delle attività strumentali all'esercizio della giurisdizione, fino ad interventi che hanno direttamente riguardato le attività processuali.

Quanto a queste ultime, che costituiscono il punto di caduta dell'intero "sistema giustizia", il legislatore è intervenuto con una normazione che ha tentato di bilanciare, da un lato, la necessità di ridurre al minimo le occasioni di contatto interpersonale potenzialmente a rischio di propagare ulteriormente il virus (esigenza connessa alla tutela del diritto costituzionale alla salute), e, dall'altro lato, la necessità di non paralizzare completamente una delle principali funzioni dello Stato di diritto, garantendo, dunque, la salvaguardia del diritto, anch'esso di rilievo costituzionale, all'accesso alla giustizia, alla difesa, al giusto processo.

Ne è derivata una normativa che ha investito tutti gli ambiti della giurisdizione (civile, penale, amministrativa) e che, sia per l'originaria spinta emergenziale di emanazione, sia per le caratteristiche per certi versi instabili e imprevedibili dell'andamento dell'emergenza stessa, si è caratterizzata per un continuo, e per alcuni versi caotico, susseguirsi di interventi i quali, nel loro incedere e sovrapporsi, hanno determinato un quadro di non facile composizione¹.

Il presente contributo è volto a esaminare alcuni aspetti della normativa introdotta con riferimento al processo civile in generale, nel cui ambito applicativo rientrano anche le controversie di lavoro, cercando di evidenziare come tali disposizioni abbiano interagito con il "sottosistema" lavoristico², e ciò anche al fine di approssicare alla domanda implicitamente sottesa alla tematica in esame, ossia se la normativa sperimentata in questo periodo eccezionale possa prefigurare una linea di indirizzo per il rinnovamento del processo del lavoro.

2. Le fasi della legislazione processuale dell'emergenza

Preliminarmente è opportuno dar conto del fatto che gli interventi legislativi susseguitisi hanno disegnato una scansione temporale in più fasi.

¹ Per un complessivo esame della c.d. disciplina processuale dell'emergenza, v. CARRATTA (a cura di), *Giustizia civile ed emergenza coronavirus*, in *GI*, 2020, n. 8/9, p. 2044 ss., con scritti di CARRATTA, COSTANTINO, DALMOTTO, COSSIGNANI, D'ARRIGO, FANTICINI, SAIJA; DIDONE, DE SANTIS (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, Wolters Kluwer Italia, 2020.

² Tra i contributi volti ad analizzare le ricadute delle novità processuali sulle controversie di lavoro si segnalano: LEONE, *Giustizia e processo del lavoro (ai tempi del virus)*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 279 ss.; DENTICI, *La giustizia del lavoro "ripensata" nella stagione dell'emergenza e il ruolo della tutela cautelare*, in PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, Edizioni LPO, 2020, p. 195 ss.; GALLEANO S., *I provvedimenti concernenti la sospensione dei termini e delle attività processuali e lo svolgimento dei procedimenti urgenti nel D.L. n. 18/2020*, *ivi*, p. 205 ss.; GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, in www.giustiziacivile.com, 19 marzo 2020; IERO, *Il processo del lavoro alla prova dell'emergenza*, in DOLSO, FERRARA M.D., ROSSI D. (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Edizioni Università di Trieste, 2020, p. 207 ss.; CILIEGI, COSATTINI, *Processo civile e del lavoro al tempo del coronavirus*, in *LG*, 2020, n. 5, p. 518 ss.; GENTILE S.L., *La disciplina processuale dell'emergenza Covid-19 e i riti del lavoro e previdenziali: prognosi sui casi di invalidazione delle decisioni per errori in procedendo; proposta interpretativa; questioni*, in *FI*, 2020, n. 9, V, c. 274 ss.

Una prima fase, dal 9 marzo all'11 maggio 2020, coincidente con il proscioglimento del virus e con la sua imprevedibile espansione, caratterizzata dalla necessità di sospendere in modo quanto più possibile generalizzato lo svolgersi delle attività processuali quale intervento immediato per contribuire a contrastare il diffondersi del virus in scala algoritmica.

Una seconda fase, dal 12 maggio al 30 giugno, contraddistinta dall'intento di ripristinare, per quanto possibile, la funzione giurisdizionale con accorgimenti finalizzati a gestire la presenza del virus senza indurre la ripresa espansiva, mediante l'esercizio da parte dei dirigenti degli uffici giudiziari della responsabilità di individuare le misure (non solo organizzative) più opportune in relazione all'andamento dei contagi nel territorio di riferimento.

Gli istituti processuali che, in deroga al regime ordinario, hanno trovato applicazione nelle due fasi indicate sono stati disciplinati dapprima³ dal d.l. 8 marzo 2020, n. 11, c.d. "Decreto Giustizia", quindi dal sopravvenuto art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia", conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, successivamente oggetto di numerosi interventi di integrazione e modifica soprattutto ad opera del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. "Decreto Liquidità", conv. dalla l. 5 giugno 2020, n. 40, e dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, c.d. "Decreto Intercettazioni", conv. dalla l. 25 giugno 2020, n. 70.

Spirata al 30 giugno 2020 la seconda fase dell'emergenza⁴, con l'entrata

³ Una disciplina provvisoria di rinvio delle udienze e di sospensione dei termini si rinviene già all'art. 10 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, c.d. "Decreto Emergenza", che aveva previsto il rinvio d'ufficio a data successiva al 31 marzo 2020 di tutte le udienze dei procedimenti civili (salvo specifiche eccezioni) pendenti presso gli uffici giudiziari dei circondari dei Tribunali di appartenenza dei comuni della c.d. "zona rossa" (co. 1), nonché di tutte le udienze dei processi civili con parti o difensori aventi sede nei medesimi comuni (co. 3); la sospensione dal 3 al 31 marzo dei termini per il compimento di qualsiasi atto processuale, comunicazione e notificazione in relazione *sia* ai soli procedimenti di cui al co. 1, ove tali attività fossero da eseguirsi nelle regioni di appartenenza di tali comuni (co. 2, lett. a)), *sia* per tutti i procedimenti civili se da compiersi all'interno di tali comuni (co. 2, lett. b)); nonché la sospensione, dal 22 febbraio al 31 marzo del "decorso dei termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti prescrizioni e decadenze di qualsiasi diritto, azione ed eccezione, nonché dei termini per gli adempimenti contrattuali" in favore dei soggetti con residenza, ovvero sede operativa o luogo di attività, nei medesimi comuni (co. 4). Com'è noto, originariamente la c.d. "zona rossa" comprendeva esclusivamente i comuni individuati dall'allegato 1 al d.P.C.M. 1° marzo 2020 (gli stessi già individuati dall'allegato 1 al d.P.C.M. 23 febbraio 2020) ed è stata successivamente estesa, dapprima, ad altri comuni dal d.P.C.M. 8 marzo 2020, quindi all'intero territorio nazionale dal d.P.C.M. 9 marzo 2020.

⁴ Il termine finale della seconda fase, originariamente posto al 31 maggio 2020 dall'art. 2, d.l. 11/2020, era stato prorogato al 30 giugno 2020 dall'art. 83, co. 6, d.l. 18/2020 e quindi ulte-

in vigore della l. 17 luglio 2020, n. 77, di conversione del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, ossia a partire dal 19 luglio 2020, si è avviata una terza fase in cui, ripristinato il regime processuale ordinario, è proseguita la sperimentazione, secondo quanto previsto dalle disposizioni introdotte all'art. 221 del d.l. 34/2020 in sede di conversione, di quella parte delle misure emergenziali ritenute meritevoli di ulteriore applicazione *sia* per continuare e mantenere sotto controllo il virus *sia* in vista di possibili innovazioni da apportare al processo (civile e non), in via, per così dire, strutturale.

Tale terza fase aveva originariamente termine fissato al 31 ottobre 2020 (art. 221, co. 2, d.l. 34/2020), scadenza successivamente prorogata al 31 dicembre 2020 per effetto dell'intervento combinato delle lett. a) e b) del co. 3 dell'art. 1, d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, conv. dalla l. 27 novembre 2020, n. 159, le quali, rispettivamente, hanno prorogato al 31 dicembre 2020 il termine di efficacia previsto⁵ dall'art. 1, co. 3, d.l. 30 luglio 2020, n. 83, conv. dalla l. 25 settembre 2020, n. 124, per le norme elencate nell'allegato 1 a tale ultimo decreto, e inserito contestualmente al n. 33-*bis* del predetto allegato il richiamo all'art. 221, d.l. 34/2020, richiamo che era assente nella originaria versione dell'elenco.

È quindi intervenuto l'art. 23 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, il quale nella medesima ottica di sperimentazione⁶, ha introdotto ulteriori misure processuali recuperando, tra l'altro, parte di quelle già contenute nell'art. 83, d.l. 18/2020, ma non riproposte nell'art. 221, d.l. 34/2020, e stabilendone al co. 1 il periodo di applicazione dalla data di entrata in vigore del decreto (29 ottobre 2020) fino alla scadenza del termine individuato dall'art. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. dalla l. 22 maggio 2020, n. 35, termine che, essendo a sua volta correlato a quello dello "stato di emergenza"⁷, al momento dell'entrata in vigore del d.l. 137/2020 risultava fissato

riormente prorogato al 31 luglio 2020 dall'art. 3, lett. i), d.l. 28/2020. La l. 70/2020, di conversione dell'ultimo decreto richiamato, ha però soppresso la lett. i) dell'art. 3, con la conseguenza che è definitivamente risorto il termine del 30 giugno 2020 quale ultimo giorno della fase due.

⁵ In origine fissato al 15 ottobre 2020.

⁶ Proprio la continuità segnalata induce a inquadrare le novità apportate dall'art. 23, d.l. 137/2020, nell'ambito della terza fase. Nel senso, invece, che l'art. 23 cit. segna l'inizio di una distinta fase della legislazione processuale dell'emergenza, v. FICHERA, ESCRIVA, *Le quattro fasi del processo civile al tempo della pandemia*, in *www.judicium.it*, 2 febbraio 2021.

⁷ Ai sensi dell'art. 24, d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 2, il Consiglio dei Ministri ha proclamato lo stato di emergenza di rilievo nazionale, in relazione al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da Covid-19, con delibera del 31 gennaio 2020 fino al 31 luglio 2020,

al 31 gennaio 2021⁸ ed è stato poi spostato al 30 aprile 2021⁹. Va evidenziato, inoltre, come l'art. 23, co. 1, d.l. 137/2020, abbia contestualmente prorogato fino al medesimo termine di efficacia anche l'applicazione delle misure previste dall'art. 221, d.l. 34/2020, "ove non espressamente derogate dalle disposizioni del presente articolo". Va segnalato ancora l'intervento dell'art. 6, co. 1, lett. a), d.l. 1 aprile 2021, n. 44, conv. dalla l. 28 maggio 2021, n. 76, che, intervenendo direttamente nel testo dell'art. 23, co. 1, d.l. 137/2020, ha eliminato il previgente rinvio al termine individuato dall'art. 1, d.l. 19/2020, e ha stabilito quale nuova scadenza (per l'efficacia tanto delle misure contenute nello stesso art. 23 che per le misure di cui all'art. 221, d.l. 34/2020 ivi richiamate) una data precisa, quella del 31 luglio 2021. Infine, le misure emergenziali per il processo civile sono state prorogate al 31 dicembre 2021¹⁰ dall'art. 7, co. 1, del d.l. 23 luglio 2021, n. 105.

3. Rinvio delle udienze e sospensione dei termini

Punto di partenza obbligato per l'esame della legislazione processuale dell'emergenza non può che essere il d.l. 11/2020, c.d. "Decreto Giustizia", che alla giustizia civile dedicava i suoi primi due articoli (in condivisione con la giustizia penale e, per quanto applicabili, con quella tributaria e militare), stabilendo la strutturazione delle prime due "fasi" che avrebbe caratterizzato anche i provvedimenti successivi¹¹.

successivamente prorogato con delibera del 29 luglio 2020 al 15 ottobre 2020, con delibera del 7 ottobre 2020 al 31 gennaio 2021, con delibera del 13 gennaio 2021 al 30 aprile 2021 e con delibera del 21 aprile 2021 al 31 luglio 2021. Da ultimo, lo stato di emergenza è stato prorogato al 31 dicembre 2021 dall'art. 1 del d.l. 23 luglio 2021 n. 105 (allo stato in attesa di conversione).

⁸ In virtù delle modifiche apportate all'art. 1, d.l. 19/2020, dall'art. 1, co. 1, lett. a), d.l. 125/2020.

⁹ In virtù delle ulteriori modifiche apportate all'art. 1, d.l. 19/2020, dall'art. 1, co. 1, del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, conv. dalla l. 12 marzo 2021, n. 29.

¹⁰ Coincidente, peraltro, con l'attuale scadenza dello "stato di emergenza", v. *supra*, in nota 7.

¹¹ Specificamente diretti a fornire un primo esame del d.l. 11/2020 gli scritti di CIAVOLA, *La giustizia ai tempi del Coronavirus*, in www.altalex.com, 12 marzo 2020; SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in www.judicium.it, 8 marzo 2020; VALERINI, *Differimento delle udienze civili e penali e sospensione dei termini processuali nel periodo cuscinetto. E dopo?*, in www.dirittoegustizia.it, 10 marzo 2020; RUVOLO, BELLAFFIORE, PIRUZZA, SCOGNAMIGLIO P., CONCA, *Casi e questioni civili sul Decreto legge 11/2020 sull'emergenza da Coronavirus*, in www.unicost.eu.

In particolare al co. 1 dell'art. 1 si disponeva il rinvio, dalla data di entrata in vigore del decreto (9 marzo) fino al 22 marzo, di tutte le udienze dei procedimenti civili “*pendenti*” presso tutti gli uffici giudiziari, salvo le eccezioni elencate all'art. 2, co. 2, lett. g)¹², a data successiva al 22 marzo 2020, stabilendosi contestualmente la sospensione dei termini relativamente a “qualsiasi atto dei procedimenti richiamati al comma 1” (art. 1, co. 2).

L'art. 2, poi, al co. 1 attribuiva ai capi degli uffici il potere di adottare misure organizzative, relative “*anche alla trattazione degli affari giudiziari*”, da applicare per il successivo periodo dal 23 marzo al 31 maggio, al fine di evitare assembramenti all'interno degli uffici e contatti ravvicinati tra le persone, misure che il co. 2, con elencazione di incerta natura tassativa ovvero esemplificativa, individuava specificamente alle lett. a-h)¹³.

Sopravveniva, quindi, il d.l. 18/2020, c.d. “Cura Italia”, che, abrogando la precedente normativa¹⁴, all'art. 83 ridisciplinava interamente la materia ap-

¹² Ossia le udienze nelle cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati, ai minori allontanati dalla famiglia ed alle situazioni di grave pregiudizio; nelle cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; nei procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona; nei procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori, e sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute; nei procedimenti di cui all'art. 35, l. 23 dicembre 1978, n. 833; nei procedimenti di cui all'art. 12, l. 22 maggio 1978, n. 194; nei procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari; nei procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea; nei procedimenti di cui agli artt. 283, 351 e 373 cod. proc. civ. e, in genere, in tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti (in quest'ultimo caso con dichiarazione di urgenza da parte del capo dell'ufficio giudiziario, di suo delegato, del giudice istruttore o del presidente del collegio).

¹³ Tra cui la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari (lett. a)), ovvero la limitazione oraria e, per gli uffici non eroganti servizi urgenti, la chiusura al pubblico (lett. b)); la regolamentazione dell'accesso ai servizi previa prenotazione anche telefonica o telematica (lett. c)); l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze (lett. d)); la celebrazione a porte chiuse delle udienze pubbliche (lett. e)); lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto (lett. f)); la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 31 maggio 2020 (lett. g)), ad eccezione di alcuni procedimenti urgenti (riportati *supra*, in nota 12); lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, con successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice (lett. h)).

¹⁴ Il co. 22 dell'art. 83, d.l. 18/2020, espressamente abrogativo degli artt. 1 e 2 del d.l.

portando alcuni correttivi e conservando la struttura bifasica delle previsioni. In particolare, il co. 1 di tale articolo ribadiva il rinvio d'ufficio dei procedimenti civili "pendenti" presso gli uffici, con riferimento, però, ad un periodo temporale più ampio: fermo restando il 9 marzo come giorno iniziale, individuava come limite della prima fase il 15 aprile 2020 (non più il 22 marzo), limite prorogato poi all'11 maggio dall'art. 36 del d.l. 23/2020.

Il co. 2 precisava che in relazione a quello stesso periodo restava sospeso il decorso dei termini processuali per il compimento di qualsiasi atto nei procedimenti civili (e dunque non soltanto in relazione a quelli "pendenti", come invece previsto dall'art. 1, co. 2, d.l. 11/2020), inclusi l'adozione di provvedimenti giudiziali, l'esercizio di azioni, la proposizione di impugnazioni.

Esso altresì precisava che laddove il termine fosse da computarsi a ritroso fosse correlativamente differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine se ricadente, in tutto o in parte, nel periodo sospeso. La previsione, diretta a garantire alla parte interessata di fruire del termine a ritroso interamente al di fuori del periodo di sospensione, colmava la problematica lacuna lasciata in proposito dal d.l. 11/2020¹⁵ ed ha avuto specifico rilievo per le controversie di lavoro, il cui rito prevede la ricorrenza di numerosi termini da computarsi a ritroso, come ad esempio il termine di 10 giorni prima dell'udienza entro il quale deve costituirsi il convenuto, tanto nel giudizio di primo grado (art. 416 cod. proc. civ.) che in appello (art. 436 cod. proc. civ.), o il termine per le note difensive autorizzate (art. 429, co. 2, cod. proc. civ.).

Il co. 3 dell'art. 83 stabiliva una serie di eccezioni al rinvio d'ufficio e alla sospensione dei termini disposti dai primi due commi, eccezioni individuate, per quanto attiene al campo del processo civile, dall'elenco contenuto alla lett. a), ove si rinveniva il richiamo agli stessi procedimenti già individuati con le medesime finalità dalla precedente normativa¹⁶ e si riproponeva quindi lo stesso "affiancamento" tra ipotesi più specifiche (in materia di tutela dei minori, alimenti, famiglia, incapaci, espulsione di extracomunitari, trattamento sanitario obbligatorio, interruzione di gravidanza, sospensione del-

11/2020, è stato poi soppresso in sede di conversione dalla l. 27/2020, che ha a sua volta abrogato (art. 1, co. 2) l'intero d.l. 11/2020.

¹⁵ V. in proposito DE CRISTOFARO, *Termini a ritroso e "sospensione per pandemia"*, in www.giustiziainsieme.it, 29 aprile 2020; nonché DALMOTTO, *Sospensione dei termini processuali e rinvio delle udienze nel Covid-19*, in CARRATTA (a cura di), *op. cit.*, p. 2046 ss., qui p. 2049; SCARSELLI, *op. cit.*, p. 4; CILIEGI, COSATTINI, *op. cit.*, p. 522.

¹⁶ Art. 2, co. 2, lett. g), d.l. 11/2020, v. *supra*, in nota 12.

l'efficacia esecutiva delle sentenze) ed ipotesi dai contorni più indefiniti, quali i “*procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona*” e i “*procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti*”, nel primo caso con deroga automatica, nel secondo con la necessità di una previa dichiarazione di urgenza emessa dal capo dell'ufficio giudiziario o dal giudice. A queste due categorie “generalì” se ne potrebbe affiancare una terza, quella dei “*procedimenti in cui è urgente e indifferibile la tutela di diritti fondamentali della persona*” inserita in sede di conversione del d.l. 18/2020 ad opera della l. 27/2020, ove la stessa si interpreta¹⁷ quale autonoma ipotesi di deroga (peraltro senza necessità di un espresso provvedimento giudiziale) e non come mera precisazione riferita all'ambito delle controversie aventi ad oggetto la tutela dei minori, cui invero sembra riferirsi quanto meno per collocazione¹⁸.

Sebbene nella elencazione di cui alla richiamata lett. a) fosse del tutto assente un qualsivoglia riferimento a procedimenti attinenti a controversie di lavoro, ciò non ha consentito di escludere le controversie di lavoro dal novero delle eccezioni all'applicazione dei rinvii di ufficio delle udienze e della connessa sospensione dei termini di cui ai primi due commi dell'art. 83. Semmai ha posto il (serio) problema della loro esatta individuazione e delimitazione. Infatti le categorie di procedimenti già richiamate, rinviando a concetti normativamente non definiti, quali i “*diritti fondamentali*”, e a parametri elastici, quali il “*grave pregiudizio*”, l’“*urgenza*” e l’“*indifferibilità*”, nel campo delle controversie di lavoro hanno offerto un terreno particolarmente fertile alla fioritura delle più svariate letture, in considerazione sia della natura “fondamentale” (perché di rilevanza costituzionale) di significativa parte dei diritti della persona che lavora, sia della gravità che può connotare il pregiudizio derivante al lavoratore da una trattazione ritardata della causa anche laddove quest'ultima abbia ad oggetto diritti di natura esclusivamente economica.

Gli operatori si sono così trovati innanzi all'incertezza di come dover considerare le udienze, se da rinviarsi d'ufficio o meno, e i termini, se sospesi di diritto o meno, di procedimenti in materia di licenziamenti individuali e

¹⁷ È questa, ad esempio, la lettura offerta da COSSIGNANI, *Le controversie sottratte alla sospensione dei termini e al rinvio delle udienze*, in CARRATTA (a cura di), *op. cit.*, p. 2053 ss., qui p. 2054-2055.

¹⁸ In questo senso, condivisibilmente, MENGALI, *La sospensione speciale dei processi civili nell'emergenza Covid19: (non è) tutto chiaro*, in *www.judicium.it*, 5 maggio 2020, p. 6.

collettivi, trasferimenti, permessi *ex l.* 104/1992, congedi parentali, condotta antisindacale e via discorrendo, con ampia varietà di soluzioni offerte¹⁹. Tale incertezza per i procedimenti cautelari (ma lo stesso potrebbe dirsi anche in relazione al già richiamato inserimento in elenco, operato dalla legge di conversione, dei “*procedimenti in cui è urgente e indifferibile la tutela di diritti fondamentali della persona*” ove si leggesse quale categoria autonoma), non è stata peraltro priva di conseguenze pratiche: poiché l’esclusione di tali ipotesi dall’operatività del rinvio di ufficio e (soprattutto) dalla sospensione dei termini procedurali derivava *ope legis* e senza la necessità di una apposita “*dichiarazione d’urgenza*” ad opera dell’ufficio giudiziario (come invece previsto, come si è detto, per i procedimenti “*la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti*”), la preoccupazione di incorrere in preclusioni processuali in relazione a procedimenti non sospesi ha indotto le parti di tali giudizi (o per meglio dire i loro avvocati) ad affrettarsi a compiere comunque le attività processuali a loro carico²⁰ servendosi dei canali del PCT rimasti aperti: da questo punto di vista, ironicamente, può osservarsi come l’incauto legislatore abbia effettivamente determinato con tale disposizione una sorta di “accelerazione telematica”.

4. Segue. La sorte dei termini “sostanziali” e l’impugnativa stragiudiziale del licenziamento

Problemi ancor più gravi si sono posti (e continueranno a porsi in futuro nei contenziosi che ne sono derivati) in relazione alla sospensione dei termini di natura sostanziale²¹. Infatti l’art. 83, co. 2, del d.l. 18/2020, si è occupato

¹⁹ Cfr. in proposito le diverse opzioni suggerite da DENTICI, *op. cit.*, p. 197 ss.; LEONE, *op. cit.*, p. 281-282; GIORGI, *op. cit.*, p. 4-6; CAVALLINI, *Emergenza Covid ed effetti sulle controversie di lavoro*, in *www.comma2.it*, p. 2-3; PAZIENZA, *L’impatto del decreto legge “Cura Italia” sulle controversie individuali di lavoro e previdenziali: in particolare la “trattazione scritta”*, in *www.ridare.it*; CILIEGI, COSATTINI, *op. cit.*, p. 522-524; RUVOLO, BELLAFIGLIO, PIRUZZA, SCOGNAMIGLIO P., CONCA, *op. cit.*; NICOLINI, *Glossario ragionato delle discipline in materia di lavoro e previdenza ai tempi della COVID-19. Versione 4.0*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Virus, stato di eccezione e scelte tragiche*, *www.fondazionegiuseppera.it*, 31 ottobre 2020, p. 102-105.

²⁰ In particolare, v. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 2052, che affronta anche la questione della rinnovazione, ovvero integrazione, degli atti processuali depositati “per prudenza” prima della effettiva scadenza del termine.

²¹ Su tale problematica v. in particolare PANZAROLA, FARINA, *L’emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *www.giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020, p. 8-13; SAN-

esclusivamente della sorte dei termini processuali, al pari del suo più immediato antecedente (art. 1, co. 2, d.l. 11/2020) e a differenza, invece, della primitiva disciplina dettata dall'art. 10, co. 4, d.l. 9/2020²².

La richiamata successione normativa sembrerebbe deporre nel senso di una consapevole scelta del legislatore di voler escludere i termini sostanziali di decadenza e prescrizione dalle fattispecie sospese.

Eppure, all'interno dello stesso art. 83, al co. 8, si rinviene altra disposizione volta a sospendere “*la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza*” di quei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento di attività giudiziali precluse per effetto dei provvedimenti organizzativi assunti dai capi degli uffici (a ciò abilitati dal co. 7 durante la c.d. seconda fase e dal co. 5 durante la c.d. prima fase per i soli procedimenti non sospesi *ex lege*).

In proposito si è osservato che la previsione da ultimo richiamata, non essendo parimenti prevista per i procedimenti sospesi *ex lege* (durante la prima fase), risulterebbe del tutto irrazionale ove per tali procedimenti non potesse pervenirsi ad analoga conclusione in via interpretativa, e si è pertanto proposto di interpretare il sintagma “termini procedurali” contenuto al co. 2 dell'art. 83 come riferito anche a quelli di decadenza e prescrizione di natura extraprocessuale (ma pur sempre relativi all'instaurazione del processo) che non possono essere interrotti da atti stragiudiziali ma solo con l'esercizio di una azione giudiziale²³.

La questione, per la sua specifica rilevanza, ha dato vita ad un consistente dibattito in ordine all'eventuale sospensione del termine (o per meglio dire dei tre termini) di cui all'art. 6, l. 604/1966, per l'impugnazione dei licenziamenti (e, di riflesso, per l'impugnazione delle altre fattispecie cui l'applicazione di tale norma è stata estesa dall'art. 32, co. 3 e 4, l. 183/2010)²⁴.

Al riguardo sono state proposte molteplici letture, in base ad approcci

TAGADA, *La sorte dei termini di prescrizione e decadenza nella legislazione emergenziale Covid-19*, in *www.judicium.it*, 7 maggio 2020; SCARPA, *Covid-19 e sospensione dei termini sostanziali*, in *www.giustiziainsieme.it*, 27 aprile 2020; FICHERA, ESCRIVA, *op. cit.*, p. 9-12; IANNICELLI, *I termini di prescrizione e di decadenza per la proposizione della domanda e la sospensione da Covid-19*, in *RDP*, 2020, n. 4, p. 1616 ss.

²² Riportata *supra*, in nota 3.

²³ V. in proposito le persuasive argomentazioni di FICHERA, ESCRIVA, *op. cit.*, p. 10-12; nello stesso senso anche MENGALI, *op. cit.*, p. 5; DALMOTTO, *op. cit.*, p. 2051.

²⁴ Per tutti, v. PUTATURO DONATI, *Covid-19 e decadenza dall'impugnazione del licenziamento*, in *LG*, 2020, n. 6, p. 591 ss.

anche radicalmente differenti e di volta in volta facenti leva su singoli frammenti delle norme prese in considerazione ovvero, all'opposto, su interpretazioni costituzionalmente o teleologicamente orientate²⁵. Ne è risultato un quadro interpretativo denso di contraddizioni, con soluzioni che si differenziano in relazione ai risultati ultimi cui conducono in ordine alla ricorrenza o meno della sospensione, alla sua durata, ai soggetti e territori interessati, vieppiù con riferimento a ciascuno dei tre termini previsti dalla norma (60 giorni per l'impugnativa giudiziale o extragiudiziale; 180 giorni per il deposito del ricorso o della comunicazione del tentativo di conciliazione o arbitrato; 60 giorni per il deposito del ricorso giudiziale qualora il tentativo di conciliazione o arbitrato resti senza esito)²⁶.

Tralasciando in questa sede le questioni relative al terzo termine²⁷, la tesi secondo cui la sospensione opererebbe unicamente per il termine di 180 giorni per la proposizione della domanda giudiziale e non anche per il primo termine di 60 giorni per l'impugnativa stragiudiziale del licenziamento appare maggiormente conforme al dato normativo.

Infatti sembra agevole ritenere che la sospensione dei termini processuali dettata dall'art. 83, co. 2, d.l. 18/2020, trovando applicazione nei confronti di tutti gli atti introduttivi dei giudizi, si applichi anche al (secondo) termine di 180 giorni per il deposito del ricorso giudiziale volto ad ottenere la pronuncia di invalidità del licenziamento²⁸.

Diversamente, invece, sembra doversi ritenere per il (primo) termine di 60 giorni per la proposizione dell'impugnativa stragiudiziale, non solo per il carattere sostanziale e non processuale del termine, ma anche per la collocazione dell'atto a compiersi al di fuori dell'ambito processuale. La stretta concatenazione funzionale esistente tra i due termini, infatti, se ne giustifica una

²⁵ Unanimità di vedute, invero, sembra esservi solo sulla sospensione del termine decadenza dal 22 febbraio al 31 marzo 2020 in favore dei soggetti con residenza o sede in uno dei comuni originariamente individuati dall'allegato 1 al d.P.C.M. 23 febbraio 2020, e ciò in virtù della previsione di cui all'art. 10, co. 4, d.l. 9/2020, riportato *supra*, in nota 3.

²⁶ Per un compiuto esame critico delle variegate posizioni emerse v. PUTATURO DONATI, *op. cit.*, p. 595- 597.

²⁷ Su cui v. ancora PUTATURO DONATI, *op. cit.*, p. 597-598.

²⁸ Come chiarito dalla Suprema Corte, "deve escludersi che la portata della nozione di 'termini processuali' sia da limitare all'ambito del compimento degli atti successivi all'introduzione del processo, dovendo invece ricomprendere anche il ristretto termine iniziale entro il quale il processo deve essere introdotto, quando la proposizione della domanda costituisca l'unico rimedio per la tutela del diritto che si assume leso" (in questi termini Cass. 14 gennaio 2016, n. 442; Cass. 11 novembre 2011, n. 23638; Cass. 25 ottobre 2007, n. 22366).

lettura quale “fattispecie a formazione progressiva”²⁹ non muta la natura del primo termine di 60 giorni (sostanziale, non processuale) né la natura dell’atto a compiersi (stragiudiziale, quindi per definizione estraneo all’ambito processuale).

Né, d’altronde, appare sostenibile l’argomentazione apagogica secondo la quale non ammettere la sospensione del primo termine di 60 giorni significherebbe compromettere l’effettività della tutela dei lavoratori contro i licenziamenti invalidi³⁰.

Da un lato, infatti, la peculiare ampiezza della libertà di espressione della forma scritta dell’impugnativa stragiudiziale³¹, ne consente la formazione e l’invio con l’impiego di una vastissima gamma di strumenti di scrittura e comunicazione (anche dematerializzati), quali non solo la raccomandata, il telegramma e la pec³², ma anche, deve ritenersi, la mail non certificata o qualsivoglia sistema di messaggistica istantanea (whatsapp, telegram, etc.) ove già utilizzati in precedenza tra le parti come ordinari strumenti di comunicazione³³.

Dall’altro lato, poi, non si può non rilevare che i provvedimenti emergenziali hanno fortemente limitato ma non impedito in modo assoluto (nonostante l’enfasi di segno contrario a volte presentata con accenti drammatici) lo svolgimento del vivere civile sul territorio nazionale, non avendo inciso, ad esempio, sulla funzionalità e l’erogazione di servizi quali quello elettrico, postale, delle telecomunicazioni, e nemmeno avendo vietato ai cittadini gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative e situazioni di necessità (tra le quali sono state annoverate attività quali, ad esempio, fare la spesa o portare a passeggio il cane).

²⁹ Così Cass. 8 agosto 2018, n. 20666.

³⁰ In tal senso COLOSIMO, *L’effettività della tutela al tempo del Covid: sospensione dei termini e decadenza dall’impugnazione del licenziamento*, in *LDE*, 2021, n. 2, p. 15-16.

³¹ Com’è noto, la Corte costituzionale, con sentenza 13 maggio 1987, n. 161, respinse la censura di incostituzionalità dell’art. 6, l. 604/1966 (per eccessiva “indeterminatezza”) affermando di contro che il legislatore con la previsione che impone di impugnare il licenziamento con “qualsiasi” atto scritto “ha inteso più che imporre una forma vincolata per l’atto in questione, semplicemente assicurare, attraverso la forma richiesta, il controllo sull’osservanza del termine stabilito”.

³² La quale, attraverso l’univoca titolarità dell’indirizzo certificato, è idonea a individuare il soggetto che emette la dichiarazione impugnatoria.

³³ In tal caso, infatti, il soggetto che riceve la comunicazione è posto in condizione di individuare il soggetto emittente la dichiarazione impugnatoria.

5. I poteri “paranormativi” attribuiti ai capi degli uffici

L’art. 83 del d.l. 18/2020 ha anche confermato la seconda linea di intervento, già disposta dall’art. 2 del d.l. 11/2020, costituita dall’attribuzione ai capi degli uffici giudiziari del potere di adottare una serie di misure organizzative “*anche relative alla trattazione degli affari giudiziari*” finalizzate a contrastare l’emergenza epidemiologica e a contenerne gli effetti (co. 6). Le misure, da adottarsi previa intese e consultazioni con una serie di soggetti, riguardavano non solo l’organizzazione degli uffici e degli accessi alle strutture giudiziarie ma anche lo svolgimento delle udienze, per le quali il co. 7 prevedeva non solo la possibilità del rinvio, ma anche la loro tenuta con modalità del tutto innovative, quali lo svolgimento a porte chiuse, da remoto e la trattazione scritta telematica (su cui si tornerà *infra*).

Il potere “paranormativo” di adottare tali misure, non solo organizzative ma direttamente incidenti sull’andamento dei processi presso l’intero ufficio giudiziario di volta in volta interessato, veniva conferito per il periodo successivo alla conclusione della prima fase, ossia a partire dal 12 maggio, fino al 30 giugno³⁴.

Peraltro il co. 5 dell’art. 83 estendeva la possibilità di adottare tali misure (con l’eccezione del rinvio delle udienze) anche al periodo rientrante nella c.d. prima fase (dunque fino all’11 maggio 2020) limitatamente all’attività giudiziaria non sospesa.

La vicenda di questi provvedimenti organizzativi, ancorchè di limitata applicazione temporale e dunque ormai superata, merita di essere ricordata per una serie di ragioni. Innanzitutto va evidenziato come, nonostante il tentativo di segno contrario operato dal CSM con le linee guida del 26 marzo 2020³⁵, l’adozione dei provvedimenti organizzativi da applicarsi in ciascun

³⁴ La seconda fase, decorrente dal 12 maggio in virtù, come si è detto, della posticipazione della fine della prima all’11 maggio dall’art. 36 del d.l. 23/2020, era stata prorogata al 31 luglio dall’art. 3, lett. i), d.l. 28/2020, il quale, però, è stato modificato in sede di conversione ad opera della l. 70/2020, che ha ripristinato l’originario termine del 30 giugno. Sugli effetti derivanti dalla “anticipazione della posticipazione”, nonché sulla disciplina transitoria, v., in particolare, l’analisi di DE STEFANO, *Il processo civile in fase tre*, in www.giustiziainsieme.it, 30 giugno 2020.

³⁵ C.S.M., *Linee guida agli Uffici giudiziari in ordine all’emergenza COVID-19 integralmente sostitutive delle precedenti assunte*, del 26 marzo 2020, in www.csm.it. In precedenza, con delibere rispettivamente del 5 e dell’11 marzo 2020, il C.S.M. aveva approvato le *Linee guida ai Dirigenti degli Uffici Giudiziari in ordine all’Emergenza Sanitaria Covid-19 e proposta al Ministro della Giustizia ai sensi 10 comma 2, L. n. 195 del 24 marzo 1958*, e le *Ulteriori linee guida in ordine all’emergenza sanitaria Covid-19 all’esito del D.L. n. 11 dell’8 marzo 2020*.

ufficio giudiziario, per lo più accompagnata da protocolli sezionali (tra cui quelli relativi alle controversie di lavoro), ha fatto emergere notevoli differenziazioni in ordine all'interpretazione delle misure organizzative da territorio a territorio (anche, talvolta, con eccessi di discrezionalità³⁶), al punto da potervi individuare un "effetto di frantumazione della disciplina processuale"³⁷ idoneo a ripercuotersi sulla legittimità costituzionale delle relative norme abilitanti³⁸.

In secondo luogo, attraverso tali provvedimenti, spesso assunti nella forma delle linee guida vincolanti³⁹, i capi degli uffici giudiziari hanno in alcuni casi inciso direttamente sulla stessa disciplina emergenziale dettata dal legislatore: basti pensare che non sono mancati provvedimenti che hanno imposto, nel periodo dei rinvii *ex lege* della c.d. prima fase, la celebrazione delle udienze di intere categorie di procedimenti non rientranti tra quelle individuate dal legislatore, attribuendo la qualificazione di "urgente" a qualsiasi procedimento appartenente a una determinata tipologia, a prescindere quindi dalla necessità della specifica verifica (richiesta invece dall'art. 83, co. 3, per "i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti") da compiersi sulla base del concreto esame degli atti del singolo procedimento, e riducendo, così, la dichiarazione d'urgenza del giudice a mero adempimento formalistico attuativo delle linee guida vincolanti. Restando in ambito lavoristico, ciò è accaduto in particolare per le cause di

³⁶ Emblematico il caso del protocollo adottato dal Presidente del Tribunale di Torino, *Nesun si muova*, del 18 marzo 2020, che si è spinto a vietare temporaneamente il deposito anche solo telematico di atti relativi a procedimenti per i quali operava la sospensione dei termini processuali, al fine di prevenire assembramenti del personale di cancelleria, CICCARELLI, *La ripartenza della giustizia civile: l'esperienza di Torino*, in www.questionegiustizia.it, 28 maggio 2020; DALMOTTO, *op. cit.*, p. 2050.

³⁷ BIAVATI, *Note sul processo civile dopo l'emergenza sanitaria*, in www.giustiziainsieme.it, 15 luglio 2020, § 4.

³⁸ In questo senso RUFFINI, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, in www.questionegiustizia.it, 15 febbraio 2021, p. 15, che rileva la "dubbia compatibilità delle predette norme con gli articoli 101, III, comma 1, e 3, comma 1, Cost."

³⁹ In attuazione di quanto previsto, in particolare, dalla lett. d) del co. 7 dell'art. 83. Dubita della legittimità costituzionale di tale norma, nella misura in cui attribuisce ai capi degli uffici giudiziari il potere di assumere linee guida con contenuto discrezionale ma in forma vincolante, CARRATTA, *I processi in materia di famiglia e di minori e l'emergenza coronavirus*, in ID. (a cura di), *Giustizia civile ed emergenza coronavirus*, cit., p. 2058 ss., secondo il quale essa "non sembra essere pienamente in linea con la riserva di legge che l'art. III Cost. pone per la disciplina dell'esercizio della giurisdizione" (così a p. 2061).

licenziamento, categoria cui numerose linee guida hanno attribuito il carattere d'urgenza in via preventiva e generale, precludendo persino, per le fasi di impugnazione, la verifica se queste ultime fossero state proposte dal lavoratore o dal datore soccombente nella fase precedente del giudizio, nel secondo caso, invero, potendosi escludere l'automatismo del "grave pregiudizio" derivante dal ritardo nella trattazione⁴⁰.

Infine, va evidenziato come le misure adottate dai capi degli uffici abbiano contribuito in modo significativo alla sperimentazione e al successo, anche nell'ambito delle controversie di lavoro, dello svolgimento delle udienze "da remoto" e, soprattutto, mediante "deposito in telematico di note scritte".

6. *Le modalità alternative di svolgimento delle udienze. L'udienza a porte chiuse*

Venendo, quindi, alle modalità alternative di svolgimento delle udienze, già il co. 2 dell'art. 2, d.l. 11/2020, e quindi il co. 7 dell'art. 83, d.l. 18/2020, ne avevano previste tre: svolgimento dell'udienza a porte chiuse (lett. e)); mediante collegamento da remoto (lett. f)); mediante lo scambio e il deposito di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni (lett. h)).

Tutte queste tre modalità hanno superato i confini applicativi della seconda fase (30 giugno 2020) anche se la prima di esse, l'udienza a porte chiuse, è riemersa tardivamente rispetto alle altre due, dal momento che non se ne rinveniva traccia nell'art. 221 d.l. 34/2020, conv. dalla l. 77/2020, che, con il dichiarato intento di proseguirne la sperimentazione, aveva da subito⁴¹

⁴⁰ V., ad esempio, le *Linee guida vincolanti* adottate dal Presidente della Corte d'appello di Milano (Prov. n. 2817/pres/2020 del 13 marzo 2020), in cui si legge: "Tra i provvedimenti urgenti da trattare rientrano [...] tutti quelli la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti, tra cui, in particolare, le impugnazioni di licenziamento collettivo o individuale, con domanda di tutela reale, svolte o meno con il procedimento di cui all'art. 1 comma 58 ss. L. 92/2012. In quest'ultimo caso la dichiarazione d'urgenza sarà fatta dal Presidente di sezione con decreto" (p. 4). Nell'ambito dello stesso distretto, cfr. invece il diverso tenore delle *Linee guida* adottate dal Presidente del Tribunale di Milano (Prov. n. 56/2020 del 10 aprile 2020), secondo cui "in merito alla sussistenza dell'urgenza e del presupposto (*grave pregiudizio alle parti*) ogni valutazione è rimessa all'apprezzamento proprio dettato dalla singola fattispecie ed alle circostanze che la caratterizzano" (p. 6).

⁴¹ O, più precisamente, dal 19 luglio 2020, ossia dall'entrata in vigore della legge di conversione (l. 77/2020) del d.l. 34/2020, che aveva in tal senso riscritto il testo dell'art. 221 del decreto.

riproposto le udienze da remoto e a trattazione scritta tra le misure applicabili nella c.d. terza fase. È il co. 3 dell'art. 23, d.l. 137/2020, n. 137, conv. dalla l. 176/2020, che ha rilanciato la possibile celebrazione delle udienze a porte chiuse, rinviando assai stringatamente alla disciplina dettata dall'art. 128 cod. proc. civ. Tale disposizione, al co. 1, consente al “giudice che la dirige” di disporre che l'udienza pubblica si svolga a porte chiuse “se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume”. Orbene, considerato che l'applicabilità della norma codicistica nel periodo in questione non sarebbe parsa revocabile in dubbio anche ove essa non fosse stata espressamente richiamata dal citato co. 3 dell'art. 23, per attribuire un senso normativo a quest'ultima previsione⁴² essa va interpretata come un ampliamento delle ragioni che consentono al giudice di disporre la celebrazione a porte chiuse, ossia come se, temporaneamente, la norma codicistica includesse anche un riferimento a (non espressamente menzionate) “ragioni sanitarie”⁴³.

7. Segue. *L'udienza da remoto*

L'udienza da remoto, attualmente disciplinata dall'art. 221, co. 6 e 7, d.l. 34/2020, è l'udienza che, nelle ipotesi in cui non sia richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, si svolge, anche solo per alcune parti, mediante collegamenti audiovisivi messi a disposizione dal Ministero della Giustizia e regolamentati da provvedimento del Direttore generale dei sistemi informatici e automatizzati del Ministero⁴⁴.

Essa rappresenta una modalità di svolgimento dell'udienza per molti

⁴² Tale questione, nel vigore della previgente disciplina delle udienze a porte chiuse che si rinveniva (lett. e) nel contesto delle misure previste dall'art. 83, co. 7, d.l. 18/2020, trovava più agevole soluzione, considerato che la norma attribuiva tale potere ad un soggetto (il capo dell'ufficio) diverso da quello indicato nell'art. 128 cod. proc. civ. e con specifica indicazione delle relative finalità mediante rinvio a quelle previste dal co. 6.

⁴³ D'altronde sarebbe irragionevole un'interpretazione che attribuisse al giudice, nell'arco temporale considerato, un potere completamente discrezionale (perché svincolato dalla sussistenza di ragioni ostative alla pubblicità dell'udienza) per disporre la celebrazione a porte chiuse.

⁴⁴ I provvedimenti del DGSIA si sono susseguiti sin dal marzo 2020, individuando come strumenti applicativi per le udienze civili le piattaforme Microsoft Teams e Skype for Business, e introducendo discipline tecniche via via più rigorose. Da ultimo v. il Provvedimento del 2 novembre 2020.

aspetti sovrapponibile a quella dell'udienza in presenza, consentendo al giudice di condurre e disciplinare lo svolgimento e garantendo, sia pure con modalità a distanza, il dispiegamento del contraddittorio tra le parti: il co. 6 dell'art. 221, d.l. 34/2020, infatti, espressamente condiziona tale possibilità alla predisposizione di “modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti” (come, peraltro, già la prima versione della disciplina dettata dall'art. 83, d.l. 18/2020). In sostanza, la partecipazione da remoto non incide sulle forme della trattazione ma solo sulle modalità della comparizione⁴⁵.

L'attuale regolazione dell'udienza integralmente da remoto (co. 7), a differenza di quella vigente nelle prime fasi dell'emergenza, espressamente prevede che tale modalità possa essere disposta dal giudice solo “*con il consenso preventivo delle parti*”.

Prima dell'udienza il giudice dispone la comunicazione ai procuratori delle parti del giorno, dell'ora e delle modalità di collegamento: sebbene il co. 7 si astenga dall'individuare il termine di tale comunicazione, per omogeneità deve ritenersi applicabile quello di cinque giorni prima dell'udienza previsto per l'udienza “mista” dal co. 6 (v. *infra*). Analogamente deve ritenersi in ordine alla partecipazione della parte: sebbene il co. 7 non lo precisi, anche in tal caso deve farsi riferimento alla disciplina dell'udienza “mista”, che espressamente prevede che la parte possa partecipare all'udienza solo dalla medesima postazione dalla quale si collega il difensore.

Il co. 7 reca anche la precisazione che impone “la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario”. Tale regola ripropone quella che era stata introdotta, nella previgente disciplina dell'udienza da remoto (art. 83, co. 7, lett. f), d.l. 18/2020), dall'art. 3, co. 1, lett. c), d.l. 28/2020, e che aveva sollevato vivaci obiezioni circa la ragionevolezza di una tale previsione destinata ad applicarsi nel periodo epidemico, specie alla luce dell'assenza di analoga imposizione nella disciplina delle udienze da remoto previste in ambito amministrativo dallo stesso d.l. 28/2020 all'art. 4⁴⁶, obiezioni sfociate persino in questioni di

⁴⁵ CAROLEO, IONTA, *La trattazione scritta. Un arabesco (Art. 221, comma 4, l. n. 77/2020 di conversione al d.l. “Rilancio”)*, in www.giustiziansieme.it, 29 luglio 2020, p. 4.

⁴⁶ V., ad esempio, COSTANTINO, *La giustizia da remoto: adelante ... con juicio – seconda parte*, in www.giustiziansieme.it, 2 maggio 2020, p. 3-4: “Non vi è alcuna obiettiva ragione per la quale i giudici civili debbano recarsi in ufficio per la trattazione in *streaming*, mentre i giudici amministrativi possano rimanere a casa. La scelta tra l'una o l'altra soluzione potrebbe dipendere dalla natura della controversia, dalla qualità delle parti; non sembra, invece, possa essere collegata allo status del giudice”. Critico anche CARRATTA, *I processi in materia*, cit., p. 2064.

costituzionalità⁴⁷. Essa, tuttavia, non trova più applicazione dall'entrata in vigore dell'art. 23, d.l. 137/2020, il cui co. 7 ha stabilito, in espressa deroga all'art. 221, co. 7, d.l. 34/2020, che “il giudice può partecipare all'udienza anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario”.

Come accennato, in modo innovativo rispetto alla previgente disciplina, il co. 6 dell'art. 221, d.l. 34/2020, regola anche la modalità “mista” di svolgimento dell'udienza, parzialmente in presenza e parzialmente da remoto, consentendo cioè il collegamento a distanza non di tutti i protagonisti dell'udienza ma di una o più parti e/o difensori. Tale modalità può essere adottata dal giudice previa istanza dell'interessato, da depositarsi almeno 15 giorni prima della data fissata per l'udienza, e il giudice, almeno cinque giorni prima dell'udienza, dispone la comunicazione alle parti dell'istanza, dell'ora e delle modalità del collegamento.

Sia il co. 6 che il co. 7, sebbene con formulazioni testuali non coincidenti, si concludono affermando la regola per cui all'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui accerta l'identità dei soggetti partecipanti a distanza e, ove si tratti delle parti, della loro libera volontà, nonché delle ulteriori operazioni compiute. È da ritenersi che l'espressa previsione della verbalizzazione non precluda la possibilità che nel rito del lavoro, in luogo della redazione del verbale, si possa procedere alla registrazione mediante la stessa piattaforma utilizzata, giusta la speciale disciplina di cui all'art. 422 cod. proc. civ.

Nonostante qualche evidente sbavatura sul piano della tecnica redazionale che costringe l'interprete a ricostruire la disciplina unitaria saltabecando tra i co. 6 e 7 dell'art. 221, d.l. 34/2020⁴⁸, l'udienza da remoto, in versione sia integrale che mista, sembra attagliarsi anche alle specificità del processo del lavoro, in quanto modalità idonea a conservare quei caratteri di oralità, di immedia-

⁴⁷ Le questioni di costituzionalità sollevate in proposito dal Tribunale di Mantova, con ordinanze del 19 e del 22 maggio 2020, e dal Tribunale di Pavia, con ordinanza del 25 maggio 2020, in relazione agli artt. 3, 32, 77 e 97 Cost., sono state disattese dalla Corte costituzionale che, con ord. 11 dicembre 2020, n. 269, ha dichiarato manifestamente inammissibili quelle sollevate dal Tribunale di Mantova con l'ordinanza 19 maggio 2020 e, in relazione alle altre due ordinanze di rimessione, ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici rimettenti per una nuova valutazione della rilevanza delle questioni alla luce della sopravvenuta normativa dettata dal d.l. 137/2020 (su cui subito nel testo). Per un commento alla pronuncia, v. VALERINI, *Udienza da remoto per il giudice civile anche senza essere nell'ufficio giudiziario*, in *D&G*, 14 dicembre 2020, p. 13 ss.

⁴⁸ In termini di “deprecabile disordine normativo” si esprime RUFFINI, *op. cit.*, p. 17.

tezza e di concentrazione che lo contraddistinguono. Qualche dubbio, invero, sembra lecito porsi con riferimento allo svolgimento da remoto dell'udienza di cui all'art. 420 cod. proc. civ., laddove il codice di rito prevede la comparizione personale delle parti, il loro libero interrogatorio e l'espletamento del tentativo di conciliazione ad opera del giudice. Non solo il libero interrogatorio, dal quale il giudice potrebbe trarre elementi di convincimento, presuppone un confronto in presenza (non diversamente dall'escussione di testi, non a caso esclusa), ma soprattutto nell'udienza da remoto appare alterata la possibilità di addivenire a un buon esito del tentativo di conciliazione, in cui un ruolo non secondario è svolto dalle capacità persuasive del giudice, dalle sue *soft skill*, le quali più difficilmente sembra possano esprimersi "a distanza": la lontananza fisica tra le parti (ognuna chiusa nello studio del proprio avvocato) sembra cioè destinata a riflettersi inevitabilmente anche sulla distanza delle rispettive posizioni in ordine alla proposta conciliativa del giudice.

8. Segue. *La trattazione scritta*

L'art. 221, co. 4, d.l. 34/2020, disciplina la c.d. trattazione scritta, consentendo al giudice di disporre che "le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti siano sostituite dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni".

Anche tale modalità è ripresa dall'art. 83, co. 7, d.l. 18/2020, il quale però, alla lett. h), dettava una disciplina assai più scarna dell'attuale e che (anche ma non solo) per questo aveva dato luogo a numerosi rilievi critici⁴⁹ e, nella esperienza pratica, a questioni applicative di difficile soluzione, variamente risolte nelle prassi dei c.d. protocolli⁵⁰.

Facendo tesoro, almeno parzialmente, della pregressa esperienza, il legislatore con il co. 4 dell'art. 221 ha formalizzato una regolamentazione che prevede, innanzitutto, che il giudice debba comunicare alle parti, con un anticipo di almeno trenta giorni rispetto alla data fissata per l'udienza, che la stessa è sostituita dallo scambio di note scritte, assegnando altresì alle parti un termine fino a cinque giorni prima della predetta data per il deposito di

⁴⁹ V., ad esempio, PANZAROLA, FARINA, *Il diritto processuale civile e l'emergenza covid19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, in www.judicium.it, 29 maggio 2020, p. 14-18.

⁵⁰ Ne dà conto FRASSINETTI, *Le udienze a trattazione scritta ai tempi dell'emergenza sanitaria*, in DOLSO, FERRARA M.D., ROSSI D. (a cura di), *op. cit.*, p. 193 ss., spec. p. 197 e 200.

note. Ciascuna delle parti può presentare, entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento giudiziale che dispone la trattazione scritta, istanza per la trattazione orale della causa, e il giudice su tale istanza provvede entro i successivi cinque giorni. Qualora, infine, nessuna delle parti effettui il deposito telematico delle note scritte, il giudice provvede ai sensi dell'art. 181, co. 1, cod. proc. civ., fissando un'udienza successiva nella quale, in caso di ulteriore mancata comparizione, è dichiarata l'estinzione del processo.

Il legislatore non ha, invece, disciplinato l'ipotesi in cui le note scritte siano depositate tardivamente, ossia successivamente alla scadenza del termine di cinque giorni prima dell'udienza ma prima della data e dell'ora originariamente fissate per l'udienza, rilanciando così il dibattito, già insorto sulla versione precedente dell'istituto⁵¹, sulla natura del termine (perentorio o ordinatorio) e se anche in tal caso il giudice debba provvedere ai sensi dell'art. 181, co. 1, cod. proc. civ.⁵².

Perplessità ben maggiori solleva altra lacuna che pure emerge dal testo della norma, dal momento che per disporre la trattazione scritta in sostituzione dell'udienza, a differenza dell'udienza (in tutto o in parte) da remoto, non è previsto che il giudice debba acquisire il necessario preventivo consenso delle parti o almeno la loro tacita adesione, lacuna che rende possibile leggere la norma come volta ad attribuire al giudice un apprezzamento totalmente discrezionale, al punto che gli sarebbe finanche consentito di rigettare l'istanza di trattazione orale anche ancorché presentata tempestivamente e da tutte le parti del giudizio⁵³.

Tale lettura, benché non imposta necessariamente dalla lettera della norma⁵⁴, è proprio quella che si è affermata nella prassi giudiziaria⁵⁵, rilan-

⁵¹ Cfr. CAROLEO, IONTA, *Dizionario della trattazione scritta. Il processo civile in emergenza*, in *www.ilcaso.it*, 3 aprile 2020; PANZAROLA, FARINA, *op. loc. ult. cit.*

⁵² Cfr. CAROLEO, IONTA, *La trattazione scritta, cit.*, p. 6-7; RUFFINI, *op. cit.*, p. 18-19.

⁵³ V. RUFFINI, *op. cit.*, p. 19, il quale in proposito argomenta anche dall'art. 23, co. 6, d.l. 137/2020, che, disciplinando la trattazione scritta per le udienze dei giudizi di separazione e divorzio (nelle quali è sempre necessaria la comparizione personale delle parti), ne condiziona l'applicazione all'espressa rinuncia di tutte le parti al diritto di partecipare all'udienza, previsione da cui l'A. trae conferma "che il mancato consenso delle parti impedisca detta sostituzione soltanto nelle ipotesi in cui all'udienza sia richiesta la loro comparizione personale" (così a p. 20) e dunque non nell'ipotesi disciplinata dall'art. 221, co. 4, d.l. 34/2020.

⁵⁴ Cfr. sul punto le argomentazioni di FICHERA, ESCRIVA, *op. cit.*, p. 20, che pervengono alla conclusione per cui "sembra preferibile la tesi a tenore della quale il giudice sia sempre vincolato a fissare la trattazione *in praesentia*, se vi è richiesta di almeno una delle parti".

⁵⁵ Ne dà conto CECHELLA, *Trattazione scritta, a distanza, digitalizzazione degli atti: cosa*

ciando le perplessità sorte sull'istituto sin dalla sua introduzione nelle prime fasi emergenziali.

Tralasciando i possibili rilievi in ordine al necessario regime di pubblicità riservato dal codice di rito alle udienze di discussione⁵⁶, il problema di fondo posto dalla ineludibilità, per le parti, della trattazione scritta disposta discrezionalmente dal giudice è strettamente connesso a quello dell'elusione delle esigenze del contraddittorio, data l'impossibilità di replica immediata alle difese avversarie (e anche ai possibili rilievi del giudice)⁵⁷ alla luce della disciplina della trattazione scritta, la quale, come si è visto, prevede un termine unico (e quindi contestuale) per il deposito delle note scritte.

A ciò deve aggiungersi che, rispetto al pieno dispiegarsi delle difese nella discussione orale, la limitazione imposta dal legislatore circa il contenuto delle note scritte ("le sole istanze e conclusioni") appare una incoerente costrizione processuale.

Proprio gli aspetti da ultimo evidenziati avevano indotto la buona parte degli interpreti alla cauta prefigurazione di un ridotto spazio di ricorso al nuovo istituto⁵⁸. Invece proprio la "trattazione scritta" è stata la vera protagonista dello svolgimento dei processi in ambito civile nel periodo di applicazione della legislazione processuale dell'emergenza, raccogliendo ampi consensi non solo tra gli appartenenti all'ordine giudiziario ma anche nel ceto forense, come testimoniano i provvedimenti dei capi degli uffici, i protocolli di sezione (quasi sempre adottati con l'adesione dei Consigli dell'Ordine) e soprattutto la stessa pratica giudiziaria.

Non può non destare sorpresa la circostanza che tale successo si sia riscontrato anche nell'ambito delle controversie di lavoro. Le note scritte, infatti, tanto per l'*iter* procedimentale che le caratterizza quanto per il loro

resterà nel processo civile dell'emergenza epidemiologica, in www.questionegiustizia.it, 15 febbraio 2021, p. 6.

⁵⁶ Su cui cfr., ad esempio, SCARSELLI, *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in www.judicium.it, 13 maggio 2020; FRASSINETTI, *op. cit.*, p. 195-196.

⁵⁷ Cfr. CECHELLA, *op. cit.*, p. 5, che afferma: "La concessione di un solo termine difensivo con la trasmissione di note scritte può essere all'origine di remore irrimediabili alla replica, quando in esso una delle parti introduca elementi innovativi sul quale deve condursi il contraddittorio dell'avversario, oppure quando il giudice ritiene di rilevare una questione che avrebbe evidenziato in udienza per proporre un'immediata discussione delle parti".

⁵⁸ V., ad esempio, le considerazioni di COREA, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*, in www.judicium.it, 4 giugno 2020, 14-17; COSTANTINO, *op. loc. cit.*; FRASSINETTI, *op. cit.*, p. 196-197.

contenuto minimale, appaiono uno strumento adatto all'impiego prevalentemente nel processo ordinario, in particolare per agevolare la prosecuzione dell'attività processuale laddove l'udienza (o per meglio dire la comparizione del difensore all'udienza) risulta funzionale esclusivamente a dare impulso al processo, come accade, ad esempio, nella prima udienza di comparizione (183, co. 1, cod. proc. civ.), in quella che segue la concessione dei termini ai sensi del co. 6 dell'art. 183 cod. proc. civ., oppure nell'udienza di precisazione delle conclusioni (art. 189 cod. proc. civ.).

Il rito del lavoro, ispirato ai canoni di oralità, immediatezza e concentrazione, è invece caratterizzato come processo nel quale ogni udienza, salvo quelle istruttorie, costituisce udienza di discussione, nell'ambito della quale il giudice, ove ritenuta matura la causa per la decisione, può invitare le parti alla discussione e quindi decidere. È evidente, da questo punto di vista, come le note scritte non possano surrogare la discussione che, a tacer d'altro, è sempre caratterizzata da un contraddittorio pieno ed immediato che la trattazione scritta è del tutto inidonea ad assicurare⁵⁹. Deve inoltre aggiungersi che la modalità di trattazione orale della causa, nel processo del lavoro, è funzionale anche alla ricerca della verità materiale, che pure rappresenta un canone tipico del rito speciale, come emerge dagli ampi poteri istruttori d'ufficio di cui il giudice dispone (ai sensi dell'art. 421 cod. proc. civ.).

Da questo punto di vista il successo riscosso dalle c.d. "note scritte" nel rito del lavoro, e ancor più le prospettive future di una possibile implementazione stabile di tale modalità, più che rappresentare una accelerazione tematica del processo del lavoro, sembrano invece certificarne la crisi, a stregua di una rassegnata presa d'atto che le norme regolatrici del rito sono ormai diffusamente disapplicate o, ancor peggio, vissute come un fastidioso orpello nell'attuale contesto dell'amministrazione della giustizia, in cui l'unico obiettivo sembra essere costituito dalla rapidità della decisione, quali ne siano i percorsi processuali e i contenuti.

⁵⁹ Cfr. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in www.judicium.it, 15 dicembre 2020, secondo la quale "la trattazione cartolare, limitata ad una sintetica illustrazione delle istanze e delle conclusioni assunte, dovrebbe essere riservata invece, dal legislatore, a quelle sole udienze in cui non vi è, di norma, niente davvero da discutere" (così a p. 3).

Abstract

Il saggio esamina alcuni tra i principali aspetti della normativa introdotta per disciplinare nel periodo emergenziale il processo civile, nel cui ambito applicativo rientrano anche le controversie di lavoro. Dopo aver analizzato le diverse fasi degli interventi, unitamente alle principali questioni applicative insorte anche con riferimento al processo del lavoro, il saggio nella parte finale si sofferma in particolare sulle modalità alternative di svolgimento delle udienze sperimentate in questo periodo, per valutarne la compatibilità con i principi che regolano il processo del lavoro.

The essay examines some of the main aspects of the legislation introduced to regulate, in the emergency period, the civil proceedings, which also include labour disputes. After having analysed the different phases of the interventions, as well as the main application issues that have arisen with reference to the labour proceedings, the final part of the essay focuses in particular on the alternative methods to carrying out the hearings, as experienced in this period, to evaluate their compatibility with the principles that regulate the procedural labour law.

Key words

Pandemia da Covid-19, legislazione emergenziale, processo civile, processo del lavoro, sospensione dei termini, modalità alternative di svolgimento delle udienze.

Covid-19 pandemic, emergency legislation, civil procedure, labour disputes, suspension of terms, alternative methods to carrying out the hearings.

sezione terza

Tutela della salute pubblica e relazioni sindacali

Edoardo Ales

La tutela della salute sul lavoro
nel prisma del metodo partecipativo

Sommario: **1.** Il diritto alla salute e la sua intrinseca natura comunitario-partecipativa. **2.** La tutela della salute sul lavoro: una comunità, un modello, due metodi. **3.** Il metodo partecipativo-collaborativo: la tutela della salute tra diritti di partecipazione e obblighi di collaborazione. **4.** Pandemia e partecipazione: un rapporto complesso e contraddittorio.

1. Il diritto alla salute e la sua intrinseca natura comunitario-partecipativa

Qualora ve ne fosse stato bisogno, la Pandemia ha evidenziato la centralità della dimensione individuale e al tempo stesso collettiva della salute, così come già affermato dall'art. 32 Cost., che la tutela, infatti, quale “diritto dell'individuo” e “interesse della collettività”. Mai come in questo momento è risultato chiaro che i comportamenti dei singoli incidono sulla comunità, la quale, a sua volta, dei singoli è chiamata a farsi carico nel momento della malattia. È la Repubblica, infatti, onerata da detta tutela, alla realizzazione della quale, tuttavia, ciascun individuo deve partecipare, volontariamente, nella normalità delle situazioni, ma anche obbligatoriamente, in condizioni di emergenza. Tanto è vero che la legge può costringere l'individuo a “un determinato trattamento sanitario” nell'interesse suo o della collettività¹.

L'intervento in questione, peraltro, non si limita alla dimensione di diagnosi e cura ma si estende, come ormai ampiamente noto e sperimentato, a quella di protezione, prevenzione e, persino, di precauzione rispetto alla malattia. A causa della Pandemia, dispositivi individuali, distanziamento sociale,

¹ Sul diritto alla salute e la sua tutela costituzionale v., per tutti MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, III ed., Giappichelli, 2018.

confinamenti, chiusure e coprifuoco sono diventati, infatti, penoso patrimonio condiviso della comunità nazionale e internazionale. Ciò in una dimensione di intervento che mette al centro della propria azione la tutela della salute fisica, sul presupposto che di quella, *in primis*, debba farsi carico la collettività, in termini di costi organizzativi ed economici.

Già in altra sede abbiamo sottolineato come questo approccio tralasci in larga parte la definizione di salute elaborata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità in termini di benessere non solo fisico ma anche psichico e sociale, che va al di là dell'assenza di malattia².

In questo saggio, quella considerazione verrà richiamata come elemento di contesto, a fronte dell'obbiettivo primario di riflettere sulla dimensione individuale e collettiva della tutela della salute nel rapporto di lavoro nel prisma della partecipazione ovvero del diritto-dovere di collaborazione all'adempimento dell'obbligo di sicurezza.

In una simile prospettiva, è bene premettere che già nella Dichiarazione Universale di Alma Ata sull'Assistenza Sanitaria Primaria (ASP), adottata, il 12 dicembre 1978, sotto l'egida dell'OMS e dell'UNICEF e impulso dell'Unione Sovietica, si sottolineava il diritto e il dovere delle persone di partecipare individualmente e collettivamente alla progettazione e alla realizzazione dell'assistenza sanitaria di cui hanno bisogno (punto IV). Più nello specifico, l'ASP "richiede e promuove al massimo l'autonomia dell'individuo e della comunità e la partecipazione alla progettazione, organizzazione, funzionamento e controllo dell'assistenza sanitaria primaria stessa, usando appieno le risorse locali, nazionali e le altre disponibili; per questo fine sviluppa, attraverso un'adeguata educazione, la capacità delle comunità a partecipare (...)" (punto VII).

L'elemento della partecipazione dal basso, in una prospettiva di democratizzazione del sistema sanitario, si collocava allora nell'ambito del più ampio *New International Economic Order* (NIEO) che si sarebbe dovuto instaurare, secondo quanto auspicato dall'omonima Dichiarazione adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 1° maggio 1974. Nella Dichiarazione, il NIEO, fortemente voluto dai Paesi in via di sviluppo, supportati dall'Unione Sovietica, prevedeva, tra l'altro, la cooperazione tra Stati, garantendo, però, la loro autodeterminazione, confermando, quindi, *mutatis mutandis*, la rilevanza della dimensione al contempo individuale e collettiva della partecipazione.

² ALES, *Quale Welfare ai tempi della Pandemia?*, in *RDSS*, 2020, p. 339.

D'altro canto, la dimensione partecipativa riconosciuta alla tutela della salute è un elemento che qualifica anche il panorama politico italiano di quegli anni. Già nel 1973 il Gruppo comunista aveva presentato alla Camera dei deputati una proposta di legge intitolata "Istituzione del servizio sanitario nazionale", (in)seguita, nel 1974, da un disegno di legge dell'allora Governo di centro sinistra, la cui avanzata discussione nella Commissione Igiene e Sanità non era giunta a buon fine solo a causa della crisi politica che aveva portato alle elezioni anticipate del 1976. Nella legislatura seguente, durante la quale sarà approvata anche la c.d. Legge Basaglia (l. 13 maggio 1978, n. 180), furono presentate ben 3 proposte di legge istitutive del servizio sanitario nazionale alle quali di Governo rispose con due disegni di legge, il secondo destinato a divenire la l. 23 dicembre 1978, n. 833.

La proposta del PCI, introdotta da 34 pagine di quadro tecnico-politico di raro interesse³, oltre a richiamare la definizione di salute elaborata dall'OMS (sebbene senza mai citare la fonte), indicava nella partecipazione dei cittadini all'amministrazione delle funzioni del servizio sanitario nazionale un elemento fondante di un intervento globale e unitario, volto a "realizzare una tutela [della salute] uniforme per tutte le categorie e le classi sociali e per tutto il territorio nazionale" (art. 2). Più in particolare, ai nostri fini, il progetto prevedeva, tra gli "obiettivi primari di salute" da attuare, "la garanzia della sicurezza del lavoro, modificando *con la partecipazione diretta dei lavoratori interessati e delle loro organizzazioni*⁴ le condizioni ambientali e di lavoro pregiudizievoli alla salute del lavoratore e assicurando nelle fabbriche e negli altri luoghi di lavoro la presenza dei necessari servizi" (art. 5).

E se il disegno di legge governativo del 1974, non meno esteso (46 pagine) e interessante quanto a introduzione, taceva sul punto⁵, quello del 1977 (prodotto del monocolore DC di minoranza e 'solidarietà nazionale') riproponeva l'impostazione partecipativa che aveva caratterizzato la proposta del PCI, individuando tra i compiti del servizio sanitario nazionale "la ricerca, l'accertamento e la rimozione in modo sistematico e *con il concorso di tutte le parti sociali interessate* dei fattori di rischio sanitario negli ambienti di lavoro e di vita, nonché la pubblicizzazione dei dati accertati" (art. 2)⁶. Nella l. n. 833 del 1978, all'esito del dibattito parlamentare, questa impostazione diveniva

³ AC 2239, VI Legislatura.

⁴ Corsivi sempre aggiunti.

⁵ AC 3207, VI Legislatura.

⁶ AC 2239, VI Legislatura.

ancor più marcata, indicando essa, tra gli obiettivi che il servizio sanitario nazionale era (ed è) chiamato a perseguire “la sicurezza del lavoro, *con la partecipazione dei lavoratori e delle loro organizzazioni*, per prevenire ed eliminare condizioni pregiudizievoli alla salute e per garantire nelle fabbriche e negli altri luoghi di lavoro gli strumenti ed i servizi essenziali”.

Due sono gli aspetti paradossali dei disegni e delle proposte di legge di quegli anni: il primo riguarda la già accennata, totale assenza di riferimenti, sia nelle introduzioni che nei testi normativi, agli strumenti internazionali, l'eco dei quali è, pure, facilmente distinguibile al loro interno; il secondo, l'altrettanto totale mancanza di raccordi con l'art. 9 Statuto⁷, del tutto giustificati, invece, almeno in teoria, visto il riferimento operato alla “sicurezza del lavoro”.

La mancanza di raccordi sorprende ancor di più in considerazione dell'origine dell'art. 9 e dei suoi contenuti, rinvenibile nel progetto di legge del PCI, visto che, come puntualmente sottolineato in dottrina⁸, il disegno di legge Brodolini, di quello che diventerà, poi, lo Statuto, non prevedeva una disposizione in materia di “tutela della salute e integrità fisica”, presente, invece, nel progetto comunista. In quest'ultimo, tuttavia, del “diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica” risultava titolare il singolo lavoratore. Nel testo proposto dalla Commissione Lavoro, invece, detto diritto veniva attribuito ai “lavoratori, mediante loro rappresentanze”. La medesima dottrina, sottolinea ancora che l'assenza di articolo determinativo (“le”), si deve a un emendamento presentato dal PSIUP e accolto dalla maggioranza, volto a “estendere la competenza in materia ad ogni tipo di rappresentanza anche non sindacale”, di tipo più ‘tecnico’, la cui giustificazione risiedeva proprio nella particolarità della materia stessa⁹.

D'altro canto, la reticenza rispetto all'art. 9 non deve sorprendere. La

⁷ Sul quale v., da ultimi, ALES, *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei Lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9*, in *DLM*, 2020, p. 15; MENGHINI, *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova “soggettività operaia”?*, in *DSL*, 2021, 1; PASCUCCI, *Quale tutela nell'art. 9 dello Statuto? Rileggendo alcune pagine di Luigi Montuschi*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica I, Quad. Diritti Lavori Mercati*, n. 8, 2020, p. 193.

⁸ GAETA, *Lo Statuto dei lavoratori: come nasce una legge*, *ESI*, 2021, p. 79.

⁹ Gaeta, *ibidem*.

stessa contrattazione collettiva nazionale di categoria¹⁰, dopo un primo, timido riferimento operato nel 1973¹¹, procede a una rimozione totale della disposizione e dei suoi contenuti. Le ragioni di una simile scelta non sono semplici da individuare. Tuttavia, è evidente che proprio il potenziale ampliamento del tipo di rappresentanza oltre quella sindacale potrebbe aver costituito un disincentivo a enfatizzare la disposizione. A ciò si aggiunga la difficoltà di definizione del ruolo, soprattutto negoziale, della rappresentanza sindacale aziendale quanto a interlocuzione con il datore di lavoro che caratterizza l'*ante* e il *post* Statuto, almeno fino all'inizio degli anni Novanta.

Evidentemente non è questo il luogo per ricostruire una vicenda così complessa, potendosi rinviare alla dottrina che se n'è occupata più a ridosso¹². D'altro canto, a sintetizzarne i contorni e le contraddizioni è forse sufficiente una citazione, tanto risalente quanto esplicativa: "noi sappiamo bene che il sindacato in azienda può determinare un orientamento a carattere corporativistico e trascinare con sé, quasi fatalmente, il contratto aziendale; riteniamo quindi che non sia né opportuno né utile oggi, creare sindacati in azienda. Questo però non vuol dire che il sindacato debba rimanere lontano all'azienda, dai lavoratori. Dobbiamo avvicinare il sindacato all'azienda senza cadere in quel pericolo di deviazione corporativa aziendale prima accennato"¹³. Ciononostante, nella sola prospettiva della salute e sicurezza, vale la pena evidenziare alcuni passaggi cruciali della vicenda stessa, utili anche alla comprensione dell'assetto attuale.

¹⁰ Data la rilevanza, i riferimenti alla contrattazione collettiva sono concentrati sul settore metalmeccanico e dell'installazione degli impianti.

¹¹ V. *infra*.

¹² TREU, *Sindacato e rappresentanze aziendali*, Il Mulino, 1971; GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda. Dal sostegno sindacale al contratto derogatorio*, CEDAM (Wolters Kluwer), 2017.

¹³ LAMA, *I problemi dell'organizzazione*, Relazione al II Congresso CGIL, Genova 4-9 ottobre 1949, che può leggersi in TREU, *op. cit.*, p. 209. Rispetto alla linea assunta dalla CGIL, anche dopo la scissione, v. la famosa autocritica, nel nome del "ritorno alla fabbrica", pronunciata da Di Vittorio nella Relazione al Comitato direttivo della CGIL del 26 aprile 1955. Il testo può leggersi in *Un secolo per il lavoro. La CGIL 1906-2006*, vol. II, *Rassegna Sindacale*, 24. Sul punto v. anche la lucida riflessione di GARAVINI, *La centralizzazione contrattuale e le strategie del sindacato*, in ACCORNERO (a cura di), *Problemi del movimento sindacale in Italia 1943-73*, Feltrinelli Editore, 1976, p. 673.

2. *La tutela della salute sul lavoro: una comunità, un modello, due metodi*

Come ampiamente noto, l'art. 2087 cod. civ., tuttora norma cardine del sistema di protezione e prevenzione, individua nell'impresa il luogo (fisico e giuridico) nel quale esso deve trovare realizzazione e nell'imprenditore il suo artefice principale, responsabile com'è delle misure necessarie "a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro"¹⁴. Il riferimento all'impresa e ai prestatori di lavoro (al plurale) ribadisce la natura 'comunitaria' della prospettiva che il legislatore, non solo corporativo, assume nel configurare l'obbligazione datoriale, la quale, se deve essere evidentemente realizzata nei confronti di ciascuno dei singoli, non può, però, prescindere dalla loro interazione all'interno dell'organizzazione del lavoro e della produzione¹⁵. Proprio in questa prospettiva, nel ribadire la responsabilità primaria dell'imprenditore, gli Accordi Interconfederali dell'8 maggio 1953 e del 18 aprile 1966 attribuiscono alla Commissione Interna, "per l'esercizio delle sue funzioni di rappresentanza del personale", il potere di "intervenire presso la direzione per l'esatta applicazione delle norme (...) di igiene e sicurezza del lavoro" (art. 3).

Anche la vicenda delle Commissioni interne è troppo complessa per essere oggetto di analisi in questa sede¹⁶. Al fine di evidenziarne, ancora una volta difficoltà e contraddizioni, è, tuttavia, sufficiente notare che neppure il CCNL Metalmeccanici del 1966, coevo al secondo degli Accordi appena citati, menziona le Commissioni Interne con riferimento alla "Igiene e sicurezza del lavoro", limitandosi a ribadire, all'art. 23, la responsabilità delle aziende a mantenere "i locali di lavoro in condizioni di salubrità ed in modo da salvaguardare l'incolumità dei lavoratori curando l'igiene, l'aerazione, l'illuminazione, la pulizia e, ove possibile, il riscaldamento dei locali stessi, e ciò nei termini di legge". Anche per la contrattazione collettiva di categoria, dunque, nonostante l'indicazione confederale, l'unico garante della salute dei lavoratori è il datore. Un simile approccio trova conferma nel CCNL del 1970, il quale ripropone l'art. 23 in un testo identico al precedente.

¹⁴ Sul tema, da ultimo, PASCUCCI, *L'infortunio sul lavoro tra prevenzione e protezione*, in CANAVESI, ALES (a cura di), *La tutela antiinfortunistica oggi*, ES, 2020, p. 51.

¹⁵ ALES, *The Collective Dimensions of the Employment Relationship: Ways Beyond Traditional Views*, in ADDABBO, ALES, CURZI, FABBRI, RYMKEWICH, SENATORI (eds.), *The Collective Dimensions of Employment Relations*, Palgrave, 2021, 63.

¹⁶ Si rinvia, quindi, a DE CRISTOFARO, *Le Commissioni Interne*, CEDAM, 1970.

La situazione prende una piega decisamente diversa con il già citato rinnovo del 1973. Ma, come detto, non per merito del art. 9 Statuto, pur richiamato, nei suoi “criteri”, in apertura dell’art. 26 (rubricato “Ambiente di lavoro – Igiene e sicurezza”). Piuttosto, il cambiamento avviene a fronte di una serie di innovazioni tecniche la cui implementazione vede coinvolto non solo il sindacato provinciale, in quel momento vero *deus ex machina* dei rapporti collettivi a livello aziendale, ma anche e si potrebbe dire sorprendentemente, le Rappresentanze Sindacali Aziendali, appena introdotte dall’art. 19 Statuto.

Sono le RSA, infatti, che individuano, di comune accordo con la direzione, in ogni stabilimento o sede, aree omogenee, rispetto alle quali “viene istituito il registro dei dati ambientali, costituito dalla raccolta delle rilevazioni che saranno effettuate da un ente specializzato.”. Peraltro, a valle della determinazione consensuale da parte delle Associazioni imprenditoriali e del Sindacato provinciale territoriale di “un elenco di enti specializzati”, sono ancora “le Rappresentanze sindacali aziendali [che] sceglieranno quello al quale sarà affidato il compito di procedere alle rilevazioni.”. Inoltre, “le modalità di intervento dell’ente di cui sopra verranno individuate tra la Rappresentanza sindacale dei lavoratori e la Direzione”. Infine, ma non da ultimo, la formulazione del neo istituito libretto sanitario e di rischio individuale viene “definita tra la Rappresentanza sindacale dei lavoratori e la Direzione”.

La svolta del 1973, che proseguirà secondo una logica incrementale fino al rinnovo più recente del 2021, inaugura una stagione che, al di là delle spinte legislative in tal senso, potremmo definire di gestione partecipata della salute sul lavoro, regolata mediante la contrattazione collettiva di categoria che non esclude, però, come espressamente previsto dall’art. 26, la presenza di “accordi organici concordati aziendali”. Si tratta, quindi, di un modello collettivo-sindacale che si esprime primariamente attraverso il metodo partecipativo e che, almeno in un primo momento, si concentra sul livello d’impresa¹⁷.

Questo approccio troverà conferma nel rinnovo del 1976, il quale aggiunge al testo previgente dell’art. 26 il diritto delle RSA di ogni stabilimento a ricevere, “fatto salvo il rispetto del segreto industriale”, “l’elenco delle sostanze presenti nelle lavorazioni quando queste siano relative alle malattie

¹⁷ Sul punto v. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione nel diritto della salute e sicurezza dei lavoratori in Italia*, in *DSL*, 2020, p. 96. Nonché SBARRA, *L’azione sindacale per la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Sindacalismo*, 2014, 61.

professionali e/o a quelle per le quali vige l'obbligo delle visite preventive e/o periodiche". A seguito della consegna del registro "su richiesta delle RSA, finalizzata alla difesa della salute, le aziende forniranno informazioni, nella misura del possibile dettagliate, sulle sostanze che vengono impiegate nelle lavorazioni".

Nonostante una dichiarazione a verbale contenuta nel rinnovo del 1994, nella quale le parti, considerata l'imminenza del recepimento della direttiva 89/391/CEE, convenivano di costituire un gruppo di lavoro paritetico con il compito di definire, entro tre mesi, l'armonizzazione della disciplina contrattuale con il nuovo quadro normativo, con particolare riferimento a ruolo, funzioni e prerogative dei rappresentanti dei lavoratori in materia di sicurezza, occorre attendere il 2003 per assistere ad un cambio di scenario che tengo conto del mutato quadro legislativo.

Nel frattempo, tuttavia, il metodo partecipativo continua la propria affermazione, estendendosi al sistema delle relazioni sindacali. Nello stesso rinnovo del 1994, infatti, viene introdotta una Premessa, tuttora presente, secondo la quale il CCNL, "nell'assumere come proprio lo spirito del 'Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo' del 23 luglio 1993, ne realizza, per quanto di competenza (...), le finalità e gli indirizzi in tema di relazioni sindacali". Ciò avviene, tra l'altro "attribuendo all'autonomia collettiva delle parti una funzione primaria per la gestione delle relazioni di lavoro mediante lo sviluppo del metodo partecipativo, ai diversi livelli e con diversi strumenti, al quale le parti riconoscono un ruolo essenziale nella prevenzione del conflitto".

Si tratta dell'avvio di un percorso dall'esito tuttora incerto che, tuttavia, nel tempo, si è andato arricchendo di elementi importanti, in particolare nella prospettiva della pariteticità. Non a caso, già nel rinnovo del 1991, le parti, in una nota d'intenti inserita nella Sezione dedicata al Sistema delle relazioni sindacali, avevano deciso di costituire "un gruppo paritetico di lavoro con il compito di prendere in considerazione il sistema di relazioni sindacali nel settore metalmeccanico con l'obiettivo di perseguire una riforma dell'attuale assetto che, tenendo conto della situazione in atto negli altri paesi industrializzati, definisca, in termini di reciprocità, modalità e condizioni, sotto il profilo normativo ed economico, dei rapporti fra i sindacati dei lavoratori e le parallele organizzazioni datoriali".

A quei fini, le Parti prevedevano di intraprendere "uno studio prelimi-

nare da compiersi congiuntamente, intorno alla disciplina della contrattazione collettiva e in genere delle relazioni sindacali, nei suddetti paesi industrializzati”. Pur non essendo noti i contenuti e i risultati dello studio, non pare troppo azzardato presumere che tra quei paesi fosse inserita la Germania con il suo modello partecipativo forte.

Nello stesso rinnovo del 1991, le Parti inaugurano, seppure in via sperimentale e limitatamente ad alcune aree geografiche, la stagione degli organismi paritetici “per lo studio e l’esame della situazione economico-sociale nel settore metalmeccanico”. La sperimentazione produce, evidentemente, un esito positivo, visto che, nel rinnovo del 1994 viene prevista la costituzione dell’Osservatorio congiunto paritetico sulla situazione economico-sociale nel settore metalmeccanico, “quale sede di analisi, verifica e confronto sistematici su temi di rilevante interesse reciproco”.

3. *Il metodo partecipativo-collaborativo: la tutela della salute tra diritti di partecipazione e obblighi di collaborazione*

Come dicevamo, in materia di tutela della salute (e della sicurezza), è il rinnovo del 2003 che determina un ulteriore passo avanti nella gestione partecipata, evidentemente anche sulla scorta delle innovazioni normative introdotte dal d.lgs. n. 626 del 1994 di recepimento della dir. 89/391/CEE. In particolare, l’art. 27 riscrive completamente la disciplina in materia di “Ambiente – Igiene sul lavoro”, partendo dal presupposto che “la tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro costituisce un *obiettivo condiviso dall’azienda e dai lavoratori*, a cominciare dal rispetto degli obblighi previsti dalle disposizioni legislative vigenti. Coerentemente con questo obiettivo, il datore di lavoro, i dirigenti e preposti, i lavoratori, il medico competente (ove previsto), il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, i RLS *collaborano*, nell’ambito delle rispettive funzioni e responsabilità per eliminare o ridurre progressivamente i rischi alla fonte e migliorare le condizioni dei luoghi di lavoro, ergonomiche e organizzative”.

Condivisione e collaborazione sono, quindi, le nuove cifre interpretative della tutela, stimolate, ovviamente dal mutato quadro legislativo, che evidenzia e rafforza le responsabilità in materia di prevenzione e protezione da parte del datore di lavoro, non senza sottolineare, al tempo stesso, l’obbligo di collaborazione del singolo lavoratore. In questo quadro, la previsione del Rap-

presentante dei Lavoratori per la Sicurezza costituisce, con tutta evidenza, un passaggio fondamentale in vista dell'affermazione dei diritti di partecipazione collettiva alla gestione della salute nei luoghi di lavoro.

Ad eccezione della modifica strutturale del CCNL operata dal rinnovo del 2008, a seguito della quale la disciplina in materia viene autonomizzata nel Titolo V rubricato “Ambiente di lavoro” e l'art. 27 rinumerato (ora art. 1 del Titolo V), l'assetto appena descritto rimane invariato fino al 2009, quando alla tutela della salute e sicurezza si affiancano il “rispetto dell'ambiente” e lo “sviluppo sostenibile delle attività produttive”, quali “*valori condivisi dalle parti a tutti i livelli*” nonché “*obiettivi comuni dell'azienda e dei lavoratori.*”. Nella rubrica dell'art. 1 il termine salute sostituisce il riferimento, antico, all'igiene.

All'assetto così modificato dall'ampliamento dell'impegno condiviso delle parti, il rinnovo del 2016 aggiunge un elemento significativo per il nostro discorso, relativo a quelli che vengono definiti “quasi-infortuni” dei quali si ritiene “utile la rilevazione (...) ai fini dello sviluppo della cultura della prevenzione e del miglioramento continuo della sicurezza sul lavoro”. Rispetto a essi, le parti “convengono che potranno essere sperimentati a livello aziendale, *previa valutazione congiunta tra RSPP e RLS*, sistemi e modalità per la segnalazione dei quasi infortuni nell'intento di individuare opportune misure gestionali.”. Nel rinnovo del 2021, la segnalazione viene estesa alle “situazioni pericolose”. Anche in questo caso, siamo in presenza di un esempio di gestione condivisa sul piano collettivo della tutela della salute che consente alla direzione aziendale (attraverso l'RSPP) e ai lavoratori (mediante l'RLS) una riflessione congiunta sulla presenza di fonti di pericolo e rischio individuate di comune accordo.

Ma non è solo la dimensione collettiva¹⁸ ad essere oggetto di intervento da parte del rinnovo del 2016. L'art. 1, infatti, viene arricchito anche dalla possibilità di sperimentare “*modalità di coinvolgimento attivo dei lavoratori* nell'orga-

¹⁸ Risulta, tuttavia, assente qualsiasi riferimento alla dimensione collettiva del modello organizzativo che funziona da esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni secondo quanto previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, che deve “essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi relativi (...) alle attività di natura organizzativa, quali (...) consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza” (art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008); dimensione che viene, invece, puntualmente valorizzata dalla dottrina: L. ZOPPOLI, *Il controllo collettivo sull'efficace attuazione del modello organizzativo diretto ad assicurare la sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *DLM*, 2013.

nizzazione dell'attività di prevenzione finalizzata al miglioramento della salute e della sicurezza dei luoghi di lavoro". Il riferimento è, nello specifico, alle unità produttive con almeno 200 dipendenti nelle quali "potranno essere programmati due incontri all'anno nell'ambito dell'area di esecuzione delle operazioni industriali per gruppi di lavoratori, gestiti da RSPP e presenti i Preposti e gli RLS, per esaminare eventuali fattori di rischio o criticità e prospettare possibili soluzioni. La partecipazione sarà a carico dell'azienda e dei lavoratori in un rapporto pari 1/1 secondo modalità definite d'intesa con la RSU".

Fanno parte della sperimentazione anche i cosiddetti *break* formativi "consistenti in un aggiornamento del lavoratore sulla sicurezza attraverso brevi momenti formativi (15-20 minuti al massimo) da collocarsi durante l'orario di lavoro in funzione delle esigenze tecnico-organizzative nel corso dei quali, sotto la supervisione del docente/RSPP affiancato dal preposto e dal RLS, il lavoratore ripercorre le procedure operative di sicurezza dell'area di competenza". Si tratta, ancora una volta, di un esercizio congiunto dell'attività di prevenzione, particolarmente rilevante nella prospettiva dell'informazione/formazione/istruzione del lavoratore, il quale dovrebbe trarne beneficio in termini di consapevolezza e, dunque, di sicurezza nello svolgimento della prestazione. Non a caso, la pratica dei *break* formativi trova cittadinanza anche dal Patto per la Fabbrica del 2018 e viene confermata dal rinnovo del 2021.

D'altro canto, come anticipato, il crescendo partecipativo affonda le sue radici, in una prospettiva più ampia di quella legata alla salute e sicurezza, nel rinnovo del 1999.

In particolare, in quello, le parti, "intendendo consolidare e dare ulteriore sviluppo alla scelta del metodo partecipativo contenuta nella premessa al contratto"¹⁹, individuano lo strumento più idoneo a questo fine in un sistema di Osservatori congiunti paritetici. Gli Osservatori, articolati per aree tematiche, costituiranno una sede di analisi, verifica e confronto sistematici sui temi di rilevante interesse reciproco così come definiti nella [Sezione I – Sistema di relazioni sindacali]. La 'politica degli osservatori' si articola sui tre livelli rilevanti del sistema di relazioni sindacali: il nazionale (Osservatorio paritetico nazionale sull'industria metalmeccanica – art. 1), il territoriale-provinciale (Osservatori paritetici territoriali sull'industria metalmeccanica – art. 2), l'aziendale (Osservatori paritetici in sede aziendale – art. 3).

¹⁹ Vedila citata per esteso *supra*.

Di particolare interesse ai nostri fini, per quanto riguarda l'Osservatorio nazionale è l'area tematica relativa alla "Situazione economico-sociale dell'industria metalmeccanica" (1.1), nell'ambito della quale vengono raccolti e analizzati congiuntamente "i dati relativi alla costituzione dei Rappresentanti dei Lavoratori per la Sicurezza (RLS) e alle iniziative formative realizzate" (lett. i)). Dal rinnovo del 2012, la salute e sicurezza diventa, poi, un'area tematica specificamente individuata, la quale, "allo scopo di promuovere la cultura della sicurezza e della prevenzione nei luoghi di lavoro, sarà dedicata al monitoraggio ed all'analisi dell'andamento e delle tipologie degli infortuni sul lavoro mediante l'utilizzo di statistiche nazionali ed europee" nonché alla promozione di "progetti ed iniziative tesi a diffondere sull'intero territorio nazionale la cultura della sicurezza e della prevenzione".

Ugualmente di interesse è l'area tematica che riguarda i "Sistemi di partecipazione nelle aziende metalmeccaniche in Italia e in Europa e Dialogo sociale europeo" (1.5), "dedicata al monitoraggio e all'esame delle esperienze più significative in materia realizzate sia in Italia che in Europa", "allo scopo di promuovere sistemi di relazioni industriali di tipo partecipativo all'interno del settore". A testimonianza della ricerca continua di affinamento degli strumenti della partecipazione, "particolare attenzione sarà dedicata allo stato e all'evoluzione del Dialogo sociale europeo", "considerato che l'avvenuta unificazione monetaria incentiverà i paesi europei all'adozione di pratiche sempre più omogenee al modello concertativo". Si tratta di passaggi, a nostro avviso, estremamente significativi, anche alla luce dell'ingresso di proprietà straniere, alcune delle quali decisamente inclini all'adozione del modello partecipativo, nell'ambito del settore²⁰.

In questa prospettiva è significativo notare come, tra i temi riferibili alla "Situazione economico-sociale dell'industria metalmeccanica" affidati alla riflessione degli Osservatori territoriali, rientrino le relazioni sindacali.

Per quanto riguarda il livello aziendale, infine, al di là delle competenze abbastanza generiche attribuite agli Osservatori, il dato maggiormente significativo consiste proprio nella loro costituzione (su richiesta di una delle parti, "nelle aziende che occupano complessivamente più di 3.000 dipendenti, di cui almeno 1.000 dipendenti occupati nella medesima unità produttiva") e nella loro composizione, soprattutto per ciò che concerne la parte

²⁰ Sul punto v. R. SANTAGATA DE CASTRO, *Sistema tedesco di codeterminazione e trasformazioni dell'impresa nel contesto globale: un modello di ispirazione per Lamborghini*, in *DRI*, 2020, II, p. 420.

dei lavoratori, che vede presenti sia la rappresentanza congiunta delle organizzazioni sindacali nazionali o territoriali che hanno stipulato il contratto sia della RSU.

La ‘politica degli osservatori’ costituisce tuttora un elemento centrale del sistema partecipativo nel settore anche se dal rinnovo del 2009 è in corso un tentativo, ancora non andato a buon fine, di sostituire l’Osservatorio nazionale con un Organismo Bilaterale Nazionale (OBN), la cui costituzione, nell’intenzione delle parti, dovrebbe rappresentare un passo decisivo verso la “costruzione di un compiuto sistema partecipativo fondato su una qualificata bilateralità”.

In parallelo alla ‘politica degli osservatori’ le parti avevano dato inizio alla ‘politica delle commissioni’, anch’esse paritetiche e congiunte, a partire dalle Commissioni pari opportunità, in un primo momento solo nazionale e territoriali, poi, dal rinnovo del 1999, anche aziendali, alle quali si affiancano, dal rinnovo del 1994, quelle in materia di formazione professionale; dal rinnovo del 2008, quelle relative all’integrazione dei lavoratori migranti; dal rinnovo del 2016 quella sulle politiche attive per promuovere l’occupabilità e favorire la riqualificazione ed il reinserimento lavorativo.

In questo quadro, particolarmente interessante per la nostra trattazione è la previsione contenuta nel rinnovo del 2016 relativa alla costituzione della Commissione nazionale su salute e sicurezza (art. 4), le cui competenze vengono specificate e ampliate nel rinnovo del 2021. Occorre tuttavia notare, in negativo, che contrariamente alle pari opportunità e alla formazione professionale, in tema di salute e sicurezza non vengono istituite commissioni territoriali e aziendali. Una scelta che non sembra essere controbilanciata dall’eventuale costituzione degli organismi paritetici territoriali-provinciali, confermati, da ultimo, dall’Accordo interconfederale sulla rappresentanza e pariteticità in materia di salute e sicurezza del 2018.

In linea più generale, il rinnovo del 2016 è caratterizzato da un ulteriore passo nella direzione della partecipazione. Si assiste, infatti, alla sostituzione dell’Osservatorio aziendale con il Comitato consultivo di partecipazione (art. 3), costituito, su richiesta di una delle parti, nelle imprese “che occupano complessivamente più di 1.500 dipendenti e con almeno due unità produttive con più di 300 dipendenti o almeno una unità produttiva con più di 500 dipendenti”. Anche in questo caso, per quel che riguarda la parte dei lavoratori sono presenti sia la rappresentanza congiunta delle organizzazioni sindacali nazionali o territoriali che hanno stipulato il contratto sia la RSU.

La rilevanza della dimensione aziendale ma anche territoriale, rispetto alla centralità del livello nazionale, lontano dall'impresa come comunità di lavoro, viene colta con grande chiarezza nel rinnovo del 2021, proprio con riferimento alla Commissione salute e sicurezza, rispetto all'operato della quale si evidenzia la necessità di sviluppare un approccio *bottom up* che tenga conto delle buone pratiche eventualmente emerse da quella dimensione. Si tratta di una scelta che tanto ricorda le esperienze del decennio 1968 – 1978, di stimolo, in chiave collettiva, della consapevolezza individuale del lavoratore rispetto ai processi produttivi e alla loro pericolosità²¹, declinata oggi secondo le tecniche della *root cause analysis*, dei “5 perché” e dei *break* formativi ovvero dell'interrogarsi congiuntamente sui fattori concreti che hanno portato all'infortunio o alla malattia professionale, al fine di eliminarli.

Come dimostrato dall'esito fallimentare dei tentativi posti in essere nel decennio citato, condizione necessaria per il successo di un simile approccio è l'adozione del metodo partecipativo che consente l'internalizzazione del processo di consapevolizzazione, il quale diventa patrimonio comune e non viene letto come tentativo di interferenza esterna, in quanto tale parte di un esercizio di contropotere tanto aggressivo quanto sterile. Il mutamento degli elementi di contesto e, conseguentemente, del metodo di riferimento, non più esclusivamente conflittuale, costituisce, quindi, il presupposto per realizzare una gestione partecipata e collaborativa della tutela della salute.

In questa prospettiva, sempre in una logica incrementale, sembrano muoversi le parti, le quali, nel rinnovo del 2021, si propongono di compiere un ulteriore e potenzialmente decisivo passo in avanti sulla strada della “costruzione di un compiuto sistema partecipativo”. Ci si riferisce al nuovo art. 9-bis, inserito immediatamente dopo la parte relativa all'informazione e consultazione, riguardante “Iniziative di coinvolgimento e partecipazione dei lavoratori nell'impresa”. Al suo interno le parti concordano di istituire una Commissione che fornirà indirizzi finalizzati a promuovere dette iniziative, “nella convinzione che valori quali la condivisione, la trasparenza, la fiducia e il riconoscimento rivestano primaria importanza, tanto più in un contesto fluido e complesso come l'attuale”.

Si tratta, sempre secondo le parti, di pilastri valoriali sui quali “può essere perseguito un progetto evolutivo delle relazioni industriali che abbia l'am-

²¹ ODDONE, RE, BRIANTE, *Esperienza operaia, coscienza di classe e psicologia del lavoro*, Einaudi, 1977. Ma già ODDONE, MARRI, *L'ambiente di lavoro*, Editrice Sindacale Italiana, 1967.

bizione di migliorare la funzionalità organizzativa dell'azienda a vantaggio dell'andamento dell'impresa e dei lavoratori”.

“Consapevolezza delle responsabilità, programmazione condivisa e riconoscimento del valore sono le mete verso cui indirizzarsi anche attraverso la promozione di percorsi di formazione e reciproco apprendimento collaborativo tra le parti, anche nell'intento di ricercare un sistema di relazioni più corrispondente alle nuove esigenze.”. Come sono diversi i toni rispetto alle vertenze del venticinquennio conflittuale (1969-1994) ma anche degli anni nei quali si è consumato il caso FIAT²² e la fuoriuscita di quest'ultima dal sistema di relazioni sindacali di categoria.

Che questo distacco abbia giovato al mutamento del clima, soprattutto per aver liberato il sistema di relazioni sindacali di un attore *hors catégorie*, non solo per dimensioni ma anche per progressi atteggiamenti repressivi²³?

4. *Pandemia e partecipazione: un rapporto complesso e contraddittorio*

E se il cambiamento di prospettiva e di metodo è frutto di un lungo percorso oggetto di una decisa accelerazione negli ultimi 5 anni, non si può escludere che il “contesto fluido e complesso come l'attuale” abbia giocato un ruolo importante nell'intrapresa dell'ultimo miglio in cui il “modello sperimentale sarà implementato dalle Aziende su base volontaria e in accordo con le RSU, con la possibilità di trovare la sua formalizzazione in un ‘Protocollo sulla partecipazione’, da definirsi con l'assistenza delle rispettive Organizzazioni.” (art. 9-*bis*).

D'altro canto, può essere vero anche l'opposto e cioè che la facilità con la quale le Parti Sociali hanno risposto all'invito dell'esecutivo (Art. 1, c. 1, n. 9 d.P.C.M. 11 marzo 2020) alla sottoscrizione di Protocolli condivisi di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del *virus* negli ambienti di lavoro (14 marzo 2020; 24 aprile 2020; 6 aprile 2021) sia dipesa dalla ormai consolidata abitudine al metodo partecipativo²⁴.

²² L. ZOPPOLI, *Il “caso FIAT” e il sistema di relazioni industriali italiano: trasformazioni socio-culturali e politica del diritto*, in *E&L*, 2011, p. 23; ALES, *Dal caso FIAT al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *DRI*, 2011, p. 1060.

²³ TREU, *I governi centristi e la regolamentazione dell'attività sindacale*, in ACCORNERO, *op. cit.*, p. 557 ss.

²⁴ Sul punto v., almeno, NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute dallo Statuto*

Nella prospettiva che qui interessa, di questa esperienza dei Protocolli occorre evidenziare l'enfasi posta sul "confronto preventivo con le rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro, e per le piccole imprese le rappresentanze territoriali come previsto dagli accordi interconfederali, affinché ogni misura adottata possa essere condivisa e resa più efficace dal contributo di esperienza delle persone che lavorano, in particolare degli RLS e degli RLST, tenendo conto della specificità di ogni singola realtà produttiva e delle situazioni territoriali". Anche nell'emergenza, quindi, metodo partecipativo e stretto nesso tra dimensione individuale ("persone che lavorano") e collettiva (RLS e RLST) risultano elementi imprescindibili sui quali fondare un'efficace strategia di tutela della salute.

D'altro canto, il confronto con le rappresentanze sindacali aziendali, anche specializzate, è richiesto in vari passaggi chiave dell'implementazione a livello aziendale dei protocolli, quali: i) l'integrazione delle misure di precauzione previste "con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione"; ii) la conclusione di intese comportanti la modifica provvisoria degli assetti aziendali; iii) la collaborazione degli RLS con il medico competente nell'integrazione e proposta di tutte le misure di regolamentazione legate al COVID-19.

Non vi è dubbio, tuttavia, che nella prospettiva qui adottata, la previsione più significativa dei protocolli sia quella relativa alla costituzione in azienda²⁵ di un "Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e del RLS." (punto 13). L'importanza della già consolidata abitudine al metodo partecipativo trova conferma, in negativo, nell'alternativa che gli stessi protocolli prevedono "laddove, per la particolare tipologia di impresa e per il sistema delle relazioni sindacali, non si desse luogo alla costituzione di comitati aziendali" ovvero l'istituzione di "un Comitato Territoriale composto dagli Organismi paritetici per la salute e la sicurezza, laddove costituiti, con il coinvolgimento degli RLST e dei rappresentanti delle Parti sociali." (v. Accordo Confcommercio 18 maggio 2020; Accordo Confesercenti 20 maggio 2020).

alla pandemia "Covid-19", in RUSCIANO, GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori, cit., p. 179; PASCUCI, Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?, in DSL, 2019, p. 98. BOLOGNA, FAIOLI, COVID-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva inter-sindacale, in RDSS, 2020, 376.

²⁵ Sulla nozione di azienda v. Trib. Treviso, Sez. Lav., 2 luglio 2020, n. 2571.

In concreto, i protocolli sono stati talvolta seguiti da accordi di settore sottoscritti con l'obiettivo di fornire alle imprese linee guida per la loro implementazione. Con riferimento ai Comitati, gli accordi hanno proceduto a specificare la composizione degli stessi, evidenziandone la natura di organismi congiunti ai quali partecipano tutti i soggetti coinvolti nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza (ad esempio, Chimici concia). Anche gli accordi aziendali, di norma, si limitano ad indicazioni circa i componenti dei Comitati (ad esempio, Saviola).

La valenza dei protocolli e della loro applicazione a livello aziendale, ivi compresa la costituzione del Comitato per l'applicazione e la verifica, è stata oggetto di chiarimento da parte del legislatore nell'art. 29-bis D.L. 8 aprile 2020, n. 23 (conv. l. n. 40 del 2020), ai sensi del quale "ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.". Se ne può derivare che la mancata costituzione del Comitato, nelle forme previste dai protocolli, costituisce, di per sé, violazione dell'obbligo di sicurezza con la conseguenza che, in caso di contagio, il datore di lavoro risulterà responsabile secondo la disciplina applicabile agli infortuni sul lavoro (arg. ex art. 42 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. l. n. 27 del 2020)²⁶.

Tra le misure organizzative che sin da subito le autorità pubbliche hanno individuato per la tutela della salute durante la Pandemia vi è stato il ricorso al lavoro agile, modalità di svolgimento della prestazione subordinata che, ordinariamente, consente al lavoratore, sulla base di un accordo con il datore, di alternare periodi di attività nei locali aziendali a giornate trascorse in spazi

²⁶ Sul punto, v. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *DSL*, 2020, I.

di sua scelta, abitazione inclusa (art. 18 l. n. 81 del 2017). L'emergenza pandemica ha reso utopico il rispetto dei due requisiti appena indicati (accordo e multi-località della prestazione), imponendo ai datori di lavoro pubblici e privati un'improvvisazione che ha esaltato le caratteristiche di isolamento del lavoratore e di individualizzazione della prestazione tipiche del lavoro da remoto²⁷.

Questa scelta, obbligata in assenza di dispositivi individuali di protezione adeguati e di misure di prevenzione affidabili, ha messo in discussione la stessa dimensione comunitaria della prestazione di lavoro etero-organizzata e la partecipazione del lavoratore nella sua prospettiva sia individuale che collettiva. Isolamento e individualizzazione sono caratteri che possono impedire la collaborazione tra lavoratori e con il datore in assenza di strumenti informatici adeguati e non improvvisati ma anche di una organizzazione del lavoro da remoto che consenta al lavoratore di supplire con informazione, formazione e istruzione mirate all'assenza dell'esercizio doveroso del potere di controllo da parte del datore²⁸.

Nello specifico, ciò che si prospetta è la necessità (dovere?) di autoorganizzazione da parte del lavoratore della tutela della propria salute in assenza di quella gestione partecipata dell'obbligo di sicurezza, punto d'arrivo del percorso ultradecennale sopra descritto che rischia di subire una dolorosa battuta d'arresto nel momento in cui la comunità di lavoro diventa solo virtuale e la prestazione torna ad essere una faccenda 'privata' tra datore e singolo lavoratore. Se non adeguatamente sostenuta da un'organizzazione delle risorse umane digitalizzata, la messa in discussione delle dimensioni collettive tradizionali del rapporto di lavoro rischia di avere conseguenze estremamente negative non solo sulla salute fisica ma anche sul benessere del lavoratore²⁹.

²⁷ Sul tema, in generale, v. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, in *Quad. ADL*, n. 18, 2020. Nella prospettiva specifica della salute e sicurezza, ALES, *L'occasione di lavoro all'epoca del lavoro 'multi-locale': quale sicurezza per il lavoratore agile?*, in CANAVESI, ALES (a cura di), *La tutela antiinfortunistica oggi*, cit., p. 75.

²⁸ ALES, *La dimensione "doverosa" del potere di organizzazione*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, cit., 2020, p. 363.

²⁹ ALES, *Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto*, in *DLM*, 2021, p. 43.

Abstract

Il saggio si propone di analizzare il tema della tutela della salute sul lavoro nel prisma del metodo partecipativo, partendo dal presupposto della natura intrinsecamente comunitario-partecipativa del diritto alla salute. Per quanto riguarda la salute nei luoghi di lavoro ciò si estrinseca nella presenza di una comunità nella quale agiscono soggetti individuali e collettivo-sindacali i quali possono utilizzare sia il metodo conflittuale che quello partecipativo-collaborativo. Quest'ultimo tutela la salute attraverso una combinazione di diritti di partecipazione e obblighi di collaborazione. La pandemia sembra avere effetti contraddittori sul ricorso al metodo partecipativo, da un lato stimolandolo, dall'altro, a seguito dell'utilizzo massimo del lavoro da remoto, mettendone in discussione le stesse basi.

The essay aims at analyzing the topic of health protection at work within the perspective of the participative method, starting from the consideration of the intrinsically communitarian-participative nature of the right to health. As far as occupational health is concerned, this expresses itself in the presence of a community within which individual and collective-union actors play a role that may refer both to the conflictual and participative method. The latter protects health through a combination of participation rights and cooperation duties. Pandemic seems to produce contradictory effects on the use of the participative method, since, on the one hand, enhances it, on the other due to the massive use of remote work, jeopardizes its very basis.

Keywords

Diritto alla salute, salute sul luogo di lavoro, metodo partecipativo, collaborazione, pandemia, lavoro da remoto.

Right to health, occupational health, participative method, cooperation duties, pandemic, remote work..

Madia D'Onghia

Remotizzazione del lavoro, relazioni sindacali e tutela della salute dei lavoratori*

Sommario: **1.** Il lavoro da remoto e i nuovi rischi per la salute. **2.** Il debole ruolo del sindacato e il rischio della disintermediazione. **3.** Alcune esperienze di contrattazione collettiva del lavoro in modalità agile... **4.** *Segue...* e dei *riders*. **5.** La necessità di rafforzare le relazioni sindacali per i lavoratori da remoto. **6.** Una chiosa finale per ridare centralità al sindacato.

1. Il lavoro da remoto e i nuovi rischi per la salute

Il tema della remotizzazione del lavoro e delle relazioni sindacali, connesso a quello della salute pubblica, evoca questioni molto complesse rispetto alle quali è bene intendersi sul suo significato e delimitarne, nell'economia della presente riflessione, il perimetro d'indagine.

Innanzitutto occorre chiarirsi sull'espressione "remotizzazione del lavoro", contestualizzata al tempo dell'emergenza da Coronavirus. Tale espressione evoca indubbiamente tutte quelle forme di lavoro a distanza, già da tempo presenti nell'ordinamento italiano, ma improvvisamente divenute protagoniste a causa della drammatica vicenda epidemiologica. In un periodo di paralisi più o meno generalizzata delle attività, esse hanno rappresentato una modalità privilegiata di esecuzione della prestazione lavorativa per mantenere in vita un nucleo essenziale di attività produttive, accettando, peraltro, il sacrificio di diritti e garanzie fondamentali che in altri tempi sarebbe stato impensabile.

Il primo riferimento è indubbiamente al lavoro in modalità agile, già regolato dalla l. 22 maggio 2017, n. 81, utilizzato timidamente prima della pandemia e poi invece resosi necessario su tutto il territorio (e obbligatorio nella PA) nella inedita veste di *home working*, una sorta di remotizzazione for-

zata a domicilio, in grado di soddisfare il distanziamento sociale e contestualmente anche di conciliare meglio tempi di cure e tempi di lavoro.

Ma parlare di lavoro da remoto significa considerare anche quei lavori eseguiti a distanza perché totalmente privi di un luogo di lavoro tradizionale; si pensi, ad esempio al lavoro *on demand* (i *riders*), svolto “attraverso” la piattaforma (un lavoro che comunque si svolge concretamente nel mondo reale), ma anche ai *crowdworkers* (quali i prestatori di Amazon Mechanical Turk) dove il lavoro è svolto “sulla” piattaforma, cioè interamente sul *web*.

Sono tutte realtà che spostano il lavoro dalla tradizionale subordinazione localizzata – in fabbrica, stabilimento, negozio, ufficio – a una modalità di prestazione sempre più destrutturata e incline a muoversi nell’ambito dell’auto-direzione, anche se non sempre, e dell’auto-organizzazione¹.

Entrambe queste modalità si sono moltiplicate in misura esponenziale con lo scoppio dell’emergenza sanitaria, assumendo dimensioni difficilmente immaginabili prima. Si è passati da circa 500mila persone in modalità agile, prima della pandemia, a più di 8 milioni nelle settimane di *lockdown* e i numeri sono rimasti altissimi anche dopo. Lo stesso è accaduto per i ciclofattorini, fra i pochi a poter circolare liberamente per soddisfare migliaia di ordini.

Tutto ciò ha prodotto una sorta di paradosso sul piano della tutela della salute: se per un verso il lavoro da remoto è divenuto funzionale alla tutela della salute pubblica (garantendo il distanziamento fisico e contenendo il contagio), per altro verso è stato esso stesso foriero di nuovi rischi per la salute dei lavoratori coinvolti. E questo vale tanto per i lavoratori agili quanto per i *riders*.

Per i primi, indagini specifiche² hanno dimostrato come lavorare da casa e la mancanza di interazione sociale possa diventare un forte fattore di *stress* causato anche dall’incremento dell’intensità del lavoro, dalla tendenza a lavorare più a lungo e da una sovrapposizione tra vita lavorativa e vita personale (non a caso si utilizza l’espressione *time porosity*). Da qui l’insorgere di nuove patologie, quali il *techno-stress*, la dipendenza tecnologica, il *burnout*: gli studi

¹ Per un approfondimento, da ultimo, si veda CARUSO, ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 2021, p. 439.

² Cfr. ILO, *Managing work-related psychosocial risks during the COVID-19 pandemic*, 2020 (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_protect/—protrav/—safework/documents/instructionalmaterial/wcms_748638.pdf).

sulla dipendenza dal web stanno dimostrando come l'iperconnessione possa essere considerata una vera e propria dipendenza dalla quale occorre disintossicarsi oltre al fatto che l'utilizzo massivo della tecnologia si collega con l'idea, da parte di molti capi, di un collaboratore che debba essere operativo in ogni situazione, compresi i momenti di vacanza o durante le festività.

La stessa Inail ha rilevato come l'obbligatorietà del contesto abitativo quale unico luogo occupazionale, l'interazione con le attività domestiche, la necessità di organizzare lo spazio casalingo, la compresenza degli altri membri della famiglia, con una pluralità anch'essi di proprie esigenze, spinga il lavoratore a una pericolosa promiscuità tra vita lavorativa e quella personale, determinata e viziata dalle abitudini consolidate nella vita quotidiana, che inducono a un'eccessiva confidenzialità con l'ambiente circostante e spesso si traduce in un elevato numero di infortuni domestici³.

Ancor più gravi – ma più tradizionali – i rischi a cui sono sottoposti i *riders*, in considerazione della discontinuità delle loro prestazioni e dell'utilizzo di schemi contrattuali di dubbia qualificazione che ne accentuano la vulnerabilità sociale (non è certo una esagerazione definirli “i poveri dell'economia digitale”), oltre al fatto che, con lo scoppiare della pandemia, sono stati messi per strada senza aver ricevuto né gel né mascherine per proteggersi dal Coronavirus⁴.

Basti ricordare l'azione di accertamento condotta dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro congiuntamente alla Procura della Repubblica di Milano sull'operato di quattro tra più importanti operatori del *food delivery*⁵. Essa ha evidenziato, tra l'altro, una serie di violazioni proprio sotto il profilo della sicurezza del lavoro e determinato nel febbraio 2021 l'adozione di pesanti sanzioni amministrative, oltre al riconoscimento, a favore dell'intera platea dei *riders*, di differenziali retributivi e contributivi.

³ Cfr. nota Inail 2020 (<https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-publ-lavoro-agile-in-situazioni-emergenziali.pdf>).

⁴ Non è un caso che alcuni ciclofattorini si siano dovuti rivolgere alle aule dei tribunali per ottenere i dispositivi individuali di protezione contro il rischio da Covid-19 (quali mascherine protettive, guanti monouso, gel disinfettanti e prodotti a base alcolica per la pulizia dello zaino); cfr. Trib. Firenze, 1 aprile 2020, in *DRI*, 2020, III, p. 841 ss., con nota di BIASI e Trib. Bologna, 14 aprile 2020, in *GI*, 2020, X, p. 2193 ss., con nota di MIRAGLIA.

⁵ Comunicato stampa della Procura della Repubblica di Milano del 24 febbraio 2021 (https://www.lavorodirittieuropa.it/images/Il_comunicato_della_Procura_della_Repubblica_di_Milano.pdf).

2. *Il debole ruolo del sindacato e il rischio della disintermediazione*

Rispetto a questi mondi completamente diversi ma uniti dall'esigenza di tutele solide per fronteggiare vecchi e nuovi rischi, resta un interrogativo comune: quale ruolo hanno le organizzazioni sindacali?

È evidente che la remotizzazione del lavoro comporti il rischio non solo di finire isolati dal proprio contesto lavorativo, dalle relazioni sociali che vi si creano, ma anche dai normali e tradizionali processi di partecipazione collettiva e di sindacalizzazione, anche perché, dinanzi a inedite dinamiche interpersonali e relazionali, diventa ancora più difficile far emergere il significato del ruolo del sindacato.

Qui il luogo di esecuzione della prestazione del lavoro è completamente diverso (l'ambiente domestico, in un caso, un "non luogo", nell'altro) da quello tradizionale su cui sono nate e si sono sviluppate le organizzazioni sindacali e la cui forza storicamente è rappresentata proprio dall'andare nei posti di lavoro e incontrare fisicamente le persone.

Con la remotizzazione del lavoro si è rotto il perimetro aziendale; i confini sono divenuti sempre più labili e la tecnologia è diventata un nuovo attore. Sembrerebbe quasi che i lavoratori a distanza non necessitino dell'intermediazione del sindacato, né l'impresa dell'associazione datoriale, perché tutto sarebbe affidato all'accordo individuale tra datore di lavoro e lavoratore agile oppure all'incontro diretto tra clienti/consumatori e lavoratori, collegati e mediati da una piattaforma che genera algoritmi.

Partiamo dal lavoro agile.

Nella l. 81/2017 il legislatore ha scelto di affidare la regolazione della prestazione lavorativa all'autonomia privata individuale, nella logica di individualizzare i rapporti di lavoro in funzione delle specifiche esigenze della persona che lavora e della concreta realtà organizzativa. Non si è tenuto conto, però, sia dei possibili condizionamenti in concreto della libera volontarietà del soggetto parte debole del rapporto di lavoro (in assenza di una rete di garanzie per la genuinità del consenso), sia dell'importante e prezioso ruolo della contrattazione collettiva (non solo di anticipazione delle regole legali, ma pure) di riequilibrio dello squilibrio contrattuale⁶.

La negoziazione collettiva ha finito così per operare in condizioni di

⁶ Cfr. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 4, p. 962 ss.; OCCHINO, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, in *LPA*, 2018, 3, p. 81 ss.

“semi-clandestinità”, essendo autorizzata ad intervenire solo in virtù della libertà sindacale. Da qui il tentativo comunque di ricercare, fra le pieghe e gli echi della normativa, il rinvio “perduto” alla regolamentazione collettiva del lavoro agile⁷, per es. coltivando gli effetti del rinvio legale (implicito) ad essa veicolato dal limite della durata massima dell’orario di lavoro.

In ogni caso, l’esclusione della contrattazione collettiva (o, meglio, la mancanza di un esplicito rinvio a essa) potrebbe anche essere letta come il tentativo di dare la più ampia diffusione del lavoro agile in ambiti aziendali non coperti dalla rappresentanza collettiva, senza arrivare però ad escluderla *ex ante*. E del resto, non solo l’entrata in vigore della normativa del 2017 non ha interrotto il coinvolgimento sindacale nelle esperienze di *smart working* aziendale⁸, ma anche quando la normativa emergenziale ne ha reso possibile l’attivazione in via unilaterale, i datori di lavoro hanno continuato a cercare il confronto e l’accordo collettivo⁹.

Il discorso si fa più complesso se guardiamo all’altra forma di remotizzazione, quella dei ciclofattorini.

Qui il legislatore, attraverso la modifica dell’art. 2 del d.lgs. 81/2015 e ivi l’introduzione degli articoli dal 47-*bis* al 47-*octies*, ha costruito un quadro regolativo ancora più incerto, soprattutto a causa dell’inderminatezza qualificatoria dei ciclofattorini¹⁰.

Le norme non contengono direttamente il riconoscimento della libertà sindacale dei *riders*, ma offrono due importanti rinvii alla contrattazione.

Il primo è diretto e contenuto nel primo comma dell’art. 47-*quater* che, in tema di (giusto) compenso della prestazione, prevede che i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale possano definire criteri di determinazione del compenso complessivo, tenendo conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell’organizzazione del committente.

Il secondo rinvio è invece indiretto ed entra in gioco in assenza dei contratti appena richiamati; stabilisce, infatti, il secondo comma dello stesso

⁷ V. RECCHIA, *I rinvii al contratto collettivo nel lavoro agile tra ambiguità normative e ragionevole implementazione dell’istituto*, in *ADL*, 2018, 6, p. 1501 ss.

⁸ MARTONE, *Lo smart working nell’ordinamento italiano*, in questa rivista, 2018, 2, p. 293 ss.

⁹ BIASI, *Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, in *LPO*, 2021, 3/4, p. 160 ss.

¹⁰ In proposito si è aperta un’ampia discussione in dottrina; si rinvia, per tutti, a L. ZOPPOLI, *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL*, 2020, fasc. straord., p. 265 ss.

articolo 47-*quater* che, per un verso, i *riders* non potranno essere retribuiti a cottimo, ovvero in base alle consegne effettuate, e, per altro verso, che il loro compenso minimo orario debba essere parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Invero, ai nostri fini, il problema, qui, non è tanto l'attività negoziale, pur consentita, quanto la capacità del sindacato tradizionale di rappresentare questi lavoratori e intercettare i loro bisogni. Infatti, l'individualizzazione estrema delle relazioni di lavoro (un universo di micro imprenditori senza impresa), l'incertezza di qualificazione dei rapporti trilaterali che esso genera (il portale, il cliente e il lavoratore) pone in crisi la rappresentanza sindacale, in ragione del fatto che i suoi moduli tradizionali non si attagliano a queste nuove modalità di lavoro che, come già osservato, sembrerebbero non aver bisogno dell'intermediazione del sindacato.

In effetti, è davvero difficile ricondurre questo modo di lavorare alle categorie storiche del diritto sindacale che sono antitetichiche a esso, specie se si considera la persistente complessità del nostro sistema sindacale, diviso per ambiti di contrattazione, poi per livelli territoriali, cioè provinciale, regionale e nazionale, divisione che poi si ripete a livello confederale. A primo acchito si fa fatica a comprendere in quale ambito inserire il sindacato dei *riders* ma anche a quale organizzazione datoriale appartengono le piattaforme. Non è un caso che le prime forme di organizzazione della rappresentanza sindacale dei *riders* – come si dirà meglio più innanzi – sono sindacati autonomi protagonisti in alcuni territori di iniziative di autotutela oppure di iniziative collaterali ai sindacati confederali tradizionali.

Ebbene, la parola che sembra accomunare questi due mondi è – sia pure per genesi e *rationes* differenti – “disintermediazione”¹¹: il sindacato è messo ai margini ed entra in crisi, in ragione del fatto che i suoi moduli tradizionali non si attagliano a queste nuove modalità di lavoro, pur in presenza di questioni che sono tipicamente sindacali, quali l'urgenza di garantire i diritti fondamentali dei lavoratori.

Oltre al diritto alla salute, nella sua più evoluta accezione di benessere

¹¹ Su cui, più in generale, CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *ADL*, 2017, 3, p. 555 ss. e MARIUCCI, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberalismo*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.It, 2020, n. 407, p. 6.

(non limitata quindi alla dimensione difensiva della prevenzione di infortuni e patologie lavoro-correlate, in particolare derivanti dallo *stress* legato al sovraccarico di lavoro e alla violazione dei limiti di durata oraria, ma estesa alla capacità del prestatore di governare attivamente la demarcazione dei confini tra i tempi del lavoro e quelli della vita privata), entra in gioco la tutela della dignità, incompatibile, ad esempio, con la sottoposizione a controlli pervasivi sullo svolgimento della prestazione. Basti pensare ai controlli che oggi possono realizzarsi per mezzo delle moderne tecnologie digitali, e che rendono possibile estrarre ed elaborare *a posteriori* ampie moli di dati e informazioni generate attraverso l'uso degli strumenti di lavoro.

3. *Alcune esperienze di contrattazione collettiva del lavoro in modalità agile...*

Entro questo scenario appare utile guardare, sia pure sinteticamente, alle prime esperienze negoziali, partendo dal lavoro agile.

Nella fase pre-Covid, è prevalsa una concezione “minimalista” delle opportunità offerte dalla legge del 2017 e gli attori sindacali hanno preferito un approccio prudente, percepito quasi come disinteresse.

Nella fase Covid lo scenario è cambiato, dando luogo a un maggiore protagonismo delle parti sociali: si è favorita la modalità semplificata, senza accordi individuali, attivando unilateralmente il lavoro agile; nelle PA è divenuta la modalità ordinaria (obbligatoria) di svolgimento della prestazione e, in alcuni casi un diritto, almeno fino alla cessazione dello stato di emergenza¹². In tale contesto, le parti sociali hanno abbandonato l'iniziale atteggiamento prudente e rivendicato uno spazio più incisivo specie nella direzione di controllare il potere datoriale e proteggere il lavoratore dai nuovi rischi.

Ecco allora che lo *smart working* si è ritrovato al centro dei temi della contrattazione collettiva soprattutto in quelle grandi realtà che già lo avevano sperimentato e che hanno manifestato la necessità di perfezionarlo, sin dai tavoli della nuova concertazione avviatasi con l'emergenza pandemica¹³.

¹² Sul punto v. BROLLO, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, 4, p. 511.

¹³ L'emergenza sanitaria ha favorito una nuova fase di coinvolgimento delle parti sociali nelle scelte del Governo. Sul punto, con differenti accenti, cfr. DI NOIA, *L'autonomia collettiva nell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *ADL*, 2021, 3, p. 643 ss.; ZOLI, *La tutela dell'occupazione nel-*

E difatti un primo più incisivo elemento di controllo del potere datoriale è previsto già nel «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro» sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali, e successivamente elevato al rango normativo mediante l'allegazione alla legislazione emergenziale¹⁴.

Il Protocollo contiene, in primo luogo, un'importante premessa metodologica, con cui si esortano le parti al «confronto preventivo con le rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro, e per le piccole imprese le rappresentanze territoriali come previsto dagli accordi interconfederali, affinché ogni misura adottata possa essere condivisa e resa più efficace dal contributo di esperienza delle persone che lavorano, in particolare degli RLS e degli RLST, tenendo conto della specificità di ogni singola realtà produttiva e delle situazioni territoriali». Inoltre, con specifico riferimento alle decisioni inerenti all'organizzazione del lavoro in funzione prevenzionistica, il Protocollo ribadisce, al punto 8, la necessità di favorire le intese con le rappresentanze sindacali aziendali.

Le parti sociali cominciano così a superare quell'atteggiamento minimalista e a rivendicare un spazio di regolazione più incisivo. Il nuovo approccio emerge con chiarezza negli accordi aziendali stipulati sia per gestire la fase emergenziale, sia (e ancor di più) pensando al post pandemia e, dunque, al ritorno alla normalità.

Per averne maggiore contezza pare utile citare qualche esempio, proprio per evidenziare la maggiore attenzione della parti sociali alla prevenzione e gestione dei nuovi rischi.

Partendo dal settore privato, con l'accordo siglato in data 7 luglio 2020 tra la direzione del Gruppo ERG e le segreterie nazionali del settore elettrico (Filctem-CGIL, Flaei-CISL e Uiltec-UIL), le parti hanno definito le «Linee Guida per regolamentare l'alternanza tra lavoro agile e lavoro in presenza».

l'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità, in *Labor*, 2020, 4, in part. pp. 440-441 e DAGNINO, *Il sistema delle fonti alla prova della emergenza sanitaria: una prospettiva giuslavoristica e di relazioni industriali*, in TIRABOSCHI, SEGHEZZI (a cura di), *Le sfide per le relazioni industriali*, in GAROFALO D., TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2020, vol.V, in part. p. 64.

¹⁴ In data 06 aprile 2021 è stato sottoscritto il nuovo Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro, che aggiorna e rinnova i precedenti accordi e tiene conto dell'ultimo DPCM 2 marzo 2021.

Di fianco alla disciplina di aspetti riguardanti le modalità di scelta del luogo di lavoro e di utilizzo da remoto della dotazione informatica, le previsioni più rilevanti dell'accordo ERG riguardano la gestione della flessibilità e le modalità organizzative dello *smart working*. L'intesa prevede espressamente che «anche durante le giornate di lavoro agile è opportuno garantire un giusto equilibrio tra ore lavorative e tempo libero del personale». A tal fine, le Parti hanno stabilito che, in caso di evidente prolungamento dell'attività lavorativa, i lavoratori individueranno con il proprio responsabile le necessarie soluzioni di compensazione oraria nelle successive giornate di lavoro agile mediante la comunicazione alla funzione HR. Tale previsione risulta molto innovativa, in quanto prendendo atto di una possibile conseguenza del lavoro svolto in modalità agile (l'indeterminatezza dell'orario), si consente che la decisione sia condivisa tra il personale e il relativo responsabile.

Altro punto qualificante dell'accordo riguarda la disciplina delle modalità organizzative del lavoro agile per «costruire una cultura del lavoro che garantisca l'alternanza tra tempi di connessione e tempi di disconnessione»: il gruppo ERG si è impegnato a promuovere azioni che, a titolo esemplificativo, possano davvero contribuire a diffondere un *modus operandi* consono ad una gestione matura dello *smart working*¹⁵.

Particolarmente innovativo anche un accordo nel settore telecomunicazioni (TI Sparkle S.p.a. e Slc-CGIL, Fistel-CISL, Uilcom-UIL, UGL del 24 settembre 2020). Qui si conviene sull'attivazione di due modalità organizzative di svolgimento della prestazione in lavoro agile (giornaliero e settimanale), garantendo, per entrambe le modalità, azioni positive e buone pratiche che prevedano periodici momenti di comunicazione e interazione con coordinatori e colleghi. L'obiettivo è proprio prevenire eventuali forme di isolamento rispetto alla dimensione ordinaria della vita lavorativa, confermando anche la massima attenzione alle questioni di genere. E nell'ottica di promuovere il benessere e la conciliazione vita e lavoro dei dipendenti, favorendo il rispetto del confine tra gli spazi personali e quelli professionali, sono anche individuati e diffusi, tramite l'intranet aziendale, alcuni comportamenti di «buona convivenza virtuale» che assicurino, al di fuori delle fasce

¹⁵ Tra di esse figura la pianificazione di *meeting* in remoto nell'arco del normale orario di lavoro, l'impegno ad evitare riunioni nella fascia compresa tra le 12:30 e le 14:00, la durata delle riunioni inferiore all'ora intera o alla mezz'ora «per permettere i giusti tempi di passaggio tra un *meeting* e l'altro» e l'invio delle mail durante la normale giornata lavorativa, evitando la fascia notturna, il weekend e i giorni festivi.

lavorative, il diritto alla disconnessione dagli strumenti tecnologici di lavoro. Al riguardo si indicano, a titolo meramente esemplificativo, l'utilizzo dell'opzione di invio "ritardato recapito", la pianificazione di riunioni nel rispetto delle normali fasce lavorative, la puntuale pianificazione della propria agenda attraverso il calendario outlook, etc.¹⁶.

Passando al lavoro pubblico, più raramente sono stati stipulati accordi sindacali, coerentemente con la scelta del legislatore del 2017 di non riconoscere esplicitamente alcun ruolo alla contrattazione collettiva. Un punto importante è però stato incluso nel protocollo quadro "Rientro in sicurezza", sottoscritto tra il Ministro per la PA e le organizzazioni sindacali il 24 luglio 2020, dove è previsto che, in attesa di una definizione contrattuale vera e propria del lavoro in modalità agile, le amministrazioni aprano un confronto con i sindacati.

Il documento invita le amministrazioni pubbliche, qualora adottino orari di lavoro diversi da quelli in vigore prima dell'epidemia, a favorire i tempi di conciliazione vita-lavoro dei propri dipendenti e a tener conto di eventuali condizioni di disagio e di salute che possano esporre a maggiori rischi di contagio i lavoratori.

4. Segue. ...e dei riders

Il discorso si fa più articolato se riferito al lavoro da remoto dei ciclofattorini.

Come già anticipato, la creazione di forme di rappresentanza sindacale dei *riders* non è un processo facile nel settore del *food delivery*. Per i continui processi di *turn over*, infatti, fidelizzare il lavoratore all'associazione sindacale risulta una sfida complessa, talvolta anche per la presenza di personale straniero che ha sovente difficoltà linguistiche nei rapporti con i gruppi sindacali e con i colleghi¹⁷.

¹⁶ Gli stessi contenuti sono anche negli accordi FlashFiber S.r.l. (Slc-CGIL, Fistel-CISL, Uilcom-UIL, UGL Telecomunicazioni,) 28 settembre 2020 (sempre del gruppo Telecom) e OLIVETTI S.p.a. (Slc-CGIL, Fistel-CISL, Uilcom-UIL, UGL Telecomunicazioni,) 28 settembre 2020, e Trust Technologies S.r.l (Slc-CGIL, Fistel-CISL, Uilcom-UIL, UGL Telecomunicazioni,) 28 settembre 2020. Per un approfondimento, si rinvia, per tutti, a RECCHIA, *Il lavoro agile fuori dalla straordinarietà: appunti dalla contrattazione collettiva*, in *ESRconomia e Società Regionale*, 2021, I.

¹⁷ Cfr. FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappre-*

Il sindacato confederale tradizionale ha provato a farsi carico del problema di regolazione sociale di questo fenomeno e così, il 18 luglio 2018, le parti firmatarie del CCNL Merci e Logistica (Associazioni del settore con Filt-CGIL, Fit-CISL e Uiltrasporti) hanno disposto una specifica regolazione per i *riders*, «per la distribuzione di merci con mezzi quali cicli, ciclomotori e motocicli (anche a tre ruote) che avvengono in ambito urbano, anche attraverso l'utilizzo di tecnologie innovative (piattaforme, palmari ecc.)». Non sono mancati neppure, limitatamente ad alcuni territori o aziende delle consegne a domicilio, contratti decentrati (per fare un esempio, si pensi al contratto aziendale *Laconsegna s.r.l.* firmato l'8 maggio del 2019).

Più di recente, il 15 settembre 2020, è stato sottoscritto il primo contratto collettivo nazionale di lavoro, tra AssoDelivery e il sindacato Ugl, finalizzato, nello specifico, a regolare i rapporti di lavoro dei ciclofattorini impegnati nella consegna di cibo a domicilio. La stipula di questo accordo, cui è stato dato grande rilievo da parte dei media italiani, è stata accolta in modi diversi e, per vero, anche diametralmente opposti: qualcuno l'ha salutata con favore, parlando di «una buona notizia per l'Italia»¹⁸; altri commentatori hanno privilegiato l'opinione dei sindacati confederali CGIL CISL e UIL (peraltro coincidente col giudizio altrettanto severo espresso dal Ministero del lavoro¹⁹), considerando tale accordo penalizzante e illegittimo per i lavoratori, perché concluso con un interlocutore «di comodo» allo scopo di comprimere salari e diritti²⁰.

sentanza, contrattazione, in *L&LI*, 2018, I, p. 36 ss.; ENGBLOM, *Una prospettiva sindacale su digitalizzazione e gig economy*, in *RGL*, 2017, I, pp. 357-365; MARAZZA, *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, in *RIDL*, 2019, I, p. 57 ss., spec. p. 64; LASSANDARI, *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, in *Quad. RGL*, 2017, 2, p. 58 ss.

¹⁸ LEV MANNEIMER, *Un punto di partenza. Il contratto collettivo dei riders è una buona notizia per l'Italia*, in <https://www.linkiesta.it/2020/09/riders-glovo-contratto-collettivo-italia-news/>. In senso positivo v. anche CARUSO, *Contratto dei rider, un passo avanti*, 20 settembre 2020, in *www.lavoce.it* e ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero pirata?*, in *www.lavoce.info*, 21 settembre 2020.

¹⁹ Circolare n. 17/2020. Per un commento cfr. CARINCI F., *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *LDE*, 2021, p. 1; TOSI, *La tutela dei riders, carenze legislative ed eccedenze interpretative*, in *LDE*, 2021, p. 1.

²⁰ In tal senso v. MARTELLONI, *CCNL Assodelivery - UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *www.questionegiustizia.it*, 22 ottobre 2020; BAVARO, *Il cnl assodelivery-ugl: quattro problemi fra diritto e ideologia*, in *www.ildiariodellavoro.it*, 23 settembre 2020; ALOISI, *De Stefano, Il pacco è servito?*, in *www.rivistaimulino.it*, 18 settembre 2020.

Da qui la pronta risposta²¹ delle oo.ss. stipulanti il CCNL logistica, trasporto merci e spedizioni, attraverso la sottoscrizione di un protocollo integrativo rivolto a individuare, quale referente per la determinazione del compenso dei *riders ex art. 47-quater*, d.lgs. 81/2015, le tabelle retributive allegate all'anzidetto contratto.

In tempi ancora più recenti, poi, la piattaforma *Just Eat* (fra le più attive a livello nazionale nel settore *food delivery*), facendo seguito a un precedente comunicato²² con il quale aveva dichiarato di voler intraprendere un percorso mirato all'assunzione dei propri fattorini, in attuazione di un modello organizzativo – già adottato in altri paesi europei – denominato *Scoober*, è addivenuta alla stipula di un accordo integrativo aziendale con le oo.ss. di categoria dei settori dei trasporti e dei lavoratori atipici facenti capo alle tre confederazioni²³.

Il testo di questo accordo richiama l'applicazione del sopraccitato CCNL logistica, trasporto merci e spedizioni ed è «finalizzato all'inserimento dei *riders* nel contesto normativo e organizzativo del lavoro subordinato», tanto da attribuire a coloro che abbiano già collaborato con la piattaforma uno specifico diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato, con assegnazione di un monte ore settimanale «corrispondente alla media oraria svolta durante il periodo pregresso».

5. *La necessità di rafforzare le relazioni sindacali per i lavoratori da remoto*

L'esperienza della contrattazione collettiva, qui richiamata in via meramente esemplificativa, segna indubbiamente una possibile traccia da seguire e implementare nella direzione del conferimento di maggiori poteri regolativi alle parti sociali.

Invero, per il lavoro in modalità agile ciò richiederebbe anche una ridefinizione della cornice legislativa: la mediazione dei contratti collettivi, su cui oggi la legge del 2017 tace, dovrebbe essere fortemente incentivata attraverso l'espressa attribuzione a essi di specifiche competenze regolative per

²¹ Protocollo attuativo dell'art. 47-bis ss. d.lgs. n. 81/2015 del 2 novembre 2020.

²² *Just Eat: da marzo le prime assunzioni con contratto di lavoro dipendente per i rider del food delivery*, comunicato del 4 febbraio 2021.

²³ Accordo integrativo aziendale del 29 marzo 2021, siglato da *Takeaway.com Express Italy* e Filt-CGIL, Fit-CISL e Uiltrasporti, nonché, «ai fini dell'assistenza dei lavoratori che transitano dal lavoro autonomo al lavoro subordinato», da Nidil-CGIL, Felsa-CISL e UIL-Temp.

tutelare e rafforzare la posizione del lavoratore nella fase di esecuzione della prestazione agile.

Appare oramai chiaro, dopo la lunga esperienza emergenziale, come la possibilità di svolgere la prestazione lavorativa «senza precisi vincoli di orario e luogo di lavoro» (come recita l'art. 18, l. 81/2017) non possa essere rimessa solo all'autonomia individuale, altrimenti il rischio è che, dopo il *part time* involontario, si diffonda lo *smart working* involontario, con condizioni peggiori specie tra le donne.

In tal senso significativi *input* rinvencono anche dall'Europa con riferimento, più in generale, ai cambiamenti apportati dalla tecnologia digitale all'organizzazione produttiva e alle relazioni di lavoro. Il 22 giugno 2020 è stato sottoscritto tra l'ETUC (*European Trade Union Confederation*) e le organizzazioni datoriali a livello europeo (*Businesseurope, Ceep, Sme United*) un accordo quadro sulla digitalizzazione²⁴, per governare tale innovazione in modo da renderla vantaggiosa per le imprese e i lavoratori.

La parte interessante dell'intesa, soprattutto ai fini della presente riflessione, è quella in cui si prescrive un approccio di metodo, ispirato al dialogo sociale: l'obiettivo è sensibilizzare e informare tutti i soggetti coinvolti (datori, lavoratori e i loro rappresentanti) rispetto alle implicazioni della digitalizzazione, valorizzando al tempo stesso le iniziative e le pratiche di contrattazione collettiva esistenti.

Sul piano, poi, degli ambiti tematici decisiva è la definizione di modalità di connessione e di disconnessione. Questo tema, unitamente a quello della formazione, è strategico perché insiste sul rischio di una difficile separazione tra il lavoro e la vita personale. Le parti riconoscono la necessità di prevenirlo con l'impegno congiunto volto, innanzitutto, alla promozione della informazione sulle migliori prassi per rispettare le norme sull'orario di lavoro, anche attraverso modalità di svolgimento della prestazione non ordinarie, e a ridurre al minimo tutti i rischi connessi all'eccessivo uso delle tecnologie e all'isolamento. Le parti si impegnano anche a sviluppare la cultura dell'equilibrio nell'uso della tecnologia, nello svolgimento della prestazione, in maniera tale da garantire i vantaggi derivanti da essa e limitare i rischi tramite la consapevolezza degli stessi.

La valenza di questo accordo, stipulato nell'ambito dell'art. 155 TFUE relativo al dialogo sociale europeo, è sia interna che esterna al campo delle

²⁴ Per la consultazione del testo si veda: European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation. Per un commento v. ROTA, *Sull'accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *L&LI*, 2020, 2, p. 24 ss.

relazioni industriali europee. Infatti, da una parte rappresenta un ingente impegno delle parti sociali europee a implementare quanto definito nell'accordo nei successivi quattro anni dalla firma, dall'altra parte, si rivolge un segnale alle istituzioni europee rispetto all'approccio concertativo da tenere nell'affrontare una delle più grandi sfide del nostro tempo.

Tornando in ambito nazionale, con specifico riferimento al lavoro agile, le indicazioni europee ben potrebbero essere recepite in un contratto collettivo quadro per arginare e contenere la propensione dei datori di lavoro (pubblici e privati) a espandere i confini delle prerogative unilaterali dilatando i contenuti dei propri poteri organizzativi, salvaguardando, in ogni caso, le specificità di ciascuna impresa e/o pubblica amministrazione²⁵. L'accordo quadro dovrebbe definire una cornice regolativa comune, più articolata del generico dettato legislativo, fermo restando la possibilità della negoziazione individuale di adottare le misure più appropriate in relazione alle esigenze organizzative dell'amministrazione e a quelle personali del lavoratore²⁶.

Il medesimo approccio concertativo, naturalmente, andrebbe valorizzato e reso strutturale nella regolazione di tutte le forme di lavoro da remoto, tanto più se esso coinvolge lavoratori resi ancor più fragili dalla difficile e controversa qualificazione del loro rapporto di lavoro, come accade nel caso dei *riders*, "contesi" tra autonomia e subordinazione.

²⁵ Così SPINELLI, *Le contraddizioni del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Italia-nieuropei*, 2020, 3. È bene ricordare, con riferimento alle PA, quanto già dispongono i rinnovi contrattuali della tornata 2016-18, che rinviano ai contratti integrativi nazionali o di sede unica la disciplina dei "riflessi sulla qualità del lavoro e sulla professionalità delle innovazioni tecnologiche inerenti all'organizzazione di servizi" (art. 7, c. 6, lett. v), ccnl Funzioni Centrali; art. 7, c. 4, lett. t), ccnl Funzioni Locali; art. 22, c. 4, lett. c9), art. 42, c. 3, lett. o), art. 68, c. 4, lett. o), ccnl Istruzione e Ricerca; art. 8, c. 5, lett. k), ccnl Comparto Sanità). Nella logica concertativa, va anche segnalata la previsione dell'Organismo paritetico per l'innovazione, coerente con la valorizzazione degli istituti della partecipazione sindacale adottata in tutti i contratti nazionali di comparto 2016-18. Questo nuovo organismo bilaterale ha il compito di coinvolgere le organizzazioni sindacali "su tutto ciò che abbia una dimensione progettuale, complessa e sperimentale, di carattere organizzativo dell'amministrazione". Nello specifico, l'Organismo paritetico per l'innovazione è individuato come la sede appropriata per la progettazione di soluzioni organizzative innovative e di miglioramento dei servizi, da sottoporre, in forma di proposta, all'amministrazione o alle parti negoziali della contrattazione integrativa (art. 6, ccnl Funzioni Centrali; art. 6, ccnl Funzioni Locali; art. 7, ccnl Sanità; art. 9, ccnl Istruzione e ricerca).

²⁶ In tal senso cfr. ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia quale smart working per le pubbliche amministrazioni?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2020, n. 421.

6. Una chiosa finale per ridare centralità al sindacato

Ebbene, se indubbiamente la pandemia da Coronavirus ha costituito un acceleratore importante del lavoro da remoto, tale processo espansivo va comunque monitorato, guidato e indirizzato attraverso una gestione partecipata entro cui è imprescindibile la valorizzazione del ruolo dei corpi intermedi, a partire dal sindacato.

La sfida che le organizzazioni sindacali dovrebbero raccogliere al riguardo è quella di porsi in una prospettiva che coniughi la dimensione collettiva della rappresentanza con l'acquisizione di una nuova capacità di rendersi interpreti degli effettivi fabbisogni di lavoratori che sono lontani e fuori dalla fabbrica tradizionale e, per questo, ancor più indifesi e vulnerabili²⁷.

In questa prospettiva, l'attuale momento storico rappresenta una sfida, una opportunità per il sindacato che deve ripensare se stesso e i modelli di contrattazione collettiva, sperimentando nuovi strumenti di aggregazione²⁸.

Ciò sarà possibile solo se si avvia un profondo e rinnovato processo culturale, immaginando, oltre a innovativi modelli organizzativi, nuove protezioni, nuovi percorsi formativi (anche per gli stessi attori sindacali) e di adeguamento delle competenze, dando luogo a forme di contrattazione adeguate ai più recenti assetti produttivi, alla specifica debolezza contrattuale dei lavoratori, come quelli nella *gig economy*²⁹, e ai conseguenti nuovi rischi che minano la salute dei lavoratori. Ovviamente resta ferma la validità degli strumenti di lotta "classici" come il conflitto³⁰ e la rivendicazione sindacale in funzione acquisitiva e protettiva che anzi andrebbero rinviatori.

Il sindacato solo così potrà recuperare spazio e credibilità e, dunque, riaffermare il suo ruolo fondamentale.

E allora, per concludere, quanto mai attuali e pertinenti appaiono oggi

²⁷ Di "nuova e importante sfida per le parti sociali", con particolare riferimento al lavoro agile, parla anche DEL CONTE M., *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, in *ADL*, 2021, 3, p. 556.

²⁸ Interessante in tal senso la riflessione di DI NOIA, *Un'agorà digitale per la rappresentanza (e la formazione di una "coscienza di classe") dei lavoratori stranieri in agricoltura*, in *L&LI*, 2019, 2, p. 81 ss.

²⁹ In proposito cfr. anche TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona*, 2017, n. 136 e TULLINI, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *L&LI*, 2018, vol. 2, n. 2, p. 7.

³⁰ CAMPANELLA, *Logistica in lotta: primi sguardi*, in *RGL*, 2020, I, p. 475 ss. e FERRARI, *Remotizzazione del lavoro e nuove frontiere del conflitto collettivo*, in *MARTONE, op. cit.*, p. 183 ss.

le parole di Papa Francesco che, nel 2017³¹, invitava il movimento sindacale ad affrontare due sfide epocali.

La prima è «la *profèzia*, e riguarda la natura stessa del sindacato, la sua vocazione più vera. Il sindacato è espressione del *profilo profetico* della società. Il sindacato nasce e rinasce tutte le volte che dà voce a chi non ce l'ha [...], smaschera i potenti che calpestano i diritti dei lavoratori più fragili, difende la causa dello straniero, degli ultimi, degli “scarti”».

La seconda sfida – continua il pontefice – è «l'innovazione. [...] Anche il sindacato deve vigilare *sulle mura della città del lavoro*, come sentinella che guarda e protegge chi è dentro la città del lavoro, *ma che guarda e protegge anche chi è fuori delle mura*. Il sindacato non svolge la sua funzione essenziale di innovazione sociale se vigila soltanto su coloro che sono dentro, se protegge solo i diritti *di chi lavora già* o è in pensione. Questo va fatto, ma è metà del vostro lavoro. La vocazione è anche proteggere *chi i diritti non li ha ancora*, gli esclusi dal lavoro che sono esclusi anche dai diritti e dalla democrazia. [...]. Non c'è una buona società senza un buon sindacato, e non c'è un sindacato buono che non rinasca ogni giorno nelle periferie, che non trasformi le *pietre scartate* dell'economia in pietre angolari. Sindacato è una bella parola che proviene dal greco “dike”, cioè giustizia, e “syn”, insieme: *syn-dike*, “giustizia insieme”. Non c'è giustizia insieme se non è insieme agli esclusi di oggi».

³¹ Il testo integrale è consultabile in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170628_delegati-cisl.html.

Abstract

Il contributo si sofferma sul ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva nella regolazione del lavoro da remoto, con particolare riferimento al lavoro in modalità agile e al lavoro dei riders. L'A., preso atto della sempre maggiore diffusione del fenomeno della remotizzazione, specie nel periodo pandemico, ricostruisce sinteticamente le esperienze negoziali degli ultimi tempi. L'indagine evidenzia la debolezza e inadeguatezza del sindacato, a fronte di un luogo di esecuzione della prestazione del lavoro completamente diverso da quello tradizionale su cui esso è nato e si è sviluppato. Allo stesso tempo ne riconosce ed esalta la centralità e il suo ruolo fondamentale, sottolineando però la necessità di ripensare il modello tradizionale di sindacato e di contrattazione collettiva.

The contribution focuses on the role of the trade union and collective bargaining in the regulation of remote work, with particular reference to agile work and the work of riders. The A., having acknowledged the increasing spread of the phenomenon of remote work, especially in the pandemic period, synthetically reconstructs the negotiation experiences of recent times. The survey highlights the weakness and inadequacy of the trade union, in the face of a place of execution of work that is completely different from the traditional one on which it was born and developed. At the same time it recognizes and exalts its centrality and its fundamental role, underlining however the need to rethink the traditional model of trade union and of collective bargaining.

Keywords

Lavoro da remoto, lavoro agile, riders, sindacato, contrattazione collettiva, disintermediazione.

Remote work, Agile work, Riders, Trade union, Collective bargaining, Disintermediation.

Rosa Casillo

**Legge e contrattazione collettiva
nella tutela della salute***

Sommario: **1.** Negoziazione collettiva e tutela della salute. **2.** Dal d.lgs. 626/1996 al d.lgs. 81/2008. **3.** La legislazione speciale dell'emergenza sanitaria e i Protocolli condivisi. **4.** La "eccezionale" sussidiarietà orizzontale. **5.** Contrattazione collettiva e obbligo vaccinale.

1. Negoziazione collettiva e tutela della salute

La natura fondamentale del diritto all'integrità psico-fisica, con conseguente rilevanza pubblica dell'interesse individuale e indisponibilità della tutela, è il rilievo con cui unanimemente si giustifica il fatto che per la garanzia della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro la contrattazione collettiva non ha il ruolo di fonte di produzione di regole nell'ottica della sussidiarietà.

In effetti, il carattere personalistico e, di più, dignitario del bene individuale (art. 32 Cost.), richiede che le misure necessarie a preservare l'inviolabilità a fronte delle istanze dell'impresa (art. 41) siano il frutto di un bilanciamento operato da chi è garante di entrambe le garanzie e, anche, del diseguale connotato di valore che hanno, per Costituzione, i due beni coinvolti. Esclude, cioè, che i modi di soddisfazione di un interesse che è funzione/responsabilità dello Stato siano aperti alla valutazione/disponibilità delle parti, individuali o collettive, destinatarie della garanzia.

Per questa ragione il precetto che, nel contratto, vincola il creditore del lavoro a conformare l'organizzazione alla tutela della salute di chi con essa viene a contatto per ragioni di lavoro, l'art. 2087 c.c., è stato riempito di contenuti in via eteronoma: dal d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 prima e, poi, dal

d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, rimanendo questi contenuti aperti all'autonomia individuale solo a mo' di chiusura del sistema¹.

E per la stessa ragione, la via eteronoma è solo quella legale.

La legislazione ora richiamata, infatti, non riserva alla contrattazione collettiva spazi per definire gli *standard* minimi di tutela in “sostituzione” del legislatore, il quale, così, non arretra a favore della fonte negoziale nella definizione di presidi (normativi, procedurali e tecnici) che configurano garanzie imprescindibili, e dunque obbligatorie, di sicurezza. Diversamente da quanto accade per la regolazione di altri profili del rapporto di lavoro e dei contratti, qui il legislatore non considera che la valutazione dei debitori e dei creditori della sicurezza possa giungere, nei singoli contesti aziendali o anche a livello categoriale, a soluzioni più efficaci perché più consapevoli del contesto in cui la tutela deve essere assicurata.

Non si tratta di un disconoscimento della funzione e dello scopo che al sindacato, mediante appunto la contrattazione collettiva (e lo sciopero), l'ordinamento conferisce (artt. 2, 3, 39 e 40 Cost.), pur in assenza di una riserva di legge². Si tratta, piuttosto, della necessità, insita nella natura stessa del bene individuale, che la sua tutela, per i profili essenziali nel senso di imprescindibili, segua ad una valutazione pubblica e che abbia garanzia di uniformità e universalità che la fonte negoziale, libera e soprattutto limitatamente efficace, non potrebbe (ancora oggi) garantire (art. 39).

2. Dal d.lgs. 626/1994 al d.lgs. 81/2008

Questo schema di regolazione non è mutato col passaggio dal d.lgs. 626/1994 al d.lgs. 81/2008. Un passaggio col quale, come noto, il quadro normativo in questa materia pur ha subito trasformazioni anche nella prospettiva di una maggiore partecipazione e responsabilizzazione, ad ogni livello, dei lavoratori e dei loro rappresentanti, in linea con la visione che l'allora Comunità Europea aveva espresso fin dalla direttiva quadro 89/391/CEE³.

¹ NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, 2020, p. 12 ss.

² V.: NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *DLRI*, 2002, p. 86 s.; RUSCIANO, *Contrattazione e sindacato nel diritto del lavoro dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92*, in *ADL*, 2013, p. 1283 s.

³ NATULLO, voce *Sicurezza del lavoro*, in *ED, Annali*, IV, 2011, p. 1077 ss.; ANGELINI, *Rap-*

Il coinvolgimento sindacale è molto visibile nella disciplina del 2008: nel rafforzamento della presenza e del ruolo delle rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza (art. 47, d.lgs. 81/2008); nella partecipazione del sindacato nelle sedi istituzionali di settore (art. 5 e 6), e, soprattutto, negli organismi paritetici bilaterali, le cui funzioni si sono arricchite dell'attività di ricerca e promozione di soluzioni organizzative e buone pratiche per la sicurezza (art. 51, d.lgs. 81/2008)⁴. Un ruolo, questo, nel quale le parti sociali investono molto anche oggi⁵.

Ma la contrattazione collettiva rimane, come nella disciplina del 1994, controllore indiretto dell'applicazione delle regole legali, per il tramite delle funzioni in definizione del rappresentante per la sicurezza (art. 18, co. 5, d.lgs. 626/1994; art. 37, 47 ss. d.lgs. 81/2008) e per l'istituzione e regolazione degli organismi paritetici (art. 20, art. 51)⁶. Il d.lgs. 81/2008, infatti, non ha dato luogo alla valorizzazione degli accordi aziendali, territoriali e nazionali mediante la tecnica dei rinvii come previsto dalla delega *ex l.* 123/2007, e non ha assegnato alla contrattazione il ruolo di fonte di regole essenziali per la sicurezza "insieme" del legislatore: non l'ha abilitata a coprire spazi a cui esso rinuncia né ad arricchire profili di regole legali⁷.

Non sembra tecnicamente un'eccezione la previsione dell'art. 175, d.lgs. 81/2008. È vero che qui, per lo svolgimento del lavoro ai videoterminali si prevede che "il lavoratore ha diritto ad una interruzione della sua attività mediante pause ovvero cambiamento di attività" (co. 1) e che "le modalità di tali interruzioni sono stabilite dalla contrattazione collettiva anche aziendale" (co. 2). Ma si precisa anche quali debbano essere queste pause e la loro collocazione nell'ipotesi in cui la contrattazione collettiva in proposito non disponga (co. 3). Il che non descrive un concorso della contrattazione nella

presentanza e partecipazione nel diritto della salute e sicurezza dei lavoratori in Italia, in *DSL*, 2020, p. 109 ss.

⁴ V.: CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI P., NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, 2010, p. 175 ss.; RICCI M., *Gli organismi paritetici e il fondo di sostegno*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI P., NATULLO (a cura di), *op. cit.*, p. 521 ss.

⁵ V. l'Accordo su "Salute e sicurezza – attuazione del Patto per la fabbrica" del 12 dicembre 2018, siglato da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil.

⁶ NATULLO, "Nuovi" contenuti della contrattazione collettiva, organizzazione del lavoro e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, in *WP Olympus*, 2012.

⁷ Per la distinzione: PINTO, *Lavoro part time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, 2002, p. 275 ss.

definizione delle regole di sicurezza nella logica della sussidiarietà, ma solo una apertura verso una eventuale, e dunque affatto necessaria, negoziazione di regole al rialzo di quelle legali; al rialzo cioè di *standard* di sicurezza minimi, e perciò inderogabili, già definiti dal legislatore.

Sicché nel tempo l'azione della contrattazione in questa materia, della quale la dottrina ha sempre segnalato il pregio⁸, si è svolto nei termini di fonte di regole complementari, aggiuntive e integrative (migliorative) di quelle legali al di fuori di ogni modello di rinvio. Un ruolo svolto nella forma sostanzialmente equiparabile alla produzione di “buone prassi” e “linee guida” “coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica” alle quali il legislatore attribuisce rilevanza, se e quando provenienti da soggetti “qualificati” (art. 2, co. 1, lett. v) e z)⁹.

3. *La legislazione speciale dell'emergenza sanitaria e i Protocolli condivisi*

In questo quadro normativo è sopraggiunta, a partire dai primi mesi nel 2020, la legislazione dell'emergenza sanitaria che ha coinvolto significativamente le parti sociali, anche mediante la contrattazione ai diversi livelli, nella prevenzione del contagio nei luoghi di lavoro.

Come si sa, tutto ha avuto avvio col d.P.C.M. 11 marzo 2020, che, per le attività non sospese, ha “raccomandato”, tra l'altro, “l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e l'adozione di strumenti di protezione individuale” (art. 1, n. 7) nonché la limitazione al massimo degli spostamenti all'interno dei siti produttivi e il contingentamento dell'accesso agli spazi comuni (n. 8). E, per l'attuazione di queste due raccomandazioni, ha previsto che fossero favorite “intese tra organizzazioni datoriali e sindacali” (n. 9).

L'invito ha avuto seguito con il “Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro” sottoscritto, il 14 marzo 2020, dalle organizzazioni confederali dei datori e lavoratori. Il documento testimonia la condivisione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del Ministero

⁸ V.: CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo*, in *RGL*, 2007, n. 2, suppl., p. 175 ss. ss.; TAMPIERI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva nella tutela delle condizioni di lavoro*, in *RGL*, 2001, I, p. 551 ss.; ZOLI, *Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in *RGL*, 2000, I, p. 625.

⁹ V. NATULLO, *I “nuovi” contenuti*, cit., p. 15

della salute, del Ministero dello sviluppo economico, del Commissario Straordinario emergenza Covid e dell'INAIL, tutti firmatari in calce. E il Governo, si legge in apertura del documento, “favorisce, per quanto di sua competenza, la piena attuazione del Protocollo” (p. 2).

Il Protocollo è stato poi aggiornato alle successive acquisizioni della scienza medica, come recepite dalla legislazione e agli atti governativi sopraggiunti, una prima volta il 24 aprile 2020 e una seconda volta il 6 aprile 2020.

Anche nella versione vigente il Protocollo ha “l’obiettivo di fornire indicazioni operative aggiornate, finalizzate a incrementare, negli ambienti di lavoro non sanitari, l’efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l’epidemia di COVID-19”, e reca “linee guida condivise per agevolare le imprese nell’adozione di specifici protocolli anti-contagio”¹⁰.

Più esattamente: richiama le disposizioni che in tema di sicurezza sono contenute nel d.P.C.M. 2 marzo 2021, (i “premesso che”, p. 4 s.); richiama previsioni di carattere generale ma anche specifico ampiamente presenti nella legislazione dell’emergenza (p. 5). Infine, nella terza parte, elenca una serie di dettagliate misure volte a declinare il principio di prevenzione dal contagio attraverso obblighi gravanti sul datore di lavoro, e relativi: all’informazione (punto 1); alle modalità di ingresso e spostamento in azienda di dipendenti e fornitori (punto 2 e 3); alle misure di sanificazione degli spazi e strutture (punto 4) e alla protezione personale (punto 5); alla fornitura di dispositivi di protezione individuale (punto 6); alla gestione degli spazi comuni (punto 7); all’organizzazione del lavoro (turnazione, trasferte, lavoro agile e da remoto, rimodulazione dei livelli produttivi) favorendo, qui, intese (punto 8); alla gestione di entrate e uscite dei dipendenti (punto 9); agli spostamenti interni all’azienda (punto 10); alla gestione del personale colpito dal virus (punto 11); agli accertamenti sanitari (punto 12). Infine, prevede la costituzione di Comitati a composizione paritetica a diversi livelli, per l’applicazione e/o verifica dell’attuazione del protocollo (punto 13)¹¹.

¹⁰ Per la sanità le Parti sociali hanno siglato sempre col Governo, il 24 marzo 2020, un *addendum* al Protocollo del 14 marzo 2020; come pure, il 24 aprile 2020, per il settore dei trasporti, i cantieri e la logistica.

¹¹ V.: BOLOGNA, FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva inter-sindacale*, in *RDSS*, 2020, n. 2, p. 375 ss.

Di tutte queste misure, recepite da altre fonti e nuove, nel Protocollo “si stabilisce” l’applicazione da parte delle imprese, che “adottano” il protocollo e che integrano le misure medesime con le “altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali” (p. 6).

Già nell’immediatezza del primo e del secondo Protocollo condiviso la reazione è stata significativa, e continua tutt’oggi con la stipula di contratti/accordi collettivi che, a livello inter-settoriale, settoriale, territoriale e aziendale traducono le “linee guida” del Protocollo nelle realtà produttive¹².

E ciò sia perché le parti sottoscrittrici hanno valutato di renderne obbligatoria l’adozione, convenendo che “la mancata attuazione del Protocollo, che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell’attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza” (p. 3). Sia perché quella stessa obbligatorietà ha superato il perimetro dell’ordinamento inter-sindacale a partire dal d.P.C.M. del 26 aprile 2020, che per primo ha recepito il Protocollo del 24 aprile stabilendo un obbligo generale al rispetto dei suoi contenuti. Ad esso, poi, ha fatto seguito il d.l. 25 marzo 2020 n. 19 (conv. con l. 22 maggio 2020 n. 35) che, per i rinvii al d.P.C.M. ora richiamato, inserisce tra le misure anti-contagio i protocolli medesimi¹³. Ancora, l’art. 15, co. 1, d.l. 16 maggio 2020 n. 33 (conv. con l. 14 luglio 2020 n. 74), che ha riprodotto l’applicazione dei protocolli anti-contagio stipulati, ad ogni livello e quindi anche sindacali, come condizione per lo svolgimento dell’attività¹⁴.

¹² Ne danno conto ampiamente DE SARIO, DI NUNZIO, LEONARDI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19*, in *WP Fondazione G. Di Vittorio*, 1/2020; BENINCASA, TIRABOSCHI, *Covid-19: le problematiche di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro tra protocolli condivisi e accordi aziendali*, in GAROFALO D., TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Volume V, *Le sfide per le relazioni industriali* a cura di TIRABOSCHI, SEGHEZZI, *Adapt Labour Studies*, e-Book series n. 93/2020, p. 146 ss., qui p. 180 ss.

¹³ Per le prime osservazioni in questo senso: PASCUCCI P., *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, 2019, 2, p. 98 ss.; ID., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme ius super-veniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. 19/2020*, in *DSL*, 2020, 1.

¹⁴ Ma molte altre sono le fonti dell’emergenza che richiamano il Protocollo condiviso e i Protocolli di settore (MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull’art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *DSL*, 2020, 2), tale che, sebbene la dottrina sia unanime nel sostenere che esso abbia oramai sicura vincolatività, è invece divisa sulla fonte dalla quale questa vincolatività deriva: PELLACANI, *Il sindacato nella prospettiva pluriordinamentale oggi*, in *Relazione al Convegno Aidlass del 2021, paper*, p. 61 ss.

Infine, ma non da ultimo, perché il d.l. 8 aprile 2020 n. 23 (conv. con l. 5 giugno 2020 n. 40), all'art. 29-*bis* ha stabilito che “ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’art. 2087 del codice civile mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile tra Governo e parti sociali, e successive modifiche e integrazioni”¹⁵.

4. La “eccezionale” sussidiarietà orizzontale

Questa ricognizione, sebbene assai sommaria, è già molto eloquente circa il fatto che, per la garanzia del bene della persona nei contesti di lavoro a fronte del nuovo rischio, alla contrattazione collettiva è assegnato un ruolo decisamente più ampio di quello descritto dalle ordinarie regole *ex d.lgs.* 81/2008 – come più ampio è il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali¹⁶.

Rimane però il tema della qualificazione di questo ruolo.

Il tema, cioè, del se le parti sociali, attraverso la contrattazione ai diversi livelli, “partecipano”, insieme al legislatore, all’individuazione degli *standard* minimi e obbligatori di tutela rispetto al contagio; oppure se questi *standard* esse, invece, “integnano”, aumentando i livelli di protezione già previsti dalla legge; oppure, infine, se “sostituiscono” il legislatore nella definizione dei medesimi, nell’ottica della sussidiarietà orizzontale.

La soluzione non può esaurirsi nell’osservare che le “intese tra le parti sociali” sono “favorite” dal Governo come luogo per “l’assunzione di protocolli anti-contagio” (d.P.C.M. 11 marzo 2020) e che quelle stesse intese,

¹⁵ “E negli altri protocolli e linee guida di cui all’art. 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l’adozione delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.V. il paragrafo successivo.

¹⁶ Che devono essere presenti in tutti gli organismi per la sicurezza a livello aziendale, e non solo, istituiti dal Protocollo (punto 13); e già la primissima giurisprudenza ha qualificato il comportamento datoriale ostativo come condotta antisindacale: Trib. Treviso, 2 luglio 2020, n. 2571; DIAMANTI, *La violazione dei protocolli anticovid-19 come condotta antisindacale*, in *RIDL*, 2020, II, p. 788 ss.

nella forma dei Protocolli condivisi, il legislatore, poi, fa propri. L'attribuzione alla contrattazione collettiva di un ruolo sussidiario alla legge, che così sembrerebbe emergere, deve infatti essere verificata in rapporto a diverse questioni. Qui se ne affrontano tre: l'inquadramento tecnico-giuridico del prodotto delle parti sociali; la riconducibilità delle sue determinazioni a *standard* minimi di tutela; il rapporto tra la natura della tutela, che è pubblica, e la natura della fonte delle regole, che è l'autonomia privata in forma collettiva.

Pochi dubbi sussistono, invece, sull'assenza del difetto di universalità nell'applicazione dell'atto negoziale, e delle regole di sicurezza che esso pone, in ragione della libertà sindacale e delle vicende dell'art. 39, co. 2-4, Cost. Un difetto che qui non si rileva, perché l'atto e i suoi contenuti, come detto, sono fatti propri dal legislatore¹⁷.

Circa la natura del Protocollo, da più parti si sostiene la sua assunzione tra i prodotti della concertazione perché reca la firma del Governo¹⁸. Il che rimanda a un rapporto tra legge e contrattazione collettiva ispirato alla logica partecipativa nella definizione delle regole della sicurezza, che per questa via risultano "concordate".

Qualche dubbio su questa conclusione si può porre, a partire dal dato testuale del Protocollo. Esso si presenta come intesa "sottoscritta" tra organizzazioni datoriali e sindacali in attuazione della sollecitazione governativa (d.P.C.M. 11 marzo 2020), e il Governo non sembra affatto figurare come co-autore delle regole perciò concordate; piuttosto, ne "favorisce, per quanto di sua competenza, la piena attuazione".

Vero è che il coinvolgimento dell'attore pubblico ne fa un accordo interconfederale "anomalo"¹⁹, testimoniando che nel definire le "linee guida" per le regole anti-contagio aziendali l'interesse collettivo che il sindacato persegue non è autonomo rispetto all'interesse pubblico²⁰. La promiscuità

¹⁷ V. in particolare: PASCUCCI P., *Ancora su coronavirus*, cit., p. 123 s.; LASSANDARI, *Rapporti sospesi e modelli crollati?*, in *LD*, 2020, p. 169; BOLOGNA, FAIOLI, *op. cit.*, p. 384. Per il profilo del pluralismo sindacale: MARESCA, *op. cit.*, p. 3 s.

¹⁸ V., tra gli altri: DI NOIA, *COVID-19 e relazioni industriali: il Protocollo del 14 marzo 2020 e oltre*, in *Giustizia Civile.com*, 22 aprile 2020; PERULLI, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e diritto del lavoro dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, 4, p. 456 ss.; ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, 4, p. 440 s.

¹⁹ Per l'espressione: BENINCASA, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 154.

²⁰ Sulla distinzione: ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità*, in *DLM*, 2013, p. 61.

del rischio di contagio²¹, infatti, depura la negoziazione di queste regole dal tratto della composizione del conflitto (lavoratore/impresa), tale che l'interesse delle parti sociali risulta perfettamente allineato all'interesse pubblico alla tutela della salute di tutte le persone nei luoghi di lavoro.

Non per questo, però, il Protocollo si configura al pari delle intese tri-laterali che hanno segnato l'esperienza concertativa.

Anzitutto perché storicamente questa è intervenuta a monte delle decisioni circa politiche sociali e del lavoro da perseguire e degli interventi legislativi con cui attuarle²². Certo, la concertazione è un fenomeno sociale e perciò fluido nelle sue manifestazioni²³; ma si dubita che possa avere ad oggetto la diretta predisposizione di regole che intervengono nei rapporti tra privati, configurandosi, in questo caso, il diverso fenomeno del rinvio della legge al contratto collettivo.

In secondo luogo, perché la concertazione ha sempre prodotto accordi in cui le parti sono state protagoniste delle decisioni. Protagonismo che qui, nel Protocollo condiviso, sembra mancare, evocando invece, esso, l'esito di un dialogo²⁴ a valle dell'"invito" dell'autorità governativa alle parti sociali (d.P.C.M. 11 marzo 2020) di definire le misure anti-contagio nei contesti di lavoro in sostituzione, non insieme, e nemmeno ad integrazione, del legislatore²⁵. Invito che, appunto, vale di per sé solo ad escludere la co-determinazione delle regole.

L'individuazione di concrete misure anti-contagio, inedite nella legislazione della sicurezza sul lavoro dell'emergenza e anche nel d.lgs. 81/2008, è esattamente ciò che fanno le parti sociali nell'ultima delle tre sezioni di cui si compone il Protocollo, e che segue il rinvio alle prescrizioni generali dei d.P.C.M. e della legislazione vigente – le si è richiamate prima.

La circostanza che queste previsioni sono, come dice il Protocollo, "linee guida per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli anti-contagio", non vale ad escluderne, sul piano tecnico, la configurazione di *standard* mi-

²¹ Per l'espressione: NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 413/2021, p. 2.

²² DAGNINO, *Il sistema delle fonti alla prova della emergenza sanitaria: una prospettiva giuslavoristica e di relazioni industriali*, in GAROFALO D., TIRABOSCHI, FILÌ, SEGHEZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 70.

²³ ZOPPOLI L., *Concertazione* (voce), in *ETG* on line, 2016.

²⁴ FERRANTE, *Le fonti e il dialogo sociale*, in *Labor*, 2020, 4, p. 401 ss.

²⁵ V. anche DAGNINO, *op. cit.*, p. 69.

nimi di sicurezza. Esse non sono infatti previsioni generiche²⁶: le misure anti-contagio non sono definite indirettamente in chiave teleologica con norme aperte, ma con dettaglio operativo. Alle imprese è solo rimessa la loro implementazione secondo le peculiarità delle realtà produttive, anche qui nella sede negoziale, ovvero “previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali”.

Che la consultazione proceda per le vie dell’ordinaria negoziazione aziendale con il coinvolgimento del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, oppure in seno al “Comitato per l’applicazione e la verifica delle regole contenute nel presente Protocollo con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e il RLS”²⁷, è certo che questa previsione rafforza la centralità della contrattazione anche a livello aziendale, e la apre all’efficacia generale²⁸.

Ma v’è di più. La contrattazione aziendale può essere anche fonte autonoma di regole anti-contagio sussidiaria alla legge come lo è la fonte da cui deriva, ma solo ad integrazione di quest’ultima. Può esserlo, cioè, non perché sono i singoli accordi aziendali attuativi del Protocollo, e non invece il Protocollo medesimo, gli atti negoziali che il Governo e il legislatore investono a questo fine²⁹. Piuttosto, perché è lo stesso atto interconfederale ad abilitare la sede aziendale ad individuare, eventualmente, ulteriori misure “equivalenti” e/o “integrative” di quelle del Protocollo perché più “incisive, secondo le peculiarità della propria organizzazione” (p. 6).

Questo dato aiuta a definire il perimetro dell’obbligazione del datore e la sua responsabilità ai sensi del già richiamato d.l. 23/2020, art. 29-*bis*. È vero che, secondo detta disposizione, l’adempimento dell’obbligo di sicurezza limitatamente al nuovo rischio è verificato con l’adozione del Protocollo con-

²⁶ V. la diversa tesi di BENINCASA, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 154.

²⁷ È la tesi di FRASCHIERI, *Il Comitato previsto dal protocollo condiviso del 14 marzo, integrato il 24 aprile. Dalla fase I... al futuro*, in *WP ADAPT*, 2020, p. 10. In chiave più problematica: MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in *Lavori Diritti Europa*, 1° maggio 2021.

²⁸ BENINCASA, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 154; PELLACANI, *op. cit.*, p. 65.

²⁹ I d.P.C.M. e fonti legislative dell’emergenza non fanno menzione dei protocolli aziendali, ma solo dei Protocolli condivisi, di settore, regionale o territoriale. V. però BENINCASA, TIRABOSCHI, *op. cit.*, secondo i quali, poiché il Protocollo condiviso contiene indicazioni generiche ed è un “accordo politico triangolare” tra Governo e parti sociali finalizzato a definire una procedura di produzione normativa”, la valenza normativa positiva è da rinvenire solo negli accordi aziendali (p. 154 ss.).

diviso e dei protocolli applicabili³⁰; e che gli *standard* di sicurezza in essi contenuti, ripercorrendo le determinazioni della scienza medica, sono le più recenti acquisizioni in materia anti-contagio, rappresentando, in questo momento storico, le misure di massima sicurezza tecnologicamente possibile esigibili *ex art.* 2087 c.c.³¹. Ma lo stesso Protocollo non esclude affatto che gli *standard* medesimi possano essere arricchiti. Arricchiti non con presidi ulteriori, ragionevolmente non conoscibili alle parti aziendali. Arricchiti, piuttosto, all'atto stesso della puntuale attuazione del Protocollo che esaurisce l'obbligo *ex art.* 2087 c.c.; all'atto, cioè, dell'implementazione delle misure in esso previste, ove tale arricchimento sia richiesto per l'effettività ed efficacia delle medesime misure nella peculiarità dell'organizzazione³².

Rimane, infine, la questione della compatibilità tra il carattere pubblico della tutela della salute e la negoziazione delle misure che la realizzano.

Vale qui ricordare, da una parte, che il Protocollo condiviso, e di conseguenza quelli aziendali che lo attuano, non hanno esattamente contenuti autonomamente definiti: riprendono le misure anti-contagio già previste dal legislatore per tutta la popolazione, calandole nei luoghi di lavoro – e ad esse il Protocollo è stato aggiornato due volte. Dall'altra, che le misure inedite che le parti sociali individuano sono fatte proprie dal legislatore. Come dire che, in questo caso in cui l'interesse collettivo e l'interesse pubblico sono allineati, l'autonomia negoziale è abilitata a soddisfare un interesse/responsabilità pubblica in modo “controllato”.

Per questa ragione, si dubita che oltre l'eccezionalità, ovvero finita l'emergenza sanitaria, la contrattazione collettiva possa/debba mantenere un ruolo sussidiario alla legge in questa materia. Come si è detto prima, è l'eccezionale promiscuità del rischio ciò che, sfrondando la contrattazione collettiva dell'elemento conflittuale, fa sì che nella regolazione della sicurezza sul lavoro l'interesse dell'autonomia collettiva e l'interesse pubblico coincidano. Fuori da questa ipotesi, gli interessi sono diversi, e si impone la prevalenza dell'interesse pubblico con conseguente regolazione legale.

³⁰ MARESCA, *op. cit.*, p. 8.

³¹ GIUBBONI, *Covid-19, obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 417/2020, p. 7.

³² MARAZZA, *L’art. 2087 cc nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *RIDL*, 2020, I, p. 267 ss.; TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *RDSS*, 2020, p. 340; MENGHINI, *op. cit.*, p. 15.

5. *Contrattazione collettiva e obbligo vaccinale*

Non ha il ruolo di fonte di regole anti-contagio, invece, il “Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all’attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/ Covid-19 nei luoghi di lavoro”, anch’esso sottoscritto, il 6 aprile 2021, tra le Parti sociali “su invito” del Ministero della salute e del Ministero del lavoro, e condiviso dal Governo, che per quanto di sua competenza ne favorisce l’attuazione.

L’atto non si presenta come aggiornamento del Protocollo del 24 aprile, e, al momento, non trova richiami nella legislazione tale da assumere carattere di vincolatività. Inoltre, l’attivazione dei piani vaccinali è prevista come possibilità, non come obbligo, escludendo, così, il proposito dei sottoscrittori di instaurare un legame tra somministrazione dei vaccini e prescrizioni in tema di sicurezza e prevenzione.

Come noto, la dottrina si è interrogata subito sul legame tra *standard* obbligatori di sicurezza e vaccinazione anti-covid, riflettendo sulla possibilità di leggere l’obbligo vaccinale nell’art. 2087 c.c. e tra i doveri del lavoratore *ex art. 20, d.lgs. 81/2008* in assenza di prescrizione di legge³³. Oggi, si sa, una prescrizione legale c’è, sia pure limitata: è il d.l. 1° aprile 2021 n. 44, che ha reso obbligatoria la profilassi sanitaria per gli “esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario” (art. 4)³⁴.

Per quanto qui più interessa, e cioè ai fini della verifica del ruolo che la contrattazione può svolgere in questo ambito, si osserva il d.l. 44/2021 rafforza l’idea che la somministrazione del vaccino anti-covid può divenire obbligatoria solo per prescrizione di legge, perché ciò costituisce una delle cautele di cui deve essere circondata l’imposizione di un trattamento sanita-

³³ V., tra gli altri, ZOPPOLI L., *L’opinione*, in *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro, Labor*, 22 gennaio 2021; PASCUCCI P., DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *DSL*, 2021, 1, p. 83 ss.; NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all’autodeterminazione*, in *DSL*, 2021, 1, p. 138 ss.

³⁴ PASCUCCI P., LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *DSL*, 2021, p. 152 ss.; POSO, *Dei vaccini e delle «pene» per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (G.U. n. 79 del 1° aprile 2021)*, in *Labor*, 10 aprile 2021. Non pone un obbligo vaccinale nemmeno indiretto, invece, il d.l. 6 agosto 2021 n. 111. La Certificazione verde Covid-19 che qui il legislatore richiede al personale scolastico e universitario (e agli studenti universitari), non è infatti rilasciata solamente in seguito alla vaccinazione, ma anche alla guarigione dalla malattia oppure all’esito negativo di un test molecolare o antigenico (art. 9, d.l. 22 aprile 2021 n. 52, conv. con l. 17 giugno 2021 n. 87).

rio. Non può divenire obbligatoria, invece, per previsioni collettive. Né la vaccinazione può rientrare tra le misure di prevenzione innominate *ex art.* 2087, e nemmeno tra le misure “eventuali e integrative” richiamate dal Protocollo condiviso.

Lo esclude il fatto che un obbligo vaccinale tecnicamente configura un atto di disposizione sul corpo di una persona: per l’atto in sé (l’iniezione) e per le conseguenze che determina (nel bene e nel male) sull’organismo. Un atto che è vietato dall’ordinamento perché in contrasto con la tutela della dignità umana, cioè col divieto di riduzione dell’uomo a *res* con annullamento della soggettività (giuridica) individuale nella specie di libertà di autodeterminazione (in tema di cure mediche in questo caso)³⁵.

È un atto vietato anzitutto al privato, che non può disporre del corpo altrui per il perseguimento di un suo proprio interesse; quand’anche il privato fosse il datore di lavoro e l’interesse fosse la tutela della salute e sicurezza della comunità dei lavoratori di cui, ai sensi dell’art. 2087 c.c., egli ha la responsabilità.

Ma è vietato anche allo Stato qualsiasi sia l’interesse pubblico che persegue. Tranne che in un caso. Quando, come si legge nell’art. 32 Cost., quest’atto di disposizione sia richiesto per l’interesse alla tutela della salute di tutta la collettività. Caso in cui il trattamento sanitario deve essere disposto con le cautele previste, sempre all’art. 32 Cost., proprio per riparare la dignità dalla violazione quando il dovere di solidarietà pubblica *ex art.* 2 richiede, al singolo, una limitazione della propria libertà di autodeterminazione.

La prima cautela è, appunto, che l’obbligatorietà sia richiesta dal legislatore: sia disposta dalla voce istituzionale della comunità nel cui interesse l’obbligatorietà è richiesta. La seconda è che ciò avvenga nel rispetto della persona umana, dice l’art. 32 Cost. (ma si può anche dire della dignità umana); rispetto veicolato dalla certezza medica che il trattamento medesimo (il vaccino) sia un mezzo efficace allo scopo e che non arrechi danni irreparabili alla salute di chi lo riceve – senza potersene sottrarre se non subendo pregiudizio (sanzione)³⁶.

³⁵ CASILLO, *Diritto al lavoro e dignità*, ES, 2020, p. 63 ss.; p. 68 ss.

³⁶ Nel contesto dell’art. 32 Cost., il rispetto della dignità umana ha il significato che più concretizza la non reificazione/oggettivizzazione dell’uomo. Il limite, qui, impone che la tutela della salute pubblica, attraverso l’adempimento del dovere individuale *ex art.* 2 Cost., non abbia il prezzo del sacrificio della vita fosse anche di una sola persona. Un sacrificio che, proprio in ragione del fondamento dignitario della costruzione sociale fondata nel 1948, non può entrare

In questa prospettiva, evidentemente, nessuno spazio rimane alla contrattazione collettiva per la previsione di un obbligo vaccinale³⁷. Le si apre, piuttosto, il ruolo di attore importante nella politica di *moral suasion* in azienda. Oltre che il ruolo, che più le è proprio, di definire i numerosi profili che riguardano le conseguenze del rifiuto del vaccino nei casi in cui il legislatore ne ha previsto l'obbligatorietà³⁸.

nel “bilanciamento” con la tutela della salute pubblica (e in nessun altro bilanciamento). Non può entrare cioè nella “ragionevolezza giuridica”. Ed è il fatto che quest'ultima sconta la “ragionevolezza medica”, in cui la certezza di un risultato contiene in sé il rischio (di effetti collaterali dei farmaci), ciò che apre la strada al risarcimento dei danni da profilassi obbligatorie.

³⁷ PASCUCCI P., LAZZARI, *op. cit.*, p. 155.

³⁸ ZOPPOLI L., *L'opinione*, cit., p. 2.

Abstract

L'autore riflette sul rapporto tra legge e contrattazione collettiva nella tutela della salute e sicurezza nei contesti di lavoro, evidenziando come oggi il legislatore, per la gestione dell'emergenza sanitaria, eccezionalmente assegni all'autonomia negoziale l'inedito ruolo di fonte sussidiaria alla legge.

The author reflects on the relationship between law and collective agreement in the protection of health and safety in work contexts, highlighting how today the legislator, for the management of the health emergency, exceptionally assigns to the collective agreement the unprecedented role of subsidiary source to the law.

Keywords

Emergenza sanitaria, sicurezza sul lavoro, protocolli condivisi, protocolli aziendali, sussidiarietà orizzontale, vaccino anti-covid.

Health emergency, workplace safety, shared protocols, corporate protocols, horizontal subsidiarity, anti-covid vaccine.

sezione quarta
Tutela della salute pubblica
e contratti di lavoro

Pasquale Monda

Il lavoro agile “emergenziale”
tra identità giuridica e problemi applicativi*

Sommario: **1.** Dal lavoro agile “ordinario” a quello “emergenziale”. **2.** Il sacrificio della struttura bilaterale e le sue implicazioni. **3.** Il lavoro agile “emergenziale” nelle amministrazioni pubbliche: il regime della proroga ... **4.** *Segue.* ... e la “scoperta” della dimensione organizzativa. **5.** *Segue.* La possibile relazione tra il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA) e la disciplina emergenziale. **6.** I limiti all’autonomia datoriale: diritto di precedenza e diritto al lavoro agile. **7.** *Segue.* Il lavoro agile “emergenziale” come misura di prevenzione. **8.** La responsabilità datoriale su sicurezza e funzionamento della tecnologia. **9.** Divieto di discriminazione e diritto ai buoni pasto.

1. *Dal lavoro agile “ordinario” a quello “emergenziale”*

Esaminare l’impatto della pandemia sul lavoro agile non risulta agevole. Si tratta, infatti, di uno tra gli istituti più esposti agli interventi emergenziali: interventi tanto profondi da innovare, in un tempo relativamente breve, la tassonomia del lavoro da remoto faticosamente elaborata nell’arco di un ventennio.

Quale vettore di flessibilità spazio-temporale, il lavoro da remoto costituisce un’ambizione antica dell’ordinamento, alla quale si è risposto, in primo luogo, con il telelavoro e, successivamente, con il lavoro agile. Due istituti molto diversi, nel primo, lo svolgimento a distanza della prestazione costituisce l’esito di una scelta ripiegata sulle sole ragioni organizzative: il prestatore esprime, sì, un consenso, ma limitato all’*an* del telelavoro e in una logica

* Il contributo si colloca nell’ambito del PRIN 2017EC9CPX “Dis/Connection: Labor and Rights in the Internet Revolution” a cui partecipano unità di ricerca delle Università di Bologna, Napoli Federico II, Udine, Venezia Ca’ Foscari.

essenzialmente “difensiva”¹. Nel secondo, invece, il lavoro a distanza si inserisce in un più ampio progetto negoziale interamente condiviso dalle parti del contratto².

È questo il quadro su cui si è abbattuto il c.d. Covid-diritto³, realizzando un complesso “adattamento” del lavoro agile alle ragioni sanitarie ed economiche esplose con la pandemia: un “adattamento” rivelatosi ben presto qualcosa di più radicale e sfociato, a giudizio di molti⁴, in una forma di lavoro da remoto del tutto nuova e peculiare. Per intenderci, l’infrastruttura normativa su cui l’ordinamento interviene è costituita dagli artt. 18 e ss. della l. 81/2017, ma, attraverso la loro profonda trasfigurazione, si è delineata una “modalità di esecuzione” della prestazione diversa tanto dall’originario lavoro agile quanto dal telelavoro.

Sul piano funzionale, con il “nuovo” lavoro agile si intende limitare il contagio pandemico e, al contempo, consentire la prosecuzione della produzione. I riflessi che ne derivano sono profondi e riguardano, anzitutto, il piano strutturale: si abbandona la dimensione bilaterale in favore di una forte

¹ V. GAETA, *La qualificazione del rapporto*, in GAETA, PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, p. 4 ss.; GOTTARDI, *Telelavoro*, in *DDPComm*, 2003, Aggiornamento, p. 911 ss.; NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Utet, 1998, p. 105 ss.

² Sulla distinzione tra lavoro agile e telelavoro v., più diffusamente anche per i relativi approfondimenti bibliografici, ZOPPOLI L., MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, p. 312 ss.

³ L’espressione viene usata da NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?* in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 413/2020*.

⁴ Tra i tanti che lo hanno rimarcato, v. ALESSI, VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in BONARDI, CARABELLI, D’ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 131 ss.; BIROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell’emergenza epidemiologica*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Vol. I, Sez. II, Adapt University Press, 2020, p. 1 ss.; CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 427/2020*; FERRARA, *Oltre l’emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 426/2020*; ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L’“ossificazione” delle pubbliche amministrazioni e l’occasione post-pandemica del POLA*, prossima pubblicazione in *LPA*; ZOPPOLI L., MONDA, *op. cit.* V. anche RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*; BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di Emergenza*; CAIROLI, *L’incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: prime osservazioni*; SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *giustiziacivile.com*, Emergenza Covid-19, Speciale Uniti per l’Italia, 2020, rispettivamente a p. 55, p. 67, p. 87, p. 169.

spinta verso l'unilateralità. Ma non solo. L'ordinamento, nel “semplificare” molteplici aspetti della l. 81/2017, ha delineato un impianto normativo incerto e sul quale molto si sta discutendo in dottrina come in giurisprudenza. Le continue proroghe – l'ultima al 31 dicembre 2021 sia per il privato sia per il pubblico⁵ – hanno proiettato la disciplina emergenziale del lavoro a distanza in una fase diversa da quella di un anno fa, segnata dalla convivenza con il “rischio Covid-19”. Affiora, così, l'urgenza di una mediazione attenta tra esigenze di pubblica sanità, interessi economico-organizzativi e tutela del lavoro, da improntare al rigoroso rispetto del principio di proporzionalità: l'unico criterio per tracciare l'esatta misura dei sacrifici tollerabili da ciascuna delle esigenze richiamate.

2. Il sacrificio della struttura bilaterale e le sue implicazioni

La complessità del tema consiglia di iniziare dal settore privato, per esaminare il tratto che più caratterizza il lavoro agile “emergenziale” e lo distingue sia da quello “ordinario” sia dal telelavoro: il riferimento è al sacrificio della dimensione bilaterale.

Eloquente è l'art. 90, co. 4, d.l. 34/2020, che consente di applicare “la l. 81/2017 a ogni rapporto di lavoro subordinato ... in assenza degli accordi individuali ivi previsti” (mio il corsivo). Sulla corretta lettura della disposizione molto si discute: qualche autore limita il venir meno della bilateralità al solo *quomodo* del lavoro agile, ritenendo che “l'accordo evocato dalla norma non corrisponda all'elemento sostanziale del consenso negoziale, bensì identifichi un dato formale, ossia il documento redatto per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova (art. 19 l. n. 81 del 2017)”⁶. Pur suggestiva, questa lettura non poggia su solide basi, dato che la legge 81/2017 non distingue l'accordo sull'*an* dall'accordo sul *quomodo*. Per non parlare, poi, del fatto che il sacrificio di ogni forma di consenso, condivisibile o meno che sia, rientra tra le soluzioni impiegate per mediare virtuosamente ragioni sanitarie ed economico-organizzative. Più precisamente, se la prestazione agile (*rectius* a distanza) esclude il rischio di contagio e agevola la riorganizzazione “sicura” degli spazi aziendali⁷,

⁵ V. artt. 11 e 11-bis d.l. 52/2021, conv. con modifiche dalla l. 87/2021 (di seguito d.l. 52/2021).

⁶ V. SENATORI, *op. cit.*

⁷ Il riferimento è alle misure imposte dai Protocolli di sicurezza adottati ai sensi dell'art. 1, co. 14, d.l. 33/2020.

non stupisce, preclusa la via della sua obbligatorietà⁸, che l'ordinamento scommetta sulla semplificazione per agevolarne la diffusione. E, soprattutto, non stupisce che tale semplificazione coinvolga accesso e gestione del lavoro agile; l'accordo viene percepito come un "ostacolo" alle ragioni tanto sanitarie quanto organizzative: se ammesso, potrebbe non essere raggiunto, compromettendo l'utilizzo di uno strumento chiave nel limitare la pandemia e ostacolando quella ripianificazione degli spazi aziendali da cui dipende la perseguibilità stessa della produzione⁹. Tanto l'*an* quanto il *quomodo* del lavoro agile, dunque, sono inclusi nel potere organizzativo – gestionale del datore, determinandone un'espansione sconosciuta alle pregresse forme di impiego da remoto¹⁰: ecco perché diventa prioritario precisare limiti e implicazioni di una tanto marcata unilateralità.

Sulla scia delle esperienze maturate nell'ultimo anno, merita attenzione, in primo luogo, l'alternanza tra attività in presenza ed esterna. Eventualità non compromessa dal superamento dell'accordo: se il binomio "interno" – "esterno" plasma l'infrastruttura giuridica della l. 81/2017, il d.l. 34/2020, eliminando l'accordo, non la compromette, ma ne modifica la gestione e, nell'ottica della menzionata semplificazione, passa dalla bilateralità all'unilateralità. Tuttavia, la "richiesta" di lavorare anche in presenza non è esente da limiti: al contrario, la giurisprudenza prontamente ha precisato che, dovendosi conformare alla regola della buona fede, essa va formulata in modo da essere "assecondabile dal prestatore senza sacrifici eccessivi"¹¹. Più articolato, invece, è il regime dell'orario di lavoro, perché, nel regolamentare l'esecuzione della "prestazione esterna", la l. 81/2017 esclude, con due sole eccezioni¹², l'operare del d.lgs. 66/2003, affidando all'accordo individuale il compito di "colmarne" i vuoti¹³. Molto andrebbe detto al riguardo, ma, per rimanere entro il perimetro dell'analisi, va indagato unicamente l'impatto del d.l. 34/2020 sulla disciplina in parola: un impatto estremamente incerto tanto che, durante la

⁸ A impedire l'obbligatorietà del lavoro agile è la libertà di iniziativa economica, che, secondo l'impostazione tradizionale, non tollera modelli organizzativi prescritti *ex lege*. Sul punto cfr., con riferimento al lavoro da remoto, MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e diritti di disconnessione*, in *ADL*, 2020, p. 90.

⁹ V. l'art. 1, co. 15, d.l. 33/2020.

¹⁰ Come detto in apertura, il consenso, se nel telelavoro è limitato all'*an*, nel lavoro agile "ordinario" investe tanto l'*an* quanto il *quomodo*.

¹¹ Trib. Mantova 26 giugno 2020 n. 1054.

¹² Il riferimento è alla durata massima giornaliera e settimanale.

¹³ Cfr. CAIROLI, *op. cit.*

c.d. fase I dell'emergenza, diffusa è stata l'estensione incontrollata dell'impegno lavorativo¹⁴. Da escludere subito sono quelle letture secondo cui il d.l. 34/2020, accantonato l'accordo, consentirebbe al dipendente di definire in autonomia il proprio orario e di adeguarsi al modello del telelavoro. Il decreto legge 34, infatti, dichiara applicabile la l. 81/2017 salvo interventi puntuali e circoscritti a profili specifici. Sicché, se la medesima legge non abilita il prestatore a determinare da sé i tempi di lavoro e se l'art. 17, co. 5, d.lgs. 66/2003 lo conferma¹⁵, è plausibile ritenere che anche nel lavoro agile “emergenziale” questa facoltà non sussista, mancando dati testuali su cui fondarla: dati testuali, invece, imprescindibili considerato il richiamato *modus procedendi* del d.l. 34/2020. Affiora, quindi, il vero nodo della questione: esclusa la gestione autonoma del dipendente e messo da parte l'accordo, occorre stabilire se le regole emergenziali consentano al potere datoriale di esprimersi “in deroga” al d.lgs. 66/2003.

Mancando precise indicazioni normative, la rilevanza del quesito impone di proseguire l'indagine sul piano sistematico. E osservare che, nella prospettiva della l. 81/2017, il “sacrificio” dell'orario è giustificato da uno “scopo vantaggioso” sia per il datore sia per il dipendente: ne deriva una connessione rigorosa tra deroga e “vantaggio”, che è l'accordo individuale a declinare definendo l'assetto organizzativo della prestazione da remoto¹⁶. Su tali aspetti della l. 81/2017 il dibattito è aperto¹⁷, ma, essendo questi i suoi equilibri interni, non si può non rimarcare che il d.l. 34/2020 rimuove i presupposti – reciprocità del “vantaggio” e accordo – da cui dipende la ragionevolezza della deroga qui considerata¹⁸. Pertanto, solo una conclusione sembra potersi ricavare: essa non è estendibile alla disciplina emergenziale.

Diversamente, dovrebbe ammettersi che i tempi della prestazione esterna andrebbero definiti dal solo datore senza rispettare significativi vincoli legali: si pensi, per fare qualche esempio, alle pause, al lavoro notturno e allo straor-

¹⁴ V. I rapporti OIL, *Monitor 2nd edition: COVID-19 and the world of work e Il telelavoro durante e dopo la pandemia di COVID-19*, entrambi del 2020.

¹⁵ Da ultimo CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020, p. 234-238; PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, pp. 17-21.

¹⁶ V. PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, *DRI*, 2019, p. 111 ss.

¹⁷ Per una sua recente ricostruzione, v. CAIROLI, *op. cit.*

¹⁸ Tra gli autori che più hanno approfondito il tema PERULLI, *op. cit.*

dinario, rimessi alla libera determinazione datoriale. Una lettura che a fatica risulterebbe ragionevole, sembrando francamente difficile spiegare perché, al fine di limitare il contagio e agevolare la ripianificazione aziendale, si renda *necessario* “liberalizzare” la gestione dei tempi e consentire alle ragioni organizzative di prevalere sulla tutela del lavoro. Né è sostenibile che la deroga alla normativa sull’orario sia compensata dalla diffusione di un impiego sicuro: se a tutelare la salute sono anche le regole sui tempi di lavoro, il dipendente verrebbe, sì, messo al riparo dal Covid-19, ma non dai pericoli conseguenti a un orario svincolato dal d.lgs. 66/2003 e ripiegato sulle sole esigenze datoriali. Nemmeno si potrebbe asserire, infine, che il potere organizzativo – gestionale sia riequilibrato dalla disconnessione, perché, con l’accordo individuale, viene meno la fonte deputata dalla l. 81/2017 a regolamentarla.

In conclusione, a scandire l’orario della prestazione “esterna” sono le stesse regole legali e collettive operanti per l’attività in presenza, che limitano la disponibilità funzionale anche di chi è impiegato a distanza per via dell’emergenza sanitaria: oltre questo limite tale disponibilità cede il passo al diritto di essere irrepibile.

3. *Il lavoro agile “emergenziale” nelle amministrazioni pubbliche: il regime della proroga...*

Questo modello di lavoro da remoto, improntato alla marcata unilateralità, opera anche per gli enti pubblici¹⁹.

Le peculiarità non mancano e riguardano sia il regime della proroga sia le tecniche per mediare la tutela della salute pubblica con la qualità dei servizi.

Sulla proroga, l’art. 11-*bis* d.l. 52/2021 conferma anche per le amministrazioni il termine del 31 dicembre 2021. Altre analogie con il lavoro privato non ricorrono, perché nel pubblico la “semplificazione” della l. 81/2017 opera “fino alla definizione della disciplina del lavoro agile da parte dei contratti collettivi, ove previsti, e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021”. Evidenti, invece, sono le differenze riguardanti i compiti inediti quanto incerti del contratto collettivo. Stando alla lettera della norma, sembra che la

¹⁹ La disciplina è racchiusa nell’art. 87 d.l. 18/2020, nell’art. 263 d.l. 34/2020 e nel Decreto del Ministro per la pubblica amministrazione del 19 ottobre 2020 (di seguito DM).

disciplina collettiva segni la conclusione della stagione emergenziale, perché, in alternativa al termine legale, rende inapplicabile la “semplificazione” del lavoro agile: i dubbi generati da tale approccio sono numerosi e un cenno, pur se rapido, lo meritano.

L'art. 11-*bis* d.l. 52/2021 presuppone che il contratto collettivo abbia una competenza ben definita nella regolamentazione del lavoro agile, ma, al momento, questa manca. Alla sua entrata in vigore, infatti, non sono seguiti interventi integrativi della l. 124/2015 o della l. 81/2017 volti a colmare una “lacuna preoccupante”: soprattutto nel lavoro pubblico, il silenzio di entrambe le leggi sul ruolo del contratto collettivo e sulla sua relazione con quello individuale ne hanno reso estremamente incerto e problematico l'intervento. Sicché, in tale scenario, il citato art. 11-*bis* pare andare incontro a innegabili problemi applicativi, perché mancano precise indicazioni sul livello di contrattazione abilitato a regolamentare il lavoro agile e sugli esatti ambiti della disciplina.

Certo, nulla impedisce di ricercare possibili soluzioni nel decreto legislativo 165/2001 e, per l'esattezza, nelle disposizioni sulla contrattazione collettiva²⁰: una strada plausibile, ma che non risolverebbe un altro delicato problema. Abilitando il contratto collettivo a rendere inoperanti le norme emergenziali, gli si attribuisce la facoltà di precisare quando le ragioni sanitarie non giustificano più la “semplificazione” della l. 81/2017: il che significa consentire al contratto collettivo di travalicare i confini del rapporto di lavoro e diventare un tassello cruciale nel bilanciare la tutela della salute pubblica e le ragioni organizzativo-istituzionali. Senza entrare nei complessi snodi di tale bilanciamento, la disciplina in esame non sembra garantire, come da più parti rimarcato²¹, una tutela emergenziale della salute pubblica proporzionata a puntuali “dati tecnici o rilievi empirici”, creando il pericolo di “aperte contraddizioni tra dati scientifici e norma” che la esporrebbero a scelte “prive di fondatezza e del tutto irragionevoli”²².

²⁰ Il riferimento è agli artt. 40 ss. d.lgs. 165/2001.

²¹ Da ultimo e per tutti v. LUCIANI M., *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *questione-giustizia.it*.

²² Le citazioni virgolettate sono tratte da Corte costituzionale n. 114/1998 richiamata da LUCIANI M., *op. cit.* e su cui cfr. SCACCIA, *op. cit.*, pp. 233-240.

4. Segue. ... e la “scoperta” della dimensione organizzativa

Le particolarità attuative del lavoro agile “emergenziale” nelle amministrazioni pubbliche non sono limitate alla proroga, ma riguardano anche, e soprattutto, le tecniche per garantire un equilibrio più virtuoso tra ragioni sanitarie e ragioni istituzionali. Su tale equilibrio l’ordinamento esprime una sensibilità del tutto nuova già quando torna sulla scelta di rendere il lavoro agile “emergenziale” una forma di svolgimento della prestazione: dopo il d.l. 34/2020, infatti, l’art. 87 d.l. 18/2020 viene privato della sua originaria valenza radicale, perché quella agile non è più la modalità *esclusiva* per eseguire la prestazione e l’attività in presenza non è più praticabile solo se indispensabile e indifferibile. Si tratta di interventi cruciali per impedire le storture della c.d. fase 1: considerando il lavoro interno non più un’eccezione, si ridimensiona il ricorso alle misure – quali l’esenzione dal servizio – che più hanno compromesso l’efficacia dell’azione amministrativa²³.

Nel rilanciare la mediazione poc’anzi indicata, merita attenzione il tentativo di valorizzare il significato organizzativo del lavoro agile pur se emergenziale. Senza rinunciare alle sue potenzialità nel contenere la pandemia, l’ordinamento ne fa uno strumento per “organizzare il lavoro” a *condizione* – così dice la norma – di non pregiudicare né l’efficienza né l’efficacia del servizio. Parlare di *condizione* può apparire ambiguo e indurre a facili equivoci, ma non si instaura una diretta relazione, come da qualcuno ipotizzato, tra la legittimità del lavoro agile “emergenziale” e l’efficacia o l’efficienza del servizio²⁴. La disposizione va letta sullo sfondo della c.d. amministrazione di risultato; sicché, trattandosi di una “questione organizzativa”, l’utilizzo inefficiente e inefficace del lavoro agile *condiziona* unicamente la posizione di chi gestisce la struttura: l’unico soggetto, d’altronde, cui spetta la decisione di impiegarlo.

Ragionando in questi termini, si comprende anche il senso di limitare il lavoro agile alle sole attività che “possono essere svolte in tale modalità”: la disposizione non è del tutto chiara, omettendo di precisare il criterio per appurare il verbo “possono”. La rilevanza conferita all’efficacia del servizio, però, permette di rinvenire siffatto criterio nella compatibilità tra la forma

²³ Per ogni ulteriore approfondimento sia consentito rinviare a ZOPPOLI L., MONDA, *op. cit.*

²⁴ V. RUSSO, *op. cit.*

agile e l'utilità organizzativa della prestazione: la prima, cioè, non deve impedire alla seconda di continuare a contribuire tangibilmente all'efficacia dell'amministrazione. A confermarlo, del resto, è la scelta del DM di introdurre la c.d. “mappatura delle attività smartabili”, ossia “la ricognizione, svolta da parte delle amministrazioni in maniera strutturata e soggetta ad aggiornamento periodico, dei processi di lavoro che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale, possono essere svolti con modalità agile”.

Pertanto, individuate le attività “smartabili”, spetta unicamente al dirigente ricorrere al lavoro agile e garantirne, assumendone la responsabilità, un uso incline ad assicurare il buon andamento e la sicurezza degli uffici. A rafforzare questa dinamica è la scelta, dell'art. 11-*bis* d.l. 52/2021, di svincolare il ricorso al lavoro agile da una variabile esogena, ossia l'osservanza dei vincoli legali, scelta sempre più ricorrente nella legislazione sul lavoro pubblico.

Prima della sua attuale versione, l'art. 263 imponeva che *almeno* il 50% dei lavoratori c.d. “smartabili” fosse impiegato da remoto: una soglia, aggiungeva il DM, da calcolare su base giornaliera, settimanale o plurisettimanale. Ciò introduceva una significativa flessibilità nel gestire la quota legale, perché il personale tramite essa individuato poteva essere distribuito anche su base settimanale o plurisettimanale. Ma le rigidità non mancavano. Sebbene la percentuale legale costituisse un valore minimo, a tanto induceva la formula “almeno”, si escludeva il *contestuale* impiego a distanza di tutto il personale “smartabile”: eloquente era l'obbligo, anch'esso aggiunto dal citato DM, di ruotare i “lavoratori agili”, per “assicurare, nella settimana o in più settimane, un'equilibrata alternanza nello svolgimento dell'attività in modalità agile e in presenza”. E, sempre per effetto della soglia legale, dei dipendenti potenzialmente “remotizzabili” una quota predefinita doveva *comunque* essere impiegata in forma agile.

Dopo il suddetto art. 11-*bis*, la quota minima del 50% viene eliminata e con essa tutti i vincoli appena richiamati; la logica è chiara: valorizzare l'autonomia dirigenziale, affidandole il compito di riorganizzare gli uffici nella nuova fase della pandemia. Naturalmente, questo presuppone interventi rapidi sui sistemi di valutazione, da adeguare alla presenza del lavoro da remoto: un nodo cruciale, ma che qui può essere solo rimarcato.

5. Segue. *La possibile relazione tra il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA) e la disciplina emergenziale*

Prima di proseguire, occorre chiedersi se il tentativo di promuovere la funzionalità organizzativa del lavoro agile “emergenziale” continui con il comma 4-*bis* dell’art. 263 d.l. 34/20.

La domanda non è marginale, perché la norma esprime un approccio, sebbene non nuovo, estremamente importante. In sintesi, con le riforme degli anni '90, la tecnologia diventa un tassello cruciale della c.d. amministrazione di risultato, spingendo l’ordinamento a integrarne la gestione nei circuiti giuridico-organizzativi predisposti per garantire il buon andamento: ai già numerosi esempi di tale approccio²⁵, si aggiunge il POLA, che include il lavoro agile nella programmazione c.d. *goal oriented*²⁶. Sia chiaro, il comma 4-*bis* va molto oltre la mappatura delle attività: con il POLA si intende adattare il modello organizzativo dell’amministrazione al lavoro agile. Ecco perché le linee guida del Dipartimento della Funzione Pubblica ritengono la mappatura solo una delle sue “condizioni abilitanti”: solo una, cioè, delle attività che permettono di proiettare il lavoro agile verso un nuovo equilibrio tra qualità dei servizi e benessere del personale. Il che spiega pure il suo essere una “sezione” del Piano delle *performance*: se il POLA precisa le strategie per attuare il lavoro agile, il Piano delle *performance* progetta gli obiettivi organizzativi e individuali per valorizzarne le potenzialità.

Venendo al quesito di partenza, è plausibile escludere che la disposizione in parola riguardi il lavoro agile “pandemico”: a confermarlo è la scelta del menzionato comma 4-*bis* di novellare l’art. 14 della l. 124/2015, facendo del POLA un tassello chiave della disciplina “ordinaria”. Se così è, ci si potrebbe chiedere perché introdurre i POLA, prevedendone l’adozione da subito, con una norma emergenziale: la temporaneità dell’art. 263, co. 1, in origine di molto antecedente a quella attuale, rende agevole comprendere che, con il comma 4-*bis*, l’ordinamento ha inteso predisporre gli strumenti per affrontare prontamente la fase post-pandemica.

Ne deriva, pertanto, che il lavoro agile “emergenziale” prescinde sia dalla programmazione indicata dal comma 4-*bis* sia dalle condizioni abilitanti

²⁵ Si pensi all’art. 12 il d.lgs. 82/2005.

²⁶ Sui POLA v., *amplius*, ZOPPOLI L., *op. cit.*

stabilite dalle Linee guida ministeriali: le tecniche per promuoverne la funzionalità organizzativa rimangono ancora “semplificate”, essendo incentrate sulla sola mappatura delle attività. Inoltre, il lavoro agile “emergenziale” non deve rispettare le quote stabilite dal comma 4-*bis* dell’art. 263 d.l. 34/2020, ridotte anch’esse dall’art. 11-*bis* d.l. 52/2021²⁷. Tuttavia, poiché l’originario termine dell’art. 263, co. 1, d.l. 34/2020 era fissato al 31 dicembre 2020, nulla esclude che, nel frattempo, le amministrazioni abbiano adottato il POLA sullo sfondo del precedente comma 4-*bis*, definendo percentuali superiori alle attuali soglie minime e, per quanto più interessa, ricorrendo all’accordo: insomma, applicando la disciplina ordinaria anteriore al menzionato art. 11-*bis*. Premesso che le continue proroghe impongono chiarimenti legislativi sul punto, pare possibile sostenere che, nella circostanza ipotizzata, le amministrazioni siano comunque vincolate alle percentuali stabilite nel Piano per il lavoro agile, ma che le regole per transitare dal lavoro in presenza al lavoro a distanza rimangano quelle emergenziali: pertanto, pur avendo previsto l’accordo, è consentito metterlo da parte e gestire il passaggio unilateralmente.

6. *I limiti all’autonomia datoriale: diritto di precedenza e diritto al lavoro agile*

Indagata la struttura unilaterale del “nuovo” lavoro agile e la sua estensione alle amministrazioni, l’analisi deve proseguire affrontando due aspetti trasversali al lavoro pubblico e al lavoro privato: i limiti all’autonomia del datore e la sorte di alcune delle garanzie introdotte dalla l. 81/2017.

Procedendo con ordine, la prima delle questioni indicate nasce dall’esigenza di precisare quando la mediazione tra ragioni sanitarie ed economiche impone restrizioni alla libertà di scelta della parte datoriale. Con l’esplosione della pandemia, il problema si è posto da subito per i soggetti c.d. fragili, ai quali si è attribuito, prima, un diritto di precedenza e, poi, un più pervasivo diritto al lavoro agile.

A regolamentare il diritto di precedenza è l’art. 39 d.l. 18/2020, che lo riconosce, o sarebbe meglio dire lo riconosceva, ai “lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavora-

²⁷ Le percentuali di lavoratori da adibire in modalità agile, riportate nel comma 4-*bis* dell’art. 263 d.l. 34/2020, passano da almeno il 60%, qualora il POLA sia adottato, e almeno il 30%, per la diversa ipotesi in cui il POLA dovesse mancare, al 15% per entrambe le circostanze.

tiva²⁸: la disposizione, oramai, non è più in vigore²⁸. Si può essere rapidi, quindi, nella sua indagine; l'art. 39, tra l'altro, non ha costituito una novità assoluta, potendosi già nella l. 81/2017, dopo le modifiche del 2018, rinvenire taluni esempi di diritti di precedenza: a cambiare radicalmente è stata la logica, perché, il d.l. 18/2020 non intendeva conciliare esigenze di vita e di lavoro, ma tutelare i soggetti con patologie.

Il problema principale della disposizione in esame, in ogni caso, è stata la sua applicazione giurisprudenziale, avendo qualche giudice ipotizzato percorsi interpretativi alquanto peculiari: accentuandone la curvatura protettiva, si è tentato di fare del diritto di precedenza un diritto al lavoro agile²⁹. La ricostruzione ha subito alimentato numerosi dubbi, giacché l'art. 39 d.l. 18/2020 non ha mai fornito solidi elementi testuali per stravolgere la tradizionale e, oramai, consolidata ricostruzione del diritto di precedenza quale titolo preferenziale³⁰. Anche la “versione emergenziale” del diritto di precedenza, quindi, rientrava nel *genus* delle prelazioni obbligatorie e il suo inadempiamento avrebbe consentito, ai sensi degli art. 1218 ss. c.c., unicamente il risarcimento del danno.

Molto più pervasiva, invece, è la tutela assicurata attraverso il diritto al lavoro agile, che, sostituito il diritto di precedenza, permette di lavorare a distanza “anche in assenza degli accordi individuali”³¹. La mancanza dell'accordo individuale esprime la chiara volontà di riconoscere al prestatore il

²⁸ Si precisa che, se il d.l. 83/2020 ne ha prorogato l'originario termine di vigenza al 31 dicembre 2020, lo stesso non ha fatto né il d.l. 183/2020, che ha prorogato la disciplina emergenziale fino al 30 aprile 2021, né il d.l. 52/2021, che ha esteso il medesimo termine al 31 dicembre 2021.

²⁹ Trib. Grosseto, 23 aprile 2020.

³⁰ Per tutti e da ultimo v. CALVELLINI, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, ESI, 2020, specialmente p. 246.

³¹ Il diritto al lavoro agile viene riconosciuto dall'art. 90, co. 1, d.l. 34/2020 “ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a 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 che non vi sia genitore non lavoratore” e ai “lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa”.

potere di passare dal lavoro in presenza al lavoro da remoto; un potere speculare a quello del datore, che implica una modifica unilaterale delle condizioni contrattuali con importanti riflessi sull’organizzazione: l’integrazione della prestazione nel circuito produttivo, infatti, avviene secondo una dinamica non scelta dal responsabile ultimo del risultato. Ecco perché l’ordinamento circoscrive tale diritto a fattispecie puntuali ed esige, ai fini del suo esercizio, la compatibilità della prestazione con la modalità agile: il passaggio unilaterale al lavoro da remoto – ne deriva – è ammesso purché la prestazione sia eseguibile in questa forma. La verifica va svolta rigorosamente – aggiunge la giurisprudenza di merito – considerando l’effettiva realtà aziendale, per evitare che imprecisate “ragioni organizzative” celino motivazioni “indiscriminate, ingiustificate o penalizzanti”: l’incompatibilità eccepita dal datore deve poggiare su evidenze puntuali e rigorose alle quali eziologicamente si collega.

Così ricostruito il diritto al lavoro agile, non stupisce il tentativo di generalizzarne l’esercizio al di là dalla stretta elencazione legale: qualche autore si è espresso in tal senso³², valorizzando presunti parallelismi con il *part-time* e ponendo l’accento su analoghe scelte fatte in altri ordinamenti europei³³. Accantonando il *part-time*, per il quale un diritto esteso a tutti non esiste, non si può non rimarcare che l’ordinamento interno segue una strada opposta a quella della generalizzazione: il diritto al lavoro agile è circoscritto a un elenco dettagliato di ipotesi, che, dati i riflessi sull’organizzazione produttiva, va considerato anche tassativo.

7. Segue. Il lavoro agile “emergenziale” come misura di prevenzione

Un chiarimento, però, si impone, perché il tentativo di generalizzare il diritto al lavoro agile muove da esigenze fortemente avvertite nella realtà: affrontare evoluzioni epidemiologiche che rendono inevitabile il lavoro da remoto. La prassi, cioè, ha posto l’urgenza di interrogarsi ancora sui limiti alla libertà datoriale nel ricorrere al lavoro agile, in quanto, se ragionevole in condizioni “ordinarie”, in circostanze “eccezionali” può esporre le ragioni

³² In tali termini GENTILE, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in *MGL*, 2, p. 490 ss.

³³ Sui principali ordinamenti europei v. i numerosi contributi in *ELLJ*, 2020, Vol. II (3).

sanitarie a torsioni profonde. Pertanto, preclusa la strada del diritto al lavoro agile, in ogni caso ripiegata su valutazioni del solo dipendente, si è cercato di trovare soluzioni più radicali nella disciplina della sicurezza.

Senza addentrarsi in un dibattito troppo ampio da essere qui ricostruito, sono opportune alcune premesse. Molti ritengono che il “rischio Covid-19”, potendo essere propagato dal “contesto strutturale e procedurale predisposto dal datore di lavoro”, rientri tra i “rischi specifici”: ossia, quelli che impongono interventi sull’organizzazione, nei limiti del d.lgs. 81/2008, per impedirne la diffusione. Per poi aggiungere, quale immediata conseguenza, che i Protocolli anti-Covid affiancano il d.lgs. 81/2008, generando un corpo di norme con questo integrato, ma non esauriscono le regole per limitare il pericolo di infezioni³⁴. Altro non è possibile aggiungere, ma tali considerazioni, seppur brevi, lasciano comprendere perché la natura specifica del “rischio Covid-19” impone di adottare tutte le misure di prevenzione *necessarie* sebbene, per dirla con una nota giurisprudenza, “non precisate in norme specifiche”³⁵: insomma, per prevenire il contagio, il soggetto datoriale deve adottate le misure stabilite dai citati Protocolli e non solo³⁶. E permettono di comprendere anche perché, secondo alcuni autori, tra siffatte misure di prevenzione va incluso pure il lavoro agile, che diventa obbligatorio³⁷: un’inclusione sulla quale si può anche concordare, purché si facciano alcune precisazioni imposte dall’esito ultimo della ricostruzione, ovvero l’obbligatorietà.

È fin troppo noto che, nel delimitare l’area delle misure di prevenzione, di per sé dovute, il d.lgs. 81/2008 impiega il criterio della *necessità* a evitare o diminuire il rischio professionale secondo lo stato della conoscenza e la fattibilità tecnologica. Ma è anche noto che il dibattito sui confini della prevenzione non ha raggiunto un equilibrio maturo: le incertezze, al contrario, sono ancora numerose e lo dimostra la difficoltà di precisare il peso delle

³⁴ Di tale avviso è NATULLO, *op. cit.*; GUBBONI, *op. cit.* E, analogamente, v. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in RDSS, 2020; INGRAO, *C’è il COVID, ma non adeguati i dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in *giustiziacivile.com*, del 18 marzo 2020; DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia insieme* del 22 aprile 2020.

³⁵ Significative in tal senso sono Cass. 1 marzo 2012 n. 3187; Cass. 7 maggio 2013 n. 10553; Cass. 26 agosto 2013 n. 19573; Cass. 1 aprile 2015 n. 6631.

³⁶ V. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 430/2020.

³⁷ Ancora ALBI, *op. cit.*

esigenze economico-organizzative nel declinare la richiamata *necessità*³⁸. Non stupisce, allora, che l’art. 1, co. 14, d.l. 33/2020 affida il compito di elaborare le misure per prevenire il contagio ai Protocolli di sicurezza, che, nel provvedervi secondo le conoscenze disponibili, non impongono mai il lavoro agile: al più lo “raccomandano”. Questo, beninteso, non impedisce di includerlo comunque tra le misure di prevenzione, ma unicamente quando le misure dei Protocolli non dovessero, per contingenze del tutto eccezionali, risultare “sufficienti” a rendere sicuri gli uffici: diversamente, il ruolo dei Protocolli perderebbe ogni senso e con esso l’art. 1, co. 14, d.l. 33/2020. Tra le misure di prevenzione individuate dai Protocolli e il lavoro agile, in definitiva, l’ordinamento non istaura un rapporto di fungibilità; d’altronde, se così non fosse, si finirebbe con l’annullare fatalmente la libertà di scelta del lavoro agile e le “ragioni organizzative” a essa collegate: il cui ruolo, si è detto poc’anzi, rimane incerto, ma non completamente irrilevante.

Rimanendo entro il perimetro della riflessione, un’ulteriore considerazione su talune incertezze alimentate, per il lavoro pubblico, dal già indicato Decreto del Ministro per la pubblica amministrazione dell’ottobre 2020 va fatta. Il riferimento è all’art. 3, co. 3, secondo cui “le pubbliche amministrazioni, tenuto conto dell’evolversi della particolare situazione epidemiologica, assicurano in ogni caso le percentuali più elevate possibili di lavoro agile, compatibili con la qualità e l’effettività del servizio erogato” anche quando – stando all’art. 3, co. 1 – la “mappatura delle attività” non sia completa. La distanza dalla disciplina in precedenza esaminata è evidente, ma tutto diventa nitido dalla prospettiva del lavoro agile “emergenziale” quale misura di prevenzione. Nell’“evoluzione particolare della situazione epidemiologica”, infatti, è plausibile rinvenire un riferimento a quell’andamento pandemico tanto peculiare da rendere inevitabile il lavoro agile: è la sua sopraggiunta *necessità*, al fine di prevenire il contagio, che giustifica sia l’obbligo di garantire “le percentuali più elevate possibili”, anche contravvenendo a quelle eventualmente pianificate, sia la speculare attenuazione delle tecniche per preservare la funzionalità organizzativa.

³⁸ Da ultimo v. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, 2020, in particolare p. 49 ss.

8. *La responsabilità datoriale su sicurezza e funzionamento della tecnologia*

Si giunge, così, alle incertezze riguardanti alcune delle garanzie introdotte dalla l. 81/2017, ma sulle quali, nonostante l'urgenza di chiarimenti, permane il silenzio della disciplina emergenziale. Seguendo ancora una volta le sollecitazioni della prassi, l'analisi deve riguardare la responsabilità datoriale su buon funzionamento e sicurezza dei mezzi tecnologici e il diritto del lavoratore agile a “un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato ... nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda”.

Riguardo alla responsabilità, le difficoltà nascono dal suo presupposto, che l'art. 18 l. 81/2017 individua nella fornitura dei mezzi tecnologici da parte del datore³⁹. Le regole emergenziali, infatti, consentono di utilizzare anche la tecnologia “già disponibile” presso il prestatore, ponendo il problema di stabilire se, in assenza di ogni indicazione al riguardo, il citato art. 18 sia comunque applicabile. Stando alla lettera della norma, non si può che escluderne l'operare alla fattispecie considerata, ma, va aggiunto, questo non esonera il datore da ogni responsabilità.

Anzitutto, egli deve garantire comunque “la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile”. Il che significa sia consegnare l'informativa sui rischi – secondo l'art. 20 l. 81/2017 – sia rispettare la disciplina destinata dal d.lgs. 81/2008 a ogni forma di lavoro da remoto: il riferimento è al comma 10 dell'art. 3 e al Titolo VII. Pur non fornendo i mezzi tecnologici, pertanto, il datore deve valutare tutti i rischi collegati al “posto di lavoro”, specialmente quelli indicati dalla norma⁴⁰, e deve adottare tanto le misure per ovviare ai pericoli rilevati quanto la sorveglianza sanitaria: affiora un quadro molto più pervasivo di quello scaturente dall'art. 18 l. 81/2017, anche perché la nozione di “posto di lavoro” va ben oltre le attrezzature informatiche e include pure l'ambiente nel quale il lavoro viene eseguito⁴¹. Sulle implicazioni di siffatta normativa e sul suo raccordo con la disciplina emergenziale in materia di sicurezza, non ci si può qui dilungare:

³⁹ Sulla responsabilità in parola, v. PRETEROTI, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, p. 593 ss.

⁴⁰ Il riferimento è ai “rischi per la vista e per gli occhi”; ai problemi “legati alla postura ed all'affaticamento fisico o mentale”; alle condizioni “ergonomiche e di igiene ambientale”.

⁴¹ V. art. 173 d.lgs. 81/2008.

con essa, però, urge misurarsi, perché il lavoro agile “emergenziale”, oltre a essere ancora applicabile, rimane “fortemente raccomandato” nella fase di convivenza con il “rischio Covid-19”. E a poco vale eccepire che il d.l. 34/2020 non menziona mai il d.lgs. 81/2008, perché, considerati i valori in gioco, tale silenzio non ne compromette la vocazione espansiva: l’art. 3, co. 10, e il Titolo VII del d.lgs. 81/2008 si applicano, per esplicita previsione normativa, a tutti “i lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico”.

A prescindere dall’art. 18, quindi, il datore deve comunque garantire che il lavoro agile sia sicuro e, a ben vedere, deve anche contribuire a renderne proficuo lo svolgimento. Più precisamente, a scegliere se utilizzare la tecnologia del prestatore, trattandosi di una semplificazione simmetrica all’unilateralità dell’*an*, è il solo datore, che, nell’optarvi, è vincolato all’art. 1375 c.c. Rimarcarlo non è marginale, perché, secondo un’impostazione consolidata nella giurisprudenza di legittimità⁴², la buona fede *in executivis* integra il contenuto del contratto e impone tutte le condotte indispensabili a salvaguardare l’utilità altrui. Sicché, tra queste, qualora il datore intenda servirsi della tecnologia del dipendente, va inclusa anche la verifica sull’idoneità della stessa a rendere la prestazione integrabile nell’organizzazione: le cui peculiarità, per effetto della nota asimmetria informativa tra le parti del contratto⁴³, non sono conosciute dal dipendente.

Si badi, il datore deve anche realizzare tutti gli interventi organizzativi, di natura digitale, indispensabili allo svolgimento della prestazione: essa, come precisa ancora una volta la Cassazione, si inserisce “in un’organizzazione che va predisposta dall’imprenditore in tutte le sue forme e declinazioni; la predisposizione di tale organizzazione, rappresentando il sostrato indispensabile per l’adempimento dell’obbligazione da parte del prestatore, rientra nell’obbligo di cooperare all’adempimento stabilito dall’art. 1206 c.c.”⁴⁴. Tanto altro andrebbe detto, ma è qui possibile unicamente aggiungere che siffatte considerazioni non vincolano il datore, come pure si è scritto, a sostenere i costi per la rete elettrica o per l’eventuale riparazione della tecnologia: la norma,

⁴² Da ultimo v. Cass. 25 giugno 2020 n. 12714.

⁴³ Sul problema dell’asimmetria informativa, cfr. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007.

⁴⁴ V. Cass. 14 maggio 2020 n. 8949.

ammettendo l'impiego di quanto disponibile presso il dipendente, sembra escluderlo. Esse, piuttosto, impongono di adottare le misure organizzative necessarie a “ricevere” il lavoro da remoto, evitando forme di isolamento digitale.

9. *Divieto di discriminazione e diritto ai buoni pasto*

Qualche breve cenno conclusivo, infine, merita l'art. 20 l. 81/2017 estrinsecato nella vicenda, ancora discussa⁴⁵, dei buoni pasto: essi – si è sostenuto – vanno erogati anche quando la prestazione si svolge in modalità agile, essendo vietata, in base all'art. 20 l. 81/2017, qualunque discriminazione collegata al lavoro da remoto⁴⁶. La lettura proposta alimenta almeno due domande inclini, è facile intuirlo, a travalicare la vicenda che li ha sollecitati: la prima riguarda l'applicabilità del suddetto art. 20 alla disciplina emergenziale; la seconda interessa il giudizio comparativo posto, dalla medesima disposizione, a fondamento della discriminazione⁴⁷. Sul primo quesito, non possono esservi esitazioni: diversamente dall'art. 18 l. 81/2017, l'art. 20 va integralmente esteso alla “versione emergenziale” del lavoro agile, mancando indicazioni di senso contrario nel d.l. 34/2020. Più articolato, invece, è l'interrogativo sul giudizio comparativo, per la cui ricostruzione, nei limiti strettamente funzionali all'analisi, occorre guardare alla disciplina “ordinaria”.

L'art. 20 impedisce di riservare al lavoratore agile un trattamento economico-normativo inferiore a quello *complessivamente applicato* a chi lavora solo in azienda. Limitandoci ai principali approdi del dibattito, in molti hanno rimarcato l'opportunità di intendere correttamente questa formula, perché consentirebbe alle parti individuali e collettive di introdurre singoli trattamenti peggiorativi se “controbilanciati da previsioni più favorevoli”⁴⁸. Tale opinione sembra la più coerente allo stretto dato letterale, che riferendosi all'intero “trattamento economico-normativo”, fonda il giudizio comparativo

⁴⁵ Cfr. FERRARA, *op. cit.*

⁴⁶ V. RUSSO, *op. cit.*

⁴⁷ Più approfonditamente FALSONE, *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in ZILIO GRANDI, BIASI, *op. cit.*

⁴⁸ Così SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 327/2017, p. 16.

sul criterio del “conglobamento” e non su quello del “cumulo”. Dall’art. 20, quindi, non deriva l’obbligo a garantire l’esatta corrispondenza tra il trattamento economico-normativo applicato al lavoratore agile e quello applicato a chi lavora solo in azienda, non escludendo la norma, salvo compensazioni, puntuali differenze. Ma c’è di più, perché nessun elemento testuale impone di considerare il giudizio comparativo in termini assoluti, includendovi tutti gli istituti economici e normativi riconosciuti a chi lavora “internamente”: il principio di ragionevolezza, anche in questo caso, limita la comparazione ai soli istituti che non presuppongono il lavoro in presenza e che non sono, pertanto, incompatibili con la modalità agile.

Al riguardo, la disciplina emergenziale non aggiunge alcunché, imponendo di rifarsi a simili coordinate nel modulare l’estensione del trattamento concepito per chi lavora unicamente “all’interno dell’azienda” e chi lavora “al suo esterno”: ecco perché, tornando alla vicenda dei buoni pasto, la giurisprudenza nega il diritto a percepirla, adottando un approccio valido per ogni altro istituto e sia per il settore pubblico sia per il settore privato. Valorizzando la natura “relativa” del giudizio comparativo, il buono pasto – si legge nella sentenza – è considerato un “beneficio corrisposto per far sì che, nell’ambito dell’organizzazione di lavoro, si possano conciliare le esigenze di servizio con le esigenze quotidiane dei lavoratori, al quale viene così consentita – laddove non sia previsto un servizio mensa – la fruizione del pasto, al fine di garantire allo stesso il benessere fisico necessario per la prosecuzione dell’attività lavorativa, nelle ipotesi in cui l’orario giornaliero corrisponda a quello contrattualmente stabilito per la fruizione del beneficio”: venendo meno il lavoro in presenza – conclude il giudice di merito – decade il presupposto che ne giustifica l’erogazione senza che si configuri alcuna discriminazione⁴⁹.

⁴⁹ Trib. Venezia 8 luglio 2020 n. 1069.

Abstract

Il contributo indaga la disciplina emergenziale del lavoro agile dalla prospettiva del bilanciamento tra esigenze di salute pubblica, ragioni organizzative e tutela del lavoro. Esaminato il sacrificio dell'accordo tanto sull'*an* quanto sul *quomodo* del lavoro agile "emergenziale" e precisate le conseguenti implicazioni, l'A. approfondisce i problemi che questa "nuova" forma di lavoro da remoto sta ponendo nel settore privato e pubblico. L'indagine prosegue ricostruendo i limiti all'unilateralità gestionale del datore di lavoro e precisando la possibilità di includere nella disciplina emergenziale, nonostante il silenzio del d.l. 34/2020, alcune delle garanzie introdotte dalla l. 81/2017.

The article investigates the 'pandemic' discipline of remote work under the perspective of balancing public health, organizational reasons and work protection. After examining the repealing of the agreement as regards both the '*an*' and '*quomodo*' of 'pandemic' remote work and clarifying the consequences of that, the Author deals with the problems that this 'new' type of remote work has been developing in the private and public sector. The analysis continues by reconstructing the limits to the employer's unilateral management and specifying the possibility to include in the pandemic regulation, despite the silence of Legislative Decree 34/2020, some of the protection introduced by Law 81/2017.

Keywords

Lavoro agile "emergenziale", pubblica amministrazione, diritto al lavoro agile, misure di prevenzione, responsabilità datoriale e divieto di discriminazione.

'Pandemic' remote work, public administration, right to remote work, prevention measures, employer responsibility and prohibition of discrimination.

Federico Maria Putaturo Donati

Legislazione emergenziale e disciplina dei salari

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Salario e sostentamento del costo del lavoro. **3.** Salario e riduzione del costo del lavoro. **4.** Salario e ottimizzazione del costo del lavoro. **5.** Osservazioni conclusive.

1. Premessa

L'esame della relazione corrente tra legislazione emergenziale e disciplina dei salari denota indubbe potenzialità di indagine, specie per le interconnessioni con la tutela pubblica, oltre che con le prerogative di salvaguardia del potere di acquisto reale dei lavoratori dipendenti.

Lo stesso evidenzia l'adozione di interventi caleidoscopici, alcuni dei quali diretti a sostenere il costo del lavoro, altri a ridurlo, e altri ancora a ottimizzarlo.

2. Salario e sostentamento del costo del lavoro

Tra le prime misure rientrano quelle di matrice keynesiana introdotte dal d.l. 8 aprile 2020 n. 23 (convertito, con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2020 n. 40), art. 1, e dal d.l. 19 maggio 2020 n. 34 (convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020 n. 77), art. 60, sotto forma, rispettivamente, di «credito garantito» e di «sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti per evitare i licenziamenti durante la pandemia».

Si tratta di aiuti di Stato di natura pro-attiva, che trovano immediata applicazione in ragione della loro conformità alla disciplina sovranazionale in materia.

In particolare, l'accesso ai prestiti assicurati da SACE S.p.A. è consentito fino al 31 dicembre 2020 – termine poi differito al 30 giugno 2021 dall'art. 1, co. 206, l. 30 dicembre 2020 n. 178 e ora al 31 dicembre 2021 dall'art. 13, co. 1, lett. a, d.l. 25 maggio 2021 n. 73 – nel rispetto di alcune condizioni, tra cui rileva, al di là della destinazione del finanziamento alla copertura del costo del lavoro, l'osservanza di un vincolo anche lavoristico, essendo richiesto, ex co. 2, lett. l, che il beneficiario assuma l'impegno a gestire i livelli occupazionali mediante accordi sindacali.

Questa ultima previsione, causa una formulazione alquanto generica e vaga, solleva alcuni interrogativi¹, a cominciare dal suo contenuto, rispetto al quale è controverso se la stessa ponga un obbligo a contrarre oppure se rechi un onere a negoziare, in ogni caso non già all'atto della richiesta della garanzia da parte di SACE S.p.A., ma in un momento successivo al fine di assicurarne il mantenimento.

Delle due opzioni, pare condivisibile la seconda, mal conciliandosi la prima sia con l'art. 41 Cost., anche a interpretare la norma nel senso di esprimere una generica logica promozionale di ricerca di soluzioni concordate dei problemi occupazionali, sia con l'art. 39, co. 1, Cost., laddove si teorizzi la sua applicabilità anche al datore di lavoro.

In questi termini la norma pare collocarsi nel sistema ordinamentale insieme ad altre già esistenti a cominciare dall'art. 36 St. lav., che, nel dischiudere la via alle clausole sociali di prima generazione, intende stimolare condotte virtuose del potenziale beneficiario, favorendo la diffusione della contrattazione collettiva al fine di tutelare il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni.

Singolare è che il d.l. 23/20, art. 1, co. 2, lett. l, non indichi a quale metro ancorare la rappresentatività e ancor più in quale ambito effettuare la sottoscrizione.

L'agnosticismo è presumibilmente voluto e consente di argomentare nel senso di riconoscere, qualora il richiedente abbia avuto accesso al credito garantito, il diritto a codeterminare i livelli occupazionali a qualsiasi associazione sindacale, purché non di comodo, in ambito aziendale o territoriale². Lo stesso,

¹ Su cui, *amplius*, PUTATURO DONATI, *Attualità dell'art. 36 dello Statuto nella legislazione emergenziale*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, in *Quad. DLM*, 2020, n. 8, p. 353 ss.

² In questi termini, da ultimo, FALASCA, *Aziende garantite da Sace, sanzione economica in caso di licenziamenti*, in *Quotidiano del lavoro*, Il Sole 24 Ore, 10 marzo 2021, che individua le controparti sindacali nelle Rsa e Rsu e, in loro assenza, nelle associazioni sindacali territoriali.

di certo, presta effetti in merito alla natura e alla efficacia soggettiva dell'accordo, che, dal momento che non è diretto a salvaguardare i livelli occupazionali per la durata del finanziamento, ben potrebbe fondare il dissenso dei lavoratori non iscritti alle organizzazioni stipulanti, a meno di ipotizzare la sua conclusione anche ai sensi dell'art. 8, d.l. 18 agosto 2011 n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011 n. 148, conseguendo nel qual caso efficacia *erga omnes*.

In una prospettiva diversa, perché orientato non già all'apertura di una linea di credito, ma alla concessione di un contributo a fondo perduto, si colloca l'art. 60, d.l. 34/20.

Norma questa ultima che riconosce a regioni e province autonome, agli altri enti territoriali e alle Camere di commercio la possibilità di adottare una misura di aiuto selettiva, destinata cioè a imprese di determinati settori, regioni o dimensioni, particolarmente colpite dalla pandemia, al fine di contribuire ai costi salariali, comprensivi dei contributi previdenziali e assistenziali, dei dipendenti che altrimenti sarebbero stati licenziati a seguito della sospensione o della riduzione delle attività aziendali dovuta alla pandemia di Covid-19.

Si tratta di una sovvenzione condizionata nel tempo, nell'ammontare e nel rilascio, potendo essere concessa inizialmente per un periodo non superiore a dodici mesi a decorrere dalla domanda e ora, a seguito delle modifiche recate dall'art. 28, co. 1, lett. i, d.l. 22 marzo 2021 n. 41 (convertito, con modificazioni, dalla l. 21 maggio 2021 n. 69), non oltre il 31 dicembre 2021, entro la soglia massima dell'80 per cento della retribuzione lorda, a condizione che il personale che ne beneficia continui a svolgere in modo continuativo l'attività lavorativa durante tutto il periodo per il quale è riconosciuta, non consistendo in un trattamento di integrazione salariale.

La stessa può essere combinata con altre agevolazioni, ovvero sia con i differimenti delle imposte e dei pagamenti dei contributi previdenziali, sia con altre misure di sostegno dell'occupazione, purché ciò non comporti una sovracompensazione dei costi salariali.

Due osservazioni in merito.

La prima. La dotazione è pensata per essere fruita anche in caso di temporanea ammissione a un trattamento di integrazione salariale, sia pure non per sospensione del lavoro, essendo richiesto lo svolgimento in modo continuativo dell'attività lavorativa durante il periodo di fruizione della sovvenzione. In questo senso, depone la prerogativa prevista dall'art. 60, co. 4, di retrodatare la imputabilità della sovvenzione al 1° febbraio 2020, come anche la circostanza che nei bandi pubblicati dalle Regioni, come a esempio quello

della Calabria o del Veneto, in alcun modo è riportata, tra i requisiti di ammissibilità, la condizione del preventivo esaurimento della possibilità di ricorrere agli ammortizzatori sociali.

Secondo rilievo. La norma, nel riferirsi «ai dipendenti che altrimenti sarebbero stati licenziati a seguito della sospensione o della riduzione delle attività aziendali dovuta alla pandemia di Covid-19», è da interpretare nel senso di fare riferimento a un “rischio” di licenziamento, tenuto conto, all’atto della entrata in vigore del d.l. 34/20, della impossibilità per il datore di lavoro di avviare procedure di mobilità e di recedere individualmente dal contratto per giustificato motivo oggettivo, in ragione del divieto posto dall’art. 46, d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27), come prorogato, al netto di alcune esclusioni, dall’art. 14, d.l. 14 agosto 2020 n. 104 (convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020 n. 126), dall’art. 12, co. 9-11, d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 (convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020 n. 176), e dall’art. 1, co. 309-311, l. 30 dicembre 2020 n. 178, e a tutt’oggi vigente, ai sensi dell’art. 8, co. 9-11, d.l. 41/21, degli artt. 40, co. 4 e 5, 40-*bis*, co. 2 e 3, e 43, co. 2, d.l. 73/21, nonché dell’art. 4, d.l. 30 giugno 2021 n. 99.

3. *Salario e riduzione del costo del lavoro*

Tra gli interventi che coniugano il binomio “salario e riduzione del costo del lavoro” sono da ricondurre quelli che, al fine di fronteggiare la emergenza da Covid-19 e incentivare la ripresa dell’attività economica, vanno ben oltre una politica passiva del lavoro, preservando la entità della retribuzione del personale la cui prestazione non sia ridotta o sospesa.

Il rinvio, *in primis*, è all’esonero dal versamento dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro, che l’art. 3, d.l. 104/20, in via eccezionale, riconosce, in alternativa alle misure speciali in tema di ammortizzatori sociali, per un periodo massimo di quattro mesi fino al 31 dicembre 2020, nei limiti del doppio delle ore di integrazione salariale già fruita nei mesi di maggio e giugno 2020, con esclusione dei premi e contributi dovuti all’Inail, da riparametrare e applicare su base mensile³.

³ Per il riferimento dell’alternatività tra esonero e integrazione salariale alla singola unità produttiva e, di conseguenza, per il riconoscimento della possibilità che le due misure possano convivere con riferimento alla stessa azienda, cfr. cir. Inps n. 105 del 18 settembre 2020 che ricorda come non siano oggetto di esonero alcune voci, quale il contributo per la formazione

Si tratta di un incentivo, cumulabile con altre agevolazioni nei limiti della contribuzione previdenziale dovuta, che si connota per un suo particolare assetto, dal momento che, se, in funzione della sua entità, può interessare anche un arco temporale inferiore rispetto a quello previsto (nel senso cioè di potersi anche esaurire in una unica soluzione, in caso di ampia capienza nei contributi dovuti, in uno dei mesi interessati al conguaglio), al contempo, postula l'osservanza del divieto di licenziamento per motivi economici fino alla sua integrale fruizione (pena la revoca *ex tunc* e l'impossibilità di presentare domanda di integrazione salariale), oltre necessitare dell'autorizzazione dalla Commissione europea in ragione del suo carattere selettivo, essendo rivolto a una specifica platea di destinatari, quali i datori di lavoro privati, con esclusione del settore agricolo⁴.

Questa ultima condizionalità è reiterata dall'art. 12, co. 14-16, d.l. 137/20 e dall'art. 1, co. 306-308, l. 178/20, allorquando aggiungono, il primo, altre quattro settimane utilizzabili entro il 31 gennaio 2020⁵ e, il secondo, altre otto entro il 31 marzo, sia pure nei limiti delle sole ore di integrazione salariale già fruite nel mese di giugno 2020⁶, introducendo, sotto altro profilo, la possibilità di rinunciare alla frazione di esonero già richiesto ma non ancora goduto in favore degli ammortizzatori sociali emergenziali, con una disposizione che pare riscrivere il carattere di rigorosa alternatività dello sgravio⁷.

La stessa, tuttavia, finisce per rendere nebulosa l'attrattiva dischiusa, di fatto pregiudicandone nel tempo la operatività a discapito della sua endemica

integrativo Naspi, quello eventualmente dovuto al Fondo di tesoreria Inps e/o a fondi di solidarietà, come anche in ipotesi le contribuzioni di solidarietà. Cfr. *etiam* mess. Inps n. 4254 del 13 novembre 2020 che precisa le modalità di calcolo dell'effettivo ammontare dell'esonero, per il quale il datore di lavoro deve tenere conto anche dei ratei di mensilità aggiuntive.

⁴ Per la possibilità di accesso all'incentivo anche da parte delle imprese artigiane e di somministrazione, cfr. mess. Inps n. 4487 del 27 novembre 2020.

⁵ Per le modalità di fruizione della misura prevista dal decreto c.d. Ristori, cfr. cir. Inps n. 24 del 11 febbraio 2021 che chiarisce come l'accesso all'esonero contributivo sia ammesso per i datori di lavoro che abbiano diritto alla cassa integrazione Covid-19, nella consapevolezza che il ricorso a quest'ultima, contrariamente a quanto disposto dal d.l. 104/2020, è riservato per ulteriori sei settimane alle sole aziende che si trovino in determinate condizioni stabilite dall'art. 12, co. 1-2, d.l. 137/20. Cfr. *etiam* mess. Inps n. 1836 del 6 maggio 2021.

⁶ Per chiarimenti sulla portata dell'art. 1, co. 306-308, l. 178/20, cfr. cir. Inps n. 30 del 15 febbraio 2021.

⁷ Perché la rinuncia all'esonero contributivo possa riguardare anche solo una parte dei lavoratori in azienda, cfr. art. 12, co. 15, d.l. 137/20 che reca una disposizione in tal senso del tutto peregrina, perché giammai ripresa dall'art. 1, co. 307, l. 178/20 all'atto dell'estensione della durata della misura.

convenienza⁸. Segue, poi, la cd. decontribuzione Sud introdotta in via sperimentale dall'art. 27, d.l. 104/20, che riconosce ai datori di lavoro privati, esclusi quelli agricoli e domestici, con riferimento ai rapporti di lavoro dipendente (anche già instaurati), la cui sede di lavoro sia situata in Abruzzo, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia (ovvero in regioni che nel 2018 presentavano un prodotto interno lordo *pro capite* inferiore al 75 per cento della media EU27 o comunque compreso tra il 75 e il 90 per cento, e un tasso di occupazione inferiore alla media nazionale), un esonero pari al 30 per cento dei contributi previdenziali dovuti, con esclusione di quelli spettanti all'Inail, ferma restando l'aliquota di computo delle prestazioni pensionistiche⁹.

L'agevolazione, concessa inizialmente dal 1° ottobre al 31 dicembre 2020, e a decorrere dal 14 ottobre 2020 anche ai giornalisti dipendenti assicurati con l'Inpgi¹⁰, è resa strutturale dalla l. 178/20, art. 1, che, se, al co. 161,

⁸ In questi termini, significativo è che l'incentivo sia stato concretamente utilizzato una sola volta, alla stregua del regime introdotto dal decreto c.d. Agosto, solo a seguito del benestare UE rilasciato il 10 novembre 2020, ovvero sul finire del periodo di copertura della cassa integrazione cui avrebbe dovuto alternarsi, rendendo, peraltro, difficile la valutazione della convenienza dell'uno o dell'altro strumento, proprio in ragione dei tempi stretti di concreta attuazione. Laddove per la utilizzabilità delle altre quattro settimane previste dal d.l. 137/20, l'autorizzazione della Commissione europea è pervenuta il 24 febbraio 2021, ovvero ben oltre il periodo di fruizione. Nulla, invece, ancora per ennesima proroga disposta dalla legge di bilancio 2021.

⁹ Sulle modalità di fruizione dell'esonero, cfr. cir. Inps n. 122 del 22 ottobre 2020 che esclude dallo sgravio alcune contribuzioni minori. Cfr. *etiam* mess. Inps n. 72 del 11 gennaio 2021 che chiarisce come la decontribuzione competa anche alle imprese armatoriali per i marittimi imbarcati su navi che risultano iscritte, alla data del 1° ottobre 2020, nei comportamenti marittimi ubicati nelle regioni svantaggiate del Sud. Mentre per la sospensione della efficacia delle indicazioni rese dall'Inps con mess. 72/2020 e n. 170 del 15 gennaio 2021 con riferimento all'applicazione del beneficio anche alla tredicesima mensilità, limitatamente ai tre ratei maturati nel periodo ottobre-dicembre 2020 (e non in tutto l'anno), cfr. Tar Lazio, sez. terza-*quater*, decreto 13 febbraio 2021 n. 876. Cui *adde* mess. Inps n. 2034 del 28 giugno 2021, secondo cui, con riferimento alla quattordicesima mensilità, il beneficio può applicarsi, nella misura del 30 per cento, anche agli eventuali ratei maturati nel 2020, purché l'erogazione della mensilità aggiuntiva avvenga nel corso del 2021. Quanto, invece, alla conferma della possibilità di disapplicare i principi contenuti nell'art. 31, d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150, cfr. cir. Inps n. 33 del 22 febbraio 2021 che, tuttavia, esclude qualsivoglia deroga alle previsioni dell'art. 1, co. 1175, l. 27 dicembre 2006 n. 296, laddove è richiesto che il beneficiario dell'agevolazione sia in regola con il pagamento dei contributi, vanti l'assenza di violazioni delle norme fondamentali a tutela delle condizioni di lavoro e il rispetto della normativa in materia di lavoro e sicurezza, oltre rispettare i contratti collettivi nazionali di lavoro, nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

¹⁰ V. la modifica apportata in sede di conversione dall'art. 1, co. 1, l. 126/20.

rimodula la percentuale in misura decrescente nel tempo (ancorandola al 30 fino al 31 dicembre 2025, al 20 per gli anni 2026-27, e al 10 per gli anni 2028 e 2029), al co. 162, ne circoscrive ulteriormente l'ambito soggettivo di applicazione¹¹.

Si tratta di una fiscalità, allo stato autorizzata dalla Commissione europea fino 31 dicembre 2021¹², che è compatibile con altri incentivi, il cui cumulo, ove ammesso, è reso maggiormente appetibile proprio in ragione di una riduzione contributiva progressiva nella sua parzialità¹³.

La stessa, in ragione della *ratio* sottesa, quale quella di favorire la stabilità occupazionale nelle aree svantaggiate del Mezzogiorno, è fruibile anche nella ipotesi in cui l'attività venga svolta mediante un rapporto di somministrazione, dovendo avere riguardo non alla regione ove è situata l'agenzia¹⁴, ma al luogo di effettivo svolgimento della prestazione, assumendo rilievo la sola collocazione geografica della «sede di lavoro»¹⁵.

¹¹ In particolare, la norma esclude dal beneficio gli enti pubblici economici; gli istituti autonomi case popolari trasformati in enti pubblici economici ai sensi della legislazione regionale; gli enti trasformati in società di capitali, ancorché a capitale interamente pubblico, per effetto di procedimenti di privatizzazione; le ex istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza trasformate in associazioni o fondazioni di diritto privato, in quanto prive dei requisiti per la trasformazione in aziende di servizi alla persona, e iscritte nel registro delle persone giuridiche; le aziende speciali costituite anche in consorzio ai sensi degli artt. 31 e 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267; i consorzi di bonifica; i consorzi industriali; gli enti morali; gli enti ecclesiastici

¹² Cfr. autorizzazione della Comm. UE 6 ottobre 2020 e 18 febbraio 2021.

¹³ In particolare, la misura è cumulabile con altre agevolazioni di tipo contributivo (si pensi, a esempio, all'incentivo all'assunzione di over 50 disoccupati da almeno 12 mesi e di donne variamente svantaggiate, all'esonero strutturale per assunzione a tempo indeterminato di giovani di cui alla legge di bilancio 2018) e con incentivi di tipo economico (quali, a esempio, l'incentivo all'assunzione di disabili, disciplinato dall'art. 13, l. 12 marzo 1999 n. 68 o incentivo all'assunzione di beneficiari di Nاسpi, disciplinato dall'art. 2, co. 10-bis, l. 28 giugno 2012 n. 92).

¹⁴ In questi termini, mess. Inps 72/2021 e cir. Inps 32/2021 che precisano che, in caso di lavoro somministrato, lo sgravio non può essere riconosciuto se il dipendente viene formalmente incardinato presso una agenzia situata in una regione differente da quelle svantaggiate.

¹⁵ Per tutti, Tar Lazio, sez. terza-quater, decreto 15 marzo 2021 n. 1604. Cui, *adde*, mess. Inps n. 1361 del 31 marzo 2021, laddove l'ente, con evidente "cambio di passo", se ufficializza che l'agevolazione è da riconoscere anche per i lavoratori somministrati impiegati presso un utilizzatore localizzato al Sud ma assunti da un'agenzia per il lavoro collocata in altra regione, al contempo, indica le modalità per il recupero dei mesi pregressi in ragione del riconoscimento retroattivo dell'incentivo dal 1° ottobre 2020.

4. *Salario e ottimizzazione del costo del lavoro*

Esemplificativa in punto di ottimizzazione del costo del lavoro è la possibilità riconosciuta dall'art. 88, d.l. n. 34/20, come modificato dall'art. 4, d.l. 104/20, di rimodulare (temporaneamente) l'orario di lavoro per mutate esigenze organizzative e produttive, ovvero per favorire percorsi di ricollocazione, destinando parte di esso allo svolgimento di attività formative, con oneri, comprensivi dei contributi previdenziali e assistenziali, a carico del costituito Fondo Nuove Competenze presso l'Anpal.

L'intervento, valido per il 2020 e il 2021, figura tra i più interessanti di quelli introdotti per consentire la ripresa dell'attività dopo l'emergenza epidemiologica¹⁶, e tanto per quanto non senza riserve¹⁷.

Lo stesso persegue una duplice finalità.

Da un lato, è diretto a favorire la qualificazione o la riqualificazione delle professionalità in rapporto a nuovi o maggiori fabbisogni aziendali, così da rispondere a effettive necessità di investimento sul capitale umano in relazioni alle innovazioni e alle trasformazioni organizzative e tecnologiche in atto. Dall'altro lato, si propone di sviluppare le competenze per incrementare la occupabilità, anche per incentivare gli esuberanti in previsione delle ristrutturazioni che potrebbero verificarsi al venir meno del divieto in materia di licenziamento per motivi economici.

Il tutto senza alcuna diminuzione della retribuzione, con un evidente vantaggio – finanziario e formativo – rispetto al sistema degli ammortizzatori sociali.

Si tratta di una misura azionabile, previa specifica intesa, aziendale o territoriale, con organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, o dalle loro rappresentanze sindacali che

¹⁶ In merito, si registra al 31 marzo 2021 un coinvolgimento di oltre 153mila lavoratori nei percorsi di formazione finanziati con il Fondo nuove competenze, appartenenti per il 70 per cento a imprese con più di 250 addetti.

¹⁷ In questi termini, MASSAGLI, IMPELLIZZIERI, *Fondo Nuove competenze: funzionamento, elementi di originalità e primi rilievi critici*, in *DRI*, 2020, p. 1191, per i quali, se la capienza del Fondo, per quanto sia stata incrementata da decreto c.d. Agosto a 730 milioni di euro, «non è sufficiente per immaginare effetti estesi nell'intero mercato del lavoro italiano, essendo sufficiente che le istanze di contributo provengano da poche aziende di grandi o grandissime dimensioni perché le risorse siano esaurite in breve tempo», nondimeno, il criterio cronologico, indicato come l'unico elemento da valutare, esclude qualsiasi forma di apprezzamento della qualità dei percorsi formativi. Ma già, VALENTE, «Nuove competenze» soffocate dalla burocrazia, in *Lavoce.info*, 27 ottobre 2020.

operano in azienda, nei termini e secondo le modalità individuate nei d.m. 9 ottobre 2020 e 22 gennaio 2021, che fissano, il primo, al 31 dicembre 2020 e, il secondo, al 30 giugno 2021 la data ultima per la sottoscrizione¹⁸.

Singolare è che il metro cui ancorare la rappresentatività – quello nazionale – sia prefigurato in termini selettivi rispetto al d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66, laddove qualsivoglia manipolazione che interessi l'orario di lavoro è demandata ai contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente rappresentative, senza indicazione dell'ambito entro cui operare il raffronto.

Ciò rende ragione della precisazione per cui gli accordi collettivi di secondo livello possano essere conclusi con efficacia *erga omnes* anche da una sola delle organizzazioni sindacali legittimate, sempre che la stessa sia maggiormente rappresentativa a livello aziendale¹⁹.

Quanto al contenuto, l'intesa deve riportare e descrivere le nuove o maggiori competenze necessarie a soddisfare il sopravvenuto fabbisogno, i progetti formativi, il numero dei lavoratori coinvolti, oltre che la specifica delle ore da destinare a percorsi per lo sviluppo delle professionalità (nel limite massimo di 250 ore *pro capite*)²⁰.

In particolare, il progetto formativo, da allegare all'istanza, deve indicare, tra le altre condizioni di attuabilità, le modalità di svolgimento delle attività formative (*on the job* o da remoto), il soggetto erogatore della formazione (interno o esterno accreditato), come anche i criteri con cui mettere in trasparenza e attestare le competenze acquisite²¹, prevedendo preferibilmente la certificazione da parte di un ente terzo a garanzia di imparzialità²². La sua valutazione è in ogni caso rimessa alle regioni, che sono chiamate a pronunciarsi entro un termine massimo (dieci giorni), valendo, altrimenti, il silenzio-assenso²³. Di contro, l'Anpal è tenuta a verificare la sussistenza dei requisiti e dei presupposti di ammissione al finanziamento, ricorrendo i quali dispone il

¹⁸ Su cui, *amplius*, *Faq* Anpal su <https://www.anpal.gov.it/faq>, che, per quanto siano dedicate al progetto formativo e ai soggetti attuatori, richiamano, pur sempre, la competenza costituzionale esclusiva delle regioni in tema di formazione.

¹⁹ Cfr. *Faq* 18 della sezione «Presentazione della domanda».

²⁰ Cfr. *Faq* 2 della sezione «Presentazione della domanda».

²¹ Cfr. *Faq* 3 della sezione «Presentazione della domanda».

²² Cfr. *Faq* 23 della sezione «Progetto formativo e soggetti erogatori».

²³ Cfr. *Faq* 3, 12, 13 della sezione «Progetto formativo e soggetti erogatori».

rimborso del solo costo del lavoro per le ore dedicate alla formazione²⁴, non anche quello delle attività formative²⁵.

L'incentivo, il cui pagamento è effettuato dall'Inps, non è cumulabile ad altre forme di sostegno del reddito avuto riguardo ai lavoratori, quand'anche in somministrazione, che siano interessati²⁶.

Lo stesso in alcun modo può inibire eventuali mobilità in uscita²⁷, non dovendo limitarsi a consentire di fronteggiare economicamente il divieto di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo, ma costituendo una concreta opportunità di riqualificazione professionale anche per l'eventuale ricollocazione nel mercato del lavoro.

Sempre in una prospettiva di ottimizzazione del costo del lavoro pendente la pandemia potrebbe assumere rilievo la detassazione delle ore di lavoro agile.

L'uso del condizionale si giustifica perché alcuna disposizione in tal senso si rinviene nella legislazione emergenziale, che è univocamente centrata sulla promozione dello smart-working quale misura di prevenzione del contagio da Covid-19²⁸.

La lacuna è, tuttavia, colmabile facendo ricorso a una lettura combinata del d.m. 25 marzo 2016 (di attuazione della l. 28 dicembre 2015 n. 208, art. 1, co. 182 ss.), e in particolare dell'art. 2 – che affianca a meccanismi di riorganizzazione dell'orario di lavoro non straordinario, anche il lavoro agile, quale strumento per perseguire miglioramenti dei fondamentali aziendali – con l'art. 18, co. 4, l. 22 maggio 2017 n. 81, secondo cui: «Gli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato sono applicabili anche quando l'attività lavorativa sia prestata in modalità di lavoro agile».

²⁴ Cfr. *Faq 4* della sezione «Costi finanziati», che chiarisce come sia rimborsabile il costo diretto, costituito da retribuzione e contributi assistenziali e previdenziali, con esclusione delle voci indirette e differite (mensilità aggiuntive e trattamento di fine rapporto).

²⁵ Cfr. *Faq 1* della sezione «Costi finanziati».

²⁶ Cfr. *Faq 35* della sezione «Presentazione della domanda».

²⁷ Cfr. *Faq 29* della sezione «Presentazione della domanda».

²⁸ Su cui, *ex multis*, ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 430/2020; BROLLO, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, p. 553 ss.; CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, I, p. 215 ss.; MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, in *Quad. ADL*, 2020, n. 18; ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?* in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 421/2020.

Tanto per argomentare nel senso che una regolamentazione dello smart working che fosse concertata con le organizzazioni sindacali potrebbe comportare l'accesso alla tassazione agevolata laddove correlata a dati oggettivamente misurabili ed economicamente rilevanti che consentano di valutare gli incrementi in produttività o efficienza. Ipotizzando al riguardo il rinvio al numero di commesse evase nei giorni di presenza in azienda rispetto a quello realizzato nei giorni di lavoro agile (al netto della differenza numerica delle giornate); alla riduzione degli straordinari da parte degli smart-worker a fronte delle ore rese da altri lavoratori; all'assenteismo (come media collettiva) dei lavoratori agili rispetto a quello di altri dipendenti; alla ottimizzazione degli spazi fisici occupati, del parco auto aziendale e/o delle spese di cancelleria e di archiviazione dei documenti cartacei che consegue al modello organizzativo agile rispetto a quello ordinario.

5. *Osservazioni conclusive*

Credito garantito, sovvenzioni a fondo perduto, agevolazioni contributive, finanziamento della formazione per rispondere a fabbisogni di competenze professionali, rappresentano parte dell'attuale presente in punto di disciplina emergenziale del salario.

Il prossimo futuro, di contro, è ancora incerto, ove si consideri che la prospettiva del Governo Conte di detassare, all'atto del rinnovo del contratto collettivo, l'incremento retributivo conseguente al progressivo adeguamento dei minimi tabellari al salario minimo legale pare superata nel Piano nazionale di ripresa e di resilienza inviato alla Commissione europea il 30 aprile 2021.

Un "cambio di passo", questo ultimo, non da poco, che, se si spiega in ragione delle contrarietà note delle parti sociali²⁹, al contempo, è tale da pregiudicare la implementazione di una progettualità, quale quella di generalizzare un paramento orario di riferimento e di incentivare la contrattazione

²⁹ In questi termini, SEGHEZZI, *La scomparsa silenziosa del salario minimo dal Pnrr*, in *Domani*, 27 aprile 2021, p. 3, per il quale le resistenze lasciano trasparire il timore di un indebolimento del sistema di relazioni industriali, dal momento che, a fronte di una legge nazionale che governa i salari, uno dei principali istituti regolamentati dai contratti collettivi nazionali di lavoro, «molte imprese potrebbero pensare di essere in regola con l'aspetto più importante e non applicare più i contratti», ancorché questi ultimi normano numerose altre tutele dei lavoratori.

collettiva a conformarsi allo stesso assicurando una maggiore adeguatezza dei livelli di reddito, che è suscettibile di fondare un miglioramento delle condizioni dei lavoratori, accrescendo la dignità e il valore del lavoro prestato, oltre eliminare fenomeni di dumping salariale e di concorrenza sleale tra le imprese³⁰, e di cui è prossima la codifica in direttiva comunitaria³¹.

³⁰ Per tutti, e ivi ulteriori riferimenti in dottrina, DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale scientifica, 2019.

³¹ Sulla proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE, DELFINO, *Proposta di direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia*, in *DRI*, 2021, p. 432; FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *LD*, 2020, p. 539 ss.; MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, in *DRI*, 2021, p. 41; PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, in *DRI*, 2021, p. 26; RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*, in *DRI*, 2021, p. 59; TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *DRI*, 2021, p. 1; ZOPPOLI L., *Sulla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea del 28.10.2020 - COM (2020) 682 finale*, Memoria per la Commissione Lavoro della Camera dei deputati del 4 dicembre 2020.

Abstract

L'articolo esamina le misure che sono state introdotte dal legislatore in conseguenza della emergenza epidemiologia da Covid-19 al fine di salvaguardare il potere di acquisto reale dei lavoratori, delle quali alcune sono dirette a sostenere il costo del lavoro, altre a ridurlo, ed altre ancora a ottimizzarlo, asseverando una logica di intervento che va ben oltre una politica passiva del lavoro.

The article examines the measures that have been introduced by the legislator as a consequence of the epidemiological emergency from Covid-19 in order to safeguard the real purchasing power of workers, some of which are aimed at supporting the cost of labor, others at reducing it, and still others to optimize it, asserting an intervention logic that goes far beyond a passive labor policy.

Keywords

Salario, disciplina, Covid-19.

Salary Covid-19 regulations.

Paola Saracini

Salute, sospensione del rapporto di lavoro e attività di cura familiare

Sommario: **1.** Delimitazione del campo di indagine. **2.** Il quadro normativo di riferimento nelle diverse fasi della pandemia. **3.** Continuità o discontinuità nelle tecniche normative prescelte. **4.** *Segue*. ... e negli strumenti regolativi adottati. **5.** L'ambito di applicazione della normativa. **6.** Le peculiarità nel settore pubblico. **7.** Una riflessione di "genere".

1. *Delimitazione del campo di indagine*

Durante la pandemia la tutela della salute, propria e altrui, ha mostrato significative connessioni con le ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro per le esigenze di cura familiare. Più specificamente, con l'emergenza epidemiologica da Covid-19, accanto alle disposizioni che già riconoscono un diritto delle lavoratrici e dei lavoratori alla sospensione del rapporto di lavoro per motivi di cura¹ sono state messe in campo ulteriori misure. Le novità si sono concretizzate, in particolare, nei congedi retribuiti e nelle astensioni non retribuite.

A dire il vero, dalla normativa emanata in tempo di Covid ne emergono anche altre ascrivibili al binomio salute/attività di cura familiare. Si pensi, in particolare, al lavoro agile – o, secondo il noto anglicismo, *smart working* – e alle diverse ipotesi di *bonus* introdotte in questi mesi per supportare i genitori nelle spese per l'assistenza ai figli. Pur tuttavia, trattandosi di misure non operanti direttamente sul piano della sospensione del rapporto, non rientreranno

¹ Diritto riconducibile, come noto, al più ampio ambito delle misure dirette a favorire la conciliazione/condivisione vita/lavoro o meglio, come recita la direttiva 2019/1158/UE del 20 giugno – la cui trasposizione dovrebbe avvenire entro il 2 agosto 2022 – “l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza”.

in questa analisi se non per le possibili intrinseche correlazioni. Le riflessioni che seguono hanno quindi un taglio ben definito ma non per questo privo di interesse anche di un certo respiro. Infatti, attraverso una riflessione di ordine sistematico, emerge come le diverse disposizioni che si considereranno presentino ampie implicazioni su differenti e rilevanti piani, inerenti: alle tecniche normative e agli strumenti regolativi, agli ambiti di applicazione e organizzativi, alla parità di trattamento e alla parità di genere.

2. Il quadro normativo di riferimento nelle diverse fasi della pandemia

È bene ricordare, innanzitutto, che i diversi provvedimenti normativi succedutisi in materia durante la pandemia, qui rilevanti, sono correlati, esplicitamente e prevalentemente, alle contestuali decisioni assunte rispetto al sistema scolastico, educativo e di assistenza. La chiusura o la riduzione dei servizi ad esso correlati rende il contesto poco favorevole alla conciliazione tra vita lavorativa e vita personale dei lavoratori con oneri di cura familiare.

Questi provvedimenti possono essere ricondotti a quattro fasi cronologicamente distinte.

Nella prima, che copriva l'arco temporale da marzo ad agosto 2020 ed era legata *alla sospensione* dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado – disposta con Dpcm del 4 marzo 2020 –, si è intervenuti con due strumenti: il *congedo per emergenza Covid-19 e l'astensione non retribuita* (d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv., con mod. dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, art. 23)². Il congedo era rivolto ai genitori-lavoratori (anche affidatari) con figli fino al dodicesimo anno di età e attribuiva il diritto ad una assenza dal lavoro quantificata prima in 15, poi, in 30 giorni, indennizzata in misura pari al 50% della retribuzione o del reddito, secondo una modalità di calcolo differenziata in relazione ai soggetti destinatari (lavoratori dipendenti del settore privato, lavoratori iscritti in via esclusiva alla gestione separata, lavoratori autonomi iscritti all'Inps, art. 23, co. 1-4, d.l. 18/20).

Per i genitori di figli con disabilità, in considerazione delle difficoltà certamente amplificate, il limite di età non trovava applicazione (art. 23, co. 5, d.l. 18/20)³. Infine, per i soli genitori lavoratori dipendenti con figli di età

² Sul punto v. LASSANDARI, *Rapporti sospesi e modelli crollati?*, in *LD*, 2020, pp. 164-167.

³ Per un primo commento della disciplina cfr. RICCOBONO, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili "cura Italia"*, in *GC*, 2020, n. 3, p. 1 ss.

compresa tra i dodici e i sedici anni, si prevedeva il diritto all'astensione dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa, ma con l'esplicito divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro (art. 23, co. 6, d.l. 18/20).

Diritti, comunque, attribuiti a condizione che nel nucleo familiare non vi fossero altre persone in grado di provvedere alle esigenze di cura⁴.

Nella seconda fase, riferita al periodo settembre – dicembre 2020 (d.l. 14 agosto 2020, n. 104, mod. con l. 13 ottobre 2020 n. 126), con la ripartenza del sistema scolastico, si è assistito, per un verso, ad una trasformazione delle forme di tutela messe in campo nella prima fase e, per altro verso, ad una loro contrazione. Infatti, il *congedo per emergenza Covid-19* viene sostanzialmente trasformato in *congedo straordinario per la quarantena scolastica dei figli* di cui il lavoratore poteva avvalersi solo qualora non avesse potuto svolgere la propria attività in modalità agile (art. 21-bis, d.l. 104/20); del diritto all'astensione non si rinveniva traccia alcuna; per i genitori con figli disabili si continuava nella scelta di valorizzare il lavoro agile, verso il quale quei genitori vantavano un vero e proprio diritto (in questo caso la misura valeva sino al giugno 2020, art. 21-ter, d.l. 104/20).

Nella terza fase, riconducibile al cd. Decreto Sostegni, il *congedo straordinario per la quarantena scolastica dei figli* riprende le sembianze del *congedo per emergenza Covid-19*, estendendo la possibilità, ma per i soli lavoratori dipendenti e sempre qualora non sia possibile svolgere l'attività di lavoro in modalità agile in caso di didattica a distanza e di quarantena (art. 22-bis, d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 conv. con mod. in l. 18 dicembre 2020 n. 176). Tale diritto è riconosciuto anche ai genitori di figli disabili.

Nella quarta fase, quella attuale, regolata dal d.l. 13 marzo 2021 n. 30 (art. 2) conv. con mod. dalla legge 6 maggio 2021, si continua a prediligere lo *smart working* e si stabilisce che il lavoratore dipendente con figli minori di anni sedici, nei casi di sospensione dell'attività didattica in presenza, di infezione da SARS Covid-19 del figlio o di quarantena dello stesso disposta dal Dipartimento di prevenzione della azienda sanitaria locale (ASL) territorialmente competente, può svolgere la sua attività in modalità agile. Soltanto qualora la prestazione

⁴ L'accesso era ammesso a condizione che nel nucleo familiare non vi fosse altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa (art. 23, co. 4, d.l. 18/20).

lavorativa non possa essere svolta in tale modalità, il genitore di figlio minore di anni quattordici, alternativamente all'altro genitore, può astenersi dal lavoro e per questo periodo di astensione gli è riconosciuta un'indennità pari al 50% della retribuzione (art. 2, co. 3). Tale beneficio, a prescindere dall'età del figlio, è riconosciuto anche ai genitori di figli con disabilità, iscritti a scuole di ogni ordine e grado per le quali sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale per i quali sia stata disposta la chiusura (art. 2, co. 2).

Infine, in caso di figli di età compresa tra i quattordici e i sedici anni il genitore, in alternativa, e qualora ricorra una delle condizioni appena richiamate può astenersi dalla prestazione lavorativa senza corresponsione della retribuzione o di indennità, fermo restando il divieto di licenziamento e conservazione del posto di lavoro. (art. 2, co. 5).

In sintesi, il protrarsi dell'emergenza ha determinato, prima un prolungamento nei tempi e un ampliamento nei modi di utilizzo delle misure adottate a ridosso dell'inizio dell'emergenza, successivamente una trasformazione di tali misure e, certamente, un maggiore contenimento circa la possibilità di utilizzo e dei soggetti beneficiari.

3. *Continuità o discontinuità nelle tecniche normative prescelte*

Rispetto al contesto regolativo più ampio inerente alla conciliazione vita/lavoro o meglio all'equilibrio tra vita professionale e personale, v'è da chiedersi se si registri uno scostamento rispetto al passato in termini di tecniche normative e di strumenti regolativi adottati.

Non vi è dubbio che in questi mesi, com'è emerso ampiamente anche dal dibattito che ha animato e accompagnato la pandemia, abbiamo assistito a interventi normativi prevalentemente unilaterali ed eteronomi, portati avanti con una tecnica lontana dalla dimensione organizzativa⁵. Interventi in cui le "fonti" di disciplina che dovrebbero essere le più adatte ad operare rapidamente, la contrattazione collettiva *in primis*, sono state accantonate, per

⁵ Sul tema, v. le osservazioni di LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta online*, 2020 e di STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, spec. p. 532 ss.

poi, in taluni casi, ricomparire⁶. Tale scelta, in riferimento all'ambito della sospensione del rapporto di lavoro per motivi di cura, non ha fatto registrare un particolare scostamento rispetto al passato; a ben vedere, infatti, anche nella fase precedente all'emergenza, la tecnica normativa utilizzata è stata pressoché caratterizzata da un intervento di tipo eteronomo e la contrattazione collettiva ha, da sempre, svolto un ruolo piuttosto circoscritto che si è tendenzialmente concretizzato o nella maggiorazione delle indennità riconosciute ai lavoratori interessati o nel possibile incremento della flessibilità nell'uso dei congedi, attraverso, ad esempio, il frazionamento orario⁷. Se ne potrebbe, insomma, parlare nell'ottica di un rapporto tra fonte principale e fonte residuale.

Certo, la fonte "collettiva" resta comunque la grande assente di questa fase emergenziale ma, forse, si tratta di un'assenza comprensibile. Occorre, infatti, considerare la natura temporanea di tali strumenti; il fatto che già la legge prevede il possibile frazionamento dei congedi – sebbene non quello orario – e, infine, che, per questi ultimi, la quantificazione dell'ammontare delle diverse indennità deve tenere conto, mai come in questo momento, di esigenze tanto diversificate e molteplici e, pertanto, poco "contrattabili".

Piuttosto si potrebbe registrare un problema legato al riparto di competenze Stato/Regione che, pur non attenendo specificamente al profilo di cui si tratta, rischia di impattarvi comunque, comportando profili di possibile irragionevole differenza di trattamento tra genitori residenti in regioni diverse e che, quindi, richiede particolari cautele⁸. Si pensi, ad esempio, a ciò che è accaduto nella richiamata fase due, fondata sul presupposto di un riav-

⁶ È questo il caso, ad esempio, della normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro e di lavoro agile.

⁷ Sul punto vi è chi rileva come proprio la scarsa attività della contrattazione collettiva con riferimento alla frazionabilità oraria del congedo, prevista dall'art. 32 del d.lgs. 151/2000, avrebbe spinto il legislatore, nel 2015, con il d.lgs. 81/2015, ad introdurre un ulteriore comma 1-ter al medesimo articolo in cui, nel confermare la competenza in materia alla contrattazione collettiva, ne esplicita anche il riferimento al secondo livello contrattuale e detta una regolazione suppletiva dell'istituto cui è possibile far ricorso in assenza di accordo sindacale, così VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020, p. 110 ss.

⁸ In generale, sul riparto di competenze Stato/Regione nella fase pandemica, cfr. GIAN-GASPERO, *La normativa "speciale" sulla gestione della pandemia da Covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e competenze regionali*, in DOLSO, FERRARA, ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritto e istituzioni ai tempi del Covid-19*, EUT Edizione Università di Trieste, 2020, p. 113 ss; PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Diritticomparati.it*, 2020, pp. I-II.

vio del sistema scolastico. Essendo previsto a livello nazionale il solo *congedo per quarantena scolastica*, nel momento in cui a livello regionale il sistema non è ripartito o, com'è accaduto in diverse Regioni, una volta avviato si è nuovamente bloccato, vi sono stati diversi genitori che, per la sola collocazione geografica, sono stati privati di qualsiasi supporto. Probabilmente è questo il motivo per cui nelle fasi successive il riferimento ai motivi per i quali avvalersi del congedo è stato modificato includendovi anche le ipotesi di didattica erogata a distanza. Insomma, dinanzi ad un'evidente stortura priva di alcuna giustificazione, si è registrato un cambiamento di rotta – almeno con riferimento a questa specifica esperienza – che denota maggiore attenzione rispetto alle possibili scelte di livello regionale e, di conseguenza, all'intreccio tra fonte statale e fonte regionale.

4. Segue. ... e negli strumenti regolativi adottati

Quanto agli strumenti messi in campo e, in particolare, ai diversi tipi di congedo, può essere utile richiamare, in estrema sintesi, il dibattito animatosi in concomitanza dei provvedimenti emanati durante la prima fase e, in particolare, quello inerente alle possibili connessioni tra il *congedo per emergenza Covid-19* e il *congedo parentale*: l'istituto che, per tanti versi, può essere considerato la punta di diamante nella ricerca dell'equilibrio tra vita professionale e personale e che, certamente, al primo più si avvicina⁹. Vi è stato chi, pur riconoscendone dei tratti di comunanza (età massima dei figli considerata ai fini dell'utilizzo, possibilità di uso del congedo continuativo o frazionato), ne ha evidenziato le differenze, essendo molto diverse le regole che ne condizionano il funzionamento; si pensi all'alternatività tra i genitori per il suo utilizzo, mentre, come si sa, il congedo parentale spetta a padri e madri anche cumulativamente ed è costruito con una tecnica che ne incentiva l'uso per i padri, perché “obiettivo è la cura condivisa dei figli”¹⁰; oppure al fatto che

⁹ Sulla rilevanza dell'istituto del congedo parentale nell'ambito della legislazione per favorire la conciliazione vita/lavoro, cfr. GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in LD, 1999, p. 497 ss.; CALAFÀ (a cura di), *Paternalità e lavoro*, il Mulino, 2007; e, più di recente, ALES, *Maternità e congedi parentali*, in *Enc. Dir. Annali*, Giuffrè, 2016, vol. IX; NUNIN, *I congedi parentali dopo il d.lgs. 15 giugno 2015 n. 80*, in LG, 2016, p. 14 ss.

¹⁰ CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Futura, 2020, p. 155 ss.

tale congedo si aggiunge a quello parentale, tanto da poter essere fruito anche dai genitori che hanno esaurito il periodo di congedo ordinario, già previsto dal d.lgs. 151/2001¹¹. Vi è chi invece, si è spinto a valorizzarne gli aspetti di continuità ipotizzandone la riconducibilità ad un sottotipo del congedo parentale¹². Pur apprezzando e comprendendo i tentativi di quest'ultima ricostruzione, dettati da esigenze interpretative e di sistema, mi sembra, però, che il congedo per emergenza Covid-19, ma – ampliando il discorso – anche l'astensione non retribuita nonché il congedo straordinario per la quarantena scolastica dei figli –, rispondano a bisogni immediati e definiti, di natura transitoria, abbastanza lontani dalle misure che più in generale oggi governano l'impianto normativo per favorire l'equilibrio tra vita professionale e lavorativa. Emblematiche a tal fine risultano le diverse disposizioni che subordinano la fruizione del congedo Covid-19 o il diritto all'astensione non retribuita 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” (art. 23, c. 4 e 6, d.l. 18/20; art. 21-bis, d.l. 104/20; art. 2, co, 7, d.l. 30/21).

Insomma, l'idea è quella di fornire uno strumento di sostegno alle famiglie che si sostituisca al servizio pubblico sospeso o, comunque, limitato, con un supporto alla cura che ritorna ad essere forzatamente privata.

Si tratta, quindi, di uno strumento che nasce nell'emergenza ed è destinato ad estinguersi con l'emergenza.

5. *L'ambito di applicazione della normativa*

Com'è noto, negli anni, rispetto al riconoscimento dei diritti strettamente connessi al tema della conciliazione/condivisione vita/lavoro, si è assistito ad un'evoluzione della disciplina legale, che ha determinato un ampliamento dell'area dei soggetti protetti. La tutela, se originariamente era rivolta ai soli lavoratori subordinati, nel tempo è stata estesa anche a quelli parasubordinati e, infine, sebbene non con una piena equiparazione e con

¹¹ ALVINO, *Decreto legge “Cura Italia”: strumenti di sostegno del reddito e delle esigenze di assistenza dei lavoratori subordinati e autonomi*, in *Treccani. Diritto. Enciclopedia on line* (www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti), 2020.

¹² FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *DOLSO, FERRARA, ROSSI* (a cura di), *op. cit.*, spec. pp. 313-317.

una certa cautela, anche a quelli autonomi e ai professionisti¹³. Questa tendenza, per quanto qui interessa, ha trovato conferma nei provvedimenti della prima fase, rivolti a molteplici aree di lavoro (in questo caso identificate in considerazione dell'ente previdenziale di appartenenza, quindi, oltre ai lavoratori subordinati, quelli iscritti alla gestione separata e quelli autonomi iscritti all'Inps, ma pur sempre con l'esclusione delle libere professioni), mentre nelle fasi successive si è assistito ad una sorta di "ritorno al passato", con una restrizione dei destinatari ai soli lavoratori subordinati privati e ai dipendenti pubblici.

Un arretramento significativo e poco comprensibile, se non in termini di esiguità delle risorse economiche a disposizione e che potrebbe essere un campanello d'allarme per il rischio, più generale, che l'eventuale riproporsi, in futuro, di un'esiguità delle risorse possa determinare, per un numero ormai consistente della popolazione, una riduzione dei livelli di tutela conquistati con fatica e, certamente, ancora non del tutto soddisfacenti.

6. *Le peculiarità nel settore pubblico*

V'è da considerare anche l'impatto della normativa in parola su una possibile accentuazione delle differenze pubblico/privato che, secondo alcuni, durante la pandemia si sarebbe riproposta.

Innanzitutto va ricordato che per i lavoratori privati e per i pubblici dipendenti la normativa in tema di sospensione del rapporto di lavoro per motivi di cura, prima della fase emergenziale, viaggiava pressoché in parallelo. Qualche differenza si registrava rispetto ad una maggiore quantificazione delle indennità connessa al congedo parentale ad opera della contrattazione collettiva di comparto e ad una differenziazione nell'utilizzo di taluni strumenti funzionali alla cura della famiglia rispetto ad alcuni lavoratori impiegati in settori in cui vengono svolti specifici compiti istituzionali.

Oggi, le nuove norme sembrano continuare a muoversi lungo questa linea, sebbene, poi, altre scelte rischino di smentire tale impostazione.

In particolare, nella prima fase gli strumenti messi in campo sono stati

¹³ Per un commento alla normativa di riferimento, da ultimo, v. NICOLOSI, *Sub artt. 57-73 Decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, in DI ROSA (a cura di), *Della famiglia*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Utet, 2018, vol. III, p. 1577 ss.

riconosciuti sia ai lavoratori privati sia ai pubblici dipendenti e per alcune figure professionali sono state previste specifiche agevolazioni, giustificate dai compiti che i lavoratori sono chiamati a svolgere. Si guardi alla norma che, per il lavoro pubblico, prevedeva il diritto al *bonus baby-sitter* soltanto per una buona parte dei lavoratori del comparto sanità (medici, infermieri, tecnici, operatori socio sanitari) e del comparto sicurezza (che comunque, è bene ricordare, non è riconducibile al lavoro contrattualizzato); *bonus baby-sitter* confermato anche dalla più recente normativa (art. 2, d.l. 20/21).

Nelle fasi successive, in cui l'uso di quegli strumenti viene subordinato sia per i lavoratori privati sia per i dipendenti pubblici all'impossibilità di ricorrere al lavoro agile e, quindi, potenzialmente i presupposti per l'utilizzo dei diversi tipi di congedi sono gli stessi, la prassi o meglio i modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni, hanno fatto invece emergere delle differenze.

Infatti, ferma restando la necessità del consenso da parte del lavoratore, mentre nel lavoro privato la decisione di avvalersi del lavoro agile è rimessa alla scelta del datore di lavoro, le pubbliche amministrazioni sono state tenute a servirsene (anche prescindendo, in taluni casi, dalla "smartabilità" di alcune attività) in una certa misura (la cui percentuale si è modificata nelle diverse fasi emergenziali)¹⁴. Ciò ha determinato, di fatto, una maggiore diffusione del lavoro agile nel periodo dell'emergenza Covid¹⁵ e, di conseguenza, un minore uso dei relativi congedi per i dipendenti pubblici.

Tali risultanze confermano, una volta di più, che non sempre un'uniformità di trattamento disattenta alle specificità dei diversi contesti organizzativi è realmente funzionale ai risultati perseguiti e da questo punto di vista le pubbliche amministrazioni offrono sicuramente una visuale privilegiata.

7. Una riflessione di "genere"

Ultima questione, non per rilevanza, attiene alle ricadute di genere della normativa esaminata.

¹⁴ Sul punto, sia consentito rinviare a SARACINI, *Lo Smart Working nel settore pubblico*, in CARABELLI, FASSINA (a cura di), *Lo Smart Working: tutele e condizioni di lavoro*, Ediesse Futura, 2021, p. 87 ss.

¹⁵ V. il rapporto di GIUZIO, RIZZICA, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia: le amministrazioni pubbliche*, in Banca d'Italia, *Eurosistema*, Note Covid-19 del 22 gennaio 2021, <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/il-lavoro-da-remoto-in-italia-durante-la-pandemia/>.

Sebbene, com'è stato prontamente sottolineato, sia apprezzabile nei diversi provvedimenti richiamati l'utilizzazione dell'espressione genitore-lavoratore per "fare sintesi del maschile e del femminile dei soggetti titolari del diritto al congedo"¹⁶, l'attribuzione della titolarità dei congedi Covid-19 al nucleo familiare genitoriale e non al singolo lavoratore o alla singola lavoratrice risulta inidonea ad incentivare la condivisione delle responsabilità familiari.

Una misura così marcatamente neutrale, se trova spazio nel quadro di una "conciliazione emergenziale" orientata all'obiettivo minimale di offrire alle famiglie strumenti immediati per affrontare la condizione di esclusività rispetto alla cura e custodia dei figli e di contenere al contempo la pressione sanitaria, sconta il rischio di non tenere in debito conto che in questa maniera possono facilmente riproporsi quegli stereotipi, certamente non ancora abbandonati, che vedono la donna *naturalmente* impegnata nei lavori di cura¹⁷. Se questa scelta si può al più capire, in uno stato di emergenza, benché comunque le perplessità rimangano, particolare attenzione alla questione di genere andrà di certo prestata nel momento della *ripartenza*. Sarà quella una fase, infatti, che presenterà problematiche di diverso tenore, legate ai rischi di una maggiore disoccupazione femminile¹⁸ o di una maggiore diffusione

¹⁶ Si esprime in tal senso CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, cit., p. 155. Sulla categoria "genitore-lavoratore" v. già DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, I, p. 149 ss.

¹⁷ In tal senso v. anche DONINI, *Permessi e congedi*, in *RDSS*, 2020, pp. 405-407.

Da una ricerca condotta da DEL BOCA, RUGGERO, PROFETA, ROSSI, *Divisione del lavoro in famiglia. La pandemia pesa sulle donne*, in *Lavoce.Info* del 12 aprile 2021, emerge che la distribuzione del tempo dedicato al lavoro familiare mostra come le donne lavorino più ore in famiglia. Le donne dedicano più ore dei loro partner al lavoro domestico sia qualora gli uomini continuano a lavorare sul posto di lavoro mentre le donne lavorano da casa (1,81 ore), sia nella situazione opposta (2,92 contro 1,40 ore al giorno), sia nelle situazioni simmetriche ossia quando entrambi i membri della coppia lavorano da casa. Inoltre, diversi studi confermano che il carico familiare delle donne, già considerevoli prima della pandemia, a causa di quest'ultima è decisamente peggiorato, v. DEL BOCA, *Pnrr, ultima chiamata per la parità di genere*, in *Lavoce.Info* del 4 maggio 2021.

¹⁸ A tal riguardo, si v. anche i Rapporti dell'ILO del 18 marzo e del 29 aprile 2020, che sottolineano la forte concentrazione del lavoro delle donne nei settori maggiormente coinvolti dall'emergenza sanitaria o comunque colpiti dalle sue ricadute.

L'impatto della pandemia su occupazione, disoccupazione e tassi d'inattività, ha riportato effetti negativi più significativi per le donne e, in particolare, per le madri. Hanno contribuito a questo risultato, fattori relativi sia alla domanda di lavoro (sovra-rappresentazione delle donne nei settori dei servizi più vulnerabili con contratti a tempo determinato e part-time) sia all'offerta (difficoltà di conciliazione lavoro e famiglia dovuta alla chiusura delle scuole e aggravio

di forme di lavoro che, se non adeguatamente regolamentate, rischiano di scaricare nuovamente ed esclusivamente sulle donne la responsabilità nelle attività di cura, specie là dove non siano accompagnate da adeguati servizi di assistenza all'infanzia. Problematiche che richiederanno l'abbandono di un approccio neutrale, optando, piuttosto, per interventi di sostegno al diritto al lavoro e alla libertà di scelta delle donne.

Da questo punto di vista il Piano Nazionale per la Rinascita e la Resilienza (PNRR) contiene indicazioni rilevanti. Oltre all'attenzione trasversale alla parità di genere (insieme a quella generazionale e territoriale), articolata puntualmente in tutte le sei misure del Piano, sono stati previsti investimenti diretti a favorire l'occupazione femminile, come il "fondo impresa donna"¹⁹, e stanziare diverse risorse per gli asili nido e i servizi dell'infanzia, che sono altresì strumenti indispensabili per cercare di ridurre gli ostacoli alla partecipazione femminile al mercato del lavoro.

Certo, bisognerà vedere concretamente l'attuazione del Piano e delle sue misure, specie in riferimento ai principi generali, ma le premesse per una vera svolta sembrano esserci tutte.

del lavoro familiare). La situazione di emergenza che continua anche nel 2021 può provocare un potenziale peggioramento del divario di genere nel mercato del lavoro, così DEL BOCA, RUGGERO, PROFETA, ROSSI, *op. cit.*; sul punto cfr. DELFINO, *L'emergenza sanitaria e le misure in tema di sospensione del lavoro*, in www.cgil.it/veneto.

¹⁹ V., in particolare la Misura 5.

Abstract

Durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sono state messe in campo diverse misure – concretizzatesi prevalentemente nei congedi retribuiti e nelle astensioni non retribuite – che hanno combinato l'esigenza di tutela della salute con le ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro per le esigenze di cura familiare. L'A., attraverso una riflessione di ordine sistematico, si propone di evidenziare le ampie e rilevanti implicazioni su differenti piani, inerenti: alle tecniche normative e agli strumenti regolativi, alla parità di trattamento e di genere, agli ambiti di applicazione e organizzativi, con particolare riferimento al lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

During the Covid-19 pandemic, some measures were put in place – mainly materializing in both paid and unpaid leaves – which combined the need for health protection with the suspension of the employment relationship for the needs of family care. The author, through a systematic analysis, aims at highlighting the broad and relevant implications on different levels, as regards to the following aspects: the regulatory techniques and regulatory instruments, the equal treatment and gender equality, the application and organizational areas with particular reference to work in public administration.

Keywords

Sospensione del rapporto di lavoro, lavoro di cura, congedi, astensioni non retribuite.

Suspension of the employment relationship, care labour, paid leaves, unpaid leaves.

Vincenzo Luciani

La disciplina dei licenziamenti tra emergenza e precari equilibri sistematici

Sommario: **1.** Un quadro normativo a sviluppo “circolare”. **2.** Le esclusioni oggettive: casi in cui non si applica il divieto. **3.** L’ambito di applicazione soggettivo: datori di lavoro onerati e lavoratori esclusi. **4.** La fine del blocco e le condizioni di esercizio del potere di licenziamento. **5.** I dubbi di legittimità costituzionale superabili alla luce di un bilanciamento ragionevole e proporzionato.

1. *Un quadro normativo a sviluppo “circolare”*

Introdotta dall’art. 46 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, a seguito di cinque proroghe, il blocco dei licenziamenti ha ampiamente superato la soglia dell’anno: con gli ultimi interventi, il decreto Sostegni (d.l. 22 marzo 2021 n. 41) e il decreto Sostegni *bis* (d.l. 25 maggio 2021, n. 73), il divieto di recesso per motivi economici (individuali e collettivi) risulta ora vigente fino al 30 giugno 2021 per le aziende dei settori di industria ed edilizia a meno che, fino al 31 dicembre 2021, non presentino domanda di integrazione salariale ordinaria con clausola Covid (ai sensi degli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 148/15). La disciplina (art. 8, co. 8-11 d.l. 41/21, confermato dall’art. 40 d.l. 73/21) individua come destinatari del divieto le imprese che possono ricorrere alla cassa integrazione guadagni ordinaria: si consente a tali datori di lavoro di sospendere i lavoratori per ulteriori 13 settimane, con fruizione dell’integrazione salariale fino al 30 giugno, inibendo provvedimenti dismissivi fino a tale data. Le altre aziende, vale a dire quelle che non rientrano nel campo di applicazione della CIGO, che possono utilizzare il FIS e la Cassa in deroga (regolata dagli artt. 19, 21, 22 e 22-*quater* del n. 18/2020) nonché quelle dei settori del tessile e della moda¹

¹ Ai sensi del d.l. 30 giugno 2021, n. 99, per queste aziende, sono previste ulteriori 17 settimane di CIG gratuita, da fruire dal 1 luglio al 31 ottobre 2021.

potranno licenziare per motivi economici solo a decorrere dal 1° novembre 2021.

Con questa seconda scadenza il blocco arriva a quota 18 mesi, con un arco temporale che rimane di poco inferiore, sotto il profilo della durata, all'unico precedente che il nostro ordinamento ha conosciuto, il d.lgs.lgt. 21 agosto 1945 n. 523². Lo supera ampiamente sul piano dell'efficacia, oggettiva e soggettiva: infatti il divieto di licenziare introdotto a marzo 2020 paralizza trasversalmente il potere di recesso del datore di lavoro, a prescindere dalle dimensioni, escludendo dal blocco solo pochissime categorie di lavoratori subordinati e alcune aziende che si trovano in specifiche situazioni³.

Il divieto costituisce la risposta dell'ordinamento alla situazione di "paralisi" che ha caratterizzato buona parte delle attività produttive⁴, specie quelle collegate al turismo, a buona parte del commercio, al tempo libero ovvero alle attività connesse agli spostamenti per motivi di lavoro: le ricadute su quest'ultimo settore sono derivate principalmente dalla diffusione – destinata in parte a stabilizzarsi anche nel lungo periodo – dello *smart working*.

È opportuno ripercorrere la lunga scia normativa, per arrivare a chiarire quali sono le restrizioni attualmente vigenti, per comprenderne esattamente la portata negli specifici ambiti in cui trova applicazione e per verificarne, considerato il lungo arco temporale che copre, la compatibilità sul piano dei valori costituzionali.

Il blocco, come detto, ha visto per la prima volta la luce con l'art. 46 del d.l. n. 18/2020, ai sensi del quale si è previsto il divieto di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo *ex art.* 3 l. 15 luglio 1966 n. 604,

² Che ha avuto una vigenza di 24 mesi (agosto 1945-agosto 1947): sui contenuti v. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, WP CSDLE "M. D'Antona" n. 424/2020, p. 2 ss.: il divieto non si applicava a) ai lavoratori che, senza grave giustificato motivo, si fossero rifiutati di accettare altra occupazione che sia stata loro offerta presso altro datore di lavoro, b) nei casi in cui, per disposizione di legge o di contratto collettivo, fosse consentita la risoluzione del rapporto di lavoro per fatto del lavoratore.

³ V. *infra* paragrafo 2.

⁴ Così la relazione illustrativa al d.l. n. 18/2020: è una legge che ha consentito 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". Tra i primi commentatori della disposizione SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in RIDL, 2020, I, p. 313 ss.; GARGIULO, LUCIANI, *Emergenza Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 205 ss.

nonché il divieto di avvio delle procedure di licenziamento collettivo di cui agli artt. 4, 5 e 24 l. 23 luglio 1991 n. 223 ed ancora la sospensione delle procedure di licenziamento collettivo e individuale (d.l. 19 maggio 2020 n. 34) avviate successivamente al 23 febbraio 2020. La norma ha contemplato 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 2020; c) sono vietati i licenziamenti individuali per motivi oggettivi adottati dopo l'entrata in vigore del decreto (17 marzo 2020).

La durata, fissata prima in 60 giorni, è stata poi prorogata, in sede di conversione del d.l. n. 34/2020 (l. 17 luglio 2020 n. 77), fino al 17 agosto 2020. Alla scadenza del blocco vi è stato un nuovo intervento con il quale si è “tentato” di modificare la tecnica del blocco: da scadenza fissa a scadenza mobile. La novità, introdotta dall'art. 14 del d.l. 104, stabiliva che il divieto permanesse fino alla consumazione integrale dei trattamenti di integrazione salariale Covid-19 (art. 1) ovvero alla fine della fruizione totale dello speciale esonero contributivo. Su questo intervento si è sviluppato un dibattito acceso e serrato: il quesito principale sollevato è se il divieto potesse applicarsi anche alle imprese che non facevano ricorso agli ammortizzatori sociali⁵. Sarebbe un'inutile e accademico esercizio ripercorrere l'animata contrapposizione che si è determinata intorno a quest'ultima disposizione, dovuta, anche qui, alla tecnica legislativa quantomeno oscura. Con gli interventi normativi successivi quel meccanismo è stato completamente superato prima ancora di trovare applicazione e si è tornati ad individuare una scadenza fissa, con l'unica particolarità di essere stata duplicata la fine del divieto a seconda del campo di applicazione degli ammortizzatori sociali che accompagnano la sua vigenza: con l'art. 12, co. 9-11, del d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 (decreto Ristori) si è spostato il termine al *31 gennaio 2021*; con l'art. 1, co. 309-311, l. 30 dicembre 2020 n. 178 (legge di Bilancio) la scadenza è slittata al *31 marzo 2021*, con il d.l. 22 marzo 2021 n. 41 (decreto Sostegni) vi sono le due scadenze del 30 giugno 2021 e del 31 ottobre 2021, scadenze infine confermate dal d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (decreto Sostegni *bis*).

Il quadro normativo appena descritto si caratterizza per essere caoticamente alluvionale e stratificato: il legislatore, con il d.l. 14 agosto 2020 n. 104, ha tentato, goffamente, di affinare la tecnica, ma il maldestro compromesso

⁵ MARESCA, *Il divieto di licenziamento per Covid è diventato flessibile (prime osservazioni sull'art. 14, DL n. 104/2020)*, in *Labor*, 2020; VERZARO, *La condizionalità del divieto di licenziamento nel decreto “Agosto”*, in *LDE*, n. 3/2020.

alla base della disciplina lo ha reso oscuro e ambiguo. Apprezzabile la scelta successiva di tornare ad una tecnica drastica e chiara, individuando un termine finale unico e valido per tutti.

Per quanto si tratti di considerazioni ampiamente condivise, dovendo esaminare i paventati, da più parti, dubbi di tenuta costituzionale dell'intervento (della durata di 18 mesi), è opportuno rammentare che il blocco si giustifica per il brusco arresto della maggior parte delle attività produttive e professionali, con lo spettro di una crisi economica che ha portato, già nei primi mesi, a una contrazione di diversi punti del PIL nazionale. Il divieto, che impedisce in radice l'esercizio del recesso per ragioni diverse da quelle disciplinari, 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 a sfuggire ad ogni controllo anche sul piano sociale. Il punto sarà approfondito, ma non c'è dubbio che a fondamento della misura vi sono anche ragioni di ordine pubblico, intese come salvaguardia dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica.

In questo quadro non è superfluo evidenziare che l'intervento di blocco, per quanto ampio e rigido, lascia al proprio destino tutte le categorie di lavoratori che non sono titolari di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. E non sono pochi: il divieto di adottare 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 subordinato a tempo indeterminato. A queste forme straordinarie di tutela restano estranei i lavoratori subordinati a termine e i collaboratori autonomi.

2. Le esclusioni oggettive: casi in cui non si applica il divieto

Oltre ai casi appena indicati, anche nell'area del lavoro subordinato sono state tipizzate vicende sottratte al divieto, che sono state gradualmente ampliate e dettagliate (vedi art. 40, co. 4 e 5 d.l. n. 73/21). Iniziando dalle esclusioni oggettive, sono sottratti al blocco:

a) i cambi di *appalto*, se il nuovo appaltatore assume il personale già in forza nell'appalto per effetto di legge (ad es. art. 50 del codice degli appalti),

di contratto collettivo (es. art. 4 CCNL Multiservizi) o in base a una clausola del contratto di appalto;

b) i casi di *fallimento*, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa ovvero ne sia disposta la cessazione; se l'esercizio provvisorio riguarda soltanto uno specifico ramo dell'azienda sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti gli altri rami.

c) Ancora, possono procedere al licenziamento le imprese che decidano la *cessazione definitiva dell'attività d'impresa*, anche se ad essa non dovesse seguire la sua liquidazione⁶. L'assenza di una esenzione dal divieto per fine dell'attività di impresa nella prima versione del blocco aveva sollevato critiche molto accese. In particolare si è osservato che “l'imprenditore deve essere nella condizione di porre fine al suo impegno, a sua discrezione, senza subire una imposizione dello Stato, dimentico del fatto che il lavoro è oggetto di un diritto, non di una pretesa dello Stato persona. Esso non può trasformare l'impresa in una forma coatta di erogazione di prestazioni previdenziali o assistenziali”⁷. Premesso che un'esenzione dal divieto dei casi di cessazione era quanto mai doverosa, tuttavia le considerazioni che precedono non sembrano tenere adeguatamente conto dell'eccezionalità del quadro innescato dalla pandemia: ipotizzare che da subito, tutte le imprese che lo ritenevano, avrebbero dovuto godere della libertà di cessare immediatamente l'attività e porre fine a tutti i rapporti di lavoro, significa sottovalutare le ricadute sul piano sociale che ne sarebbero derivate. La pandemia rappresenta, come si chiarirà più innanzi, un'occasione emblematica per dare un contenuto al concetto di utilità sociale sancito dall'art. 41, co. 2, Cost., nonché agli altri limiti individuati dalla norma nella “sicurezza, libertà e dignità umana”.

d) Il divieto ancora non trova applicazione se si sottoscrive un *accordo collettivo aziendale* stipulato con le OO.SS. comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di *incentivo alla risoluzione* del rapporto di lavoro, li-

⁶ L'art. 40, co. 5, d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (cd. decreto Sostegni *bis*) ha condivisibilmente eliminato il vincolo che imponeva, per sottrarsi al blocco, di far seguire alla cessazione la liquidazione dell'azienda senza continuazione, neanche parziale, dell'attività di impresa.

⁷ GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, in *MGL*, 2020, pp. 611-612. Sull'argomento v. anche PESSI, *Divieto di licenziamenti e libertà di impresa. Principi costituzionali*, GARILLI, *Il “blocco” dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, MAGNANI, *Divieto di licenziamento e libertà d'impresa*, MARTONE, *A proposito del blocco dei licenziamenti, libertà d'impresa e bolla occupazionale*, BALLETTI, *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa alla luce dei principi costituzionali*, tutti in PROIA (a cura di), *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid*, Giappichelli, 2020.

mitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo (art. 14, co. 3, d.l. n. 104/2020, conv. con l. n. 126/2020, nonché art. 1, co. 311, l. n. 178/2020 e art. 40, co. 5 d.l. n. 73/21).

Si tratta di una misura che ha avuto un'ampia diffusione, tanto da richiedere anche un intervento interpretativo da parte dell'INPS, soggetto pienamente coinvolto in quanto, ancorché si determini una cessazione consensuale del rapporto, consente al lavoratore il godimento della Naspi.

Infatti con il messaggio n. 689 del 17 febbraio 2021, l'ente previdenziale, oltre a fornire indicazioni per la fruizione dell'indennità in conseguenza della risoluzione del rapporto di lavoro, ha chiarito che l'accordo non può essere stipulato da Rsa/Rsu, ma è necessaria la partecipazione delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, attraverso le proprie istanze territoriali. Sul punto l'INPS ha evidenziato che l'accordo aziendale per la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro è valido anche se sottoscritto da una sola organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa sul piano nazionale, non essendo necessaria la sottoscrizione di tutte le sigle.

Non rimane che prendere atto di questo approccio minimalista da parte del soggetto tenuto all'erogazione dell'indennità. Certo l'interpretazione non è in linea con quanto previsto dalla disposizione che, nell'individuare la parte sindacale, si esprime al plurale ("dalle organizzazioni sindacali") e quindi sembra richiedere la presenza e la sottoscrizione di almeno due sigle.

Per accedere allo strumento non è invece necessario esperire alcuna procedura ai sensi dell'art. 4 l. n. 223/1991: non può essere pertanto condivisa la posizione contraria secondo cui, trattandosi di un percorso di uscita dall'azienda alternativo al vietato recesso per riduzione di personale, in tale ipotesi la procedura "dovrebbe essere avviata o continuata", coinvolgendo quindi anche Rsu e/o Rsa, con riferimento ai lavoratori che aderiscano all'accordo collettivo⁸. Non sussistono le condizioni per avviare una procedura, perché vi è il consenso del lavoratore, per cui non v'è motivo di applicare

⁸ LASSANDARI, PICCININI, *Un anno di blocco dei licenziamenti: con sussurri e grida tra ferragosto e ognissanti*, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone, aggiornato al 18 novembre 2020, consultabile, tra l'altro, in www.rassegnadirittolavoro.it, p. 13; in senso contrario cfr. BOTTINI, *Uscite incentivate sostenute dalla Naspi*, in *Il Sole 24 Ore* del 31 agosto 2020; MARESCA, *Gli accordi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro nell'art. 14, co. 3 d.l. n. 104/2020: l'alternativa realistica al divieto di licenziamento per Covid*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera*, 8 settembre 2020.

l'art. 4 della l. n. 223/91 e, in ogni caso, il controllo del sindacato è assicurato in sede di stipulazione dell'accordo sindacale.

Non è prevista alcuna forma specifica per gli accordi individuali di risoluzione, che evidentemente possono intervenire anche solo tra datore di lavoro e lavoratore, a meno che alle risoluzioni consensuali non si affianchino transazioni generali che precludano ogni possibile futura rivendicazione: allora in tal caso s'impone la sede "protetta" ai fini della loro validità⁹.

3. *L'ambito di applicazione soggettivo: datori di lavoro onerati e lavoratori esclusi*

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 l. n. 604/1966¹⁰. Si escludono dall'ambito di operatività, oltre le ipotesi di licenziamento disciplinare, tutte le residue categorie di lavoratori per le quali si applica la disposizione codicistica – l'art. 2118 cod. civ. – 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 esteso il vincolo quando rientrano tra i destinatari di una riduzione collettiva di personale.

L'esclusione dei *dirigenti* dal blocco dei licenziamenti individuali si

⁹ Per tale somma, equiparabile ad un incentivo all'esodo, non sarà dovuto il pagamento dei contributi all'INPS e verrà applicata una tassazione separata, ovvero in base all'aliquota media relativa ai cinque anni precedenti la risoluzione del rapporto di lavoro. L'incentivo è liberamente negoziabile dalle parti dell'accordo e, considerata la natura consensuale, non è dovuto il preavviso né l'indennità sostitutiva. Il termine per aderire all'accordo è attualmente (salve ulteriori proroghe) il 30 ottobre 2021, in quanto segue la scadenza del blocco dei licenziamenti. Sull'argomento v. QUARANTA, *Il nuovo tabù ai tempi del Covid: dallo Statuto dei Lavoratori al blocco dei licenziamenti*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, 2^a parte, in *Quad. DLM*, n. 10/2021, p. 140 ss.

¹⁰ Trib. Ravenna 7 gennaio 2021 n. 578, in *Padovalabgroup.eu*, ha ritenuto che il licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni rientra tra i casi "protetti" dal divieto.

evinces dal tenore letterale della disposizione, che fa riferimento ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 3 l. n. 604/66. Sulla posizione dei dirigenti s'è già pronunciata la giurisprudenza, in particolare il Tribunale di Roma, che in una prima decisione¹¹ ha ritenuto di dovere includere nell'ambito di applicazione del divieto anche i dirigenti, in virtù di un'estensione, anche a questa categoria, di un dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* Il giudice considera la licenziabilità individuale dei dirigenti irragionevole anche in considerazione della presenza di queste figure professionali tra i soggetti protetti in sede di licenziamento collettivo.

Appare tuttavia più solidamente motivata la seconda pronuncia del Tribunale di Roma¹² che giustifica l'esclusione sulla base sia del dato letterale sia di considerazioni sistematiche. Anzitutto, si evidenzia, il legislatore ha chiaramente individuato il campo di applicazione del divieto riferendosi ai provvedimenti di recesso *ex art. 3 l. n. 604/1966*, disposizione che pacificamente non trova applicazioni in caso di licenziamento dei dirigenti. Il giudice individua inoltre un argomento decisivo sul piano sistematico: il divieto di licenziamento si impone alle imprese sulla base di uno scambio che, con criterio universale, consente ai datori di lavoro di accedere agli ammortizzatori sociali da utilizzare per tutti i lavoratori per i quali si applica il divieto di licenziamento per motivi economici. I dirigenti non sono tra questi, nel senso che ad essi non può estendersi la Cig, per cui si accollerebbe integralmente il peso economico, tra l'altro ben più oneroso, sulle aziende, sollevando fondati dubbi, per non dire certezze, di illegittimità costituzionale. Lo stesso principio di solidarietà, evocato dalla prima pronuncia, anzi giustifica la loro esclusione, in quanto consente di ritenere che questa categoria di lavoratori, evidentemente più abbiente, possa essere chiamata, legittimamente, a sopportare, al pari dei titolari delle imprese, i costi della pandemia.

¹¹ Provvedimento del 26 febbraio 2021, in *Boll. Adapt*, 15 marzo 2021.

¹² Sentenza del 19 aprile 2021, in *Tuttolavoro24.it* del 20 aprile 2021; nello stesso senso Trib. Trieste 23 giugno 2021. Secondo Trib. Milano 17 luglio 2021 i dirigenti sono *sempre* esclusi dal blocco, ritenendo legittimo anche se si procede al loro licenziamento collettivo. Secondo il giudice l'esclusione del divieto si giustifica in quanto l'azienda, per questa categoria, non può accedere ad alcun ammortizzatore sociale e quindi sarebbe irragionevole costringerla a sostenere l'intero costo di un dirigente in esubero.

4. *La fine del blocco e le condizioni di esercizio del potere di licenziamento*

In base all'articolazione temporale indicata nel paragrafo di apertura, le aziende del settore industriale ed edile¹³, dal 1° luglio 2021 si riappropriano del potere di licenziare per motivi economici, potere che tuttavia è subordinato allo svolgimento dei passaggi procedurali *ex artt.* 4, 5 e 24 della l. n. 223/1991, per i licenziamenti collettivi, ed *ex art.* 7 della l. n. 604/1966, per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo; si potrà adottare un recesso immediato solo per i lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti.

Le norme sul blocco, come detto, hanno impedito l'avvio delle procedure di licenziamento ed hanno *sospeso* quelle in corso alla data del 23 febbraio 2020. La sospensione sembrerebbe alludere ad un mero congelamento dei passaggi svolti fino a quella data, autorizzando ad ipotizzare di poter ripartire dal punto in cui l'*iter* procedurale si è interrotto. Tuttavia l'esigenza di (ri)analizzare, in linea con la *ratio* alla base del filtro procedurale che precede i provvedimenti di recesso per motivi economici, tutte le ragioni da cui scaturivano (e scaturiscono) gli esuberi di personale, in uno scenario economico e sociale radicalmente mutato, anche a livello globale, induce a ritenere che i datori di lavoro che decidono di (confermare l'intenzione di) licenziare debbano considerare azzerate le procedure già iniziate e ripartire *ab initio*.

¹³ In particolare, per ricavare il campo di applicazione, occorre fare riferimento all'art. 10 del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148, per cui si tratta dei seguenti ambiti: a) imprese industriali manifatturiere, di trasporti, estrattive, di installazione di impianti, produzione e distribuzione dell'energia, acqua e gas; b) cooperative di produzione e lavoro che svolgano attività lavorative similari a quella degli operai delle imprese industriali, ad eccezione delle cooperative elencate dal d.P.R. 30 aprile 1970, n. 602; c) imprese dell'industria boschiva, forestale e del tabacco; d) cooperative agricole, zootecniche e loro consorzi che esercitano attività di trasformazione, manipolazione e commercializzazione di prodotti agricoli propri per i soli dipendenti con contratto di lavoro a tempo indeterminato; e) imprese addette al noleggio e alla distribuzione dei film e di sviluppo e stampa di pellicola cinematografica; f) imprese industriali per la frangitura delle olive per conto terzi; g) imprese produttrici di calcestruzzo preconfezionato; h) imprese addette agli impianti elettrici e telefonici; i) imprese addette all'armamento ferroviario; l) imprese industriali degli enti pubblici, salvo il caso in cui il capitale sia interamente di proprietà pubblica; m) imprese industriali e artigiane dell'edilizia e affini; n) imprese industriali esercenti l'attività di escavazione e/o lavorazione di materiale lapideo; o) imprese artigiane che svolgono attività di escavazione e di lavorazione di materiali lapidei, con esclusione di quelle che svolgono tale attività di lavorazione in laboratori con strutture e organizzazione distinte dalla attività di escavazione. L'art. 4, co. 2, d.l. n. 99/21 ha esteso il blocco anche alle aziende dei settori tessile e moda. Tutte le altre imprese, a cui si applica la Cassa in deroga e il FIS, potranno licenziare a decorrere dal 1° novembre 2021.

5. *I dubbi di legittimità costituzionale superabili alla luce di un bilanciamento ragionevole e proporzionato*

Il blocco dei licenziamenti rappresenta indubbiamente una soluzione drastica, per certi versi semplicistica e comoda, che solleva fondati dubbi di compatibilità con principi e valori costituzionali, ma, per ripetere un *refrain* che ormai ci accompagna da più di un anno, data la portata devastante e globale della crisi indotta dalla pandemia e, ribadendo un concetto che sentiamo invece da anni, considerate le condizioni strutturalmente inefficienti del nostro mercato del lavoro, costituisce l'unica possibile e ragionevole risposta all'emergenza sanitaria ed economica prodotta dal Covid 19.

La dottrina che ha sollevato i più solidi dubbi sulla compatibilità costituzionale della normativa sul blocco, ha in verità riconosciuto la piena legittimità, per non dire l'ineluttabilità, del primo divieto, quello contenuto nell'art. 46 del d.l. n. 18/2020: la sua (iniziale) vigenza per un arco temporale limitato (60 giorni) e la consapevolezza della necessità di non addossare sui più deboli gli effetti sconvolgenti di un blocco totale delle attività economiche, ha convinto (quasi) tutti della sicura coerenza, anche costituzionale, dell'intervento. Si è riconosciuto altresì che il vincolo imposto alle imprese era ampiamente compensato dal generoso intervento in materia di ammortizzatori sociali sotto forma di "Cig Covid", con una copertura temporale che in sostanza ha coinciso con la durata del divieto¹⁴. I dubbi sono stati sollevati per gli interventi successivi, vale a dire con riferimento all'art. 14 del d.l. n. 34/2020, che ha prorogato il blocco fino al 17 agosto 2020, e soprattutto in relazione all'art. 14 del d.l. n. 104/20, che ha ulteriormente prorogato il divieto fino alla fine del 2020¹⁵. È evidente che tali dubbi si sono ulteriormente rafforzati con le leggi successive che, come detto, hanno allungato la vigenza per una durata complessiva di 18 mesi.

¹⁴ PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, in *MGL*, 2020, p. 692 ss. Secondo PISANI, *Divieto di licenziamento per emergenza Covid e tipologie di giustificato motivo oggettivo*, in *DLM*, 2021, spec. 142, la legislazione italiana viola il canone di ragionevolezza e la definisce come "eccezione italiana" nel confronto con gli altri paesi europei, nessuno dei quali ha adottato un divieto di licenziamento per un arco temporale così lungo. Chi scrive ritiene che il confronto dovrebbe estendersi anche alle strutture che operano nel mercato del lavoro e tra i paesi europei è difficile trovarne qualcuno con le inefficienze italiane.

¹⁵ Ovviamente gli interventi del d.l. n. 137/2020 e successivi, non considerati dalle analisi dottrinali citate, hanno ulteriormente alimentato questi dubbi.

Le argomentazioni sulla coerenza costituzionale di questi interventi hanno riguardato in particolare: a) la durata del blocco, b) il mancato allineamento tra divieto e ammortizzatori sociali, c) l'inclusione, nell'ambito di applicazione del divieto, dei casi di cessazione dell'attività¹⁶. Riteniamo divisibile solo l'ultima censura, la quale peraltro ha perso sostanzialmente vigore a seguito dei decreti legge nn. 104 e 137 del 2020; mentre sussistono solidi argomenti per superare le osservazioni critiche articolate in ordine ai primi due profili. Ma andiamo per ordine.

La dottrina stigmatizza le scelte del legislatore di prorogare la durata del blocco, nella convinzione che in tal modo si riprodurrebbe un vero e proprio imponibile di manodopera “in quanto il datore di lavoro è obbligato a mantenere una dimensione organizzativa non corrispondente a quella ‘libera valutazione e conseguente autodeterminazione’, che la sentenza costituzionale n. 78 del 1958 ha ritenuto debba essere salvaguardata”¹⁷. In buona sostanza questa dottrina ritiene che, superato un certo limite temporale, allorquando l'azienda si trovi nella necessità di porre fine ai rapporti per ragioni strutturali e organizzative che spesso nulla hanno a che fare con l'emergenza Covid, deve consentirsi al titolare di adottare le decisioni “giuste” per il bene, anche prospettico, dell'azienda. Si aggiunge che solo una totale coincidenza tra strumenti previdenziali e divieto di licenziamento consente di considerare quest'ultimo legittimo, altrimenti, se c'è disallineamento, vi è un contrasto con l'art. 41, co. 1, Cost. Le disposizioni violate sarebbero anche quelle relative al riparto delle responsabilità sociali previste dalla Costituzione (art. 38), in quanto, accollando alle imprese una funzione di sostegno del reddito si impone “ad una categoria di soggetti la realizzazione di una tutela che invece compete allo Stato”¹⁸. Ebbene, si ritiene che queste considerazioni non tengano adeguatamente conto di due fattori: la profonda e globale crisi indotta dal Covid nonché l'esigenza di valutare questa situazione, non solo dal punto

¹⁶ GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa*, cit., p. 607 ss.; PROIA, *Divieto di licenziamento*, cit., p. 690; ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, p. 439 ss.

¹⁷ Sul punto PROIA, *op. ult. cit.*, p. 695 ss., che aggiunge: “la disciplina del divieto di licenziamento, per il carattere di generalità ed uniformità più volte evidenziato, sembra aver operato una operazione di bilanciamento tra gli interessi coinvolti nella quale è totalmente obliterata la indubbia peculiarità della posizione dei piccoli imprenditori e il duplice rilievo che la Costituzione riconosce loro, titolari sì dell'impresa, ma essi stessi espressione di quel ‘lavoro’ al quale è riconosciuto valore fondativo della Repubblica democratica e una speciale tutela”.

¹⁸ *Ivi*, p. 692.

di vista dell'impresa, ma anche dalla prospettiva del lavoratore. Sul primo: assumere che solo un blocco di breve durata possa superare l'esame di legittimità costituzionale significa ignorare, o quantomeno, sottovalutare, la portata della crisi. Non solo il blocco delle attività ha un effetto paralizzante che non si limita al periodo di chiusura, ma quest'ultima, come era ampiamente prevedibile, non si è arrestata ai primi mesi ma è proseguita per molto tempo, investendo, con alcune eccezioni, tutto il mondo produttivo.

Pensare di far cessare il divieto di licenziamento dopo i primi due mesi significa accettare di alimentare tensioni sociali ulteriori e pericolose rispetto a quelle inevitabilmente scaturite dalla crisi economica. Soprattutto significa valutare la situazione soltanto dal punto di osservazione delle aziende, le quali, si dice, devono essere libere di autodeterminarsi e quindi di procedere al licenziamento di lavoratori addetti a posizioni soppresse (o che si intenderebbe sopprimere) e in ogni caso procedere alla riduzione dell'organico aziendale.

Queste considerazioni sembrano obliterare completamente l'altro polo della questione, vale a dire la mancanza di ogni possibilità di utilizzare strumenti di *politica attiva* che creino le condizioni per un reimpiego dei lavoratori che fuoriescono dalle aziende ed entrano nel mercato. Consentire il recesso dal rapporto di lavoro in piena pandemia, o comunque quando la crisi ha raggiunto l'apice, comporta affidare le sorti di questi lavoratori ad un mercato del lavoro che, già congenitamente inefficiente, è del tutto impreparato ad occuparsene.

Questa prevalenza temporanea del valore sociale della solidarietà è alla base della portata universale degli ammortizzatori sociali, tanto da essere concessi anche a quelle imprese che già si trovavano in stato di crisi e che avevano fatto ricorso ad altre misure di integrazione salariale, incluso l'intervento concesso ad aziende che si avviavano alla cessazione (per es. ai sensi dell'art. 44 del decreto Genova)¹⁹. Alla proroga del blocco deve assegnarsi anche questa portata: mantenere una situazione di limbo, al fine di ritardare e spostare l'ingresso dei disoccupati nel mercato del lavoro ad una fase la più vicina possibile al momento in cui i soggetti preposti al funzionamento degli strumenti di ricollocazione possano procedere alla loro attivazione, vale a dire

¹⁹ Sul punto LASSANDARI – PICCININI, *Un anno di blocco dei licenziamenti*, cit., pp. 6-7. Con la causale "emergenza Covid-19" sono transitate misure di sostegno del reddito anche quando l'origine della crisi, e quindi delle eccedenze, non avevano alcun collegamento con la pandemia.

allorquando la situazione complessiva si avvicini quantomeno ad una condizione di equilibrio.

Di diverso avviso è chi ritiene che “la ricetta non può essere quella di congelare la situazione occupazionale attuale, tenendo in letargo la forza-lavoro eccedentaria”, avvertendo che “occorre attivare il più possibile il trasferimento delle persone dai settori colpiti dalla crisi a quelli che non ne sono colpiti o addirittura ne sono avvantaggiati” e ancora che occorre “attivare i percorsi necessari per indirizzare subito efficacemente ciascuna persona in cerca di lavoro verso la situazione di *skill shortage* geograficamente e professionalmente più accessibili”²⁰. Non v'è dubbio – e su questo punto non può che convenirsi con le argomentazioni che precedono – che la ripartenza delle politiche attive implica un radicale cambio di paradigma: i soggetti – istituzioni pubbliche, associazioni datoriali e sindacati – che operano nel mercato del lavoro devono prendere atto – agendo di conseguenza – che la pandemia ha costretto a ripensare profondamente i modelli organizzativi e anche le prospettive di lavoro: molti lavori scompaiono ma molti nuovi emergono e, pertanto, è ancora più decisivo quanto sapranno fare le strutture del mercato del lavoro per abbinare domanda e offerta di lavoro, anche prevenendo lo sviluppo e la crescita di settori.

Ma per assecondare questa novità occorre subito affrontare i cambiamenti, che tuttavia possono tradursi in meccanismi operativi in un contesto in cui ci siano almeno i primi segnali di ripresa. Ancora in questa fase, in pieno stato di emergenza (dichiarato fino al 31 dicembre 2021, ai sensi dell'art. 1 del d.l. 23 luglio 2021), non è indifferente sostenere il reddito del lavoratore con gli strumenti di cassa integrazione o FIS, che presuppongono il mantenimento in vita del rapporto di lavoro, ovvero con misure di sostegno come la Naspi che, per quanto equivalente sul piano dell'ammontare economico, tuttavia presuppone l'estinzione del rapporto di lavoro. La Naspi è una misura di sostegno al reddito per agevolare la transizione, *contestualmente* all'attuazione di misure di politica attiva, verso un nuovo posto di lavoro. Pertanto può avere efficacia nella misura in cui gli strumenti di ricolloca-

²⁰ ICHINO, *Licenziamenti, un blocco che non fa bene a nessuno*, in www.lavoce.info, 20 ottobre 2020, il quale evidenzia che “è inutile congelare i lavoratori condannandoli a un periodo lunghissimo di sostanziale disoccupazione, con deterioramento progressivo della loro *employability*. Molto più utile investire l'enorme quantità di denaro che costa il blocco dei licenziamenti per dare finalmente avvio a quelle politiche attive del lavoro che in Italia non riescono a decollare”.

mento siano concretamente utilizzabili. È corretto stigmatizzare l'idea di un congelamento mirato solo al riassorbimento della forza lavoro eccedentaria, ma l'espulsione di tale personale non può avvenire in un momento in cui le attività produttive sono ferme in quanto gli esuberi potrebbero non essere definitivi e, si ribadisce, tali lavoratori entrerebbero in un mercato in cui i principali strumenti di governo sono paralizzati.

Queste considerazioni inducono a fornire un'interpretazione delle norme sul blocco concependole come un microsistema, nel complessivo quadro normativo dei licenziamenti, che trova applicazione fino alla scadenza del divieto. Durante la sua vigenza il divieto ha un'estensione generalizzata, con esclusione solo dei casi tassativamente individuati dal legislatore.

Non si condivide, neppure, la posizione di chi salva l'intervento in esame, sul piano della legittimità costituzionale, solo nella misura in cui la misura del blocco corrisponda "perfettamente" alla estensione degli ammortizzatori sociali²¹. Gli effetti economici della pandemia costituiscono il contesto ideale per riempire di contenuti valoriali il concetto di utilità sociale *ex art. 41, co. 2, Cost.*: preso atto che il divieto in parola trova fondamento nella fonte legislativa, nel rispetto dell'assunto che impone una riserva di legge, ai sensi della quale "l'apprezzamento del concreto interesse sociale da soddisfare attiene al merito riservato al legislatore"²², è addirittura difficile negare che, considerate le ricadute, economiche e sociali, prodotte dal Covid 19, le ragioni dell'utilità sociale, in un'ottica di bilanciamento degli interessi, non abbiano pieno fondamento e non siano idonee, temporalmente, a comprimere il pieno esercizio dell'iniziativa privata. Pertanto non può che convenirsi con chi osserva che "l'utilità sociale può essere declinata nei termini di una responsabilità sociale alla quale, anche in nome del dovere inderogabile di solidarietà (art. 2 Cost.), non possono sottrarsi coloro che liberamente esercitano un'attività economica"²³. Il ciclone pandemia ha imposto un bi-

²¹ Sul punto ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza*, cit., p. 453, secondo cui la misura del blocco "si giustifica nella misura in cui sia temporanea e, come anticipato, senza costi per le imprese, dato che diversamente si arriverebbe al caso limite di introdurre la figura dell'imprenditore coatto, qualora questi sia costretto a, o comunque scelga di, cessare la propria attività, ma si trovi impossibilitato a farlo non potendo licenziare i propri dipendenti".

²² C. Cost. 23 aprile 1965 n. 30. Secondo PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *RIDL*, 2019, I, p. 279 ss., "il legislatore, tempo per tempo, ha definito qual è il migliore equilibrato contemperamento degli opposti interessi di chi lavora per vivere e di chi detiene i mezzi di produzione".

²³ Così BALLESTRERO, *Il blocco dei licenziamenti. Le ragioni, i tempi e i modi di una misura con-*

lanciamento che, su un piano storicamente temporaneo ed eccezionale, colloca il lavoro in una posizione preminente rispetto all'azienda: e ciò, non in base ad una incondizionata "primazia gerarchica del lavoro" quale "priorità della ragione della conservazione del posto di lavoro come limite alla ragione aziendale"²⁴, ma quale prevalenza, in via transitoria, delle esigenze solidaristiche sulle ragioni del profitto.

La pandemia costituisce l'evento emblematico per imporre un bilanciamento, tra diritti di rilevanza costituzionale, "continuo e vicendevole" e "senza pretese di assolutezza per nessuno di esse"²⁵. Del tutto condivisibilmente si è evidenziato che il bilanciamento che realizza il legislatore trova fondamento in diverse *rationes*, che s'intrecciano in una complessa trama di valori che, accanto al dovere di solidarietà, impone al potere di iniziativa privata di confrontarsi anche con i diritti alla salute e alla sicurezza nonché con l'ordine pubblico²⁶. E tale contemperamento riteniamo debba ritenersi realizzato in modo proporzionato e ragionevole con la legislazione in commento²⁷ se si considera, da un lato, che il divieto ha efficacia temporanea e provvisoria, compensato da cospicue risorse previdenziali a sostegno del red-

troversa, in *DLM*, 2020, p. 493 ss.V. sul punto anche SANTORO-PASSARELLI, *Trasformazioni socio-economiche e nuove frontiere del diritto del lavoro* *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, p. 417, secondo cui l'utilità sociale è un *empty box* che deve essere riempito dal legislatore ordinario. Anche l'utilità sociale è stata considerata dalla migliore dottrina limite esterno e non funzionale all'impresa e necessita della mediazione del legislatore: MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, I, p. 618.

²⁴ BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 275 ss.

²⁵ C. Cost. 9 aprile 2013 n. 85.

²⁶ Sul punto PERULLI, *Sospensione dei licenziamenti e tutele costituzionali del lavoro*, in PROIA (a cura di), *Divieto di licenziamenti e libertà di impresa nell'emergenza Covid*, Giappichelli, 2020, p. 81.

²⁷ In proposito cfr. C. Giust. (sentenza 21 dicembre 2016, C-201/15, *Iraklis*), sulla normativa Greca: secondo la Corte la libertà d'impresa "non costituisce una prerogativa assoluta, ma deve essere presa in considerazione rispetto alla sua funzione nella società". Le "considerazioni attinenti al mantenimento dell'occupazione possono costituire, in determinate circostanze e a certe condizioni, giustificazioni accettabili per una normativa nazionale avente l'effetto di ostacolare tale libertà". Al contempo, la Corte ha osservato che le restrizioni devono essere comunque proporzionate, non potendo giungere al punto di "vanificare la sostanza stessa della libertà di impresa". In questo senso, secondo il Giudice Europeo, le circostanze al ricorrere delle quali è possibile porre delle limitazioni alla libertà di impresa devono essere stabilite in modo chiaro, specifico e oggettivo. Sul punto cfr. BIASI, *Liberty e Freedom nel blocco dei licenziamenti collettivi*, in *LDE*, n. 3/2020.

dito dei lavoratori e che, dall'altro, allo stato, sono completamente paralizzati tutti i meccanismi che possono consentire ai lavoratori licenziati di transitare verso nuovi posti di lavoro: sia perché sono ferme le politiche attive sia perché le incertezze dell'attuale quadro economico condizionano le dinamiche occupazionali e le stesse decisioni aziendali di incrementare gli organici.

Abstract

L'autore ricostruisce la normativa sul blocco dei licenziamenti introdotta durante l'emergenza Covid. Nello scritto, nel ricostruire i contenuti della normativa, si analizzano anzitutto le fattispecie, soggettive ed oggettive, escluse dal blocco. Dopo la ricognizione del quadro normativo, l'autore si concentra sui dubbi di legittimità costituzionale sollevati da molta parte della dottrina, soprattutto con riferimento alle norme che, dopo un primo blocco dei licenziamenti di 60 giorni, lo hanno prorogato, per taluni settori, fino a 18 mesi. Nello scritto si ritiene che, in un'ottica di necessario bilanciamento ragionevole e proporzionato dei valori e degli interessi in gioco, la legislazione sia idonea a superare i dubbi di legittimità costituzionale, sia perché si tratta di un blocco temporaneo, sia in quanto il divieto è compensato da un generoso riconoscimento da parte dello Stato di ammortizzatori sociali, sia infine perché è necessario considerare che, in questa fase storica, proprio a causa dell'emergenza pandemica, le strutture che operano nel mercato del lavoro non sono in grado di promuovere efficaci misure di politica attiva.

The author outlines the legislation on the dismissal ban introduced during the Covid emergency. In the paper, reconstructing the contents of the legislation, first of all, are analyzed the cases, subjective and objective, excluded from the ban. After reviewing the regulatory framework, the author focuses on the doubts of constitutional legitimacy raised by a large part of the doctrine, especially with reference to the rules which, after a first dismissal ban of 60 days, have extended it, for some sectors, up to at 18 months. In the document it is believed that, with a view to a necessary reasonable and proportionate balance of the values and interests at stake, the legislation is suitable to overcome the doubts of constitutional legitimacy, both because it is a temporary ban, and because the prohibition is compensated by a generous recognition by the State of social safety nets, and finally because it is necessary to consider that, in this historical phase, precisely because of the pandemic emergency, the structures operating in the labour market are unable to promote effective active policy measures.

Keywords

Blocco dei licenziamenti, emergenza sanitaria e sociale, legittimità costituzionale.

Freezing of dismissal, health and social emergency, question of constitutionality.

Valeria Nuzzo

Salute pubblica e rapporti di lavoro, tra autonomia e subordinazione

Sommario: **1.** La normativa per la prevenzione del covid-19 cambia i tratti della subordinazione? **2.** L'esplosione dello smart working. **3.** ...e del lavoro dei riders, cavalieri della pandemia. **4.** La modifica dei confini delle tutele già realizzata: l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015. **5.** La normativa sulla salute pubblica come tutela sovratipologica. **6.** Indietro non si torna. Quali nuove emergenze per la salute pubblica?

1. *La normativa per la prevenzione del covid-19 cambia i tratti della subordinazione?*

Se è pacifico che la regolamentazione a tutela della salute pubblica, legata alla pandemia da Covid-19, abbia sovresposto alcuni settori merceologici e inciso in modo considerevole sui rapporti di lavoro nonché sulle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, è assai meno scontata l'ipotesi che tali aspetti abbiano interferito col tema della qualificazione dei rapporti di lavoro.

Eppure la prassi del distanziamento sociale, necessaria al contenimento dei contagi, ha indubbiamente determinato una rottura dell'unità aristotelica di tempo, luogo e azione, già ampiamente compromessa dalle note trasformazioni del paradigma produttivo seguite alla crisi del taylorismo-fordismo, e ora, in tempo di pandemia, definitivamente frantumata. Alcuni dati empirici fanno dubitare dell'adeguatezza delle categorie tradizionalmente impiegate per sciogliere il dilemma qualificatorio, poiché allentano il coordinamento spazio-temporale della prestazione lavorativa o lo rendono impersonale e, a tratti, impalpabile.

Su altro versante, proprio l'urgenza di tutela indotta dalla necessità di

far fronte alle conseguenze economiche e sociali prodotte dalle misure restrittive anti-contagio ha inciso sulle tecniche di regolazione e, amplificando la tendenza già registrata all'estensione delle garanzie lavoristiche oltre la subordinazione, ha in parte portato a superare il riferimento ai tipi contrattuali come criterio di imputazione delle tutele.

Sul piano delle trasformazioni produttive indotte dalla regolamentazione emergenziale si pensi, innanzitutto, all'aumento dell'utilizzo dello smart-working, non solo per tutte quelle attività che potevano essere svolte fuori dai locali dell'impresa, ma anche per quelle integrate nella struttura imprenditoriale. E, ancora, si pensi all'incremento tangibile del lavoro dei riders e alla sua "mutazione" da mero lavoretto saltuario a prestazione indispensabile per consentire la consegna, entro le mura domestiche in cui ci siamo trovati "reclusi", di cibo e bevande. Una presenza che è divenuta visibile concretamente sia nelle vie semi-deserte del primo (e più affollate del secondo) lockdown, grazie anche ai colori sgargianti dei cubi montati su biciclette e motorini, sia sulle pagine dei giornali, sempre più spesso occupate da drammi e avventure di cui i riders sono protagonisti¹, non ultima la battaglia per ottenere i dispositivi di sicurezza considerati indispensabili per lavorare in periodo di pandemia.

Sul secondo versante non può non essere evidenziato il consolidamento, nella produzione legislativa legata alla pandemia, di una linea di sviluppo della protezione giuslavoristica che si potrebbe definire *sovratipologica*², in quanto prescinde dal meccanismo civilistico dei tipi contrattuali. E ciò non

¹ Dal caso di Gianni, disoccupato cinquantenne napoletano reinventatosi rider e rapinato del motorino (Il Mattino, 3 gennaio 2021), a quello di Adriano Urso, musicista jazz vittima della crisi provocata dalla pandemia ai lavoratori dello spettacolo, che muore mentre effettua una consegna (La stampa 13 gennaio 2021), dai falsi riders utilizzati dalla camorra per portare droga e sigarette (fanpage.it 17 novembre 2020) a quello aggredito a Milano da una banda di minorenni (Il mattino, 6 marzo 2021), dalla storia di Bourbouth, una delle tante di delusione sfruttamento, raccontata da Internazionale (10 novembre 2020) o di Niccolò Bonavita, in arte Bolla, anche lui musicista reinventato rider all'ultima notizia del rider sfregiato a Verona per aver difeso una ragazza (Corriere della sera 22 aprile 2021). Per non parlare delle rivendicazioni giudiziarie delle tutele del lavoro, comprese quelle in materia di salute e sicurezza. Basti pensare che la pronuncia che riconosce al rider palermitano Tuttolomondo le tutele della subordinazione è comparsa su tutti i giornali e ha conquistato anche il quotidiano Caffè di Massimo Gramellini che, nel suo "elogio del fattorino", definisce il rider personaggio dell'anno, accanto al medico e all'infermiere (Corriere della sera 25 novembre 2020).

² Mutuo l'espressione da PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, qui p. 68.

solo nella misura in cui si estende a più tipi, ma, ancor più, quando riconosce alcune tutele prescindendo proprio dalla qualificazione del rapporto di lavoro. Così, se le regole sui congedi parentali legati al Covid-19 trovano applicazione a subordinati, autonomi e coordinati, al pari di quelle che riconoscono l'indennità di 600 euro per il mese di marzo 2020, le disposizioni a sostegno del reddito prendono in considerazione condizioni dei lavoratori considerate trasversalmente, come quelle reddituali.

Questa linea di sviluppo della legislazione “emergenziale” lavoristica, unitamente alla influenza che essa ha determinato (direttamente e indirettamente) nella diffusione e nel consolidamento di modalità di lavoro in parte divergenti sia dal classico schema della subordinazione, per l'assenza dell'inserimento “fisico” del lavoratore nell'impresa, sia da quello del lavoro autonomo, per la visibile integrazione in una organizzazione “immateriale” altrui (a partire proprio da quei cubi colorati che immediatamente indicano “l'appartenenza” del lavoratore all'una o all'altra piattaforma), inducono a voler verificare se, e in che misura, la pandemia abbia ulteriormente messo in crisi il presupposto fattuale delle tutele che l'ordinamento riconosce ai lavoratori, suggerendo un differente approccio alla considerazione dei bisogni di chi lavora.

2. *L'esplosione dello smart working*

Di fronte a un virus che si nutre della vicinanza fisica, è indubbio che la regolamentazione dello smart working, tutto sommato abbastanza recente (e fino allo scorso marzo scarsamente frequentata), abbia offerto al Governo una strada per garantire la continuazione delle attività produttive evitando la concentrazione di persone sui luoghi di lavoro. La possibilità, già ammessa dall'art. 18 della l. n. 81/2017, di eseguire la prestazione al di fuori dei locali aziendali attraverso l'utilizzo di sistemi tecnologici, ha consentito a milioni di lavoratori di poter continuare a lavorare da casa, usando tablet e pc, con una serie infinita di problemi sul piano della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro che, paradossalmente, proprio il lavoro agile avrebbe dovuto contribuire ad affrontare³.

³ Sulle originarie finalità dell'istituto v. CASILLO, *La conciliazione tra tempi di lavoro e non lavoro*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro*

I numerosi atti normativi con cui Governo e Parlamento sono intervenuti sulle modalità di lavoro, mossi dalla duplice esigenza di tutelare la salute pubblica senza paralizzare completamente le attività produttive⁴, sono andati tutti nella direzione di sostituire ove possibile il lavoro in presenza con quello da remoto, onde evitare la trasmissione del virus. Da subito, con il dpcm dell'11 marzo 2020, si è incrementato l'utilizzo del lavoro agile come modalità idonea a garantire la prosecuzione delle attività lavorative nel periodo di lockdown. In particolare, il Governo ha "raccomandato" il "massimo" uso del lavoro in forma agile per tutte le attività «che possono essere svolte» con questa modalità, demandando all'imprenditore la valutazione (discrezionale) relativa alla verifica della sussistenza delle condizioni (strutturali, organizzative, strumentali, tecnologiche, ecc.) di impiego dello strumento⁵. Nel lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione la prima regolamentazione dello smart working è andata anche oltre: il d.l. del 17 marzo 2020, n. 18, ha prescritto lo svolgimento in via ordinaria delle prestazioni lavorative in forma agile e, dunque, ha capovolto il rapporto regola/eccezione tra lavoro a distanza e lavoro in presenza⁶, ammesso esclusivamente per le attività «indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro anche in ragione della gestione dell'emergenza»⁷.

nelle pubbliche amministrazioni, Giappichelli, 2018, p. 216 ss.; SPINELLI, *Tecnologie digitali e organizzazione del lavoro: lo smart working è davvero la nuova frontiera della conciliazione vita-lavoro?*, in OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, 2018, p. 171 ss. e ID., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018.

⁴ Di "funzione di ordine pubblico economico", che si somma a quella di salute pubblica, parla efficacemente CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in RIDL, 2020, p. 233.

⁵ Così art. 1, n. 7, lett. a, e n. 10, d.p.c.m. 11 marzo 2020, il cui contenuto è stato confermato dalle disposizioni emergenziali successive.

⁶ Sul tema v. DI CARLUCCIO, *Il lavoro agile emergenziale nelle P.A.*, in Giustiziacivile.com, 2020, n. 7.

⁷ Su questa "ordinarietà" dello smart working nelle pp.aa. il legislatore è intervenuto durante la fase 2 dell'emergenza cancellando la prescrizione e introducendo prima dei tetti percentuali al lavoro agile e poi la necessità del Piano organizzativo per il lavoro agile (Pola). Cfr. d.p.c.m. 26 aprile 2020, Dir. della Funzione Pubblica 4 maggio 2020, n. 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con l. 17 luglio 2020, n. 77 (per l'esame di queste disposizioni si rinvia a SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle Pubbliche Amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in LPA, 2020, 2, pp. 24-26). Da ultimo v. d.m.p.a. 19 ottobre 2020, adottato in attuazione dei d.p.c.m. del 13 ottobre 2020 e del 20 ottobre 2020, su cui PORCHEDDU, *Lo Smart Working nella Pubblica Amministrazione: il decreto ministeriale del 19 ottobre 2020*, in *Boll. Adapt* 26 ottobre 2020, n. 39.

Questa “normalizzazione” dello smart working ha inciso anche sulla originaria regolamentazione dell’istituto: mutata la funzione, non più rispondente all’esigenza del singolo di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro⁸, ma a quella collettiva di strumento anti-contagio, si è prodotto uno sbilanciamento “autoritario” a favore del diritto alla salute pubblica ed alla efficienza organizzativa, facendo venir meno, *in primis*, la necessità dell’accordo individuale sia nella fase genetica della scelta della modalità di esecuzione del rapporto, sia in quella funzionale del suo svolgimento⁹, rimettendo totalmente al datore la valutazione sul *quomodo* e sul *quantum*.

In particolare, il decreto Rilancio¹⁰, nell’introdurre regole specifiche per lo smart working nel periodo emergenziale, ha previsto la possibilità, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, di utilizzare tale modalità pur in assenza di accordo con la parte e senza alcun obbligo di fornire ai dipendenti gli strumenti informatici necessari a rendere la prestazione¹¹. Ulteriori semplificazioni, inoltre, sono state previste sul piano degli oneri informativi in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro (art. 22 della legge n. 81 del 2017) e su quelli di comunicazione del rapporto posti a carico della parte datoriale. Infine è venuta meno la scelta del luogo ove svolgere la prestazione, dovendo forzatamente coincidere (salvo situazioni eccezionali) con l’abitazione di residenza e/o di domicilio del lavoratore, luogo necessitato da ragioni di salvaguardia della salute, tant’è che più correttamente si dovrebbe parlare di home working¹².

⁸ Così espressamente l’art. 18 della l. n. 81/2017.

⁹ Ai sensi dell’art. 19 della l. n. 81/2017 l’accordo avrebbe dovuto essere stipulato per iscritto per disciplinare l’esecuzione della prestazione lavorativa svolta all’esterno dei locali aziendali, «anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore», regolamentando inoltre «i tempi di riposo del lavoratore nonchè le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

¹⁰ V. art. 90 del d. l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

¹¹ Art. 90, co. 2, cit., secondo cui: la prestazione in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dal datore di lavoro».

¹² Sulla trasformazione pandemica dello smart-working v., in particolare, ROMEI, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, n. 4, p. 423; CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, cit., p. 227; SPINELLI, *Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in *Labor*, 2021, n. 1, p. 115; LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *MGL*, 2020, p. 615; ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*,

Il permanere della situazione pandemica ha prorogato di volta in volta queste regole, da ultimo con il d.l. 22 aprile 2021, n. 52 (il c.d. decreto Riaperture) che sposta al 31 luglio 2021 i termini correlati con lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, tra cui le citate regole di semplificazione nel ricorso allo smart working¹³.

Sul piano che qui più interessa, occorre indagare se la citata “normalizzazione” del lavoro agile ci abbia consegnato un modello di subordinazione che può dirsi tipico della pandemia, in qualche modo divergente da quello precedente.

Il coordinamento spazio-temporale, che caratterizza da sempre il lavoro subordinato tradizionale, viene meno, sostituito dal coordinamento informatico e dalla predisposizione di obiettivi. Il lavoratore può adempiere alla sua prestazione in un luogo esterno ai locali aziendali, purché sia possibile l'interconnessione stabile, e può farlo anche, per espressa previsione normativa, utilizzando mezzi di sua proprietà. Ciò significa che vengono strutturalmente meno sia l'inserimento “fisico” nell'organizzazione aziendale che la necessità dell'alienità dei mezzi impiegati. Cambiano anche i poteri datoriali: quello direttivo si esprime completamente in via digitale, con modalità a volte diverse da quelle tradizionali¹⁴, mentre quello di controllo oscilla tra forme super-invasive e una forte riduzione nella sua efficacia di verifica della prestazione, spesso limitata esclusivamente al risultato. Crescono senza alcun dubbio gli ambiti di autonomia del prestatore e corrispondentemente si ha un incremento dei livelli di responsabilità¹⁵.

in *MGL*, 2020, p. 771; BROLLO, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, p. 553 e ID., *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, n. 4, p. 507. Sul tema v. anche i contributi pubblicati sul Quaderno monografico a cura di MARTONE, *Il lavoro da remoto*, *Quaderni di ADL*, 2020, n. 18.

¹³ Sulle regole legate anche alla fase 2 e alla fase 3 dell'emergenza e sulle nuove funzioni di cui è stato caricato il lavoro agile v. ROMEI, *op. cit.*, p. 429.

¹⁴ Non si può in questa sede esaminare un tema così complesso, per il quale si rinvia a BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., p. 49 e ss.; AIMO, FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, 2021, n. 1, p. 25.

¹⁵ Sul punto, su cui ancora si è costretti a rinviare, si v. DI NUNZIO, *Lavoro agile, forme organizzative e soggettività del lavoratore*, in CARABELLI, FASSINA (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro, I seminari della Consulta giuridica della Cgil*, Ediesse, 2021, n. 4, p. 33. V. anche BUTERA, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, in <http://www.bollettinoadapt.it/wp->

Cambiamenti, questi, che hanno interessato, durante la fase più acuta dell'emergenza, oltre sei milioni e mezzo di lavoratori, il 97% delle grandi imprese, ma anche il 58% delle piccole e medie imprese e il 94% delle pubbliche amministrazioni¹⁶, obbligando tutti a fare i conti con le trasformazioni che si sono prodotte nel modo di lavorare.

3. ...e del lavoro dei riders, cavalieri della pandemia

Se il ricorso allo smart-working e la sua generalizzazione derivano direttamente dalle norme volte a tutelare la salute pubblica, la questione dello sfruttamento del lavoro dei riders è solo un effetto indiretto di tale regolamentazione, tuttavia altrettanto visibile. L'anno drammatico del lockdown e del distanziamento sociale è quello in cui si intensificano, senza precedenti, le consegne di beni e cibo a domicilio. Il governo chiude bar e ristoranti, quali possibili luoghi di assembramento, ma consente agli stessi di continuare la propria attività attraverso il servizio di asporto, avvalendosi principalmente delle piattaforme di *food-delivery*. D'altronde anche i consumatori hanno potuto soddisfare i loro bisogni (e i loro desideri) soltanto ricorrendo a esse. I riders, che per conto di tali piattaforme hanno percorso da una parte all'altra ogni città, spesso unici visibili abitanti delle stesse, svolgendo una funzione a volte essenziale, hanno dovuto combattere persino per ottenere i sistemi di protezione dal virus (mascherina e disinfettante)¹⁷.

Proprio dall'emergenza di garantire l'applicabilità delle norme in ma-

content/uploads/2020/08/9.Butera-Smart-Working.pdf, che sottolinea come l'esperimento di massa del lavoro da remoto possa portare a un cambiamento di paradigma nell'organizzazione del lavoro.

¹⁶ Sono i dati dell'Osservatorio Smart Working della School of Management del Politecnico di Milano sul 2019. Al termine dell'emergenza l'Osservatorio del Polimi stima che i lavoratori agili, che lavoreranno almeno in parte da remoto, saranno complessivamente 5,35 milioni, di cui 1,72 milioni nelle grandi imprese, 920mila nelle Pmi, 1,23 milioni nelle microimprese e 1,48 milioni nelle Pubbliche Amministrazioni.

¹⁷ Sulla richiesta di emissione in via di urgenza, da parte dei riders ricorrenti nei confronti delle relative società, di un decreto *ex art. 700 cod. proc. civ.* contenente l'ordine di consegnare ai lavoratori i dispositivi di protezione individuale (quali mascherine, guanti, gel igienizzanti e soluzioni a base alcolica per la disinfezione degli zaini) che permettessero loro di svolgere la propria attività in condizioni di sicurezza, si sono pronunciati il Tribunale di Firenze in data 1 aprile 2020 e il Tribunale di Bologna in data 14 aprile 2020 (entrambe le pronunce sono in www.olimpus.uniurb.it).

teria di salute e sicurezza a «questa nuova categoria di lavoratori, il cui numero risult[a], di tutta evidenza, abnormemente aumentato»¹⁸, prende le mosse l'indagine della Procura della Repubblica di Milano che, monitorando, il lavoro dei riders, normalmente considerati autonomi occasionali, ha rilevato come esso, al contrario, sia «a pieno titolo inserito nell'organizzazione di impresa operando all'interno del ciclo produttivo del committente che coordina la sua attività lavorativa a distanza, attraverso un'applicazione digitale preinstallata su smartphone o tablet»¹⁹. L'indagine si è conclusa il 24 febbraio 2021, in piena seconda ondata dell'epidemia, e ha portato alla notifica, ai legali rappresentanti delle maggiori piattaforme di food-delivery, di verbali amministrativi di riqualificazione della posizione lavorativa dei riders e di intimazione all'applicazione delle tutele in materia di sicurezza.

L'ipersensibilità, in periodo di pandemia, rispetto alle questioni concernenti la salute, soprattutto di quanti giungono nelle nostre case ad approvvigionarci di ciò che abbiamo potuto ordinare (solo) online, ha contribuito a riportare in primo piano il problema della qualificazione di rapporti di lavoro apparentemente sfuggenti ai classici indici della subordinazione, ma fortemente integrati in una organizzazione altrui. Come efficacemente raccontato da Loach nel suo ultimo film, *Sorry we missed you*, uscito poco prima della esplosione del virus, l'autonomia solo apparente del corriere free-lance non è altro che adesione alla retorica dell'autoimprenditorialità²⁰, favorita dall'organizzazione delle piattaforme digitali²¹. L'immaterialità di tale organizzazione e l'illusorio ruolo della piattaforma quale mera mediatrice con i clienti, le indicazioni provenienti da un App scaricata sul cellulare, il controllo celato in

¹⁸ V. comunicato stampa della Procura della Repubblica di Milano del 24 febbraio 2021, consultabile in https://www.lavorodirittieuropa.it/images/IL_comunicato_della_Procura_della_Repubblica_di_Milano.pdf.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Tendenza che si registra già a partire dagli anni '80, con lo sviluppo di una forma di neoschumpeterianesimo che contribuirà all'affermarsi del concetto di "società imprenditoriale", ma che poi è stato amplificata, trent'anni più tardi, dal ruolo delle grandi organizzazioni internazionali e intergovernamentali. L'Ocse e l'Ue, ad esempio, pur senza riferirsi esplicitamente ai luoghi di elaborazione del discorso su individualismo-impresa universale, hanno costituito dei potenti amplificatori di questa concezione, per la quale ognuno è imprenditore di sé e da sé (in proprio). Sul tema v., per tutti, DARDOT, LAVAL, *La nuova ragione del mondo*, DeriveAprodi, 2013, qui pp. 207-215.

²¹ Sul punto v. tra i tanti, DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, 2019, qui p. 114, cui si rinvia per un esame del lavoro veicolato dal web.

un algoritmo, la proprietà dei mezzi utilizzati per svolgere l'attività (il veicolo e il telefono mobile) e la considerazione dell'attività stessa come di un "lavoretto" saltuario, sono tutti elementi che avevano contribuito a lasciare fuori dal campo di applicazione del diritto del lavoro i fattorini di piattaforme come Deliveroo, Foodora, Glovo.

Se parte della dottrina ha visto nel lavoro dei ciclofattorini tutti gli elementi della subordinazione, ivi compresi quelli legati «alle consuetudini interpretative più restrittive, che identificano la subordinazione con l'eterodirezione»²², anche quella di stampo tayloristico²³; altra parte ha ritenuto ogni tentativo di riconduzione di tali soggetti al mondo del lavoro subordinato come volto «a mettere le braghe alla storia»²⁴ e, pur riconoscendo una disparità contrattuale, l'ha ritenuta comune a molte declinazioni del lavoro autonomo di seconda o terza generazione²⁵. In mezzo c'è chi sottolinea l'interferenza dell'organizzazione sull'attività di lavoro che, pur non cancellandone l'autonomia, consente di estendere ai sensi dell'art. 2 le tutele della subordinazione²⁶ e chi invece ravvisa in questo particolare assetto d'interessi una mera dipendenza economica che non permetterebbe di applicare, in linea di massima, né l'art. 2094 cod. civ. né l'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015²⁷.

Questa diversità di orientamenti si riscontra chiaramente anche nella giurisprudenza.

Solo a voler guardare la nota vertenza avviata dai rider torinesi di Foo-

²² BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, vol. 5, n. 2, p. 22, che richiama la giurisprudenza sulle agenzie ippiche e, in particolare, Cass. n. 3457/2018 in cui la Corte ha espressamente affermato che la libertà di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza necessità di giustificazione sarebbe un elemento esterno al contratto di lavoro e non inciderebbe sulla natura del rapporto; CONSIGLIO, *Il lavoro nella digital economy: prospettive su una subordinazione inedita?*, in *LLI*, 2018, 4, 1, p. 87; VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 336/2017, p. 73.

²³ TULLINI, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, p. 171.

²⁴ BRONZINI, *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, cit., p. 7.

²⁵ C. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy*, in *DLRI*, 2018, p. 423 ss.

²⁶ Così PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 410/2020 e ora *ID.*, *Oltre la subordinazione*, cit., cui si rinvia anche per l'esame delle diverse posizioni, v. p. 16 e ss.

²⁷ RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *LLI*, v. 5, n. 2, 2019, p. 72.

dora contro la piattaforma di food-delivery, si riscontrano nei tre gradi di giudizio ben tre diverse soluzioni interpretative. Se il Tribunale²⁸ ha qualificato i riders come lavoratori autonomi, né etero-diretti né etero-organizzati, peraltro in una ricostruzione in cui la seconda ipotesi diventa perfettamente sovrapponibile alla prima²⁹; la Corte di Appello³⁰ li ha, invece, ricondotti nell'ambito di operatività dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 e, ribadendo la natura autonoma dell'attività dei ciclofattorini impegnati nella consegna di cibo a domicilio, in quanto liberi di rifiutare le singole chiamate, ha ritenuto che l'estensione di disciplina ivi prevista non potesse essere integrale, ma selettiva, implicando una valutazione di compatibilità con la natura non subordinata di tali rapporti. La Suprema Corte³¹, condividendo con i giudici di appello l'idea che il lavoro etero-organizzato non possa essere considerato alla stregua di un nuovo *genus* da incuneare tra autonomia e subordinazione, ha (conseguentemente) escluso la necessità/possibilità di una selezione o modulazione delle tutele sulla base delle diverse esigenze di protezione che, peraltro, avrebbe un chiaro costo in termini di certezza del diritto, affidando all'arbitrio valutativo del giudice il perimetro delle tutele da estendere. Secondo la Corte non ha proprio alcun senso interrogarsi sulla natura di queste forme di collaborazione, in quanto rileva il sol fatto che l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme connesse al contratto *ex art. 2094 cod. civ.* anche ai rapporti in cui «l'etero organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto

²⁸ Trib. Torino 5 luglio 2018, in *RIDL*, 2018, II, con nota di ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig economy*, pp. 294-303. V. anche BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, in *ADL*, n. 4-5, 2018, p. 1227 ss.; DEL CONTE, RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *DLRI*, 2018, 159, 3, p. 673 ss.

²⁹ Il giudice ha infatti ricostruito l'articolo 2 come "norma apparente", ovvero come disposizione incapace di produrre effetti nell'ordinamento giuridico, in quanto non farebbe che descrivere in forma diversa le caratteristiche della subordinazione di cui all'articolo 2094 cod. civ.: in dottrina cfr. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015. Una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, 6, p. 1129.

³⁰ App. Torino, 4.2.2019, n. 26, in *RIDL*, 2019, II, p. 340 con note di M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle note dei riders di Foodora*, e DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*; in *RGL*, 2019, II, con nota di CARABELLI, SPINELLI, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*; in *questioneigiustizia.it* con nota di MARTELLONI, *La Corte di Appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*. Sulla linea di confine tra etero-direzione ed etero-organizzazione disegnata dalla Corte di Appello di Torino v. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, cit., qui p. 129 ss.

³¹ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, sulla quale v. i numerosi commenti in *LDE*, 2020, n. 1.

da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente» e dunque bisognoso di «una protezione equivalente».

Diversa la ricostruzione offerta, più di recente, dal Tribunale di Palermo³², che ha riconosciuto, per la prima volta in Italia, la natura subordinata del rapporto di lavoro di un rider di Glovo e ne ha disposto la reintegrazione *ex art.* 18, comma 1, St. lav., ricostruendo la disconnessione del suo *account* disposta dalla nota piattaforma di food-delivery alla stregua di un licenziamento orale.

La giudice palermitana, senza bisogno di smentire l'orientamento della Cassazione, preferisce, nel caso del glover impegnato nell'attività di consegna di cibo a domicilio per quasi due anni consecutivi (con orario lavorativo di circa 40 ore settimanali), il più tradizionale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato *ex art.* 2094 cod. civ., rintracciando, in capo alla piattaforma digitale, tutte le caratteristiche e prerogative di un normale datore di lavoro.

Il punto saliente della pronuncia palermitana riguarda l'esito dell'indagine sulla (mancanza di) autonomia nella fase genetica del rapporto, altrove riconosciuta per la libertà dei lavoratori di decidere se e quando lavorare, ma qui esclusa perché ritenuta fittizia. La “scelta” degli slot appare alla Giudice più apparente che reale, essendo fortemente condizionata da una serie di elementi legati alla performance e produttività dei lavoratori, costantemente profilati (tramite il c.d. punteggio di eccellenza) sulla base di un algoritmo predisposto e governato dalla piattaforma³³, che tolgono qualsiasi concreta alternativa a chi voglia/debba svolgere quel lavoro.

³² Trib. Palermo 24 novembre 2020, n. 7283, per il cui commento v., in successione cronologica: POSO, *Qual è la natura giuridica dei rider? Sono subordinati, bellezza! Commento a prima lettura della prima sentenza-zibaldone che farà discutere, Labor*, 1° dicembre 2020; DEL CONTE, *Rider, il potere direttivo si incarna nella app*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° dicembre 2020; TOSI, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, *GLav.*, n. 48, 2020, p. 12 ss.; GIUBBONI, *La subordinazione del rider*, *Menabò di Etica ed Economia*, n. 140/2020, 14 dicembre 2020; PICCININI, *Il rider come lavoratore subordinato*, in *Collettiva*, 18 dicembre 2020 nonché, in termini più analitici, CAVALLINI, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziacivile.com*, 21 dicembre 2020; BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, *LLI*, Vol. 6, No. 2, 2020, p. 62 ss.; MARTELLONI, *Il ragazzo del secolo scorso. Quando il rider è lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato*, *www.questionegiustizia.it*, 24 dicembre 2020; ALBI, *La subordinazione algoritmica nell'impresa-piattaforma* e NUZZO, *Sulla subordinazione dei rider: un'innovativa pronuncia del Tribunale di Palermo*, entrambi in *RIDL*, 2020, n. 4, rispettivamente p. 826 e p. 835. Critico PERULLI, *Il riders di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione e libertà*, in *ADL*, 1, 2021, p. 37.

³³ «Al di là dell'apparente e dichiarata (in contratto) libertà del rider, e del ricorrente in

Nello stesso senso, come si è detto, si è conclusa l'indagine della Procura di Milano, di cui si è avuto notizia a pochi mesi dalla pronuncia del Tribunale di Palermo. Anche essa si fonda sulla rilevazione empirica che «la asserita autonomia del rider si riduce in realtà a una scelta delle fasce orarie in cui svolgere l'attività, scelta che – a seconda dei casi – è condizionata in maniera più o meno ampia in base al punteggio (il cd. ranking) attribuito automaticamente dal sistema informatico e collegato alla performance (puntualità, rapidità, accettazione degli ordini)»³⁴, un sistema che costringe di fatto il rider ad accettare tutti gli ordini e a portarli a termine il più velocemente possibile.

4. *La modifica dei confini delle tutele già realizzata: l'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015*

L'incremento dello smart-working e del lavoro dei riders indotto dalla normativa pandemica, induce a riflettere sulla necessità di aggiornare la nozione di subordinazione per rispondere alle istanze di protezione che provengono dal lavoro stesso. La domanda, da cui si sono prese le mosse, sulla opportunità di superare il legame etero-direzione/tutele suona retorica, invero, a quanti, come chi scrive, hanno già sostenuto che la riscrittura dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 abbia determinato non solo uno spostamento dei confini del lavoro protetto oltre la subordinazione, ma abbia proprio scardinato il riferimento alla subordinazione come fattispecie di riferimento³⁵.

L'art. 2, comma 1, del d. lgs. 81/2015 delinea, infatti, una fattispecie dai confini ben più ampi di quelli della subordinazione in cui hanno trovato posto tutte quelle forme di collaborazione continuativa e personale all'im-

particolare, di scegliere i tempi di lavoro e rendere o meno la prestazione, l'organizzazione del lavoro operata in modo esclusivo da parte della società convenuta sulla piattaforma digitale nella propria disponibilità si traduce, oltre che nell'integrazione del presupposto dell'etero-organizzazione, anche nella messa a disposizione del datore di lavoro da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative per consistenti periodi temporali (peraltro non retribuiti) e nell'esercizio da parte della convenuta di poteri di direzione e controllo, oltre che di natura latamente disciplinare, che costituiscono elementi costitutivi della fattispecie del lavoro subordinato ex art. 2094 cod. civ.».

³⁴ Comunicato Stampa del 24 febbraio 2021, cit.

³⁵ Sia qui consentito di rinviare, anche per le argomentazioni, a NUZZO, *I confini delle tutele lavoristiche, oggi*, in *Costituzionalismo.it*, 2 giugno 2020, in particolare p. 101 e ss.

presa caratterizzate dall'inserimento nell'organizzazione altrui: una integrazione che evidentemente indica, per il legislatore, la permanente sussistenza di un potere unilaterale del titolare dell'organizzazione idoneo a incidere sulle modalità di adempimento dell'altra parte e che diviene, come tale, fonte di squilibrio tra i contraenti, tanto da richiedere un intervento del diritto del lavoro in funzione perequativa.

L'operazione messa in campo con l'art. 2 suona profondamente diversa rispetto a quelle precedenti, volte a rispondere all'emersione di specifici bisogni di protezione. Si pensi, ad esempio, agli interventi diretti ad applicare le tutele previdenziali ai lavoratori autonomi, l'equo compenso ai professionisti, l'art. 36 ai giornalisti freelance, le tutele minime ai riders autonomi³⁶.

Prima di tutto il legislatore non seleziona le discipline, ma estende in blocco l'intera normativa sul lavoro subordinato impedendo al giudice qualsiasi scelta discrezionale sul sistema di tutele da applicare³⁷.

³⁶ Nella seconda decade del nuovo millennio il legislatore è intervenuto con una serie di disposizioni importanti, anche se non a carattere sistematico: la legge n. 92/2012 estende di fatto la tutela dell'art. 36 Cost. al lavoro autonomo a progetto e, nello stesso anno, la disposizione costituzionale è espressamente richiamata nella legge sull'equo compenso dei giornalisti non subordinati (art. 1 della l. 233/2012 che promuove, appunto «in attuazione dell'art. 36 Costituzione», l'equità retributiva dei giornalisti con «rapporto di lavoro non subordinato», imponendo la coerenza retributiva con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale per i giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato); nel 2017 la l. n. 81 introduce una disciplina essenziale, ma nient'affatto insignificante, per il lavoro autonomo non imprenditoriale (estendendo soprattutto la tutela previdenziale: v. infra) e, da ultimo, il Capo V-bis inserito nella l. n. 81/2015 dal d.l. n. 101/2019 (conv. l. n. 128/2019) riconosce alcune importanti tutele per un'attività di lavoro che, oltre a non essere subordinata, non è neppure continuativa (su tale riforma v. PERULLI, *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"*, n. 410/2020).

³⁷ Così anche Cass. n. 1663/2020, cit., che invero poi lascia aperta una strada quando ritiene di non poter escludere «situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ.». Il richiamo all'incompatibilità ontologica è stato letto con preoccupazione da quanti l'hanno considerato come una apertura a un possibile attivismo interpretativo diretto a una applicazione selettiva delle tutele: v. in tal senso PERULLI, *La prima pronuncia della Corte di cassazione sull'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, in *LDE*, 2020, n. 1, par. 5. Per una diversa lettura v. L. ZOPPOLI, *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della cassazione n. 1663 del 2020*, in *MGL*, 2020, p. 265. Convince la lettura di chi, già con riferimento alla Corte di Appello di Torino, ha interpretato come ontologicamente incompatibili solo "i soli vincoli consustanziali allo stato di soggezione gerarchica all'altrui potere dei (soli) subordinati, come il vincolo d'obbedienza (art. 2104, comma 2, cc)": così MARTELLONI, *La Corte di Appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*, cit.

In secondo luogo, la disposizione sembra designare una nuova fattispecie, che non coincide più con quella descritta dall'art. 2094 cod. civ. – e neppure si colloca al suo fianco, perché non è un *tertium genus* –, a cui si imputano le tutele lavoristiche. Nella sua area di continenza il lavoratore subordinato *ex art.* 2094 cod. civ. convive con quello integrato all'impresa e anche con chi si avvale, nello svolgimento della propria prestazione, di un apporto di mezzi; tutti accomunati dal fatto di essere stabilmente inseriti in una organizzazione (su cui non hanno potere) al fine di realizzare un risultato per il quale non hanno un interesse giuridicamente rilevante.

L'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015, dunque, ridefinisce il campo di applicazione delle tutele e in tal modo modifica l'oggetto del diritto del lavoro, relativizzando quanto mai prima d'ora il tema dei confini della subordinazione/etero-direzione di cui all'art. 2094 cod. civ. che oggi rileva come mero sotto-tipo di una più ampia fattispecie.

La portata normativa del primo comma dell'art. 2 non consiste nella modificazione né dell'assetto dicotomico dei rapporti né della fattispecie legale dell'art. 2094 cod. civ., ma nel suo superamento come tipologia di imputazione del diritto del lavoro. La nuova fattispecie, caratterizzata da elementi qualificatori parzialmente diversi da quelli desumibili dalla norma codicistica, riunisce al suo interno prestazioni il cui bisogno di protezione è evidente nell'asimmetria di potere tra le parti del rapporto di lavoro e che è determinata dal concorso di due elementi che mancano o mai si combinano negli altri contratti³⁸: l'alienità dell'organizzazione e l'alienità del risultato, secondo l'elaborazione che già venticinque anni fa la Corte Costituzionale aveva proposto per individuare l'area protetta³⁹.

³⁸ Così MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, 1971, ora in MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di NAPOLI, Vita e pensiero, 2004, p. 34.

³⁹ Il riferimento è al concetto di doppia alienità del lavoratore di cui alla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 30 del 5 febbraio 1996 (in *RCDL*, 1996, p. 616 ss.), relatore Luigi MENGONI. Qui si sottolinea che la subordinazione peculiare del rapporto di lavoro “è un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso dalla subordinazione riscontrabile in altri contratti coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti. La differenza è determinata dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce. Quando è integrata da queste due condizioni, la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione pro-

È in ragione dell'inserimento in una organizzazione produttiva altrui, che condiziona lo svolgimento della prestazione di lavoro (definendone le modalità estrinseche: luoghi, fasce orarie; impiego di mezzi strumentali del committente) e la finalizza al perseguimento di un risultato in ordine al quale il lavoratore non ha alcun interesse giuridicamente tutelato, che la collaborazione descritta dall'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 81/2015 deve essere assunta a oggetto della speciale legislazione protettiva.

Questa ricostruzione consente di tener dentro l'area protetta dalle tutele del lavoro tanto il lavoratore smart che il rider delle piattaforme di food-delivery, sdrammatizzando quei confini che la pandemia ha mostrato evanescenti, soprattutto di fronte a esigenze di tutela che sono esplose in tutta la loro drammaticità.

5. *La normativa sulla salute pubblica come tutela sovratipologica*

La tendenza al superamento della subordinazione come fattispecie unica di imputazione delle tutele è stata enfatizzata anche dalla normativa specificamente legata all'emergenza Covid 19. Essa non solo consolida quella linea di sviluppo della protezione giuslavoristica che va oltre la subordinazione, ma introduce una regolamentazione che è stata definita *sovratipologica* in quanto prende in considerazione bisogni che prescindono dalla qualificazione del rapporto di lavoro, scardinando, così, il meccanismo civilistico dei tipi contrattuali.

Sotto il primo aspetto, risponde alla logica di estensione di alcune tutele della subordinazione oltre la subordinazione, la regolamentazione dei congedi parentali nella loro variazione "pandemica". Quando il d.l. n. 18/2020 (c.d. "Cura Italia") ha introdotto un congedo finalizzato a soccorrere i genitori durante la temporanea chiusura delle scuole lo offre (almeno inizialmente⁴⁰)

duttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato". La tesi è ben illustrata in MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, cit., p. 34 e ss. In dottrina recentemente, proprio per la capacità di tale nozione di tenere dentro i lavori generati dai moderni mutamenti organizzativi, v. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, cit.

⁴⁰ Invero un passo indietro viene poi fatto nella regolamentazione successiva, perché il secondo congedo Covid-19 (per la quarantena scolastica dei figli ex art. 5 d.l. 111/2020), che si inserisce nell'andamento favorevole della situazione sanitaria alla fine d'estate, è limitato ai la-

a una vasta platea di soggetti: l'art. 23 si riferiva, infatti, ai lavoratori subordinati del settore privato (a quelli delle pubbliche amministrazioni è dedicato il successivo art. 25), ai collaboratori iscritti alla Gestione separata Inps nonchè a quelli autonomi non iscritti all'Inps.

Quel che però più interessa, ai fini di questa riflessione, non è tanto il meccanismo di estensione delle tutele appena descritto, quanto la regolamentazione sovratipologica del sostegno al reddito.

È in tale ambito, più che altrove, che la pandemia ha reso plasticamente evidente il bisogno di tutela, fino a produrre una rottura rispetto alla precedente logica di regolamentazione. L'urgenza dell'istanza di tutela ha reclamato una protezione che, a sua volta, ha avuto un effetto dirimpente spezzando il nesso inscindibile tipo-effetti. Ne è un esempio chiaro la regolamentazione in tema di sostegno al reddito. Già l'indennità di 600 euro, prevista per il mese di marzo 2020, viene riconosciuta a una ampia platea di soggetti: autonomi, partite Iva, collaboratori iscritti alla gestione separata e

voratori dipendenti, e così pure il terzo che, introdotto a fine ottobre 2020 con il d.l. 137/2020 (Decreto Ristori) per coprire, in aggiunta al provvedimento di quarantena dell'ASL, i casi di sospensione della didattica in presenza, segue quasi in tutto l'istituto precedente, compreso l'accesso solo ai lavoratori dipendenti. Da ultimo, l'art. 2 co. 2, del d.l. n. 30/2021, conferma questa diversità di disciplina tra autonomi e subordinati. Pur considerando il medesimo stato di bisogno, il Governo individua differenti strumenti per affrontarlo, riconoscendo ai soli lavoratori dipendenti (privati o pubblici), genitori di figli under 14, il diritto a fruire del congedo parentale Covid-19, mentre per i genitori iscritti alla Gestione separata INPS e per i lavoratori autonomi (iscritti all'INPS o alle casse previdenziali autonome non gestite dall'INPS) lo stesso art. 2, al comma 6, prevede la possibilità di fruire del bonus baby-sitting, cui si accede con i medesimi requisiti del congedo Covid-19 (genitori di figli under 14, incompatibilità con lavoro agile di un altro genitore, ecc.). Maggiori dettagli sull'ultimo congedo covid sono previsti dalla circolare INPS n. 63/2021; sul nuovo bonus baby sitting v. messaggio Inps n. 1296/2021 e Circolare n. 58/2021. La schizofrenia nella regolamentazione del congedo Covid-19 è palese, soprattutto se si paragona la retromarcia del Governo alla evidente vocazione universalistica di queste tutele, già ampiamente registrata. Basti pensare alla Raccomandazione del Consiglio dell'Ue dell'8 novembre 2019 sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi (che pur non avendo carattere legislativo, ha un indubbio valore politico) e, sul piano nazionale, alla l. n. 81 del 2017, che ha introdotto fondamentali tutele per il lavoro autonomo, compresi i congedi parentali e le norme sulla sicurezza del lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008 (su questa disciplina si v. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 341/2017; MARTELLONI, *I rimedi nel "nuovo" diritto del lavoro autonomo*, in *LD*, 2017, p. 517; GIUBBONI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *DLRI*, 2017, n. 115, p. 471; COLAVITI, *"Fondata sui lavori". Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 1).

lavoratori dipendenti (artt. 27, 28, 29, 30 e 38 del d.l. n. 18/2020) ed è legata all'esigenza di sopperire alla cessazione, o riduzione involontaria, del lavoro per alcune categorie di lavoratori e/o per determinati settori produttivi. L'art. 84 del successivo d.l. n. 37/2020, nel riconoscere l'ulteriore indennità per il mese di maggio ai lavoratori presi in considerazione nel precedente decreto legge, regola anche le "nuove indennità per i lavoratori danneggiati dall'emergenza epidemiologica da covid-19" (comma 8) avendo come riferimento la situazione di bisogno, a prescindere dalla qualificazione del rapporto. Infine né il reddito di emergenza né quello di ultima istanza distinguono tra autonomia e subordinazione. Il primo, compatibile con un rapporto di lavoro subordinato, è legato all'ISEE (art. 82 d.l. n. 34/2020), il secondo è una misura di sostegno al reddito destinata ai lavoratori dipendenti o autonomi che in conseguenza dell'emergenza abbiano cessato, ridotto o sospeso la loro attività o il loro rapporto di lavoro (art. 44 d.l. n. 34/2020).

6. *Indietro non si torna. Quali nuove emergenze per la salute pubblica?*

Se la regolamentazione in materia di salute pubblica interviene a protezione del lavoro superando la dicotomia autonomia/subordinazione, è pur vero che ne introduce una nuova: quella tra lavori funzionalmente integrati e lavori fisicamente integrati nell'impresa.

Il lavoro funzionalmente integrato è quello che si sposta in modalità agile, svolto dal domicilio del lavoratore.

Il lavoro fisicamente integrato impone la presenza nei luoghi di lavoro o, per lo meno, una integrazione "fisica" in una organizzazione che, paradossalmente, può essere immateriale: si pensi alle attività industriali mai interrotte o ai lavoratori degli esercizi commerciali rimasti aperti e si pensi anche alle attività, addirittura incrementate, di consegna del cibo a domicilio, "fisicamente integrate" nell'organizzazione immateriale della piattaforma.

Certamente questa divisione è strettamente connessa a un virus che esige il distanziamento personale come principale strumento di prevenzione, eppure si potrebbe ragionare, su questa nuova dicotomia, in termini di acquisizione: essa ben potrebbe sussistere, sopravvivere ed essere usata per altre emergenze, *in primis* quelle legate alla tutela dell'ambiente e ai cambiamenti climatici.

È indubbio, infatti, che lo smart working incide fortemente sul rispar-

mio in termini di inquinamento, sia sotto forma di immissioni di CO₂ ridotte dal minor uso dei mezzi di trasporto, sia per inquinamento acustico ed energetico⁴¹. E quindi si potrebbe pensare di recuperare la distinzione tra lavoro fisicamente e funzionalmente integrato in chiave ecologica, con una normativa di tutela della salute pubblica volta a limitare gli spostamenti “per lavoro”, incentivando lo strumento digitale per l’integrazione delle prestazioni nell’organizzazione datoriale. Ciò potrebbe valere sia per le pubbliche amministrazioni che per il lavoro privato, semmai inaugurando misure di condizionalità o di sostegno alle imprese volte al consolidamento o alla “ri-conversione” delle organizzazioni produttive in una prospettiva di sostenibilità ecologica. Le indagini sociologiche, peraltro, ci dicono che una tale possibilità incontrerebbe il favore di un’altissima percentuale di lavoratori che, senza voler riprodurre le forme totalizzanti del periodo di pandemia, continuerebbe a svolgere il lavoro almeno in parte in modalità agile⁴².

Sarebbe auspicabile che il legislatore cogliesse in tempo questi stimoli, per evitare di rincorrere altre emergenze. Il lavoro agile come possibile strumento da usare nell’interesse della collettività, da un lato, e la considerazione di istanze di tutela svincolate dalle tipologie lavoristiche “tradizionali”, dall’altro, sono acquisizioni di questa pandemia su cui si dovrebbe provare a non tornare indietro.

⁴¹ Prima del lockdown, lo studio *Added Value of Flexible Working* realizzato da *Development Economics*, calcolava che a livello mondiale il lavoro agile è in grado di ridurre i livelli di anidride carbonica di 214 milioni di tonnellate l’anno entro il 2030, pari alla stessa quantità di CO₂ che verrebbe sottratta dall’atmosfera da 5,5 miliardi di alberi.

⁴² Un recente studio svolto da ForumPA ha rilevato che, superata l’emergenza, solo il 6,4% dei lavoratori pubblici vorrebbe tornare a lavorare come un tempo, mentre oltre il 93% vorrebbe proseguire con lo Smart Working, di questi il 27,6% sceglierebbe di lavorare sempre da remoto, il 66% vorrebbe ribilanciare lavoro remoto e in presenza.

Abstract

Con il presente lavoro, l'A. vuole verificare se la regolamentazione a tutela della salute pubblica, legata alla pandemia da Covid-19 possa aver anche interferito col tema della qualificazione dei rapporti di lavoro, mettendo ulteriormente in crisi il presupposto fattuale delle tutele che l'ordinamento riconosce ai lavoratori e suggerendo un differente approccio alla considerazione dei bisogni di chi lavora. A tal fine si concentra su due distinti aspetti. Sul piano delle trasformazioni produttive segnala come il crescente ricorso allo smart-working (e la sua "normalizzazione") unitamente all'incremento tangibile e all'essenzialità assunta dal lavoro dei riders facciano dubitare dell'adeguatezza delle categorie tradizionalmente impiegate per sciogliere il dilemma qualificatorio, poiché allentano il coordinamento spazio-temporale della prestazione lavorativa o lo rendono impalpabile pure quando esiste. Sul versante delle tecniche regolative sperimentate segnala, di contro sia la tendenza all'estensione delle garanzie lavoristiche oltre la subordinazione, sia quella a una regolamentazione sovratipica, volta a superare il riferimento ai tipi contrattuali come criterio di imputazione delle tutele.

The purpose of this research is to find out whether the public health regulation linked to the Covid-19 pandemic may have also interfered with the issue of employment relationship classification, thus further undermining the employee protection recognised by legal system and raising the question of new approach to considering the needs of those who work. To that end the Author focuses on two distinct aspects. In terms of production transformations, the paper points out how the growing use of home-working (and its "normalization") together with the observable increase and importance assumed by the work of the riders, make one doubt the adequacy of the categories traditionally used to solve the qualification dilemma, since both these phenomena loosen the spatial-temporal coordination of the work performance or make it intangible even when it exists. Regarding the existing regulatory techniques the Author indicates the opposite tendency to extend labour guarantees beyond subordination, as well as a supra-typical regulation aimed at overcoming the contractual type reference as a benchmark for ascribing protections.

Keywords

Salute pubblica, tutele del lavoro, riders, lavoro agile, regolamentazione sovratipica.

Public health regulation, employee protection, riders, home-working, supra-typical regulation.

Lucia D’Arcangelo

Tutela della salute pubblica e *privacy* dei lavoratori: una nuova cultura dei controlli?

Sommario: **1.** Ambito e scopo dell’indagine. **2.** Tracciamento digitale e controllo a distanza. **3.** Accertamenti sanitari **4.** *Segue*: ... e vaccinazione anti Covid. **5.** Un doppio binario di tutela per i lavoratori controllati. **6.** La cultura dei controlli: un processo *in fieri*.

1. *Ambito e scopo dell’indagine*

L’imposizione di misure restrittive al godimento dei diritti civili e delle libertà fondamentali, applicate in via d’urgenza per far fronte all’emergenza sanitaria causata dalla diffusione del virus Covid-19, ha costituito tema di discussione non solo in ambito politico, ma anche in sede scientifica, tra studiosi appartenenti a vari settori disciplinari¹.

L’iniziativa economica privata, il diritto *di* e *al* lavoro, la libertà di circolazione, vivono tuttora fasi alterne di espansione, per quanto fortemente limitata, le cui conseguenze hanno impatto sull’economia, sull’occupazione,

¹ Tra i numerosi interventi della dottrina giuslavorista, senza pretesa di esaustività, si segnalano: BONARDI, CARABELLI, D’ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020; ZOPPOLI L., *Un nuovo diritto del lavoro sostenibile nei confini di un “Manifesto”*: tra politica e diritto, in *LDE*, 2020, pp. 1 ss.; ALES, *Quale Welfare ai tempi della pandemia?*, in *RDSS*, 2020, p. 429 ss.; ESPOSITO, *Quel che resta del Covid*, in *DLM*, 2020, p. 237 ss.; BALANDI, MARIUCCI, *Pandemia e lavoro*, in *LD*, 2020, pp. 155-158; DOLSO, FERRARA, ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del covid-19*, EUT, 2020. Nella letteratura costituzionalista e politologica si rinvia alla raccolta di contributi del volume di STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 1-772.

sulla tenuta psico-sociale dell'intera collettività, che, da più di un anno ormai, vive nella privazione dei legami relazionali, presupposto di quella idea di solidarietà che la Costituzione pone a fondamento della società civile (art. 2 Cost.).

In un simile contesto, la protezione dei dati della persona è apparso un diritto meritevole di tutela sin dall'inizio della condizione pandemica, quando si è cominciato a discutere della possibilità di eseguire un tracciamento digitale generalizzato per contenere e soprattutto prevenire il contagio, nell'ottica di una ripresa, sia pure parziale, delle attività commerciali e, in generale, della vita sociale.

Nella prospettiva di una convivenza obbligata con il Covid-19, si è intravisto nel *contact tracing* uno strumento utile per limitare la diffusione del contagio, nella logica di quella prevenzione cd. "secondaria", che interviene quando non è possibile eliminare il/i fattore/i di rischio che sono causa dell'insorgenza della malattia (prevenzione cd. "primaria")².

La sperimentazione dell'applicazione "Immuni" – scelta dal governo all'esito di una valutazione comparativa con altre tipologie di applicazioni digitali – non ha sortito il successo che si auspicava e appena dopo l'estate è finita nel dimenticatoio, sia politico, sia mediatico.

Tra le cause v'è da considerare anzitutto la scarsa percentuale di adesioni volontarie, ma anche il raccordo con il sistema sanitario ha funzionato poco e male, senza dimenticare, a monte di ogni specifico rilievo, il *deficit* di cultura della *privacy*, che il nostro paese tuttora sconta, nonostante siano trascorsi venticinque anni dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675, la prima normativa sul trattamento dei dati personali entrata in vigore in attuazione della direttiva 95/46/CE.

Non è questa la sede per approfondire, sul piano generale, il tema del *contact tracing*. Su di esso ci soffermiamo con riferimento esclusivo all'ambito giuslavoristico in una prospettiva di analisi incentrata sui controlli dei lavoratori anche in relazione alla materia degli accertamenti sanitari, con l'obiettivo di rispondere alla domanda che ci pone il titolo del nostro contributo.

Da questa duplice angolazione, nell'affrontare dapprima il tema del tracciamento digitale nei luoghi di lavoro, è opportuno delineare, in via preliminare, le novità legislative introdotte durante la prima parte del periodo emergenziale.

² Così, PASCUCCI, *L'infortunio sul lavoro tra prevenzione e protezione*, in CANAVESI, ALES (a cura di), *La tutela antinfortunistica oggi*, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 51-75, spec. p. 58.

2. *Tracciamento digitale e controllo a distanza*

La tracciabilità delle persone contagiate, o presunte tali, e dei dati sanitari che le riguardano è considerata attività consentita, ai sensi della disciplina in materia di dati personali, che presuppone una base giuridica di autorizzazione del trattamento di informazioni sensibili (art. 9, par. 2, lett. *g*), *h*) e *i*), Regolamento Ue 2016/679). La base giuridica in questione è rappresentata dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito nella legge 25 giugno 2020, n. 70, che, all'art. 6, comma 1, ha istituito “una piattaforma unica nazionale per la gestione del sistema di allerta delle persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi (...) e che, a tal fine, hanno installato, su base volontaria, un'apposita applicazione sui dispositivi di telefonia mobile”, il cd. sistema di allerta Covid-19³.

Il testo di legge è stato emanato, in via d'urgenza, dopo l'acquisizione del parere favorevole dell'Autorità italiana per la *privacy* (n. 79 del 29 aprile 2020) che ha dichiarato la conformità alle Linee-guida del Comitato europeo dei Garanti “sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al Covid-19” (adottate il 21 aprile 2020)⁴. Con riferimento, tra i vari aspetti, alla indicazione della finalità specifica di prevenire e contenere il contagio, alla individuazione della titolarità del trattamento in capo al Ministero della salute, che agisce in coordinamento con i vari soggetti pubblici e privati operanti nel settore sanitario e della protezione civile, al carattere volontario dell'adesione, alle modalità operative di funzionamento della piattaforma dell'allerta che “sono complementari alle ordinarie modalità di intervento del Servizio sanitario nazionale” (art. 6, comma 2, l. n. 70/2020).

Ebbene, nella società del lavoro le cose sono andate un po' diversamente.

³ La conversione definitiva è avvenuta dopo il Provvedimento di “autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid 19-App Immuni” del 1° giugno 2020.

⁴ Il documento dell'Edpb è reperibile al seguente link: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/docwebdisplay/docweb/9322516>. Il parere del Garante italiano n. 79/2020 è rintracciabile sul sito istituzionale dell'Autorità. Sul punto sia consentito il rinvio al mio, *Contact tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell'epidemia da Covid-19 (anche nel rapporto di lavoro)*, in *Giustiziacivile.com*, 8 maggio 2020; nonché, DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, *ivi*, 17 marzo 2020; per una prospettiva comparata, cfr. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 5 maggio 2020.

Qui, l'idea di affidare all'intelligenza artificiale e al calcolo algoritmico il tracciamento dei dipendenti per finalità anticontagio è nata prima del d.l. n. 28/2020, con la sperimentazione di *app* su *smartphone* aziendali e dispositivi indossabili come i braccialetti elettronici (*smart sensor, smart watch*, etc.), attraverso una varietà di metodologie, in genere *Bluetooth*, ma talvolta anche con modelli di geolocalizzazione, aventi come obiettivo la sicurezza e la salute dei lavoratori⁵.

Sul piano giuslavoristico, l'attività del tracciamento digitalizzato⁶ dà luogo a forme di controllo a distanza, pertanto, rientra nella fattispecie disciplinata dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, riformato dall'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 151/2015 (attuativo della legge delega n. 183/2014, cd. *Jobs Act*), ed è riconducibile alla previsione del comma 1 o 2, a seconda del tipo di strumento che a tale scopo viene utilizzato.

Più specificamente, si verte nell'ipotesi del controllo cd. procedimentalizzato previsto dal comma 1, nel caso dei "dispositivi elettronici indossabili" (*wearable device*), che sono da comprendere nella categoria degli "altri strumenti" che il datore di lavoro impiega insieme agli impianti audiovisivi per finalità di "sicurezza sul lavoro". In questo caso, l'uso dei dispositivi di tracciabilità deve essere condizionato alla preventiva consultazione sindacale e/o all'autorizzazione amministrativa⁷.

Diversa è l'ipotesi in cui il tracciamento si svolge attraverso "gli strumenti di lavoro", che, come noto, la disposizione del comma 2, dell'art. 4,

⁵ Il tema della sicurezza nei luoghi di lavoro in relazione al rischio Covid-19 tuttora svolge un ruolo centrale nel dibattito della comunità giuslavorista. Fra i primi commenti, oltre ai contributi pubblicati in *giustiziavivile.com* n. 3/2020, PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, 2019, p. 109 ss.; ID., *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, p. 117 ss.; NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 413/2020*; MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *DSL*, 2020, pp. 1-10. ID., *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in <https://www.federalismi.it>, Editoriale - 1 aprile 2020. Da ultimo, NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute dallo Statuto alla pandemia "Covid-19"*, in RUSCIANO, GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori*, in *QDLM*, 2020, pp. 179-193; e ID., *Salute e ambienti di lavoro nell'emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, 24 marzo 2021.

⁶ Ancora sul tracciamento digitale dei lavoratori, v. CUFFARO, D'ORAZIO, *La protezione dei dati personali ai tempi della pandemia*, in *CG*, 2020, pp. 729-739.

⁷ In tal senso, cfr. LAMBERTUCCI, *Il potere di controllo tra disciplina statutaria e regolamentazione della privacy*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 434.

sottrae al controllo procedimentalizzato (comma 1), vincolando il datore di lavoro all'obbligo, duplice, di fornire un'adeguata e completa informativa ai lavoratori e di rispettare quanto disposto dalla disciplina in materia di trattamento dei dati. In questa seconda eventualità, il datore di lavoro è legittimato ad inserire *software* di tracciamento negli strumenti di lavoro a condizione che abbia provveduto in precedenza ad adeguare gli strumenti di produzione e di lavoro ai parametri di prevenzione generale indicati nel Rgdp (artt. 5, 25, 32, 35) e che rediga specifica informativa per i dipendenti (art. 13) opportunamente specificando che i dati eventualmente raccolti non saranno utilizzati a scopo disciplinare.

Quest'ultima puntualizzazione trova giustificazione nell'art. 4, comma 3, St. lav., che consente l'utilizzo delle informazioni raccolte, ai sensi, sia del comma 1, sia del comma 2 "per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" purché "sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli" e nell'adempimento delle misure previste dalla disciplina generale sulla protezione dei dati. L'art 2-*decies*, Codice *privacy*, statuisce infatti, in caso di inadempienza del datore di lavoro, quale conseguenza giuridica, l'"inutilizzabilità" delle informazioni in ogni caso ottenute in violazione della disciplina in materia di trattamento di dati personali. Sul piano probatorio, civile e penale, laddove venga adita l'autorità giudiziaria, si applicheranno le pertinenti disposizioni processuali, secondo quanto previsto dall'art. 160-*bis*, Codice *privacy*⁸.

3. *Accertamenti sanitari*

L'esigenza di contemperare la tutela della salute pubblica con il diritto dei lavoratori alla *privacy* si è posta anche per gli accertamenti sanitari, relativamente alle modalità di controllo dello stato di salute dei lavoratori per la prevenzione del contagio⁹. Sul tema è intervenuto il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della

⁸ Sul concetto di inutilizzabilità mi permetto di rinviare a D'ARCANGELO, *Controllo a distanza e tutela processuale del lavoratore: il dato inutilizzabile costituisce mezzo di prova illecito?*, in *MGL*, 2020, p. 557.

⁹ Sulle modalità di esecuzione degli accertamenti sanitari, si veda CARINCI M.T., *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in *Adapt, Working Paper* n. 3/2020.

diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”, siglato dalle parti sociali su iniziativa del governo il 14 marzo 2020¹⁰, modificato il 24 aprile 2020, infine, recepito nel Dpcm del 26 aprile 2020, con un dettagliato elenco di misure da attuare nei luoghi di lavoro.

L'accordo sindacale attribuisce al medico competente funzioni specifiche di sorveglianza sanitaria nell'ambito del sistema delineato dall'art. 41, d.lgs. n. 81/2008, con l'effetto di rafforzarne il ruolo nell'ottica di una sinergia operativa con il datore di lavoro e con gli altri soggetti nella gestione della prevenzione dei rischi (responsabile del servizio di prevenzione, Rls/Rlst (protocollo sindacale, punti 11, 12), così derogando all'art. 5, St. lav., che, notoriamente, individua gli organismi deputati all'esecuzione degli accertamenti sanitari dei dipendenti, sia pubblici che privati, nelle istituzioni pubbliche sanitarie (Asl, Inail, organi del Ssn).

Tale deroga trova la sua *ratio* nell'art. 9, par. 2), Rgdp, che autorizza il trattamento di categorie particolari di dati quando è necessario per “motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri (...)” lett. g); “finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza (...)” lett. h); “motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (...)” lett. i). Ulteriore fondamento giuridico è nell'art. 6, par. 1, Rgdp, quando indica, tra le condizioni di liceità del trattamento, che il trattamento “è necessario per adempiere un obbligo legale” lett. c), e “per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico (...)” lett. e).

Ebbene, in tutte queste ipotesi, l'art. 6, par. 3, Rgdp, lett. a) e b), richiede una base giuridica che autorizzi il trattamento dei dati sensibili, stabilita dal diritto dell'Unione o dello Stato membro, che, nel nostro caso, è appunto rappresentata dal protocollo sindacale, quale presupposto giuridico di validità ed efficacia del trattamento di dati particolari.

In sintesi, allora, è nel protocollo che si ravvisa il fondamento giuridico dell'“obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento” di cui all'art. 6, par. 1, lett. c), Rgdp. E più ampiamente, nel generale dovere di sicurezza stabilito dall'art. 2087 cod. civ., al quale il datore adempie per il tramite

¹⁰ Si tratta del *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, a cui sono seguiti altri in relazione a particolari settori produttivi. L'elenco è consultabile sul sito dell'Osservatorio Olympus (https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=22008:acc&catid=151&Itemid=101).

del medico competente che, a sua volta, interviene in veste di professionista “soggetto al segreto professionale”, come richiesto espressamente dal menzionato art. 9, par. 3, Rgdp.

Sul piano operativo, al medico competente – e ai medici che devono svolgere funzioni di “sorveglianza sanitaria eccezionale”¹¹ – sono assegnate numerose funzioni da esercitare durante la fase emergenziale e fino “ad esaurimento” del virus, come recita il protocollo stesso nella parte introduttiva. Tra i principali compiti da assolvere: l’acquisizione del dato della temperatura corporea superiore a 37, 5°; le visite di prevenzione (al rientro da ferie, permessi), che si aggiungono alle visite periodiche di regola indette una volta l’anno; la segnalazione al datore di lavoro di situazioni di particolari condizioni di fragilità/patologie; l’acquisizione del test negativo di infezione da Covid-19 al rientro in azienda e conseguente valutazione di idoneità alla mansione. Queste informazioni vengono di norma raccolte (aggiornate e conservate) dal medico competente in apposita cartella clinica resa disponibile anche su formato elettronico¹².

Allo scopo di favorire il rispetto della normativa sui dati personali, ovvero dei principi generali applicabili ad ogni tipo di trattamento, ai sensi dell’art. 5, Rgdp, il protocollo sindacale suggerisce ai datori di lavoro di fornire un’adeguata informativa a tutti i lavoratori, in forma anche orale, sulle finalità di prevenzione del contagio da Covid-19; sui tempi di conservazione dei dati raccolti, che non possono eccedere il tempo dell’emergenza ma devono essere cancellati allo scadere di esso, nonché, la garanzia che i propri dati sanitari non saranno diffusi né comunicati a terzi ad eccezione delle Autorità sanitarie interessate per la ricostruzione della filiera degli eventuali contatti stretti di un lavoratore risultato positivo al Covid-19. Inoltre, come base giuridica del trattamento, si legge nel protocollo sindacale (nota 1), deve essere indicata “l’implementazione dei protocolli di sicurezza anti-contagio ai sensi dell’art. 1, n. 7, lett. d), del Dpcm 11 marzo 2020”, poi recepito, come anticipato, nel Dpcm del 26 aprile 2020.

¹¹ Il riferimento è a categorie particolari di lavoratori (maggiormente esposti al rischio di contagio per patologie pregresse e altre condizioni di salute) e i medici del lavoro pubblici che sono chiamati a tale ruolo nelle realtà produttive (art. 21, commi 1-2, cd. “cura Italia2”, ora art. 88, commi 1-2, d.l. cd. “Rilancio”), in cui la disciplina ordinaria non impone la figura del medico competente (art. 41, TU, n. 81/2008).

¹² Sul tema della raccolta digitale dei dati sanitari e le cartelle cliniche in formato elettronico, v. MICCÙ, FERRARA, INGENITO, *La digitalizzazione dei servizi sanitari, il diritto alla salute e la tutela dei dati personali*, (Focus), in *federalismi.it*, 12 febbraio 2021.

Per gli accertamenti vaccinali il protocollo del 2020 non contiene indicazioni per l'ovvia ragione che al momento della sua stipula di vaccino si iniziava appena a parlare. Del personale sanitario, invece, si è fatto carico il legislatore con l'emanazione del d.l. 1 aprile 2021, n. 44¹³ che ha introdotto l'obbligo della vaccinazione e lo scorso 6 aprile 2021, ancora una volta su iniziativa del governo (questa volta il confronto tra le parti sociali si è svolto su invito del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro della salute) è stato sottoscritto il "Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/ Covid-19 nei luoghi di lavoro" con la specifica finalità di "contribuire alla rapida realizzazione del Piano vaccinale anti SARS-CoV-2/ Covid-19".

4. Segue ... e vaccinazione anti Covid

Le informazioni vaccinali dei lavoratori sono dati sanitari e costituiscono oggetto di trattamento di tipo sanitario ai fini della *privacy* come ogni altro accertamento riguardante lo stato di salute.

Al di là della obbligatorietà o meno della vaccinazione per i lavoratori (fatta eccezione per coloro che sono alle dipendenze di strutture sanitarie), delle conseguenze di un eventuale rifiuto a ricevere la somministrazione e delle misure che il datore di lavoro è legittimato ad adottare al fine di prevenire occasioni di contagio in azienda, su cui la dottrina ha avviato un intenso dibattito¹⁴, nella prospettiva della *privacy* il datore di lavoro non è autorizzato a sapere se il lavoratore x o y è vaccinato.

¹³ PASCUCCI, LAZZARI, *Prime considerazioni di carattere sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *DSL*, 2021, pp. 152-165; nonché RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 12 aprile 2021, e ID., *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Q&G*, 2021 (e anche in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*).

¹⁴ Il rinvio è ai contributi raccolti in *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Labor - Il lavoro nel diritto* www.rivistalabor.it (22 gennaio-10 febbraio 2021), tra cui, MAZZOTTA *Vaccino anti-covid e rapporto di lavoro*, in *LDE*, 2021, pp. 1-19, e ID., *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, reperibili in www.senato.it. Sul tema, altresì, MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *federalismi.it*, Editoriale - 24 marzo 2021; PASCUCCI, DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia*

La condizione vaccinale rileva sul piano della idoneità fisica del lavoratore, non su quello della attitudine professionale, a meno che non si versi nell'ambito delle professioni sanitarie. L'art. 8 St. lav., è chiaro al riguardo "È fatto divieto al datore di lavoro (...) di effettuare indagini (...) nonché su fatti non rilevanti ai fini dell'attitudine professionale del lavoratore". E l'art. 4, comma 1, d.l. n. 44/2021, nel disporre che "la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati" e che "l'azienda sanitaria locale competente accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e, (...), ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'ordine professionale di appartenenza", eleva lo *status* di vaccinazione a requisito di professionalità limitatamente al settore sanitario. Solo in questo caso, quindi, il datore di lavoro è autorizzato a conoscere la situazione vaccinale dei propri dipendenti, nelle restanti realtà economiche e produttive il datore di lavoro potrà acquisire esclusivamente i giudizi di (in)idoneità alla mansione che gli vengono trasmessi dal medico competente ai fini di una eventuale riorganizzazione del lavoro.

Sul punto, l'Autorità per la protezione dei dati personali, con una *faq* pubblicata il 17 febbraio 2021 sul proprio sito internet, ha chiarito che "il datore di lavoro non può acquisire, neanche con il consenso del dipendente o tramite il medico competente, i nominativi del personale vaccinato o la copia delle certificazioni vaccinali. Ciò non è consentito dalla disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro né dalle disposizioni sull'emergenza sanitaria. Il consenso del dipendente non può costituire, in questi casi, una condizione di liceità del trattamento dei dati. Il datore di lavoro può, invece, acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica redatti dal medico competente"¹⁵. Tali precisazioni sono state ribadite di recente *sia* nel documento di indirizzo denominato "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali" adottato con il Provvedimento del 13 maggio 2021, n. 198, contenente

Covid-19; esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?, in *DSL*, 2021, pp. 81-117; NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in *DSL*, 2021, pp. 138-151.

¹⁵ Di diverso avviso, MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid*, cit., par. 6, pp. 11-12; POSO, *Il bene del singolo e il bene di tutti. E le "chiacchiere" dei politici (e dei giuristi) a proposito del vaccino anti Covid-19 tra obbligo e libertà*, in *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit., p. 62.

indicazioni sulle modalità di esecuzione della vaccinazione in tutti gli ambienti di lavoro *sia* nel documento “Il ruolo del *medico competente* in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale” con cui sono state fornite ulteriori indicazioni sulle funzioni del medico competente in relazione al trattamento dei dati personali dei lavoratori¹⁶.

In altre parole, il Garante è intervenuto per ribadire quanto è stabilito dalla disciplina vigente. Ovvero, che il trattamento dei dati sulle vaccinazioni dei lavoratori, come tutti i trattamenti di dati sanitari, può essere autorizzato per il perseguimento di finalità specifiche (art. 9, par. 2, lett. *g*), *h*), *i*), e in presenza di una base giuridica stabilita dal diritto dell’Unione o dello Stato membro (art. 6, par. 3, Rgdp, lett. *a*), *b*), che, per il personale delle strutture sanitarie, attualmente è rappresentata dal d.l. 1 aprile 2021, n. 44.

Per il personale non sanitario la base giuridica che autorizza il trattamento dei dati vaccinali da parte del medico competente è il protocollo del 6 aprile 2021, che si prefigge l’obiettivo di “contribuire alla rapida realizzazione del Piano vaccinale anti SARS-CoV-2/Covid-19” attraverso la redazione di piani aziendali da parte delle imprese “per la vaccinazione diretta¹⁷ dei lavoratori che a prescindere dalla tipologia contrattuale prestano la loro attività in favore dell’azienda”¹⁸.

Nel protocollo nazionale si sottolinea, inoltre, che la somministrazione del vaccino deve svolgersi nel rispetto delle disposizioni vigenti per la tutela dei dati personali con riferimento: alla definizione delle procedure di raccolta

¹⁶ Su entrambi rinvio al mio commento *Vaccinazione anticovid-19 e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante privacy n. 198 del 2021*, in *DSL*, 2021, p. 185 ss.

¹⁷ In questo caso il protocollo parla di vaccinazione “diretta”, ma prevede la possibilità per le aziende di rivolgersi a strutture sanitarie private tramite apposita convenzione da concludere “anche per il tramite delle Associazioni di categoria di riferimento o nell’ambito della bilateralità”. In questa eventualità gli oneri di gestione e di organizzazione sono a carico dell’azienda mentre la fornitura degli strumenti necessari alla vaccinazione e i vaccini stessi sono carico delle aziende sanitarie territoriali competenti.

¹⁸ I piani aziendali devono contenere il numero dei vaccini da richiedere all’azienda sanitaria locale e l’indicazione delle modalità di gestione e di esecuzione delle somministrazioni nel rispetto delle “Indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro”. Le suddette indicazioni – individuate in un documento sottoscritto dal Ministero della salute e dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, d’intesa con la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, con il Commissario Straordinario per il contrasto dell’emergenza epidemiologica e con il contributo tecnico-scientifico dell’Inail – riguardano “la costituzione, l’allestimento e la gestione dei punti vaccinali straordinari e temporanei nei luoghi di lavoro” e devono essere applicate sull’intero territorio nazionale.

delle adesioni (punto 8); alla informativa da parte del medico competente sui vantaggi e sui rischi della vaccinazione e alla acquisizione del consenso informato del lavoratore (punto 9); alle modalità di registrazione delle vaccinazioni eseguite mediante gli strumenti messi a disposizione dai Servizi Sanitari Regionali (punto 11).

I suddetti rinvii alla disciplina sui dati personali, da un lato, meritano rilievo in quanto sono sintomatici del grado di diffusione generale della cultura della *privacy* nei luoghi di lavoro, da un altro lato, si tratta di meri rinvii di cornice, che attribuiscono ai datori di lavoro, in qualità di titolari del trattamento dei dati vaccinali, l'onere di districarsi tra le maglie del Rgdp e del Codice *privacy* per individuare gli adempimenti in concreto da realizzare. D'ora in avanti, infatti, questa parte del protocollo deve essere letta in combinato disposto con il Provvedimento del 13 maggio 2021, n. 198 del Garante *privacy*, appena menzionato, per quel che riguarda la raccolta delle adesioni e prenotazione delle dosi, la pianificazione delle vaccinazioni, la somministrazione e registrazione del vaccino.

In via generale, e a titolo esemplificativo, va anche detto che agli accertamenti vaccinali si applicano le stesse regole sulla protezione dei dati stabilite dal Codice *privacy* e dal Rgdp valide per le altre forme di controllo. Ci si riferisce, anzitutto, alla *valutazione dell'impatto* che i trattamenti possono avere sulla protezione dei dati personali (art. 35, par. 1, Rgdp), con riguardo ai casi di trattamenti automatizzati che danno luogo a profilazione (art. 35, par. 2, lett. a), Rgdp), che si svolgono tramite l'impiego di nuove tecnologie o quando si tratta di trattamenti di dati particolari su larga scala, come nell'ipotesi dei controlli sanitari (v. § 3). Alla valutazione di impatto è collegato l'obbligo di protezione dei dati sin dalla progettazione e per impostazione predefinita (*by design-by default*) (art. 25, par. 1-2, Rgdp) che avviene con l'utilizzo di "misure tecniche e organizzative" adeguate al trattamento dei dati necessari, quali a) la pseudonomizzazione che consente di risalire alla persona cui si riferiscono i dati trattati solo attraverso informazioni aggiuntive debitamente conservate (art. 4, punto 5, Rgdp) e b) la minimizzazione che limita ogni ipotesi di trattamento alle informazioni ritenute pertinenti e necessarie alle finalità da raggiungere (art. 5, par. 1, lett. c), Rgdp). A tutela dei lavoratori è prevista, da un lato, la regola della inutilizzabilità delle informazioni illecitamente conosciute (art. 2-*decies*, Codice *privacy*) (v. *supra*, par. 2), dall'altro lato, un sistema di sanzioni amministrative pecuniarie adeguate e proporzionate all'entità dell'infrazione compiuta.

5. *Un doppio binario di tutela per i lavoratori controllati*

Il trattamento sanzionatorio varia a seconda del tipo di controllo posto in essere. Nell'ambito degli accertamenti sanitari con finalità antiCovid-19, il datore di lavoro (tramite il medico competente), nell'eseguire le misure previste dal Protocollo sindacale, deve rispettare le disposizioni sulla protezione dei dati, tenendo presente che se compie un trattamento di dati sanitari su larga scala e con modalità di automatizzazione, sarà tenuto ad osservare – come si è appena detto – non solo i principi e le regole generali di cui all'art. 5, Rgdp, ma dovrà anche compiere una valutazione sull'impatto dei potenziali rischi *privacy* (art. 35, Rgdp) e progettare una impostazione predefinita del trattamento affinché esso sia pertinente, necessario e si svolga per le finalità anticontagio (*by design-by default*, art. 25, Rgdp), nell'ambito del generale principio di sicurezza del trattamento (art. 32, Rgdp).

L'illiceità del trattamento comporta l'intervento del Garante *privacy*, che può esercitare i poteri di indagine, correttivi, autorizzativi-consultivi conferitigli dall'art. 58, Rgdp, nonché infliggere sanzioni amministrative pecuniarie “effettive, proporzionate e dissuasive” secondo le modalità dell'art. 83, par. 1, Rgdp, che disciplina le condizioni di applicazione.

Sorte analoga tocca all'attività di tracciamento se svolta illecitamente. Al riguardo è opportuno distinguere le due diverse fattispecie previste dall'art. 4, comma 1 e comma 2, St. lav., con la premessa che in entrambe le ipotesi, l'eventuale illiceità del trattamento comporterà l'assoggettamento del datore di lavoro alle sanzioni stabilite dal Codice e dal Rgdp, ivi compresa l'inutilizzabilità dei dati raccolti, secondo quanto stabilito dall'art. 4, comma 3, St. lav. che impone espressamente il “rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”¹⁹ al fine della utilizzabilità delle informazioni ottenute. Tuttavia, la violazione dell'art. 4, comma 1, è altresì punita con le sanzioni penali previste dall'art. 38 St. lav. per espressa statuzione dell'art. 171, Codice *privacy*.

La prospettiva del doppio binario di tutela nel controllo a distanza illecito per omessa consultazione sindacale e/o autorizzazione amministrativa ha trovato conferma, proprio di recente, nell'orientamento dell'Autorità garante, la quale, da un lato, ha ribadito il rispetto dell'art. 4, comma 1, St. lav., “anche

¹⁹ Così recitava il novellato art. 4 dello Statuto che ora va letto e interpretato alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 101/2018 di adeguamento del Rgdp.

per effetto del rinvio ad essa contenuto nell'art. 114 del Codice (...) come condizione di liceità del trattamento dei dati personali”²⁰, dall'altro lato, ha ritenuto di determinare l'ammontare della sanzione amministrativa pecuniaria secondo i canoni di effettività, proporzionalità e dissuasione (art. 83, par. 1, Rgdg), per “la violazione degli artt. 5, comma 1, lett. a); 6, comma 1, lett. c); 88 del Regolamento e 114 del Codice, in relazione all'art. 4 della l. 20 maggio 1970, n. 300”.

D'altronde, che sul datore di lavoro gravi un obbligo generale di prevenzione del rischio di lesione del bene della *privacy* si ricava, sul piano sistematico, dall'art. 88, par. 2, Rgdg, che impone all'imprenditore di prevedere “misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati”, nonché dall'art. 115, Codice *privacy*, che obbliga “a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale” con riferimento al telelavoro, al lavoro agile, al lavoro domestico. Tale obbligatorietà, inerente all'adozione delle misure utili e necessarie ad evitare o, comunque, a ridurre al minimo il verificarsi del rischio *privacy*, a sua volta è espressione del criterio di *accountability*, vero e proprio *fil rouge* del documento europeo, che connota la posizione di garanzia del datore di lavoro in termini di responsabilità proattiva.

6. *La cultura dei controlli: un processo in fieri*

Avviandoci alla conclusione, sin d'ora possiamo dare risposta positiva al quesito che intitola il nostro scritto. Ci troviamo di fronte ad un cambio di paradigma del controllo datoriale che l'emergenza sanitaria ha contribuito ad accelerare in maniera significativa. Tuttavia, il processo di trasformazione

²⁰ Prov. Garante 5 marzo 2020 (doc. web n. 9433080). Nello stesso senso, in precedenza, v. provv. n. 167 del 19 settembre 2019, spec. punto 4.2. Sul punto, cfr. anche Prov. 26 marzo 2020 (doc. web n. 9446730). Del resto, la giurisprudenza penale è orientata a ritenere che la norma penale posta a presidio dell'art. 4, l. n. 300 del 1970 “*tutela, infatti, non l'interesse personale del singolo lavoratore né la sommatoria aritmetica di ciascuno di essi, ma presidia degli interessi di carattere collettivo e superindividuale, sebbene non si possa escludere una possibile interferenza tra la lesione delle posizioni giuridiche facenti capo, sia pure in prima battuta, alle rappresentanze sindacali e quelle facenti occasionalmente capo ai singoli lavoratori. La condotta datoriale, che pretermette l'interlocazione con le rappresentanze sindacali unitarie o aziendali procedendo all'installazione degli impianti dai quali possa derivare un controllo a distanza dei lavoratori, produce l'oggettiva lesione degli interessi collettivi di cui le rappresentanze sindacali sono portatrici [...]*”. Cass. 17 dicembre 2019, n. 50919.

della materia dei controlli è anteriore al contesto epidemiologico, esso ha avuto inizio con la riforma dell'art. 4, St. lav., ma il reale cambio di rotta è da attribuire al Regolamento Ue 2016/679, attuato in Italia il 25 maggio 2018, cioè due anni dopo l'entrata in vigore del 24 maggio 2016. Da questo momento in poi è realistico parlare di una "nuova" cultura dei controlli, in concomitanza con il diffondersi, in Italia, come in tutti i paesi Ue, della cultura della prevenzione della *privacy*.

In particolare, il "valore" del Rgdp è di aver dotato di effettività giuridica la nuova disposizione dell'art. 4, comma 3, St. lav., che, nella parte in cui obbliga il datore di lavoro al "rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196", nell'immediatezza della sua approvazione è risultata poco puntuale se non addirittura destabilizzante della disciplina ordinaria dello Statuto dei lavoratori (cui siamo stati abituati per quasi cinquant'anni), in virtù del rinvio al Codice *privacy* formulato in maniera piuttosto generica. Oggi, non solo a quel rinvio è sottinteso il richiamo al Rgdp, ai principi e alle regole generali di prevenzione del rischio *privacy*, ma esso va anche letto e interpretato in relazione alla norma generale dell'art. 2087 cod. civ.²¹.

Infatti, dal punto di vista della disciplina prevenzionistica in materia di sicurezza stabilita dal codice civile, l'obbligo di prevenzione del rischio *privacy*, che si enuclea dal Rgdp e dal Codice *privacy*, risponde a quella logica di adeguamento dell'organizzazione di lavoro alla sottostante realtà socio-economica che l'art. 2087 cod. civ. impone per la prevenzione della salute. Pertanto, il dovere di tutela dei dati del lavoratore rappresenta l'altro lato della medaglia dell'obbligo di sicurezza, la cui base prevenzionale, negli ultimi anni, ha compreso aree di danno prima inesplorate come le lesioni della personalità morale e in generale della dignità. D'altra parte, nella direzione di ritenere che la funzione integratrice e adeguatrice della disposizione civilistica si estende all'ambito della tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro si colloca, sia il Rgdp, all'art. 88, par. 2, quando obbliga l'imprenditore a prevedere "misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati", sia il Codice *privacy*, all'art. 115, pure già menzionato, quando obbliga il datore di lavoro "a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua

²¹ Per una lettura dell'art. 2087 cod. civ. in chiave pandemica, v. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, in *RIDL*, 2020, pp. 267-286.

libertà morale” con riferimento al telelavoro, al lavoro agile, al lavoro domestico.

È agevole dedurre, pertanto, da un lato, che la disciplina sul trattamento dei dati si colloca su una base di obbligatorietà, generica e sovraordinata, preliminare a qualsiasi tipo di controllo, dall'altro lato, che l'art. 4 St. lav. rimane il punto di riferimento specifico per la tutela del lavoratore controllato, come peraltro confermato dal decreto legislativo n. 101/2018 di adeguamento del Rgdp, che ha modificato alcune norme del Codice *privacy* ma non l'art. 114, sui controlli a distanza, rimasto identico nella versione originaria del 1996 (“resta fermo quanto disposto dall'art. 4, della legge 20 maggio 1970, n. 300”), proprio a voler confermare il ruolo di pietra miliare della disciplina statutaria nella regolamentazione dei controlli.

Quanto alla pandemia, come appena detto, questa non solo ha consolidato il rapporto del controllo datoriale con la materia della protezione dei dati, ma ha contribuito a delineare un modello di gestione partecipata della sicurezza nel quale emerge il ruolo “strategico” del sindacato nel difficile compromesso tra le esigenze del controllo datoriale e le istanze di tutela della riservatezza dei lavoratori²². Si allude, in maniera specifica, al protocollo condiviso del 2020, relativamente alle modalità di gestione delle informazioni sullo stato di salute dei lavoratori, nella parte in cui rinviano alla legislazione sulla *privacy*²³, nonché all'ambito della decretazione d'urgenza, che in più di un'occasione ha manifestato una discreta attenzione al tema della protezione dei dati²⁴.

D'altra parte, va rilevato che tra gli obiettivi del Rgdp, compare il rafforzamento della funzione del sindacato nella disciplina dei dati personali. L'art. 88, Rgdp stabilisce che gli Stati membri possono “prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro (...)”. In questa direzione

²² Per tutti, LAMBERTUCCI, *Controlli e contrattazione collettiva*, in *ADL*, 2020, pp. 773-787, spec. pp. 777-778.

²³ AL punto 2 del protocollo, relativo alle modalità di ingresso in azienda, si prevede il rispetto della disciplina sulla protezione dei dati relativamente alle modalità di raccolta e conservazione dei dati inerenti lo stato di salute e il tracciamento dei dipendenti (p. 6, nota 1).

²⁴ Il riferimento è all'art. 14, d.l. n. 14/2020 (poi alla legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del decreto legge n. 18/2020) che 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*).

si muovono le parti sociali anche nell'ultima parte del protocollo del 2020, in cui alle organizzazioni sindacali è attribuita la possibilità di dare luogo alla costituzione di comitati aziendali, territoriali, di settore, su iniziativa dei firmatari del protocollo “per le finalità del Protocollo” anche con il coinvolgimento delle autorità sanitarie locali e di altri eventuali soggetti istituzionali²⁵.

E' interessante notare, infine, che la sottoscrizione di due protocolli sindacali a distanza di poco più di un anno l'uno dall'altro è anch'essa espressione, in generale, della *procedimentalizzazione* del potere datoriale, che trova nel confronto con il sindacato la “sede più idonea (...) per un equo bilanciamento tra l'interesse dell'impresa e la tutela della riservatezza dei lavoratori”²⁶.

In proposito, non va sottaciuto, tra l'altro, come questa pratica di sottoscrivere protocolli sindacali condivisi, per certi versi inedita, che si è diffusa in occasione della emergenza sanitaria, denoti una interessante *performance* concertativa delle parti sociali, quasi evocativa di un *revival* dell'esperienza concertativa²⁷, o almeno, che fa sperare in una ripresa generale del dialogo sociale più che mai opportuna in tempi di pandemia, le cui disastrose conseguenze sull'economia e sul mercato del lavoro impongono un *revirement* del sistema delle relazioni sindacali da troppo tempo impegnato a cullarsi nella retorica della disintermediazione²⁸.

In definitiva, possiamo e dobbiamo parlare di una nuova cultura dei controlli, tenendo presente che il profilo di novità sta nella *contaminazione* con la cultura della *privacy*, una contaminazione che origina dal dato normativo (riforma dell'art. 4, St. lav., e Rgdp), e che nel tempo renderà la *privacy*

²⁵ Sulla costituzione dei comitati aziendali e/o, in alternativa, territoriali e in generale sulla funzione della partecipazione sindacale nella gestione del virus Covid-19, per tutti, LAZZARI, *Dall'art. 9 dello Statuto alle rappresentanze per la sicurezza ai tempi del Coronavirus. Costanti e variabili*, in RUSCIANO, GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori*, cit., pp. 206-208.

²⁶ Così, LAMBERTUCCI, *Il potere di controllo tra disciplina statutaria e regolamentazione della privacy*, cit., p. 436.

²⁷ PERULLI, “Diritto riflessivo” e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, in *RIDL*, 2020, p. 299 ss. ricorre al “paradigma sistemico del diritto riflessivo” per spiegare le modalità di funzionamento di questo neo-modello promozionale di un'autonomia collettiva “emergenziale”. Sull'inquadramento ed efficacia dei protocolli condivisi, si veda, altresì, CASILLO, *Legge e contrattazione collettiva nella tutela della salute*, in questo volume.

²⁸ MARIUCCI, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberalismo*, in *LD*, 2021, pp. 19 ss.

un fattore endemico del controllo datoriale, favorendo la creazione di un processo di tutela del lavoratore nel digitale caratterizzato da un'*integrazione di tipo dinamico tra controllo e protezione dei dati* (i corsivi sono miei).

Sono trascorsi circa venticinque anni da quando la *privacy* – con la legge 675/1996 e con l'istituzione dell'Autorità garante – appariva poco più che un'astrazione, ma le nuove tecnologie lasciavano prefigurare la necessità di tutelare la dignità della persona nel digitale. Giovanni Buttarelli delineava già all'ora la proiezione del diritto alla riservatezza verso il controllo sulla circolazione del dato, che ne avrebbe consentito, più tardi, l'affermazione come diritto all'autodeterminazione informativa²⁹. Il fenomeno dei controlli recepisce e fa propria l'evoluzione di quella concezione assiologica del diritto alla *privacy*, originariamente radicato nella matrice del *right to be let alone*, quella intimità esteriorizzata, (“*extimité*”, per usare il neologismo lacaniano), di cui parlava Stefano Rodotà, per effetto della quale il diritto alla protezione del dato acquisisce concretezza e diventa un bene tangibile da tutelare sempre e comunque, in via preventiva.

²⁹ BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giappichelli, 1997.

Abstract

La prevenzione del rischio Covid-19 nei luoghi di lavoro impone accertamenti dello stato di salute dei lavoratori e tecniche digitali di tracciamento potenzialmente lesive della privacy. Nello scritto si affronta il tema del cambiamento del potere di controllo datoriale nell'ottica della regolamentazione dei dati personali, europea e italiana, con l'obiettivo, da un lato, di confermare la tenuta dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, dall'altro lato, di mettere in evidenza che l'esigenza di tutela dei dati personali deve ritenersi preliminare a qualunque forma di controllo.

Covid-19 risk prevention in the workplace requires checks on the health status of workers and digital tracking techniques which are potentially harmful to privacy. The paper addresses the issue of changing the power of employer control in the context of the regulation of personal data, European and Italian, with the aim, on the one hand, of confirming the retention of art. 4 of the Workers' Statute, on the other hand, to highlight that the need to protect personal data must be considered preliminary to any form of control.

Keywords

Salute pubblica, sicurezza dei lavoratori, protezione dei dati personali, nuova cultura dei controlli.

Public health, worker safety, personal data protection, new culture of controls.

sezione quinta

Salute pubblica, regole sovranazionali e sistema di sicurezza sociale

Laura Tebano

L'Unione Europea tra “vecchi” vincoli
e nuove risorse nel sostegno all'occupazione

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia: regole flessibili e sempre meno temporanee. **3.** *Segue.* Il meccanismo di controllo degli aiuti di Stato: sospensione o adattamento? **4.** I provvedimenti nazionali nel dialogo con l'Europa. **5.** Segnali di solidarietà (anche) fuori dal *Temporary Framework*? Una panoramica dei nuovi strumenti finanziari dell'Ue. **6.** Il nesso tra aiuti di Stato, SURE e RRF: qualche chiarimento conclusivo.

I. *Premessa*

La pandemia da Covid-19 ha dato la stura a una vasta gamma di interventi nazionali diretti a fronteggiare un'emergenza che ha rischiato (e rischia) di mettere fuori gioco molte (*rectius* troppe) attività economiche con ricadute sociali allarmanti¹. Le misure messe in campo dai governi sono state immediate ed eterogenee: alla previsione di forme di sostegno finanziario garantite dallo Stato si sono affiancate misure dirette ad attenuare le ricadute dell'epidemia pandemica su specifici settori. Così un blocco di misure, approntate da molti Paesi europei già nella prima fase, possono essere ricondotte a una comune matrice: immettere rapidamente liquidità a favore delle imprese che hanno intercettato la crisi. Questa la strada imboccata dalla Francia con il *Plan de sécurisation du financement des*

¹ Per un quadro delle misure di sostegno adottate a livello mondiale nel contesto della crisi COVID-19 v. il rapporto informale dell'OMC in https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/-trade_related_support_measures_e.htm. e le 319 notifiche dei membri dell'OMC aggiornate al 5 febbraio 2021 in https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm Un esame dell'impatto della pandemia sui diversi ambiti in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, ES, 2020.

entreprises varato a marzo 2020, analoga l’iniziativa adottata dalla Germania con il *Sonderprogramm 2020 für Investitions- und Betriebsmittelfinanzierung* e dalla Lettonia con il regime di prestito agevolato e di garanzia sui prestiti datato sempre marzo dello scorso anno². Parallelamente altri pacchetti di interventi statali risultano destinati ad aziende operanti in specifici settori, più immediatamente colpiti dall’epidemia da Coronavirus e dalle restrizioni sanitarie volte a prevenire la diffusione del contagio. Basti pensare al regime di aiuti attivati dal Portogallo per assicurare liquidità sufficiente a salvaguardare i posti di lavoro nelle piccole e medie imprese operanti in diversi settori: turismo, ristorazione, industria estrattiva e manifatturiera, viaggi, animazione turistica e organizzazione di eventi³. O al regime danese, il primo in assoluto a essere stato notificato alla Commissione, volto a compensare gli organizzatori di grandi eventi con più di 1.000 partecipanti delle perdite subite a causa del loro annullamento⁴.

Insomma tutti gli Stati hanno reagito al terremoto economico generato dalla pandemia con l’obiettivo di mitigare gli effetti di uno shock senza precedenti e di portata globale. Senza precedenti perché non comparabile con la crisi sistemica del 2008: quest’ultima, come si è rilevato, è stata una crisi finanziaria alimentata dalle interazioni endogene dei partecipanti al mercato, viceversa quella attuale si presenta esogena rispetto al settore finanziario e tocca direttamente l’economia reale dove risultano cancellati con un “colpo di spugna” interi settori (ad esempio il turismo e il relativo indotto)⁵.

Di portata globale in quanto foriero di un vertiginoso calo dei flussi commerciali che non ha risparmiato alcuna area geografica: nel 2020 l’OMC prevedeva una contrazione del commercio mondiale superiore a quella registrata nel 2008 e prospettive di ripresa piuttosto dubbie per il 2021⁶. Più

² Con riguardo alla Francia v. caso SA.56709 e decisione della Commissione del 21 marzo 2020. Successivamente il regime è stato ripetutamente modificato e sugli ultimi aggiustamenti (SA.59897) si è pronunciata la Commissione con decisione del 12 gennaio 2021. In ordine alla Germania v. caso SA.56714 e decisione della Commissione del 22 marzo 2020; e per la Lettonia caso SA.56722 e decisione della Commissione del 23 marzo 2020.

³ Cfr. SA.56755 Portogallo e decisione della Commissione del 22 marzo 2020.

⁴ Cfr. SA.56685 Danimarca e decisione della Commissione del 12 marzo 2020. E v. anche SA.59667 Prolungamento e adeguamento degli aiuti di Stato SA.56685 come modificato da SA.57209 – Schema di risarcimento per cancellazione di eventi causati da COVID-19 e decisione del 30 novembre 2020.

⁵ In tal senso DANIELSSON, MACRAE, VAYANOS, ZIGRAND, *The coronavirus crisis is no 2008*, in <https://voxeu.org/article/coronavirus-crisis-no-2008>.

⁶ Cfr. https://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra303_e.htm e vedi anche Annual Report 2021, p. 79.

variegate le stime diffuse a fine gennaio dal Fondo monetario internazionale: da un lato si ipotizza una crescita dell'economia globale del 5,5% nel 2021 (lo 0,3% in più rispetto alle previsioni di ottobre, con un assestamento al 4,2% nel 2022), dall'altro si delinea uno scenario meno ottimistico per l'Eurozona e per l'Italia in particolare⁷. In ogni caso il perdurante stato di incertezza circa il superamento dello shock economico spinge il FMI ad auspicare che si prosegua lungo la strada delle politiche di sostegno dirette ad ammortizzare l'impatto della crisi.

Tale pista è stata (ed è) seguita anche dal nostro Paese che dal Decreto Cura Italia (17 marzo 2020, n. 18) ad oggi ha approntato un ampio pacchetto di misure che spaziano da interventi strettamente emergenziali a previsioni più strutturate, in larga parte prorogate dapprima fino a giugno 2021 dalla legge n. 178/2020 (legge di bilancio 2021) e poi fino al dicembre 2021 dal d.l. n. 73/2021 (decreto Sostegni *bis*). Così il Decreto Liquidità subordina l'accesso alla garanzia pubblica per la concessione di liquidità all'impegno dell'impresa beneficiaria della garanzia a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali⁸; l'art. 27 del Decreto Agosto introduce (per i datori di lavoro privati) un'agevolazione contributiva (e segnatamente un esonero parziale dal versamento dei contributi previdenziali dovuti) per contenere gli effetti sull'occupazione dell'epidemia da Covid-19 in aree svantaggiate e garantire la tutela dei livelli occupazionali (esonero la cui applicazione, con modulazioni differenziate, risulta ora applicabile fino al 31 dicembre 2020)⁹. Vanno poi censiti l'art. 95 del cd. Decreto Rilancio che prevedeva misure di sostegno alle imprese per la riduzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro tramite l'acquisto di dispositivi e apparecchiature di vario tipo (tra cui quelle per il distanziamento dei lavoratori)¹⁰; e una serie di altre misure tutte contenute nel Decreto Agosto, vale a dire l'art. 6 che, fino al 31 dicembre 2020, introduceva un esonero dal versamento dei contributi previdenziali per le nuove assunzioni a tempo indeterminato e l'art. 7 che, per lo stesso arco temporale, prevedeva un esonero contributivo per le assunzioni a tempo

⁷ Vedi l'aggiornamento del *World Economic Outlook* in <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/01/26/2021-world-economic-outlook-update>.

⁸ Cfr. art. 1, lett. l del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40. E vedi per la proroga art. 1, co. 206, lett. a), l. n. 178/2020.

⁹ Cfr. decreto legge n. 104 del 14 agosto 2020; e la modifica all'art. 27 introdotta dall'art. 1, co. 161, l. n. 178/2020.

¹⁰ Cfr. decreto legge n. 34 del 19 maggio 2020 conv. dalla l. 17 giugno 2020, n. 77. Va sottolineato che il decreto Agosto ha abrogato i commi da 1 a 6 dell'art. 95 richiamato nel testo.

determinato nel settore turistico e degli stabilimenti termali¹¹. Quanto poi all'esonero contributivo per le aziende che rinunciano a richiedere (ulteriore) cassa integrazione (e provano a riprendere pienamente l'attività), tale agevolazione – originariamente contemplata nell'art. 3 del Decreto Agosto – è stata prorogata una prima volta dal cd. Decreto Ristori per un ulteriore periodo massimo di quattro settimane (fruibili entro il 31 gennaio 2021)¹² e, successivamente, dalla legge di bilancio 2021 per un ennesimo periodo massimo di otto settimane (fruibili entro il 31 marzo 2021)¹³.

Va infine segnalato che la legge n. 178/2020 ha introdotto, in via sperimentale, un esonero totale per l'assunzione di donne effettuata nel biennio 2021-2022 nel limite di sei mila euro annui e a patto che si realizzi un incremento occupazionale netto¹⁴. E sempre per lo stesso biennio, la legge di bilancio 2021 ha previsto un esonero contributivo parziale per le nuove assunzioni a tempo indeterminato e per le trasformazioni dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato fissando alcune condizioni soggettive e temporali (con un ampliamento del periodo massimo variabile in ragione dell'ubicazione della sede o dell'unità produttiva che effettua l'assunzione)¹⁵.

Tanto premesso le riflessioni che seguono mirano a offrire una chiave

¹¹ Sempre con riguardo al settore turistico e degli stabilimenti termali, va sottolineato che il cd. decreto Sostegni (d.l. 22 marzo 2021, n. 41) ha introdotto all'art. 10 un'indennità onnicomprensiva pari a 2.400 euro per i lavoratori dipendenti stagionali di tali settori che hanno cessato involontariamente il rapporto di lavoro nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2019 e la data di entrata in vigore del decreto stesso, sempreché abbiano svolto la prestazione lavorativa per almeno trenta giornate nel medesimo periodo, non siano titolari di pensione né di rapporto di lavoro dipendente né di NASpI alla data di entrata in vigore del decreto. La medesima indennità è poi riconosciuta (alle medesime condizioni) ai lavoratori in somministrazione, impiegati presso imprese utilizzatrici operanti nei menzionati settori. E v. anche il co. 3 dello stesso art. 10.

¹² Cfr. art. 12, co. 14, decreto legge n. 137 del 28 ottobre 2020 conv., con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176.

¹³ Cfr. art. 1, co. 306-308, l. n. 178/20.

¹⁴ Cfr. art. 1, co. 16-19, l. n. 178/20. E v. anche la circolare Inps n. 32 del 22 febbraio 2021 con specifico riguardo alla delimitazione delle tipologie contrattuali utili ai fini del calcolo dell'incremento occupazionale.

¹⁵ Cfr. art. 1, co. 10-15, l. n. 178/20 ove si prevede pure che l'esonero contributivo venga concesso ai datori di lavoro che non abbiano proceduto, nei sei mesi precedenti l'assunzione, né procedano, nei nove mesi successivi alla stessa, a licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo ovvero a licenziamenti collettivi, ai sensi della legge 23 luglio 1991, n. 223, nei confronti di lavoratori inquadrati con la medesima qualifica nella stessa unità produttiva.

di lettura delle iniziative adottate dal governo italiano collocandole all'interno del più ampio sistema europeo degli aiuti di Stato e indagando l'assetto attuale della disciplina sovranazionale in tema di aiuti di Stato e la relazione che intercorre tra questo "vecchio" tassello della politica europea e alcuni nuovi strumenti varati per preservare un certo livello di solidarietà europea.

2. *Il quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia: regole flessibili e sempre meno temporanee*

La rapida carrellata delle misure nazionali lascia trasparire il loro carattere variegato sia dal punto di vista del fondamento normativo sia dei destinatari. Al contempo tutti gli interventi domestici hanno in comune la necessità di confrontarsi con il filtro europeo della disciplina degli aiuti di Stato che in epoca Covid-19 ha subito un adattamento senza precedenti. La Commissione, tramite Comunicazione, ha infatti istituito un *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19* (d'ora in poi TF), diretto a consentire agli Stati membri di sfruttare *the full flexibility foreseen under State aid rules to support the economy at this difficult time*¹⁶.

Prima di soffermarsi sulle ripetute proroghe del TF sembra opportuno formulare alcune rapide considerazioni sullo strumento tecnico utilizzato per l'elasticizzazione delle regole, vale a dire un atto di *soft law*. Ora il ricorso a tale strumento e in particolare alla Comunicazione non rappresenta certo una novità in materia di aiuti di Stato. Basti al riguardo ricordare che la Commissione, ben prima della formale investitura da parte del Consiglio, era solita indirizzare le scelte nazionali attraverso la *soft law* e, per rimanere al contesto lavoristico, proprio avvalendosi di un atto atipico nel 1995 aveva adottato gli *Orientamenti in materia di aiuti all'occupazione* esplicitando una "posizione di principio favorevole in sede di valutazione degli aiuti di Stato volti a migliorare la situazione dell'occupazione"¹⁷. Se è vero, dunque, che lo strumento utilizzato in occasione dell'emergenza si pone in continuità con il passato, è altresì vero che di solito l'adozione della *soft law* viene pre-

¹⁶ Cfr. la dichiarazione di Margrethe Vestager del 19 marzo 2020 in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_496.

¹⁷ Per un esame dell'evoluzione delle tecniche di controllo, v. TEBANO, *Sostegno all'occupazione e aiuti di Stato "compatibili"*, Padova, 2012, p. 65 ss.

ceduta da ampie consultazioni, mentre in questo caso le scarse informazioni contenute nei comunicati stampa della Commissione hanno indotto a dubitare dell'effettivo coinvolgimento degli Stati membri con evidenti ricadute negative sul piano della legittimità e della trasparenza nel processo di formazione dell'atto¹⁸.

Passando alla temporaneità delle regole, va sottolineato che la menzionata Comunicazione è stata più volte rimaneggiata dalla Commissione: la prima versione, che risale al 19 marzo 2020, è stata infatti modificata ben cinque volte¹⁹. Alcuni ritocchi figurano di tipo strettamente sostanziale, altri riguardano direttamente il profilo temporale. Così l'intervento iniziale era finalizzato a consentire, tra l'altro, di tutelare i posti di lavoro e sostenere ulteriormente l'economia; il secondo mirava ad agevolare ancor di più l'accesso al capitale e alla liquidità per le imprese colpite dalla crisi; la terza modifica era orientata a sostenere ulteriormente le microimprese, le piccole imprese e le start-up e a incentivare gli investimenti privati²⁰. Sul piano temporale la Commissione provvedeva nell'ottobre 2020 a prorogare di sei mesi il termine di durata del TF (dunque fino al 30 giugno 2021, salve le misure di sostegno alla ricapitalizzazione) e da ultimo, con comunicazione del 1° febbraio 2021, a fare slittare ulteriormente la scadenza del TF fissandola al 31 dicembre 2021²¹.

Tale spostamento in avanti della durata del TF (che pure potrebbe essere ulteriormente prorogato o modificato) vale a garantire che le misure di so-

¹⁸ Un approccio critico in STEFAN, *COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? A Research Agenda*, in *European Papers*, 2020.

¹⁹ C(2020) 1863 in GU C 91I del 20 marzo 2020.

²⁰ C(2020) 1863, in GU C 91I del 20.03.2020.

²¹ Cfr. rispettivamente comunicazione del 13 ottobre 2020 C(2020) 7127, in GU C 340 I del 13.10.2020 e comunicazione C (2021) 564, in GU C 34 del 1.2.2021. È appena il caso di precisare che la comunicazione dello scorso aprile autorizzava altresì gli aiuti volti a coprire una parte dei costi fissi non coperti sostenuti dalle imprese colpite dalla crisi. Quella di febbraio va anche ad adeguare i massimali di aiuto di alcune misure per far fronte agli effetti economici prolungati della crisi, a precisare e modificare le condizioni relative ad alcune misure temporanee di aiuti di Stato che la Commissione ritiene compatibili a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE alla luce della pandemia di Covid-19. Infine, sempre l'ultima comunicazione, va a modificare l'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine (STEC). Cfr. NICOLAIDES, *Unprecedented State Intervention: A Review of State Aid to Combat Covid-19 on the First Anniversary of the European Commission's 2020 "Temporary Framework"*, in *Luiss SEP - Policy Brief 4/2021*.

stegno nazionali aiutino efficacemente le imprese colpite durante la pandemia, ma anche a mantenere l'integrità del mercato interno e ad assicurare condizioni di parità²². Insomma il quadro temporaneo resta funzionale a un coordinamento di livello europeo delle misure di aiuto nazionali nell'ottica di preservare un certo grado di solidarietà tra i vari Paesi. E ciò in quanto si intende evitare pericolose corse alle sovvenzioni con un posizionamento in prima linea di quegli Stati membri dotati di mezzi più ingenti e, quindi, con un potenziale di spesa di gran lunga superiore ai loro vicini, a scapito della coesione all'interno dell'Unione²³.

Queste "rassicuranti" indicazioni e il richiamo alla solidarietà europea mirano a sopire le polemiche che hanno accompagnato la flessibilizzazione delle regole sugli aiuti di Stato²⁴. Non può certo sottacersi che i Paesi con finanze meno solide hanno ripetutamente espresso il timore che le loro imprese vengano inghiottite perché aiutate meno generosamente di quelle di Stati membri più ricchi e con un debito pubblico relativamente basso all'inizio della pandemia, Stati che avrebbero ben potuto fare la parte del leone²⁵. Del resto se si guarda ai dati di fine maggio 2020 risulta che il 47% degli aiuti approvati dalla Commissione europea riguardava la Germania mentre il restante 53% degli aiuti erano riferibili alla somma degli altri Stati membri²⁶. Da questo punto di vista l'ennesima proroga del TF rende le nuove regole sempre più stabili e meno temporanee, con tutto quello che ciò comporta in riferimento alle diverse capacità di spesa e ai conseguenti margini di manovra degli Stati membri²⁷. Nondimeno, come si dirà, qualsiasi previ-

²² Cfr. punto 8 della comunicazione C (2021) 564, cit.

²³ Cfr. punto 1.2 della versione consolidata del TF al 28.01.2021.

²⁴ Si veda al riguardo la proposta di introdurre un meccanismo di compensazione diretto ad attenuare le distorsioni derivanti dai differenti volumi di aiuti adottati dagli Stati. Tale compensazione, secondo i promotori, avrebbe potuto assumere la forma di un contributo al sostegno di società stabilite in altri Stati membri ed essere equivalente a una percentuale (ad esempio il 15%) delle risorse pubbliche coinvolte nelle misure nazionali. Cfr. LAMADRID, BUENDÍA, *A Moment of Truth for the EU: A Proposal for a State Aid Solidarity Fund*, in *Chillin' Competition*, 31 marzo 2020.

²⁵ Nel senso che il nuovo assetto implica un aumento delle disuguaglianze HORNKOHL, VAN'T KLOOSTER, *With Exclusive Competence Comes Great Responsibility*, in <https://vetfassungsblog.de/with-exclusive-competence-comes-great-responsibility/>.

²⁶ *Europe's bail-outs – Government handouts threaten Europe's single market*, in *The Economist*, May 30th 2020.

²⁷ Sul punto v. BUENDÍA, DOVALO, *State Aid Versus COVID-19. The Commission Adopts a Temporary Framework*, in *ESTAL*, 2020, p. 7.

sione rasenta l'azzardo in quanto la ripresa economica viene oggi affidata a una pluralità di meccanismi che interagiscono e si intrecciano con il tassello della disciplina europea degli aiuti di Stato, accentuandone la funzione di strumento di canalizzazione delle politiche nazionali verso obiettivi sociali²⁸.

3. *Segue. Il meccanismo di controllo degli aiuti di Stato: sospensione o adattamento?*

Passando all'esame del rapporto del TF con il sistema di controllo degli aiuti di Stato, è appena il caso di ricordare che nell'art. 107 TFUE all'enunciazione di un *principio di incompatibilità* degli aiuti con il mercato comune si affianca la previsione di tre ipotesi di aiuti *de jure* compatibili con il mercato interno (art. 107.2 TFUE), e di alcune categorie di aiuti la cui compatibilità è subordinata ad una decisione favorevole della Commissione (art. 107.3 TFUE). Nel primo caso, dunque, l'istituzione europea si limita a verificare la presenza nel caso concreto dei requisiti fissati nel Trattato, mentre nel secondo caso la Commissione gode di un certo margine di discrezionalità, dovendo valutare se la misura nazionale persegua un obiettivo comune europeo, se risulti necessaria al raggiungimento del risultato atteso, e se la durata e l'intensità dell'aiuto figurino proporzionali. In entrambi i casi il controllo presuppone un passaggio di tipo procedurale, vale a dire la notifica alla Commissione del progetto di aiuto, che segna l'avvio di un procedimento destinato a sfociare in una decisione e che implica un obbligo di *standstill* in capo allo Stato membro.

Tali caratteristiche non risultano deformate dal TF, che si inserisce all'interno del sistema preesistente e non realizza una generale sospensione del controllo degli aiuti di stato. Ciò risulta comprovato non tanto dalla temporaneità del quadro di riferimento (come si è rilevato sempre meno temporaneo), quanto dalla presenza nel Trattato di disposizioni che contemplanò la possibilità di un adattamento e di un'applicazione differenziata delle regole in presenza di situazioni di emergenza²⁹. Per un verso, infatti, nell'art. 107,

²⁸ In questo senso già TEBANO, *Sostegno all'occupazione e aiuti di Stato "compatibili"*, cit.; EAD., *Droit du travail et aide à l'emploi: vers une convergence (partielle) de valeurs*, in *RDT*, 2016, p. 197 ss.

²⁹ BIONDI, *Governing in the Interregnum: State Aid rules and the COVID-19 Crisis*, in *Market and Competition Law Review*, 2020, p. 6.

par. 2, lett. b), tra gli aiuti *de jure* compatibili, figurano quelli “destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali o da altri eventi eccezionali”; per altro verso, l'art. 107, par. 3, lett. b) riconosce alla Commissione la possibilità, nell'esercizio della sua discrezionalità, di autorizzare gli aiuti diretti a rimediare a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; infine l'art. 108, par. 2 stabilisce che il Consiglio, su richiesta di uno Stato membro, può decidere che un aiuto venga considerato compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell'articolo 107, se tale decisione è giustificata da circostanze eccezionali.

Ebbene nel TF viene ripetutamente sottolineata l'eccezionalità della situazione con un esplicito richiamo al “rischio di grave recessione che riguarda l'intera economia dell'UE dal momento che colpisce imprese, posti di lavoro e famiglie” e, da questo punto di vista, “le norme dell'UE in materia di aiuti di Stato consentono agli Stati membri di agire in modo rapido ed efficace per sostenere i cittadini e le imprese, in particolare le PMI, che incontrano difficoltà economiche a causa della pandemia di Covid-19”³⁰. La flessibilizzazione dell'apparato di regole in tema di aiuti statali realizzata con il TF, dunque, sfrutta proprio quelle valvole contenute nel TFUE e in parte già utilizzate in occasione della crisi economica del 2008³¹. Non a caso l'elasticizzazione approntata con il TF si avvale del fondamento dell'art. 107, par. 3 lett. b) e dell'art. 107, par. 2, lett. b) e, sulla base di tale quadro temporaneo, ad aprile 2021 risultano approvati 372 regimi di aiuti approntati dagli Stati membri, di cui 35 riferibili all'Italia.

Al contempo va subito chiarito che l'inquadramento sistematico del TF all'interno della preesistente cornice regolativa (e il ricorso alle relative valvole di sicurezza) non ne svaluta il carattere innovativo. Tanto per cominciare, infatti, il TF si presenta come una terza via rispetto agli altri “ordinari” canali in materia di aiuti e cioè non esclude misure nazionali sagomate sui regolamenti di esenzione per categoria o provvedimenti alternativi a quelli indicati

³⁰ Cfr. par. 9 della versione consolidata del TF al 28 gennaio 2021.

³¹ ROSANÒ, *Adapting to Change: COVID-19 as a Factor Shaping EU State Aid Law*, in <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/adapting-to-change-covid-19-shaping-eu-state-aid-law>. Inoltre la Commissione si riserva la possibilità di un controllo successivo, MASSA, *Aiuti di Stato nella pandemia. Il regime temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, in STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, ES, 2020, p. 402

nel TF (siano essi regimi di aiuti o singole misure individuali) notificati e valutati compatibili dalla Commissione³². Inoltre (e parallelamente) il percorso inaugurato con il TF appare in qualche misura ibrido rispetto a quelli appena evocati perché coniuga il formale rispetto della strada maestra della notifica con una tempistica talmente serrata da risultare sostanzialmente sovrapponibile a quella dei regolamenti di esenzione. In altre parole il TF da un lato non preclude l'utilizzo del classico canale basato sul dialogo con la Commissione, dall'altro si rivela distonico rispetto al tipo di controllo tradizionalmente condotto in presenza di una notifica. Se cioè dal punto di vista sistematico il TF si colloca in linea con l'impianto preesistente, sul versante operativo il processo di elasticizzazione delle regole e il monitoraggio previsto lasciano trasparire qualche dubbio sul tipo di controllo esercitato³³.

Alcuni dati empirici, infatti, gettano pesanti ombre sulla adeguatezza del controllo (benché non disattivato) e sulle ricadute di lungo periodo del nuovo assetto. Procedendo con ordine, nel TF la Commissione si impegna a garantire “la rapida adozione delle decisioni una volta avvenuta la notifica delle misure contemplate nella Comunicazione”. Ora, la pressione esercitata sulla Commissione per autorizzare le misure statali il più rapidamente possibile (e con il minor numero di obiezioni possibili) rischia di depotenziare il rigore dell'approccio della Commissione e la ponderatezza della sua valutazione. Basti al riguardo soffermarsi sui dati relativi alla “nuova” tempistica: in un caso (un regime approntato dalla Danimarca) l'autorizzazione è intervenuta in meno di 24 ore³⁴; nella maggior parte dei casi la decisione è stata adottata nel giro di 48 ore (così ad esempio per una misura tedesca di prestiti

³² Cfr. rispettivamente parr. 13 e 16 della versione consolidata del TF al 28.01.2021. Quanto ai regolamenti di esenzione si pensi al regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato; al regolamento (CE) n. 702/2014 della Commissione, del 25 giugno 2014, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali; al regolamento (UE) n. 1388/2014 della Commissione, del 16 dicembre 2014, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE, alcune categorie di aiuti a favore delle imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura. Sul carattere integrativo del TF v. anche GAROFALO C., *Emergenza COVID-19, riduzione del costo del lavoro e intervento statale*, in *LDE*, 2021, 2, p. 7.

³³ Cfr. parr. 88-92 della versione consolidata del TF al 28 gennaio 2021.

³⁴ Cfr. SA.56685 (in GUUE, C 125, 17 aprile 2020).

a tasso agevolato per le imprese che necessitano di liquidità³⁵). Si tratta di tempi ben diversi da quelli consueti e relativi all'esperienza italiana: nella famosa vicenda del cfl la notifica da parte delle autorità italiane avveniva il 7 maggio 1997, la decisione della Commissione di avviare il procedimento di indagine formale il 17 agosto 1998 (seguita dalla decisione di condanna dell'11 maggio 1999). Né più rapide risultavano le ipotesi (meno problematiche) di aiuti compatibili *iuris et de jure* con il mercato interno e sfociate nella decisione di non sollevare obiezioni: si pensi che gli aiuti diretti a risarcire i danni causati dalle alluvioni del 2010 in Veneto venivano notificati il 7 marzo 2011 e la decisione della Commissione interveniva il 27 giugno 2011, cioè dopo quasi tre mesi e mezzo.

Quanto alle implicazioni di lungo periodo non può certo negarsi che questa flessibilizzazione delle regole è destinata a proiettare la sua gittata oltre la pandemia. Come dire che le ricadute delle misure autorizzate oggi non si esauriscono con il ritorno alla "normalità" e ciò perché gli effetti degli interventi si estendono ben al di là dell'emergenza sanitaria, vieppiù al cospetto di una crisi prolungata. Qualche contrappeso in quest'ottica può ravvisarsi nel divieto di sovra compensazione del danno: proprio il carattere duraturo della crisi e l'esigenza di prevenire gli effetti di lungo termine degli aiuti sono alla base di una rigorosa delimitazione dei danni suscettibili di compensazione ai sensi dell'articolo 107, par. 2, lett. b) del TFUE³⁶.

4. *I provvedimenti nazionali nel dialogo con l'Europa*

Come già rilevato il TF lascia inalterate le corsie privilegiate dei regio-

³⁵ Cfr. SA.56714 (in GUUE, C 112, 3 aprile 2020).

³⁶ Come si afferma al punto 151^{ter} soltanto i danni causati direttamente dalle misure restrittive possono essere compensati ed è necessario procedere ad una loro quantificazione rigorosa. È pertanto importante dimostrare che gli aiuti compensano soltanto i danni causati direttamente dalla misura fino al livello dei profitti che il beneficiario avrebbe potuto in modo credibile generare in assenza della misura, per la parte della sua attività che subisce una riduzione. Alla luce della crisi prolungata, gli effetti economici del calo della domanda o dell'affluenza imputabile alla diminuzione della domanda aggregata, o imputabile alla maggiore riluttanza dei clienti a riunirsi in luoghi pubblici, mezzi di trasporto o altri luoghi, o imputabile alle restrizioni relative alla capacità, alle misure di distanziamento sociale, eccetera, applicate in modo generale non possono essere presi in considerazione nel calcolo dei danni imputabili alla misura restrittiva che possono essere compensati ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del TFUE.

lamenti di esenzione, tra i quali vanno annoverati il GBER 651/2014 e il regolamento *de minimis*, entrambi prorogati al 2023. Del pari va ribadito che fuoriescono dall'orbita di controllo europeo le misure generali applicabili a tutti i settori economici, regioni e tipi di imprese³⁷.

Partendo da queste premesse, e focalizzando l'attenzione sulle misure di sostegno attivate dal Governo italiano e connotate dal ricorso alla strada tradizionale della notifica (e del controllo di compatibilità, sia pure nella versione accelerata di cui al TF) appare possibile distinguere tre tipologie di misure: a) quelle sulle quali la Commissione si è pronunciata, ma non si registra una proroga; b) quelle, tutt'ora operative, la cui proroga ha ricevuto il semaforo verde della Commissione; c) quelle sprovviste, allo stato, dell'avallo europeo.

Tra le prime va senz'altro annoverata la già richiamata agevolazione prevista nell'art. 95 del cd. Decreto rilancio per la riduzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro tramite l'acquisto di dispositivi per il distanziamento dei lavoratori. Ebbene, in linea con quanto rilevato in merito alla tempistica, va sottolineata la rapidità della decisione, resa nel giro di sette giorni dalla notifica da parte delle autorità nazionali³⁸. Sul piano contenutistico va rimarcato che la valutazione di compatibilità (ai sensi dell'art. 107. par. 3, lett c) enfatizza da un lato la fisionomia della misura, concepita per soddisfare i requisiti di una specifica categoria di aiuti ("Aiuti di importo limitato") descritti nella sezione 3.1 del TF, dall'altro la finalità dell'agevolazione, che "mira a preservare la continuità dell'attività economica durante e dopo l'epidemia, garantendo al tempo stesso la salute e la sicurezza delle persone, in un momento in cui il normale funzionamento dei mercati del credito è gravemente perturbato dall'epidemia Covid-19 e tale epidemia sta colpendo l'economia in generale e portando a gravi perturbazioni dell'economia reale degli Stati membri".

Più corposo il blocco di aiuti nazionali la cui efficacia risulta prorogata rispetto all'originaria scadenza. Tanto per cominciare l'esonero dal versa-

³⁷ Cfr. par. 3.9, punto 40 del TF. Al riguardo basti ricordare per esempio che il governo irlandese ha optato per un simile percorso varando un intervento orizzontale che contiene misure di sostegno finanziario per i lavoratori colpiti dalla crisi da Covid-19 nella forma di sussidi salariali temporanei (vedilo in [revenue.ie/en/corporate/communications/covid19/temporary-covid-19-wage-subsidy-scheme.aspx](https://www.revenue.ie/en/corporate/communications/covid19/temporary-covid-19-wage-subsidy-scheme.aspx)).

³⁸ In particolare, 23 settembre 2020 la notifica – 30 settembre 2020 la decisione C(2020) 6823 final relativa al caso SA.58727 (2020/N) – Italy.

mento dei contributi previdenziali per assunzioni a tempo determinato nel settore turistico e degli stabilimenti termali (di cui all'art. 7 del Decreto Agosto) ha ricevuto una prima decisione di compatibilità con riguardo ai contratti stipulati nel trimestre agosto-dicembre 2020 (con una stima dei potenziali beneficiari che si aggirava intorno ai 238 000) e, successivamente, la Commissione ha dato il via libera all'estensione del regime fino al 30 giugno 2021³⁹. La stessa *deadline* si registra per la garanzia statale sui finanziamenti richiesti dalle imprese colpite dall'emergenza Covid-19: dopo una prima autorizzazione, resa in tempi "brucianti", la Commissione ha avallato le modifiche introdotte dalle autorità italiane e l'estensione temporale della durata del regime di aiuti⁴⁰.

Un'attenzione particolare merita la cd. Decontribuzione Sud e ciò non solo in ragione del susseguirsi di slittamenti in avanti dell'efficacia dell'intervento nazionale (e delle relative autorizzazioni europee che vanno dall'ottobre 2020 al febbraio 2021⁴¹), ma anche perché qui, come altrove, la Commissione sottolinea (e valuta positivamente) la "costruzione" della misura (realizzata sulla falsariga degli "Aiuti di importo limitato" di cui alla sezione 3.1 del Quadro di riferimento temporaneo) e utilizza, quasi come un mantra che funge da esimente per l'organo di controllo, una formula connotata dal rinvio alla positiva accettazione della misura da parte dei commentatori economici e alla ragionevole previsione di un esito positivo dell'intervento statale⁴². Come dire che la Commissione procede in maniera piuttosto sommaria prediligendo, come si è anticipato (cfr. § 3), la rapidità dell'esame all'accuratezza del controllo, per il quale cerca sostegno nelle rassicurazioni fornite dai tecnici consultati dalle autorità nazionali. Peraltro, con riferimento a tale esonero contributivo, l'Inps con circolare n. 33 del 22 feb-

³⁹ Cfr. decisione C(2020) 8036 final del 16.11.2020 relativa al caso SA.59295 (2020/N) – Italy e decisione C(2020) 9121 final del 10.12.2020 relativa al caso SA.59655 (2020/N) – Italy.

⁴⁰ Cfr. decisione C(2020) 2371 final del 13.04.2020 relativa al caso SA.56963 (2020/N) – Italy e decisione C(2020) 9634 final del 23.12.2020 relativa al caso SA.59681 (2020/N) – Italy.

⁴¹ Cfr. decisione C(2020) 6959 final del 06.10.2020 relativa al caso SA.58802 (2020/N) – Italy; decisione C(2020) 9121 final del 10.12.2020; decisione C(2021) 1220 final del 18.02.2021.

⁴² Cfr. punto 43 decisione C(2020) 6959 final del 06.10.2020 relativa al caso SA.58802 (2020/N) – Italy e (tra molte decisioni) punto 41 decisione C(2020) 4758 final dell'08.07.2020 relativa al caso State Aid SA. 57752(2020/N) – Italy relativa all'aiuto sotto forma di sovvenzione a fondo perduto a favore dei lavoratori autonomi che, semplificando, abbiano subito una certa decurtazione del loro fatturato prevista dall'articolo 25 del Decreto Rilancio del 19 maggio 2020, n. 34.

braio 2021 ha fornito una serie di istruzioni, tra cui il richiamo alla sospensione della clausola *Deggendorf* e l'esclusione del beneficio nel caso di lavoratori incardinati presso un'agenzia di somministrazione situata in regione non svantaggiata⁴³. Ebbene, l'efficacia di quest'ultima indicazione risulta allo stato sospesa dal Tar Lazio con decreto 15 marzo 2021 e pende un ricorso per il suo annullamento. Quanto alla disattivazione della clausola *Deggendorf*, la circolare n. 33 fa riferimento all'art. 53 del Decreto Rilancio e, in linea con tale previsione, precisa che il beneficio contributivo opera anche nei confronti di soggetti che hanno fruito di agevolazioni per le quali è obbligatorio il recupero, salvo in tal caso un accesso all'aiuto al netto dell'importo dovuto e non rimborsato. Ora è appena il caso di ricordare che tale clausola – di origine giurisprudenziale, poi “codificata” dalla Commissione europea e “recepita” nell'ordinamento italiano – mira a evitare che un'impresa possa cumulare un aiuto nuovo e uno (precedente) illegale e non restituito, così alterando gli scambi intracomunitari in misura contraria all'interesse comune⁴⁴.

È chiaro che il TF ha “alleggerito” le regole europee, ma non si rintracciano indizi nitidi circa la libertà degli Stati membri di concedere aiuti a imprese rientranti nella cd. lista *Deggendorf*. Se è vero, infatti, che un'esplicita esclusione dall'area di operatività delle più elastiche misure di sostegno riguarda le imprese già in difficoltà al 31 dicembre 2019 (e, per contro, quelle in debito del rimborso non sono evocate), è altrettanto vero che la disattivazione del principio *Deggendorf* scatta (ai sensi del Regolamento di esenzione n. 651/2014⁴⁵) soltanto al cospetto di aiuti destinati a ovviare a danni derivanti da calamità naturali. Come dire che l'assimilabilità dell'evento eccezionale della pandemia alla nozione di calamità naturale non risulta *per tabulas*, e la conformità al comune interesse degli aiuti concessi per far fronte a un grave turbamento dell'economia ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b) richiede co-

⁴³ Sul punto v. anche il Messaggio Inps n. 1361 del 31.03.2021 ove (a seguito delle indicazioni ricevute dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali) si precisa che le Agenzie non beneficiano direttamente delle misure di decontribuzione, ma li trasferiscono in capo all'utilizzatrice.

⁴⁴ Si veda punti 159-160 della Comunicazione della Commissione C/2019/5396 sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili e l'art. 1 del Regolamento generale di esenzione per categoria n. 651/2014. Con riguardo al contesto nazionale il Registro Nazionale Aiuti (istituito con l. n. 234/2012) contiene un elenco dei soggetti tenuti alla restituzione (cd. lista *Deggendorf*).

⁴⁵ Cfr. art. 1, par. 3 Regolamento generale di esenzione per categoria n. 651/2014.

unque una valutazione della Commissione e una decisione (eventuale) di compatibilità della misura nazionale⁴⁶. In quest'ottica l'Italia ben avrebbe potuto superare l'incertezza in occasione della notifica del Regime Quadro: il silenzio della Commissione non pare possa essere interpretato come implicito avallo all'introduzione della deroga alla clausola *Deggendorf*, se non altro perché il controllo riguardava gli articoli da 54 a 61 del Decreto Rilancio⁴⁷. Insomma l'apertura dell'agevolazione contributiva alle imprese su cui penda un ordine di recupero rischia di proiettare un'ombra sulla cd. Decontribuzione Sud tutt'altro che opportuna ai tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi economica.

Passando all'esame dell'esonero contributivo per le aziende che rinunciano a richiedere ulteriore cassa integrazione, va innanzitutto ribadito che tale agevolazione è stata da ultimo prorogata dalla legge di bilancio 2021 per un ulteriore periodo massimo di otto settimane (fruibili entro il 31 marzo 2021) e sempre subordinatamente all'autorizzazione della Commissione⁴⁸. Tanto premesso, occorre sottolineare che il dialogo dell'autorità nazionale con l'istituzione europea in ordine a questa misura è risultato piuttosto complesso. Ciò in quanto la prima versione dell'aiuto (vale a dire quella contenuta nell'art. 3 del Decreto Agosto) da un lato subordinava l'efficacia delle disposizioni al nulla osta della Commissione, dall'altro fissava in *massimo quattro mesi, fruibili entro il 31 dicembre 2020*, l'arco temporale di applicazione dell'esonero. Di conseguenza, in ragione dell'assenza di una decisione europea (intervenuta soltanto a novembre) ci si era interrogati sul rapporto tra obbligo di *standstill* e concreta operatività del beneficio⁴⁹. In altre parole si era segnalato che, se la misura nazionale *non dev'essere attuata fino all'approvazione da parte della Commissione*, delle due l'una: o si riteneva che nell'attuazione non rientrasse l'attivazione della procedura mediante la richiesta dell'esonero (sicché il datore poteva inoltrare la richiesta stessa e poi l'esonero veniva rico-

⁴⁶ Nel senso che gli Stati dovrebbero escludere dai potenziali beneficiari le imprese su cui grava un ordine di recupero, NICOLAIDES, *No New Aid to Undertakings that Have not Yet Repaid Incompatible Aid*, in *Stateaidhub*, 19 May 2020. Di diverso avviso CIPRANDI, *Aiuti di Stato nell'emergenza COVID-19: il legislatore italiano sospende la cd. "clausola Deggendorf"*. *Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?*, in www.aisdue.eu.

⁴⁷ Cfr. decisione C(2020) 3482 final del 21 maggio 2020 relativa al caso SA.57021 (2020/N, ex 2020/PN) – Italy. Per una valorizzazione del silenzio CIPRANDI, *op. cit.*, p. 69 s.

⁴⁸ E v. anche la circolare Inps n. 30 del 19 febbraio 2021.

⁴⁹ Sul punto SCARPELLI, *I licenziamenti economici come (temporanea) extrema ratio: la proroga del blocco nel D.L. n. 104/2020*, in *Labor*, 2021, n. 1.

nosciuto retroattivamente) oppure la norma nazionale rischiava di essere di applicazione impossibile. Il nodo interpretativo risulta dipanato dalla decisione di compatibilità del 10 novembre 2020, ove si chiarisce che l'obbligazione in relazione alla quale opera l'esenzione dal pagamento dei contributi sociali deve essere *sorta non oltre il 31 dicembre 2020*. Ciò significa che il limite temporale, fissato a livello nazionale, attiene al momento in cui sorge l'obbligazione previdenziale e non rappresenta uno sbarramento per la fruizione dell'esonero contributivo⁵⁰.

Analoga formulazione, del resto, si registra nella più recente decisione di autorizzazione relativa all'esonero previsto nella legge di bilancio 2021, ove la valutazione di compatibilità esalta pure la coerenza dell'aiuto alla previsione introdotta in occasione del terzo emendamento del TF, ossia all'art. 16 *ter*, che esclude la possibilità di subordinare gli aiuti concessi in virtù del TF alla delocalizzazione di un'attività produttiva (o di altra attività) del beneficiario da un altro Paese dello Spazio economico europeo verso il territorio dello Stato membro che concede l'aiuto, in quanto dannosa per il mercato interno⁵¹. Una previsione da salutare con favore perché suona come un'apprezzabile presa di posizione contro il localismo e gli interessi puramente nazionali, e appare funzionale all'auspicato risultato di preservare un certo livello di solidarietà europea⁵².

Nessuna autorizzazione, infine, risulta per l'esonero contributivo totale previsto in caso assunzione di donne, e neanche per le nuove assunzioni a tempo indeterminato e per le trasformazioni dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato funzionali a promuovere l'occupazione giovanile stabile previsti dall'art. 1, commi da 10 a 19 della legge di bilancio 2021.

⁵⁰ Cfr. decisione C(2020) 7926 final del 10 novembre 2020 relativa al caso SA.59255 (2020/N) – Italy. E vedi anche la decisione di proroga C(2020) 9121 final del 10 dicembre 2020.

⁵¹ Cfr. punto 43 decisione C(2021) 1376 final del 23 febbraio 2021 relativa al caso SA.61939 (2020/N) – Italy. Diversamente nella decisione C(2020) 7926 final il riferimento alla delocalizzazione è contenuto soltanto nella descrizione della misura e non viene ripreso dalla Commissione per motivare la valutazione di compatibilità dell'aiuto con il mercato comune.

⁵² Nello stesso senso sull'art. 16 *ter*, BIONDI, *op. cit.*, p. 16 ss.

5. *Segnali di solidarietà (anche) fuori dal Temporary Framework? Una panoramica dei nuovi strumenti finanziari dell'Ue*

Lo scenario sin qui tratteggiato risulta connotato, come anticipato, dall'obiettivo di offrire un coordinamento europeo delle misure statali nella consapevolezza che la risposta alla pandemia proviene principalmente dai bilanci nazionali e che la differente capienza delle risorse disponibili può andare a scapito della coesione all'interno dell'Unione. Quanto questi buoni propositi sortiranno lo sperato risultato di preservare un certo livello di solidarietà europea è da verificare nel lungo periodo, ma da un lato possiamo registrare che si conferma la tendenza a garantire (anche tramite il TF) che le misure statali siano concepite in modo tale da presentarsi armoniche rispetto agli obiettivi di politica generale dell'Europa, in continuità con l'approccio di canalizzazione degli interventi statali realizzato nella stagione d'oro dei regolamenti di esenzione; dall'altro lato, in una (proclamata) prospettiva di ritrovata solidarietà, si collocano (tra gli altri strumenti⁵³) il programma *Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* (d'ora in poi SURE) e il *Recovery and Resilience Facility* (d'ora in poi RRF)⁵⁴.

Senza soffermarsi sul lungo e complesso negoziato che ha accompagnato l'approvazione del Regolamento Ue n. 241/2021 del Parlamento e del Consiglio istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza⁵⁵, sembra sufficiente in questa sede ricordare brevemente la base giuridica su cui poggia tale meccanismo, vale a dire l'art. 175.3 TFUE, che consente all'Unione di agire "al di fuori dei fondi" a finalità strutturale allorquando si rendano necessarie azioni specifiche. Ora, è vero che il ricorso a tale previsione si giustifica proprio in quanto i fondi strutturali sono strumenti di intervento

⁵³ Per un quadro degli strumenti messi in campo cfr. FERNÁNDEZ, *A Critical Analysis on the European Union's Measures to Overcome the Economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, in *European Papers*, 16.01.2021; CASTELLARIN, *The European Union's Financial Contribution to the Response to the Covid-19 Crisis: An Overview of Existing Mechanisms, Proposals Under Discussion and Open Issues*, in *European Papers*, 21 gennaio 2021.

⁵⁴ Cfr. rispettivamente il Regolamento Ue 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020, in GUUE L 159 del 20.05.2020 e il Regolamento Ue n. 241/2021 del Parlamento e del Consiglio, in GUUE L 57 del 18.02.2021.

⁵⁵ Per un esame della tormentata gestazione e dell'opposizione dei Paesi "frugali", M. R. MAURO, *L'Unione Europea alla prova del Covid-19: il Recovery Fund e il rilancio del processo di integrazione*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, ES, 2020, p. 101 ss.

ordinario, e dunque funzionali a sostenere le politiche economiche nazionali in vista di uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione e, di conseguenza, non appropriati in caso di progetti straordinari. È altrettanto vero, tuttavia, che – come si è rilevato – anche a voler ipotizzare che tali misure, quand'anche eccedano i limiti dei fondi strutturali, non superino l'area della competenza europea, *it would be a logical oddity to act “outside the funds” while using typical means of actions of the funds*⁵⁶.

Un certa sismicità caratterizza pure la base giuridica utilizzata per il programma SURE e cioè l'art. 122 TFUE, che al par. 1 consente al Consiglio, su proposta della Commissione, di decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, specialmente nel settore dell'energia. La stessa disposizione al par. 2 prevede la possibilità che il Consiglio, sempre su proposta della Commissione, conceda assistenza finanziaria a uno Stato membro che versi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo. Ora la giurisprudenza europea ha chiarito che l'art. 122 TFUE ha per oggetto unicamente l'assistenza finanziaria concessa dall'Unione (e non dagli Stati membri) e ha operato un *distinguo* tra le due ipotesi contemplate nella previsione del Trattato⁵⁷. Il par. 1 rappresenta un adeguato e “stabile” fondamento giuridico allorquando l'assistenza finanziaria sia realizzata a favore di Stati che *già si trovano o rischiano di trovarsi* in gravi problemi finanziari. Per converso l'art. 122.2 riguarda l'assistenza allo Stato membro che *si trovi in difficoltà o che sia seriamente minacciato* da gravi difficoltà che fuoriescono dal suo controllo e, dunque in caso di crisi asimmetriche. Proprio l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia lascia intravedere incertezze e forzature nella base giuridica del SURE, quasi che l'art. 122 nel suo insieme possa offrire un solido fondamento a un (terzo e autonomo) potere di intervento dell'Unione, che la legittima ad apprestare misure di assistenza finanziaria a tutti gli Stati membri colpiti allo stesso modo dall'epidemia da Covid-19⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. CANNIZZARO, *Neither Representation nor Taxation? Or, “Europe’s Moment” – Part I*, in *European Papers – A Journal on Law and Integration*, 2020 5 (2), p. 703.

⁵⁷ C. Giust. 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle v. Gouvernement of Ireland e altri*, punti 115-118; Trib. Primo Grado 30 settembre 2015, causa T-450/12, *Anagnostakis v. Commissione*, punto 49.

⁵⁸ Al riguardo cfr. le perplessità espresse da CANNIZZARO, *Neither Representation nor Taxation? Or, “Europe’s Moment” – Part I*, cit.

Al di là dell'incerto fondamento giuridico, tanto lo strumento SURE quanto il RRF costituiscono meccanismi finanziari basati su nuove (e supplementari) risorse. Come dire che, mentre il TF rappresenta un intervento di matrice europea che non altera la consistenza della spesa pubblica nazionale in risposta alla pandemia, queste misure offrono assistenza finanziaria agli Stati membri che necessitano di risorse per attutire gli effetti sociali ed economici della crisi.

In particolare con SURE l'Europa concede, a singoli Stati, prestiti (a condizioni favorevoli) alimentati da risorse che l'Europa raccoglie sul mercato dei capitali attraverso l'emissione di social bond garantiti da tutti i Paesi membri, in proporzione al loro Pil⁵⁹. Si tratta, come noto, di prestiti concessi per aiutare gli Stati a coprire i costi connessi al finanziamento di regimi nazionali di riduzione dell'orario lavorativo o di misure analoghe che mirano a proteggere i lavoratori dipendenti e autonomi e pertanto a ridurre l'incidenza della disoccupazione e della perdita di reddito (o anche al finanziamento di misure a carattere sanitario, in particolare nel luogo di lavoro). Proprio in ragione del percorso tecnico all'uopo utilizzato, vale a dire il prestito in luogo del contributo a fondo perduto, gli entusiasmi e le aspettative suscitate da SURE vanno compensate da una sana dose di realismo⁶⁰. E ciò se non altro perché tale strumento non colma il divario strutturale derivante dalle differenze presenti tra i vari sistemi produttivi nazionali e perché SURE rappresenta un meccanismo di "solidarietà a tempo", nel senso che è costruito intorno alla previsione di una restituzione dei prestiti in concomitanza del superamento del contesto emergenziale⁶¹. Al contempo neppure vanno svalutati gli indizi di solidarietà presenti nel nuovo strumento finanziario e cioè, da un lato le garanzie offerte (sia pure su base volontaria) dagli Stati membri, garanzie espressamente definite irrevocabili, incondizionate e su-

⁵⁹ Sulle caratteristiche di SURE come strumento temporaneo, eccezionale e finanziario, v. PÉREZ DEL PRADO, *El SURE: ¿un paso hacia un sistema de protección por desempleo europeo?*, in *TL*, p. 149 ss.

⁶⁰ In tal senso, ANDOR, *SURE-EU Capacity for Stabilising Employment and Incomes in the Pandemic*, in www.intereconomics.eu.

⁶¹ NAVO, *Il meccanismo europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE): solidarietà in prestito nella crisi Covid-19?*, in *La Comunità internazionale*, 2020, 2, p. 265 ss., spec. p. 272. Decisamente pessimista GIUBBONI, *In uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri... Noterella polemica sulla proposta della Commissione d'una cosiddetta cassa integrazione europea*, in *RDSS*, 2020, 2, p. 421 ss.

scettibili di attivazioni aggiuntive, dall'altro una certa elasticità delle condizioni di accesso al finanziamento (su cui v. § 6)⁶².

Insomma, forse è ancora presto per un bilancio, ma non per un corretto inquadramento delle misure. Da questo punto di vista va registrato un mutamento dello scenario europeo e un arricchimento della cassetta degli atrezzi funzionali alla realizzazione di quello che è stato definito il nuovo Piano *Marshall*⁶³. In quest'ottica il meccanismo SURE non rappresenta un isolato strumento ispirato alla solidarietà europea, ma un frammento che *must support and interact with other instruments to boost growth and employment*⁶⁴. E tra questi va senz'altro annoverato il RRF, che risulta solo in parte tarato sulla crisi pandemica: *what is actually at stake is the long-term balance in the distribution of EU funds*⁶⁵. Il che appare comprovato dai criteri fissati nel Regolamento n. 241/21 per la definizione del contributo finanziario massimo disponibile per gli Stati membri, contributo calibrato sulle loro esigenze reali, facendo cioè riferimento alla popolazione, al Pil pro capite e al tasso di disoccupazione⁶⁶.

6. Il nesso tra aiuti di Stato, SURE e RRF: qualche chiarimento conclusivo

Occorre chiarire, in conclusione, quale relazione intercorra tra i nuovi strumenti finanziari messi in campo dall'Europa e la disciplina degli aiuti di Stato nella sua versione classica e nel più elastico sistema di controllo inaugurato con il TF. Come anticipato, la flessibilizzazione delle regole che presiedono il monitoraggio degli aiuti statali non incide sulla capienza delle risorse domestiche, per converso segnate dalle misure europee. Queste ul-

⁶² Sottolinea che *les aides accordées par SURE ne sont pas subordonnées à la mise en place, par les États bénéficiaires, mesures législatives d'ampleur censées assainir leur situation financière* CHATZILAOU, *La solidarité européenne face au Covid-19: à propos de l'instrument «SURE»*, in *DO*, 2020, p. 532 ss. Sulle caratteristiche delle garanzie statali e sul diritto della Commissione di procedere ad attivazioni aggiuntive, v. art. 11 del Reg. Ue 2020/672 del 19 maggio 2020.

⁶³ Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_675. E v. anche DE MICHELE, MESSORI, *Verso un 'Piano Marshall' europeo: Come trasformare una crisi in un'opportunità*, in *LuiSS SEP - Policy Brief 15/2020*.

⁶⁴ PADOAN, *Response to Covid-19: Mechanisms against unemployment*, in *LuiSS SEP - Policy Brief 20/2020*.

⁶⁵ CASTELLARIN, *op. cit.*, p. 1030.

⁶⁶ Cfr. considerando 37.

time, infatti, risultano basate su nuove e aggiuntive risorse, destinate in quanto tali a intercettare, sia pure indirettamente, le norme in tema di aiuti Stato.

Così, con riguardo a SURE, sembra opportuno partire dalla procedura approntata per la richiesta di assistenza finanziaria: in questo caso il controllo della Commissione sugli interventi che il singolo Stato finanzia con il prestito europeo avviene nel momento in cui la richiesta stessa viene vagliata. Ed è un controllo non già di compatibilità dell'intervento con il mercato comune, bensì di conformità della misura all'obiettivo sociale perseguito così come prescritto dal Regolamento n. 672 e che sfocia in una decisione di esecuzione del Consiglio⁶⁷. In particolare, con decisione del 25 settembre 2020 l'Italia ha avuto accesso alla prima *tranche* di risorse, ricevendo il semaforo verde per il finanziamento di una serie di misure, tra cui l'indennità per i lavoratori a chiamata, per i lavoratori domestici, o ancora il bonus per servizi di baby-sitting e l'estensione di congedi parentali. Tra gli interventi finanziabili figurano anche i contributi a fondo perduto a favore dei lavoratori autonomi di cui all'art. 25 del decreto legge 34/2020, contributi che avevano già superato il vaglio di compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato l'8 luglio 2020⁶⁸. In altre parole il ricorso al serbatoio del prestito europeo amplia sicuramente la gamma di misure domestiche attivabili per attutire le conseguenze della crisi pandemica, ma non altera la tradizionale interazione con la DG Concorrenza. Di conseguenza ben può verificarsi che uno stesso intervento nazionale venga in rilievo, sia pure con una sfasatura temporale, in due momenti diversi: una prima volta nella prospettiva di compatibilità con il mercato comune e successivamente nell'ottica della strumentalità della misura a fronteggiare l'aumento di spesa pubblica connessa a regimi di riduzione dell'orario di lavoro e a misure analoghe.

Una indubbia interazione si registra pure tra RRF e disciplina degli aiuti di Stato. Per un verso, infatti, il considerando 8 del Regolamento n. 241 precisa che: "anche gli investimenti privati potrebbero essere incentivati attraverso regimi di investimento pubblico, compresi strumenti finanziari, sovvenzioni e altri strumenti, purché siano rispettate le norme in materia di aiuti di Stato". Per altro verso la DG Concorrenza ha pubblicato dei modelli orientativi sugli aiuti per assistere gli Stati membri nella progettazione dei

⁶⁷ V. art. 6 del Reg. Ue 2020/672 del 19 maggio 2020.

⁶⁸ Cfr. decisione C(2020) 4758 final dell'8.07.2020 relativa al caso SA. 57752(2020/N) – Italy. Una seconda *tranche* è stata disposta a favore dell'Italia il 2 febbraio 2021 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_309).

loro piani nazionali di ripresa e resilienza in sintonia con le norme in materia di aiuti di Stato⁶⁹.

Al contempo tale profilo ispira altresì l'implementazione dei piani nazionali. Non è questa la sede, ovviamente, per esaminare il nostro PNRR, ma non si può non considerare che il tema dell'interazione tra investimenti domestici e disciplina in materia di aiuti di Stato risulta quanto mai attuale. Il Piano italiano di ripresa e resilienza, infatti, dopo una valutazione (quasi del tutto) positiva della Commissione, ha ricevuto l'approvazione definitiva del Consiglio che, con decisione del 13 luglio 2021, ha sbloccato una quota dell'importo complessivo del piano stesso. A questo punto, dunque, all'accentramento in capo alla Ragioneria generale dello Stato presso il MEF delle comunicazioni con la Commissione per l'implementazione del PNRR si affianca una preventiva valutazione in sede decentrata circa la natura di aiuto delle singole misure interne. Si tratta di un filtro importante che precede la valutazione di compatibilità delle misure connesse con il PNRR; valutazione che invece rientra nella competenza esclusiva della Commissione, la quale, per queste misure, si è prefissata l'ambizioso limite temporale di sei settimane per la relativa decisione. Il che comprova che il superamento di un approccio emergenziale e la costruzione di un armamentario coordinato, fatto anche di risorse dell'Unione, rappresenta una prima (importante) tappa verso la solidarietà europea.

⁶⁹ Cfr. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html.

Abstract

Il saggio analizza il *Quadro di riferimento temporaneo per gli aiuti di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19* adottato dalla Commissione europea e il suo impatto sul sistema di controllo degli aiuti stato. L'A. procede poi all'esame delle misure di sostegno varate dal governo italiano e all'indagine della relazione che intercorre tra questo “vecchio” tassello della politica europea e alcuni nuovi strumenti varati per preservare un certo livello di solidarietà europea.

The article focuses on the *State Aid Temporary Framework to support the economy in the context of the Covid-19 outbreak* adopted by the European Commission and its impact in the area of state aid control. The author analyses the Italian state interventions and the possible links between this 'old' piece of the European policy and some new instruments launched to preserve an acceptable level of European solidarity.

Keywords

Aiuti di Stato, emergenza Covid-19, meccanismo di controllo, solidarietà europea, SURE, RRF

State Aids, Covid-19 emergency, the system of state aid control, European solidarity, SURE, RRF.

Vania Brino

Il diritto internazionale del lavoro dinanzi alla pandemia

Sommario: **1.** Istantanee sulle criticità del tempo presente. **2.** L'OIL: un interlocutore privilegiato nella crisi globale. **3.** I pilastri di azione dell'OIL tra cooperazione e solidarismi.

1. Istantanee sulle criticità del tempo presente

La pandemia ha sovvertito i paradigmi sui quali si è edificata la società globale, mettendo in crisi l'architettura dei sistemi socio-economici e contaminando ambiti che si spingono ben oltre quello della salute pubblica¹. Emergono, come mai prima d'ora, le aporie del mercato iperglobalizzato e, con esse, la vulnerabilità degli Stati, per lo più indipendente dal loro livello di sviluppo.

Per affrontare la crisi che ne è scaturita i governi hanno adottato rigide misure di contenimento, nel tentativo di prevenire la diffusione del virus. Si è trattato di provvedimenti che, pur se giustificati dall'emergenza, hanno avuto e continuano ad avere un impatto devastante sui destini dei lavoratori e delle lavoratrici a tutte le latitudini.

Una prima questione attiene al lavoro che non c'è più.

La contrazione dei livelli occupazionali ha interessato pressoché tutti i settori (tra quelli maggiormente colpiti i servizi di alloggio e di ristorazione; le attività immobiliari, commerciali e amministrative; l'industria manifattu-

¹ Sui profili della salute globale come bene comune e sugli strumenti messi in atto dal diritto internazionale a sua protezione v. NEGRI, *La tutela della salute pubblica internazionale tra governance globale, "sovranià sanitaria" e diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Aracne, 2013, p. 335 ss. che analizza le c.d. "epidemie globalizzate" e le complesse dinamiche di "mutual vulnerability" dalle stesse create.

riera; il commercio all'ingrosso e al dettaglio²). Il calo delle ore di lavoro è stato determinato, in tutti i paesi, sia da una riduzione dell'orario – quale strategia adottata dalle imprese che hanno potuto continuare ad operare pur se a regime ridotto –, sia dalla riduzione dell'occupazione a seguito della chiusura delle attività produttive. Si registrano perdite occupazionali pari a 114 milioni di lavori con un'incidenza maggiore per le donne rispetto agli uomini³. Indagando le caratteristiche degli ambiti più colpiti si evince chiaramente che la recessione ha penalizzato, diversamente dalla crisi finanziaria del 2009, i contesti con una più elevata specializzazione femminile (turismo, attività di vendita al dettaglio, ristorazione, servizi di cura)⁴. Al contempo si è determinata una sovra-esposizione delle donne, con le evidenti implicazioni sul piano della sicurezza in primis, nell'ambito di attività essenziali come i servizi socio-sanitari nei quali esse costituiscono il 70% della forza lavoro nei Paesi Ocse⁵.

Un secondo rilievo riguarda il mutamento determinato sulle condizioni di impiego. Si è trattato di modifiche che hanno richiesto risposte tempestive, invero non sempre efficaci, al fine di preservare i diritti dei lavoratori nell'emergenza. Pensiamo alle implicazioni della pandemia sulla sicurezza nei luoghi di lavoro⁶. Ma ciò vale anche se prendiamo in considerazione la diffusione del lavoro da remoto che ha sollevato molteplici interrogativi non solo sul piano della salute ma anche su quello della conciliazione vita-lavoro, della disconnessione, e ancora dei controlli e privacy, della formazione solo per citare i più rilevanti⁷. E se è vero che il lavoro agile ha protetto dal rischio occupazionale alcune categorie di lavoratori, garantendo la continuità del-

² Nota OIL, *COVID-19 e il mondo del lavoro*, Prima edizione, 7 aprile 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744685.pdf.

³ V. i dati raccolti in Nota OIL, *COVID-19 e il mondo del lavoro*, Settima edizione, 25 gennaio 2021, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_767283.pdf.

⁴ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744685.pdf.

⁵ www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/.

⁶ OIL, *Garantire la salute e sicurezza del lavoro durante la pandemia*, 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_742884.pdf.

⁷ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_742884.pdf.

l'impiego e del reddito, ha altresì avuto effetti particolarmente penalizzanti sulle lavoratrici donne⁸.

Nuove sfide si sono quindi paventate dinanzi al diritto del lavoro sia nella prospettiva del diritto interno sia in quella, che si adotterà in questo breve scritto, del diritto internazionale del lavoro. La vastità dell'ambito di studio impone necessariamente una scelta e, per questo, l'analisi intende concentrarsi, sia pur per brevi cenni, sulla posizione assunta dall'Organizzazione internazionale del lavoro (nel prosieguo OIL)⁹.

2. *L'OIL: un interlocutore privilegiato nella crisi globale*

L'Organizzazione ha manifestato, nell'ultimo anno, un indubbio attivismo vuoi sul piano dell'elaborazione e sistematizzazione dei problemi poc'anzi richiamati, vuoi su quello delle strategie da implementare al fine di traghettare la società globale oltre la pandemia¹⁰.

Per genesi, composizione ed approccio regolativo l'Organizzazione si presta ad essere un punto di riferimento per gli Stati membri, le parti sociali e le imprese, tanto più nei periodi di crisi.

Basti richiamare i motivi della sua costituzione nel 1919: l'esigenza di risollevare gli Stati dagli effetti nefasti del primo conflitto mondiale nonché di promuovere la ripresa, economica e sociale, all'interno di nazioni che manifestavano urgenti bisogni comuni.

⁸ “*The COVID-19 response: Getting gender equality right for a better future for women at work*”, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—gender/documents/publication/wcms_744374.pdf.

⁹ V., in questi termini, *ILO's response to the impact of the COVID-19 pandemic on workers and enterprises*, IN-FOCUS internal learning series, 2020, https://www.ilo.org/eval/WCMS_749244/lang—en/index.htm, dove si mette in luce il vantaggio comparato di cui gode l'OIL rispetto ad altre istituzioni nella promozione del lavoro dignitoso nonché il fatto che l'approccio adottato le ha consentito di supportare le altre agenzie delle Nazioni Unite nella definizione delle azioni da promuovere per superare la crisi. In dottrina SERVAIS, *The social consequences of the COVID 19: Which help to be expected from the ILO?*, in *LDE*, 2020, n. 3, p. 1 ss.; MARINELLI F., *L'impatto del COVID-19 sul mercato del lavoro: le previsioni dell'OIL*, in *Bollettino ADAPT*, n. 14, 2020.

¹⁰ V. in questo senso la produzione alluvionale di documenti e rapporti di ricerca elaborati dall'OIL fin dai primi mesi della pandemia che hanno rappresentato un punto di riferimento per i governi nell'individuare le aree maggiormente a rischio e le priorità sulle quali intervenire. In particolare v. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/lang—en/index.htm>.

Così, rispetto alla sua composizione, l'OIL è l'unica istituzione internazionale nella quale siedono allo stesso tavolo i rappresentanti dei governi e delle parti sociali e, in questo, si afferma come un interlocutore virtuoso nella costruzione di strategie di azione condivise a livello globale. L'adozione di soluzioni concertate è una leva fondamentale per rispondere in modo efficace ed effettivo ai problemi che affliggono il lavoro.

Si tratta, inoltre, di un'organizzazione che opera con l'obiettivo di promuovere un linguaggio comune all'interno degli Stati membri, soprattutto attraverso l'elaborazione di standard che, pur nella loro adattabilità, aspirano a tutelare i diritti dei lavoratori. Ciò a dire che le tipicità dei sistemi nazionali, anche tenuto conto del loro livello di sviluppo economico e sociale, non possono in nessuna misura giustificare la violazione dei diritti fondamentali. Rileva, qui, l'obbligo degli Stati membri di rispettare i *core labour standards* anche qualora non abbiano ratificato le relative convenzioni¹¹.

Sulla centralità dell'azione dell'OIL in tempo di crisi, peraltro, è espressamente intervenuta la Raccomandazione n.205 del 2017 con la quale l'OIL ha fornito agli Stati una guida sulle misure da adottare per creare occupazione e lavoro dignitoso nelle situazioni derivanti da conflitti o disastri, e nel cui ambito di applicazione può rientrare anche la pandemia in corso¹².

Così, la Dichiarazione sul Centenario dell'OIL¹³ se, per un verso, identifica i profondi cambiamenti intervenuti sul mondo del lavoro, per altro verso sottolinea il ruolo attivo dell'Organizzazione nel rispondere alle conseguenti nuove sfide regolative. L'approccio promosso dall'OIL nella Dichiarazione è centrato sulla tutela della persona – c.d. *human-centred approach* – come paradigma di riferimento, che appare ancor più determinante in questo momento storico¹⁴. La crisi non può altrimenti mettere in discussione i pa-

¹¹ In questi termini v. la Dichiarazione OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro, 1998.

¹² Per un commento v. SELBERG, *The ILO response to Covid-19: ILO and international labour standards in times of pandemic*, in *ILLJ*, 2020, vol. 13, p. 162 ss.

¹³ ILO, *Centenary Declaration for the Future of Work, International Labour Conference*, 2019, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/-lang-en/index.htm>. In dottrina v. SUPIOT, *The tasks ahead of the ILO at its centenary*, in *International Labour Review*, 2020, p. 117 ss.

¹⁴ V., in questo senso, ILO Governing Body, *COVID-19 and the world of work Elements of a potential International Labour Conference (109th Session) outcome document on a global response for a human-centred recovery from the COVID-19 crisis*, 2021, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_774286.pdf.

radigmi fondativi ai quali si è ispirata l'Organizzazione nella sua attività di *standard setting* ovvero l'universalità, l'indivisibilità, l'interdipendenza e l'interrelazione di tutti i diritti umani, sia civili che politici, nonché dei diritti economici, sociali e culturali.

Inoltre, se gli interventi su base nazionale devono essere tali da bilanciare le esigenze del mondo produttivo (v. politiche monetarie e fiscali *ad hoc*) e i diritti dei lavoratori, al contempo bisogna rifuggire, e qui il monito agli Stati e alle imprese, dall'idea di invocare la pandemia come causa che può giustificare la destrutturazione dei sistemi di tutela. Le esternalità negative determinate dall'emergenza non possono influire sui destini dei lavoratori, né tanto meno alimentare forme di concorrenza distruttiva¹⁵. Pur se gli standard dell'OIL sono formulati in modo flessibile e adattabile all'interno di contesti profondamente eterogenei, ciò non implica che essi possano essere limitati invocando qualsivoglia ragione perturbativa dello *status quo*¹⁶.

Su questi profili, e in particolare sulla compatibilità delle misure emergenziali adottate dagli Stati membri in rapporto agli standard dell'OIL, di particolare interesse potrebbe essere l'esito del reclamo presentato dinanzi all'Organizzazione lo scorso 7 ottobre 2020. Numerose organizzazioni sindacali americane (*Service Employees International Union* e *AFL-CIO*), supportate dalla *US Labor Agency* hanno sostenuto la violazione, ad opera degli Stati Uniti, della libertà di associazione, di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva a danno dei lavoratori durante l'emergenza. Per le ragioni poc'anzi richiamate appare irrilevante il fatto che gli Stati Uniti non abbiano ratificato le convenzioni sulle libertà sindacali. Inoltre, qualora fossero accertate le violazioni, gli Stati Uniti incontreranno serie difficoltà qualora volessero richiamare al rispetto degli standard altri Stati, soprattutto se si tratta di sistemi non particolarmente virtuosi sul piano delle relazioni sindacali (Cina, Messico, etc.)¹⁷.

La crisi non sospende quindi gli obblighi derivanti dalle norme inter-

¹⁵ ILO, *The effects of covid-19 on trade and global supply chains*, 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_746917.pdf.

¹⁶ ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) FAQ Key provisions of international labour standards relevant to the evolving COVID19 outbreak, 2020, https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739937/lang-en/index.htm. In dottrina v. SERVAIS, *op. cit.*

¹⁷ File:///C:/Users/adminportatile/Downloads/AFL-CIO%20&%20SEIU%20CFA%20submission%2010.7.20%20(2).pdf. Per un commento v. <https://www.washingtonpost.com/business/2020/10/08/international-complaint-worker-protections/>.

nazionali del lavoro, mentre le eventuali deroghe dovrebbero essere esercitate entro limiti chiaramente definiti di legalità, necessità, proporzionalità e non discriminazione. Allo stesso modo, l'obbligo di riferire le misure adottate per dare effetto agli standard ratificati e non ratificati (ai sensi degli articoli 19, 22 e 35 della Costituzione OIL) non è sospesa. Gli Stati membri sono invitati a cercare il sostegno dell'Organizzazione, ora più che mai necessario, per garantire che i diritti sul lavoro non vengano sacrificati a causa della crisi¹⁸.

3. I pilastri di azione dell'OIL tra cooperazione e solidarismi

Con l'obiettivo di formulare risposte condivise e comuni per fronteggiare la crisi e per favorirne il superamento l'OIL ha individuato 4 pilastri, che fungono altresì da punto di riferimento per i governi nazionali nella definizione delle azioni di intervento¹⁹.

Il primo pilastro riguarda le misure volte a stimolare l'economia e l'occupazione: previsioni sul piano fiscale, politiche monetarie, supporto di settori specifici come quello sanitario. L'OIL richiama l'attenzione sul fatto che la leva di sostegno all'economia è fondamentale per mitigare gli effetti del calo occupazione e di reddito, nonché per incentivare la domanda aggregata e promuovere la ripresa del mercato. Al contempo, tuttavia, per garantire la sostenibilità economica degli interventi è necessario potenziare le forme di cooperazione solidaristica tra istituzioni nel pubblico come nel privato, oltrechè il coinvolgimento delle istituzioni finanziarie internazionali. Tra le priorità di intervento l'OIL sottolinea l'urgenza di previsioni *ad hoc* a beneficio dei paesi a medio e basso reddito²⁰. Sono infatti questi i territori i cui

¹⁸ Extracts of the General Report of the CEACR – Application of International Labour Standards in times of crisis: the importance of international labour standards and effective and authoritative supervision in the context of the COVID-19 pandemic, 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_767351.pdf.

¹⁹ ILO, *A policy framework for tackling the economic and social impact of the COVID – 19 crisis*, 2020, https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_745337/lang-en/index.htm; ILO, *Monitor: COVID-19 and the world of work*, Sesta edizione, 20 settembre 2020, https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_755910/lang-en/index.htm.

²⁰ V. ad esempio l'Accordo congiunto “*Impact of COVID-19 on people's livelihoods, their health and our food systems*” tra l'OIL, la FAO, IFAD e OMS, 13 ottobre 2020, <https://>

fattori di vulnerabilità risultano amplificati a causa dell'emergenza. In queste complesse realtà l'assenza di adeguati strumenti di protezione, l'elevata diffusione del lavoro informale nonché la scarsità di risorse, espongono i lavoratori e le lavoratrici a situazioni di sfruttamento e di violazione dei più basilari diritti fondamentali²¹.

La pandemia ha scoperchiato il vaso di Pandora mettendo in luce le fragilità, in termini di insicurezza e disuguaglianza, tipiche del modello economico incentrato sulle catene del valore, l'estrema debolezza dei sistemi nazionali, e ancora i gap regolativi e di tutela che affliggono i lavoratori coinvolti. A fronte di ciò, da tempo, e non solo in seno all'OIL²², si discute sulle azioni da promuovere al fine di rendere il modello delle catene globali del valore più inclusivo e sostenibile. Del resto la crisi ha ben rappresentato il fatto che le catene estese a livello globale hanno risposto con ritardo ai problemi sollevati dall'emergenza²³. Da qui l'osservazione secondo cui le catene corte potrebbero risultare più efficienti vuoi perché si riducono le distanze tra fornitori, produttori e consumatori, vuoi perché la *lead firm* può controllare più facilmente i nodi della catena, eventualmente riorientando la produzione verso i beni più richiesti nel mercato (pensiamo alla conversione della produzione realizzata da molte catene anche del tessile per produrre dispositivi individuali di protezione).

Un secondo pilastro riguarda le azioni di supporto sia alle imprese (sospensione temporanea del pagamento delle tasse e della contribuzione, sussidi ai datori di lavoro a condizione che non licenzino i dipendenti, supporti finanziari e fiscali alle imprese), sia ai lavoratori il cui rapporto si interrompe o viene sospeso (estensione della protezione sociale, implementazione delle misure di sostegno quali ad esempio la riduzione dell'orario di lavoro, sussidi). A queste si aggiungono poi, e si tratta del Terzo Pilastro, gli interventi a tutela dei lavoratori a fronte delle trasformazioni indotte dalla pandemia sull'organizzazione del lavoro. Pensiamo, come detto, alle misure di sicurezza;

[/www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS_757974/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS_757974/lang-en/index.htm).

²¹ <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Garment-Forum-2020-Session-Note-Tackling-Violence-and-Harassment-in-Textiles-Clothing-Leather-and-Footwear.pdf>.

²² V. in particolare AA.Vv., *COVID-19 and the case for global development*, in *World development*, 2020, vol. 134.

²³ RAJNEESH, *Policy opportunities and challenges from the COVID-19 pandemic for economies with large informal sectors*, in *Journal of International Business Policy*, 2020, vol. 3, p. 302 ss.

alle disposizioni funzionali ad adattare le condizioni di lavoro in periodo di emergenza attraverso istituti come il lavoro agile, ancora a tutte le azioni finalizzate ad estendere i congedi per esigenze familiari, di cura o per malattia.

Il periodo emergenziale, nella sua drammaticità, dovrebbe altrimenti fungere da acceleratore di nuove riflessioni a livello globale in ordine all'urgenza di ripensare alla protezione sociale nel segno dell'universalità per lo meno nell'ambito delle misure volte a garantire la soddisfazione di bisogni considerati essenziali per le persone che lavorano, a prescindere dal loro status contrattuale²⁴.

La crisi ha infatti messo in evidenza il forte divario di tutele tra soggetti tutelati e non nel mercato del lavoro. Una differenza che si è riprodotta anche nell'erogazione delle misure di sostegno. I dati registrano l'impatto disomogeneo dell'emergenza tra le diverse componenti del mercato del lavoro, soprattutto per ciò che concerne i lavoratori autonomi. C'è da dire che questo dato risente anche del fatto che, in particolare nei paesi in via di sviluppo, il lavoro autonomo è diffuso per lo più nell'economia informale.

Nelle parole del Direttore Generale dell'OIL, pronunciate in occasione dell'incontro del 20 settembre 2020 tra i Ministri del Lavoro e dell'Occupazione del G20, l'essenza dell'approccio che intende adottare l'Organizzazione sul tema: la protezione sociale è un tassello fondamentale di ogni società; è un fattore decisivo per garantire la tutela dei più basilari diritti dell'individuo e, in questo senso, si sottolinea la necessità di convertire le estensioni temporanee negli ultimi mesi in sistemi a lungo termine, sostenibili e inclusivi. Tale revisione dei sistemi di protezione sociale dovrà considerare in modo particolare i bisogni dei soggetti più vulnerabili, identificati dall'OIL nei migranti, nelle donne, nei giovani, gli anziani, e ancora in coloro che operano all'interno dei sentieri perversi dell'economia informale, i lavoratori della gig economy, le pmi, i lavoratori autonomi.

Infine, il quarto pilastro riconosce il ruolo attivo del dialogo sociale quale strumento funzionale a colmare i vuoti regolativi e promuovere il miglioramento delle condizioni di lavoro²⁵. La pandemia impone risposte ur-

²⁴ V. con riferimento alla posizione assunta dall'OIL sull'estensione delle tutele al lavoro autonomo PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, p. 81 ss.

²⁵ Le dichiarazioni congiunte sottoscritte a livello settoriale con il coinvolgimento delle parti sociali e delle imprese si rivelano particolarmente numerose (v. https://www.ilo.org/sector/Resources/WCMS_741939/lang-en/index.htm). Tra le altre la Dichiarazione congiunta

genti, coordinate, condivise e indipendenti dalle latitudini di riferimento. In questi termini si pone, ad esempio, la Dichiarazione congiunta sottoscritta dall'Organizzazione internazionale dei datori di lavoro e dalla Confederazione internazionale dei sindacati in cui si chiedono azioni tempestive in alcune aree considerate strategiche tra le quali il sostegno alle imprese per salvaguardare i posti di lavoro, la sicurezza del reddito, il coordinamento e la coerenza delle politiche²⁶.

Soprattutto, la crisi impone l'adozione di misure che siano ad un tempo rispettose degli standard minimi di tutela e frutto della cooperazione e del dialogo tra tutti gli attori coinvolti, in primis le parti sociali. In questi termini appare altresì determinante garantire le libertà civili: le situazioni di crisi non possono essere infatti utilizzate per giustificare "restrizioni alle libertà civili che sono essenziali per il corretto esercizio dei diritti sindacali, salvo in circostanze di estrema gravità e a condizione che tutte le misure che incidono sulla loro applicazione siano di portata limitata e di durata allo stretto necessario per far fronte alla situazione in questione"²⁷. La gestione ottimale di una crisi è legata indissolubilmente, come la storia ci insegna, alla promozione del dialogo con le parti sociali nella definizione delle strategie e misure di intervento²⁸.

UNI Global Union, Auchan Retail and Carrefour Group sull'implementazione di buone prassi in risposta alla crisi sanitaria, 2020, <https://www.carrefour.com/en/newsroom/joint-declaration-protective-measures-workers-and-customers-food-retail-sector-during> o la più recente Dichiarazione sottoscritta dalle organizzazioni rappresentative degli armatori e dei marittimi e da un gran numero di compagnie marittime, 27 gennaio 2021, <https://www.globalmaritimeforum.org/content/2020/12/The-Neptune-Declaration-on-Seafarer-Wellbeing-and-Crew-Change.pdf>.

²⁶ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_dialogue/—actrav/documents/-genericdocument/wcms_739522.pdf.

²⁷ ILO, *CEACR General Survey on Freedom of Association and Collective Bargaining*, 1994, para. 41, https://www.ilo.org/jakarta/whatwedo/publications/WCMS_182053/lang—en/index.htm.

²⁸ UN experts, *COVID-19: States should not abuse emergency measures to suppress human rights*, 2020, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25722&LangID=E>; Human Rights Committee, *General comment No. 37*, sul diritto di assemblea di cui all'art. 21 della Convenzione internazionale dei diritti civili e politici, 2020, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GCArticle21.aspx.V>. Inoltre sulla centralità della partnership tra l'OIL e le parti sociali in tempo di crisi le Decisioni del Comitato OIL sulla libertà sindacale, 2018, par. 1437, 1546, https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/WCMS_632659/lang—en/index.htm.

Abstract

Il saggio ricostruisce le misure adottate dall'OIL al fine di mitigare l'impatto della pandemia sul lavoro e promuovere condizioni dignitose di impiego nell'emergenza. Il contributo si sofferma sui pilastri di azione dell'Organizzazione che si muovono tra interventi funzionali alla cooperazione e previsioni centrate sul dialogo sociale e sull'esigenza di rafforzare concertazione e solidarismi nella gestione della crisi.

The article reconstructs the measures adopted by the ILO in order to mitigate the impact of the pandemic on labour market and to promote decent working conditions. The contribution focuses on the Organization's pillars of action that move between interventions functional to cooperation and forecasts centered on social dialogue and the need to strengthen cooperation and solidarity during the crisis.

Keywords

OIL, tripartitismo, core labour standard, cooperazione internazionale, dialogo sociale.

ILO, tripartism, core labour standard, international cooperation, social dialogue.

Paola Bozzao

**Gli istituti di sostegno al reddito per disoccupati
e *working poor*: dall'emergenza
a nuovi assestamenti sistematici**

Sommario: **1.** Il contesto di riferimento. **2.** La fase emergenziale del Covid-19. **3.** Verso nuovi assestamenti sistematici. **4.** La necessità di “fare sistema”, tra misure di sostegno al reddito e di contrasto alla povertà. **5.** Sostegno al reddito e politiche occupazionali, nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

1. Il contesto di riferimento

Gli istituti di sostegno al reddito sono strettamente correlati al contesto socioeconomico del Paese, che incide sulle caratteristiche – strutturali e occupazionali – del mercato del lavoro. In un sistema caratterizzato, da più di un decennio, da un'economia debole e stagnante, la carenza di lavoratori occupati a tempo pieno e indeterminato costituisce la principale debolezza del mercato del lavoro, caratterizzato da diffusione di lavori precari, ampio ricorso al lavoro sommerso, livelli ancora elevati della disoccupazione, soprattutto giovanile, aumento delle diseguaglianze territoriali, crescita del lavoro povero¹. Questa situazione si è accentuata a partire dal mese di marzo 2020, in conseguenza della emergenza epidemiologica del Covid 19²; ed ha ben presto perso il carattere della emergenzialità, come dimostrano, a più di un anno di distanza, gli ancora elevati dati di diffusione del contagio.

¹ Per l'analisi delle criticità del mercato del lavoro, già prima della esplosione della pandemia da Covid-19, v. Cnel, *XXI Rapporto sul mercato del lavoro e la contrattazione collettiva*, dicembre 2019, spec. sez. I.

² Sull'impatto della pandemia sul mercato del lavoro, v. BARBINI, DE NOVELLIS, *La crisi del Covid-19 e l'impatto sul mercato del lavoro*, in Cnel, *XXII Rapporto sul mercato del lavoro e la contrattazione collettiva*, dicembre 2020, p. 31 ss.

A fronte di questo contesto, la strumentazione predisposta per il sostegno al reddito dei lavoratori in situazione di difficoltà si è rivelata – come noto – del tutto insufficiente. Il legislatore previdenziale, nel tenere fermo il tradizionale apparato assicurativo, ha invero – nel corso del tempo, e non senza incertezze – introdotto alcuni assestamenti. Se si guarda alle innovazioni dell’ultimo decennio, sono state gradualmente ampliate le maglie protettive oltre l’area della subordinazione, per abbracciare particolari tipologie di lavoratori autonomi strutturalmente precari: i lavoratori a progetto, prima, e i collaboratori coordinati e continuativi, poi. Il legislatore del 2015³ ha “ridisegnato” la prestazione di disoccupazione ordinaria (la Naspi) prevedendo, innanzitutto, requisiti contributivi minimi per l’accesso alla misura meno stringenti rispetto alla normativa previgente: il che ha consentito l’estensione della platea dei potenziali beneficiari a vantaggio anche dei lavoratori occupati in attività lavorative precarie e discontinue. E, ancora, si è previsto l’ampliamento del regime di cumulabilità e compatibilità del trattamento previdenziale a fronte di rapporti lavorativi di breve durata e di importo modesto: chiaro segnale dell’attenzione rivolta al fenomeno della sottoccupazione lavorativa.

E tuttavia, pur se rafforzato in alcuni suoi elementi, l’impianto protettivo si è rivelato ancora fortemente inadeguato. La realizzazione dell’obiettivo di «integrazione sociale partecipativa» posto dal secondo comma dell’art. 3 Cost.⁴ non riguarda solo gli occupati temporaneamente espulsi dal circuito produttivo, ma una platea ben più ampia di persone sempre più esposte a situazioni di fragilità occupazionale. Si pensi agli inoccupati, che non sono ancora riusciti ad immettersi nel mercato produttivo e sono alla ricerca di una prima occupazione; ai disoccupati di lungo periodo, che hanno perso il proprio lavoro da molto tempo e non sono più riusciti ad inserirsi nel circuito lavorativo; ai sottoccupati che – anche in ragione della precarietà temporale della loro occupazione – non riescono a raggiungere importi reddituali dignitosi. Proprio quest’ultimo fenomeno, quello della povertà lavorativa, colpisce ormai “strati sempre più vasti di lavoratori standard una volta parte del ceto medio”⁵. Se è vero che il nostro Paese presenta un elevato tasso di co-

³ D.lgs. 4 marzo 2015, n. 22.

⁴ RENGA, *NASpI e Dis-Coll: principio di solidarietà versus principio assicurativo*, in questa rivista, 2018, p. 469.

⁵ TREU, *Il lavoro povero: radici strutturali e rimedi*, in *welforum.it*, 15 novembre 2019; v. anche BOZZAO, *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *LD*, 2018, p. 657 ss.

pertura contrattuale collettiva (80/85%), nel 2018 circa il 12% dei lavoratori dipendenti italiani ha ricevuto un salario inferiore ai minimi contrattuali⁶. Particolarmente colpiti sono i giovani e le donne. I primi costituiscono il target di riferimento privilegiato dei contratti flessibili di lavoro. Il lavoro femminile riveste un'assoluta prevalenza in occupazioni con contratti di lavoro a tempo parziale ciclico, specie di tipo involontario. Giovani e donne, poi, sono soprattutto presenti nel settore terziario. Settori quali il commercio, turismo (alberghi, ristorazione), spettacolo, logistica, servizi alla persona, sono spesso caratterizzati da lavoro saltuario (con ampia diffusione, in alcuni settori, del lavoro stagionale), poco qualificato e di bassa produttività; e sono i settori maggiormente colpiti dalla crisi legata alla pandemia del Covid 19. Il lavoro povero è diffuso anche tra i lavoratori autonomi⁷, specie tra coloro che lavorano per un solo committente e svolgono spesso lavori etero-organizzati; tale presenza è segnalata anche in molte aree delle professioni intellettuali.

2. La fase emergenziale del Covid-19

Queste criticità sono esplose con tutta evidenza durante la fase emergenziale del Covid-19. Tanto che si sono convulsamente susseguiti una serie di interventi categoriali e temporanei al fine di tutelare il reddito dei lavoratori che, a seguito del *lockdown* messo in atto per limitare gli effetti della pandemia, avessero cessato, ridotto o sospeso l'attività o il rapporto di lavoro. Con i decreti "Cura Italia" e "Rilancio"⁸ sono state introdotte molteplici misure di sostegno per le categorie più deboli del lavoro dipendente, che non potevano essere sostenute con interventi di integrazione salariale, prevedendosi delle indennità *una tantum* per i mesi di marzo, aprile e maggio 2020; allo stesso modo si è operato per i lavoratori iscritti alla Gestione separata dell'Inps⁹, per i lavoratori autonomi, per i liberi professionisti. Prov-

⁶ Un dato ben sopra la media Ue, del 9,2%: Eurostat, *Income poverty statistics/it*, maggio 2020.

⁷ Caritas, *Gli anticorpi della solidarietà. Rapporto 2020 su povertà ed esclusione sociale in Italia*, ottobre 2020.

⁸ Rispettivamente, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) e d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77).

⁹ Di cui all'art. 2, co. 26 della l. 8 agosto 1995, n. 335.

vedimenti successivi¹⁰ hanno prorogato queste indennità per le categorie di lavoratori maggiormente colpite dal prolungarsi degli effetti della pandemia, quali i lavoratori stagionali, i lavoratori a tempo determinato e i somministrati nel settore del turismo, i lavoratori dello spettacolo, gli operatori dei centri sportivi, i lavoratori intermittenti, i lavoratori autonomi occasionali.

Lo strumentario utilizzato si è rivelato molto articolato, ed è stato progressivamente riassetato nella continua rincorsa ad estendere le coperture protettive a situazioni di disagio quanto più estese. Le misure sono state variamente modulate anche con riferimento alle condizioni richieste per l'accesso alle diverse indennità, alla durata di erogazione, alla quantificazione del loro importo. Nel complesso, si è trattato comunque di soluzioni "tampone", sempre di breve periodo, per le quali si è reso necessario intervenire con norme di proroga e di progressiva estensione della platea di soggetti protetti, di volta in volta "assecondando il tiro", per ricomprendere categorie di lavoratori rimaste escluse nei vari *step* legislativi succedutesi durante la prima fase emergenziale.

Qualche dato può essere utile per comprendere l'ampiezza del fenomeno. Il Rapporto annuale dell'Inps, presentato il 29 ottobre 2020 in Parlamento¹¹, indica che, al 19 ottobre 2020, i beneficiari dei vari bonus Covid sono stati più di 4 milioni. Ad essi si aggiungono circa 300.000 nuclei familiari percettori del Reddito di emergenza, oltre a 1,4 milioni di nuclei familiari che hanno beneficiato, nel 2020, del Reddito di cittadinanza e della Pensione di cittadinanza (oltre 3 milioni e 100.000 individui). Del bonus erogato ai liberi professionisti dal Fondo di ultima istanza¹² hanno poi beneficiato (per almeno uno dei tre mesi previsti) circa 400 mila lavoratori, iscritti alle Casse di previdenza private e privatizzate¹³.

Da qui la necessità di intervenire sulla complessiva disciplina degli ammortizzatori sociali, riassetando gli assetti protettivi in una logica di mag-

¹⁰ D.l. 14 agosto 2020, n. 104 (c.d. decreto Agosto), conv. in l. 13 ottobre 2020, n. 126; d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. decreto Ristori), conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176; e, da ultimo, il d.l. 22 marzo 2021, n. 41, conv. in l. 21 maggio 2021, n. 69 (c.d. decreto Sostegni).

¹¹ Consultabile in Layout 1 (inps.it).

¹² Art. 44, d.l. 18/2020.

¹³ Il dato è molto rilevante se si considera che, nel 2019, gli iscritti attivi (non pensionati) alle Casse erano pari a 1.583.000: v. il *X Rapporto AdEPP sulla Previdenza privata*, 16 dicembre 2020, spec. p. 71 ss. Per un'analisi dell'impatto quantitativo del Covid-19 sul lavoro indipendente professionale, v. BURATTI, FELTRIN, *Il lavoro autonomo professionale. Le trasformazioni in corso e le sfide future*, in Cnel, *XXII Rapporto sul mercato del lavoro e la contrattazione collettiva*, cit., p. 169 ss.

giore equità, universalità e solidarietà, nei limiti della sostenibilità economica.

3. *Verso nuovi assestamenti sistematici*

Nel corso dell'ultimo anno sono esplose, infatti, tutte le criticità – note, in verità, già da tempo¹⁴ – dell'assetto protettivo predisposto a tutela di chi perde il lavoro, per quanto riguarda, da una parte, la persistente frammentazione del sistema vigente, e le disparità in termini di entità delle prestazioni; dall'altra, la penalizzazione attualmente caratterizzante i soggetti dotati di contratto a tempo parziale e temporaneo, nonché quelli con percorsi di carriera discontinui, relativamente all'accesso, all'entità e alla durata delle prestazioni di disoccupazione, quale la Naspi. Con riguardo a quest'ultimo trattamento di disoccupazione, gli assestamenti potrebbero incidere su diversi aspetti della vigente disciplina. Per citarne solo alcuni, sarebbe auspicabile la rimodulazione – se non, anche, la eliminazione – del meccanismo del *decalage*¹⁵; l'ampliamento della durata di godimento della prestazione (quantomeno per particolari categorie di soggetti, ritenuti maggiormente svantaggiati); la previsione di un importo minimo della prestazione; l'introduzione di condizioni di accesso ancora più agevolate per i lavoratori particolarmente discontinui (quali sono, in particolare, i lavoratori intermittenti)¹⁶; l'eliminazione dei vincoli oggi esistenti per la contribuzione figurativa, che dovrebbe quantomeno essere estesa anche in caso di godimento della Discoll.

Sarebbe altresì opportuno riconoscere un importo minimo di prestazione anche in caso di ricorso alla Cassa integrazione guadagni. I dati emersi durante la pandemia hanno infatti evidenziato, a seguito del blocco di mol-

¹⁴ Per approfondimenti, v. BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme*, in questa rivista, 2015, p. 519 ss.

¹⁵ Per la sospensione del meccanismo, per il solo 2021, con recupero dal 2022 delle pregresse riduzioni nel frattempo maturate, v. l'art. 38, co. 1, d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (c.d. Sostegni bis).

¹⁶ L'art. 16 del d.l. 41/21 ha semplificato i criteri di accesso alla Naspi. Considerato che, negli ultimi dodici mesi, l'emergenza sanitaria ha reso particolarmente gravosa la ricerca di occupazione, fino al 31 dicembre 2021 è stato eliminato il requisito delle 30 giornate di effettivo lavoro negli ultimi 12 mesi antecedenti alla cessazione del rapporto di lavoro (di cui all'art. 3, co. 1, lett. c, d.lgs. 22/15).

tissime attività, la situazione dei lavoratori – e soprattutto delle lavoratrici – occupati con contratti a tempo parziale. In alcuni settori, caratterizzati da livelli retributivi modesti, la sospensione totale dell'attività ha comportato l'erogazione di trattamenti che, per effetto del riproporzionamento, sono risultati di importo molto contenuto (inferiore persino a quello dell'assegno sociale); producendo situazioni individuali e familiari drammatiche proprio tra i soggetti più bisognosi – per lo più, donne. Recenti dati diffusi dall'Istat¹⁷ evidenziano come la caduta occupazionale del 2020 abbia colpito in misura maggiore proprio le posizioni a tempo parziale, e sia stata più forte nei servizi, soprattutto nei servizi di mercato. La protezione dei lavoratori a tempo parziale di tipo verticale andrebbe sicuramente affrontata in modo più organico e sistematico, non sussistendo ad oggi, come è noto, alcuna forma di sostegno per i periodi di non lavoro connaturati a questa tipologia contrattuale¹⁸.

Se la disoccupazione giovanile rappresenta, nel nostro Paese, l'emergenza occupazionale principale¹⁹, non meno allarmante è la situazione dei disoccupati di età avanzata, in ragione delle difficoltà di reinserimento che essi incontrano nel mercato del lavoro; con il rischio che lo stato di disoccupazione nella fascia di età più adulta possa prolungarsi nel tempo, e sfociare nella inattività²⁰. Gli eventi di disoccupazione verificatesi in età avanzata, combinati con l'innalzamento progressivo dell'età pensionabile e della speranza di vita, rendono gli anziani una categoria svantaggiata in termini oc-

¹⁷ V. gli indicatori sulle posizioni lavorative dipendenti per tempo di lavoro, diffusi il 5 marzo 2021 dall'Istat.

¹⁸ Con norma attesa da alcuni anni, la legge di bilancio 2021 è comunque intervenuta sul calcolo dell'anzianità di contribuzione pensionistica per i periodi di non lavoro connaturati al contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale e ciclico. L'intervento normativo ha così recepito l'indirizzo giurisprudenziale costante, in base al quale anche tali periodi sono da includere nel computo dell'anzianità utile ai fini del diritto al trattamento pensionistico: sulle problematiche rinvenibili nella tutela previdenziale dei part-timers v. BOZZAO, *La giurisprudenza delle Corti Superiori nell'accesso alla sicurezza sociale dei part-timers: contraddizioni e cautele*, in questa rivista, 2018, p. 148 ss.

¹⁹ L'aumento delle prospettive occupazionali dei giovani costituisce, infatti, uno degli obiettivi chiave del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, orizzontale a tutte le componenti del Piano (v. *infra*, par. 5).

²⁰ Tale probabilità aumenta di pari passo con la durata della disoccupazione. Se si guarda alla situazione nel nostro Paese, i disoccupati di lunga durata, come tali intendendosi le persone in cerca d'impiego da più di un anno, costituiscono, nel 2019, il 56% del totale dei disoccupati: Istat, *Rapporto Noi Italia*, 2020, consultabile in *Noi Italia 2020 - home* (istat.it).

cupazionali, e a forte rischio di pauperizzazione. L'esperienza della povertà tra gli anziani, poi, raramente è un evento transitorio come avviene per la popolazione più giovane, dal momento che, in quella fascia di età, è più difficile modificare la propria situazione economica. Un rischio, quest'ultimo, aggravatosi ulteriormente soprattutto con l'esplosione dell'epidemia da Covid-19; i lavoratori anziani rappresentano "l'anello debole della crisi", non solo per i rischi legati alla salute, ma anche per la maggiore esposizione e fragilità alle conseguenze economiche della crisi (come la perdita del posto di lavoro e del reddito)²¹.

A differenza di quanto si riscontra in altri Paesi europei²², l'attuale assetto protettivo non contempla specifiche misure di sostegno per il disoccupato anziano²³. Quest'ultimo può contare solo su un canale di accesso agevolato alla pensione, quale è l'Ape sociale. Tale strumento, introdotto nel 2017 in via sperimentale²⁴ e annualmente prorogato²⁵, è rivolto a una platea circoscritta di soggetti, caratterizzati da una maggiore fragilità occupazionale, che include coloro che hanno perso il lavoro in età avanzata, quando è più difficile ricollocarsi sul mercato del lavoro²⁶. Ad essi, qualora abbiano concluso integralmente il trattamento di disoccupazione da almeno tre mesi, è riconosciuta un'indennità assistenziale a carico dello Stato²⁷, erogata dall'Inps fino al raggiungimento dell'età prevista per la pensione di vecchiaia, a condizione che abbiano compiuto almeno 63 anni di età e sia stato maturato anche un requisito contributivo minimo di 30 anni²⁸. Il sussidio costituisce,

²¹ LUCIFORA, *Invecchiamento attivo e emergenza COVID-19*, in Cnel, *XXII Rapporto su mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, cit., spec. p. 385.

²² V. Rapporto Missoc, July 2020, spec. *Unemployment, Specific arrangements for older unemployed*.

²³ Prima della riforma del 2015, invece, per i disoccupati in età avanzata (over 50-55) era prevista una più ampia durata di godimento della prestazione (Aspi; ma anche indennità di mobilità).

²⁴ Art. 1, c. 179, l. 11 dicembre 2016, n. 232.

²⁵ Da ultimo, fino alla fine del 2021: art. 1, co. 349-350, l. 30 dicembre 2020, n. 178.

²⁶ La misura riguarda anche i lavoratori con invalidità civile almeno al 74%, quelli che assistono parenti conviventi con handicap grave e gli addetti a mansioni gravose. La medesima platea di soggetti è destinataria di un particolare canale di accesso al pensionamento anticipato, qualora siano stati maturati 41 anni di anzianità contributiva, con almeno 12 mesi di attività lavorativa svolta prima del diciannovesimo anno di età: art. 1, co. 199, l. 232/16.

²⁷ L'importo è pari alla rata mensile di pensione maturata al momento dell'accesso alla prestazione, nel limite massimo di 1.500 euro lordi; l'indennità non è rivalutata, né integrata al trattamento minimo.

²⁸ Elevato a 36 per i lavoratori impiegati in mansioni gravose.

nei fatti, una modalità di prosecuzione del trattamento di disoccupazione: ed infatti, se si guarda alle domande complessivamente pervenute nei primi due anni e mezzo di sperimentazione, circa i 2/3 provengono da questa specifica platea di beneficiari²⁹.

All'Ape sociale si è affiancato, per un breve periodo, l'Asdi, una prestazione di sostegno al reddito finanziata anch'essa con risorse pubbliche, rivolta prioritariamente, tra gli altri, ai disoccupati ultra cinquantacinquenni in condizioni economiche disagiate³⁰, ed erogata al termine del godimento integrale della prestazione di disoccupazione contributiva (la Naspi)³¹. Essa ha costituito l'anticamera per l'accesso alle misure di contrasto alla povertà; tanto da avere avuto vita breve: introdotta a maggio 2015, dal 2018 è confluita nel Reddito di Inclusione attiva (REI)³² e, così, nel Reddito di Cittadinanza (RdC)³³.

La platea dei soggetti beneficiari di misure di sostegno al reddito dovrebbe poi essere estesa ad una più ampia area del lavoro autonomo professionale. L'esperienza dell'ultimo anno ha messo a nudo la fragilità dell'assetto protettivo rivolto al variegato mondo delle professioni, gravemente colpito, in tutte le sue articolazioni, dagli effetti negativi della crisi. Nei provvedimenti più recenti si rinviene, invero, un primo, più strutturale, segnale di attenzione: la legge di bilancio 2021 ha infatti introdotto, per il triennio 2021-2023, un'indennità straordinaria di continuità reddituale ed operativa (IsCro), il cui obiettivo è garantire una continuità reddituale ai lavoratori iscritti alla Gestione separata Inps che esercitano abitualmente un'attività di lavoro autonomo, in presenza di riduzioni del fatturato rispetto alla media del triennio precedente³⁴. L'intervento colma, indubbiamente, una grave lacuna del sistema di *welfare*; esso dovrebbe, però, essere contestualizzato all'interno di un

²⁹ V. il *XVIII Rapporto annuale INPS*, luglio 2019, spec. Tavola 4.9, p. 209.

³⁰ Art. 16, d.lgs. 22/15.

³¹ L'importo dell'Asdi, riconosciuto per un periodo temporalmente molto limitato (sei mesi), era parametrato a quello dell'ultima indennità Naspi percepita (75% di tale misura, nel rispetto di un importo massimo pari a quello dell'assegno sociale); di modo che il *quantum* finale risultava, proprio per i soggetti più deboli sul mercato, decisamente irrisorio.

³² Istituito con il d.lgs. 15 settembre 2017, n.147.

³³ Introdotto – in sostituzione del REI – con il d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26.

³⁴ Art. 1, co. 386-400, l. 178/20. La misura, erogata per sei mensilità, entro un predefinito importo minimo e massimo, è finanziata attraverso l'aumento dell'aliquota aggiuntiva della contribuzione previdenziale.

più ampio disegno riformatore, che persegua – e vada anche oltre – quel disegno di “universalizzazione del campo di applicazione” della tutela contro la disoccupazione, già annunciato nella legge delega 10 dicembre 2014 n. 183³⁵, nella prospettiva di una parificazione delle tutele per tutti i lavoratori economicamente dipendenti. Un’unica prestazione, dunque, che – nell’inglobare l’Isarco – ricomprenda tutti coloro che possano vantare una posizione previdenziale presso l’Inps: lavoratori dipendenti, etero-organizzati, collaboratori coordinati e continuativi, autonomi “genuini”.

L’ampliamento dell’assetto protettivo non dovrebbe lasciare ai margini i liberi professionisti iscritti alle Casse di previdenza private e privatizzate. L’elevato ricorso al bonus di ultima istanza è un chiaro segnale della necessità di un intervento sistematico che garantisca a questi lavoratori una continuità reddituale nelle ipotesi di temporanee sospensioni della loro attività, ma anche un sostegno in caso di cessazione della stessa³⁶. Il legislatore invero, già da alcuni anni, ha mostrato una cauta attenzione al tema³⁷. Un’accelerazione del processo sarebbe opportuna, immaginando quantomeno forme di tutela strutturali rispetto alle oscillazioni del flusso reddituale, sulla scia dei modelli regolativi affinati nelle sperimentazioni dello scorso anno.

³⁵ Art. 1, co. 2, lett. b), n. 3. Per approfondimenti, v. BOZZAO, *Profili previdenziali del lavoro autonomo*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet Giuridica, 2017, spec. p. 2546 ss.

³⁶ Per i lavoratori più anziani, un modello di riferimento potrebbe essere quello dell’indennizzo erogato dall’Inps ai commercianti che cessino definitivamente di svolgere la propria attività, senza aver raggiunto i requisiti per la pensione di vecchiaia: tale indennizzo, introdotto in via temporanea dal d.lgs. 28 marzo 1996, n. 207, è stato stabilizzato dal 1° gennaio 2019, per effetto della legge di bilancio 2019.

³⁷ Dapprima disponendo che tali Casse, nell’adottare misure di contenimento della spesa, destinassero le risorse recuperate da aggiuntivi risparmi di gestione anche al “sostegno dei redditi dei professionisti nelle fasi di crisi”: art. 10-bis, comma 1, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 99. Più di recente, l’art. 6, co. 1, l. 22 maggio 2017, n. 81 – nel prevedere una delega in tema di protezioni sociali dei professionisti iscritti alle Casse, rimasta poi inattuata – ha previsto un intervento normativo «abilitante» le Casse ad introdurre prestazioni sociali, finanziate da apposita contribuzione, “con particolare riferimento agli iscritti che abbiano subito una significativa riduzione del reddito professionale per ragioni non dipendenti dalla propria volontà”.

4. *La necessità di “fare sistema”, tra misure di sostegno al reddito e di contrasto alla povertà*

La revisione degli strumenti di sostegno al reddito in caso di disoccupazione deve necessariamente “fare sistema” con altre misure, non contributive, quali sono il Reddito di cittadinanza e, da ultimo, il Reddito di emergenza (Rem)³⁸; misura, quest’ultima, a carattere temporaneo³⁹, introdotta proprio nella fase emergenziale da Covid-19 al fine di “allargare le maglie” della platea di soggetti protetti, grazie a requisiti di accesso meno stringenti di quelli richiesti per il godimento della prima⁴⁰. Con il recentissimo decreto Sostegni, poi, le ultime tre quote di Rem (di importo pari a 400 Euro) sono state riconosciute a condizioni agevolate⁴¹ – indipendentemente dal possesso dei requisiti normalmente richiesti – anche ai disoccupati che abbiano terminato di percepire la Naspi o la Dis-coll tra il 1° luglio 2020 e il 28 febbraio 2021.

Se si guarda al RdC, misura di contrasto alla povertà e all’esclusione sociale, nettamente baricentrata sull’inserimento sociale e lavorativo del suo beneficiario⁴², qui può appena segnalarsi come la stessa inglobi nel suo campo di applicazione soggettivo anche i percettori del trattamento di disoccupazione, così come i *working poors*, potendovi avere accesso i lavoratori in condizioni di povertà derivanti da una disagiata condizione lavorativa, attuale e passata. Il sussidio è peraltro compatibile con lo svolgimento di attività lavorativa da parte di uno o più componenti del nucleo familiare, fermi restando i requisiti reddituali e patrimoniali richiesti dalla legge. In tal modo il RdC risulta dotato di una *vis espansiva* che travalica i confini del “cittadino inabile al lavoro, povero”, per ricomprendere tutte quelle situazioni di difficoltà economica nelle quali può incorrere la persona “laboriosa”, con la sua famiglia,

³⁸ Art. 82, d.l. 34/20.

³⁹ Da ultimo rifinanziato, per i mesi di marzo, aprile e maggio 2021, con il decreto Sostegni: art. 12, d.l. 41/21.

⁴⁰ Per l’accesso alla prestazione non è richiesto il requisito relativo al patrimonio immobiliare, né quello relativo alla residenza da almeno 10 anni per cittadini extracomunitari; più leggeri sono i requisiti relativi a valore Isee, reddito familiare e patrimonio mobiliare.

⁴¹ È infatti sufficiente poter vantare un Isee non superiore a 30.000 euro e non essere titolari di un contratto di lavoro subordinato o di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

⁴² Su cui v. BOZZAO, *Reddito di cittadinanza e laboriosità*, in *DLRI*, 2020, p. 1; CASILLO, *Il reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019 n. 4: precedenti, luci e ombre*, in *RDSS*, 2019, p. 510.

nel corso della propria vita, professionale e non. Si tratta di una connotazione, quest'ultima, che rende ancora più complesso l'inquadramento sistematico del RdC all'interno dei principi costituzionali su cui si fonda il sistema di welfare, nella misura in cui gli assetti protettivi, tradizionalmente incardinati su nozioni giuridiche distinte e definite (lavoratore/impossidente inabile, nell'art. 38 Cost.), si rivelano oggi saldamente intrecciati nella misura in esame.

5. *Sostegno al reddito e politiche occupazionali, nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

La revisione del sistema di sostegno al reddito deve essere volta ad assicurare un apparato protettivo più ampio, equo e sostenibile, capace di far fronte alle trasformazioni del mercato del lavoro, supportando le transizioni occupazionali e attenuando l'impatto sociale delle crisi. La sua implementazione tuttavia, pur rivestendo un ruolo fondamentale per il funzionamento del mercato del lavoro, non trova spazio nel pacchetto delle politiche di sostegno all'occupazione delineato nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁴³. I fondi europei di *Next Generation EU*, infatti, possono essere utilizzati solo per finanziare interventi di riforma e investimenti, e non possono sostituirsi alla spesa ordinaria per coprire i costi collegati all'introduzione di nuovi ammortizzatori sociali⁴⁴. A quelle risorse può dunque farsi ricorso per progettare le riforme a sostegno dell'occupazione, sul fronte delle politiche attive del lavoro, e per coordinare le politiche che, in via ordinaria, proseguiranno dopo l'utilizzo del *Next Generation EU*, concorrendo comunque alla realizzazione degli obiettivi generali del Piano.

Il programma *Next Generation EU* scommette, del resto, soprattutto sulla formazione e riqualificazione dei lavoratori verso i settori del futuro – *green* e digitale – come chiave per la ripartenza post Covid. L'idea è quella di agganciare le politiche passive a quelle attive, riducendo il tempo in cui il disoccupato è assistito dai sussidi – Naspi, Cassa Integrazione Guadagni,

⁴³ Il Piano, che darà attuazione al programma *Next Generation EU*, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 29 aprile 2021 e dall'Ecofin il 13 luglio 2021.

⁴⁴ La riforma degli ammortizzatori sociali dovrà dunque avvenire nel rispetto della sostenibilità finanziaria prevista dalle *Country Specific Recommendations*; v., da ultimo, la Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia, Bruxelles, 20 maggio 2020.

Reddito di Cittadinanza – per transitare quanto prima al ricollocamento, una volta acquisite nuove competenze. E proprio al fine di favorire la transizione occupazionale mediante il potenziamento delle politiche attive del lavoro e di sostenere il percorso di riforma degli ammortizzatori sociali, nella legge di bilancio 2021 sono stati appostati 500 milioni di euro presso un nuovo “Fondo per le politiche attive del lavoro”⁴⁵. Parte di tali risorse sono destinate all’istituzione del Programma nazionale Garanzia di occupabilità (GOL), finalizzato all’inserimento occupazionale mediante l’erogazione di servizi specifici di politica attiva del lavoro, nell’ambito del Patto di servizio personalizzato stipulato tra i soggetti disoccupati e i centri per l’impiego al fine dell’inserimento lavorativo⁴⁶. Ed è proprio nell’ottica della implementazione di quei servizi che la stessa legge, nelle more dell’istituzione del Programma, reintroduce, per il 2021, l’assegno di ricollocazione per i percettori di Naspi – e ora anche di Dis-coll – da almeno 4 mesi⁴⁷.

Il sostegno all’occupabilità dei lavoratori in transizione e dei disoccupati, mediante l’ampliamento delle misure di politica attiva del lavoro, necessita di essere accompagnato da azioni integrate, che puntino allo sviluppo di diverse abilità, utili a ridurre la discrasia tra qualifiche disponibili ed esigenze delle imprese⁴⁸. A tal fine, è stata prevista l’istituzione del Piano nazionale per le nuove competenze, che punta ad avvicinare alla media europea il numero di lavoratori, occupati e disoccupati, coinvolti in percorsi di formazione con l’obiettivo di ridurre il disallineamento tra le competenze possedute e quelle richieste dal mercato. Parte di questo Piano è stato anticipato dal *Fondo Nuove Competenze*, istituito dal c.d. decreto Rilancio⁴⁹ e rafforzato – sia in termini di risorse economiche sia di utilizzabilità, in quanto esteso al 2021 e ai lavoratori in transizione occupazionale – nel c.d. decreto Agosto⁵⁰. Tale Fondo pubblico, cofinanziato dal Fondo sociale europeo, consente di intro-

⁴⁵ Art. 1, co. 324-328, l. n. 178/20.

⁴⁶ Ai sensi dell’art. 20, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150.

⁴⁷ Lo strumento era stato destinato, per il triennio 2019-2021, esclusivamente ai percettori del RdC (art. 9, d.l. 4/19); complice anche la crisi del 2020, i risultati si sono dimostrati del tutto insoddisfacenti: v. Anpal, *Focus sul Reddito di cittadinanza*, nota 4/2021.

⁴⁸ Un ruolo essenziale sarà svolto dai Centri per l’Impiego; la legge di bilancio 2020 ha stanziato un ingente dotazione finanziaria per il loro rafforzamento sia strutturale, sia di organico impiegato: v. BOZZAO, *Politiche attive per l’occupazione e Centri per l’impiego*, in CURZIO (a cura di), *Diritto del lavoro contemporaneo. Questioni e tendenze*, Cacucci, 2019, p. 171.

⁴⁹ Art. 88, d.l. 34/20.

⁵⁰ D.l. 104/20.

durre regimi di riduzione dell'orario di lavoro giustificati da mutate esigenze organizzative e produttive, destinando le ore non lavorate allo svolgimento di percorsi formativi, finanziati dal Fondo stesso, per lo sviluppo delle competenze. Le risorse sono ad oggi utilizzabili nelle ipotesi di rimodulazioni dell'orario di lavoro previste da accordi collettivi; si tratta di interventi strategici per i lavoratori, nella misura in cui l'accrescimento delle conoscenze può contribuire ad allontanare il rischio della perdita del lavoro, o quantomeno a ridurre i tempi di ricerca di una nuova occupazione. E si rivelano particolarmente preziosi per i lavoratori in età avanzata⁵¹, maggiormente esposti a una serie di criticità – obsolescenza delle competenze professionali, minore produttività, limitata capacità di adattamento ai processi innovativi – che spesso orientano le scelte organizzative aziendali, nella fase di espulsione della forza lavoro⁵².

⁵¹ Nel campo della formazione, i lavoratori anziani risultano, infatti, sistematicamente sottorappresentati: v. Isfol, *XV Rapporto sulla Formazione Continua, Annualità 2013-2014*, Roma, marzo 2015, ove si evidenzia che il livello di partecipazione a iniziative formative si riduce significativamente già a partire dalla classe 35-44 anni (p. 20).

⁵² Sarebbe anzi auspicabile che, in fase di attuazione della norma, la contrattazione collettiva prevedesse una quota “di riserva” di tale risorse proprio a sostegno di questa fascia debole del mercato del lavoro.

Abstract

Il saggio analizza le prospettive di assestamento degli strumenti di sostegno al reddito rivolti ai disoccupati e ai lavoratori poveri, necessarie per superare le criticità emerse soprattutto a seguito dell'emergenza epidemiologica del Covid-19. Constatata l'insufficienza dell'apparato protettivo ad oggi vigente, soprattutto per i soggetti più deboli sul mercato del lavoro (lavoratori discontinui; lavoratori autonomi professionali), l'A. prospetta possibili modalità di intervento, in vista della costruzione di un sistema di *welfare* più inclusivo, la cui realizzazione dovrà comunque essere coordinata con il pacchetto delle politiche di sostegno all'occupazione delineato nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

The essay analyzes the possible development of income support tools for unemployed and working poor, necessary to overcome the critical issues that emerged mainly as a result of the epidemiological emergency of Covid-19. Once it has been established that the current system is inadequate, especially for the weakest in the labour market (discontinuous workers; self-employed workers), the A. outlines possible mode of intervention, in view of the construction of a more inclusive welfare system, whose implementation will have to be coordinated with the package of employment support policies outlined in the Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Keywords

Covid-19, PNRR, unemployment, income support.

Covid-19, PNRR, disoccupazione, sostegno al reddito.

Giulio Quadri

Ammortizzatori sociali e “Covid-19”, tra emergenza e ripresa

Sommario: **1.** Il ruolo degli ammortizzatori sociali nel diritto pandemico. **2.** Rapporto tra ammortizzatori sociali emergenziali e sistema ordinario degli ammortizzatori sociali. **3.** La causale “emergenza COVID-19”. **4.** Le procedure per la richiesta degli ammortizzatori sociali. **5.** Il profilo dei costi a carico del datore di lavoro. **6.** La tendenziale universalità delle misure e l’assenza di condizionalità. **7.** Il problema della limitatezza delle risorse finanziarie e le prospettive per un ritorno alla normalità.

1. *Il ruolo degli ammortizzatori sociali nel diritto pandemico*

L’istituto della Cassa integrazione guadagni e gli altri ammortizzatori sociali svolgono un ruolo di assoluta centralità nell’ambito del diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica.

Proprio alla combinazione delle misure di sostegno del reddito con il blocco dei licenziamenti è affidato il compito di assicurare il mantenimento dei livelli occupazionali, nel tentativo di attenuare gli effetti devastanti della crisi economica da Covid-19, sia per le imprese che per i lavoratori.

In questa prospettiva, l’intervento degli ammortizzatori sociali va visto nel quadro dei diversi possibili strumenti di gestione del rapporto di lavoro di fronte alla situazione emergenziale, partendo dalla considerazione che la sospensione dell’attività derivante dal provvedimento restrittivo di chiusura potrebbe integrare un’impossibilità della prestazione dovuta a *factum principis*, con conseguente esonero dal pagamento della retribuzione ai lavoratori sospesi¹.

¹ Cfr., sul punto, DEL PUNTA, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi del covid-19*, in *RIDL*, 2020, I, p. 252 ss.

Con l'obiettivo del "distanziamento sociale", laddove non sia praticabile lo *smart working* e non sia possibile fare ricorso a ferie, permessi e congedi, la CIG finisce per costituire, dall'inizio dell'emergenza epidemiologica, la scelta sicuramente preferibile, non solo nell'interesse delle imprese all'alleggerimento dei costi del lavoro, ma anche per la tutela dei lavoratori, esposti al rischio della perdita delle retribuzioni o, ancora peggio, dei posti di lavoro, per la cui salvaguardia, come si è accennato, è stato introdotto il blocco dei licenziamenti².

Le prime difficoltà nella ricostruzione della tematica derivano da quella che può essere definire una vera e propria stratificazione normativa, con diversi decreti legge e leggi che si susseguono nel tempo in una sequenza serrata, tutti accomunati dal carattere necessariamente temporaneo, se non precario, delle misure adottate, che riflette la comune incertezza sull'andamento dell'emergenza epidemiologica, tale da impedire sostanzialmente ogni seria programmazione di medio o lungo periodo.

Stante la persistenza dello stato di emergenza il quadro normativo risulta necessariamente soggetto a continui rimaneggiamenti: l'interprete è costretto a confrontarsi con una disciplina *in fieri*, destinata a rimanere tale finché non sarà stato arginato il virus (e le conseguenti limitazioni di attività) e anche successivamente, fino a quando, superata l'emergenza, potrà iniziarsi a pensare a come porre le basi per la ripresa economica ed il risanamento di un tessuto imprenditoriale messo in ginocchio dalla crisi.

Del resto, la fase più preoccupante per i lavoratori e i livelli occupazionali deve ancora venire: finiti i sostegni economici alle imprese ed eliminato il blocco dei licenziamenti³ – al momento prorogato dal d.l. 22 marzo 2021 n. 41 in linea generale fino al 30 giugno 2021, nonché per alcuni datori di lavoro (es. soggetti alla CIGD e all'assegno ordinario) fino al 31 ottobre 2021

² Cfr. PILEGGI, *Una riflessione sul diritto del lavoro alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, suppl. al n. 3-4/2020 di LPO, p. 3 ss.

³ Per un commento alla disciplina del blocco dei licenziamenti, cfr., tra i tanti: BALLETTI, *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza 'Covid 19' alla luce dei principi costituzionali*, in DML, 2020, p. 521 ss.; DE LUCA, *Condizionalità ed ipotesi di esclusione (dalla seconda proroga) del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: molto rumore per (quasi) nulla (note minime)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 424/2020, p. 3 ss.; GARILLI, *Il "blocco" dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, in MGL, 2020, p. 585 ss.; GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, in MGL, 2020, p. 607 ss.; PASSALACQUA, *I limiti al licenziamento nel Decreto Cura Italia dopo il decreto Rilancio*, in LG, 2020, p. 578 ss.; SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in RIDL, 2020, I, p. 313 ss.

– anche il mondo dei lavoratori subordinati (con l’eccezione forse dei dipendenti delle PA) dovrà fare i conti con la crisi economica e con le conseguenze nefaste delle limitazioni delle attività produttive, che fino ad oggi hanno portato alla disperazione imprese e professionisti, con possibili “scenari apocalittici” per i licenziamenti post-pandemici⁴.

In questa prospettiva, anche l’intervento degli strumenti di sostegno al reddito non può che essere valutato in modo differente in considerazione delle diverse fasi dell’emergenza epidemiologica, che pare ancora lontana dal trovare una soluzione definitiva.

Non è semplice sciogliere il groviglio normativo che si è venuto a creare, composto di norme dal sapore emergenziale e dalla formulazione frettolosa, sovrapposte una sull’altra, talvolta senza un chiaro coordinamento temporale e logico. Si pensi, ad esempio, a come il Decreto Agosto (d.l. 14 agosto 2020 n. 104 convertito in legge 13 ottobre 2020 n. 126), il Decreto Ristori (d.l. 28 ottobre 2020 n. 137), la Legge di Bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020 n. 178) e, da ultimo, il Decreto Sostegni (d.l. 41/21) siano andati ad incidere sui periodi di trattamento di integrazione salariale ed alle difficoltà interpretative che si sono riscontrate per il coordinamento con la disciplina del Decreto Cura Italia (d.l. 17 marzo 2020 n. 18 convertito in l. 24 aprile 2020 n. 27, già modificato dal Decreto Rilancio, d.l. 19 maggio 2020 n. 34 convertito in legge 17 luglio 2020 n. 77)⁵; oppure ancora al non facile coordinamento tra i provvedimenti presi in prima battuta per le c.d. zone rosse e quelli che invece hanno riguardato poi l’intero territorio nazionale.

Solo per ricostruire sinteticamente i periodi di integrazione salariale e per dare conto della complessità del quadro legislativo, limitandoci ai provvedimenti che hanno riguardato l’intero territorio nazionale, ad oggi, sono state riconosciute: *a*) dal d.l. 18/20, con le successive modifiche, 9 settimane più 5 settimane (per chi ha fruito delle prime 9) dal 23 febbraio al 31 agosto 2020, più ulteriori 4 settimane (per chi ha fruito delle prime 14) dall’1 settembre al 31 ottobre 2020; *b*) dal d.l. 104/20, 9 settimane più altre 9 settimane (per chi ha fruito delle prime 9) dal 13 luglio al 31 dicembre 2020; *c*) dal d.l. 137/20, 6 settimane dal 16 novembre 2020 al 31 gennaio 2021; *d*) dalla l. 178/20, 12 settimane dal 1 gennaio al 31 marzo 2021 (per la CIGO) e fino

⁴ In questi termini, PILEGGI, *op. cit.*, p. 5.

⁵ V., per qualche notazione, MARRUCCI, *Gli ammortizzatori sociali Covid trovano altre 18 settimane nel decreto agosto*, in *GLav*, 2020, n. 35, p. 12 ss.

al 30 giugno 2021 (per l'assegno ordinario e CIGD); e) dal d.l. 41/21, 13 settimane dal 1 aprile al 30 giugno 2021 (per la CIGO) e 28 settimane dal 1 aprile fino al 31 dicembre 2021 (per l'assegno ordinario e CIGD).

Gli interventi di molti dei provvedimenti legislativi sopra richiamati sono stati caratterizzati da un azzeramento a fasi successive dei conteggi delle settimane previste dai provvedimenti precedenti, con un assorbimento dei periodi integrazione richiesti e autorizzati ai sensi di una precedente disciplina, se collocati, anche parzialmente, in periodi ricadenti nelle fasce temporali delle discipline successive, considerando, quindi, detti periodi concorrenti nel calcolo delle settimane massime di integrazione concesse ai sensi del provvedimento successivo⁶.

Occorre chiedersi, allora, quale primo interrogativo di fondo sulle tecniche normative utilizzate, se risultasse realmente indispensabile procedere con fonti sovrapposte nel tempo, senza una reale preoccupazione di organicità di disciplina e di coordinamento tra normative precedenti e successive, facendo emergere così profili di incoerenza anche in relazione a specifici aspetti della disciplina degli ammortizzatori sociali emergenziali (ad es. con riferimento alla contribuzione da parte del datore di lavoro, prevista solo da alcuni provvedimenti).

In questo contesto, nell'impossibilità di affrontare in modo sistematico la normativa tecnica che ne è venuta fuori, il presente scritto intende affrontare in modo sparso alcuni dei problemi centrali sul tema degli ammortizzatori sociali emergenziali, in una duplice prospettiva: in modo statico, per una valutazione critica del sistema apprestato per far fronte all'emergenza come

⁶ Specificamente viene previsto che: i periodi di integrazione precedentemente richiesti e autorizzati ai sensi del decreto Cura Italia, collocati, anche parzialmente, in periodi successivi al 12 luglio 2020, concorrono al calcolo del limite delle prime nove settimane concesse dal Decreto Agosto; i periodi di integrazione precedentemente richiesti e autorizzati ai sensi del Decreto Agosto, collocati, anche parzialmente, in periodi successivi al 15 novembre 2020, concorrono al calcolo del limite delle suddette sei settimane concesse dal Decreto Ristori; i periodi di integrazione precedentemente richiesti e autorizzati ai sensi del Decreto Ristori, collocati, anche parzialmente, in periodi successivi al 1 gennaio 2021, concorrono al calcolo del limite delle suddette dodici settimane concesse dalla Legge di Bilancio 2021. Il Decreto Sostegni, invece, non prevede analoghi meccanismi di imputazione, neppure per la CIGD e l'assegno ordinario, nonostante la possibile sovrapposizione dei trattamenti collocati in data successiva al 1 aprile 2021, così inducendo a ritenere che il periodo di ventotto settimane concesso con il Decreto Sostegni debba considerarsi aggiuntivo al periodo di dodici settimane concesso con la Legge di Bilancio 2021 (sul punto v. le prime indicazioni operative dell'Inps, contenute nel messaggio n. 1297 del 26 marzo 2021).

si è manifestata fino ad oggi; in modo dinamico, per iniziare a riflettere su quale dovrebbe il sistema da predisporre per la ripresa.

2. *Rapporto tra ammortizzatori sociali emergenziali e sistema ordinario degli ammortizzatori sociali*

Il sistema degli ammortizzatori sociali emergenziali, come delineato dal Decreto Cura Italia e poi confermato nei successivi interventi legislativi, si caratterizza per una combinazione tra ammortizzatori “speciali” e ammortizzatori “in deroga”: la Cassa integrazione guadagni ordinaria e l’assegno ordinario erogato dal Fondo d’Integrazione Salariale (FIS) o dai Fondi di solidarietà bilaterali (art.19 del d.l. 18/20); il trattamento ordinario di integrazione salariale per le aziende che si trovano già in Cassa integrazione straordinaria (art. 20); il trattamento di assegno ordinario per i datori di lavoro che hanno in corso trattamenti di assegni di solidarietà (art. 21); la Cassa integrazione in deroga (art. 22)⁷.

I primi quattro, quali ammortizzatori “speciali”, sono misure di integrazione salariale già disciplinate dal d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148⁸, ma dotate di aspetti di specialità per quanto attiene alla disciplina (requisiti, procedure, durata, ecc.); la Cassa integrazione in deroga (CIGD), invece, può essere definita come ammortizzatore “in deroga”⁹, perché regolato integralmente da una disciplina specifica e dotato di un ambito di applicazione soggettiva particolare che lo pone fuori del sistema ordinario di ammortizzatori sociali delineato dal d.lgs. 148/15¹⁰.

⁷ Per una prima ricostruzione del sistema degli ammortizzatori sociali emergenziali, v. MESITI, *La tutela previdenziale temporanea speciale dei lavoratori nell'emergenza Covid-19*, in PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., p. 115 ss., e FAIOLI, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di) *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 167 ss.

⁸ Per i tratti caratteristici della riforma degli ammortizzatori sociali realizzata con il d.lgs. 148/15, v., per tutti, GAROFALO D., *Le politiche del lavoro nel Jobs Act*, in CARINCI F. (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, ADAPT e-book series, n. 54, 2016, p. 89 ss., e MISCIONE, *La Cassa integrazione guadagni dopo il Jobs Act*, ivi, p. 414 ss.

⁹ Per considerazioni sistematiche sugli ammortizzatori sociali in deroga emergenziali, v. GAROFALO D., *Ammortizzatori sociali in deroga e Covid-19: un'analisi in deroga*, in AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale – Volume III – Covid-19 e sostegno al reddito*, a cura di GAROFALO D., ADAPT e-book series, n. 91, 2020, p. 148 ss.

¹⁰ Sul punto, v. CARCHIO, *Gli ammortizzatori sociali alla prova dell'emergenza Covid-19: un'ennesima conferma*, in LG, 2020, p. 455 ss.

L'obiettivo del legislatore, insomma, è quello di realizzare un sistema di strumenti di integrazione salariale, parallelo rispetto a quello generale¹¹, di tipo universalistico, nel senso che tende ad assicurare un'estensione significativa del tradizionale ambito di applicazione delle misure di sostegno al reddito, ma dal carattere transitorio, perché legato all'emergenza epidemiologica.

Sul piano della politica del diritto, il legislatore fa la scelta, non scevra di dubbi ed incertezze, di andare ad incidere sul sistema degli ammortizzatori sociali già esistenti, modificandone la disciplina così da renderli compatibili con le esigenze emergenziali ed integrandolo con l'ammortizzatore in deroga, piuttosto che avventurarsi nell'introduzione di un nuovo ed unico ammortizzatore sociale finalizzato solo a gestire l'emergenza con regole e procedure uguali per tutti¹². Sul piano pratico, ciò ha sicuramente consentito di collocare gran parte degli interventi di sostegno al reddito nel solco degli ammortizzatori già esistenti, pur con le necessarie specialità sotto il profilo della disciplina, laddove la creazione di un nuovo canale unico dove far confluire tutte le richieste di intervento avrebbe forse comportato maggiori difficoltà sul piano operativo, con il rischio di un ulteriore rallentamento della macchina burocratica.

Una simile impostazione, pur per alcuni versi giustificata, ha fatto sorgere tuttavia alcuni seri inconvenienti: in primo luogo, ha causato difficoltà interpretative e di coordinamento tali da circondare gli operatori da un clima di grave incertezza, anche sul piano pratico dell'avvio delle procedure; difficoltà ancora più accentuate per l'"impianto cogestionale con le Regioni" che caratterizza la CIGD¹³; in secondo luogo, ha comportato la necessaria introduzione, in funzione di adattamento alle esigenze emergenziali, di deroghe alla disciplina degli ammortizzatori sociali esistenti (es. sotto il profilo dei requisiti o delle procedure), molto significative e a tratti pericolose, che potrebbero portare a ritenere addirittura snaturati gli istituti stessi.

Certo ormai la scelta è stata fatta e, quindi, non è possibile tornare indietro, almeno per il futuro prossimo. Anche nella fase di ripresa, pertanto, ci si troverà ad avere a che fare con una pluralità di ammortizzatori sociali, azionati con canali diversi, e, in prospettiva, l'aspetto delle deroghe nelle discipline

¹¹ Cfr. FIACCAVENTO, *Integrazioni salariali speciali: un primo tentativo di universalizzazione delle tutele*, in PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., p. 133.

¹² In tale ordine di idee, DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 255.

¹³ Così, DE MARCO, *La Cassa integrazione guadagni in deroga alla prova del Covid-19*, in PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., p. 142.

è quello che potrà creare i maggiori problemi, soprattutto quando si tratterà di riportare gli strumenti del sostegno al reddito verso condizioni di intervento normali.

Ciò sembra inevitabilmente spostare più lontano nel futuro le possibilità di concretizzazione di una riorganizzazione integrale del sistema degli ammortizzatori sociali, magari con l'introduzione di un trattamento di integrazione “unico e universale” per tutti i lavoratori dipendenti di datori di lavoro privati, in conformità, tra l'altro, a disegni di legge pure recentemente presentati in Parlamento ma la cui discussione tarda ad avviarsi¹⁴.

3. *La causale “emergenza COVID-19”*

Lo strumento attraverso il quale la disciplina emergenziale è stata innestata nel sistema già esistente degli ammortizzatori sociali, come delineato dal d.lgs. 148/15, è l'introduzione dell'apposita causale “emergenza COVID-19”. L'art. 19, comma 1, del d.l. 18/20, infatti, prevede che i “datori di lavoro che nell'anno 2020 sospendono o riducono l'attività lavorativa per eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19” possono presentare domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale o di accesso all'assegno ordinario con causale “emergenza COVID-19”.

Si tratta di una causale nuova, rispetto a quelle previste dall'art. 11 d.lgs. 148/15, che comporta l'applicazione della disciplina speciale delineata nel medesimo articolo 19 del d.l. 18/20¹⁵; il Covid-19 rappresenta un evento intrinsecamente transitorio e non imputabile al datore di lavoro e ai lavoratori, riconducibile al concetto di “Eventi oggettivamente non evitabili (c.d. EONE)”, ovvero quegli eventi eccezionali presi in considerazione dal d.lgs. 148/15 per escludere alcuni oneri economici ed amministrativi in genere previsti per ammortizzatori sociali¹⁶.

¹⁴ Si fa riferimento al Disegno A.C. n. 2689 presentato il 29 settembre 2020, Serracchiani ed altri: “Delega al Governo in materia di istituzione di un sistema universale di tutela del reddito per tutti i lavoratori in caso di riduzione o cessazione del lavoro, nonché disposizioni per il sostegno della formazione dei lavoratori”.

¹⁵ L'evento Covid-19, infatti, è un fenomeno che di per sé giustifica il ricorso alle integrazioni salariali: v. FIACCAVENTO, *op. cit.*, p. 131.

¹⁶ Sul punto, v. CANAVESI, *La specialità degli ammortizzatori sociali “emergenza Covid-19”*: in-

Considerata la formulazione legislativa, molto ampia e di portata generale, non limitata a situazioni aziendali o di mercato, può parlarsi di una “causale speciale generale”, tanto oggettivizzata da diventare una sorta di “non causale”. Si tratta di una scelta legislativa che nel momento storico in cui è stato emanato il Decreto Cura Italia poteva sicuramente trovare la sua giustificazione, considerato il grave stato di emergenza che ha portato al *lockdown*, anche nell’ottica politica di un aiuto generalizzato a tutti i datori di lavoro e a tutti i lavoratori. Tuttavia, può dubitarsi che l’utilizzo di tale tecnica legislativa, nelle fasi successive al *lockdown*, risponda realmente a criteri di razionalità.

Da un lato, infatti, sul piano giuridico-formale, in relazione al susseguirsi dei provvedimenti restrittivi, per alcuni settori l’attività è stata sospesa più volte, per altri settori non è mai stata sospesa, pur avendo subito notevoli restrizioni, per altri ancora ha continuato ad operare regolarmente; dall’altro, sul piano socio-economico, in relazione alle conseguenze dell’emergenza, alcuni settori sono stati distrutti dall’emergenza, altri settori ne hanno risentito in modo significativo, altri ancora probabilmente non ne hanno risentito per nulla.

In questo contesto, la previsione di una “causale speciale generale” oggettivizzata, questa sorta di non causale, potrebbe non risultare la soluzione più adeguata sul piano della politica del diritto, lasciando sostanzialmente alla discrezionalità del datore di lavoro la decisione di attivare o meno lo strumento di sostegno al reddito, senza però una reale verifica sui presupposti e, quindi, sull’opportunità della scelta datoriale.

Un intervento di carattere generale ben si attaglia al caso delle attività sospese e, forse, di quelle significativamente limitate, ma per il caso delle attività che non hanno subito alcuna restrizione qualche dubbio pare concretamente sussistere: non tanto sulla possibilità di intervento degli ammortizzatori sociali, la cui opportunità – e, in alcuni casi, necessità – è indiscutibile, quanto piuttosto sull’oggettività della causale emergenziale, a cui si collega automaticamente la specialità della disciplina (svincolata dai requisiti, dai controlli, dalle procedure e dagli oneri che caratterizzano in genere il ricorso agli strumenti di sostegno al reddito).

tervento emergenziale o nuovo modello di tutela?, in *DRI*, 2020, p. 758, nonché CARCHIO, *Emergenza epidemiologica e strumenti di sostegno al reddito: la cassa integrazione guadagni con causale “Covid-19”*, in AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale – Volume III – Covid-19 e sostegno al reddito*, a cura di GAROFALO D., ADAPT e-book series, n. 91, 2020, p. 27.

Sul punto, occorre segnalare come una maggiore attenzione alla differenziazione tra settori economici, e quindi tra esigenze di tutela, si sia intravista nel Decreto Ristori (d.l. 137/20), anche se, probabilmente, più per la parte relativa ai contributi a fondo perduto, riservati effettivamente agli operatori dei settori economici interessati dalle restrizioni (art. 1), che per gli interventi di integrazione salariale (art. 12). Infatti, la possibilità di richiedere le ulteriori sei settimane di trattamento (tra il 16 novembre 2020 e il 31 gennaio 2021) veniva riconosciuta non solo ai datori di lavoro appartenenti ai settori interessati dai provvedimenti che dispongono “la chiusura o la limitazione delle attività economiche e produttive al fine di fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”, ma anche ai “datori di lavoro ai quali sia stato già interamente autorizzato l'ulteriore periodo di nove settimane” previsto dal Decreto Agosto, sempre senza alcuna differenza in relazione al tipo di attività esercitata e prescindendo da qualsiasi verifica sullo stato di bisogno.

Pure questi lievi profili di differenziazione sono nuovamente venuti meno nella Legge di Bilancio 2021 e nel Decreto Sostegni, che sembrano ritornare all'approccio generalista, anche sul piano dei contributi a fondo perduto, facendo, così, un passo indietro nella prospettiva della selezione dei destinatari delle risorse.

Treatmento differenziato dei settori economici, valutazione delle esigenze di tutela, selezione dei destinatari delle risorse, sono tutti profili su cui pare necessario uno sforzo costruttivo da parte del legislatore, soprattutto in questa fase avanzata dell'emergenza pandemica, caratterizzata dalla ripresa, sia pure a fasi alterne, della maggior parte delle attività economiche.

4. Le procedure per la richiesta degli ammortizzatori sociali

Un punto critico della disciplina degli ammortizzatori sociali emergenziali è rappresentato dalle procedure di concessione, caratterizzate da un notevole – e forse eccessivo – alleggerimento che porta alla sostanziale eliminazione di fasi essenziali, come quella sindacale.

Alla base dello snellimento delle procedure vi è sicuramente un'esigenza di rapidità, quanto meno nelle fasi antecedenti la presentazione della domanda, anche considerati i tempi comunque lunghi (per quanto velocizzati) del trattamento burocratico della pratica da parte della PA.

Ma emerge pure chiaramente l'obiettivo di escludere ogni verifica nel merito sulla necessità o sull'opportunità di ricorso all'ammortizzatore sociale, nella prospettiva di un riconoscimento generalizzato delle tutele: non si verifica la sospensione o riduzione dell'attività, né il tipo di attività e la situazione economica del datore di lavoro e neppure la possibilità di ricorso a misure diverse dall'integrazione salariale, sul presupposto che la situazione emergenziale è generalizzata e di per sé idonea a giustificare il ricorso allo strumento di sostegno al reddito.

In questa prospettiva, lo snellimento o, talvolta l'eliminazione, della fase sindacale, da sempre un momento centrale nel procedimento di accesso agli ammortizzatori sociali, è destinata a suscitare non poche perplessità e a far sorgere diversi interrogativi sul piano interpretativo, sia per la CIGO sia per la CIGD.

Con riferimento alla CIGO e all'assegno ordinario, l'art. 19 del d.l. n. 18/20, dopo aver chiarito la sostanziale disapplicazione delle procedure previste dal d.lgs. 148/15, nella sua prima formulazione prevedeva una non ben delineata fase sindacale di informazione, consultazione ed esame congiunto, sia pure semplificata, da concludersi in via telematica nei tre giorni¹⁷, senza precisazione, tra l'altro, dei soggetti sindacali destinatari; fase poi eliminata dalla legge di conversione n. 27/20, ma ancora una volta reintrodotta, sempre in via semplificata, dal d.l. 34/20 convertito in legge n. 77/20.

Problemi interpretativi ancora maggiori ha fatto sorgere la formulazione dell'art. 22 del d.l. 18/20, sulla procedura di concessione della CIGD, soprattutto per l'utilizzo dell'oscura ed equivoca formula "previo accordo".

La formulazione letterale della norma, infatti, pare fissare come condizione per la concessione del trattamento da parte delle Regioni e Province autonome il "previo accordo che può essere concluso anche in via telematica con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro"; accordo comunque "non richiesto per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti".

¹⁷ Il secondo comma dell'art. 19 prevedeva, infatti, che "i datori di lavoro che presentano domanda di cui al comma 1 sono dispensati dall'osservanza dell'articolo 14 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148, e dei termini del procedimento previsti dall'articolo 15, comma 2, nonché dall'articolo 30, comma 2 del predetto decreto legislativo, per l'assegno ordinario, *fermo restando l'informazione, la consultazione e l'esame congiunto che devono essere svolti anche in via telematica entro i tre giorni successivi a quello della comunicazione preventiva.*" (la parte in corsivo è quella eliminata in sede di conversione dalla legge 27/20 e poi reintrodotta dal d.l. 34/20 convertito in legge 77/20).

Un'interpretazione letterale porterebbe a considerare di per sé non necessaria una fase di informazione e consultazione sindacale, essendo presupposto per la concessione solo l'accordo quadro tra Regione e organizzazioni datoriali¹⁸; ma, diversamente, il riferimento all'accordo può essere interpretato anche in modo tradizionale, considerando condizione per la concessione della CIGD, per le imprese con più di cinque dipendenti, la stipulazione di un vero e proprio accordo sindacale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni datoriali¹⁹. Tale ultima impostazione, sebbene in parte condivisibile nel fine perseguito, non pare tuttavia trovare un fondamento decisivo sul piano normativo, anche perché l'argomento letterale proposto, della necessità di una lettura della disciplina dell'art. 22 in coordinamento con quella dell'art. 19, mancando per la CIGD l'esenzione dall'applicazione delle procedure dell'art. 14 d.lgs. 148/15²⁰, presta il fianco a qualche osservazione critica: sul piano letterale, la formulazione infelice dell'art. 22, comma 6, stabilisce che “per il trattamento di cui al comma 1 non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 2, primo periodo”, nel quale si prevede sia la deroga all'art. 14 del d.lgs. 148/15, sia la rimaneggiata procedura sindacale semplificata; sul piano sistematico, è estremamente dubbio che la disciplina del d.lgs. 148/15, sicuramente applicabile, salvo deroghe, agli ammortizzatori speciali (quale la CIGO dell'art. 19), possa trovare applicazione agli ammortizzatori in deroga (quale la CIGD dell'art. 22), dotati, invece, di autonoma e compiuta disciplina.

A prescindere dal dilemma interpretativo, nella realtà concreta, ogni Regione ha fatto a modo suo – come del resto avviene per qualunque questione riguardante l'emergenza Covid – coinvolgendo, in linea di massima, nella stipulazione degli accordi quadro con le organizzazioni datoriali anche i sindacati dei lavoratori, ma solo talvolta prevedendo in tali accordi la necessità della fase preventiva di informazione e consultazione sindacale quale presupposto della concessione del trattamento di integrazione salariale²¹.

¹⁸ In tale senso, v. PILEGGI, *Una riflessione*, cit., p. 8 ss.

¹⁹ V., ad es., DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 259 ss., nonché GAROFALO D., *Ammortizzatori sociali in deroga*, cit., p. 163; secondo MESITI, *La tutela previdenziale*, cit., p. 122, l'unico accordo rilevante sarebbe quello sindacale, dovendosi considerare improduttivi di effetti gli stipulati con le Regioni.

²⁰ Cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*

²¹ Per un quadro dei diversi contesti regionali, cfr. PIGLIARINI, SPATTINI, LOMBARDO, NACSETTI, ZOPPO, *Autonomia collettiva e ammortizzatori sociali per il Covid-19*, in AA.VV., *Welfare e la-*

E pare ancor più rilevante segnalare come, nonostante le incertezze interpretative e le differenze di regolamentazione a livello regionale, la prassi amministrativa sia stata piuttosto largheggiante nell'ammissione ai trattamenti, evitando interpretazioni restrittive del dettato legislativo, al fine di favorire il riconoscimento generalizzato delle tutele, indipendentemente dall'effettivo espletamento di procedure sindacali.

5. *Il profilo dei costi a carico del datore di lavoro*

Altro profilo essenziale da prendere in considerazione è quello dell'eventuale previsione di costi a carico del datore di lavoro che fa ricorso all'ammortizzatore sociale.

La scelta del legislatore, chiaramente dettata dalla situazione emergenziale, soprattutto nel periodo del primo *lockdown*, è stata quella di non prevedere contribuzioni a carico dei datori di lavoro che fanno ricorso agli ammortizzatori sociali, con una soluzione che può trovare conforto anche sul piano sistematico nell'inquadramento dell'emergenza Covid-19 nei c.d. "Eventi oggettivamente non evitabili", per i quali già il d.lgs. 148/15 esclude il contributo addizionale a carico dell'impresa (art. 13, comma 3).

Rispetto a tale impostazione, seguita prima dal d.l. 18/20 e poi dal d.l. 34/20, una pur parziale – ma importante – inversione di rotta si è avuta con il d.l. 104/20, che, per l'aspetto in esame, ha distinto il primo periodo di intervento di nove settimane dall'"ulteriore" periodo di nove settimane, prevedendo solo per quest'ultimo periodo, a carico dei datori di lavoro, un contributo addizionale determinato gradualmente sulla base del raffronto tra il fatturato aziendale del primo semestre 2020 e quello del corrispondente semestre 2019²². Tale meccanismo graduale di contribuzione è stato confermato anche dal d.l. 137/20, per le ulteriori sei settimane di trattamento ivi previste, ma è stato successivamente abbandonato dalla l. 178/20 e dal d.l.

voro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale. Volume V. Le sfide per le relazioni industriali, a cura di TIRABOSCHI, SEGHEZZI, ADAPT e-book series, n. 93, 2020, p. 71 ss.

²² Il contributo è nella misura del 9% per i datori di lavoro che hanno avuto un calo del fatturato inferiore al venti per cento e del 18% per i datori di lavoro che non hanno avuto alcuna riduzione di fatturato, mentre non è dovuto per i datori che hanno subito una riduzione del fatturato pari o superiore al venti per cento e per coloro che hanno avviato l'attività successivamente al primo gennaio 2019.

41/21, che, invece, forse in considerazione degli effetti della c.d. seconda ondata e dei nuovi conseguenti provvedimenti restrittivi, hanno eliminato ogni forma di contribuzione per i datori di lavoro che fanno richiesta dei trattamenti.

Il superamento della logica meramente assistenzialistica impone, però, di fare i conti con il problema della razionalità dell'utilizzo delle risorse. La previsione di eventuali costi a carico del datore di lavoro che fa ricorso all'ammortizzatore sociale va valutato, dunque, nella prospettiva di una responsabilizzazione nella scelta di richiedere l'intervento di sostegno al reddito, soprattutto in un sistema come quello emergenziale, nel quale, anche in considerazione dell'alleggerimento della fase sindacale, finisce per essere in sostanza esclusa qualunque verifica sulla necessità o sull'opportunità di ricorso all'ammortizzatore sociale.

In questa fase avanzata dell'emergenza pandemica, caratterizzata dalla ripresa, sia pure a fasi alterne, della maggior parte delle attività economiche, pare emergere la necessità di adottare delle politiche del lavoro che inizino a guardare verso la normalizzazione delle attività stesse; in questa prospettiva, andrebbe visto con favore il superamento della logica della misura "a costo zero", con la previsione di meccanismi di compartecipazione alle spese, sotto forma di contribuzione, magari graduale in funzione delle perdite economiche subite, in linea, del resto, con i principi consolidati caratterizzanti il sistema degli ammortizzatori sociali.

Apprezzabile si dimostra, ad esempio, il tentativo di introdurre un meccanismo graduale di contribuzione, quale quello previsto dal d.l. 104/20 e dal d.l. 137/20, che lega la necessità e l'entità della contribuzione del datore di lavoro al dato del calo del fatturato, così dando rilievo al concreto andamento dell'attività aziendale, meccanismo poi abbandonato, forse in modo troppo impulsivo, dalla l. 178/20 e dal d.l. 41/21.

Al di là del parametro di riferimento individuato (il fatturato), che inegabilmente presenta alcune criticità²³, e al di là delle soglie e della misura della contribuzione, che richiedono di essere riviste e variate in considerazione dell'andamento della pandemia, pare sicuramente condivisibile la scelta di prevedere una contribuzione crescente in funzione delle perdite subite rispetto al periodo antecedente la pandemia, esonerando solo i datori di lavoro che hanno subito maggiore pregiudizio economico.

²³ Per rilievi critici sulla soluzione legislativa, v. GAROFALO D., *Ammortizzatori sociali in deroga*, cit., p. 171.

Pare solo il caso di accennare come, nella prospettiva del disincentivo all'utilizzo indiscriminato dell'ammortizzatore sociale, il d.l. 104/20 abbia introdotto una sorta di "premio", sotto forma di esonero parziale dal versamento dei contributi previdenziali²⁴, per i datori di lavoro che pur avendo fruito nei mesi di maggio e giugno dei trattamenti di integrazione salariale non facciano richiesta delle ulteriori nove settimane di trattamento (art. 3)²⁵; esonero contributivo sostanzialmente confermato dal d.l. 137/20 e dalla l. 178/20, per i datori di lavoro che non facciano richiesta dei trattamenti previsti dai medesimi provvedimenti²⁶.

6. *La tendenziale universalità delle misure e l'assenza di condizionalità*

Qualche breve considerazione non può che riguardare due aspetti che in parte allontanano gli ammortizzatori emergenziali dal sistema ordinario degli ammortizzatori sociali: la tendenziale universalità e l'assenza di condizionalità.

Si è già segnalato come il legislatore dell'emergenza cerchi di allargare per quanto più possibile l'ambito dei destinatari degli ammortizzatori sociali, per evitare che le condizioni dell'impresa (dimensioni o settore produttivo) possano costituire causa di esclusione dalle tutele. Pur innestandosi nel sistema frammentario degli ammortizzatori sociali, i decreti emergenziali, so-

²⁴ L'art. 3 del d.l. 104/20 riconosce "l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali a loro carico, per un periodo massimo di quattro mesi, fruibili entro il 31 dicembre 2020, nei limiti del doppio delle ore di integrazione salariale già fruito nei predetti mesi di maggio e giugno 2020, con esclusione dei premi e contributi dovuti dall'INAIL". Il comma 2 prevede che al datore di lavoro che abbia beneficiato dell'esonero di cui al comma 1, "si applicano i divieti di cui all'articolo 14" relativo alla proroga del blocco dei licenziamenti, divieto la cui violazione è sanzionata dal comma 3 con "la revoca dell'esonero contributivo concesso ... con efficacia retroattiva e l'impossibilità di presentare domanda di integrazione salariale ai sensi dell'articolo 1".

²⁵ Su cui v. GAROFALO D., *Gli incentivi all'occupazione "difensivi" nell'emergenza epidemiologica*, in AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale – Volume II – Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni*, a cura di GAROFALO D., ADAPT e-book series, n. 90, 2020, p. 347 ss.

²⁶ Precisamente, l'art. 12, comma 14, del d.l. 137/20 prevede l'esonero contributivo per un ulteriore periodo massimo di quattro settimane fruibili entro il 31 gennaio 2021 e l'art. 1, comma 306, della l. 178/20 lo prevede per un ulteriore periodo massimo di otto settimane fruibili entro il 31 marzo 2021.

prattutto attraverso la Cassa integrazione in deroga, sono riusciti ad offrire una copertura integrale al mondo dei lavoratori subordinati.

Anzi, il legislatore con questa preoccupazione di tutela generalizzata, va al di là dei confini del lavoro subordinato, introducendo strumenti di salvaguardia del reddito (sia pure in misura decisamente più limitata) anche per lavoratori autonomi e liberi professionisti, tradizionalmente esclusi dal sistema degli ammortizzatori sociali.

Si tratta di un passo importante nella prospettiva dell’universalizzazione delle tutele, un obiettivo che, verificati i presupposti (soprattutto finanziari), dovrebbe sicuramente caratterizzare la fase della ripresa²⁷, così aprendo la strada verso un ampliamento definitivo del raggio di protezione degli ammortizzatori sociali a tutti i lavoratori dipendenti di datori di lavoro privati, a prescindere dal settore e dal numero di dipendenti impiegati, con un superamento, quindi, della struttura categoriale degli ammortizzatori sociali, oggi ingiustificatamente discriminatoria²⁸, e con la previsione di forme di intervento che possano riguardare, sia pure in modo differenziato, anche i lavoratori parasubordinati, nonché gli autonomi e i liberi professionisti²⁹.

Altra caratteristica degli ammortizzatori sociali emergenziali è la totale assenza di condizionalità per i fruitori delle misure integrazione del reddito, che finiscono per essere esentati da ogni forma di partecipazione a misure di politica attiva o di accompagnamento al lavoro. I motivi della sospensione dei meccanismi di condizionalità³⁰ sono probabilmente da ricercare nel contesto socio-economico emergenziale e nella logica del distanziamento sociale, che rendono difficile pensare allo sviluppo di politiche attive per il lavoro.

In effetti, tale scelta legislativa pare trovare una sua giustificazione soprattutto nella prima fase dell’emergenza e, successivamente, nei periodi di reviviscenza delle situazioni di elevata criticità dovute alla diffusione del virus. Quando ci si avvierà verso la fine dell’emergenza e si inizierà a pensare alla

²⁷ Cfr. BELLAVISTA, *Evoluzione e prospettive del diritto del lavoro*, in *DML*, 2020, p. 555.

²⁸ Sul punto, v. CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in <http://csdile.lex.unict.it>, 2020, p. 62.

²⁹ Pare questa la prospettiva abbracciata dal citato DDL n. 2689 del 29 settembre 2020.

³⁰ Sul punto, v. GAROFALO D., *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *LG*, 2020, p. 430. Più ampiamente, cfr. VALENTE, *La sospensione delle misure di condizionalità*, in *AA.VV., Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale – Volume III – Covid-19 e sostegno al reddito*, a cura di GAROFALO D., ADAPT e-book series, n. 91, 2020, p. 277 ss.

ripresa, però, l'aspetto della condizionalità richiederà una seria inversione di rotta, ridando nuova linfa agli strumenti volti a facilitare il reinserimento lavorativo del percettore del reddito, così da consentire di ricucire il collegamento naturale che dovrebbe esserci tra politiche passive a tutela del reddito e politiche attive del lavoro, anche nella prospettiva di un minore appesantimento del bilancio pubblico.

7. *Il problema della limitatezza delle risorse finanziarie e le prospettive per un ritorno alla normalità*

Ultimo problema con il quale occorre realisticamente e tristemente fare i conti è la limitatezza delle risorse finanziarie.

La razionalità di un intervento legislativo in materia di ammortizzatori sociali non può prescindere dalla sostenibilità finanziaria delle misure adottate e da una valutazione razionale di necessarie priorità nell'utilizzo delle risorse stesse.

I provvedimenti che hanno introdotto gli ammortizzatori sociali emergenziali, almeno fino ad oggi, non hanno fatto il minimo sforzo per fissare delle priorità di intervento e per consentire un più razionale utilizzo delle risorse finanziarie, pur sempre limitate. Si sarebbe potuto pensare, invece, all'introduzione di meccanismi di verifica sulle reali esigenze di chi fa ricorso all'integrazione salariale e sulle concrete necessità che possono giustificare l'intervento dell'ammortizzatore sociale, piuttosto che lasciare un così ampio margine alla scelta discrezionale dei datori di lavoro.

L'introduzione di meccanismi razionali di selezione nell'accesso alle prestazioni serve anche ad evitare che l'attribuzione delle risorse si basi solo sull'ordine cronologico di presentazione delle domande³¹. Su questo aspetto il legislatore della ripresa dovrà fare qualche seria riflessione perché sicuramente il criterio di precedenza, usato in sostanza fino ad oggi, basato sul momento temporale della presentazione della richiesta di intervento (che ha dato luogo ai c.d. *click day*) non risponde a criteri di giustizia in senso sostanziale³², in quanto mette sullo stesso piano situazioni tra loro notevolmente diverse.

³¹ Cfr. CARCHIO, *Emergenza epidemiologica*, cit., p. 60.

³² In tal senso, FAIOLI, *La prospettiva del more than just per il sostegno al reddito durante e dopo la pandemia*, in *RDSS*, 2020, p. 417.

Del resto, l'assetto di ammortizzatori sociali dei decreti emergenziali è stato pensato per far fronte all'emergenza pandemica e, quindi, difficilmente potrà risultare idoneo ad accompagnare la ripresa post-pandemica.

Il legislatore dovrà pensare a nuove misure per aiutare le imprese ad uscire dalla situazione di crisi e per tentare di arginare gli effetti devastanti sull'occupazione che inevitabilmente si produrranno. Nell'ipotesi, poi, non inverosimile, in cui gli strumenti di tutela rimangano i medesimi utilizzati fino ad oggi, pare indispensabile che il legislatore ripensi le relative discipline per renderle più eque e razionali.

Gli ammortizzatori sociali saranno certamente chiamati a svolgere un ruolo essenziale nel processo di transizione dalla crisi alla ripresa economica e, in questa prospettiva, l'esperienza degli ammortizzatori emergenziali deve costituire lo spunto per una riflessione in chiave sistematica sul tema scivoloso delle politiche per il lavoro.

Ne è uscita confermata l'esigenza di universalità delle tutele, anche oltre i rapporti di lavoro subordinato, nonché quella di unitarietà degli interventi, nella prospettiva di un superamento dell'impostazione categoriale e dimensionale, che da sempre caratterizza gli interventi di sostegno al reddito.

Ne è uscita confermata l'importanza della fase sindacale, irrinunciabile momento di confronto tra gli interessi spesso non convergenti di datori di lavoro e lavoratori, con una spinta verso lo snellimento delle procedure di informazione e consultazione sindacale; l'obiettivo perseguito dovrebbe essere quello di salvaguardare il ruolo, rispondente alla logica della proceduralizzazione dei poteri datoriali, di verifica delle esigenze dell'impresa nella scelta del ricorso all'ammortizzatore sociale e del conseguente impatto per i lavoratori; un ruolo che non dovrebbe, però, degenerare in una fonte di ostacoli o ricatti per il datore di lavoro che abbia bisogno del sostegno.

Allo snellimento della procedura sindacale dovrebbe corrispondere anche un alleggerimento della procedura amministrativa, per sveltire l'apparato burocratico, nelle diverse fasi di trattazione delle domande, di accoglimento delle richieste e di liquidazione delle somme, magari iniziando a pensare anche all'introduzione di meccanismi per un utilizzo più razionale delle risorse finanziarie, che consentano di superare definitivamente il criterio di precedenza basato sul momento temporale di presentazione della domanda.

Sul piano delle risorse finanziarie, poi, da un lato, pare auspicabile la previsione di meccanismi di contribuzione dei datori di lavoro richiedenti,

non solo nell'interesse alla maggiore sostenibilità finanziaria del sistema degli ammortizzatori sociali, ma anche nell'obiettivo della responsabilizzazione del datore di lavoro nella scelta di ricorrere al sussidio; dall'altro, sembra indispensabile ripristinare i meccanismi di condizionalità per i fruitori delle integrazioni salariali, investendo sulle politiche attive, così da facilitare il reinserimento dei tanti lavoratori che perderanno la propria occupazione.

L'auspicio, insomma, è che questa nuova sfida per il legislatore possa costituire il punto di partenza per riorganizzare e razionalizzare in prospettiva futura l'intero sistema degli ammortizzatori sociali.

Abstract

Il saggio analizza gli ammortizzatori sociali nell'emergenza Covid-19. Partendo da una valutazione comparativa con il sistema ordinario degli ammortizzatori sociali, si concentra poi sulla disciplina degli ammortizzatori sociali emergenziali, al fine di individuarne i tratti strutturali: la casuale speciale, le procedure, il profilo dei costi a carico del datore di lavoro, l'universalità, l'assenza di condizionalità, la limitatezza delle risorse statali. L'analisi costituisce lo spunto per alcune riflessioni sulle linee fondamentali degli ammortizzatori sociali anche in prospettiva di potenziali riforme.

The essay analyzes social safety nets during Covid-19 emergency. Starting from a comparative assessment with the ordinary system of social safety nets, the article focuses on regulation of emergency social safety nets, in order to identify their structural features: special cause, procedures, costs for the employer, universality, lack of conditionality, limited financial resources. The analysis is the starting point for some reflections on the basic lines of social safety nets also in view of potential reforms.

Keywords

Ammortizzatori sociali, causale speciale, emergenza “Covid-19”.

Social safety nets, special cause, Covid-19 emergency.

Raffaello Santagata de Castro

Sostegno ai redditi, crisi di impresa e tutela della salute ai tempi del coronavirus

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La natura giuridica dell'impegno "a gestire i livelli occupazionali tramite accordo sindacale". **3.** L'insussistenza di un obbligo a trattare. **4.** L'attualità di una proposta per un intervento di sostegno di natura legale volto ad istituzionalizzare la spinta verso la partecipazione.

I. *Premessa*

La riflessione che segue, avente ad oggetto il rapporto tra sostegno ai redditi, crisi di impresa e tutela della salute, si inquadra all'interno di un tema classico del diritto del lavoro, che, come è noto, a partire dalla c.d. legislazione dell'emergenza degli anni '70, ha sempre prestato grande attenzione agli strumenti di sostegno pubblico per il salvataggio delle imprese in crisi.

La normativa emergenziale emanata per far fronte alla crisi generata dal Covid-19 presenta alcuni tratti di peculiarità e, in qualche modo, prospetta un riassetto o, se vogliamo, un sovvertimento degli equilibri del sistema, inducendo a riconsiderare, anche in vista del perdurare della pandemia, il problema del bilanciamento dell'interesse alla tutela della salute con quello della tutela del reddito e della libertà d'impresa.

Le preminenti istanze di tutela della salute pubblica hanno posto l'esigenza di un intervento politico, senza precedenti, sulle libertà economiche e personali, il cui obiettivo prioritario diventa quello di prevenire la crisi e garantire la sopravvivenza delle realtà aziendali colpite dall'emergenza sotto il profilo sia della liquidità sia delle perdite patrimoniali (conseguenti al mancato fatturato e all'insolvenza dei propri creditori)¹.

¹ Si veda STANGHELLINI, *La legislazione d'emergenza in materia di crisi d'impresa*, in *RSoc*,

Peraltro, come è accaduto in tutte le grandi crisi, anche questa inattesa pandemia stravolge le basi dell'economia di mercato e rimette in gioco il ruolo dello Stato, riportando in auge le politiche di stampo neo-keinesiano (e post-keinesiano)². È chiaro che il mercato non avrebbe potuto affrontare da sé una simile emergenza, anche a voler credere nelle sue virtù autoregolatrici. Si prospetta dunque l'esigenza di un intervento della mano pubblica: ciò, sul presupposto che l'aumento della domanda e dei finanziamenti pubblici rivesta un ruolo cruciale per consentire ai sistemi economici di percorrere la strada della ripresa³. In questa logica il legislatore, come risposta alla crisi sanitaria, decide di mettere in campo un vasto armamentario di strumenti che va dalla sospensione temporanea degli adempimenti e dei pagamenti tributari e contributivi, ai trasferimenti alle famiglie, all'assunzione pubblica del costo dei dipendenti (mediante trattamenti straordinari di integrazione salariale)⁴, ai finanziamenti assistiti da garanzie pubbliche e prestiti agevolati⁵. Nel quadro di quest'ultimo, fondamentale, tassello si inscrivono

2020, p. 353; ABRIANI, *Il diritto delle imprese nell'emergenza*, in www.osservatoriooci.org, 22 maggio 2020.

² CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 427/2020*, p. 10; TREU, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, in *DRI*, 2020, p. 237; v. anche BELLAVISTA, *Le prospettive del diritto del lavoro dopo la pandemia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 433/2021*.

³ Sul ruolo dello Stato nell'economia si interrogano di recente ACEMOGLU, ROBINSON, *La Strettoia: come le nazioni possono essere libere*, Feltrinelli, 2020, i quali distinguono fra istituzioni "estrattive" ed "inclusive". Le prime favoriscono posizioni di rendita e benefici riservati a chi detiene il potere politico o a chi è ad esso legato. Inclusive sono invece le istituzioni che creano parità di condizioni e quindi uguali opportunità. In Italia 13 delle 50 aziende più grandi (escluse le banche) sono partecipate, direttamente o indirettamente, dallo Stato. Sui limiti del capitalismo di Stato, con riguardo tanto all'efficienza dell'economia che alla crescita e all'innovazione, cfr. GIAVAZZI, *Pandemia e non solo. Quale deve essere il ruolo di uno Stato?*, in *Corriere della sera*, 3 gennaio 2021, p. 11.

⁴ Sull'argomento cfr. il volume dal titolo *Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, ADAPT University Press, dicembre 2020.

⁵ Come osserva Romano PRODI (*Per le imprese addio rilancio senza un piano del Governo*, *Il Mattino*, 3 maggio 2020) "i prestiti agevolati (con totale o parziale garanzia pubblica) sono sempre stati utilizzati come un normale strumento di politica economica, con una particolare intensità quando si volevano perseguire obiettivi specifici, come lo sviluppo del Mezzogiorno (...) o il sostegno all'imprenditoria minore (Legge 623 del 1959). Ovviamente lo strumento del credito rimane valido e ampiamente utilizzato ovunque. La pandemia ha tuttavia riportato prepotentemente nell'arsenale di tutti i governi uno strumento che l'Europa ha sempre avversato

le importanti misure di sostegno previste dai Decreti “Cura Italia” (D.L. 17 marzo 2020 n. 18, convertito nella l. 24 aprile 2020 n. 27) e “Liquidità” (D.L. 8 aprile 2020 n. 23), le quali assegnano un ruolo da protagonista nella strategia d’intervento emergenziale allo Stato (tramite il coinvolgimento della Sace) e al sistema bancario a cui viene affidato il compito di canalizzare la liquidità destinata al sistema produttivo.

Nella materia di nostro interesse merita una specifica considerazione la previsione contenuta nel d.l. 23/2020, all’art. 1, che, nel consentire alle imprese di beneficiare di prestiti garantiti dallo Stato (Sace S.p.A.), subordina, sia pure in via provvisoria, la concessione della garanzia statale alla condizione (tra le altre) dell’assunzione dell’*“impegno di queste ultime a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali”*. Il prestito agevolato, pur se concepito nella specie con una limitata operatività nel tempo (fino al 31 dicembre 2020), ha avuto rilevanti applicazioni pratiche nel settore *automotive*⁶, suscitando un ampio dibattito anzitutto di taglio giornalistico. La circostanza che tale misura non sia stata riproposta dal Governo Draghi non deve sorprendere posto che autorevoli commentatori ed editorialisti avevano espresso forti riserve al riguardo. In particolare si è sostenuto che il prestito bancario garantito dallo Stato non potesse considerarsi funzionale né all’obiettivo di fronteggiare carenze di liquidità né a quello di favorire la capitalizzazione di un’azienda con problemi di solvibilità (come nella specie si presume Fca Italia cui era destinata la misura)⁷. Nel primo caso è pur vero che la banca può ottenere un vantaggio dalla garanzia dello Stato poiché in questo modo si espone verso

e che ha ammesso solo in casi del tutto eccezionali: la diretta iniezione del capitale di rischio, arrivando fino alla partecipazione dello Stato nel capitale delle imprese. Dopo essere stata a lungo esecrata, essa è ora all’ordine del giorno persino in Germania”. L’a. è tuttavia ben consapevole che nel nostro paese le grandi imprese sono un piccolo numero e non ha senso pensare che il settore pubblico si espanda fino a diventare azionista, seppure di minoranza, delle piccole e medie imprese che costituiscono la quasi totalità delle aziende italiane e ne occupano la parte dominante degli addetti.

⁶ Basti pensare che il primo grande prestito dell’era post-covid viene assicurato con questo congegno di garanzia pubblica a Fca Italy (ora, come è noto, Stellantis), la quale tramite accordo sindacale si assume l’impegno a investire in Italia una parte dei fondi, a garantire la salvaguardia della piena occupazione e ad evitare delocalizzazioni delle linee produttive dei suoi modelli. Cfr. MANACORDA, *Una formula innovativa che aiuterà migliaia di imprese*, in *La Repubblica* del 16 maggio 2020.

⁷ Cfr. GIAVAZZI, *Il prestito a Fca è l’unica via per aiutare l’auto? Una proposta*, *Corriere della sera*, 24 maggio 2020; BRAGANTINI, *Il paradosso degli Stati deboli ma invadenti*, *Corriere della sera*, 8 giugno 2020.

lo Stato, e non verso un'impresa con un *rating* traballante, ma l'azienda, al contrario, dovendo indebitarsi, peggiorerebbe ulteriormente la propria situazione patrimoniale. Per contro, in caso di problemi di solvibilità e di ristrutturazione, si è anche ritenuto che allo Stato convenisse non aiutare l'azienda garantendo il debito, bensì entrare nel capitale come azionista giacché il suo ingresso nel capitale, ancorché più costoso, potrebbe garantire margini di guadagno non solo agli azionisti, ma anche allo Stato stesso, il quale, attraverso la presenza nel capitale, peraltro, potrebbe anche accertare “in modo più incisivo e sicuro di clausole generiche associate alla garanzia, che l'azienda usi il nuovo capitale per trasformarsi” e dare una spinta forte all'economia del Paese⁸.

Se dunque simili ragioni di natura economica hanno indotto ad accantonare, nella fase successiva della crisi pandemica, l'idea di condizionare lo strumento del prestito garantito – che, del resto, a quanto consta, non risulta essere stato esteso a filiere diverse dall'*automotive* – al sostegno di un ruolo partecipativo del sindacato, ciò non toglie che la *ratio* sottesa alla norma in esame meriti di essere oggetto di particolare attenzione soprattutto alla luce del dibattito che si riscontra a livello internazionale in tema di partecipazione dei lavoratori⁹. In particolare, la previsione in esame può fornire lo spunto per interrogarsi se la clausola associata al prestito in esame (o una tecnica analoga) possa costituire uno strumento adeguato per attuare il principio costituzionale (art. 46) basato sulla cooperazione tra capitale e lavoro (§§ 2-3). La crisi dovuta alla pandemia rappresenta, senz'altro, come vedremo (§ 4), un'occasione propizia per rilanciare nel nostro sistema un nuovo modo di

⁸ GIAVAZZI, *Il prestito a Fca*, cit.; cfr. anche PRODI, *Per le imprese addio rilancio*, cit. il quale sembra ugualmente guardare con maggiore favore ad una partecipazione dello Stato al capitale di rischio delle aziende più significative che si trovano in carenza di risorse proprie. Secondo tale a. in particolare “la presenza pubblica nel capitale delle aziende non deve, salvo casi del tutto straordinari, tradursi nella gestione diretta dell'impresa, ma limitarsi ad una partecipazione di minoranza, imitando in questo modo quello che è stato un costante comportamento della Francia, dove, nelle situazioni ritenute politicamente rilevanti, lo Stato difende l'interesse nazionale e, insieme fornisce alle imprese una non trascurabile parte delle risorse necessarie a raggiungere gli obiettivi programmati”. In altre parole occorrerebbe “contare su una struttura pubblica delegata non a gestire le aziende, come accadeva con l'Iri, ma a sorvegliarne la gestione e a prendere parte delle decisioni strategiche fondamentali, come le variazioni degli assetti proprietari”.

⁹ Per riflessioni recenti sul tema cfr. per esempio HOPT, VIEL, *Gli stakeholders nel diritto azionario tedesco: il concetto e l'applicazione. Spunti comparatistici di diritto europeo e statunitense*, in *RSoc*, 2020, p. 921.

concepire il rapporto dei lavoratori con l'impresa e promuovere un'integrazione reciproca di strumenti diversi per la composizione del conflitto nella sfera dei rapporti endoaziendali.

2. *La natura giuridica dell'impegno "a gestire i livelli occupazionali tramite accordo sindacale"*

La tecnica utilizzata dal legislatore – che, dunque, si sostanzia nell'imporre l'assunzione di un esplicito impegno nei confronti delle imprese che beneficiano di una garanzia pubblica su una facilitazione creditizia ottenuta da una banca – non è del tutto nuova. L'idea a cui la norma si ispira è quella, perseguita tradizionalmente, di promuovere una logica di scambio tra il sostegno pubblico e la tutela dell'occupazione nell'ottica di una valorizzazione del ruolo partecipativo delle parti sociali¹⁰.

¹⁰ Solo in parte assimilabile è la *ratio* sottesa ad alcune specifiche misure adottate dal Governo tedesco in occasione della pandemia. Sul punto cfr. SAGAN, BROCKFELD, *Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie*, in *NJW*, 2020, p. 1112. Nel marzo 2020 il Bundestag approva la *Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld* che modifica il libro terzo del *Sozialgesetzbuch* (SGB III) e autorizza il Governo ad alleggerire i requisiti per l'accesso al *Kurzarbeit*; uno strumento, questo, a cui, come è noto, si era fatto già ampiamente ricorso durante la crisi recessiva cominciata nel 2008, e con il quale si consente alle imprese in difficoltà economica di poter fruire di una significativa riduzione delle ore lavorate (se autorizzata un contratto individuale o collettivo) onde evitare, anche in parte, la riduzione di personale. In tal caso lo Stato interviene a finanziare una sorta di ammortizzatore sociale (il c.d. *Kurzarbeitsbeihilfe*) per garantire la sopravvivenza dell'organismo aziendale e, al contempo, contenere l'impatto sociale della parziale perdita del salario. Durante la pandemia tuttavia in Germania anche gli attori sociali hanno svolto un ruolo cruciale: ciò, anzitutto al fine di contenere il più possibile la perdita di guadagno conseguente all'adozione del *Kurzarbeit*: in diversi settori molte aziende si sono impegnate, specie tramite contratto collettivo, a integrare la *Kurzarbeitergeld* dei propri dipendenti. Si può richiamare a titolo esemplificativo il cosiddetto contratto collettivo di solidarietà (*Solidar-Tarifvertrag*), siglato nel marzo 2020, con il quale è stata introdotta una disciplina che garantisce ai dipendenti un incremento di tale emolumento di circa l'80 per cento nei primi mesi. Sul punto cfr. diffusamente SCHULTEN, *Tarifpolitischer Halbjahresbericht 2020. Tarifpolitik unter den Bedingungen der Corona-Pandemie*, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung, settembre 2020. Per converso, si segnala anche un'espansione di accordi aziendali in deroga (*betriebliche Ergänzungstarifverträge*), come quelli siglati nell'estate 2020 da alcune imprese multinazionali come Daimler, ZF Friedrichshafen e Bosch, che contengono il classico scambio tra garanzie per il mantenimento dell'occupazione e in particolare impegni a non effettuare licenziamenti per giustificato motivo oggettivo o a non delocalizzare gli stabilimenti, da un lato, e riduzioni temporanee dell'orario di lavoro (con

Anche se il messaggio politico dell'intervento del nostro legislatore appare chiaro, la disposizione, per quanto frutto di una situazione eccezionale ed emergenziale, presenta non poche ambiguità ed imperfezioni sotto il profilo letterale e sistematico: risultando in particolare tutt'altro che agevole stabilire che tipo di obbligo o di onere essa viene a configurare in capo all'impresa che beneficia del finanziamento garantito nei confronti del sindacato, potendosi con certezza affermare solo, come vedremo, che si è in presenza di un sostegno indiretto alla contrattazione.

La formulazione del disposto, invero assai generica e criptica¹¹, ha ingenerato una divergenza di vedute al riguardo, a cui si è accompagnata, in qualche caso, una buona dose di confusione terminologica.

I primi commentatori – con un eccessivo allarmismo – partono dal presupposto che con questo istituto il legislatore avrebbe voluto subordinare la validità dei licenziamenti ad un vero e proprio potere di veto delle organizzazioni sindacali (di un qualsiasi sindacato), da esercitare *ad libitum* e senza peraltro alcun limite temporale. Addirittura, si giunge ad affermare che l'“impegno” ad una gestione congiunta dei “livelli occupazionali” mediante accordi aziendali (che l'impresa si assumerebbe per conservare la garanzia statale prevista) sarebbe da intendersi come “*codeterminazione gestionale dei 'livelli' occupazionali*” e dunque si tradurrebbe in un vero e proprio attentato alla libertà di impresa¹². Altri autori al fine di superare i dubbi sulla conformità della norma con l'assetto costituzionale ritengono che l'obbligo gravante sull'impresa, a prescindere dalla relativa dimensione (dunque, anche per le imprese di dimensioni assai ridotte, a patto di risultare beneficiarie della garanzia statale), si possa inquadrare nella fattispecie dell'obbligo a trattare¹³. Altri, ancora,

o senza parziale compensazione salariale) o decurtazioni dello stipendio, dall'altro. Cfr. in generale sulle politiche sindacali nella crisi pandemica IG METALL, *Beschäftigungssicherung in der Autoindustrie: IG Metall und Betriebsräte sichern Jobs bei Daimler, Bosch und ZF*, Online-Meldung vom 29.07.2020, <https://www.igmetall.de/im-betrieb/ig-metall-und-betriebsraete-sichern-jobs-daimler-bosch-zf>.

¹¹ Cfr. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica*, cit., p. 27.

¹² GELMI, TOFFOLETTO, *L'emergenza non giustifica limiti alla libertà d'impresa*, in *Il sole 24 ore* del 16 aprile 2020.

¹³ ZILIO GRANDI, BIASI, *Una proposta in tema di partecipazione dei lavoratori in attuazione dell'art. 46 della Costituzione. Per un nuovo assetto delle relazioni industriali italiane oltre l'emergenza Covid-19*, reperibile in www.aisri.it, p. 2; BIASI, *Covid-19 and labour law in Italy*, in *ELLJ*, 2020, pp. 306–313, secondo cui “unions were ‘just’ entitled to sit at the bargaining table to bargain – in good faith – with the employer on the personnel strategies, the employer would still retain the final say in the decision and thus the provision would be a further incentive to the fruitful

svalutando in qualche modo la portata della disposizione o evidenziandone la contraddittorietà, propongono un'interpretazione costituzionalmente orientata e ritengono che la norma intenda esprimere solo una generica logica promozionale di ricerca di soluzioni concordate dei problemi occupazionali¹⁴.

La prima tesi, quella che ritiene di poter ricondurre l'impegno, introdotto dalla legge, alla figura dell'obbligo a contrarre, si espone, senz'altro, a diverse obiezioni. Anzitutto, la configurabilità di tale obbligo si rivela problematica nel sistema dei rapporti collettivi¹⁵, dove un ostacolo invalicabile è rappresentato dal principio di libertà sindacale, che "se attribuisce alle parti la possibilità di convenire in piena libertà vincoli all'espressione della propria volontà, preclude al legislatore la facoltà di comprimere *completamente* l'autonomia negoziale imponendo obblighi a contrarre"¹⁶. Occorrerebbe dunque attentamente valutare in che misura i vincoli all'attività negoziale contrastino con la libertà delle organizzazioni sindacali e con la libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41, co. 1 Cost.

In ogni caso, nella specie, si può difficilmente ravvisare un vero e proprio obbligo a contrarre. Come chiarito da autorevole dottrina, tale fattispecie – (anche) nel sistema dei rapporti collettivi – presuppone anzitutto che siano *a priori* determinati o agevolmente determinabili oltre che i soggetti le clausole essenziali del futuro contratto¹⁷, e cioè che il conflitto di interessi (tra le

cooperation of employees in the management of companies envisioned (rather than enshrined) under Article 46 of the Italian Constitution”.

¹⁴ PERULLI, *Il dialogo tra imprese e sindacati non frena l'iniziativa economica*, *Il Sole 24 ore* del 23 aprile 2020; CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica*, cit., p. 27, il quale, peraltro, osserva che “la norma, oltre a essere provvisoria, è difficilmente produttiva di effetti giuridici, certamente meno della ben più efficace e pregnante normativa sul blocco (reale) dei licenziamenti. Anzi, è praticamente assorbita e resa inutile da quella: se, comunque, l'impresa non può licenziare nella fase di emergenza (...), la richiesta di condizionare le garanzie di credito all'impegno a non licenziare è del tutto ridondante. Il vincolo è, infatti, generato *aliunde*, vale a dire è (ben) presente nella partizione di legislazione emergenziale dedicata direttamente al lavoro”.

¹⁵ ROCCELLA, *Parte obbligatoria del contratto collettivo e diritti sindacali di controllo*, in *RGL*, 1977, I, p. 427; ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, 1992, pp. 10-11; ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese* in *DLRI*, 2005, p. 373.

¹⁶ ZOLI, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Giuffrè, 1967, p. 183; ZOLI, *op. cit.*, p. 6.

parti) sia stato già risolto eteronomamente dal legislatore; tuttavia, nel nostro caso la norma non predispone affatto il contenuto dei futuri accordi sindacali ma conferisce una sfera di discrezionalità assai ampia in ordine alla determinazione della “gestione dei livelli occupazionali”.

Inoltre, per configurare un autentico obbligo a contrarre, il legislatore dovrebbe abilitare un apposito organo ad assumere una decisione che sostituisca il contratto eventualmente non concluso, come accade in Germania con la cosiddetta *Mitbestimmung* aziendale. Il legislatore tedesco non si limita a prevedere che il datore di lavoro non può decidere su alcune materie (per es. affari sociali e questioni concernenti il personale) senza il consenso dell’organismo di rappresentanza del personale, e cioè il *Betriebsrat* (BR)¹⁸. Il *BetrVG* stabilisce anche che in caso di mancato accordo tra il BR ed il datore di lavoro, la questione sia devoluta ad uno speciale organo conciliatore (*Einigungsstelle*), posto *super partes*, cui spetta di dettare un regolamento sostitutivo di quello convenzionale¹⁹. Ebbene, nel nostro caso, ciò non si verifica: la norma in esame non istituisce alcun organo terzo che supplisca, con la propria decisione, il mancato consenso tra le parti²⁰. In effetti il legislatore si muove ancora una volta in una logica puramente negoziale senza andare oltre un intento promozionale della contrattazione collettiva. L’impresa non assume affatto la ‘garanzia’ dell’accordo (né di fronte allo Stato né di fronte alla controparte collettiva), ma si ‘obbliga’ solo ad adottare una certa condotta per consentirne il raggiungimento, conservando dunque il pieno potere di assumere decisioni che comportino ricadute sui diritti primari dei lavoratori, quali quello alla conservazione del posto (che semmai risulta intaccato dalle normative sul blocco dei licenziamenti)²¹.

¹⁸ Nell’esperienza tedesca, come è noto, il BR, nell’esercizio dei *Mitbestimmungsrechte*, partecipa al processo di formazione di una regola e conclude col datore di lavoro un vero e proprio accordo. V. AA. Vv., *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band II, *Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen*, C.H. Beck, 2009, p. 886 e ss. secondo cui la *Mitbestimmung* del BR è qualcosa di più di un mero «*Zustimmung*» alle decisioni aziendali (Rn 19). Cfr. anche BAG 24 febbraio 1987 AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21 = NZA 1987, 639.

¹⁹ Sulle funzioni conciliativa e decisoria (*Schlichtung-Entscheidungsfunktion*) svolte dal collegio arbitrale cfr. AA. Vv., *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, cit., p. 764 e ss.

²⁰ Peraltro, con ogni probabilità, una misura del genere non potrebbe ritenersi compatibile con il nostro assetto costituzionale e in particolare con l’art. 40: in tal senso MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione*, cit., p. 185.

²¹ Si allude alle discipline dei vari “blocchi” succedutisi da marzo 2020 a marzo 2021, ed ora fino al 30 giugno o al 31 ottobre 2021 (art. 8, commi 9 e 10, decreto legge 22 marzo 2021, n. 41). Il primo divieto, per sessanta giorni, del licenziamento individuale per giustificato motivo

La circostanza che il legislatore abbia subordinato la concessione della garanzia statale all'assunzione dell'impegno (gestionale) a *contrattare* e all'effettiva stipulazione di accordi aziendali in materia occupazionale, dovrebbe indurre, tutt'al più, a propendere per l'esistenza di un *onere*, piuttosto che di un obbligo, a contrarre. Del resto, tale ipotesi ricorre frequentemente ogniqualvolta si tratta di attuare una gestione flessibile della forza lavoro²²: si pensi al caso del trasferimento d'azienda in un'impresa in crisi, ipotesi nella quale la legge affida un ruolo cruciale alla autonomia collettiva (in ogni tipo di procedura concorsuale, liquidativa e non), conferendole un compito di ridefinizione delle tutele, che si modula in relazione alle fattispecie²³. Così come nel caso del trasferimento d'azienda, anche nel nostro caso, si assiste ad una valorizzazione dello strumento del contratto ablativo. La conclusione di quest'ultimo risponde tanto all'interesse immediato dell'impresa quanto a quello delle oo.ss.: la prima, grazie al prestito bancario garantito dallo Stato, potrà fronteggiare i problemi di liquidità o di solvibilità, scongiurando la paralisi e la cessazione dell'attività; le oo.ss. potranno trarre un vantaggio indi-

oggettivo e per quelli collettivi, è stato adottato con d.lgs. del 17 marzo 2020, n. 18. Il nuovo Governo Draghi ha provveduto all'ennesima proroga del blocco fino al 30 giugno 2021 (art. 9, d.l. 22 marzo 2021 n. 41). Cfr. sul punto, a titolo esemplificativo, BALESTRERO, *Il blocco dei licenziamenti. Le ragioni, i tempi e i modi di una misura controversa*, in *DLM*, 2020, n. 3, p. 505; GARILLI, *Il blocco dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, in *MGL*, 2020, p. 597; PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, in *MGL*, 2020, p. 683. Cfr. sui problemi di costituzionalità delle normative da ultimo PISANI (*Il divieto di licenziamento per emergenza Covid di fronte alle varie tipologie di giustificato motivo oggettivo*, in corso di pubblicazione in *q. rivista*), il quale ritiene che non "vi siano margini per una interpretazione costituzionalmente orientata delle varie norme sul blocco, in quanto, per come sono (mal)formulate, con quel loro rinvio indiscriminato al giustificato motivo oggettivo, sarebbe una forzatura testuale eccessiva riuscire a "ritagliare", all'interno di tale nozione, un distinguo nell'ambito dei licenziamenti a seconda delle varie tipologie di soppressione del posto".

²² ZOLI, *op. cit.*, p. 32.

²³ E infatti la normativa in materia, anche a seguito delle modifiche apportate nel 2019 dal codice della crisi di impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, riguardante il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155") richiede la sussistenza di un accordo sindacale come requisito per il prodursi dell'effetto disapplicativo delle garanzie previste dall'art. 2112 cod. civ. (frazionamento del rapporto di lavoro, esonero da responsabilità solidale etc.). Il codice integrato e corretto dal d.lgs. del 26 ottobre 2020 n. 147 entrerà in vigore a settembre. Le recenti modifiche apportate dal codice della crisi di impresa hanno inteso essenzialmente limitare la portata degli effetti che la stipula dell'accordo sindacale è in grado di produrre. Cfr. sul punto tra gli altri ZAMPINI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, FrancoAngeli, 2020, p. 167 ss.

retto dalla prospettiva della continuità e ripresa dell'attività dell'azienda, ottenendo il mantenimento, almeno parziale, dei posti di lavoro.

3. *L'insussistenza di un obbligo a trattare*

Se dunque il vincolo introdotto in via temporanea dal d.l. 23/2020, all'art. 1, non è in alcun modo annoverabile nell'ambito della figura dell'obbligo a contrarre e non ha nulla a che fare con la *Mitbestimmung*, la questione che si pone è piuttosto se nella specie (fermo restando la facoltatività della soluzione negoziale) la norma faccia sorgere un obbligo a trattare, come pure è stato suggerito da taluno, oppure se da essa possa scaturire solo un semplice impegno alla discussione e più precisamente un'onere reciproco a contrarre. In questo secondo caso ciascuna parte potrà assumere l'iniziativa per aprire i negoziati, ma tale onere non potrà creare di per sé alcuna pretesa creditoria a favore della controparte. Si configurerebbe una situazione di semplice sostegno indiretto (si potrebbe dire, un incitamento) alla contrattazione collettiva: sulle parti graverebbe soltanto un vincolo di natura meramente "politica" che non le impegna giuridicamente. Viceversa, se si ammettesse la sussistenza di un obbligo a trattare, le parti sarebbero tenute a dare realmente vita ad un negoziato e l'adempimento di tale obbligo dovrebbe essere valutato alla luce della buona fede (art. 1337 cod. civ.)²⁴: e infatti "l'obbligo alla trattativa richiede che le parti pongano in essere comportamenti coerenti con la volontà di contrattare, da valutare nel loro complesso, magari anche alla luce del contegno assunto prima e dopo il negoziato". E in particolare, le parti sarebbero obbligate a "non adottare tattiche ostruzionistiche e dilatorie, ad attribuire reale potere contrattuale alla delegazione che eventualmente le rappresenti, a non scavalcare tale rappresentanza (...), ad impegnarsi in discussioni significative sulle materie sottoposte a negoziato, a rendere noti i motivi per cui respingono determinate proposte e a presentare contro-proposte che non si rivelino assurde o pretestuose"²⁵. Ciò significa, in estrema sintesi, che in presenza di un obbligo a trattare ciascuna delle parti dovrebbe fare il possibile perché si raggiunga l'accordo e non potrebbe sottrarsi alla stipula di esso, vanificando l'interesse della controparte, con un semplice diniego.

²⁴ MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione*, cit., p. 168.

²⁵ ZOLI, *op. cit.*, pp. 256-257.

Nel rispondere all'interrogativo poc'anzi sollevato sembra necessario rifarsi agli studi più approfonditi sull'argomento, ricordando in particolare che l'obbligo a trattare si configura allorquando “la prestazione dovuta da uno o più soggetti a favore di un altro o di altri soggetti determinati o agevolmente determinabili consista *nel mero svolgimento di un'attività diretta alla conclusione di un contratto*, con facoltà di scelta circa il contenuto di questo”²⁶. Obblighi a trattare ricorrono, tra l'altro, quando il legislatore effettua un rinvio al contratto collettivo, affidando alle parti sociali il compito di integrare la normativa di legge in modo totale o parziale, oppure allorquando ponga una regolamentazione, disponendo al contempo che la stessa può essere derogata, sostituita o integrata dal contratto collettivo (per es. art. 3 d.lgs. n. 66 del 2003).

Ebbene, un primo argomento per escludere la riconduzione dell'ipotesi in esame all'obbligo a trattare attiene – anche in questo caso – al requisito della determinatezza o determinabilità dei soggetti sindacali legittimati alla stipula degli accordi medesimi, un aspetto, questo, la cui sussistenza assume particolare rilievo nel sistema dei rapporti collettivi ove, come nella specie, ai soggetti dell'obbligazione sono connessi ruoli e posizioni peculiari²⁷. Sotto questo profilo può essere interessante confrontare la formula estremamente generica utilizzata dalla norma in esame con quella contenuta nella disciplina sul trasferimento d'azienda, come risultante dalle recenti modifiche apportate dal *Codice della crisi d'impresa* (d.lgs. n. 14 del 2019): rispetto alla precedente formulazione dell'art. 47, l. 428/90 balza all'occhio un arricchimento dei livelli contrattuali e dei soggetti negoziali legittimati alla stipula dei contratti attraverso il richiamo all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 (*Jobs Act*)²⁸ sebbene dalla congiunzione “anche” che precede il richiamo all'art. 51, si evinca che non è contemplata una legittimazione esclusiva, potendo un tale tipo di accordi essere stipulato da qualunque organizzazione sindacale. Lo stesso vale a maggior ragione con riferimento alla norma in esame: il legislatore rinvia genericamente alla autonomia collettiva senza fornire alcuna indicazione in merito agli agenti negoziali e ai criteri di selezione delle as-

²⁶ ZOLI, *op. cit.*, p. 7.

²⁷ ZOLI, *op. cit.*, p. 36

²⁸ Ove si fa riferimento, come ben noto, ai “contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi” e “ai contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

sociazioni sindacali ammesse alla “gestione condivisa” dei “livelli occupazionali”²⁹. Come altre volte si è verificato³⁰, tale omissione sembra voluta: il legislatore si limita a conferire a tutte le organizzazioni sindacali, comprese quelle di mestiere, la possibilità di sedere al tavolo negoziale, senza attribuire a nessuna di esse alcun diritto azionabile in giudizio nei confronti della controparte. Neppure si è scelto di scommettere sulle organizzazioni maggiormente (o comparativamente più) rappresentative, che, come è noto, di regola, sono da ritenere più adatte a trovare di volta in volta i giusti equilibri tra gli interessi in gioco sulla base di una valutazione di convenienza e di opportunità in vista del perseguimento della finalità di salvaguardia dell’occupazione; con il rischio che l’impresa, per assicurarsi un più ampio margine di autonomia nelle decisioni in materia occupazionale, potrebbe essere indotta a ricercare un accordo in deroga con un sindacato di comodo.

Ad ogni modo, dall’interpretazione della formula usata dalla norma in esame e dall’analisi del linguaggio adoperato dal legislatore si ricava anche un ulteriore argomento per escludere l’esistenza di un obbligo a trattare. Se l’esistenza di un obbligo a negoziare presuppone che la previsione volta ad introdurlo abbia realmente contenuto precettivo e non si limiti a formulare semplici auspici, introducendo impegni di carattere politico³¹, nel nostro caso, al contrario, si è in presenza di una formula estremamente generica: non si precisa quale debba essere l’oggetto degli “accordi sindacali”, né si chiarisce cosa debba intendersi per gestione condivisa dei “livelli occupazionali”. Certo, l’espressione utilizzata potrebbe evocare la codeterminazione/il potere di veto del sindacato sui licenziamenti o sulle scelte economiche ma è chiaro che non è questo il modello di partecipazione al quale fa riferimento il legislatore, tant’è che neppure nella “patria” della *Mitbestimmung* si arriva sino a questo punto se parliamo di scelte aziendali. Con ogni probabilità – prendendo spunto da una proposta del 2016 della CGIL – si è voluto riconoscere al sindacato una sorta di diritto al confronto con riguardo all’assunzione di decisioni inerenti alla riduzione o ampliamento del numero del personale

²⁹ SITZIA, DE LUCA, *Cosa si intende per ‘impegno a gestire i livelli occupazionali mediante accordi sindacali’ ai fini del ‘decreto liquidità (d.l. 23/2020)?*, in *Boll. Adapt*, 27 aprile 2020; cfr. anche PUTATURO DONATI, *Attualità dell’art. 36 dello Statuto nella legislazione emergenziale*, in RUSCIANO, GAETA, L. ZOPPOLI, *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Editoriale scientifica, 2020, p. 353 e ss.

³⁰ ZOLI, *op. cit.*, p. 38.

³¹ ZOLI, *op. cit.*, p. 47.

occupato, al fine di trovare – mediante il raggiungimento di un accordo sindacale – un contemperamento tra le esigenze di sostegno economico e le finalità di tutela dell’occupazione. L’idea è che la concessione della garanzia statale del prestito possa essere scambiata con un impegno dell’impresa a mantenere un certo numero di lavoratori per un certo periodo temporale e, in ogni caso, ad assumere decisioni partecipate in caso di licenziamenti o riassunzioni. Non è chiaro però in che modo si possa realizzare un siffatto equilibrio tra gli interessi coinvolti. La normativa, pur facendo riferimento al termine “livelli occupazionali”, non individua criteri oggettivi per valutare la congruità della contropartita e finisce per demandare alle parti del contratto una libertà pressoché illimitata di definire la posta dello scambio più adeguata alle specificità del caso concreto. Per questa ragione, la portata del vincolo introdotto si stempera notevolmente.

Più opportuna sarebbe stata la fissazione di un parametro numerico per determinare i livelli occupazionali da garantire e la definizione di un arco temporale da considerare per confrontare il prima e il dopo, con riferimento al dato quantitativo, del numero di dipendenti, verosimilmente solo subordinati, in essere³². Del resto, così accade con altri istituti. Emblematica, ancora una volta, è la nuova disciplina del *Codice della crisi d’impresa*, che ammette il concordato preventivo in regime di continuità indiretta (con trasferimento di azienda successivo all’apertura del concordato stesso) ex art. 84, c. 2 lett. solo a condizione che la prosecuzione dell’attività si accompagni ad una garanzia dell’occupazione: secondo tale normativa è necessario che sia “previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad *almeno la metà della media* di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall’omologazione” (ma già nell’amministrazione straordinaria si prevedeva che l’acquirente dovesse mantenere per almeno un biennio i livelli occupazionali stabiliti all’atto della vendita: art. 62.2 d.lgs. 270/99). L’assenza nel nostro caso di analoghi parametri numerici non pare rimediabile con la possibilità di ricavare altri criteri in via interpretativa, specie a fronte di una formula in sé assai generica là dove il legislatore si limita a prevedere che il finanziamento sia funzionale “a sostenere costi del personale” oltre che “investimenti” [lett. n) dell’art. 1, comma 2, del Decreto].

³² SITZIA, DE LUCA, *Cosa si intende per ‘impegno a gestire i livelli occupazionali mediante accordi sindacali’*, cit.

4. *L'attualità di una proposta per un intervento di sostegno di natura legale volto ad istituzionalizzare la spinta verso la partecipazione*

Chiarita la portata della norma emergenziale esaminata, conviene a questo punto concludere con uno spunto di riflessione più generale. L'intervento normativo in esame, pur con le sue criticità e lacune, dovute certamente anche ad una cattiva formulazione del testo, si lascia certamente apprezzare per la filosofia che lo anima ed il modello a cui si ispira. La norma, pur rimanendo attestata essenzialmente sulla tradizionale e illusoria partecipazione "contrattuale", sembra rievocare modelli e prassi ispirati da una visione cooperativa e destinati a produrre decisioni formalmente riferibili ad entrambe le parti (*co-gestione*), riproponendo gli equivoci e le distinzioni che da sempre accompagnano il dibattito sul tema³³.

Negli ultimi anni tuttavia si è aperta una nuova fase che si è contraddistinta per un affinamento del lessico ed uno slittamento nell'ispirazione e negli indirizzi di fondo³⁴: se in passato la partecipazione alla gestione era associata all'idea di una democrazia industriale (nei luoghi di lavoro) ed era concepita con l'unico intento (di matrice rivendicativa) di rafforzare il peso dei lavoratori nel processo produttivo, oggi, essa, pur non perdendo questo tratto originario (che spesso si ripresenta però con contorni meno nitidi), assume a proprio fondamento una "logica binaria di mutuo beneficio": e infatti, anche se si volge lo sguardo alle esperienze internazionali di maggior successo, si osserva chiaramente che la partecipazione è considerata ormai sempre più strategica per realizzare una condivisione di obiettivi tra gli attori dell'impresa nella direzione di una maggiore competitività dell'impresa. Del resto, anche nel nostro paese, nell'ultimo decennio hanno preso corpo, su impulso della contrattazione collettiva, esperienze esemplari di partecipazione che investono tanto l'ambito organizzativo quanto la *governance* delle imprese³⁵, e che hanno ugual-

³³ ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in *DLM*, 2014, p. 295; D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *RGL*, 1992, I, p. 1; ZOLI, *op. cit.*, p. 175.

³⁴ Cfr. CARRIERI, *Un lessico e un'agenda per la partecipazione*, 10 gennaio 2019, reperibile in <https://www.ildiariodellavoro.it/>.

³⁵ Sia consentito sul punto il rinvio a SANTAGATA DE CASTRO, *Statuto, trasformazioni organizzative e partecipazione nell'impresa*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Editoriale scientifica, 2020, p. 295 ss., spec. p. 298 e ss.

mente innescato processi virtuosi proprio in considerazione della presenza di un interesse comune degli attori alla base. Le sfide generate dalla crisi dei mercati finanziari avevano suggerito un ripensamento della cultura sindacale italiana nella consapevolezza che il coinvolgimento dei lavoratori costituisca “la chiave per raggiungere tanto obiettivi di miglioramento del lavoro che quelli tipicamente associati al potenziamento delle performance dell’azienda su vari piani”³⁶.

Una evoluzione in questo senso è da tempo invocata nel dibattito sugli scopi dell’impresa societaria. Come rileva efficacemente un autorevole studioso del diritto commerciale³⁷, il “mito, il tranquillizzante ancoraggio dello *shareholder value*, bussola fondamentale dell’impresa, vacilla in un campo magnetico a larga inversione che impone di rivedere radicalmente lo scopo della grande impresa azionaria e punta la bussola sull’universo, forse la nebulosa, degli *stakeholders*. In un singolare gioco di specchi, la richiesta di partecipazione alla gestione (...) viene (suscitando inquietanti interrogativi sulle reali finalità perseguite) proprio dai loro tradizionali (o ritenuti tali) antagonisti: i CEO delle grandi imprese”. Persino negli Stati Uniti la concezione tradizionale e più rigorosa dello *shareholder value* è posta in discussione, ed emergono recentemente voci autorevoli, che, seppure con prudenza, auspicano un approccio più improntato ad un pluralismo di interessi³⁸. Con le trasformazioni in atto nel tessuto economico e sociale, oggi, più che mai, si fa dunque strada un nuovo modo di concepire il rapporto dei lavoratori con l’impresa e, in particolare, l’idea che, per poter affrontare le crisi economiche e le ristrutturazioni aziendali, sia necessario affiancare alla contrattazione collettiva tradizionale strumenti di regolazione più sofisticati e meno antagonisti.

Già prima della pandemia si erano registrate alcune significative novità negli orientamenti strategici degli attori in gioco, e in particolare gli attori collettivi avevano colto l’occasione per rilanciare il tema in esame. Il documento unitario di Cgil, Cisl e Uil del 14 gennaio 2016 e in seguito l’Accordo interconfederale in materia di riforma della struttura contrattuale, sottoscritto nel marzo 2018, da Confindustria e Confederazioni sindacali avevano segnato un importante punto di svolta giacché in tale occasione le parti sociali ave-

³⁶ CARRIERI, *Un lessico e un’agenda per la partecipazione*, cit.

³⁷ Cfr. l’Editoriale di MARCHETTI, in *RSoc*, 2020, p. 349 ss

³⁸ Sull’evoluzione del dibattito politico-legislativo concernente gli scopi dell’impresa societaria cfr. HOPT, VEIL, *op. cit.*, in *RSoc*, 2020, p. 921.

vano ribadito il ruolo decisivo che la partecipazione può rivestire, nella sua duplice declinazione (partecipazione organizzativa e societaria), per rendere più equo e competitivo il nostro apparato produttivo³⁹.

Tuttavia, come emerge dal confronto con le esperienze europee, nel nostro Paese ad un atteggiamento più (pro-)attivo e di maggiore convergenza delle parti sociali non ha corrisposto sinora una risposta adeguata da parte delle istituzioni pubbliche e, in particolare dello Stato. Sebbene in passato il nostro legislatore abbia introdotto alcune misure di agevolazione fiscale volte a premiare le imprese che istituiscono per via contrattuale meccanismi di coinvolgimento organizzativo dei dipendenti (cfr. per es. la l. n. 208/2015, art. 1, commi 182-189), un intervento legislativo ad ampio raggio resta di cruciale importanza per promuovere meccanismi istituzionali di partecipazione⁴⁰. Occorre dunque chiedersi se le trasformazioni del contesto dovute alla pandemia possano creare un terreno più propizio per ipotizzare una generalizzazione delle prassi partecipative. Certo è che non si tratta di scelte facilmente realizzabili: e infatti, prima ancora di occuparsi del versante della partecipazione, si pone tuttora la necessità di sciogliere alcuni grandi nodi del nostro sistema di relazioni industriali, che, attualmente, ancora non riconosce a tutti i lavoratori il diritto a una rappresen-

³⁹ Cfr. sul valore simbolico dell'accordo le riflessioni di CARRIERI, *Come andare oltre la partecipazione intermittente*, in *DLRI*, 2019, p. 413. Più in generale BORDOGNA, *L'accordo Confindustria-Cgil, Cisl, Uil del 9 marzo 2018: almeno tre importanti novità e qualche incertezza applicativa*, in www.ildiariodellavoro.it, 2 ottobre 2018; DI NOIA, *Sul "ritrovato" dinamismo del sistema di relazioni industriali: rappresentatività e assetti contrattuali dopo l'accordo interconfederale 28 febbraio 2018*, in *DLRI*, 2018, n. 4, pp. 1260 ss.

⁴⁰ La l. n. 208/2015, in tema di *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, all'art. 1, co. 182-189, individua espressamente il contratto collettivo decentrato quale vettore di misure partecipative e prevede incentivi fiscali per i premi di produttività e per il welfare aziendale. Il legislatore, anziché promuovere la partecipazione dei lavoratori alle decisioni strategiche, subordina la possibilità di usufruire delle agevolazioni economiche all'adozione di un modello partecipativo meno ambizioso, che si sostanzia in una «partecipazione all'organizzazione del lavoro», anche tramite un coinvolgimento paritetico. Con ogni probabilità, il legislatore guarda al modello delle cooperative là dove si è sviluppata una prassi consolidata di gruppi di partecipazione all'organizzazione del lavoro, ai quali prendono parte sia soci che non soci, con il compito di proporre innovazioni nell'organizzazione della produzione, miglioramenti nella sicurezza e nell'ergonomia, circolazione delle migliori pratiche tra le diverse unità produttive. Cfr. RICCIARDI, PERO, *La partecipazione organizzativa dei lavoratori nelle aziende cooperative*, in www.mitbestimmung.it, 2 luglio 2018; BRUGNOLI, CUSA, GUALACCINI, MERZONI, SCALVINI, *L'impresa cooperativa, un modello di partecipazione in AA.Vv., Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, il Mulino, 2021, in corso di pubblicazione.

tanza sindacale effettivamente rappresentativa⁴¹, né definisce con chiarezza il ruolo del livello aziendale nel sistema di contrattazione collettiva; un profilo, questo, strettamente legato al tema in esame giacché la presenza di meccanismi istituzionali di partecipazione richiede un adattamento della struttura contrattuale.

L'impressione è tuttavia che nella fase attuale potrebbe aprirsi uno scenario più favorevole per simili interventi. Va senz'altro rimarcata la maggiore rilevanza (quantitativa) dell'intervento pubblico. Già prima della pandemia si erano da più parti evidenziati i limiti di un modello di capitalismo deregolato di fronte alle sfide poste dalla crescita delle diseguaglianze, dalla globalizzazione e dalla tecnologia. L'agenda "progressista" prospettata da importanti economisti⁴² prevede che l'azione collettiva ed il Governo svolgano un ruolo centrale (anche) per promuovere la giustizia sociale e rendere più equa la distribuzione dei redditi di mercato. L'idea di fondo è quella di riscrivere ancora una volta le regole, per fare in modo che l'economia si ponga meglio al servizio degli interessi della collettività. E ciò, tenendo conto che le iniquità si creano proprio durante il processo di generazione dei redditi, come accade, ad esempio, laddove un amministratore delegato sfrutti le carenze del sistema di controllo societario per autoretribuirsi con stipendi esorbitanti, prosciugando risorse altrimenti disponibili per remunerare i lavoratori.

Queste proposte si rivelano particolarmente attuali nel contesto della drammatica esperienza della pandemia da Covid-19, che ha toccato, in misura diversa, tutto il mondo produttivo e ha approfondito ulteriormente le fratture

⁴¹ Occorre ricordare che le rsu per certi versi rispecchiano il "canale unico" di rappresentanza e, comunque, trovando la propria regolamentazione in un accordo interconfederale, sono destinate a convivere con le rsa. Cfr. per es. da ultimo DELFINO, *L'art. 19 dello Statuto dalla rappresentatività "presunta" a quella "incerta". E la rappresentanza "effettiva"?*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto*, cit., p. 267 ss. spec. p. 283.

⁴² Cfr. STIGLITZ, *Popolo, potere e profitto. Un capitalismo progressista in un'epoca di malcontento*, Einaudi, 2020, spec. pp. 202-204, il quale pone anche l'accento sull'importante ruolo svolto dalle imprese cooperative in molti settori in diverse parti degli USA (pp. 249-250), rilevando come durante la crisi, le cooperative e le imprese con maggiore partecipazione dei lavoratori al processo decisionale e alla proprietà hanno ottenuto risultati migliori". Sui pericoli legati all'aumento delle diseguaglianze socioeconomiche cfr. anche PIKETTY (*Capitale e ideologia*, La nave di Teseo, 2020) il quale parla invece di un socialismo partecipativo e ipotizza un sistema giuridico e fiscale che dovrebbe andare oltre il modello capitalistico istituendo, tra l'altro una "vera proprietà sociale del capitale grazie a una maggiore condivisione del potere nelle imprese".

sociali preesistenti, e in particolare il *gap* tra garantiti e non. Per fare in modo che la ripresa economica si traduca in coesione sociale la risposta del legislatore, del regolatore, dovrebbe essere volta a realizzare una ricomposizione solidaristica degli interessi fra i lavoratori. Come avvenuto in altri momenti di crisi, si potrebbero dischiudere nuovi scenari e nuove opportunità. La norma emergenziale, esaminata in precedenza, assume una portata modesta: l'impressione è che si sia fatto “molto rumore per nulla” e che in fin dei conti si sia trattato soltanto di un tentativo piuttosto goffo per rafforzare il ruolo dei soggetti collettivi nella gestione di alcuni processi decisionali nell'impresa in crisi. Cionondimeno, il progetto enunciato dall'articolo 46 Cost. può ancora essere rivitalizzato se incontra una chiara sponda politico-istituzionale. Sarebbe senz'altro auspicabile – come abbiamo anche sostenuto altrove – un intervento normativo ad ampio spettro volto a favorire un vasto coinvolgimento dei lavoratori nella *governance* delle imprese, eventualmente anche attraverso l'acquisizione di una piccola parte delle azioni della società nella quale lavorano. Simili idee cominciano a suscitare interesse persino in alcune realtà ordinamentali, come quella del Regno Unito e degli Usa, per tradizione estranee al modello partecipativo tipico dei Paesi dell'Europa continentale⁴³.

In Italia, dove, viceversa, le esperienze centrate sulla sola autonomia delle parti, non sono mai decollate, se non in casi particolari, il legislatore, a maggior ragione, potrebbe cogliere l'occasione per scrollarsi di dosso gli schemi del passato, e incamminarsi sulla strada di una possibile ritraduzione nel nostro sistema del modello partecipativo nella versione forte. Un intervento di sostegno di natura legale volto ad istituzionalizzare la spinta verso la partecipazione nasce anzitutto dall'esigenza di preservare l'efficacia e l'effettività della norma legale⁴⁴, per cui non sembra affatto anacronistico rispolverare alcune proposte formulate in passato⁴⁵. Come si è visto, anche il movimento

⁴³ PIKETTY, *op. cit.*, p. 572 ss.; SANTAGATA DE CASTRO, *Statuto, trasformazioni organizzative*, cit.

⁴⁴ DUKES, STREECK, *Labour Constitutions and Occupational Communities: Social Norms and Legal Norms at Work*, in *Journal of Law and Society*, 2020, pp. 612-638, i quali affermano che “*legal rules made without the participation of workers on the ground may be rejected as impractical or useless not just by employers bent on minimizing the influence and the range of social regulation but also by the providers of labour power themselves*”.

⁴⁵ Per esempio si veda il progetto formulato qualche anno fa dai giuristi riuniti attorno alla rivista *Diritti Lavori Mercati*. Per un'analisi delle proposte presentate in materia cfr. GOTTARDI, *La partecipazione dei lavoratori*, in AA.VV., *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione: tre*

sindacale italiano mostra una maggiore sensibilità sul punto, guardando con favore l'introduzione di una più forte e robusta cornice legislativa per promuovere nelle imprese di una certa consistenza la costituzione di organismi con poteri *lato sensu* partecipativi⁴⁶. Forti resistenze incontra invece l'opzione a favore di un modello a doppio canale, in quanto si continua a ritenere che in un ordinamento come quello italiano il *single channel* sia un elemento imprescindibile. Tuttavia, proprio una simile opzione potrebbe scongiurare le strozzature istituzionali che deriverebbero dall'applicazione dello schema della co-regolazione, al quale, almeno apparentemente, sembra strizzare l'occhio il legislatore nella norma emergenziale esaminata. Non è questa la sede per approfondire un discorso così complesso. Tuttavia, va rimarcato che in un contesto come quello attuale – nel quale la norma legale viene costantemente posta sotto pressione anche a causa dell'emersione di nuovi modelli di organizzazione del lavoro e di nuove tipologie contrattuali – la partecipazione, senza dover fungere da surrogato della contrattazione e dell'azione sindacale, potrebbe costituire un importante canale procedurale integrativo di rappresentanza di interessi⁴⁷; il suo innesto potrebbe contribuire a preser-

proposte a confronto, Ediesse, 2016, pp. 116–117; L. ZOPPOLI, SANTAGATA, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese e l'azionariato su base collettiva*, in CARRIERI, NEROZZI, TREU (a cura di), *op. cit.*, p. 299 ss.

⁴⁶ Come fa notare giustamente Mimmo CARRIERI (*Un lessico e un'agenda per la partecipazione*, cit.) “i sindacati non sono ostili alle dinamiche partecipative, ma vengono generalmente trainati dalla componente imprenditoriale e manageriale che ne definisce il *frame* principale. Questo appare in effetto il nodo su cui insistere: il ruolo di regia, che abbiamo richiamato, richiederebbe un apporto più costruttivo e pro-attivo dei sindacati e dei loro terminali nei luoghi di lavoro. Per farlo forse le tre Confederazioni avrebbero bisogno di non muoversi a tutto campo, ma piuttosto di operare in modo selettivo nel favorire alcune opzioni e pratiche specifiche”.

⁴⁷ Sulla necessità di riconoscere l'esistenza di “*occupational communities*” e delle norme sociali che da esse promanano cfr. ancora DUKES, STREECK, (*Labour Constitutions*, cit.) secondo cui “The study of occupational communities and the labour constitutions within which they are nested can serve to refocus law's gaze on working life and on relations between co-workers as sources of normativity – as sites of ‘incipient law’, to recall Selznick's term. (...) Social bonds among workers in the same occupation or workplace produce and sustain strong and enduring beliefs regarding fairness and justice at work. Recognizing the existence of occupational communities and the social norms that they engender is indispensable for scholars of labour law as it helps to ground their work in the factual and normative realities for which they have to provide formal rules. It is also essential for intermediary organizations like trade unions, which depend for their revitalization on being able to organize local norms among and claims by workers into a broader collective interest to be brought to bear in negotiations with employers and governments”.

vare la funzione che il diritto del lavoro assolve in una società capitalista e, a certe condizioni, essere adeguatamente metabolizzato anche in un sistema di relazioni industriali come il nostro. È chiaro che un approdo del genere richiede un mutamento di paradigma, anzitutto culturale, e che dunque la valorizzazione di un simile percorso resta pur sempre legata alla disponibilità del sindacato a superare una posizione di rigida conservazione dell'esistente e alla sua capacità di creare un efficace raccordo tra l'azione negoziale, il conflitto e forme di azione collettiva più innovative.

Abstract

Il contributo si sofferma su una speciale previsione adottata dal legislatore durante la pandemia (d.l. 23/2020, all'art. 1, par. 2 lett. l), che subordina la concessione della garanzia statale di un prestito alla condizione che l'impresa si assuma l'impegno a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali". L'A. si interroga sulla natura giuridica della clausola in esame associata al prestito e si domanda se essa (o una tecnica analoga) possa costituire uno strumento adeguato per attuare il principio costituzionale (art. 46) basato sulla cooperazione tra capitale e lavoro.

The article focuses on the special provision (Article 1, par. 2, letter l), Law Decree 8 April 2020, No. 23) adopted by the legislator during the pandemic to allow an employee involvement in the management of the occupational levels when the company benefits from the State loan. The a. considers whether, and if so, to what extent it is possible to recognise a real workers' participation scheme in decision making. The Author draws inspiration from this provision for evaluating, in the last part of the paper, the potential development of employee participation in Italy.

Keywords

Diritto del lavoro, pandemia, crisi di impresa, prestito statale, partecipazione dei lavoratori.

Labour law, pandemic, business crisis, State loan, employee involvement.

notizie sugli autori

Edoardo Ales

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Parthenope di Napoli

Arianna Avondola

Associata di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Paola Bozzao

Associata di Diritto del lavoro, Università di Roma La Sapienza

Vania Brino

Associata di Diritto del lavoro, Università Ca' Foscari di Venezia

Marina Brollo

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Udine – Presidente AIDLASS

Rosa Casillo

Associata di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Massimiliano Delfino

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Lucia D’Arcangelo

Associata di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Madia D’Onghia

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Foggia

Marco Esposito

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Parthenope di Napoli

Umberto Gargiulo

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Magna Graecia di Catanzaro

Vincenzo Luciani

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Salerno

Pasquale Monda

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Matteo Maria Mutarelli

Ricamatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Gaetano Natullo

Ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi del Sannio - Benevento

Valeria Nuzzo

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università della Campania "L. Vanvitelli"

Paolo Pascucci

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo

Federico Maria Putaturo Donati

Associato di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Giulio Quadri

Associato di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Maura Ranieri

Associata di Diritto del lavoro, Università Magna Graecia di Catanzaro

Giancarlo Ricci

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Catania

Raffaello Santagata De Castro

Associato di Diritto del lavoro, Università della Campania "L. Vanvitelli"

Paola Saracini

Associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi del Sannio - Benevento

Sandro Staiano

Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II

Laura Tebano

Associata di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Lucia Venditti

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Antonello Zoppoli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Lorenzo Zoppoli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di settembre 2021
dalla Grafica Elettronica (Na)