

Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica

Contributo sulla nuova questione sociale

a cura di

**Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi,
Valeria Fili, Francesco Seghezzi**

Volume I

Covid-19 e rapporto di lavoro

a cura di

Valeria Fili

ADAPT
LABOUR STUDIES
e-Book series
n. 89

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

DIREZIONE

Domenico Garofalo (*direttore responsabile*)

COMITATO SCIENTIFICO

Marina Brollo

Laura Calafà

Guido Canavesi

Paola M.T. Caputi Jambrenghi

Daniela Caterino

Marco Esposito

Valeria Fili

Enrico Gagnoli

Paolo Gubitta

Vito Sandro Leccese

Valerio Maio

Enrica Morlicchio

Alberto Pizzoferrato

Simonetta Renga

Michele Tiraboschi

Anna Trojsi

Lucia Valente

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Laura Magni (*coordinatore di redazione*)

Maddalena Magni

Pietro Manzella (*revisore linguistico*)

ADAPT University Press

via Garibaldi, 7 – 24122 Bergamo

indirizzo internet [ADAPT University Press](http://ADAPT.University.Press)

indirizzo e-mail: aup@adapt.it

I volumi pubblicati nella presente collana sono oggetto di *double blind peer review*, secondo un procedimento standard concordato dalla Direzione della collana con il Comitato scientifico e con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica

Contributo sulla nuova questione sociale

a cura di

**Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi,
Valeria Fili, Francesco Seghezzi**

Volume I

Covid-19 e rapporto di lavoro

a cura di

Valeria Fili

Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica

Contributo sulla nuova questione sociale

Volume I. Covid-19 e rapporto di lavoro

a cura di Valeria Fili

ISBN 978-88-31940-40-5 - Pubblicato il 18 dicembre 2020

Volume II. Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni

a cura di Domenico Garofalo

ISBN 978-88-31940-41-2 - Pubblicato il 30 dicembre 2020

Volume III. Covid-19 e sostegno al reddito

a cura di Domenico Garofalo

ISBN 978-88-31940-42-9 - Pubblicato il 30 dicembre 2020

Volume IV. Scuola, università e formazione a distanza

a cura di Michele Tiraboschi, Francesco Seghezzi

ISBN 978-88-31940-43-6 - Pubblicato il 18 dicembre 2020

Volume V. Le sfide per le relazioni industriali

a cura di Michele Tiraboschi, Francesco Seghezzi

ISBN 978-88-31940-44-3 - Pubblicato il 18 dicembre 2020

Un nuovo corso per la Collana ADAPT Labour Studies e-Book Series

di Michele Tiraboschi, Domenico Garofalo

Abbiamo tutti discusso a lungo, in questo anno difficile e tormentato, se la pandemia ci avrebbe cambiati e, soprattutto, se ci avrebbe cambiati in meglio. Presto lo scopriremo, una volta recuperate le nostre abitudini se non anche le certezze di un tempo, e forse capiremo che, al fondo di tutto, sono le nostre scelte, più che fattori esterni per quanto traumatici e imprevisi, a fare la vera differenza nelle nostre vite private, come negli spazi pubblici e professionali che coltiviamo per dare spessore, felicità e senso alle nostre precarie esistenze.

Quella di cui vogliamo parlarvi oggi, con questo editoriale a doppia firma, è, a ben vedere, una scelta che proprio la pandemia ha innescato e reso possibile. E così, in un primo tempo, è nata l'idea di una ricerca sulla tenuta del nostro diritto del lavoro e della sicurezza sociale di fronte alla dura prova dell'emergenza sanitaria. Subito dopo, si è manifestato il desiderio e anche il bisogno che questa ricerca non rimanesse confinata ai tempi e alle logiche delle classiche pubblicazioni accademiche, buone per i nostri curricula e percorsi professionali, ma, sempre nel rispetto di un rigoroso *standard* scientifico, scorresse liberamente nel *web* per raggiungere operatori e pratici, parti sociali, uomini e donne d'azienda, sindacalisti, consulenti del lavoro con qualche idea progettuale e una ineliminabile istanza di razionalizzazione dell'imponente materiale normativo che ordinamento statale e ordinamento intersindacale hanno incessantemente prodotto nel corso di un intero anno di emergenza sanitaria.

Un desiderio e un bisogno esistenziale che alla fine hanno alimentato e consolidato, lungo un intero anno di lavoro e continui confronti al nostro interno, un sentimento di stima e di fiducia reciproca fra quattro gruppi di ricerca (Bergamo, Modena, Taranto e Udine), che pur con indubbi tratti distintivi per impostazione culturale e origine accademica, si sono ritrovati attorno a una comune idea di ricerca quale contributo libero e accessibile alla costruzione di un mondo del lavoro migliore di quello che le macerie della pandemia ci stanno consegnando. Siamo fermamente convinti che la comunità scientifica possa e debba superare alcuni steccati tradizionali assumendosi al contempo l'onere di riorientare il diritto del lavoro del futuro prossimo nella realtà applicativa (della consulenza del lavoro come delle relazioni industriali), onde fornire le coordinate valoriali e normative indispensabili per affrontare la nuova questione sociale in cui siamo già totalmente immersi.

La Collana *ADAPT Labour Studies e-Book Series* si era probabilmente già mossa in questa direzione al tempo della sua fondazione accettando per prima la sfida dell'*open access* e di un progetto editoriale inteso non come mera pubblicazione scientifica quanto come una vera e propria piattaforma di apprendimento reciproco dove teoria e pratica si fondono (o cercano di farlo) in un discorso unitario, animato dalla spinta a incidere non solo sul dibattito pubblico ma anche nella costruzione dei nuovi ambienti di lavoro. Lo aveva fatto, però, con un eccesso di “entusiasmo giovanile” se non di vera e propria “anarchia creativa”, se così possiamo chiamarla, come mostrano i contributi sin qui pubblicati che sfiorano il centinaio e che alternano tentativi di valorizzare giovani studiosi e studiose alle prime esperienze a discussioni e vere e proprie proposte progettuali che sono state capaci di incidere sul dibattito politico e sindacale relativo alle tematiche del lavoro e anche su alcuni processi normativi sia di matrice legale sia a livello contrattuale e di dinamiche intersindacali. E tuttavia qualcosa ancora mancava a questa esperienza per collocarsi – o quantomeno aspirare a collocarsi – su un piano più appropriato per far dialogare e intrecciare teoria e pratica, come anche esegesi e progettazione normativa lungo binari più corretti perché autorevoli, credibili e soprattutto condivisi da un gruppo congruo di colleghe e colleghi.

La pubblicazione in cinque volumi della ricerca che abbiamo curato su «Solidarietà e sostenibilità: il diritto del lavoro e della sicurezza sociale alla prova della pandemia da Covid-19» ci è parsa dunque l'occasione giusta per una scelta che, in continuità col passato ma senza troppo pensare a “oneri e onori”, ha portato come sbocco naturale, per quanto non cercato o pianificato, a un cambio nella direzione della Collana e alla aggregazione, dentro un «comitato scientifico», di un gruppo interdisciplinare di studiosi e studiose autorevoli che si fanno garanti di questo ambizioso progetto culturale che, per essere credibile fino in fondo, non poteva essere lasciato nella mani di una sola persona, per quanto accompagnata da un gruppo generoso e vibrante di giovani ed entusiasti collaboratori. La scelta è dunque, dal lato di chi esce ora dalla direzione, quella di voler far compiere il necessario salto di qualità ed esperienza alla Collana che ha fondato, e, dal lato di chi subentra, quella di mettere a disposizione la sua esperienza e la sua determinazione in modo costruttivo e fiducioso, con l'obiettivo di contribuire a far crescere e pungolare una generazione di studiosi e studiose che vorremmo definire “nuova” non solo per un dato anagrafico, ma anche e soprattutto per la loro capacità di leggere con occhi diversi – seppur nel rigoroso rispetto della tradizione – le grandi trasformazioni che stiamo vivendo nel mondo del lavoro e che esigono una innovativa razionalità giuridica su cui siamo pronti a dare il nostro contributo.

Per centrare questo ambizioso obiettivo si è ritenuto di valorizzare la vocazione giuridica della Collana ma senza abbandonare l'interdisciplinarietà, declinata non solo quale confronto tra le varie branche del diritto ma anche quale apertura alla sociologia e all'organizzazione del lavoro. Il neo-costituito «Comitato scientifico» è composto da studiosi e studiose che per età e provenienza di scuola garantiscono una proficua e stimolante combinazione di esperienze, sincretismo indispensabile per centrare gli obiettivi che la Collana si prefigge. Per il “referaggio cieco” si è optato per la individuazione volta per volta di esperti ed esperte della materia in ragione del prodotto da valutare. Immutata resta la modalità editoriale *open access* che costituisce una cifra

caratterizzante della Collana onde renderla fruibile gratuitamente al maggior numero possibile di lettori e lettrici, nella convinzione che specie oggi, alla luce dell'attuale situazione economica, anche questo sia un tangibile segno di propensione alla sostenibilità e alla circolazione delle idee.

Michele Tiraboschi, Domenico Garofalo

PIANO DELL'OPERA

Un nuovo corso per la Collana ADAPT Labour Studies e-Book Series *di Michele Tiraboschi, Domenico Garofalo*

Solidarietà e sostenibilità: il diritto del lavoro e della sicurezza sociale alla prova della pandemia da Covid-19 *di Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì e Francesco Seghezzi*

Volume I. COVID-19 E RAPPORTO DI LAVORO

a cura di Valeria Filì

Il tormentato bilanciamento tra diritti durante la pandemia nel prisma del rapporto di lavoro *di Valeria Filì*

Sezione I. **La tutela della salute e il bilanciamento con gli altri diritti**

I servizi essenziali nel prisma dell'epidemia da Covid-19 *di Alessio Caracciolo*

Lavorare durante l'emergenza: misure, premi e dispositivi di protezione *di Francesca Nardelli*

Lavorare durante l'emergenza in violazione delle prescrizioni: le responsabilità datoriali *di Gianluca Picco*

L'apparato sanzionatorio della legislazione emergenziale di prevenzione e contrasto al Covid-19 *di Gianluca Picco*

Il periodo di sorveglianza attiva: tra malattia e congedo straordinario *di Stefano Rossi*

Covid-19 e tutela degli operatori sanitari *di Francesco Perchinunno*

L'infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro *di Luca Mannarelli*

Il credito di imposta per favorire le misure di contenimento del virus SARS-CoV-2 *di Carmela Garofalo*

Sistema di allerta Covid-19: diritti della persona e contrasto tecnologico all'epidemia *di Laura Tafaro*

I riflessi della normativa anti-Covid-19 sulla tutela della privacy *di Emanuele Dagnino*

Sezione II.
Lavoro agile, congedi e permessi

- Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica *di Marina Brollo*
- Il congedo parentale straordinario per i lavoratori subordinati pubblici e privati *di Giuseppe Antonio Recchia*
- Il congedo parentale per i lavoratori non subordinati *di Nicola Deleonardis*
- I permessi per i sindaci *di Gianluigi Pezzini*
- Il bonus baby-sitter *di Gianluigi Pezzini*
- L'estensione della durata dei permessi retribuiti *ex art. 33, l. n. 104/1992*, e gli altri istituti di supporto dell'assistenza ai disabili in condizione di gravità *di Vincenzo Lamona*

Volume II.
**COVID-19 E SOSTEGNO ALLE IMPRESE
E ALLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

a cura di Domenico Garofalo

Sezione I.
Il pubblico impiego nell'emergenza

- Il reclutamento emergenziale del personale sanitario nella (e oltre la) emergenza pandemica *di Anna Zilli*
- Il trattenimento in servizio del personale sanitario e l'esercizio temporaneo delle professioni sanitarie in deroga alle norme in materia di riconoscimento dei titoli conseguiti all'estero *di Madia Rita Favia*
- Le sorti delle procedure concorsuali *di Francesca Chietera*

Sezione II.
**Sospensione dei licenziamenti,
proroghe dei termini e norme processuali**

- I licenziamenti economici "impossibili" dal Secondo Dopoguerra al Covid-19 *di Federica Stammera*
- Gli effetti dell'emergenza epidemiologica sui termini in materia di lavoro, previdenza e fisco *di Alessandro Ventura*
- Emergenza epidemiologica e processo civile *di Giovanna Ficarella*
- Emergenza epidemiologica e processo penale *di Elisabetta Sartor*
- Emergenza epidemiologica e processo amministrativo *di M.T. Paola Caputi Jambrenghi*

Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza *di M.T. Paola Caputi Jambrenghi*

Liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi in relazione all'emergenza Covid-19 *di M.T. Paola Caputi Jambrenghi*

Emergenza epidemiologica e processo contabile *di Luca Tegas*

Sezione III.

Il sostegno alle imprese

Covid-19 e diritto commerciale: misure emergenziali, provvedimenti strutturali e ricostruzione della visione dell'impresa in tempo di pandemia *di Daniela Caterino*

Il contratto di rete con causale di solidarietà: una norma inutile o meramente promozionale? *di Domenico Garofalo*

Il sostegno al settore agricolo sul versante occupazionale *di Stefano Caffio*

Il sostegno alle imprese e all'economia nella seconda ondata pandemica: il contributo a fondo perduto per le partite Iva *di Domenico Garofalo*

Gli incentivi all'occupazione "difensivi" nell'emergenza epidemiologica *di Domenico Garofalo*

Volume III.

COVID-19 E SOSTEGNO AL REDDITO

a cura di Domenico Garofalo

La disoccupazione da pandemia: come passare dall'assistenzialismo di Stato ad una nuova politica per l'occupazione *di Domenico Garofalo*

Sezione I.

Ammortizzatori sociali tra deroghe e novità

Sospensione dell'attività e mora credendi *di Caterina Mazzanti*

Emergenza epidemiologica e strumenti di sostegno al reddito: la cassa integrazione guadagni con causale "Covid-19" *di Claudia Carchio*

Il Fondo di integrazione salariale e di solidarietà bilaterale al tempo del Covid-19: una conferma dei limiti dell'intervento bilaterale *di Stefano Rossi*

L'ondata epidemica e i trasporti marittimi: l'intervento del Fondo Solimare *di Enrico Claudio Schiavone*

Lo stress test dell'emergenza Covid-19 e il sistema della bilateralità: il caso Fsba *di Enrico Claudio Schiavone*

Fondo di solidarietà volo e CIGS per crisi settore aereo *di Michele Calabria*

Ammortizzatori sociali in deroga e Covid-19: un'“analisi in deroga” *di Domenico Garofalo*

La galassia delle “indennità Covid-19” per “specifiche” categorie di lavoratori: spunti per il ripensamento del modello di protezione sociale del lavoro “discontinuo” *di Stefano Caffio*

Il (mancato) sostegno al reddito per i dirigenti e per i lavoratori domestici: tra l'iniziale esclusione e un parziale ravvedimento *di Stefano Caffio*

I lavoratori autonomi durante l'emergenza epidemiologica Covid-19 *di Carmela Garofalo*

L'incumulabilità e l'incompatibilità tra le indennità Covid-19 *di Carmela Garofalo*

La sospensione delle misure di condizionalità *di Lucia Valente*

La copertura finanziaria degli ammortizzatori sociali e delle misure di contrasto alla povertà tra solidarietà, assistenza e ordine pubblico (rinvio) *di Domenico Garofalo*

Sezione II.

Le misure di contrasto della povertà

Il contrasto alle povertà ai tempi del Covid-19: Reddito di cittadinanza e di emergenza *di Domenico Garofalo*

L'istituzione del Fondo per il Reddito di ultima istanza a favore dei lavoratori danneggiati dal Covid-19 *di Domenico Garofalo*

La copertura finanziaria degli ammortizzatori sociali e delle misure di contrasto alla povertà tra solidarietà, assistenza e ordine pubblico *di Domenico Garofalo*

Volume IV.

SCUOLA, UNIVERSITÀ E FORMAZIONE A DISTANZA

a cura di Michele Tiraboschi e Francesco Seghezzi

Scuola e Università: le sfide della didattica a distanza e del lavoro agile *di Lilli Casano*

Il sostegno didattico agli studenti con disabilità durante l'emergenza Covid-19: il tradimento della funzione inclusiva della scuola *di Emmanuele Massagli*

Il “principio di unità” di apprendistato e tirocini alla prova dell'emergenza Covid-19 *di Emmanuele Massagli*

La formazione continua e i fondi interprofessionali *di Lilli Casano*

Le problematiche della FAD nel sistema della formazione finanziata *di Giovanni Galvan*

La formazione dei professionisti *di Lilli Casano*

Il Fondo per la formazione personale delle casalinghe *di Giovanni Pigliararmi*

LE SFIDE PER LE RELAZIONI INDUSTRIALI

a cura di Michele Tiraboschi e Francesco Seghezzi

L'emergenza sanitaria da Covid-19 tra codici ATECO e sistemi di relazioni industriali: una questione di metodo *di Michele Tiraboschi*

La comunicazione politica e istituzionale nella gestione della emergenza da Covid-19: una prospettiva di relazioni industriali *di Francesco Nespoli*

Codici ATECO e chiusura delle attività produttive non essenziali: prima analisi degli impatti sulla struttura del mercato del lavoro *di Francesco Seghezzi*

Il sistema delle fonti alla prova della emergenza sanitaria: una prospettiva giuslavoristica e di relazioni industriali *di Emanuele Dagnino*

Autonomia collettiva e ammortizzatori sociali per il Covid-19 *di Giovanni Pighialarmi, Silvia Spattini, Francesco Lombardo, Giacomo Nascetti e Andrea Zoppo*

Ruolo della contrattazione collettiva nel ricorso al welfare aziendale per fronteggiare le conseguenze dell'emergenza Covid-19 *di Michele Dalla Sega e Silvia Spattini*

Covid-19: le problematiche di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro tra protocolli condivisi e accordi aziendali *di Giada Benincasa e Michele Tiraboschi*

Misure di contrasto al Covid-19, contrattazione collettiva e tutela della privacy *di Valerio Marini*

Volume I.
COVID-19 E RAPPORTO DI LAVORO

a cura di Valeria Fili

INDICE

Solidarietà e sostenibilità: il diritto del lavoro e della sicurezza sociale alla prova della pandemia da Covid-19 <i>di Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Fili e Francesco Seghezzi</i>	XV
---	----

Il tormentato bilanciamento tra diritti durante la pandemia nel prisma del rapporto di lavoro <i>di Valeria Fili</i>	1
--	---

Sezione I.

**La tutela della salute
e il bilanciamento con gli altri diritti**

I servizi essenziali nel prisma dell'epidemia da Covid-19 <i>di Alessio Caracciolo</i>	9
Lavorare durante l'emergenza: misure, premi e dispositivi di protezione <i>di Francesca Nardelli</i>	26
Lavorare durante l'emergenza in violazione delle prescrizioni: le responsabilità datoriali <i>di Gianluca Picco</i>	50
L'apparato sanzionatorio della legislazione emergenziale di prevenzione e contrasto al Covid-19 <i>di Gianluca Picco</i>	66
Il periodo di sorveglianza attiva: tra malattia e congedo straordinario <i>di Stefano Rossi</i>	78
Covid-19 e tutela degli operatori sanitari <i>di Francesco Perchinunno</i>	98
L'infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro <i>di Luca Mannarelli</i>	112
Il credito di imposta per favorire le misure di contenimento del virus SARS-CoV-2 <i>di Carmela Garofalo</i>	123

Indice

Sistema di allerta Covid-19: diritti della persona e contrasto tecnologico all'epidemia <i>di Laura Tafaro</i>	133
I riflessi della normativa anti-Covid-19 sulla tutela della privacy <i>di Emanuele Dagnino</i>	156

Sezione II.

Lavoro agile, congedi e permessi

Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica <i>di Marina Brollo</i>	167
Il congedo parentale straordinario per i lavoratori subordinati pubblici e privati <i>di Giuseppe Antonio Recchia</i>	209
Il congedo parentale per i lavoratori non subordinati <i>di Nicola Deleonardis</i>	230
I permessi per i sindaci <i>di Gianluigi Pezzini</i>	244
Il bonus baby-sitter <i>di Gianluigi Pezzini</i>	249
L'estensione della durata dei permessi retribuiti ex art. 33, l. n. 104/1992, e gli altri istituti di supporto dell'assistenza ai disabili in condizione di gravità <i>di Vincenzo Lamona</i>	261
<i>Notizie sugli autori</i>	318

Solidarietà e sostenibilità: il diritto del lavoro e della sicurezza sociale alla prova della pandemia da Covid-19

*di Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi,
Valeria Filì e Francesco Seghezzi*

Sommario: 1. Sostenibilità e solidarietà: il nuovo diritto del lavoro e della sicurezza sociale *post* Covid-19. – 2. Un secondo “Piano Marshall”. – 3. Il *welfare* al tempo del Covid-19 e oltre. – 4. Le ricadute della pandemia sul sistema di istruzione e formazione. – 5. Tra razionalità economica e razionalità giuridica: il diritto delle relazioni industriali. – 6. Qualche considerazione conclusiva. – 7. Una nota metodologica e un ringraziamento.

1. Sostenibilità e solidarietà: il nuovo diritto del lavoro e della previdenza sociale *post* Covid-19

Non è chiaro allo stato se, passata la pandemia, le macerie del tessuto socio-economico italiano che essa sta provocando consentiranno ai giuslavoristi l'utilizzazione, secondo i canoni tradizionali, della consueta “cassetta degli attrezzi”, rappresentata dai principi costituzionali di cui agli artt. 3, 4, 32, 35, 38, 39 e 41 Cost. È verosimile che sarà necessaria ed inevitabile una loro nuova declinazione ⁽¹⁾.

Da più parti si invita a guardare al futuro “inforcando lenti nuove” che consentano di ricercare nuovi paradigmi valoriali, conciliando gli interessi in campo, sovente confliggenti. Del resto proprio nei periodi di transizione si sviluppano spesso idee e proposte, basti pensare al *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile* di Bruno Caruso, Riccardo Del Punta e Tiziano Treu, che non si limita all'analisi della frenetica produzione normativa ai tempi del Covid-19, preoccupandosi di ipotizzare scenari *post* pandemici e di delineare eventuali strumenti da mettere in campo per affrontarli ⁽²⁾. Analoga iniziativa da menzionare, in piena pandemia, è poi quella del manifesto *Democratizing Work*, con primi firmatari, Thomas Piketty, Julie Battilana, James K. Galbraith, Benjamin Sachs Dominique Méda, Saskia Sassen che ha coinvolto oltre 3.000 accademici e ricercatori e più di 650 università del mondo.

⁽¹⁾ In tal senso si veda D. GAROFALO, *La dottrina giuslavoristica alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *LG*, 2020, pp. 429 ss.; si veda anche A. PERULLI, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e valorizzazione del lavoro dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, pp. 455 ss., che auspica «in prospettiva, oltre la contingenza (l'adozione di) politiche che invertano la tendenza al ribasso da tempo avviata dalla globalizzazione neo-liberista e dalla concorrenza sfrenata tra sistemi economici e sociali».

⁽²⁾ Cfr. B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in <http://csdle.lex.unict.it/>, 20 maggio 2020.

Uno dei valori fondamentali su cui fervida è la riflessione scientifica, soprattutto delle nuove generazioni di studiosi che sono più aperte ad esercizi interdisciplinari, è quello della sostenibilità, assunto a nuovo paradigma epistemologico, soprattutto nel caso di conflitto tra interessi economici e sociali, per la sua ontologica capacità mediatrice ⁽³⁾. Di per sé, la sostenibilità esprime bisogni di carattere intergenerazionale e si riflette su settori estremamente eterogenei. Nato dall'esigenza di mediazione tra sviluppo economico e tutela dell'ambiente (secondo la nota locuzione della eco-sostenibilità), il concetto ha finito per impattare sulla qualità dello sviluppo sociale nella prospettiva di garantire qualità della vita non solo per le generazioni attuali, ma anche e soprattutto per quelle future ⁽⁴⁾.

Ed è al futuro che bisogna volgere lo sguardo, facendo tesoro di quanto appreso durante l'eccezionale crisi che stiamo attraversando ⁽⁵⁾. Il bisogno di prospettiva che da più parti si avverte non può che passare attraverso un approccio al tempo stesso concreto e solidaristico ⁽⁶⁾. In questa direzione appaiono rilevanti sia il c.d. *Recovery Fund* battezzato dalla Commissione europea *Next generation EU*, e che, come preannunciato dal Presidente del Consiglio, sarà al centro della prossima legge di bilancio, sia il "SURE", lo Strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (regolamento (UE) 2020/672) ⁽⁷⁾; entrambi questi strumenti costituiscono una risposta eurounitaria concreta e solidaristica alla pandemia traducendosi in un vero e proprio investimento sul futuro comune ⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Sul tema si veda D. GAROFALO, P. PARDOLESI, A. RINALDI (a cura di), *Il simposio dei dottorandi sul tema dello sviluppo sostenibile*, DJSGE, 2020.

⁽⁴⁾ Si veda M. PEDRAZZOLI, *Crisi economica da pandemia e costituzione economica e del lavoro: il caso dell'art. 46 Cost.*, in *Labor*, 2020, p. 503, secondo il quale «l'aggettivo "sostenibile" o il sostantivo "sostenibilità" [...] nell'antropocene sono la reazione al disagio collettivo (senso di colpa) per il declino irreversibile del pianeta e richiamano la necessità di frenarlo (o di invertirne la rotta) opponendovi una nuova misura o mentalità che poggi su un agire completamente diverso».

⁽⁵⁾ Sul punto appaiono fondamentali le considerazioni contenute nella comunicazione della Commissione europea recante un *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19* del 19 marzo 2020, secondo cui «l'epidemia di COVID-19 diffusa in tutti gli Stati membri dell'Unione non solo costituisce una grave emergenza sanitaria per i cittadini e le società, ma assesta anche un durissimo colpo alle economie del mondo e dell'Unione e una risposta economica coordinata degli Stati membri e delle istituzioni dell'UE è fondamentale per attenuare tali ripercussioni negative sull'economia dell'UE. L'impatto sull'economia avviene attraverso diversi canali; c'è uno shock dell'offerta dovuto alla perturbazione delle catene di approvvigionamento, uno shock della domanda determinato da una minore domanda da parte dei consumatori, l'effetto negativo dell'incertezza sui piani di investimento e l'impatto dei problemi di liquidità per le imprese». In dottrina, sull'unicità della crisi economica derivante dall'emergenza pandemica si veda T. TREU, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, in *DRI*, 2020, pp. 235 ss., spec. pp. 245 ss. *Adde* M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, pp. 489 ss., che effettua un'interessante comparazione rispetto ad altre importanti crisi del passato.

⁽⁶⁾ «La solidarietà che ormai tutti riscoprono va cercata con lo scrupolo individuale di fruire di quel di cui si ha diritto e di non abusare né dare un'idea di abusare», così M. MISCIONE, *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *LG*, 2020, p. 323. Sul bisogno di programmi economici comuni a livello europeo per meglio rispondere all'emergenza Covid-19 si veda T. TREU, *op. cit.*, pp. 251 ss.

⁽⁷⁾ In termini attuativi del regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020, si vedano gli artt. 36 e 265, d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020.

⁽⁸⁾ Il bisogno, se non addirittura la necessità, di una azione coordinata a livello internazionale, emerge anche nel report socio-economico dell'ONU sul Covid-19 (*Shared responsibility, global solidarity: responding to the socio-economic impacts of Covid-19*, marzo 2020).

2. Un secondo “Piano Marshall”

Il fiume di risorse economiche che sta per affluire in Italia dall’Unione Europea e quelle che comunque il Governo aveva già messo in conto di impiegare, sbloccando i numerosi lavori pubblici fermi e quelli ancora da avviare, costituisce una occasione unica per il “Sistema Paese” di rimettersi in moto, fronteggiando la caduta a picco del Pil, con tutto quello che ne consegue.

A ben guardare, però, queste risorse fanno gola anche alle mafie, aduse ad immettere ingenti risorse nel sistema imprenditoriale, così da poterle riciclare e reinvestire. La capacità delle consorterie criminali di comprendere in modo dinamico l’andamento dell’economia si abbina alla flessibilità, al verticismo e alla velocità dei loro processi decisionali di investimento, tutto all’opposto di quanto normalmente avviene nelle pubbliche amministrazioni, con il rischio che “arrivino prima loro” (!). Come è stato chiaramente evidenziato dal Ministro dell’Interno nella relazione al Parlamento sulla attività svolta e i risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia (Dia): la pandemia «può rappresentare un’ulteriore opportunità di espansione dell’economia criminale»⁽⁹⁾.

In un contesto economico fragile e disomogeneo come quello nazionale, caratterizzato da un Pil già fermo a ridosso dell’emergenza pandemica e in caduta libera per effetto di quest’ultima, le risorse europee potrebbero assumere lo stesso ruolo avuto dal Piano Marshall all’indomani della seconda guerra mondiale, specie in considerazione delle sacche di povertà e di disagio sociale già esistenti nel Mezzogiorno e nelle periferie depresse delle grandi aree metropolitane.

Ecco quindi che una gestione efficace, efficiente e trasparente delle risorse europee diventa fondamentale non solo per far ripartire il sistema, ma anche per restituire credibilità alle Istituzioni pubbliche, la cui azione di “contenimento sociale” non è apparsa sempre in grado di assicurare alle famiglie l’indispensabile e tempestiva liquidità per mettere “il piatto in tavola”⁽¹⁰⁾, senza mai dimenticare che tutti i ritardi e le inefficienze dello Stato e degli altri livelli di governo territoriale alimentano il potenziale bacino di utenza delle consorterie criminali in grado di porsi «come *welfare* alternativo»⁽¹¹⁾, mezzo di sostentamento e punto di riferimento sia per le famiglie collocate ai margini della società o che vi stanno scivolando sia per i titolari di attività commerciali di piccole-medie dimensioni che non riescono a galleggiare, anche a causa della solita indifferenza (e diffidenza) del sistema bancario italiano.

Le restrizioni alle libertà e ai diritti fondamentali imposte dal Governo, quale strategia di contenimento conseguente alla c.d. seconda ondata dell’epidemia, hanno fatto scoppiare vivaci manifestazioni di piazza in varie zone del Belpaese ed è scontato che alla sincera disperazione di molti si mescoli la strategia delle mafie di fomentare episodi di disordine e violenza urbana per intercettare il disagio economico e trasformarlo, a proprio uso e consumo, in vera e propria protesta sociale⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Relazione del Ministro dell’Interno al Parlamento, [Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia](#), luglio-dicembre 2019.

⁽¹⁰⁾ Paradigmatica sul punto è la vicenda del crash del sistema informatico dell’Inps in occasione del *click day* relativo alle indennità Covid-19, registratosi il 1° aprile 2020.

⁽¹¹⁾ Così, letteralmente, si legge nella [Relazione del Ministro dell’Interno al Parlamento](#), cit.

⁽¹²⁾ [Ivi](#), § 2, *Speciale Covid*, spec. p. 19.

L'azione dello Stato dovrà quindi essere duplice, in una sorta di manovra a tenaglia in cui, da un lato, vi dovrà essere il controllo dei territori, specie quelli più degradati, per garantire la presenza effettiva delle istituzioni e della legalità, reprimendo ogni deriva criminale, dall'altro, si dovrà procedere con una cospicua iniezione di risorse nel tessuto sociale ed economico del Paese, abbandonando il più rapidamente possibile la deriva assistenzialistica che connota l'azione governativa in atto a vantaggio di un secondo "Piano Marshall".

3. Il *welfare* al tempo del Covid-19 e oltre

Gli strumenti messi in campo dal Governo per far fronte all'emergenza pandemica, a partire da febbraio 2020, sono vari ed articolati (forse troppo) ⁽¹³⁾, con un ruolo di primo piano per quelli di sostegno al reddito in costanza di rapporto, ma anche a prescindere da esso.

Costante nella decretazione emergenziale è stato il ricorso a Cigo e Cig in deroga, indennità *una tantum* e nuovi o riadattati trattamenti di sostegno al reddito, finanziati dalla fiscalità generale, secondo un modello di solidarietà intergenerazionale fin troppo noto al nostro "sistema Paese", quello del "*deficit spending*". Il *pendant* di questo intervento è stato il blocco dei licenziamenti c.d. economici, in atto dai primi mesi della pandemia e successivamente prorogato con la c.d. seconda ondata del virus, sfuggito a censure di incostituzionalità proprio grazie ai coevi interventi di sostegno al reddito dei lavoratori sospesi dal lavoro.

Per quanto il Governo abbia parlato di cassa integrazione "gratuita" per le imprese, nell'accompagnare la proroga del divieto di licenziamento economico, stiamo, evidentemente, pagando la sostenibilità attuale e futura del nostro sistema sociale con politiche di spesa pubblica che appesantiranno un debito pubblico già imponente, aggravando la condizione delle generazioni future, quelle che più hanno sin qui pagato il costo della emergenza sanitaria in termini occupazionali, che come noto risulta già complicata da politiche analoghe poste in essere dai Governi nei decenni trascorsi pur in assenza di pandemia sanitaria, ma in presenza di errate scelte di politica economica. Peraltro, i meccanismi selettivi di distribuzione delle risorse sollevano sempre problemi di equo bilanciamento dei valori in gioco e di adeguata protezione dei lavoratori senza reddito o a reddito ridotto.

⁽¹³⁾ Sulla eccessiva frammentazione degli strumenti di sostegno al reddito con causale Covid-19, ritenendo che «forse avrebbe potuto essere fatta una scelta più semplice, cioè quella di prevedere un ammortizzatore sociale unico, dedicato all'emergenza da Covid-19, e dunque che trattasse allo stesso modo grandi imprese e piccolissimi datori di lavoro», R. DEL PUNTA, *CIG per sempre? Sui dispositivi di sostegno al reddito nella pandemia da coronavirus*, in *Labor*, 2020, p. 401; in argomento si veda R. PESSI, *Le categorie contrattuali ai tempi del Covid-19*, ivi, p. 420, che auspica l'introduzione di un sistema universalistico di tutele; del pari, A. PERULLI, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e valorizzazione del lavoro dopo la pandemia*, ivi, p. 460, che evidenzia altresì come l'emergenza «possa quindi svolgere un ruolo di acceleratore di processi da tempo dormienti per dotare il nostro paese di un vero e proprio sistema gestionale delle transizioni occupazionali e di tutela del reddito dei lavoratori, con l'istituzione di una cassa semplificata Covid che duri fino al termine dell'emergenza e, in seguito, una riforma che segua i tre principi guida della semplificazione procedurale, dell'unificazione delle varie forme di cassa integrazione e dell'ampliamento dell'estensione a tipologie e settori attualmente scoperti».

Non si può certo immaginare di rendere strutturale un sistema pensato per sopravvivere durante l'emergenza, ma non si può nemmeno ignorare la lezione che da quest'ultima è derivata.

Gli scenari apocalittici adombrati da certa dottrina⁽¹⁴⁾, quale effetto del venir meno del blocco dei licenziamenti, previsto dall'art. 46, d.l. n. 18/2020 e successive modificazioni⁽¹⁵⁾, e del robusto apparato di ammortizzatori Covid-19⁽¹⁶⁾ vanno sostituiti con una progettualità positiva che pensi alle giovani generazioni e quindi con una prospettiva di lungo periodo.

Formazione e incentivi all'assunzione sono gli unici strumenti in grado di fronteggiare le continue trasformazioni del sistema produttivo⁽¹⁷⁾, espellendo senza tentennamento alcuno chi pretende assistenza senza idonea contropartita in termini di investimento e di apporto lavorativo, se necessario mettendo mano ai riferimenti costituzionali (artt. 4 e 41 Cost.). Per altro verso, si pone il problema delle risorse da reperire per ripensare e ristrutturare in modo equo e sostenibile il *welfare*, avendo cura di non tralasciare le questioni inter-generazionali, il profilo "familiistico"⁽¹⁸⁾ e la prospettiva di genere, essenziali per non avviare con il piede sbagliato un progetto che, viceversa, dovrebbe guardare e andare lontano e che oggi più che mai cammina sulle gambe delle donne giovani, senza le quali la decrescita demografica del nostro Paese diventerà inarrestabile.

In questa logica, oltre a ripensare il ruolo delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva rispetto allo storico nodo della produttività, un intervento ineliminabile dovrà riguardare le rendite parassitarie in funzione di una complessiva revisione del sistema di imposizione fiscale, che investa anche, e soprattutto, sulla lotta all'evasione fiscale, vera piaga in un sistema di prelievo tributario che si rivela iniquo proprio perché sostenuto sempre e solo dai soliti contribuenti, fenomeno socio-economico questo che si manifesta indirettamente in tutta la sua portata in relazione ai contributi a fondo perduto alle partite Iva ed alle imprese maggiormente funestate dalla crisi da Covid-19, previsti dalla legislazione emergenziale d'autunno ed ovviamente agganciati alle differenze di fatturato rispetto al periodo comparato, "penalizzando" proprio gli operatori economici adusi a questo genere di pratica.

E così, in una spasmodica ricerca di risorse, si ripropone, come un *mantra*, il dilemma "patrimoniale sì, patrimoniale no", sebbene questo sollevi le preoccupazioni "dei soliti", cioè di quelle categorie che maggiormente hanno beneficiato di rendite economiche di posizione, magari provenienti da attività ad alta redditività e basso apporto di lavoro, ovvero individuare forme di prelievo tributario sugli operatori economici

(14) A. PILEGGI, *Una riflessione sul diritto del lavoro alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, LPO, pp. 1 ss., spec. p. 5; lascia spazio all'immaginazione, invece, C. CESTER, *Emergenza epidemiologica e corresponsabilità nel rapporto di lavoro*, in *Labor*, 2020, pp. 469 ss., spec. pp. 427-473.

(15) Ma sul punto si veda anche l'art. 14, d.l. n. 104/2020.

(16) Sull'intrinseco legame tra i blocco dei licenziamenti e ammortizzatori sociali si veda A. MARESCA, *Il Diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 8, p. VII.

(17) Si veda B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *op. cit.*, spec. p. 62.

(18) Sul contributo della famiglia alle politiche di welfare, specie in relazione al *caregiving*, cfr. V. LAMONACA, *L'estensione della durata dei permessi retribuiti ex art. 33, l. n. 104/1992, e gli altri istituti di supporto dell'assistenza ai disabili in condizione di gravità*, nel volume I, sez. II, di quest'opera.

che paradossalmente si sono arricchiti in modo esponenziale proprio grazie alla pandemia, si pensi ai giganti dell'*e-commerce* o della *web economy* ⁽¹⁹⁾.

Un ragionamento sull'introduzione di una tassa patrimoniale di scopo (ad esempio per migliorare il sistema scolastico o quello sanitario) prima o poi dovrà essere avviato in nome di una giustizia redistributiva che riequilibri diseguaglianze e precarietà e ponga rimedio ad un conflitto di classe che ormai vede contrapposti non più padroni e lavoratori, ma chi vive di lavoro e i parassiti, non dimenticando che anche all'interno della prima categoria si annidano forme di "parassitismo organizzativo" che proliferano grazie ad una legislazione iper-protettiva, sovente insiegabile ⁽²⁰⁾, ovvero a modalità di dubbia funzionalità del lavoro agile ⁽²¹⁾.

Il Covid-19 ha disvelato forze e debolezze del tessuto umano e sociale, rinvenendosi tracce delle prime, ad esempio, nella capacità di medici, infermieri e operatori sanitari di immolarsi per spirito di servizio, e delle seconde nelle pretese di sussidi "a prescindere" da un concreto stato di bisogno o negli "*smart workers*" scomparsi dai radar.

4. Le ricadute della pandemia sul sistema di istruzione e formazione

Le misure adottate per arginare la diffusione della pandemia hanno avuto effetti disruptivi sul sistema educativo e formativo. Dapprima, con la sospensione di tutte le attività formative in presenza e l'attivazione della didattica a distanza "emergenziale", poi, con le discusse riaperture e l'istituzionalizzazione della *didattica digitale integrata*, è emerso in tutta la sua evidenza il dilemma regolativo della pandemia che si esprime nel difficile bilanciamento tra libertà fondamentali e diritti costituzionali – nel caso specifico il diritto all'istruzione – e il diritto alla salute.

Nuovi equilibri si sono via configurati con l'evolvere dell'epidemia e dei suoi effetti e nei perimetri dei diversi territori, livelli e settori del sistema educativo e formativo, che hanno puntualmente fatto emergere esclusioni e disuguaglianze lungo traiettorie ben note: tanto dal lato degli studenti e delle famiglie, che si sono trovate costrette a condividere le responsabilità dell'attore pubblico relative alla organizzazione ed al funzionamento dei servizi educativi; quanto dal lato dei lavoratori dei comparti istruzione, formazione e ricerca, che si sono trovati a fronteggiare rischi in parte inediti, non solo connessi alla sicurezza, ma più in generale alla esecuzione della prestazione lavorativa con l'irrompere della didattica digitale e la sua difficile integrazione negli schemi giuridici del lavoro, in particolare, dei docenti.

⁽¹⁹⁾ Sul punto clamoroso è il caso *Amazon* di cui dà conto il 31 luglio 2020 il sito *Milano Finanza*, secondo cui il fatturato del colosso di Jeff Bezos è cresciuto del 40% rispetto allo stesso periodo dello scorso anno, arrivando a quota 88,9 miliardi di dollari, nettamente al di sopra delle stime degli analisti ferme a 81,4 miliardi. L'utile è raddoppiato raggiungendo un livello record di 5,2 miliardi di dollari, frantumando le previsioni del consenso, evidenziandosi come l'azienda resti sempre in forte attivo, nonostante abbia speso 4 miliardi di dollari in costi legati alla pandemia da Covid-19 (si veda [Amazon batte le stime, utili e fatturato record nel trimestre](#), in *Milano Finanza*, 31 luglio 2020).

⁽²⁰⁾ Basti pensare alla possibilità offerta ai pubblici dipendenti di essere dispensati dal servizio *ex art.* 87, comma 6, d.l. n. 18/2020, senza alcuna decurtazione stipendiale, diversamente da quanto accade nel privato, nel caso di collocazione in Cassa integrazione guadagni.

⁽²¹⁾ Non a caso M. BROLLO, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, pp. 507 ss., *passim*, parla di «ricorso patologico allo smart working».

Particolarmente colpita è stata, evidentemente, l'area dello svantaggio educativo, storicamente presidiata in modo insufficiente dal legislatore, con risorse e strumenti ancora non adeguati e che sono stati severamente stressati dall'emergenza, che sembra altresì aver messo in secondo piano il tema della inclusione, oggi più che mai meritevole di attenzione di fronte ai rischi connessi all'isolamento sociale e all'applicazione estensiva della didattica a distanza.

La pandemia ha, in effetti, gettato improvvisamente luce sulle criticità che connotano ogni segmento del sistema di istruzione e formazione.

Ha destabilizzato i (già) fragili equilibri del sistema dell'alternanza formativa, così cruciale per l'inclusione lavorativa dei nostri giovani, con particolare riferimento ai tre diversi dispositivi dell'alternanza scuola-lavoro, dei tirocini e dell'apprendistato, che sono stati sostanzialmente svuotati con il venir meno di quel "principio di unità" tra teoria e pratica che dovrebbe connotarli. Ma ha fatto emergere, altresì, in tutta la loro evidenza le falle del sistema della formazione degli adulti e dei lavoratori. I CPIA sono stati di fatto "lasciati indietro", confermando la storica disattenzione al tema della qualità e della efficienza del sistema di educazione degli adulti. Non meno evidenti sono le criticità del sistema della formazione continua, sul piano della *governance* e delle capacità strategiche necessarie per reagire tempestivamente alle sfide poste dalla pandemia. Nuove linee di disuguaglianza sono infine emerse nel mondo dei professionisti che ha registrato, a fronte di interventi più o meno uniformi (nel segno della sburocratizzazione e della digitalizzazione) riguardanti la formazione per le professioni regolamentate, una assenza di provvedimenti nell'area delle professioni non regolamentate, molte delle quali severamente colpite dalla crisi.

5. Tra razionalità economica e razionalità giuridica: il diritto delle relazioni industriali

In questo contesto, e in prospettiva nei mesi che ci aspettano per una auspicabile quanto incerta ripresa, non si possono però lasciare sullo sfondo gli enormi sforzi che i sistemi settoriali e territoriali di relazioni industriali hanno fatto nel corso dei mesi più duri del *lockdown*. Le migliaia di protocolli aziendali anti-contagio che hanno fatto seguito al protocollo del 14 marzo sottoscritto dalle parti sociali insieme al Governo sono stata la dimostrazione di una vitalità degli attori del sistema di relazioni industriali che potranno avere un ruolo sia nella fase più difficile della crisi economica in corso, come già accaduto durante la grande recessione post 2008, sia nella traduzione settoriale e locale degli strumenti economico-finanziari messi in atto.

Non si può ignorare come la contrapposizione tra beni/valori di rango costituzionale come la "salute", l'"impresa" e il "lavoro" sia stata, nel dibattito che ha accompagnato la decisione di utilizzare i codici Ateco per individuare settori essenziali e non, ancora una volta stata rappresentata e condotta attraverso il filtro di una razionalità economica unilaterale. Questo tanto in termini di critica (lato imprese) che di rovesciamento (lato sindacati e parte della politica) che non ha consentito di comprendere pienamente, nella ricerca delle soluzioni normative e nella sistematizzazione dottrinale che le accompagna, non solo la portata reale dei problemi, ma anche la ricchezza della dimensione giuridico-istituzionale che scaturisce dalla costante interazione tra i gruppi di interesse contrapposti nella soluzione dei sempre più gravi problemi del lavoro che,

come detto, si intersecano oggi con tematiche che fuoriescono dai confini dell'impresa e del mercato del lavoro (ambiente e demografia su tutte). Finendo così col trascurare nella gestione politica delle problematiche lavoristiche e occupazionali connesse alla emergenza sanitaria le risposte sistemiche fornite, anche in termini di produzione normativa, dagli attori delle relazioni industriali.

Le conseguenze sono presto dette: l'unilateralità dei criteri decisionali genera eterogeneità dei fini. E questo si traduce in una ulteriore penalizzazione di fasce di lavoratori (temporanei, giovani, dei servizi a basso valore aggiunto ma a forte componente relazionale) che già prima della emergenza erano profondamente svantaggiate.

Un monito per le fasi che ci aspettano e che non può che coinvolgere anche la dimensione di comunicazione politica e istituzionale che ha accompagnato la gestione della emergenza. Dimensione che incide sempre di più nel processo concertativo diventando finanche una sua fase specifica attraverso il coordinato utilizzo dei media nell'anticipare i provvedimenti e nel captare le reazioni degli "utenti". In questo contesto gli attori sindacali e datoriali hanno mostrato una distanza tra le rivendicazioni nazionali e la prassi settoriale e territoriale messa in atto. Distanza che depone a vantaggio della concretezza e dell'efficienza delle seconde rispetto alla frammentazione e alla dialettica insolubile della prima. Tutti aspetti questi che suggeriscono come la complessità del mercato del lavoro contemporaneo, speculare a quella delle trasformazioni di natura tecnologica, demografica e ambientale, imponga una profonda riflessione in merito alla capacità di sistemi (e quindi norme) nazionali di governarla.

Non si tratta ora di concentrare il giudizio su quanto accaduto in mesi per i quali tutti riconoscono i caratteri di novità, imprevedibilità (sebbene dal punto di vista ambientale la pandemia fosse stata più volte annunciata) e contingenza. Si tratta piuttosto nel cogliere in quanto accaduto il compimento e la dimostrazione di quei segnali di disgregazione degli approcci nazionali e onnicomprensivi che potevano caratterizzare un modello del lavoro uniforme e standardizzato come quello della fabbrica fordista, ma che poco riescono a rappresentare la frammentazione di un mondo sempre più verticalizzato nelle specializzazioni e, a sua volta, sempre più succube del suo posizionamento in catene globali del valore mutevoli. Se una lezione ci consegna la crisi sanitaria da Covid-19 è infatti essenzialmente, almeno per noi giuslavoristi, una lezione di metodo. E cioè l'importanza dello studio del diritto che nasce dai sistemi di relazioni industriali – quello che abbiamo imparato a chiamare il "diritto delle relazioni industriali" – come base per progettare assetti giuridico-istituzionali adattabili e modelli di *welfare* legati alle dinamiche della produttività e della crescita e soprattutto coerenti con una geografia economica che, oggi, può essere pienamente compresa, anche in termini di razionalità giuridica, solo ripercorrendo le dinamiche delle catene globali del valore e delle relative filiere produttive e distributive ed entrando nelle logiche dei mercati transizionali del lavoro.

6. Qualche considerazione conclusiva

Se si condividono queste riflessioni, può convenirsi allora che l'accademia giuslavorista non può limitarsi solo a disquisire sull'art. 2087 c.c. o sull'efficacia dei protocolli siglati dal Governo con le Parti sociali o sulla responsabilità datoriale per contagio da SARS-CoV-2, ma per il ruolo istituzionale e culturale che riveste e per le competenze

di cui è portatrice, deve accollarsi l'onere di riorientare il diritto del lavoro del futuro prossimo onde fornire le coordinate valoriali e normative indispensabili per affrontare la nuova questione sociale in cui siamo già totalmente immersi ⁽²²⁾. Ed è questo quello che abbiamo cercato di fare in questa corposa opera collettanea, la cui elaborazione, iniziata con determinazione e ingente dispiego di giovani intelligenze già all'indomani delle prime disposizioni emergenziali, è stata particolarmente laboriosa e dispendiosa in termini di tempo e che, comunque, non vuole mettere in secondo piano il necessario sostegno a operatori economici e giuridici nella lettura e razionalizzazione della imponente legislazione emergenziale, vuoi quella più effimera e contingente, vuoi soprattutto quella destinata a condizionare la costruzione degli assetti futuri del nostro diritto del lavoro e della sicurezza sociale.

Quale la prospettiva? Preso atto che con il mero assistenzialismo non si va lontano, anzi non si va da nessuna parte, occorre un diritto del lavoro e della sicurezza sociale in grado di coniugare sostenibilità e solidarietà, col supporto della sussidiarietà nella sua duplice configurazione, verticale ed orizzontale, riscoprendo dopo anni opachi il contributo delle realtà locali e dell'autonomia collettiva.

In questa direzione va la presente ricerca se non nei risultati sicuramente nella impostazione.

7. Una nota metodologica e un ringraziamento

La "ponderosità" della ricerca (articolata in 5 volumi) suggerisce l'opportunità di una breve notazione metodologica, non sembrando sufficiente per giustificarla invocare l'analisi della normativa emergenziale sotto diverse angolazioni e il mero dato numerico dei saggi raccolti.

La scelta fatta dai curatori è quella della "autosufficienza" della ricerca, prendendo in prestito dal processo civile la condizione di ammissibilità dei ricorsi per cassazione, dichiarati inesorabilmente inammissibili ove non consentano al collegio di legittimità di valutare i motivi di censura senza attingere ad atti o documenti esterni al ricorso. Ebbene ciascuno dei 70 contributi ⁽²³⁾ non si limita a dare conto della normativa emergenziale analizzata dalla prospettiva prescelta, estendendo la riflessione, sia pure nei limiti consentiti dalle finalità della ricerca, al quadro normativo generale con il doppio fine di individuare, da un lato, le interrelazioni con la normativa emergenziale e, dall'altro lato, l'influenza che la seconda può esercitare sul primo una volta cessata la pandemia che l'ha generata.

Il rischio insito in tale metodo è quello delle ripetizioni rinvenibili nel confronto tra i vari saggi. Un rischio evidente, ma che ci pare di gran lunga compensato dalla comodità di consultazione degli stessi proprio per la loro caratteristica di "autosufficienza", almeno nelle intenzioni dei curatori/trici e nell'impegno degli Autori/trici. Autori e autrici che ringraziamo pubblicamente, al pari dei validi componenti della redazione di ADAPT University Press, per la pazienza e la passione con cui ci hanno seguito in

⁽²²⁾ Cfr. D. GAROFALO, *op. cit.*, pp. 429 ss., nonché C. ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, pp. 439 ss.

⁽²³⁾ Ciascun volume si compone dei seguenti contributi in termini numerici: volume I 17; II 16; III 16; IV 13; V 8.

questa impegnativa e faticosa iniziativa editoriale, che poteva diventare una sorta di tela di Penelope nell'attesa dell'ultimo aggiornamento legislativo, e che vogliamo ora condividere con tutti voi nella modalità più diretta e immediata che è quella dell'*open access*, con la convinzione che non ci sia per loro e anche per noi premio più grande per ripagare questa fatica della possibilità di essere letti da molte più persone di quanto le tradizionali pubblicazioni cartacee consentano. È questo insomma un nostro piccolo contributo per uscire tutti assieme e con un rinnovato spirito di solidarietà anche umana dalle profonde incertezze della pandemia e avviare quella necessaria riflessione sul futuro del diritto del lavoro e della sicurezza sociale che ci ha consentito di aggregare così tante forze e giovani energie attorno a un progetto così ambizioso.

*Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi,
Valeria Filì e Francesco Seghezzi*

Il tormentato bilanciamento tra diritti durante la pandemia nel prisma del rapporto di lavoro

di Valeria Filì

Come in un film catastrofico, tutto a un tratto, le popolazioni di vari territori e Stati ⁽¹⁾ sono state distolte dalla *routine* quotidiana e hanno toccato con mano la loro fragilità di fronte ad un nemico invisibile, subdolo e pericoloso per la salute e financo per la vita.

Il virus SARS-CoV-2 ha colpito *direttamente* i singoli, stante la sua elevata contagiosità, l'inesistenza di terapie specifiche e la severità dell'infezione respiratoria acuta che in alcuni pazienti causa una difficoltà respiratoria così grave da portare anche alla morte. Il virus ha, però, inciso *indirettamente* e pesantemente anche sulle dinamiche sociali, sulle regole democratiche, sui sistemi di *Welfare*.

Non ci dimenticheremo facilmente di questa pandemia, almeno noi che l'abbiamo vissuta, sia per i lutti e i traumi che essa ha provocato, sia per i cambiamenti che ha prodotto nelle abitudini quotidiane delle persone, e sia per la crisi economica in cui siamo immersi, con prospettive di ripresa molto ridotte nel breve periodo.

Per noi che continuano a vivere nel timore di un nuovo *lockdown*, la frattura tra un prima e un dopo è marcata, essendo aumentata la consapevolezza della precarietà esistenziale e dell'impotenza del genere umano di fronte a fenomeni della natura (poco importa se indotti dall'uomo oppure no) che non riusciamo a governare.

In questo contesto complesso e mutevole, la tutela dei diritti fondamentali, riguardata nella sua relatività e rifuggendo da atteggiamenti assolutistici (si veda *infra*), appare tanto importante quanto la preoccupazione di far sopravvivere, giorno dopo giorno, intere popolazioni indebolite dall'epidemia, affamate dalla decrescita e piene di rancore sociale nei confronti di chi non è stato toccato dalla catastrofe economica, anzi ne ha approfittato per rinsaldare rendite di posizione, come nel caso di quei dipendenti pubblici tenuti a casa nel *lockdown* a stipendio pieno che addirittura hanno reclamato il pagamento del buono pasto.

È chiaro che in un contesto di maggior disagio le situazioni di privilegio appaiono ancora più intollerabili ed è sotto gli occhi di tutti il fatto che questa emergenza ha acuito le dicotomie preesistenti nel mercato del lavoro, tra *insiders* (occupati) e *outsiders* (disoccupati), tra lavoratori assunti con un contratto a tempo indeterminato e quelli assunti con contratto a termine, tra lavoratori dipendenti di una impresa medio-grande

(1) Per una panoramica internazionale cfr. i numeri monografici dedicati all'emergenza Covid-19: *IL-LeJ*, 2020, vol. 13, n. 1S, [Covid-19 and Labour Law. A Global Review](#); in *European Labour Law Journal*, 2020, vol. 11, n. 3.

e lavoratori dipendenti di una piccola (o micro) impresa, tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi, tra dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni e dipendenti di privati datori di lavoro.

Le attuali diseguaglianze e la differente declinazione delle tutele fanno parte della tradizione giuslavoristica di questo Paese, cui nessuna riforma è riuscita a porre radicalmente rimedio, sebbene nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia* del 2001 ⁽²⁾ si partisse proprio dalla loro rilevazione per proporre delle soluzioni che superassero il tradizionale approccio regolatorio e fondassero un «moderno “Statuto dei lavori”».

A venti anni di distanza, ci rendiamo conto che molti dei problemi lamentati allora sono gli stessi di oggi, cui si aggiungono le criticità causate dalla odierna pandemia.

Le misure di contenimento del Covid-19, da un lato, hanno fatto emergere la cedevolezza di diversi diritti fondamentali rispetto al diritto alla salute, in quanto bene individuale e pubblico (vedi il botta e risposta tra Mattarella e Johnson) ⁽³⁾, dall'altro lato, hanno depresso la crescita economica e ulteriormente impoverito larghi strati della popolazione.

Come è stato già sottolineato ⁽⁴⁾, una nuova questione sociale si (im)pone all'attenzione di tutti, in particolar modo degli studiosi e degli attori politici ed economici, poiché le ricadute *indirette* della diffusione del Covid-19 sul tessuto economico e produttivo del Paese sono state tanto pesanti quanto quelle *dirette* che hanno travolto il Servizio Sanitario Nazionale, sebbene non in eguale misura in tutte le Regioni italiane. Il blocco di moltissime attività e servizi, la chiusura di scuole, università, uffici pubblici, le incertezze e i limiti sulle riaperture, hanno determinato la crescita esponenziale di nuove povertà, con cui tutti noi dovremo confrontarci nei prossimi anni per poter garantire i diritti fondamentali enunciati dalla nostra Carta costituzionale, non senza aver prima condiviso le priorità. Si pensi, ad esempio, al vivace dibattito di questi mesi sulla tutela della *privacy* rispetto all'ipotesi di un tracciamento digitale dei contatti (quando quotidianamente tramite i *social-network* e molte applicazioni, su *smartphone* e altri dispositivi elettronici, tutti noi diffondiamo più o meno inconsapevolmente i nostri dati personali a innumerevoli gestori), oppure alla *querelle* concernente la possibilità per il datore di lavoro di sottoporre i dipendenti ai test sierologici e ai tamponi per la diagnosi di infezione da SARS-CoV-2 ⁽⁵⁾.

Se è vero che il bene-salute costituisce il bene-presupposto per l'effettività di tutti gli altri diritti e libertà ed è l'unico che la nostra Costituzione definisce come “fondamentale”, è altrettanto vero che la Corte Costituzionale ha chiaramente statuito che nessun diritto fondamentale è protetto in termini assoluti dalla Costituzione, anzi, ognuno di questi diritti è soggetto a limiti per integrarsi con gli altri diritti e valori: «se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe

⁽²⁾ Il *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, pubblicato nell'ottobre 2001, è stato voluto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali ed è stato redatto da un gruppo di lavoro coordinato da Maurizio Sacconi e Marco Biagi.

⁽³⁾ Il 25 settembre 2020, rispondendo ad una battuta infelice del Premier inglese Boris Johnson, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ha dichiarato che «anche noi italiani amiamo la libertà, ma abbiamo a cuore pure la serietà».

⁽⁴⁾ M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *LG*, 2020, n. 4, pp. 321 ss.; V. FILLI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e nuova “questione sociale”*, ivi, pp. 332 ss.; D. GAROFALO, *La dottrina giuslavoristica alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, ivi, n. 5, pp. 429 ss.

⁽⁵⁾ [FAQ – Trattamento dei dati nel contesto lavorativo pubblico e privato nell'ambito dell'emergenza sanitaria.](#)

“tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. [...] La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (6).

In altre parole nessun diritto costituzionalizzato può considerarsi assoluto o preminente in modo indiscriminato rispetto agli altri, nemmeno il diritto alla salute, e ogni disposizione che comporta la compressione di un diritto costituzionalizzato deve valere alla maggior realizzazione di un altro interesse costituzionale, pena la sua irragionevolezza, censurabile da parte della Corte costituzionale (7).

Questo non significa che il legislatore non possa di volta in volta operare dei bilanciamenti (o sbilanciamenti), anzi, “impone” al decisore politico, *in primis* al Parlamento, di operare con chiarezza delle scelte, senza ambiguità e senza rinviare alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione o della Magistratura, tanto ci sarà sempre la Consulta a presidio dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Vale la pena ricordare che il Comitato Nazionale per la Bioetica (8) ha esortato affinché l’adozione di misure limitative di diritti fondamentali sia sempre rispondente ai criteri di proporzionalità, di efficacia e limitazione nel tempo, oltre che impugnabile avanti ad un giudice: «la proporzionalità richiama le autorità alla massima attenzione nella scelta delle misure, valutando i diversi livelli di invasività e controllandone le conseguenze, in specie gli effetti indesiderati. Anche la sopportabilità sociale delle misure deve essere tenuta in considerazione poiché [...] impattano in maniera differente su differenti gruppi sociali, accentuando le disuguaglianze»; si sono anche opportunamente ricordate «le tante dimensioni della salute e come la salute sia dipendente dalla possibilità di usufruire di una molteplicità di risorse, dirette e indirette: tra le quali, oltre a quelle di natura economica [...] va ricordata anche la presenza di una rete di affetti e di relazioni sociali, la cui assenza può influire negativamente sullo stato di salute delle persone mediante gli stati psicologici che attiva (depressione, ansia...). Le misure di contenimento hanno provocato nuove povertà e stati di profonda solitudine».

Il diritto alla salute, allora, non solo non può diventare un c.d. diritto tiranno ma implica *ex se*, per la sua compiuta realizzazione, una stretta interdipendenza con i diritti sociali e le libertà fondamentali, in un intreccio fitto che si sviluppa in modo circolare,

(6) C. cost. 9 maggio 2013, n. 85.

(7) *Amplius* M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

(8) Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica 28 maggio 2020, *COVID-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, in Bioetica.governo.it.

e solo un equo bilanciamento può impedire di scivolare nel paradosso per cui comprimendo eccessivamente gli altri diritti e libertà fondamentali in nome della tutela della salute, si finisce col danneggiarla.

In ogni caso, tanto il bilanciamento tra diritti quanto la ripartenza sono certamente nelle mani del decisore politico, anche se agli studiosi della materia spetta l'ineludibile compito di fornire il proprio contributo sperando che chi governa abbia voglia e capacità di tenerne conto.

Gli individui da una società solidale ed efficiente traggono vantaggio, ma troppo spesso si dimenticano che una tale società va costruita ogni giorno, pezzo dopo pezzo, contribuendo alla solidarietà e all'efficienza del sistema, non solo prendendo e pretendendo da esso.

L'aumento delle diseguaglianze e della povertà media non si combatte, dunque, con un atteggiamento assistenzialista che stimola il parassitismo, purtroppo non estraneo al nostro costume, ma con una razionale revisione delle regole – che ancora oggi dopo i vari “decreti semplificazioni” continuano a imbrigliare una economia che arranca oppure scaricano sulle spalle delle persone e delle imprese adempimenti che dovrebbero gravare sulla Pubblica Amministrazione ⁽⁹⁾ – e con una maggiore responsabilizzazione dei singoli che troppo spesso si aggrappano a tutele figlie di un passato ormai alle spalle e che questa pandemia rende ancora più sbiadito.

Anche se nei prossimi mesi si svilupperà un vaccino contro il virus SARS-CoV-2, un antidoto contro la recessione e la povertà è ancora di là da venire, nonostante le trionfali dichiarazioni di alcuni politici all'indomani del varo del reddito di cittadinanza.

Di fronte all'aumento costante negli ultimi cinque anni delle famiglie in condizione di povertà assoluta e relativa (salvo una flessione avutasi nel 2019) ⁽¹⁰⁾ la politica non può sventolare la “bandiera” della catastrofe naturale.

Difatti, ragionando con maggiore freddezza, si capisce che un evento pandemico non era totalmente imprevedibile e, visto che recriminare non serve, bisogna imparare dagli errori per non ripeterli (...*perseverare diabolicum*).

L'esistenza di un *Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale* ⁽¹¹⁾ – predisposto dall'Italia nel 2010 quale rimaneggiamento di quello precedente del 2002 e mai aggiornato ⁽¹²⁾ – è la prova che una pandemia non era solo una ipotesi fantascientifica, almeno per gli esperti.

L'OMS (WHO) nel 2003 aveva addirittura imposto a tutti i Paesi la redazione di tali piani per prepararsi ad affrontare il rischio concreto di una epidemia influenzale di tale portata da poter diventare pandemia. I Paesi membri dell'UE hanno predisposto

⁽⁹⁾ Sul punto, sempre più attuali appaiono le considerazioni di M.M. FRACANZANI, *L'identità. Diritti fondamentali fra Corti europee e Pubblica amministrazione*, Il Mulino, 2017.

⁽¹⁰⁾ I dati Istat sulla povertà in Italia rivelano che, dopo quattro anni di aumento, nel 2019 si riducono per la prima volta il numero e la quota di famiglie in povertà assoluta pur rimanendo su livelli molto superiori a quelli precedenti la crisi del 2008-2009, si veda il Rapporto Istat 16 giugno 2020, in www.istat.it.

⁽¹¹⁾ Si veda la pagina del sito del Ministero della salute [Piano pandemia influenzale](#).

⁽¹²⁾ Una pungente critica emerge chiaramente anche dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica COVID-19: *salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, cit.

i piani nazionali ⁽¹³⁾ cui avrebbero dovuto seguire quelli regionali, ma non sempre così è stato.

La caratteristica di questi piani è che si sviluppano secondo le sei fasi pandemiche dichiarate dall'OMS, prevedendo per ogni fase e livello dell'epidemia, obiettivi ed azioni ⁽¹⁴⁾. Questi documenti possono essere paragonati ad una sorta di *vademecum* per i Governi, finalizzati all'azione immediata e più opportuna a seconda del livello di diffusione dell'infezione. Essenziale perché un piano funzioni è la tempestività della sua messa in atto. Se la tempistica è sbagliata e i passi dei Governi sono incerti, diventa più difficile arginare l'epidemia o la pandemia.

C'è chi, a voce alta nei mass-media, ha aspramente criticato il Governo italiano per la sua incertezza nell'attuare il Piano pandemico nazionale, visto che dopo la dichiarazione dello stato di emergenza (31 gennaio 2020) fino a fine febbraio, il procedere è stato lento e inesplicito, in un contesto in cui ogni giorno le infezioni aumentavano a ritmi esponenziali, mettendo a durissima prova la tenuta di un Servizio Sanitario Nazionale già fortemente indebolito negli anni a causa di tagli lineari e riforme poco lungimiranti ⁽¹⁵⁾.

Si potrebbe obiettare che il SARS-CoV-2 appartiene alla classe dei Coronavirus ed è geneticamente diverso da quello dell'influenza (Ortomixovirus) e, pertanto, il piano influenzale non era specificamente ritagliato per questa emergenza. A questa obiezione si può, d'altro canto, ribattere che le azioni per contrastare la diffusione di entrambi i virus e prevenire i contagi sono sostanzialmente le medesime: contenimento, igiene, dispositivi di protezione ⁽¹⁶⁾. In ogni caso attuare subito il Piano (seppur vecchio di dieci anni) sarebbe stato opportuno e forse dei tempestivi “mini” *lockdown* avrebbero evitato il *lockdown* prolungato dell'intero Paese.

Certo, si ragiona con il senno di poi, con i “se” e con i “ma”.

Quello che è incontestabile, però, è che, ragionando di (im)prevedibilità della pandemia e lasciando da parte le teorie negazioniste e quelle complottiste, il c.d. *spillover* ⁽¹⁷⁾, cioè il salto di specie che fa un virus passando da un animale-ospite ad un essere umano-ospite, è noto da tempo tra gli esperti del settore.

Il precedente più antico è il virus del morbillo (saltato secoli fa sulla specie umana da bestiame addomesticato), anche se quelli più conosciuti sono il virus del HIV (portato dallo scimpanzè del Camerun) e il virus dell'Ebola (passato dal pipistrello della frutta paglierino della Guinea). Nel XXI secolo alcuni virus hanno creato allarme rosso in diverse zone del globo, specialmente in Asia: l'influenza aviaria nel 2005 (virus A/H5N1), l'influenza suina nel 2009 (virus A/H1N1), le epidemie da Coronavirus

⁽¹³⁾ Sul sito dello European Centre for Disease Prevention and Control sono disponibili i piani nazionali di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale dei Paesi membri dell'UE, di quelli dell'EFTA e di quelli candidati all'ingresso nell'UE, si veda [Influenza pandemic preparedness plans](#).

⁽¹⁴⁾ WHO, [WHO checklist for influenza pandemic preparedness planning](#), 2005.

⁽¹⁵⁾ Lo dice chiaramente anche il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere 8 aprile 2020, *COVID-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “trriage in emergenza pandemica”*, in [Bioetica.governo.it](#).

⁽¹⁶⁾ H.E. RANDOLPH, L.B. BARREIRO, *Herd Immunity: Understanding COVID-19*, in *Immunity*, 2020, vol. 52, n. 5, pp. 737 ss.; B. FROSSI ET AL., *Rheostatic Functions of Mast Cells in the Control of Innate and Adaptive Immune Responses*, in *Trends in Immunology*, 2017, vol. 38, n. 9, pp. 648 ss.

⁽¹⁷⁾ D. QUAMMEN, *Spillover: Animal Infection and the Next Human Pandemic*, W.W. Norton & Company, 2012.

per *spillover* da pipistrelli nel 2002-2003 (virus SARS-CoV) e da dromedari nel 2012 (virus MERS-CoV).

Tutti questi avrebbero dovuto rappresentare campanelli d'allarme sia per prevenire sia per controllare detti fenomeni, certamente naturali ma spesso causati dalla distruzione degli ecosistemi, dal commercio di animali selvatici, da abitudini igieniche e alimentari pericolose ma dure a morire in quanto derivanti da tradizioni culturali estremamente radicate in certe popolazioni, ormai non più tollerabili nella globalizzazione. In un pianeta sempre più piccolo stante la moderna facilità di spostamento da un luogo all'altro, le infezioni possono propagarsi a velocità impensabili in passato.

Questa rapida incursione in ambito extragiuridico, serve solo per inquadrare, a mente più fredda e avendo ormai superato il *lockdown* dell'inverno-primavera 2020, il presente e rileggere il passato: questa sciagura non era una sorpresa, non era imprevedibile, non era inevitabile nelle proporzioni che abbiamo vissuto in Italia (e in particolare in Lombardia).

David Quammen, l'autore di *Spillover* ⁽¹⁸⁾, il 28 gennaio 2020 ha scritto sul *New York Times*: «Quando hai finito di preoccuparti di questa epidemia, preoccupati della prossima» ⁽¹⁹⁾. Questo per dire che bisogna guardare avanti con lungimiranza e non farsi cogliere impreparati dando poi la colpa alla sfortuna, alla natura o ai cinesi (!).

Ci aspettano un autunno e un inverno pieni di incertezze e di preoccupazioni per un aumento delle infezioni ⁽²⁰⁾, per un nuovo lockdown ⁽²¹⁾, per il crollo del PIL ⁽²²⁾, per l'occupazione in calo ⁽²³⁾ e la povertà in aumento ⁽²⁴⁾.

I sindacati confederali hanno proclamato, il 18 settembre 2020, una giornata di mobilitazione nazionale il cui slogan è “ripartire dal lavoro”, per chiedere al Governo una maggiore attenzione verso il lavoro e i lavoratori, anche in un contesto pandemico. Non può farsi a meno di constatare che la questione occupazionale nella politica sindacale viaggia in parallelo con la tutela della *privacy*, con la riduzione dell'orario di lavoro, con i rinnovi contrattuali, come se nulla fosse accaduto e dando per scontato che il sistema produttivo italiano sia in grado di reggere tali costi e garantire l'occupazione esistente, anzi di aumentarla.

Da questa prospettiva un bilanciamento di interessi realistico e realmente propositivo sembra totalmente assente.

Sul piano dell'azione pubblica, a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza, in nome della tutela della salute quale diritto fondamentale sancito dall'art. 32 Cost., nella sua declinazione individuale e pubblica, con modalità che non hanno precedenti nella storia repubblicana, il Governo ha dovuto comprimere alcune libertà fondamentali con misure contenute non sempre in fonti di rango primario, ma sovente di rango secondario se non con provvedimenti amministrativi.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹⁾ D. QUAMMEN, *So when you're done worrying about this outbreak, worry about the next one*, in *The New York Times*, 28 gennaio 2020.

⁽²⁰⁾ A settembre la curva dei contagi in Italia è risalita rapidamente, si veda il sito www.iss.it.

⁽²¹⁾ Al momento in cui si scrive Israele e la Repubblica d'Irlanda hanno dichiarato un nuovo *lockdown* generale; la Gran Bretagna, la Francia e la Spagna dei *lockdown* locali.

⁽²²⁾ Si vedano le proiezioni macroeconomiche per l'Italia della Banca d'Italia, in www.bancaditalia.it.

⁽²³⁾ Si veda la nota trimestrale sulle tendenze dell'occupazione relativa al II trimestre 2020, realizzata da Ministero del lavoro, Anpal, Istat, Inps e Inail, in www.anpal.gov.it.

⁽²⁴⁾ Si veda il report della Coldiretti, 16 giugno 2020, in www.coldiretti.it.

La compatibilità dei divieti sanciti nel *lockdown* con le norme costituzionali poste a tutela della libertà di circolazione e soggiorno, della libertà di riunione, della libertà di manifestazione del pensiero, della libertà di religione, del diritto di proprietà, del diritto di istruzione, della libertà di iniziativa economica, del diritto al lavoro e del diritto di sciopero è stata – ed è – oggetto di un vivace dibattito in dottrina, visto che tutte le prescrizioni adottate tramite i vari decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, le ordinanze regionali e sindacali, della protezione civile, del Ministero della Salute e così via, hanno impattato a volte con violenza su tali diritti, provocando una inedita sospensione del loro esercizio ⁽²⁵⁾.

Ricordiamo inoltre che, da un lato, il Parlamento non si è riunito per molto tempo, dall'altro, la normale collegialità governativa ha lasciato il passo ad un protagonismo del Presidente del Consiglio, stante la decisione di utilizzare quale fonte attuativa prioritaria i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri; infine, durante l'emergenza, si è levata con vivacità anche la voce di molti Presidenti di Regione – e a volte di Sindaci – che hanno rivendicato competenze e poteri, nonché agito in modo distonico rispetto alle scelte del Governo, con buona pace del principio della leale collaborazione ⁽²⁶⁾.

Quanto è accaduto e sta accadendo durante lo stato di emergenza nazionale ⁽²⁷⁾ va letto e analizzato anche in proiezione prospettica per poter affrontare altre sciagure di questo tipo senza ripetere gli stessi errori, come si usa dire: “prevenire è meglio che curare”.

In questo volume studiosi e studiose di diritto del lavoro, di diritto pubblico, di diritto privato, cercano non solo di analizzare le disposizioni emanate durante lo stato di emergenza ma anche di evidenziarne le deroghe al sistema, le criticità e le lacune, con l'obiettivo di tracciare delle linee guida che vadano oltre la pandemia, verificando

⁽²⁵⁾ Sulle questioni di cui sta dibattendo vivacemente la dottrina costituzionalista, *ex multis*, si rinvia a A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, pp. 116 ss.; M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, *ivi*, pp. 174 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, pp. 109 ss.; L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in www.federalismi.it, 23 marzo 2020.

⁽²⁶⁾ *Ex multis* si rinvia a D. GIROTTO, *L'emergenza sanitaria tra Stato e Regioni: la disciplina della attività economiche*, in *LG*, 2020, n. 7-8, pp. 793 ss.; F.F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, pp. 374 ss.; cfr. la relazione annuale sul 2019 della Presidente della Corte Costituzionale Cartabia del 28 aprile 2020, in www.cortecostituzionale.it, in particolare: «la piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l'attiva, leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compresi Parlamento, Governo, Regioni, Giudici. Questa cooperazione è anche la chiave per affrontare l'emergenza. La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e ciò per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per “navigare per l'alto mare aperto” nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini».

⁽²⁷⁾ Lo stato di emergenza nazionale in conseguenza del rischio sanitario connesso all'epidemia di Covid-19, dichiarato il 31 gennaio 2020 con delibera del Consiglio dei Ministri, originariamente previsto per sei mesi, è stato prorogato sino al 15 ottobre 2020 con d.l. n. 83/2020 e poi sino al 31 gennaio 2021 con d.l. n. 125/2020, allo stato non ancora convertito.

quanta parte di tale legislazione emergenziale possa sopravvivere alla scomparsa del virus.

L'ambito di indagine di questa parte della ricerca è quello delle ricadute della normativa emergenziale sulla disciplina del rapporto di lavoro; in particolare nella sezione I sono trattate tutte le questioni relative al bilanciamento del diritto alla salute con gli altri diritti fondamentali, *in primis* con il diritto al lavoro e con la libertà di impresa (Alessio Caracciolo, Francesca Nardelli, Gianluca Picco, Stefano Rossi, Francesco Perchinunno, Luca Mannarelli e Carmela Garofalo) e con il diritto alla riservatezza (Laura Tafaro ed Emanuele Dagnino); mentre nella sezione II si ragiona di lavoro agile (Marina Brollo), congedi (Giuseppe Antonio Recchia e Nicola Deleonardis), permessi e *bonus* (Gianluigi Pezzini e Vincenzo Lamonaca).

Rinviando ai contributi dei quattordici autori e autrici per l'approfondimento sulle varie tematiche può anticiparsi che il *fil rouge* che li lega è rappresentato dal rifiuto della tirannia del diritto alla salute non come fine ma come scudo per il legislatore per proteggersi da ogni critica e spada per agire in ogni ambito. Il bilanciamento tra i diritti fondamentali e la tutela della salute, in una prospettiva circolare e interconnessa, deve rappresentare sia un metodo sia un obiettivo, una sorta di vaccino contro una inquietante normalizzazione dell'emergenza sempre ricordando che la nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri.

SEZIONE I.
LA TUTELA DELLA SALUTE
E IL BILANCIAMENTO CON GLI ALTRI DIRITTI

**I servizi essenziali nel prisma
dell'epidemia da Covid-19**

di Alessio Caracciolo

Abstract – L'improvviso dilagare dell'epidemia da Covid-19 ha rinfocolato un ampio ventaglio di problematiche di carattere socio-economico che hanno dato il via, nel complesso, ad una "nuova questione sociale". In tale scenario, il presente contributo affronta l'individuazione dei servizi essenziali esclusi dal divieto generalizzato introdotto dalla normativa emergenziale a partire dal d.l. n. 6/2020. Le maggiori criticità si sono manifestate nella concorrenza tra le fonti, statali e regionali, nonché sotto il profilo dell'ermeneutica delle disposizioni, stante la loro formulazione spesso troppo ampia o ambigua.

Abstract – The sudden spread of the Covid-19 epidemic has revived a wide range of social and economic problems that have given rise to a "new Social Question". In this scenario, the paper addresses the identification of essential services which were excluded from the general ban introduced with government emergency legislation Decree-Law No. 6/2020 whose critical profiles mostly manifested in State-Regions law relations and in several interpretation issues due to a content often too broad or ambiguous.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Piano d'emergenza e servizi essenziali. – 3. L'individuazione delle "attività essenziali" nella normativa emergenziale anti-Covid. – 3.1. La deroga per esigenze sanitarie. – 3.2. La deroga per il soddisfacimento dei bisogni essenziali. – 4. Profili critici. – 5. Le antinomie tra disposizioni nazionali e regionali. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La crisi pandemica che ha interessato l'Italia dall'inizio del 2020 ⁽¹⁾ ha comportato delle conseguenze senza precedenti non soltanto sul piano sanitario, ma anche su quello socio-economico. Per fronteggiare la situazione, sono stati emanati innumerevoli provvedimenti eccezionali, tra i quali spiccano quelli relativi alla limitazione delle

⁽¹⁾ I primi casi italiani certificati dall'OMS risalgono al 31 gennaio 2020 (cfr. *Situation Report-11 on 2019-nCoV*, Multicountry, 31 gennaio 2020, in extranet.who.int/publicemergency), mentre l'aumento esponenziale ha iniziato a verificarsi a partire dal 21 febbraio 2020 (cfr. *Joint WHO and ECDC mission in Italy to support COVID-19 control and prevention efforts*, in euro.who.int/en/countries/italy). Invero, il livello di allerta era già stato alzato dall'OMS a partire dall'inizio dell'anno, a seguito della segnalazione del 31 dicembre 2019, da parte del WHO China Country Office, dei primi casi di sindrome respiratoria di origine sconosciuta nella provincia di Hubei. Cfr. *Situation Report-1 on 2019-nCoV*, Multicountry, 21 gennaio 2020, in extranet.who.int/publicemergency.

attività economiche, ritenuti necessari per salvaguardare la salute e la vita delle persone (2).

A partire dalla dichiarazione dello “stato di emergenza”, deliberata nel Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, la critica principale mossa al Governo è partita dall’assunto che nell’ordinamento italiano non vi siano «strumenti per dar disciplina giuridica all’odierna tragedia» (3) in quanto la Costituzione non prevede lo “stato di

(2) *Contra*, M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *questionegiustizia.it*, 14 aprile 2020, p. 2 del dattiloscritto, ove si configura la possibilità di individuare una scala di valori tra libertà e salute solo nei regimi dittatoriali. Invero, sul necessario bilanciamento dei diritti costituzionalmente tutelati, si vedano R. BIN, *Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2006, pp. 478 ss. Cfr. A. BALDASSARRE, *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, 1995, vol. III, pp. 1679 ss.; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2002, n. 2, pp. 123 ss.; F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà “fondamentali” tra mercato e persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo?*, in *CI*, 2018, n. 1, pp. 190 ss.; F.D. BUSNELLI, V. CALDERAI, *Declinazioni della persona: un itinerario dal diritto privato al diritto internazionale (passando per il diritto costituzionale)*, in *GI*, 2010, n. 10, pp. 2210 ss.; F.D. BUSNELLI, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2007, pp. 245 ss.; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Le dimensioni costituzionali della regolazione privata*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, ESI, 2006, pp. 315 ss.; V. CAVANNA, *Iva: criterio di ragionevolezza e bilanciamento dei diritti*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, n. 7, pp. 631 ss.; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 1982, pp. 93 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 2001, pp. 5 ss.; A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *NGCC*, 2016, n. 1, pp. 183 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1985, pp. 65 ss.; P. GROSSI, voce *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. Dir.*, 1972, vol. XXII, pp. 712 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998, pp. 379 ss.; F. LIMENA, *Il diritto all’inamovibilità del lavoratore che presta assistenza al disabile*, in *LG*, 2018, n. 6, pp. 575 ss.; M. LUCIANI, *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1992, pp. 121 ss.; L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI (a cura di), *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, pp. 74 ss.; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, 1995, pp. 99 ss.; J.J. MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion Pratica*, 2002, pp. 18 ss.; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir. – Annali*, 2008, vol. II, pp. 185 ss.; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell’UE e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *RDC*, 2015, n. 4, p. 905; G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell’identità personale*, in *D&R*, 2003, n. 6, pp. 577 ss.; S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, 2001, pp. 57 ss.; S. RODOTÀ, *Linee guida per un nuovo codice dei beni pubblici*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, 2007, pp. 357 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, 1992, pp. 170 ss.

(3) M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *op. cit.*, p. 3 del dattiloscritto.

emergenza”, arrivandosi a ipotizzare addirittura l’illegittima limitazione della libertà personale ⁽⁴⁾, sebbene non siano mancate opinioni opposte ⁽⁵⁾ e filogovernative.

La *ratio* delle disposizioni figlie dell’emergenza è stata quella di garantire i “servizi essenziali” a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto erogante,

⁽⁴⁾ In particolare, ciò che ha condotto alle maggiori critiche è stata la compressione della libertà di circolazione. Tuttavia, giova evidenziare come la possibilità di una limitazione alla libertà di circolazione per motivi di sanità e sicurezza – finanche il divieto di “circolare” all’esterno del proprio domicilio – lungi dal configurare una sorta di “detenzione domiciliare” (per una lettura in tal senso, si veda F. FILICE, G. M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020, p. 5 del dattiloscritto), appare coerente con le finalità espresse dall’Assemblea costituente (che, nella prima bozza, aveva proposto il più ampio lessema “motivi di sanità o di ordine pubblico”), in quanto «con i “motivi di sanità” la 1 Sc. si è voluta riferire soprattutto ai casi di epidemie e di pubbliche calamità» (V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Camera dei Deputati, 1949, p. 48).

⁽⁵⁾ Secondo alcuni, sarebbe configurabile una compressione dei diritti derivanti dagli artt. 13, 16, 17, 19, 24, 33, 41, 42 Cost. (cfr. M. G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, cit., p. 4 del dattiloscritto; M. GUALTIERI, *Oltre i profili costituzionali dei divieti di spostamento in tempi di Coronavirus*, in *Quotidiano Giuridico*, 7 aprile 2020). Cfr. F. FILICE, G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, cit.; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 16 marzo 2020. La necessità che il bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente tutelati sia operato in modo che nessuno di questi assuma un ruolo predominante rispetto agli altri è individuata da tale dottrina in C. cost. 13 febbraio 2013, n. 16 e n. 17, in *GI*, 2013, n. 12, pp. 2465 ss., che, tuttavia, riguardano una fattispecie senz’altro peculiare, nella quale l’esercizio della libertà d’iniziativa economica (resa legittima, nello specifico, da una consolidata tradizione di norme in deroga rispetto ai criteri acclarati dalla comunità scientifica internazionale iniziata con il d.lgs. n. 155/2010 e proseguita con il proliferare di decreti “salva-Ilva”) era stato compresso in virtù di un pericolo per la salute della cittadinanza solo da accertare – per quanto scientificamente probabile – e, dunque, la Corte ha ritenuto che l’esercizio legittimo dell’attività economica potesse proseguire in costanza degli accertamenti giudiziari. Al contrario, è proprio la Corte costituzionale ad aver individuato nel bene “vita” il «primo fra tutti i diritti inviolabili» (C. cost. 22 novembre 2019, n. 242, in *CG*, 2020, n. 2, pp. 145 ss., con nota di Bianca; ma vedi, quale precedente di fondamentale importanza, C. cost. 27 giugno 1996, n. 223, in *GCost*, 1996, pp. 1918 ss., con nota di Delicato, e in *FI*, 1997, I, cc. 2060 ss., con nota di Palmieri; cfr. C. cost. 10 febbraio 1997, n. 35, in *GI*, I, 1997, pp. 348 ss., con nota di Ruotolo). È evidente che i provvedimenti finalizzati alla salvaguardia della vita, specialmente laddove si palesi un pericolo grave ed imminente di portata tale da mettere in pericolo la generalità della popolazione, siano conformi alla Carta costituzionale, a prescindere dalle possibili critiche sul piano della carente tecnica redazionale. In tal senso, in giurisprudenza è consolidato l’orientamento in base al quale i provvedimenti amministrativi finalizzati alla salvaguardia della salute pubblica, come le ordinanze sindacali contingibili e urgenti, «possono essere adottati non solo per porre rimedio a danni già verificatisi, ma anche e soprattutto, tenuto conto dei valori espressi dall’art. 32 della Costituzione, per evitare che tali danni si verifichino» (così C. Stato 2 aprile 2001, n. 1904). Si veda anche C. Stato 29 luglio 1998, n. 1128; C. Stato 1° agosto 2000, n. 4568; C. Stato 16 aprile 2003, n. 1990; C. Stato 7 aprile 2003, n. 1831; C. Stato 13 ottobre 2003, n. 6168; C. Stato 22 giugno 2004, n. 4405. Sul punto, si condivide la considerazione che «il Costituente non aveva mai sentito parlare di Wuhan, ma era pur sempre uomo di mondo e del mondo. La Spagnola, tra il 1918 e il 1920, aveva mietuto milioni di vittime in tutto il globo, e duramente colpito anche l’Italia. Ma, più banalmente, era, questa, gente abituata a vedersela con le malattie infettive, tra un’epidemia di colera e di vaiolo da un lato, e un colpo ricorrente di poliomelite dall’altro. Da quel ricordo, da quei cuori intelligenti che ci hanno restituito una patria, viene fuori l’art. 16 della Costituzione» (M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *questionegiustizia.it*, 7 aprile 2020, p. 1 del dattiloscritto).

limitandosi tutte le altre attività ⁽⁶⁾. L'art. 1, comma 1, lett. *i*, del d.P.C.M. 23 febbraio 2020, attuativo del d.l. n. 6/2020, fa espresso riferimento agli artt. 1 e 2, l. n. 146/1990 ⁽⁷⁾, emblematici per l'individuazione dei servizi essenziali e delle prestazioni indispensabili per garantire il godimento dei diritti fondamentali della persona.

In una prospettiva multilivello, che ha visto la convivenza di norme di rango differente, è necessario individuare i margini di discrezionalità entro i quali è stato esercitato il potere legislativo ⁽⁸⁾, considerato che l'art. 1, d.l. n. 6/2020, ha rappresentato

⁽⁶⁾ Il presente contributo non affronterà la tematica delle attività consentite in *smart working*, sulle quali si veda il contributo di M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in questo volume, sez. II. Ciò in quanto la possibilità di svolgere tali attività esula dalla loro classificazione quali "servizi essenziali", essendo piuttosto rimessa alla capacità organizzativa dell'impresa o alla natura pubblica del datore di lavoro.

⁽⁷⁾ Per un commento della norma, cfr. F. CARINCI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, in RGL, 1990, I, pp. 457 ss.; F. CARINCI, *A proposito del diritto di sciopero nei s.p.e. (il disegno governativo "Sacconi" di legge delega)*, in LPA, 2000, n. 2, pp. 265 ss.; M.T. CARINCI, *L'immagine della L. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali*, in QDLRI, 2001, n. 25, pp. 207 ss.; P. CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cacucci, 1992, pp. 169 ss.; A. D'ATENA, voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in Enc. Dir., 1999, pp. 948 ss.; R. DEL PUNTA, *Sciopero generale e servizi essenziali*, in DRI, 2005, n. 2, p. 423; V. FILI, *Le nuove prospettive sullo sciopero nei servizi essenziali*, in LG, 1999, n. 5, pp. 412 ss.; M.G. GAROFALO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali e le sanzioni*, in RGL, 2003, I, pp. 9 ss.; G. GHEZZI, *Prime riflessioni in margine alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, *ivi*, 1990, I, pp. 157 ss.; E. GRAGNOLI, voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in DDPComm, 1997, vol. IV, pp. 243 ss.; M. GRANDI, *Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali*, in RIDL, 1999, n. 3, pp. 257 ss.; M. MAGNANI, *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, *ivi*, 2005, n. 1, pp. 69 ss.; ID., voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in EGT, 2007, vol. XXVIII, pp. 7 ss.; A. MARTONE, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: problemi attuali e prospettive immediate*, in ADL, 2007, n. 1, pp. 1 ss.; M. MARTONE, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e prospettive di riforma*, in *Percorsi Costituzionali*, 2009, n. 2, pp. 169 ss.; M. MONDELLI, *Le forme anomale di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in DRI, 2009, n. 2, pp. 349 ss.; M. NAPOLI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: linee interpretative della l. 12 giugno 1990, n. 146*, in Jus, 1991, n. 1, pp. 57 ss.; G. PERA, *Le nuove regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in CG, 2000, pp. 705 ss.; A. PILATI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, Utet, 1998, vol. I, pp. 495 ss.; P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, 1999, pp. 1 ss.; U. ROMAGNOLI, M.V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli, 1994, pp. 1 ss.; M. RUSCIANO, G. SANTORO PASSARELLI, *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, 1991, pp. 11 ss.; M. RUSCIANO, *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, in RIDL, 2009, n. 1, pp. 49 ss.; F. SANTONI, *Continuità e innovazione nella disciplina degli scioperi nei servizi pubblici essenziali*, *ivi*, 2000, n. 4, pp. 373 ss.; E. SINISCALCHI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e prestazioni indispensabili a tutela dell'utente. Il difficile equilibrio nella giurisprudenza*, in ADL, 1996, n. 3, pp. 193 ss.; T. TREU, M. ROCCELLA, A. GARILLI, P. PASCUCI, *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla legge 146/1990*, Cedam, 1991; T. TREU, *Lo sciopero nei servizi pubblici: prestazioni indispensabili e altre regole*, in QDLRI, 1992, n. 12, pp. 20 ss.; T. TREU, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: un caso estremo di regolazione pluralistica*, in AA.VV., *Scritti in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, 1995, vol. II, pp. 1345 ss.

⁽⁸⁾ Ciò non soltanto sul piano legislativo, in quanto le norme in materia devono interagire anche a livello regolamentare e, tuttavia, il rapporto tra comunità locali e rappresentanti è differente in quanto caratterizzato da una legittimazione elettiva diretta, che non è configurabile invece in capo al governo, a sua volta dotato di poteri maggiormente incisivi. Com'è evidente, anche l'individuazione delle «autorità competenti» all'emanazione dei provvedimenti di contenimento non è agevole. Cfr. S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in DP, 2005, p. 467; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, *ivi*, 1995, p. 121.

entro certi limiti una delega in bianco ⁽⁹⁾ che ha condotto, in un primo momento, ad una disciplina differenziata sul territorio nazionale a seconda della localizzazione delle “zone rosse”. Con il passare del tempo e l’aggravarsi della situazione, tale distinzione è venuta gradualmente meno facendo posto a una disciplina uniforme e all’individuazione di beni giuridici essenziali per garantire alla popolazione il “minimo vitale”, dapprima attraverso una definizione ampia dei settori economici interessati ⁽¹⁰⁾, poi con l’elencazione dei codici ATECO ⁽¹¹⁾.

In questo scenario mutevole, l’individuazione delle attività “necessarie” ⁽¹²⁾ ha subito delle oscillazioni interpretative che hanno messo in luce le criticità della disciplina emergenziale, specialmente con riferimento al contrasto tra normativa nazionale e regionale.

2. Piano d'emergenza e servizi essenziali

Nel tentativo di contenere l’avanzare dell’epidemia sul territorio nazionale, Parlamento e Governo hanno dovuto far fronte all’esigenza di bilanciare la libertà

⁽⁹⁾ In tal senso, sembra pertinente l’interrogativo che «il principio di legalità, anche nella sua portamento meramente formale, possa dirsi salvo di fronte a disposizioni che conferiscono poteri normativi vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore; fino a che punto una tecnica di questo genere sia compatibile con le riserve di legge relative previste nella Costituzione» (P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, 2004, n. unico, p. XV). Sulla legittimità dell’esercizio della riserva di legge relativa nella forma di delega alle Autorità amministrative del compito di specificare le ipotesi di limitazione della libertà di circolazione (nei limiti posti dal quadro predeterminato dal legislatore ordinario), cfr. C. cost. 30 giugno 1964, n. 68; Cass. 25 luglio 2000, n. 9738.

⁽¹⁰⁾ Si veda ad es. l’elenco di cui al d.P.C.M. 11 marzo 2020, in *GU*, 11 marzo 2020, n. 64. L’impostazione è stata riproposta anche nel d.P.C.M. 13 ottobre 2020, in *GU*, 13 ottobre 2020, n. 253, come modificato dal d.P.C.M. 18 ottobre 2020, in *GU*, 18 ottobre 2020, n. 258, con la reintroduzione di limitazioni all’esercizio delle attività economiche sulla base di un parametro orario, di un divieto topologico e di una valutazione concreta sulla possibilità di rispettare le misure di distanziamento sociale, da rimodulare a seconda delle esigenze territoriali per mezzo della delega a regioni ed enti locali della possibilità di disporre restrizioni ulteriori in base all’andamento epidemiologico. Entro il 26 ottobre, quasi tutte le regioni hanno provveduto ad emanare ordinanze parametriche sui dati epidemiologici territoriali.

⁽¹¹⁾ Si veda l’all. 1 al d.P.C.M. 22 marzo 2020, in *GU* 22 marzo 2020, n. 76. L’utilizzo di questi criteri ha destato delle perplessità, in quanto essi sono nati per una funzione radicalmente differente e, per tale ragione, sono suscettibili di utilizzi potenzialmente ambigui, specialmente nei casi in cui al singolo soggetto giuridico siano stati attribuiti più codici in sede di registrazione presso l’Agenzia delle Entrate, come accade sovente in aderenza alla scelta di inserire negli oggetti sociali più attività afferenti a categorie diverse e non necessariamente collegate. Così, non è peregrina l’ipotesi che un’attività di commercio al dettaglio di generi alimentari di prima necessità (consentita) abbia potuto svolgere, contestualmente, l’attività di commercio al dettaglio di abbigliamento e accessori (non consentita), senza contravvenire al divieto, in quanto la sospensione era riferita all’attività commerciale nella sua interezza e non alla vendita di determinati beni.

⁽¹²⁾ Si veda l’art. 1, lett. e, del d.P.C.M. 22 marzo 2020, in base al quale «sono consentite le attività che erogano servizi di pubblica utilità, nonché servizi essenziali di cui alla legge 12 giugno 1990, n. 146». Cfr. art. 1, comma 2, lett. k, d.l. n. 6/2020; art. 1, comma 1, lett. i, d.P.C.M. 23 febbraio 2020; art. 1, comma 1, lett. j, d.P.C.M. 1° marzo 2020. In base al dato testuale, le “attività” che erogano “servizi essenziali”, da individuare in base all’elencazione di cui alla l. n. 146/1990, sono comunque consentite. L’elenco di cui alla l. n. 146/1990 (e, allo stesso modo, quello contenuto nel r.d. n. 2578/1925) ha tuttavia una valenza indicativa e non esaustiva.

d’iniziativa economica con la tutela della salute collettiva. Sebbene, infatti, tale necessità non sia nuova ⁽¹³⁾, non era mai accaduto nella storia della Repubblica italiana che, per contenere la diffusione di un’epidemia, fosse necessario, da un lato, disporre il blocco delle attività produttive e, dall’altro, prevedere un certo livello di rischio considerato “accettabile”; il dilemma per lo Stato e i cittadini è quello tristemente noto ⁽¹⁴⁾: scegliere tra lavoro e salute.

⁽¹³⁾ Il rischio sanitario è intrinseco in una molteplicità di attività umane, specialmente in ambito industriale, e di esso non può che tenersi conto nel bilanciamento degli interessi costituzionali. I progressi scientifici e la crescente consapevolezza degli effetti dell’esposizione a determinati inquinanti sulla salute hanno portato ad una maggiore attenzione alla valutazione del rischio lavorativo, sebbene il percorso per la piena tutela del lavoratore sul posto di lavoro sia ancora costellato di ostacoli dettati da esigenze di produttività nazionale. In materia di ricostruzione del nesso causale e di tutela della salute sul luogo di lavoro, cfr. A. ABRAMI, J. P. TEISSONNIERE, *Il caso Eternit*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, 2014, n. 3-4, pp. 301 ss.; P. ALBI, *Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona, art. 2087 c.c.*, Giuffrè, 2008, pp. 30 ss.; A. ALESSANDRI, *Cautele contro disastri e infortuni sul lavoro*, in *Digesto Penale*, 1988, vol. II, pp. 145 ss.; G. ALPA, *Diritto di proprietà e diritto alla salute in una recente pronuncia della Cassazione*, in *PD*, 1979, pp. 375 ss.; G. BALANDI, *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, in *QDLRI*, 1993, n. 14; S. BERTOCCO, *La sicurezza del lavoratore nelle fonti internazionali di lavoro: il recepimento della direttiva 89/391 nell’ordinamento nazionale*, Cedam, 1996; C. BIASIATO, *Il veleno in busta paga. Racconti di lavoro e malattia ai Cantieri navali e officine meccaniche di Venezia*, in A. CASELLATO, G. ZAZZARA (a cura di), *Operai in croce. Inchiesta sul lavoro malato*, Venetica, 2008, n. 2, pp. 41 ss.; P.M. BIAVA, R. FERRI, B. SPACAL, R. DE GENNARO, *Cancro da lavoro a Trieste: il mesotelioma della pleura*, in *Sapere*, 1976, n. 793, pp. 43 ss.; R. BLAIOTTA, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 797 ss.; M.C. CHERUBINI, voce *Diritto alla salute*, in *DDPCiv*, 1990, VI, pp. 77 ss.; N. COGGIOLA, *La cassazione penale ed il problema della scelta delle teorie scientifiche secondo cui ricostruire la causalità nelle fattispecie di mesoteliomi causati dall’esposizione all’amianto*, in *RCP*, 2011, pp. 346 ss.; A.M. DEL VECCHIO, *Considerazioni sulla tutela dell’ambiente in dimensione internazionale e in correlazione con la salute umana*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo*, 2001, n. 2, pp. 339 ss.; V. DURANTE, *Salute e diritti fra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *PD*, 2004, n. 4, pp. 563 ss.; R. GUARINIELLO, *I tumori professionali nella giurisprudenza penale*, in *FI*, 1999, II, cc. 237 ss.; R. GUARINIELLO, *Malattie professionali, tumori da amianto, asbestosi*, ivi, 2000, II, cc. 260 ss.; R. GUARINIELLO, *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*, ivi, 2001, II, cc. 278 ss.; R. GUARINIELLO, *Tumori professionali da amianto e responsabilità penale*, ivi, 2003, II, cc. 324 ss.; R. GUARINIELLO, *Mesotelioma pleurico da amianto e colpa dei responsabili aziendali*, ivi, 2010, II, cc. 437 ss.; M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, 2002; C. LEGA, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Istituto Italiano di Medicina Sociale, 1952, p. 16; O. MAZZOTTA, *Salute e lavoro*, in F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Il diritto alla salute*, Zanichelli, 1979, pp. 35 ss.; B. TERRACINI, F. CARNEVALE, F. MOLLO, *Amianto ed effetti sulla salute: a proposito del più recente dibattito scientifico giudiziario*, in *FI*, 2009, n. 3, V, cc. 148 ss.

⁽¹⁴⁾ Il riferimento, in particolare, è al “caso Ilva”. Difatti, si può senz’altro sostenere che l’emergenza abbia universalizzato il rischio epidemiologico denunciato da decenni in merito all’esercizio dell’attività siderurgica a ridosso del centro abitato, ponendo ora tutti i lavoratori, a prescindere dalla pericolosità intrinseca dell’attività svolta, in condizione di dover «scegliere tra il rischio di ammalarsi di COVID-19 o di morire di fame» (V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in *LG*, 2020, n. 4, p. 334). Cfr. R. BIANCHI, *Dal processo “Ambiente svenduto” a “crimine contro l’umanità”: chi dovrà pagare il prezzo?*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2018, n. 5, pp. 308 ss.; C. CAMILLERI, *La Conferenza di Servizi “ad Ilvam”*, ivi, 2017, n. 12, pp. 882 ss.; V. CAVANNA, *ALA: riesame ed efficacia alla luce della vicenda relativa allo stabilimento Ilva di Taranto*, ivi, 2013, n. 3, pp. 221 ss.; V. CAVANNA, *Vicenda Ilva e bilanciamento dei diritti fondamentali: nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 58/2018*, ivi, 2018, n. 6, pp. 385 ss.; R. COLOMBO, V. COMITO, *L’Ilva di Taranto e cosa farne. L’ambiente, la salute, il lavoro*, Dell’Asino, 2013; M. CUNIBERTI, *Il D.L. sull’Ilva, tra conflitti di attribuzione e dubbi di legittimità*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, n. 3, pp. 255 ss.; M. CUNIBERTI, *La Consulta rigetta le questioni di costituzionalità sul c.d. «decreto Ilva»*, ivi, n. 6, pp. 505 ss.; S. D’ANGIULLI, *Caso Ilva di Taranto: adesso o mai più*, ivi, n. 2, pp. 117 ss.; F. DI CRISTINA, *Gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e i poteri del Governo*, in *GDA*,

Tuttavia, si rammenti che sin dall'approvazione del Piano italiano multifase d'emergenza per una pandemia influenzale del 2002 ⁽¹⁵⁾ l'ordinamento si è preparato all'ipotesi di pandemia e lo strumento prescelto è stato quello della dichiarazione dello "stato di emergenza" da parte del Consiglio dei ministri.

Nell'ottica del mantenimento dei servizi essenziali ⁽¹⁶⁾, era inoltre già stata prevista una graduazione delle attività necessarie e del personale indispensabile ⁽¹⁷⁾. In tal senso, già nel 2009 il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali aveva individuato in modo articolato sia i servizi pubblici essenziali che le prestazioni indispensabili, misura ritenuta opportuna per l'attuazione del piano di vaccinazione contro l'epidemia di influenza H1N1 ⁽¹⁸⁾.

Com'è evidente, nonostante i numerosi punti di contatto tra le due fattispecie, risalta la differenza fondamentale della finalità perseguita nell'uno e nell'altro caso: mentre il Piano d'emergenza del 2009 prendeva in considerazione la necessità di somministrare

2013, n. 4, pp. 369 ss.; F. GIAMPIETRO, *Introduzione al c.d. decreto legge Ilva*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, n. 1, pp. 5 ss.; F. GIAMPIETRO, *Sull'inquinamento dell'ILVA la CEDU dichiara la responsabilità dello Stato italiano per violazione dei diritti dell'uomo*, ivi, 2019, n. 4, pp. 263 ss.; F. GIAMPIETRO, L. GIAMPIETRO, *Ilva: riesame dell'ALA, quale futuro? (parte prima)*, ivi, 2013, n. 4, pp. 312 ss.; F. GIAMPIETRO, L. GIAMPIETRO, *Ilva: riesame dell'ALA, quale futuro? (parte seconda)*, ivi, n. 5, pp. 415 ss.; M. MAZZOTTA, *Il "caso Ilva" al vaglio della Corte costituzionale*, in *NGCC*, 2013, I, pp. 877 ss.; A. MURATORI, *Decreto salva Ilva: scelte difficili*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, n. 1, pp. 8 ss.; P. PASCUCCHI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, Working Paper Olympus, 2013, n. 27; A. PICILLO, *Tra le ragioni della vita e le esigenze della produzione: l'intervento penale e il caso Ilva di Taranto*, in *Archivio Penale*, 2013, n. 2, pp. 3 ss.; C. ROMEO, A.V. SALAMINO, *Bilanciamento tra tutela della salute e sviluppo economico: il caso Ilva*, in *GI*, 2019, n. 10, pp. 2228 ss.; N. SELVAGGI, *Decreto Ilva e "rimedi penalistici"*, in *GDA*, 2013, n. 4, pp. 379 ss.; M. TAGLIAFERRO, *Il caso Ilva di Taranto e la L.R. Puglia n. 21/2012 in materia di Valutazione del Danno Sanitario: primi spunti critici*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, n. 1, pp. 23 ss.; M. TAGLIAFERRO, *La Valutazione del Danno Sanitario a metà del guado: tra politica legislativa ambientale statale e regionale*, ivi, n. 7, pp. 648 ss.; M. TAGLIAFERRO, *Linee guida per la valutazione del danno sanitario e caso Ilva: ubi Ilva Vds cessat!*, ivi, n. 10, pp. 833 ss.; M. TAGLIAFERRO, *L'Ilva e l'idra di Taranto*, ivi, 2019, n. 1, pp. 29 ss.; V. TONDI, *Il sequestro preventivo nel procedimento per reati ambientali*, in *GI*, 2018, n. 6, pp. 1531 ss.; P. TONINI, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, n. 10, pp. 1153 ss.; A. TURTURRO, *Tornare alla sentenza n. 457/1999: la Corte, sul caso Ilva, trascura le conseguenze pratiche della chiusura al conflitto su atti legislativi*, in *GI*, 2013, n. 12, pp. 2466 ss.

⁽¹⁵⁾ In *GU*, 26 marzo 2002, n. 72, ma si veda la versione aggiornata al 10 febbraio 2006 in <http://salute.gov.org>.

⁽¹⁶⁾ Testo del Comunicato del 26 marzo 2002, parte I, all., p. 1, lett. c, «assicurare il mantenimento dei servizi essenziali».

⁽¹⁷⁾ Cfr. Testo del Comunicato del 26 marzo 2002, parte II, C.1.5., e parte III, *Identificazione delle categorie*, spec. n. 6; art. 2, comma 1, ord. Min. lav. 30 settembre 2009.

⁽¹⁸⁾ Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, Dipartimento della prevenzione e della comunicazione – direzione generale della prevenzione sanitaria – settore salute – ufficio V – malattie infettive e profilassi internazionale, nota prot. DGPREV.V/P/ del 14 ottobre 2009. Si veda, in particolare, l'all. 1. È opportuno evidenziare che il firmatario, Prof. Fazio, era al contempo viceministro, sottosegretario di Stato nonché presidente dell'Unità di crisi «finalizzata a predisporre le misure di emergenza per fronteggiare i pericoli derivanti dalla influenza da nuovo virus AH1N1» (come da ord. Min. lav. 29 aprile 2009, in *GU*, 30 aprile 2009, n. 99) e, pertanto, sulla base dell'attribuzione di poteri espressamente conferiti all'Unità di crisi, il provvedimento non dovrebbe essere considerato alla stregua di una circolare quanto, piuttosto, di un'ordinanza (cfr. art. 3, comma 2, ord. Min. lav. 29 aprile 2009, cit.). Ogni rilievo in tal senso, tuttavia, è privo di supporto fattuale, in quanto l'evolversi dell'epidemia del 2009, fortunatamente, ha reso superflua l'adozione concreta di un protocollo di accesso prioritario alle vaccinazioni.

un vaccino prima a chi doveva assicurare l'erogazione dei servizi ritenuti essenziali, viceversa, le disposizioni anti-Covid hanno utilizzato tale distinzione per individuare le attività escluse dall'obbligo di sospensione precauzionale ⁽¹⁹⁾.

Da un punto di vista strutturale, dunque, il provvedimento del 30 settembre 2009 rappresenta senza dubbio un precedente per la graduazione dei servizi essenziali. L'approccio è chiaramente trasposto dalla disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali ⁽²⁰⁾, ove il legislatore ha stabilito sin dal primo momento che, nel bilanciamento tra il diritto di sciopero e gli altri diritti aventi dignità costituzionale, è necessario consentire le prestazioni indispensabili ivi elencate.

La differenza sostanziale tra le due discipline, però, è rappresentata dal differente rapporto con il principio di tassatività: se il novero dei servizi essenziali di cui alla l. n.

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 52. In un'ottica più ampia, non è stato applicato solo il "principio di precauzione", che prevede l'adozione di misure di prevenzione, riparazione e contrasto in una fase nella quale il danno non solo non si è ancora verificato, ma non esiste neanche la piena certezza scientifica che si verificherà, ma hanno trovato attuazione anche il "principio dell'azione preventiva", che prescrive la prevenzione del danno rispetto a rischi già conosciuti e scientificamente provati per comportamenti o prodotti per i quali esiste la piena certezza circa la loro pericolosità ed il "principio della correzione in via prioritaria alla fonte" dei danni causati, che implica l'applicazione degli strumenti correttivi e preventivi quanto più vicino possibile alla fonte del danno, onde evitare che gli effetti dello stesso si amplifichino. Su tali principi, si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il principio di precauzione. Profili bioetici, filosofici e giuridici*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2004, e cfr. AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Giuffrè, 2002; M. ANTONIONI, *Precauzione, gestione del rischio e azione amministrativa*, in RIDPC, 2007, n. 1, pp. 51 ss.; S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, in *Bioetica*, 2001, pp. 321 ss.; L. BUFFONI, A. CARDONE, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2012, n. 3, pp. 81 ss.; M. CARTABIA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, 2011; F. CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, 2007, n. 2, pp. 269 ss.; E.D. COSIMO, *Il principio di precauzione fra Stati membri e Unione europea*, in *Diritto pubblico Comparato ed Europeo*, 2006, n. 3, pp. 1121 ss.; F. DE LEONARDIS, *L'evoluzione del principio di precauzione tra diritto positivo e giurisprudenza*, in F. MERUSI, V. GIOMI (a cura di), *Principio di precauzione e impianti petroliferi costieri*, Giappichelli, 2011; R. FERRARA, *Valutazione di impatto ambientale e disciplina degli organismi geneticamente modificati: alle origini del problema*, in *FA*, 2003, pp. 2456 ss.; F. FONDERICO, *La tutela dell'inquinamento elettromagnetico. Profili giuridici*, Ipsoa, 2002, pp. 43 ss.; D. FRANZONE, *Il principio di precauzione in diritto comunitario*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, 2006, pp. 3 ss.; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *RDC*, 2003, n. 2, pp. 9 ss.; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul "principio di precauzione" come norma di diritto positivo*, in *Diritto e Gestione dell'Ambiente*, 2001, pp. 37 ss.; U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Cedam, 2004; P.A. LEME MACHADO, *Il principio di precauzione e la valutazione dei rischi*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2007, n. 5, pp. 881 ss.; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *DP*, 2004, n. 3, pp. 1075 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, 2006, pp. 754 ss.; A.M. PRINCIGALLI, *Il principio di precauzione: danni «gravi e irreparabili» e mancanza di certezza scientifica*, in *Diritto dell'Agricoltura*, 2004, pp. 145 ss.; U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2009, pp. 493 ss.; M. TALLACCHINI, *Principio di precauzione: epistemologia e diritto*, in *Atti del Seminario di studio sulla responsabilità per il creato. Il principio di precauzione*, CEI, 2006.

⁽²⁰⁾ L. n. 146/1990, spec. artt. 1, 2, 2-bis, 3 e 13.

146/1990 non ha natura tassativa ⁽²¹⁾, lo stesso non si può dire dell'elencazione predisposta dai provvedimenti ministeriali del 2009. In senso analogo, anche i provvedimenti anti-Covid hanno dovuto gradualmente virare verso un elenco puntuale delle attività consentite, da individuare mediante il relativo codice ATECO.

3. L'individuazione delle “attività essenziali” nella normativa emergenziale anti-Covid

I provvedimenti che si sono avvicinati nella regolamentazione delle attività che potevano essere svolte durante l'emergenza hanno seguito l'evoluzione dei dati epidemiologici diffusi quotidianamente ⁽²²⁾, passando in breve dall'imposizione di

⁽²¹⁾ Questa impostazione è pacifica in dottrina e si può agevolmente evincere dall'utilizzo della locuzione “in particolare nei seguenti servizi” (così espressamente Cass. 8 agosto 2011, n. 17082, in *FI*, 2012, n. 1, I, cc. 175 ss.; conforme Cass. 2 ottobre 2019, n. 24633), unitamente al riferimento aperto al “godimento dei diritti della persona”, che invece possono ritenersi puntualmente individuati dall'art. 1, comma 1, l. 146/1990. Cfr. E. ALES, *Le finalità della legge e la nozione di servizio pubblico essenziale*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, p. 8; M.V. BALLESTRERO, *Art. 1*, in U. ROMAGNOLI, M.V. BALLESTRERO, *Art. 40. Supplemento legge 12 giugno 1990 n. 146. Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli, 1994, p. 69; M.N. BETTINI, *La legge 12 giugno 1990 n. 146 nell'opinione degli interpreti: lo stato dell'arte*, in *RIDL*, 1991, I, p. 479; M. DELL'OLIO, *Lo sciopero e la norma (riflessioni sui servizi pubblici essenziali)*, in *DL*, 1988, I, p. 16; F. MARINELLI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e rimorchio portuale: l'(in)essenzialità del servizio commerciale*, in *LG*, 2004, n. 10, pp. 972 ss.; M. NAPOLI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Linee interpretative della legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *Jus*, 1991, pp. 57 ss.; P. PASCUCCI, *La riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *GDA*, 2000, n. 8, p. 746; G. PINO, *Manuale sul conflitto nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2009, p. 64; G. SANTORO PASSARELLI, *Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 1999, I, pp. 41 ss.; M. RUSCIANO, *Commento all'art. 1*, in M. RUSCIANO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario sistematico alla L. 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, 1991, p. 15; F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, 2001, p. 117; T. TREU, *Commento alla legge n. 146 del 1990*, in *NLCC*, 1991, n. 1.

⁽²²⁾ Tale tendenza è stata confermata anche con l'aumentare dei contagi avvenuto all'inizio dell'autunno, come dimostrano i d.P.C.M. 13 ottobre 2020, 18 ottobre 2020 e 24 ottobre 2020. Soprattutto con quest'ultimo, infatti, è stata reintrodotta la sospensione delle attività ritenute “non essenziali”, quali quelle di palestre, piscine, centri benessere ed impianti sciistici (cfr. art. 1, comma 9, lett. f e mm, d.P.C.M. 24 ottobre 2020). Anche le modalità di svolgimento delle attività consentite sono state riproposte in modo sostanzialmente identico ai d.P.C.M. antecedenti rispetto al lockdown (cfr. art. 1, comma 9, lett. bb, dd, ee, gg, ll e nn, d.P.C.M. 24 ottobre 2020). La previsione di restrizioni più stringenti per le zone maggiormente colpite dall'epidemia è stata riproposta nel d.P.C.M. 3 novembre 2020, in *GU* 4 novembre 2020, n. 275, che ha diversificato a livello territoriale le limitazioni agli spostamenti ed all'esercizio di determinate attività economiche. Con tale disposizione, le misure di contenimento del contagio sono state graduate a seconda della “elevata” (cfr. art. 2, d.P.C.M. 3 novembre 2020) o “massima” gravità (cfr. art. 3, d.P.C.M. 3 novembre 2020) del dato epidemiologico, a seconda degli indicatori definiti nel protocollo di *Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale* dell'8 ottobre 2020, nel quale sono stati delineati quattro “scenari di trasmissione del virus sul territorio nazionale. Il Governo ha adottato le raccomandazioni previste nel documento programmatico, attenendosi in linea di massima agli “scenari” 2, 3 e 4 (si veda sul punto MINISTERO DELLA SALUTE, *Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale*, Roma, ISS, 2020, pp. 67-80) attribuendo ai medesimi una colorazione (gialla, arancione, rossa), con rivalutazione degli indicatori da parte del Ministero della salute su base settimanale. In continuità con le disposizioni sopra richiamate, l'art. 1, comma 3, d.l. 2 dicembre 2020, n. 158 ha prorogato sino al 6 gennaio 2021 la possibilità

procedure ed obblighi per la sicurezza individuale ⁽²³⁾ al blocco della circolazione e delle attività non ritenute “essenziali” ⁽²⁴⁾.

Invero, le “comprovate esigenze lavorative” erano già state previste sin dall’inizio quale ragione legittimante lo spostamento individuale in deroga al divieto di lasciare la propria abitazione, unitamente ad altre esigenze improrogabili ⁽²⁵⁾, ma tale possibilità è stata ridimensionata con l’individuazione dell’elenco di attività consentite ⁽²⁶⁾.

Tuttavia, proprio attorno al concetto di necessità/essenzialità è sorto il principale problema interpretativo, che ha portato ad un sostanziale cambio di paradigma rispetto al tenore letterale delle disposizioni: laddove l’attività non fosse stata espressamente vietata, sarebbe stato possibile collocarla in via estensiva in una categoria consentita ⁽²⁷⁾, proprio in virtù dell’ampiezza del concetto di “pubblica utilità”. Successivamente, tale impostazione è stata circoscritta limitando le esclusioni dal blocco alle sole attività necessarie per esigenze sanitarie o per garantire il minimo vitale. Infine, è stato attribuito al Prefetto il potere di ordinare lo svolgimento di tutte le attività non espressamente vietate ⁽²⁸⁾, a seguito di audizione informale delle parti sociali e ove ciò

di introdurre ulteriori restrizioni per la circolazione e per l’esercizio delle attività economiche, con riferimento espresso alle misure previste dall’art. 1, comma 2, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, anche indipendentemente dalla classificazione in livelli di rischio o di scenario adottata.

⁽²³⁾ Che, nel caso di esonero dal divieto, si traducono in un onere ulteriore per la sicurezza sui luoghi di lavoro, a fronte del quale è possibile ipotizzare la facoltà datoriale di sospendere «volontariamente o perché non è in grado di garantire la tutela della salute dei propri dipendenti o per motivi di opportunità economica» (C. GAROFALO, *La sospensione dell’attività lavorativa durante l’emergenza epidemiologica Covid-19*, in *LG*, 2020, n. 5, p. 434). Nel primo caso, il datore di lavoro «potrebbe validamente invocare l’impossibilità sopravvenuta della prestazione» (*ibidem*), potendosi concludere per la coercibilità delle raccomandazioni di cui al D.P.C.M. 11 marzo 2020 (massima diffusione del lavoro agile, predilezione per ferie e congedi retribuiti, sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili, adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio, sanificazione costante degli ambienti di lavoro, limitazione degli spostamenti).

⁽²⁴⁾ Ciò sin dal d.l. n. 6/2020, che aveva disposto nelle sole “zone rosse” la sospensione di tutte le attività lavorative non essenziali e non esercitabili attraverso modalità da remoto. Cfr. C. ALESSI, M. L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D’ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 151; C. CARCHIO, *Gli ammortizzatori sociali alla prova dell’emergenza Covid-19: un’ennesima conferma*, in *LG*, 2020, n. 5, p. 454; V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, cit., p. 334.

⁽²⁵⁾ Cfr. art. 1, comma 1, lett. a, D.P.C.M. 8 marzo 2020, sebbene limitatamente alle c.d. “zone rosse”.

⁽²⁶⁾ Il riferimento è all’art. 1, comma 2, lett. j, k, l, n e o, del d.l. n. 6/2020. Ma si vedano anche l’art. 1, d.P.C.M. 13 ottobre 2020, come modificato e integrato dall’art. 1, d.P.C.M. 18 ottobre 2020, e l’art. 1, d.P.C.M. 24 ottobre 2020.

⁽²⁷⁾ Sul piano applicativo, inoltre, l’interpretazione era rimessa in un primo momento alle imprese stesse, che, ove «ritenessero di rientrare nel novero delle “deroghe” alla sospensione» (G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, cit., p. 62), potevano inviare una comunicazione al Prefetto, con una traslazione non sempre chiara tra i doveri derivanti dalla normativa emergenziale e quelli di cui alle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro. Sul punto, è stato sostenuto che «la sospensione delle attività, in termini di sicurezza sul lavoro, non rientri tra le “misure di prevenzione” in senso stretto, come tali riconducibili alla specifica normativa di prevenzione (d. lgs. n. 81/2008), bensì alle più generali “precauzioni” di ordine pubblico-generale adottate per tutta la cittadinanza, la cui violazione comporta l’applicazione del relativo regime sanzionatorio (sanzioni amministrative)» (ivi, p. 63), sicché sarà da valutare in parallelo la responsabilità per violazione dell’art. 2087 c.c. ove occorra il contagio sul posto di lavoro (con tutte le complessità probatorie in merito).

⁽²⁸⁾ Così testualmente l’art. 1, comma 3, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2020.

rispondesse a ragioni di pubblica utilità o di effettività della prestazione del servizio, riecheggiandosi la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, sebbene il «fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati»⁽²⁹⁾ sembri qui dato per presupposto, una sorta di presunzione che non appare del tutto convincente.

3.1. La deroga per esigenze sanitarie

La prima categoria di attività consentite dall'art. 1, comma 1, lett. *i*, del d.P.C.M. 23 febbraio 2020 era strettamente connessa all'emergenza epidemiologica, in quanto relativa non solo all'erogazione delle prestazioni sanitarie⁽³⁰⁾, bensì anche alla produzione di apparecchi sanitari e dispositivi di protezione individuale⁽³¹⁾, essendo l'impegno del Governo finalizzato sia a contrastare la diffusione del virus sia a sostenere il SSN messo a dura prova dall'afflusso, senza precedenti, di malati da collocare in terapia intensiva. Se, dunque, l'incremento delle risorse stanziare a favore delle strutture pubbliche e private⁽³²⁾ ha rivestito una rilevanza centrale nelle disposizioni emanate, questo è da ricondurre non soltanto al carico di lavoro, senz'altro maggiore, ma anche alle misure adottate in merito alla sorveglianza sanitaria⁽³³⁾ ed al potenziamento dei protocolli di sicurezza sul lavoro, specialmente nello svolgimento di attività a più elevato rischio di contagio.

3.2. La deroga per il soddisfacimento dei bisogni essenziali

La seconda categoria di attività consentite a partire dall'emanazione del d.P.C.M. 23 febbraio 2020 comprendeva i servizi necessari ad assicurare alla popolazione il reperimento dei beni di prima necessità ed il soddisfacimento dei bisogni essenziali. Tale approccio presenta delle criticità in quanto il concetto di "minimo vitale"⁽³⁴⁾ è intimamente correlato alla tutela della persona nella sua dimensione socio-economica

⁽²⁹⁾ Art. 8, l. n. 146/1990.

⁽³⁰⁾ In merito alle quali si veda V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, cit., pp. 336 ss.

⁽³¹⁾ Si veda, ad es., il D.P.C.M. 10 aprile 2020, in base al quale «è sempre consentita l'attività di produzione, trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia sanitaria e dispositivi medico-chirurgici nonché di prodotti agricoli e alimentari» (art. 2, comma 5).

⁽³²⁾ Si tratta di un aspetto ricorrente nel proliferare di provvedimenti emergenziali, che hanno disciplinato una molteplicità trasversale di ambiti, a partire dall'agevolazione delle procedure di acquisizione di beni e servizi per le Amministrazioni coinvolte, sino allo snellimento delle assunzioni del personale sanitario ed ausiliario. A titolo esemplificativo, si veda soprattutto il d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, e, da ultimo, gli artt. 1, comma 1, 2, comma 6, e 4, del d.l. n. 34/2020.

⁽³³⁾ Si veda l'art. 1, comma 1, lett. *d*, del d.l. n. 19/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2020.

⁽³⁴⁾ Il termine è qui mutuato dal d.P.C.M. 13 ottobre 2016, in materia di tariffa sociale del servizio idrico integrato, laddove è definito il quantitativo di acqua minimo necessario al soddisfacimento dei bisogni essenziali. Più in generale, il fondamento costituzionale del "minimo vitale" si rinviene nel combinato disposto degli artt. 36 e 38 Cost.: oltre alla sua immediata percepibilità nel binomio

e, dunque, soffre di una discreta elasticità in funzione delle oscillazioni del sistema di *welfare* e dell'accesso alle misure assistenziali. Basti pensare al fatto che lo Stato ha assicurato l'apertura delle attività commerciali limitatamente alla vendita di generi alimentari, ma si è giustamente premurato di erogare sovvenzioni sotto forma di “buoni spesa” solo ai non abbienti. È un'ottica, questa, che prende le mosse proprio dall'impostazione del nostro sistema di sicurezza sociale e dai principi racchiusi nell'art. 38 Cost., ponendosi in primo piano la «necessità di intervenire per rimuovere o alleviare una situazione di sofferenza, di difficoltà economica, di emarginazione sociale o di minorazione fisica (ossia della c.d. *situazione di bisogno*)»⁽³⁵⁾.

In questo senso, si possono senz'altro ricomprendere nei servizi necessari alla tutela della dignità della persona tutte quelle prestazioni di assistenza residenziale⁽³⁶⁾ che, di contro, sono spesso riconducibili a fenomeni di lavoro sommerso e, dunque, nella pratica sono state ostacolate dalla trasparenza richiesta dalla disciplina emergenziale⁽³⁷⁾.

Allo stesso tempo, non si può prescindere da una catalogazione di tipo piramidale dei beni giuridici da tutelare, in quanto, inevitabilmente, pur volendo salvaguardare ogni diritto costituzionalmente protetto, nell'operare un bilanciamento può essere necessario comprimerne qualcuno. E, infatti, la necessità di acquistare beni di prima necessità, quali generi alimentari e medicinali, è stata ritenuta di importanza prioritaria, costituendo la prima deroga mai modificata – sia pur con alcune limitazioni, quali la possibilità di allontanarsi dal domicilio per un solo componente per nucleo familiare per volta – al divieto di spostamenti persino nelle “zone rosse”, mentre, in modo speculare, è stata disposta sin dal principio dell'emergenza la sospensione delle manifestazioni pubbliche e delle attività sportive non individuali.

proporzione/sufficienza della retribuzione in ottica di tutela della dignità, è stato autorevolmente sostenuto che esso discenda dal criterio di “sufficienza” di cui all'art. 38, primo comma, Cost. (cfr. M. CINELLI, *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *RDSS*, 2016, n. 1, p. 21; R. PESSI, *Tornando sul Welfare*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2016, n. 311, pp. 4-5). Contro la configurabilità nell'ordinamento italiano di uno «schema universale di “minimo vitale”» (N. NEGRI, C. SARACENO, *Le politiche contro la povertà in Italia*, Il Mulino, 1996, p. 12) si potrebbe obiettare che «il bisogno economico puro di per sé non dà titolo a una adeguata protezione, e ancora meno a una protezione individuale» (ivi, p. 57), scenario parzialmente mutato con l'introduzione del “reddito di cittadinanza” ad opera del d.l. n. 4/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 26/2019. Sul punto, anche in chiave prospettiva dato il riferimento all'analoga misura del reddito minimo di inserimento, cfr. S. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2003, n. 13, pp. 14 ss.

⁽³⁵⁾ E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *RIDPC*, 2017, n. 5, p. 1117.

⁽³⁶⁾ In merito al «problema di *colf* e badanti», si veda M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *LG*, 2020, n. 4, pp. 326 ss.

⁽³⁷⁾ Si tratta di una contrapposizione frutto di un sistema di tutele diametralmente opposte: da un lato, la salvaguardia della conservazione occupazionale, e, dall'altro, la corresponsione di un sussidio «che muove dalla negazione della condizione di lavoratore» (A. MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 8, p. VI). Per i lavoratori che si trovano nella “zona grigia” tra l'una e l'altra condizione, si concretizza il rischio che il sistema non sia sufficiente a compensare le difficoltà dovute al blocco forzato delle attività.

4. Profili critici

L'impostazione adottata dalle disposizioni anti-Covid ha avuto un impatto particolarmente forte per le situazioni di disagio sociale nelle quali, a fronte del dovere di "restare a casa", non poteva ritenersi sufficiente la promessa di sovvenzioni economiche incerte per consistenza e tempistiche ⁽³⁸⁾.

La qualificazione dei servizi alla persona all'interno delle prestazioni di *welfare* garantite dai soggetti pubblici e privati, già di per sé complessa ⁽³⁹⁾, ha subito infatti una torsione negativa a seguito della bipartizione tra attività essenziali e non essenziali ⁽⁴⁰⁾, che non si è rivelata efficiente a causa delle problematiche interpretative.

Allo stesso tempo, al momento di specificare meglio le attività consentite per dipanare i dubbi, il legislatore ha optato per l'utilizzo dei codici ATECO ⁽⁴¹⁾, non considerando la possibilità che un medesimo soggetto giuridico potesse svolgere attività rientranti sia nelle categorie consentite che in quelle non consentite, aggirando il divieto ⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ «L'impressione che si ricava leggendo in trasversale la normativa emergenziale [...] è quella del varo da parte dello Stato di un assistenzialismo di massa» che si estrinseca in una serie di «misure assistenziali distribuite a pioggia» (D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *LG*, 2020, n. 5, p. 430) che, se da un lato hanno rappresentato «una emorragia di risorse», dall'altro si sono stagliate quali «terapie "salvavita" per le imprese, i lavoratori e, in generale, le famiglie» (V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, cit., p. 333).

⁽³⁹⁾ Cfr. L. COLACINO CINNANTE, voce *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *DDPub*, 1958, vol. III, pp. 749 ss.; U. DE SIERVO, voce *Assistenza e beneficenza pubblica*, ivi, 1987, I, pp. 447 ss.; E. FERRARI, *I servizi sociali*, Giuffrè, 1986, pp. 108 ss.; E. FERRARI, *I servizi sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, vol. I, pp. 891 ss.; M. FERRERA, *L'analisi delle politiche sociali e del welfare state*, in M. FERRERA (a cura di), *Le politiche sociali*, Il Mulino, 2012, pp. 16 ss.; R. GIANOLIO, L. GUERZONI, G. P. STORCHI (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Franco Angeli, 1979; M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Assistenza (prof. cost.)*, in *DDPub*, 1958, vol. III, pp. 749 ss.; A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 2004, n. 4, pp. 831 ss.; M. STECCANELLA, *La nozione di "beneficenza pubblica" nell'odierno quadro legislativo e giurisprudenziale*, in R. GIANOLIO, L. GUERZONI, G.P. STORCHI (a cura di), *op. ult. cit.*, pp. 81 ss.

⁽⁴⁰⁾ In questo senso, si coglie un'oscillazione tra la funzione preventiva e quella compensativa dei servizi alla persona, in quanto le prestazioni previste dalla normativa anti-Covid sembrano in linea con un approccio di contrasto alla povertà basato sul sostegno economico più che su quello infrastrutturale. Se è naturale che la chiusura all'utenza degli uffici pubblici abbia comportato una giustificata riduzione delle interazioni tra popolazione ed istituzioni, allo stesso tempo sono state quasi ignorate le migliaia di invisibili che, privi di un'abitazione e dei requisiti per l'accesso alle prestazioni assistenziali, hanno dovuto affrontare la pandemia senza alcun sostegno se non quello prestato dai volontari, condividendo con questi ultimi il peso dell'emergenza: in altri termini, «ci si è preoccupati del rischio di contagio per chi è pagato per lavorare o per chi non lavorando ha percepito (o percepirà) i sussidi assistenziali del Governo Conte *bis*, al contempo inneggiando ipocritamente ai volontari che senza essere pagati né ricevendo sussidi, hanno svolto un ruolo fondamentale nell'emergenza, esponendosi al rischio di contagio (e spesso contraendo il virus)» (D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, cit., p. 430).

⁽⁴¹⁾ Cfr. V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, cit., p. 334.

⁽⁴²⁾ Un aspetto speculare è rappresentato dalla possibilità di «approfittare delle maglie larghe della normativa emergenziale, dando corso ad una sospensione dell'attività lavorativa pur in assenza di ragioni strettamente attinenti alla situazione emergenziale e al conseguente blocco delle attività produttive» (C. CARCHIO, *Gli ammortizzatori sociali alla prova dell'emergenza Covid-19: un'ennesima conferma*, cit.,

Da un punto di vista pratico, ciò ha portato a delle considerevoli difficoltà.

Così, prendendo quale esempio il bene giuridico della “tutela giurisdizionale dei diritti”, le attività processuali sono state di fatto rinviate *sine die*, tranne che per una casistica circoscritta ⁽⁴³⁾, nonostante le possibilità offerte dal progresso tecnologico (apertamente osteggiate soprattutto dagli avvocati penalisti) da considerarsi, in condizioni straordinarie, quale l’unica risposta possibile per evitare la paralisi della giustizia che, di fatto, non solo si è verificata, ma protrarrà i propri strascichi almeno per tutto il prossimo anno giudiziario, a causa dello slittamento di un calendario delle udienze che potevano essere celebrate regolarmente mediante trattazione scritta o con modalità di collegamento a distanza. Tutto ciò non tanto a detrimento delle categorie professionali coinvolte a vario titolo nella «pachidermica macchina della Giustizia», in qualche modo ristorate per ritardi e disagi attraverso una variegata gamma di prestazioni, quanto piuttosto delle parti in causa, costrette ad attendere per anni l’esito dei processi in un sistema giudiziario già di per sé farraginoso, o addirittura impossibilitate ad adire il giudice competente a causa del blocco totale delle cancellerie, come ad esempio è accaduto per i giudici di pace, nei confronti dei quali non trova ancora applicazione una riforma avviata ormai quasi un decennio fa ⁽⁴⁴⁾.

Stesse considerazioni possono essere formulate con riguardo al diritto all’abitazione, contemplato nell’art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, che in tempo di semi-sospensione delle attività degli uffici pubblici è stato compreso nella sua declinazione di accesso all’edilizia popolare ⁽⁴⁵⁾.

È ragionevole pervenire alle medesime conclusioni anche con riferimento agli altri diritti che nel periodo del *lockdown* hanno inevitabilmente subito una compressione ⁽⁴⁶⁾, la legittimità della quale va di pari passo con quella dell’operato del Governo in termini di conformità al dettato costituzionale.

p. 461). Sulla figura dell’abuso nel diritto del lavoro, si veda F. STAMERRA, *Intento elusivo e licenziamento pretestuoso: quando la motivazione diventa frode*, in *LG*, 2018, n. 2, p. 194, spec. nota 82, e ulteriore bibliografia.

⁽⁴³⁾ Si tratta dei casi espressamente elencati nell’art. 83, comma 3, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020. Cfr. L.M. DENTICI, *La giustizia del lavoro “ripensata” nella stagione dell’emergenza e il ruolo della tutela cautelare*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il Diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica*, LPO, 2020, p. 195; S. GALLEANO, *I provvedimenti concernenti la sospensione dei termini e delle attività processuali e lo svolgimento dei procedimenti urgenti nel D. L. n. 18/2020*, *ivi*, pp. 205 ss.

⁽⁴⁴⁾ Si veda soprattutto il d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 221/2012.

⁽⁴⁵⁾ Sulla cui valenza di “servizio pubblico” si veda l’omonimo contributo di M. NIGRO, *L’edilizia popolare come servizio pubblico*, in *RTDPub*, 1957, pp. 163 ss.

⁽⁴⁶⁾ Tra i diritti costituzionali interessati dalle disposizioni emergenziali, spiccano il diritto-dovere al lavoro (art. 4 Cost.), la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), la libertà religiosa (artt. 8 e 19 Cost.), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), il diritto-dovere all’istruzione (artt. 9 e 34 Cost.), la libertà sindacale (art. 39 Cost.), l’iniziativa economica (art. 41 Cost.) e al contempo l’esercizio del diritto di proprietà (art. 42 Cost.), il diritto al giusto processo e all’azione in giudizio (artt. 24 e 111 Cost.). Vi è anche chi ha sostenuto la compressione del diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.), ma tale ricostruzione (M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, cit., p. 1) non sembra tenere in debita considerazione la portata generale delle disposizioni, che esclude la riconducibilità alla riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 Cost. in favore della più concreta (e concretizzabile) riserva di legge prevista dall’art. 16 Cost. e, sia pur in modo a tratti rocambolesco, rispettata dal governo.

5. Le antinomie tra disposizioni nazionali e regionali

Sin dai primi provvedimenti emanati, il Governo ha delimitato i confini entro i quali gli altri organi amministrativi avrebbero potuto prevedere ulteriori restrizioni per gli spostamenti sul territorio e per lo svolgimento delle attività produttive consentite.

Se il sistema di riferimento è quello costituito dal combinato disposto degli artt. 32, l. n. 833/1978; 117, d.lgs. n. 112/1998; 50, d.lgs. n. 267/2000; 7, comma 1, lett. c, 24 e 25, d.lgs. n. 1/2018, allora, per la portata del fenomeno, Sindaci e Regioni avrebbero dovuto prendere atto della competenza statale per l'emanazione dei provvedimenti d'urgenza (le ordinanze contingibili e urgenti), astenendosi dall'introdurre disposizioni in contrasto con quelle previste a livello nazionale. Invece, nel brevissimo lasso temporale intercorso tra il d.l. n. 6/2020 ed il d.l. n. 19/2020 si è verificata una proliferazione incontrollata di ordinanze ⁽⁴⁷⁾, ricondotta a sistema soltanto a partire da quest'ultima disposizione, che ha fatto salva la possibilità di prevedere limitazioni più stringenti in caso di particolari necessità territoriali (cfr. l'art. 3), pur permanendo l'esclusione della legittimità delle disposizioni regionali in contrasto con quelle statali ⁽⁴⁸⁾.

In realtà, il cortocircuito istituzionale – cui ci ha condotto una strategia politica evidentemente avulsa dalla valutazione dell'interesse dei rappresentati ⁽⁴⁹⁾ – si è manifestato con una serie di provvedimenti che non hanno rispettato il principio di leale collaborazione ⁽⁵⁰⁾.

Così, se il ricorso compulsivo allo strumento dell'ordinanza da parte dei Presidenti delle Regioni ha generato seri dubbi sul piano costituzionale, la legittimità delle restrizioni nazionali è stata più volte confermata in sede giudiziale, sempre in funzione della preminenza della salute pubblica rispetto agli altri diritti fondamentali ⁽⁵¹⁾.

Per comprendere meglio la posizione assunta dalla giurisprudenza, è emblematica la ricostruzione del TAR Calabria che, con la sentenza n. 457 del 2020, ha fornito una

⁽⁴⁷⁾ «Un vero e proprio ginepraio inestricabile sul piano interpretativo» (A. BELLAVISTA, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 41).

⁽⁴⁸⁾ Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Trimestrale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, n. 2, pp. 17 ss.; F. PALLANTE, *Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 35.

⁽⁴⁹⁾ Una «smania di protagonismo» finalizzata a «realizzare obiettivi di *marketing* politico ed elettorale» (A. BELLAVISTA, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, cit., p. 44). Nello stesso senso, D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, cit., p. 429.

⁽⁵⁰⁾ L'esempio più lampante è stato rappresentato dalla proroga delle ordinanze sindacali emanate prima dell'entrata in vigore del d.l. 19/2020, finalizzata ad evitare l'inefficacia di cui all'art. 3, comma 2, del decreto medesimo.

⁽⁵¹⁾ Si veda C. Stato 7 aprile 2020, n. 735; C. Stato 30 marzo 2020, n. 1553; C. Stato 31 marzo 2020, n. 1611. Cfr. TAR Campania 21 marzo 2020, n. 436; TAR Campania 24 marzo 2020, n. 471; TAR Calabria 15 aprile 2020, n. 219; TAR Campania 17 aprile 2020, n. 783; TAR Sicilia 17 aprile 2020, n. 458; TAR Calabria 9 maggio 2020, n. 457. Le decisioni hanno in comune il presupposto che «la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo». È chiaro che le esigenze di natura pubblicistica sottese a tali pronunce passano anche dalla salvaguardia dell'ordine pubblico, laddove una remissione della questione alla Corte costituzionale in piena pandemia avrebbe rappresentato un elemento di disgregazione sociale insostenibile.

spiegazione esaustiva del rapporto tra Stato e Regioni nell'intervento finalizzato al contrasto della diffusione dell'epidemia. In tale controversia, la Presidenza del Consiglio dei ministri ha impugnato l'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020, emanata dal Presidente della Regione Calabria, con la quale quest'ultimo aveva disposto anzitempo la riapertura delle attività di ristorazione. Al di là delle questioni processuali di legittimazione delle parti e di ammissibilità del ricorso, superate positivamente, la posizione del Collegio nel merito è stata cristallina: partendo dall'attribuzione in capo allo Stato della competenza legislativa non solo in materia di profilassi internazionale, ma anche – in quanto le materie concorrenti sono avocate verso la sede centrale per il principio di sussidiarietà, data la necessità di un coordinamento nazionale – di tutela della salute e di protezione civile ⁽⁵²⁾, il TAR ha ricostruito la possibilità di limitare la libertà d'iniziativa economica per la tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana ⁽⁵³⁾, ammettendo che la legge, anche mediante delega al potere esecutivo, possa limitare o sospendere le attività commerciali per affrontare l'emergenza sanitaria. Al fine di delineare meglio il quadro costituzionale all'interno del quale incardinare l'art. 1, d.l. n. 19/2020, il giudicante ha dissipato i dubbi sulla potenziale violazione dell'art. 118 Cost. da parte del Governo, rimarcando come proprio in base a quest'ultima norma sia necessario, applicando il principio di sussidiarietà, che le misure precauzionali siano definite in modo unitario sul territorio nazionale. Inoltre, poiché il contenuto del decreto contestato (che per la Corte non ha natura di atto normativo, bensì quella di atto amministrativo generale) è stato predeterminato dalla legge sia nelle finalità che nei limiti e nell'individuazione dei soggetti legittimati, non possono ritenersi violati neppure il principio di legalità e la riserva di legge di cui all'art. 16 Cost. Ne è conseguita l'illegittimità dei provvedimenti locali più permissivi, al punto che essi sono stati ritenuti lesivi del dovere di leale collaborazione.

Tuttavia, a causa della formulazione più ampia del d.l. n. 6/2020, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri emanati nella sua vigenza, nonostante siano stati sostanzialmente recepiti sia nei provvedimenti governativi che nei decreti successivi, non godono delle stesse certezze in merito alla loro legittimità costituzionale e, pertanto, specialmente nel caso in cui le controversie sulle sanzioni comminate durante la pandemia per violazione delle disposizioni anti-contagio dovessero condurre al vaglio della Corte costituzionale, è configurabile la risarcibilità dei danni subiti nel caso di illegittimità dell'operato governativo e della sussistenza della lesione di un diritto soggettivo ⁽⁵⁴⁾.

6. Considerazioni conclusive

Alla luce delle problematiche analizzate, è evidente come l'individuazione dei servizi essenziali (e, quindi, delle attività consentite), specialmente prima dell'apice della c.d.

⁽⁵²⁾ Cfr. art. 117 Cost.

⁽⁵³⁾ Così l'art. 41 Cost.

⁽⁵⁴⁾ Così C. Stato 31 marzo 2000, n. 1611; nello stesso senso, cfr. A. BELLAVISTA, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, cit., p. 48.

“fase uno”⁽⁵⁵⁾, non sia stata univoca ma, piuttosto, suscettibile di diverse interpretazioni. Infatti, anche nei casi in cui il legislatore dell'emergenza ha enucleato in modo piuttosto preciso quali attività potessero essere esercitate in deroga al divieto generale, è mancato un raccordo tra norme nazionali e regionali che, in concreto, avrebbe quantomeno alleviato la frizione che ha, viceversa, portato ad un crescente contrasto sociale tra coloro che potevano continuare a lavorare e gli altri, costretti all'inattività e all'attesa dei sussidi statali nonostante, in base alla loro percezione soggettiva, l'attività svolta potesse essere considerata indispensabile.

In questo senso, l'essenzialità è stata chiaramente letta in modo subordinato rispetto alla tutela della vita, transcendendo ogni precedente distinzione tra pubblico e privato o tra tipologie di servizi essenziali intesi in vario modo nei diversi rami dell'ordinamento nazionale e comunitario. Piuttosto, l'“essenzialità nell'emergenza” ha assunto delle connotazioni del tutto peculiari, esulando dalle ordinarie definizioni per rappresentare l'emblema dell'“eccezionalità” quale deroga circoscritta ai “casi e i tempi” considerati.

⁽⁵⁵⁾ Il riferimento è alla divisione in “fasi” da parte del Governo: la c.d. “fase uno” è generalmente collocata a partire dall'emanazione d.P.C.M. 11 marzo 2020 “#IoRestoaCasa” sino alla piena operatività del d.P.C.M. 26 aprile 2020, con il quale è stato disposto l'inizio della “fase due” a partire dal 4 maggio 2020.

Lavorare durante l'emergenza: misure, premi e dispositivi di protezione

di Francesca Nardelli

Abstract – Il contributo esamina alcune delle misure emergenziali adottate dal Governo per potenziare il Servizio Sanitario Nazionale nonché i principali strumenti posti a tutela della salute e sicurezza di tutti quei lavoratori “costretti” a recarsi presso il luogo di lavoro e ad esporsi, più di altri, al rischio di contrarre il Covid-19. Si analizzano anche le misure previste in favore delle imprese per il miglioramento delle condizioni di lavoro, interrogandosi sull'adeguatezza delle disposizioni d'urgenza rispetto alle “nuove” esigenze. Il lavoro si concentra, poi, sulle misure di alleggerimento degli obblighi di rendicontazione al Ministero del Lavoro delle Politiche Sociali, gravanti sulle regioni, gli ambiti territoriali e i comuni. Infine, viene posta sotto la lente la normativa di semplificazione attuata per il più facile reperimento dei dispositivi di protezione, anche attraverso un raffronto con la disciplina ordinaria in materia di contratti pubblici.

Abstract – The essay examines some of the emergency measures adopted by the Government to strengthen the Italian National Health Service, the main tools used to protect the health and safety of all those “forced” workers, according to the essential nature of the activity performed, to go to the workplace and to expose themselves, more than others, to the risk of contagion, as well as the measures envisaged in favour of companies for the improvement of working conditions, questioning the adequacy of the emergency provision with respect to the “new” needs of workers and employers and to the different structure of the working environment. The work examines, afterwards, the measures to alleviate the reporting obligations to the Ministry of Labour and Social Policies, affecting the regions, territorial areas and municipalities. Finally, the essay examines the simplification work carried out for the easier finding of the protective devices, also through a comparison between the ordinary rules on public contracts and the extraordinary ones specifically introduced in the current emergency.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Al lavoro durante l'emergenza: “*the work must go on*”. – 2.1. La carenza di personale sanitario. Le nuove e “vecchie” reclute. – 2.2. La quarantena non è per tutti. La situazione degli operatori sanitari. – 2.2.1. La profilassi del personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. – 2.3. Incentivi in favore del personale sanitario e premio per i lavoratori dipendenti. – 3. Procedure di acquisto dei dispositivi di protezione “in deroga”. – 4. Fondi e servizi sociali. – 5. Il regime di produzione, importazione, immissione in commercio e utilizzo dei dispositivi: la validazione straordinaria Iss e Inail. – 6. S.O.S. ossigeno. – 7. Misure di sostegno alle imprese per la riduzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro. – 8. La sorveglianza sanitaria eccezionale. – 9. *At last but not at least*: le semplificazioni in favore dei lavoratori stagionali. Più i benefici o i pericoli? – 10. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

«Il Coronavirus come in tempo di guerra» (1).

Il Coronavirus come «l'apocalisse che non ci aspettavamo» (2).

Il Coronavirus «come la Peste nera» (3).

È questo il tragico scenario che ormai da mesi il mondo conosce. Un'inaspettata pandemia sembra aver messo in ginocchio la salute degli abitanti e creato gravi scompensi anche all'economia del Paese. Tutto ciò ha giustificato la fitta attività di decretazione d'urgenza che, susseguitasi quasi a ritmo quotidiano, ha tentato di disciplinare le più diffuse problematiche insorte.

Alla luce di tali premesse, saranno di seguito esaminati alcuni degli strumenti di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale che ha ricevuto attenzione da parte del Governo in quanto servizio strategico per il benessere nazionale. La crisi epidemiologico-sanitaria ha, infatti, rimarcato le già presenti criticità del SSN anche con riferimento ai tagli operati sul personale in seguito all'attuazione del piano di rientro della spesa sanitaria (4).

Il contributo analizzerà, poi, le principali misure poste a favore di tutti quei lavoratori "costretti", in funzione dell'essenzialità dell'attività prestata, a recarsi presso il luogo di lavoro e ad esporsi, più di altri, al rischio di contagio; si proseguirà con la disamina delle misure previste in favore delle imprese per la riduzione del rischio da contagio nei luoghi di lavoro e degli strumenti posti a tutela dei lavoratori più fragili. Il *focus* si sposterà così sull'affannosa questione delle mascherine e, in generale, dei dispositivi di protezione, per cui sono state ammesse specifiche procedure derogatorie di acquisto e di validazione. Infine, saranno illustrate alcune delle semplificazioni in favore dei settori agricolo, della pesca e dell'acquacoltura che non hanno, durante l'emergenza, trovato uno "stop" operativo.

2. Al lavoro durante l'emergenza: "the work must go on"

L'emergenza sanitaria del Paese ha visto il Governo abbassare le saracinesche della maggior parte delle attività produttive e commerciali sull'intero territorio nazionale, ad eccezione delle attività che erogano servizi di pubblica utilità, dei servizi essenziali di cui alla l. n. 146/1990, e di quelle che «possono proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile» (5).

(1) Così M. MISCIONE, *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *LG*, 2020, n. 4, pp. 321 ss.

(2) Si veda L. PENNY, *Questa non è l'apocalisse che ci aspettavamo*, in www.internazionale.it, 3 aprile 2020.

(3) Cfr. G. CADALANU, *Lo storico Hatcher: "Come la Peste nera, questa pandemia ci porterà a ripensare la società"*, in www.repubblica.it, 25 aprile 2020.

(4) Sul punto si veda A. BUTTAFUOCO, *Il potenziamento delle risorse umane per fronteggiare l'emergenza sanitaria: modalità di reclutamento e tipologie contrattuali*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, LPO, 2020, pp. 13 ss.

(5) Cfr. d.P.C.M. 11 marzo 2020 con cui sono state sospese le attività a maggior rischio di contagio, d.P.C.M. 22 marzo 2020 che ha disposto la chiusura fino al 3 aprile 2020, d.P.C.M. 1° aprile 2020 che ha esteso la misura sospensiva sino al 13 aprile, d.P.C.M. 10 aprile 2020 che l'ha ulteriormente prorogata fino al 3 maggio 2020 e d.P.C.M. 26 aprile 2020 che, introducendo ulteriori codici Ateco relativi alle attività consentite, ha prolungato la misura fino al 17 maggio. Da ultimo il d.P.C.M. 3 novembre 2020, prevedendo la classificazione delle regioni italiane in tre aree, per il tramite di apposita

Numerosi, di conseguenza, i lavoratori che hanno continuato a rendere la propria attività nei luoghi di lavoro ⁽⁶⁾: basti pensare, tra gli altri, agli operatori dell'ambito sanitario, al personale delle Forze Armate e delle Forze di Polizia, ai lavoratori impiegati nell'attività di produzione, trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci; al personale impiegato nell'ambito dei servizi bancari, finanziari, assicurativi, o nel settore alimentare; ai dipendenti impiegati presso reparti produttivi che, evidentemente, non hanno potuto essere dispensati dalla prestazione di lavoro, anche al fine di salvaguardare l'integrità degli impianti.

2.1. La carenza di personale sanitario. Le nuove e “vecchie” reclute

In considerazione dell'aumento esponenziale del numero dei contagi che ha messo al centro dell'attenzione il ruolo del Servizio Sanitario Nazionale (essenziale e determinante per fronteggiare l'emergenza epidemiologica) ⁽⁷⁾, il Governo ha chiamato e “richiamato” in servizio, per irrobustire la mole degli operatori già impegnati quotidianamente, ulteriore personale sanitario.

Infatti, con l'intento «di garantire livelli essenziali di assistenza sanitaria e assicurare un incremento dei posti letto per la terapia intensiva e subintensiva che si rendano necessari» per la cura dei positivi al virus, le aziende e gli enti del Servizio Sanitario Nazionale hanno potuto conferire ⁽⁸⁾ – sino al perdurare dello Stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri ⁽⁹⁾ – incarichi di lavoro autonomo, anche di collaborazione coordinata e continuativa (di durata non superiore a sei mesi, prorogabili

ordinanza del Ministro della salute, in base ai livelli di criticità ivi presenti, ha inibito l'esercizio di talune attività precipuamente individuate (a titolo esemplificativo, nelle aree caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto, l'art. 3, comma 4, lett. b, ha sospeso le attività commerciali al dettaglio, fatta eccezione per le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità individuate nell'allegato 23 del medesimo d.P.C.M.).

⁽⁶⁾ La prosecuzione delle attività all'interno dei luoghi di lavoro è subordinata al rispetto dell'ampio ventaglio di misure precauzionali prescritte dal Protocollo condiviso di regolamentazione per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro, siglato tra il Governo e le parti sociali, e alla conseguente adozione – obbligatoria – di specifici protocolli anti-contagio. Il Protocollo del 14 marzo è stato seguito da altri Protocolli con efficacia integrativa rispetto al primo e settoriale. Tra questi, il Protocollo del 19 marzo, per i settori Trasporti e Servizi, il Protocollo 24 marzo per i settori Sanità, Servizi Socio-sanitari e Socio-assistenziali, il Protocollo 24 aprile per i cantieri. Si rinvia all'[elenco degli accordi collettivi](#) pubblicato sul sito dell'Osservatorio Olympus. L'insieme delle disposizioni dettate dal Protocollo del 14 marzo è stato integrato dal successivo Protocollo del 24 aprile 2020, allegato al d.P.C.M. 26 aprile 2020 e parimenti stipulato tra Governo e Parti Sociali.

⁽⁷⁾ L'importanza strategica del Servizio Sanitario ha giustificato proposte sulle future misure di potenziamento, in vista anche di una possibile ricaduta della pandemia. Al riguardo, il Presidente del Consiglio Superiore di Sanità ha illustrato, in Commissione Sanità del Senato, le strategie future da perseguire. In sostanza, i target si muoveranno lungo diverse direttrici: garantire in maniera stabile l'incremento delle terapie intensive, aumentare, d'intesa con il MIUR, i posti di specializzazione per rianimatori e creare *Covid-Hospital* o almeno aree Covid-19 in ospedali e pronto soccorso con percorsi separati.

⁽⁸⁾ Si veda l'art. 2-*bis* del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽⁹⁾ Ai sensi dell'art. 1, comma 3, del d.l. n. 83/2020, il termine del 31 luglio, previsto dall'art. 2-*bis*, commi 1 e 5, del d.l. n. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020, è stato prorogato dapprima al 15 ottobre 2020 e successivamente, ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. a, d.l. n. 125/2020, al 31 dicembre 2020.

in ragione del prolungarsi dello stato di emergenza), ad iscritti ad albi delle professioni sanitarie, degli operatori socio-sanitari, ai medici iscritti all'ultimo e al penultimo anno di corso delle scuole di specializzazione, anche se non collocati utilmente nella graduatoria appositamente prevista e finalizzata all'accesso alla dirigenza del ruolo sanitario ⁽¹⁰⁾ nonché al personale medico, veterinario, sanitario e socio-sanitario collocato in quiescenza, possibilità quest'ultima che ha messo a fuoco, come osservato ⁽¹¹⁾, una già denunciata ⁽¹²⁾ carenza di personale sanitario aggravata sì col diffondersi del virus, ma creatasi in passato a causa della massiccia adesione nel settore pubblico a “Quota 100”.

Inoltre, gli enti e le aziende sanitarie, verificata l'impossibilità di utilizzare personale già in servizio nonché di ricorrere agli idonei collocati in graduatorie concorsuali in vigore, hanno potuto, entro lo stesso periodo temporale, conferire incarichi individuali annuali e non rinnovabili al personale delle professioni sanitarie, agli operatori socio-sanitari e, per la durata di sei mesi ⁽¹³⁾, ai medici specializzandi iscritti regolarmente all'ultimo e al penultimo anno di corso della scuola di specializzazione, previo espletamento di una procedura di valutazione comparativa per titoli e colloquio ⁽¹⁴⁾. Non poche le deroghe sussumibili sotto la stipulazione di tali contratti, a partire dal divieto di conferimento da parte delle pubbliche amministrazioni di incarichi di lavoro autonomo o parasubordinato ⁽¹⁵⁾ anche a lavoratori pubblici e privati collocati in quiescenza ⁽¹⁶⁾, sino ad arrivare all'assenza dell'obbligo di indizione di una procedura comparativa, ritenuta indispensabile dall'art. 7, d.lgs. n. 165/2001, e alla non applicazione dell'incumulabilità tra reddito da lavoro e trattamento pensionistico da “Quota 100”, in deroga all'art. 14, comma 3, d.l. n. 4/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 26/2019.

2.2. La quarantena non è per tutti. La situazione degli operatori sanitari

L'impegno richiesto agli operatori dell'ambito sanitario si è esteso ben oltre il perimetro dello svolgimento dell'attività lavorativa in sé considerata.

Infatti, per evitare pregiudizievoli “stop” allo svolgimento dei servizi pubblici essenziali, alla filiera di produzione dei farmaci e dei dispositivi medici e diagnostici e alle relative attività di ricerca e della filiera integrata dei subfornitori, la quarantena precauzionale ⁽¹⁷⁾, applicata ai soggetti venuti in contatto con casi confermati di positivi

⁽¹⁰⁾ Si veda l'art. 1, commi 547 e 548-*bis*, della l. n. 145/2018.

⁽¹¹⁾ In dottrina, si veda M. DALLA SEGA, *L'emergenza sanitaria, Quota 100 e la necessità di un rimedio*, in *Boll. ADAPT*, 2020, n. 13.

⁽¹²⁾ Cfr. M. BRAMBILLA, *Quota 100: tante pensioni, poche assunzioni. Una staffetta sbagliata*, in *L'Economia*, 25 marzo 2019.

⁽¹³⁾ Si veda l'art. 3, comma 1, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, che ha modificato l'art. 2-*ter* del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽¹⁴⁾ Si veda l'art. 2-*ter* del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽¹⁵⁾ Salva l'ipotesi che essi siano conferiti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 5, comma 9, del d.l. n. 95/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 135/2012, e successive modificazioni.

⁽¹⁶⁾ Si veda l'art. 5, comma 9, del d.l. n. 95/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 135/2012.

⁽¹⁷⁾ Si veda l'art. 1, comma 2, lett. *d*, del d.l. n. 19/2020.

al Covid-19, non è stata applicata agli impiegati nei predetti settori ⁽¹⁸⁾; per essi è, infatti, stata prevista la sospensione dell'attività solo in caso di sintomaticità manifesta o di positività accertata pur se sottoposti – lavorando – a sorveglianza sanitaria e, quindi, al costante monitoraggio della loro salute che avrebbe richiesto, in una “normale” ipotesi, l'isolamento di quattordici giorni a partire dalla data di esposizione al rischio.

La disposizione ha attratto a sé «lo sconcerto e la rabbia generata nei professionisti» trasposti nero su bianco dalle organizzazioni sindacali che ne hanno esortato la cancellazione ⁽¹⁹⁾.

Gli interrogativi che a prima vista possono emergere riguardano anzitutto la disparità di trattamento rispetto al resto dei lavoratori che hanno potuto trascorrere i quattordici giorni presso la propria abitazione “liberi dal lavoro” e, d'altra parte, la salute dei pazienti e di chiunque vi sia entrato in contatto, avendo potuto essi costituire un potenziale diffusore del contagio con conseguente vanificazione della propria funzione. A ben guardare, l'applicazione nelle modalità “ordinarie” della quarantena a tali lavoratori avrebbe avuto scarsa utilità. Si immagini, ad esempio, il caso di un infermiere impiegato presso un *Covid-Hospital*. In tale circostanza, il contatto con il positivo al virus appare “più probabile che non”. L'infermiere avrebbe così dovuto alternare la propria presenza, a ritmo di quattordici giorni, tra struttura sanitaria e propria dimora perché, al termine del periodo di osservazione, sarebbe ritornato sul luogo di lavoro entrando in contatto con altri positivi. Insomma, un circolo vizioso che avrebbe necessitato, per il suo completamento, di una situazione di zero contaminati, circostanza sicuramente auspicabile ma, nel breve periodo, di difficile realizzazione.

Alla luce di queste considerazioni, la soluzione più opportuna è stata individuata nella sottoposizione ad isolamento dell'operatore solo al termine del suo incarico presso il reparto o la struttura fermo restando, nel corso dello svolgimento dell'attività lavorativa, un serrato monitoraggio con cadenze periodiche dei test di laboratorio necessari a far emergere l'eventuale positività al virus, come peraltro suggerito dal Protocollo per la prevenzione e la sicurezza dei lavoratori della Sanità, dei Servizi Socio Sanitari e Socio Assistenziali in ordine all'emergenza sanitaria da Covid-19 ⁽²⁰⁾. In tal modo, è stata assicurata non solo una maggiore tutela della salute del lavoratore, ma è stato altresì circoscritto il potenziale rischio di formazione di ulteriori focolai epidemici, anche con riguardo al rientro dell'operatore nel luogo di lavoro *ante* Covid-19.

⁽¹⁸⁾ Si veda l'art. 14 del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020. L'articolo coordina il disposto dell'art. 14 del provvedimento in esame, nel testo originario, e dell'art. 7 del d.l. n. 14/2020.

⁽¹⁹⁾ Il 14 marzo 2020, Cgil, Cisl e Uil hanno denunciato al Presidente del Consiglio, al Ministro della Salute ed al Commissario Straordinario, le riscontrate difficoltà nell'ambito delle attività svolte all'interno delle strutture sanitarie e sociosanitarie, chiedendo la cancellazione, in sede di conversione, dell'art. 7 del d.l. n. 14/2020.

⁽²⁰⁾ Siglato lo scorso 24 marzo da Cgil, Cisl e Uil e Ministro della Salute.

2.2.1. La profilassi del personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco

Simile discorso può essere condotto in relazione alla situazione del personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco ⁽²¹⁾. Spetta, in particolare, alle rispettive Direzioni centrali di sanità l'individuazione – condotta d'intesa tra le Amministrazioni coinvolte – di misure precauzionali uniformi volte a garantire la tutela della salute del personale e, al contempo, la prosecuzione delle attività.

Tuttavia, l'ambita concertazione non ha trovato piena realizzazione. È il caso, ad esempio, della situazione del personale della Polizia di Stato e di quello della Polizia Penitenziaria, nel cui ambito sono state adottate linee guida dai tratti sostanzialmente differenti ⁽²²⁾.

Da un lato, per la Polizia di Stato, il Dipartimento della Pubblica Sicurezza competente ha previsto che, in caso di soggetti asintomatici con anamnesi positiva per contatto a rischio, il personale sospenda la propria attività e sia sottoposto alla quarantena con sorveglianza attiva; dall'altro, l'omologo Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha stabilito che il lavoratore, «nell'unica prospettiva di salvaguardare l'ordine e la sicurezza pubblica collettiva», debba continuare a prestare servizio anche nel caso di avvenuti contatti con persone contagiate o che si sospetti siano tali. Solo in caso di comparsa di sintomi simil-influenzali il dipendente è tenuto immediatamente a lasciare il luogo di lavoro e ad avvertire il proprio medico curante e l'Autorità sanitaria. Verosimilmente le ragioni di tali differenze sono da ricondursi alle croniche carenze di organico che affliggono le case circondariali; v'è il rischio, in ogni caso, di mettere pesi diversi sulla bilancia creando disparità organizzative e di trattamento tra le Amministrazioni coinvolte.

In quest'ottica, forse, sarebbe stato più opportuno individuare, di concerto tra le Amministrazioni, alcune linee guida comuni da seguire nel particolare contesto emergenziale, fatte salve le integrazioni ritenute necessarie in relazione ai servizi prestati.

2.3. Incentivi in favore del personale sanitario e premio per i lavoratori dipendenti

L'impegno ulteriore richiesto ai lavoratori non dispensati dallo svolgimento dell'attività entro i luoghi di lavoro ha determinato il Governo a riconoscere degli incentivi in favore del personale del Servizio Sanitario Nazionale ⁽²³⁾ nonché l'istituzione di un premio per i lavoratori impiegati nelle attività non sospese ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Si veda l'art. 73-*bis* del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2010. La disposizione riproduce l'art. 21 del d.l. n. 9/2020.

⁽²²⁾ Si tratta, per la Polizia di Stato, della circ. 17 marzo 2020, n. 850/A.P.I. – 2097, reperibile in www.uilpolizia.com, e della circ. 13 marzo 2020, n. 87186, reperibile in www.poliziapenitenziaria.it.

⁽²³⁾ Si veda l'art. 1 del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽²⁴⁾ Si veda l'art. 63 del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

Sono state così incrementate le risorse del fondo per le retribuzioni delle condizioni di lavoro della dirigenza medica e sanitaria ⁽²⁵⁾ e del fondo condizioni di lavoro e incarichi del personale del comparto sanità ⁽²⁶⁾, dirette prioritariamente ad assicurare al personale quotidianamente impegnato all'interno degli enti e delle aziende del Servizio Sanitario Nazionale una ulteriore remunerazione delle prestazioni di lavoro straordinario effettuate.

Non sono mancate anche iniziative di solidarietà nei confronti di tutti gli operatori sanitari, gli “eroi”, che hanno perso la vita per aiutare i propri pazienti ⁽²⁷⁾.

È stato, infatti, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri un fondo di dieci milioni di euro da devolvere in favore dei familiari degli esercenti le professioni sanitarie, degli esercenti la professione di assistente sociale e degli operatori socio-sanitari ⁽²⁸⁾ che «nel corso della durata dello stato di emergenza abbiano contratto una patologia alla quale sia conseguita la morte come effetto diretto ovvero come concausa del contagio» ⁽²⁹⁾.

Oltrepassando i confini dell'ambito propriamente sanitario, l'art. 63, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, ha previsto l'obbligo, incombente sui datori di lavoro pubblici e privati che fungano da sostituti di imposta, di anticipare un premio *una tantum* ⁽³⁰⁾ (recuperabile in un secondo momento tramite la compensazione dei crediti di imposta) ⁽³¹⁾ nei confronti dei lavoratori dipendenti che nel mese di marzo 2020 abbiano prestato attività lavorativa presso la sede aziendale ⁽³²⁾.

Tre sono state le condizioni necessarie per il riconoscimento del c.d. *bonus*: la prima, di carattere temporale, ha richiesto che la prestazione lavorativa sia stata svolta nel mese di marzo 2020; la seconda, che essa sia stata espletata nella “sede di lavoro” e cosa si intenda con quest'espressione lo ha chiarito l'Agenzia delle Entrate riferendola non solo all'attività svolta presso l'ordinaria sede lavorativa, ma anche alla prestazione resa al di fuori di essa con riguardo, ad esempio, ai lavoratori del trasporto e dell'autotrasporto, ai dipendenti della logistica impegnati in contesti diversi, agli addetti ai servizi di vigilanza, ai lavoratori in trasferta o in missione, a condizione che essa non

⁽²⁵⁾ Istituito con l'art. 96 del CCNL relativo ai dirigenti (medici, sanitari, veterinari e delle professioni sanitarie) dell'area Sanità per il triennio 2016-2018.

⁽²⁶⁾ Istituito con l'art. 80 del CCNL relativo al personale del comparto Sanità per il triennio 2016-2018.

⁽²⁷⁾ Secondo l'elenco pubblicato sul sito della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, sono 179 i medici deceduti nel corso dell'epidemia registrati fino al 1° ottobre 2020.

⁽²⁸⁾ Si veda l'art. 10 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, che ha modificato l'art. 22-*bis*, comma 1, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽²⁹⁾ Si veda l'art. 22-*bis* del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020 e ulteriormente modificato dall'art. 2, comma 6, lett. *a*, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020.

⁽³⁰⁾ Le linee guida relative alle modalità di computo e di erogazione del premio sono state dettate dall'Agenzia delle entrate, con risoluzione 31 marzo 2020, n. 17/E, con 3 aprile 2020, circ. n. 8/E, con risoluzione 9 aprile 2020, n. 18/E, e con circ. 6 maggio 2020, n. 11/E, tutte reperibili in www.agenziaentrate.gov.it.

⁽³¹⁾ Si veda l'art. 17 del d.lgs. n. 241/1997.

⁽³²⁾ Per un'analisi dettagliata della misura e delle relative modalità di calcolo si vedano E. MASSI, *100 euro: il premio ai lavoratori dipendenti al tempo del Covid-19*, in www.dottorinalavoro.it, 25 aprile 2020, e R. CAMERA, *Premio 100 euro in busta paga da aprile. Come si calcola?*, in *Ipsos Quotidiano*, 14 aprile 2020.

si sia svolta all'estero; la terza, infine, ha guardato al reddito del lavoratore che non deve aver oltrepassato, nel corso del 2019, la soglia dei 40.000 euro lordi per lavoro dipendente ⁽³³⁾.

3. Procedure di acquisto dei dispositivi di protezione “in deroga”

L'emergenza sanitaria ha posto i Paesi colpiti dal virus dinanzi a non poche difficoltà anche sul fronte acquisti, con riguardo all'esigenza – che costituisce anche la condizione per lo svolgimento dell'attività lavorativa all'interno dei luoghi di lavoro ⁽³⁴⁾ – di essere muniti di appositi dispositivi medici, negli ambienti sanitari ⁽³⁵⁾, e di protezione individuale.

Per queste ragioni, è stato previsto un regime di acquisto “in deroga” ⁽³⁶⁾ dei predetti dispositivi prioritariamente in favore dei medici e degli operatori sanitari e sociosanitari impiegati in prima linea nella battaglia al Covid-19 ⁽³⁷⁾.

All'intervento nazionale ha fatto seguito quello della Commissione europea che ha dettato agli Stati membri – riproponendo in sostanza il contenuto della direttiva 2014/24/UE ⁽³⁸⁾ – orientamenti comuni, rivolti agli Stati membri, in materia di appalti

⁽³³⁾ A prescindere dal contratto in essere (es.: a tempo indeterminato, determinato, intermittente). Sul punto, l'Agenzia delle entrate ha chiarito con la circ. n. 8/E, ribadendo poi tale posizione con la circ. 6 maggio 2020, n. 11/E, che ai fini del computo del reddito complessivo non sono considerati né il reddito soggetto a tassazione progressiva Irpef né quello a tassazione separata o ad imposta sostitutiva. Dunque, non andranno calcolati, a titolo esemplificativo, i premi di risultato erogati nel corso del 2019 ovvero, nel caso in cui il dipendente abbia svolto la propria attività (durante il 2019) presso un altro datore di lavoro, il trattamento di fine rapporto percepito.

⁽³⁴⁾ Si pensi al Protocollo condiviso tra Governo e organizzazioni sindacali, stipulato in data 24 aprile 2020 che, nel dettare le misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro, ha precisato che «la prosecuzione delle attività produttive può avvenire solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione».

⁽³⁵⁾ Definiti dall'art. 1, lett. c, dell'ord. n. 4/2020 del Commissario straordinario come «strumenti, apparecchi e impianti utilizzati per finalità diagnostiche o terapeutiche nella cura del virus Covid-19».

⁽³⁶⁾ In concreto, la procedura prevista è resa esecutiva dall'art. 5-*quater* del d.l. n. 18/2020 che autorizza il Dipartimento della Protezione civile all'apertura di un conto corrente bancario per la regolazione delle transazioni e il pagamento immediato o anticipato delle forniture. Le risorse del conto non potranno subire, in quanto direttamente rivolte al perseguimento di un interesse della collettività, alcuna azione esecutiva o di pignoramento fino alla chiusura del medesimo. Sugli stipulati contratti di acquisto e su ogni altro atto negoziale non sarà, inoltre, esercitato alcun controllo interno né il controllo della Corte dei conti ai fini della verifica sulla relativa regolarità amministrativa e contabile. La responsabilità contabile e amministrativa è, infatti, circoscritta ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 5-*bis*, d.l. n. 18/2020, introdotto in sede di conversione in legge. Esso recepisce il contenuto delle già emanate ord. del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, 22 febbraio 2020, n. 638, e 25 febbraio 2020, n. 639. I dispositivi potranno essere acquisiti dal Dipartimento della Protezione civile, dai soggetti attuatori individuati e dal Commissario straordinario fino al 31 dicembre 2020, come da ultimo stabilito dall'art. 1, comma 3, lett. a, d.l. n. 125/2020 che ha prorogato il termine del 15 ottobre stabilito dall'art. 1, comma 3, del d.l. n. 83/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 124/2020.

⁽³⁸⁾ La direttiva 2014/24/UE è stata recepita, insieme alle direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE, dal recente Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016.

pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi del Covid-19 ⁽³⁹⁾ concedendo una certa flessibilità per il reperimento quanto più celere possibile degli strumenti per fronteggiare la crisi epidemiologico-sanitaria.

Le misure suggerite dalla Commissione europea, contenute nel paragrafo 2 della Comunicazione citata, vanno dalla riduzione dei termini delle procedure ordinarie di aggiudicazione ⁽⁴⁰⁾, al ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati», al «ricorso all'affidamento diretto ad un operatore economico preselezionato», se l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza ⁽⁴¹⁾. Spiegate le opzioni cui i singoli Stati membri possono ricorrere, la Commissione europea ha affidato ai Governi la scelta delle modalità ritenute più utili, in ragione delle peculiarità del relativo ordinamento, al raggiungimento dello scopo.

Onde operare un raffronto con gli orientamenti dell'UE, si rende necessaria l'analisi relativa alla portata derogatoria del procedimento di acquisto previsto in ambito nazionale che, considerata la generalità del tono con cui si esprime la disposizione dell'art. 5-*bis*, comma 1, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, c.d. cura Italia, – che si limita a menzionare una «deroga al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» – non appare di semplice individuazione ⁽⁴²⁾.

Trattandosi di una materia “delicata” come gli appalti, sarebbe stato preferibile che la deroga ai principi di trasparenza, pubblicità, concorrenzialità e parità di trattamento, fosse stata più specifica, con la precisa individuazione delle norme del Codice dei contratti pubblici da disapplicare nel particolare contesto emergenziale.

Il campo d'azione della deroga (più precisamente della “deroga della deroga”, intervenendo essa su norme di carattere già eccezionale) è dunque assai ampio e piuttosto confuso ⁽⁴³⁾.

Si pensi all'ulteriore snellimento delle procedure previste dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, che consente l'affidamento diretto degli appalti pubblici, e dagli artt. 63 e 163, che rispettivamente in casi di urgenza e di somma urgenza consentono l'aggiudicazione mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara e l'esecuzione anticipata del contratto da parte del Responsabile Unico del Procedimento o del tecnico dell'amministrazione competente entro il limite di 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità.

⁽³⁹⁾ Gli orientamenti sono contenuti nella Comunicazione della Commissione europea *Orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi del Covid-19*.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, § 2.2.

⁽⁴¹⁾ Ivi, § 2.3.

⁽⁴²⁾ Occorre, per delimitarne il perimetro, raccogliere qui e là, nelle varie ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, le disposizioni specificamente volte alla regolazione della procedura.

⁽⁴³⁾ Il riferimento è all'ord. 3 febbraio 2020, n. 630, recante *Primi interventi urgenti di Protezione Civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*. Al comma 3, rubricato *Deroghe*, si ritrova una estesa e generica elencazione delle misure derogabili.

Su un piano generale, il citato art. 36 detta una specifica procedura semplificata ⁽⁴⁴⁾ che esclude la consultazione degli operatori economici per affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro ⁽⁴⁵⁾ e prevede, in seguito alla modifica apportata dalla l. n. 55/2019 all'art. 36, comma 2, lett. *b*, la valutazione di preventivi, presentati dagli operatori economici, per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi ⁽⁴⁶⁾.

L'art. 63, che già contempla, tra le altre, una deroga ai termini previsti per le procedure aperte, ristrette o competitive per «ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice», disciplina l'istituto della procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione del bando di gara, cui le stazioni appaltanti possono ricorrere in casi tassativi e comunque previa adeguata motivazione. Questa procedura, come la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare ⁽⁴⁷⁾, rappresenta «un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva». Tale procedura consente alle Amministrazioni aggiudicatrici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti; dunque, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ⁽⁴⁸⁾, il richiamo all'urgenza eccezionale deve incontrovertibilmente implicare la necessità che il contratto sia stipulato nel più breve tempo possibile.

Questa premessa si è resa necessaria in quanto l'Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio, quasi a voler rimarcare il vasto potere discrezionale riconosciuto alle Amministrazioni per le procedure di acquisto ⁽⁴⁹⁾, ha consentito di derogare ulteriormente ai termini temporali previsti dal citato art. 63 «al fine di accelerare la procedura di scelta del contraente e avviare, per ragioni di estrema urgenza a tutela della salute e dell'ambiente, gli interventi infrastrutturali».

È stato consentito inoltre, fino al perdurare dello Stato di emergenza, di eccettuare dalla procedura di acquisto la consultazione degli operatori economici, con un'evidente limitazione del principio della massima partecipazione possibile posto a tutela della concorrenza ⁽⁵⁰⁾.

Infine, il Dipartimento della Protezione Civile nonché i soggetti attuatori e il Commissario straordinario hanno potuto disporre pagamenti anticipati dell'intera fornitura, in deroga al comma 18 dell'art. 35 del Codice dei contratti pubblici, fino alla

⁽⁴⁴⁾ In presenza di appalti e concessioni sotto la soglia di rilevanza comunitaria, individuata dall'art. 35 del Codice dei contratti pubblici.

⁽⁴⁵⁾ Art. 36, comma 2, lett. *a*.

⁽⁴⁶⁾ Per l'analisi di tale procedura, considerata quale *tertium genus* rispetto alla tradizionale procedura di affidamento diretto, si rinvia a S. USAI, *L'affidamento diretto mediato dalla valutazione di preventivi nella nuova legge 55/2019 di conversione del D.L. "sblocca cantieri"*, in *Appalti & Contratti*, 2019, n. 7-8, pp. 11 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. C. Stato 30 aprile 2019, n. 2787; nello stesso senso, TAR Trentino-Alto Adige 22 febbraio 2019, n. 36.

⁽⁴⁸⁾ Si veda Corte giust. ord. 20 giugno 2013, causa C-352/12, punti 50-52.

⁽⁴⁹⁾ Titolare, ai sensi dell'art. 5-*bis* del d.l. n. 18/2020, del potere di acquistare dispositivi di protezione individuali e medicali, insieme ai soggetti attuatori da lui individuati e al Commissario straordinario.

⁽⁵⁰⁾ Si veda l'art. 1 dell'ord. del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 22 febbraio 2020, n. 638.

misura del 50% del valore del contratto – superiore alla somma del 20% prevista – anche in assenza della costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa ovvero anche in misura superiore al 50%, ove necessario, previa adeguata motivazione⁽⁵¹⁾.

I dubbi che sorgono in relazione al c.d. *Public Procurement* non sono irrilevanti, coinvolgendo valori fondanti dell'ordinamento, quali i principi di trasparenza e pubblicità, che garantiscono non soltanto la correttezza del comportamento delle Amministrazioni pubbliche, ma anche un coinvolgimento collettivo, se intesi quali strumenti di avvicinamento del cittadino alla Pubblica Amministrazione.

In primis, la centralizzazione degli acquisti, originariamente congegnata in vista di una semplificazione procedurale, di razionalizzazione organizzativa e di una sostenibilità della spesa pubblica, rischia di essere ostacolata dalla eterogeneità delle scelte regionali in termini di assetto organizzativo delle centrali di committenza e dalla mancanza di un efficace controllo sulla trasparenza delle procedure di affidamento degli appalti pubblici oltre che sul pagamento anticipato del prezzo della fornitura⁽⁵²⁾. Inoltre, ma questo costituisce un problema di non recente genesi, v'è il timore che essa possa divenire un mero strumento di “risparmio” e non uno mezzo strategico di politica industriale, a scapito del livello di adeguatezza dell'assistenza sanitaria.

Concludendo, va fatto un cenno agli “strascichi corruttivi” che la previsione di deroghe di siffatto peso può favorire se rapportata, ad esempio, alle conseguenti procedure accelerate o alla possibilità riconosciuta alle Amministrazioni di stipulare contratti previa acquisizione di una sola autocertificazione dell'operatore economico⁽⁵³⁾.

Solo il tempo darà risposte; intanto, occorre non abbassare la guardia per evitare il rovescio della medaglia e trasformare l'auspicato benessere in “malaffare”.

4. Fondi e servizi sociali

L'art. 89 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, c.d. decreto rilancio, ha previsto un alleggerimento degli obblighi di rendicontazione al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, cui ha fatto riferimento anche l'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020, gravanti sulle «regioni, gli ambiti territoriali e i comuni»⁽⁵⁴⁾ in relazione alle risorse del Fondo nazionale per le politiche sociali⁽⁵⁵⁾, del Fondo nazionale per le non autosufficienze⁽⁵⁶⁾ del Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità prive di sostegno

⁽⁵¹⁾ Si veda l'art. 2, comma 1, dell'ord. del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 25 febbraio 2020, n. 639.

⁽⁵²⁾ Questioni già ricorrenti prima del verificarsi dell'emergenza pandemica. Si veda M. DI DONNA, *Aggregazioni e stazioni appaltanti*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, Giappichelli, 2018, vol. I, pp. 281 ss.

⁽⁵³⁾ Si veda l'art. 163, comma 7, del d.lgs. 50/2016, espressamente applicabile alle ipotesi di cui all'art. 63 del d.lgs. 50/2016, come specificato dall'ord. del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 3 febbraio 2020, n. 630.

⁽⁵⁴⁾ Si veda l'art. 89 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020.

⁽⁵⁵⁾ Si veda l'art. 59, comma 44, della l. n. 449/1997.

⁽⁵⁶⁾ Si veda l'art. 1, comma 1264, della l. n. 296/2006.

familiare ⁽⁵⁷⁾, e del Fondo nazionale per l'infanzia e l'adolescenza ⁽⁵⁸⁾, per ottenere la quota loro spettante per il 2020, oltre che un complessivo sostegno economico e sociale nazionale per il contrasto all'emergenza pandemica.

Il citato art. 89, in particolare, contempla, quale unica condizione necessaria per l'ottenimento dell'importo annuale di spettanza, la rendicontazione del 75% della quota relativa alla «seconda annualità precedente», prevedendo comunque che il residuo non rendicontato sia esposto entro la successiva erogazione.

L'elemento di novità risiede nella possibilità, concessa alle Amministrazioni beneficiarie, di includere nel novero delle spese sostenute nell'anno 2020, da rendicontare al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, anche quelle sopportate per la riorganizzazione dei servizi, l'approvvigionamento di dispositivi di protezione e l'adattamento degli spazi attuati nel contesto emergenziale.

Con riguardo al Fondo Nazionale per le politiche sociali, l'intervento dello Stato – cui spetta in generale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *m*, Cost., la determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» – sostanziatosi nella specificazione delle finalità di impiego delle risorse del fondo medesimo, può generare alcuni interrogativi con riguardo alla sua compatibilità con il sistema previsto e disciplinato dall'art. 119 Cost. che, imperniato sul principio di autonomia finanziaria delle Regioni, delle Province e dei Comuni ⁽⁵⁹⁾, comporta, tra le conseguenze, che le risorse del Fondo Nazionale per le politiche sociali non possono essere vincolate ad una specifica destinazione individuata a livello nazionale rientrando, la materia dell'assistenza sociale, nell'ambito della potestà legislativa esclusiva delle Regioni.

Considerazioni pratiche poi possono essere condotte con riguardo alla razionale gestione delle risorse da parte delle Regioni, degli ambiti territoriali e dei comuni che dovrà, proprio nell'ottica della migliore utilizzazione di esse, essere preceduta da una effettiva valutazione ed un reale monitoraggio del bisogno, a livello territoriale, di accedere a quei particolari sostegni.

5. Il regime di produzione, importazione, immissione in commercio e utilizzo dei dispositivi: la validazione straordinaria Iss e Inail

Con l'intento di incrementare l'approvvigionamento degli strumenti di protezione, le imprese hanno potuto produrre, importare e immettere sul mercato mascherine chirurgiche e dispositivi di protezione individuale “in deroga” fino al termine dello stato di emergenza ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Si veda l'art. 3, comma 1, della l. n. 112/2016.

⁽⁵⁸⁾ Si veda l'art. 1, della l. n. 285/1997.

⁽⁵⁹⁾ Alla luce della modifica del titolo V Cost., la materia dell'assistenza sociale rientra non più nell'ambito della potestà legislativa concorrente Stato-Regioni, ma in quello della potestà legislativa esclusiva delle Regioni. Sul punto, si veda C. cost. 29 dicembre 2004, n. 423.

⁽⁶⁰⁾ Si veda l'art. 15 del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

Di norma, le mascherine chirurgiche ⁽⁶¹⁾, sottoposte al controllo degli uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera (d'ora in poi uSMAF) in quanto dispositivi medici, necessitano sia della marcatura CE ⁽⁶²⁾ sia del nulla osta sanitario ⁽⁶³⁾ per essere immesse sul mercato.

D'altra parte, i dispositivi di protezione individuale (d'ora in poi DPI) – non trattandosi di dispositivi medici ma di apparecchiature e accessori destinati a essere indossati dal lavoratore – non rientrano tra le merci da sottoporre a sorveglianza sanitaria da parte dell'uSMAF richiedendo, all'atto della loro immissione sul mercato, la sola conformità ai requisiti essenziali di salute e di sicurezza che il produttore è tenuto a certificare redigendo la dichiarazione di conformità UE ⁽⁶⁴⁾ e apponendo sui DPI l'apposita marcatura CE.

Delineato il quadro ordinario entro cui si muove la procedura volta all'utilizzo dei dispositivi, risulta più agevole l'analisi dei procedimenti appositamente congegnati per il contrasto alla crisi sanitaria causata dal Covid-19.

L'art. 15, comma 2, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, ha identificato due distinte procedure, a seconda della destinazione d'uso dei prodotti, attribuendole alla competenza dell'Istituto Superiore di Sanità, per quanto riguarda le mascherine chirurgiche ad uso medico ⁽⁶⁵⁾, e dell'Inail ⁽⁶⁶⁾, per i dispositivi di protezione individuale «funzionali a mitigare i rischi connessi all'emergenza sanitaria in corso» ⁽⁶⁷⁾. Tali istituti, come previsto dall'art. 66-*bis*, introdotto in sede di conversione in legge del decreto rilancio, sono competenti per la definizione delle domande pervenute fino 3 agosto 2020. Infatti, ai fini dell'importazione e dell'immissione in commercio dei predetti dispositivi, il citato art. 66-*bis* ha previsto ulteriori criteri semplificati di validazione ⁽⁶⁸⁾, in deroga alle norme vigenti, affidando il compito alle regioni

⁽⁶¹⁾ Il cui ricorso è consentito ai sensi dell'art. 5-*bis*, comma 3, del d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020, coerentemente con le linee guida dell'OMS, trattandosi di dispositivi idonei a proteggere gli operatori sanitari.

⁽⁶²⁾ La marcatura CE dei dispositivi medici è una procedura obbligatoria prevista per tutti i prodotti disciplinati dai regolamenti (UE) n. 2017/745 e n. 2017/746. Essa deve essere eseguita dal fabbricante, tenuto a dichiarare, per mezzo della dichiarazione di conformità, che il prodotto è conforme ai requisiti di sicurezza e salute previsti dai regolamenti.

⁽⁶³⁾ Esso è un documento indispensabile per introdurre in Italia, attraverso gli aeroporti, i porti o le dogane interne, merci destinate al consumo umano, merci a contatto con alimenti, dispositivi medici, prodotti cosmetici. Il nulla osta viene richiesto presso gli uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera (uSMAF) del Paese di introduzione dei prodotti: se la procedura è superata positivamente viene rilasciata la documentazione idonea all'importazione.

⁽⁶⁴⁾ Di cui all'allegato II del regolamento (UE) n. 425/2016.

⁽⁶⁵⁾ Si veda l'art. 15, comma 2, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽⁶⁶⁾ Si veda l'art. 15, comma 3, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽⁶⁷⁾ A tal proposito, il 19 marzo 2020, l'Inail, con nota n. 60104, ha provveduto ad illustrare le norme tecniche che i dispositivi devono rispettare. Da ultimo, l'art. 1, comma 1, d.P.C.M. 13 ottobre 2020, modificato dal d.P.C.M. 18 ottobre 2020 e sostituito dall'art. 1, comma 1, d.P.C.M. 24 ottobre 2020, ha previsto l'obbligo sull'intero territorio nazionale di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie.

⁽⁶⁸⁾ I criteri di validazione sono definiti ai sensi dei successivi commi 2 e 3 dell'art. 66-*bis*. In particolare, per le mascherine chirurgiche i criteri sono definiti da un comitato tecnico composto da un rappresentante ISS, che lo presiede, da un rappresentante designato dalle regioni, da un rappresentante dell'Ente italiano di accreditamento Accredia, da un rappresentante dell'Ente nazionale italiano di unificazione (UNI) e da un rappresentante degli organismi notificati indicato dalle associazioni

di definire, entro il 3 agosto 2020, le modalità di presentazione delle domande di validazione delle mascherine chirurgiche e dei dispositivi di protezione individuale e di individuare le strutture competenti per la medesima validazione ⁽⁶⁹⁾.

Tornando alla disamina delle procedure di competenza dell'Iss e dell'Inail, esse hanno comportato una deroga non agli standard di qualità dei prodotti, rimasti conformi alle norme vigenti in materia di protezione e sicurezza, ma unicamente alla procedura di autorizzazione all'immissione sul mercato e alla relativa tempistica ⁽⁷⁰⁾.

Per il rapido compimento dell'attività cui sono state dirette, le procedure hanno seguito ritmi ben cadenzati, da rispettare senza alcun ritardo. Nello specifico, il proponente avrebbe dovuto presentare all'Iss o all'Inail (a seconda del dispositivo che intendeva sottoporre a validazione) una domanda di valutazione ed un'autocertificazione e inoltrare, entro tre giorni dall'invio di quest'ultima, ogni utile elemento in grado di consentire all'Istituto di valutare la rispondenza dei prodotti alle norme vigenti; nei successivi tre giorni, l'Istituto competente avrebbe emesso un parere – favorevole o non – per la connessa produzione e commercializzazione.

Alcun valore di accoglimento della richiesta è stato attribuito all'omessa pronuncia poiché, ai sensi dell'art. 20, comma 4, l. n. 241/1990, il silenzio assenso non opera per gli atti e i procedimenti rilasciati dalle Amministrazioni preposte alla salute e alla pubblica incolumità, diritti garantiti costituzionalmente.

La norma non può non essere letta in combinato disposto con il successivo art. 16, d.l. n. 18/2020, che ha ammesso, per la sola durata dello stato di emergenza, l'utilizzo delle mascherine chirurgiche all'interno dei luoghi di lavoro, anche prive del marchio CE, «per tutti i lavoratori e i volontari, sanitari e no» – ivi compresi i «lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari» ⁽⁷¹⁾ – che, nello svolgimento della loro attività, siano stati oggettivamente impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di almeno un metro, e delle mascherine filtranti nell'ambito della collettività in generale. Queste ultime non costituiscono un dispositivo medico né un dispositivo di protezione individuale, dunque hanno potuto essere immesse in commercio senza alcuna previa verifica da parte dell'Iss e dell'Inail alla sola condizione che vi fosse la garanzia di sicurezza del dispositivo da parte dei produttori ⁽⁷²⁾.

degli organismi di valutazione della conformità socie dell'Accredia. Il supporto amministrativo al comitato è assicurato dall'ISS. Per i dispositivi di protezione individuale, i criteri sono definiti da un comitato tecnico composto da un rappresentante dell'Inail, che lo presiede, da un rappresentante designato dalle regioni, da un rappresentante dell'Accredia, da un rappresentante dell'UNI e da un rappresentante degli organismi notificati. Il supporto amministrativo al comitato è assicurato dall'Inail.

⁽⁶⁹⁾ Le regioni, ai sensi dell'art. 66-*bis*, comma 4, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, potranno avvalersi degli organismi notificati e dei laboratori di prova accreditati dall'Accredia, nonché delle università e dei centri di ricerca e laboratori specializzati per l'effettuazione delle prove sui prodotti.

⁽⁷⁰⁾ Per una ricostruzione completa e dettagliata della disciplina applicabile a tali procedure si rinvia al sito istituzionale www.iss.it, alla nota Inail 19 marzo 2020, n. 60104, e alla nota del Ministero della salute 18 marzo 2020, n. 3572.

⁽⁷¹⁾ Si veda l'art. 66, comma 1, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, che ha ampliato il novero delle categorie dei soggetti cui incombe l'obbligo di indossarle, e quindi di fornirle da parte del datore di lavoro, modificando l'art. 16, comma 1, del d.l. n. 18/2020.

⁽⁷²⁾ Le mascherine in questione non possono essere utilizzate – ha precisato il Ministero della salute con nota 30 marzo 2020 – in ambiente ospedaliero o assistenziale in quanto prive dei requisiti tecnici

Sebbene ideate per consentire in tempi rapidi la produzione di mascherine, in realtà le procedure sopra citate non hanno ricevuto *feedback* positivi.

Secondo i dati riportati dall'Inail nel report del 4 giugno 2020, su 8.565 richieste di validazione, solo 202 hanno avuto esito positivo (circa il 5%).

Le cause, come spiegato dall'Istituto, sono diverse e vanno dalla carenza dei risultati delle prove di laboratorio, previste dalla normativa per attestare l'efficacia protettiva dei dispositivi, all'assenza o incompletezza della documentazione essenziale per la verifica della rispondenza dei DPI ai requisiti di salute e di sicurezza richiesti.

Colpa forse della sempre farraginosa burocrazia che attanaglia il Paese? In ogni caso, che sia stata individuata la procedura più opportuna è presto dirlo.

Ciò che appare certo è che le mascherine sono state distribuite col "contagocce". A questo si aggiunge il botto e risposta tra i distributori e il Commissario straordinario che ha fissato il prezzo finale di vendita di ciascuna mascherina chirurgica ⁽⁷³⁾ in 0,50 euro ⁽⁷⁴⁾. Il prezzo così calmierato ha comportato riflessi inevitabili sui già pochi produttori italiani di mascherine chirurgiche che, come denunciato anche da Federfarma, non hanno esitato a dirottare le mascherine prodotte verso altri Paesi dove il prezzo è più alto, a danno degli italiani che ne fanno le spese.

Dinanzi a questo scenario, il 13 maggio è stato siglato un accordo tra il Commissario per l'Emergenza, Federfarma e le associazioni dei distributori di prodotti medicali che ha previsto l'impegno del Commissario straordinario (quindi dello Stato) a corrispondere, a favore delle farmacie e parafarmacie, il differenziale tra i costi sostenuti da queste ultime per approvvigionarsi di mascherine chirurgiche monouso (dalla mezzanotte del 13 maggio 2020 e fino alle ore 23.59 del 30 giugno 2020) e il prezzo di 0,40 euro per singola unità, in modo da assicurarne la vendita a 0,50 euro.

Solo nei prossimi mesi si potranno analizzare i dati e fare delle valutazioni ponderate; nelle more, ci si interroga sulle modalità di smaltimento dei milioni di mascherine da usare e gettare dopo il primo utilizzo a causa dell'assenza di una procedura volta alla loro disinfezione, la cui messa in atto avrebbe probabilmente garantito, anche esperita la procedura di validazione, di riutilizzare in sicurezza i prodotti senza affannarsi per il loro reperimento (e smaltimento).

6. S.O.S. ossigeno

La prevenzione del rischio di contagio non ha bisogno solo di mascherine. L'infezione necessita anche di strumenti specificamente diretti a gestire le complicanze del virus,

richiesti per i dispositivi medici e i dispositivi di protezione individuale. Chi la indossa dovrà comunque rispettare le norme precauzionali sul distanziamento sociale e le altre misure introdotte per fronteggiare l'emergenza Covid-19.

⁽⁷³⁾ Si tratta delle mascherine facciali che devono essere prodotte nel rispetto della norma tecnica UNI EN 14683:2019, per i cui dettagli si rinvia al sito www.uni.com.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. ord. del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 26 aprile 2020, n. 11. Il valore si intende al netto dell'imposta sul valore aggiunto. Tuttavia, l'art. 124, comma 2, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, ha stabilito che le cessioni di mascherine ed altri dispositivi medici e di protezione individuali sono esenti, se effettuate entro il 31 dicembre 2020, da IVA. Dunque, le mascherine non saranno più vendute al prezzo di euro 0,61 ma a quello di euro 0,50.

come lo sviluppo di polmonite a focolai multipli che spesso conduce all'insufficienza respiratoria.

Sono stati così previsti specifici interventi volti a garantire ai pazienti colpiti da insufficienze respiratorie acuto-croniche la possibilità di effettuare il trattamento con ossigenoterapia anche al di fuori delle mura domestiche, per il tramite del dispositivo che consenta di ricaricare l'ossigeno liquido ⁽⁷⁵⁾.

La previsione dell'art. 5-ter, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, ha efficacia a lungo raggio: il trattamento deve essere garantito su tutto il territorio nazionale non solo per il tramite di strutture sanitarie individuate *ad hoc* dalle regioni, ma anche, in via sperimentale fino al 2022, attraverso la rete delle farmacie dei servizi.

Due le finalità sottese: consentire, in un'ottica preventiva ed in modo quanto più uniforme possibile sull'intero territorio nazionale, il censimento dei pazienti che necessitano della terapia e, in secondo luogo, ampliare il campo di azione delle strutture sanitarie in grado di permettere la ricarica dei presidi in questione.

L'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) ⁽⁷⁶⁾, in coerenza con le finalità tracciate dal citato art. 5-ter ha approvato la richiesta della Federazione degli ordini dei farmacisti italiani di autorizzare il riempimento di bombole di ossigeno diverse da quelle indicate nel dossier dell'azienda titolare di autorizzazione all'immissione in commercio purché conformi agli standard previsti dalla normativa vigente per la sicurezza del paziente e degli operatori. L'AIFA ha precisato che la deroga ha effetto immediato e l'unica condizione che dovrà essere garantita dai titolari dell'autorizzazione all'immissione in commercio e dai produttori è che le bombole siano adeguate all'uso umano, bonificate e identificate in modo tale da prevenire la commistione con altri gas medicinali. In altri termini, le bombole di proprietà dei farmacisti, laddove ancora in loro possesso, potranno essere impiegate per fronteggiare l'emergenza.

In questo contesto, si è resa necessaria un'efficace azione di "tracciatura" degli strumenti erogati ai pazienti in modo da evitare comportamenti negligenti degli stessi a causa dei quali spesso le bombole di ossigeno sono utilizzate per obiettivi che oltrepassano le specifiche esigenze terapeutiche aggravandone la già difficile reperibilità ⁽⁷⁷⁾.

Inoltre il Dipartimento della Protezione Civile ha potuto autorizzare, per il tramite del "soggetto attuatore" Consip S.p.a., l'acquisto di cinquemila impianti di ventilazione assistita e dei relativi materiali indispensabili da collocare nei reparti di terapia intensiva a sostegno dei pazienti critici affetti dal Covid-19 ⁽⁷⁸⁾.

In tale circostanza, trovano tendenziale applicazione le deroghe alle procedure previste dal comma 8 dell'art. 163 del Codice dei contratti pubblici, di cui si è già detto *supra* (vedi § 3). Infatti, il possibile ricorso all'affidamento di somma urgenza ha potuto

⁽⁷⁵⁾ Si veda l'art. 5-ter del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020. Esso, aggiunto dal Senato, recepisce le disposizioni di cui all'art. 10 del d.l. n. 14/2020, relativo all'utilizzo dei dispositivi medici per l'ossigenoterapia di tipo domestico, prestazione inclusa tra quelle finanziate dal SSN in base al d.P.C.M. 12 gennaio 2017.

⁽⁷⁶⁾ Con nota 14 marzo 2020, disponibile in www.aifa.gov.it.

⁽⁷⁷⁾ A tale scopo, Federfarma, con nota 1° aprile 2020, reperibile in www.federfarma.it, ha suggerito alla rete dei farmacisti di raccogliere alcune informazioni dei pazienti utili al loro tracciamento.

⁽⁷⁸⁾ Si veda l'art. 5-*quinqes* del d.l. n. 18/2020. Esso, inserito dal Senato, costituisce la trasposizione del disposto di cui all'art. 12 del d.l. n. 14/2020.

superare non solo il limite di importo di duecentomila euro, ma anche – ed è questa la “deroga-*bis*” – i limiti imposti dalla soglia europea ⁽⁷⁹⁾.

7. Misure di sostegno alle imprese per la riduzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro

Il legislatore ha autorizzato l’Inail, ai sensi dell’art. 95 del decreto rilancio, a promuovere interventi straordinari in favore delle imprese, anche individuali, artigiane, agricole, agrituristiche e sociali che abbiano realizzato, in seguito al d.l. n. 18/2020, interventi anti contagio ⁽⁸⁰⁾ nei luoghi di lavoro.

Meritevoli del sostegno, erogato in conformità delle linee guida della Commissione europea in materia di aiuti di Stato ⁽⁸¹⁾, risultano, tra gli altri, gli acquisti di apparecchiature e attrezzature per l’isolamento o il distanziamento dei lavoratori, anche rispetto agli utenti esterni e agli addetti di aziende terze fornitrici di beni e servizi, di dispositivi per la sanificazione dei luoghi di lavoro, di dispositivi ed altri strumenti di protezione individuale.

Se l’obiettivo appare pregevole, (pur parzialmente ridondante in vista dei benefici accordati dagli artt. 120 e 125 del medesimo decreto e dall’art. 5 del d.l. n. 18/2020), che riconoscono rispettivamente un credito di imposta per l’adeguamento degli ambienti di lavoro, per la sanificazione e l’acquisto di dispositivi di protezione nonché incentivi per la produzione e la fornitura di dispositivi medicali e di protezione individuale, in realtà torna utile interrogarsi sull’opportunità di tale previsione con riguardo alle specifiche modalità di finanziamento previste.

In particolare, le concessioni sono attuate attraverso l’impiego delle risorse già messe in campo per il bando ISI ⁽⁸²⁾ 2019, così revocato, e per «lo stanziamento 2020 per il finanziamento dei progetti di cui all’articolo 11, comma 5, del d.lgs. n. 81/2008, per un importo complessivo pari ad euro 403 milioni» e sono incompatibili con altri benefici, di natura fiscale, relativi ai medesimi costi ammissibili.

Il primo profilo da analizzare riguarda la coerenza di tale disposizione rispetto alle “condizioni di compatibilità” degli aiuti concessi dagli Stati membri dettate dalla Commissione europea la quale ha stabilito che a norma dell’art. 107, § 3, lett. *b*, TFUE, gli Stati devono «dimostrare che le misure di aiuto di Stato siano necessarie, adeguate e proporzionate per porre rimedio a un grave turbamento dello Stato membro».

⁽⁷⁹⁾ Come spiegato anche nelle schede di lettura del d.l. n. 18/2020 del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, *Dossier 2020*, recante *Misure per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 c.d. "Cura Italia, 22 aprile 2020"*.

⁽⁸⁰⁾ In particolare, il legislatore ha individuato l’importo massimo erogabile modulandolo in base al numero dei dipendenti e, rispettivamente, fissandolo in 15.000 euro per le imprese fino a 9 dipendenti, 50.000 per quelle da 10 a 50 dipendenti e in 100.000 per le imprese con più di 50 dipendenti. Per i dispositivi agevolabili si veda l’elenco dell’art. 95, comma 1, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020.

⁽⁸¹⁾ L’art. 95, comma 3, stabilisce che i contributi saranno concessi in conformità a quanto previsto nella comunicazione della Commissione europea *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19*, 19 marzo 2020, come modificata e integrata dalla Comunicazione della Commissione del 3 aprile 2020, C (2020) 2215.

⁽⁸²⁾ Si tratta di un bando di finanziamento a fondo perduto promosso dall’Inail per incentivare gli investimenti delle imprese in interventi finalizzati al miglioramento della sicurezza sul lavoro.

Dubbi sorgono in merito alla sussistenza di tali requisiti con riferimento alla norma in esame in quanto, come poc'anzi accennato, il legislatore ha già riconosciuto, per le medesime spese, precisi crediti di imposta.

Gli interrogativi si acuiscono in considerazione del “prezzo da pagare” per beneficiare di tali interventi: per gli effetti della disposizione del citato art. 95, il datore può vedersi riconosciuto un sostegno economico dopo aver sostenuto spese “anti Covid-19”, perdendo però l'opportunità di vedersi aggiudicati gli incentivi per il miglioramento delle condizioni di salute e di sicurezza dei lavoratori, cui il bando ISI è orientato. Per non pensare ai costi già sostenuti per l'elaborazione dei piani di finanziamento in vista del bando pubblicato nel dicembre 2019. Non basta. Dal punto di vista dei lavoratori, potrebbe verificarsi l'effetto paradossale di proteggerli sì dal rischio del Covid-19, ma di esporli a rischi infortunistici o ad emissioni inquinanti venendo meno gli investimenti che contribuirebbero a prevenirli. Il legislatore, in considerazione della matrice infortunistica dell'infezione da Covid-19 contratta in occasione di lavoro ⁽⁸³⁾, avrebbe forse più opportunamente potuto modificare, con le opportune garanzie di pubblicità, i termini del bando inserendo un ulteriore asse dedicato appositamente ai progetti di investimento e a quelli per l'adozione di modelli organizzativi specificamente volti a tutelare i lavoratori dal contagio del virus senza, quindi, esautorare delle sue rilevanti funzioni il bando ISI. Tuttavia, esso è parzialmente tornato sui suoi passi con la l. n. 77/2020, di conversione del d.l. n. 34/2020, laddove ha inserito al citato art. 95, «per garantire la ripresa delle attività produttive delle imprese in condizioni di sicurezza», il comma 6-*bis* autorizzando l'Inail ad utilizzare una quota pari a 200 milioni di euro, riveniente dalle operazioni di acquisto e vendita di immobili da parte di enti pubblici e privati di cui all'art. 8, comma 15, d.l. 78/2010, convertito con modificazioni dalla l. n. 122/2010, e ad adottare, entro il 15 settembre 2020, un bando per il concorso «al finanziamento di progetti di investimento delle imprese ai sensi dell'art. 11, comma 5, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 [...] anche tenendo conto degli assi di finanziamento ISI 2019 revocato». Infine, con la previsione dell'art. 31, comma 4-*quater*, d.l. n. 104/2020, convertito dalla l. n. 126/2020, il legislatore, abrogando i commi da 1 a 6 dell'art. 95 citato, ha salvato il solo comma 6-*bis*, ultimando la sua opera di “retrocessione”.

8. La sorveglianza sanitaria eccezionale

Il ritorno alla normalità, nell'enfatizzare vertiginosamente la responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c., ha posto in risalto l'esigenza di predisporre un nuovo sistema di prevenzione in grado di pianificare, dopo una valutazione “per gradi”, i rischi aziendali, con riguardo alle condizioni psico-fisiche dei dipendenti, degli spazi di lavoro e delle modalità organizzative dell'attività lavorativa, per delineare – ed aiutare il datore – ad affrontare con consapevolezza i possibili scenari che si potrebbero prospettare.

⁽⁸³⁾ Si vedano C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 443 ss.; V. FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, ivi, n. 4, pp. 332 ss.; S. ROSSI, *L'infortunio per Covid-19 del personale sanitario*, ivi, n. 5, pp. 446 ss.; nonché nota Inail 17 marzo 2020, prot. n. 3675.

In tal senso un primo passo, sebbene registrato tardivamente, è stato fatto dal Governo con le Parti Sociali tramite il Protocollo del 24 aprile 2020 che ha palesato l'esigenza di sorvegliare con più attenzione i soggetti fragili, ossia quelli con più di 55 anni e quelli in situazione di comorbilità.

Con l'art. 83 del decreto rilancio è stata poi istituita la sorveglianza sanitaria eccezionale quale *addendum* del già presente sistema di sorveglianza "ordinario" di cui all'art. 41, d.lgs. n. 81/2008, qualificandosi rispetto a quest'ultimo per la finalità specifica che persegue.

Essa coinvolge tutti quei lavoratori che si rilevino maggiormente fragili laddove esposti al rischio di contagio, «in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, anche da patologia Covid-19, o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o comunque da comorbilità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità».

Il soggetto investito del ruolo – che oltrepassa l'ordinarietà, come ha osservato l'Inail⁽⁸⁴⁾ – è il medico competente che, già incaricato dal Protocollo condiviso del 24 aprile⁽⁸⁵⁾, viene incaricato anche di effettuare la sorveglianza sanitaria eccezionale.

La competenza attribuita al medico competente varca i confini tracciati dal d.lgs. n. 81/2008, c.d. Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, avendo previsto il legislatore la possibilità, per i datori normalmente dispensati dall'obbligo di nominarlo⁽⁸⁶⁾, di avvalersene appositamente per il periodo emergenziale ovvero di chiedere l'espletamento della sorveglianza sanitaria eccezionale ai servizi territoriali delle Asl e dell'Inail che «vi provvedono con i propri medici di lavoro» contro corresponsione di una tariffa.

A generare maggiori riflessioni è il comma 3 del citato art. 83 che si limita ad introdurre un'ulteriore ipotesi di divieto di recesso datoriale⁽⁸⁷⁾ stabilendo che «l'inidoneità alla mansione accertata non può in ogni caso giustificare il recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro».

In generale, ai sensi degli artt. 18, comma 1, lett. *c*, e 15, comma 1, lett. *m*, d.lgs. n. 81/2008, il datore deve tener conto, nell'attribuzione delle mansioni, delle capacità e delle condizioni dei lavoratori in rapporto alla loro salute e alla sicurezza⁽⁸⁸⁾ nonché

⁽⁸⁴⁾ «In considerazione del ruolo cardine del medico competente nella tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, in particolare attraverso la collaborazione alla valutazione dei rischi ed alla effettuazione della sorveglianza sanitaria, non si può prescindere dal coinvolgimento dello stesso in un contesto del genere, al di là dell'ordinarietà». Si veda il Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione del 23 aprile 2020. In dottrina, sul ruolo del medico competente, si rinvia a C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 1, pp. 143 ss.

⁽⁸⁵⁾ Il Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro del 24 aprile, al punto 12 raccomanda il coinvolgimento del medico competente, alla ripresa delle attività, per le identificazioni dei soggetti con particolari situazioni di fragilità e per il reinserimento lavorativo di soggetti con pregressa infezione da Covid-19.

⁽⁸⁶⁾ Si veda l'art. 18, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008.

⁽⁸⁷⁾ Che integra la disciplina di cui all'art. 46 del d.l. n. 18/2020, come modificato dall'art. 80 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020.

⁽⁸⁸⁾ Si veda l'art. 18, comma 1, lett. *c*, del d.lgs. n. 81/2008.

«allontanarli dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la persona, con adibizione, ove possibile, ad altra mansione» ⁽⁸⁹⁾.

Più nello specifico, operando un confronto tra la disposizione emergenziale e l'art. 42, d.lgs. n. 81/2008, che disciplina i «provvedimenti in caso di inidoneità alla mansione specifica», balza agli occhi la mancanza, nella prima, del riferimento alla specificità della mansione. Vien da chiedersi se tale circostanza sia frutto di un'imprecisione terminologica del legislatore ovvero se questi abbia inteso affidare alla "inidoneità" una efficacia estensibile non solo alla mansione specifica ma a qualsivoglia mansione riveniente dal contesto lavorativo. Tuttavia, occorre propendere per la prima soluzione non potendosi ammettere né presumere *a priori* un assoluto impedimento dei dipendenti vulnerabili a rendere la propria prestazione lavorativa.

In generale, il giudizio di inidoneità comporta che il datore, «ove possibile» e nel rispetto delle misure indicate dal medico competente, adibisca il lavoratore a mansioni equivalenti o «in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza». Ebbene, nell'attuale contesto ed in assenza di indicazioni al riguardo, il datore di lavoro, seguite le prescrizioni del medico competente, anche in questo caso, è tenuto ad effettuare una valutazione "*step by step*" prefigurandosi le possibili alternative cui fare ricorso nel preciso contesto organizzativo.

Occorre distinguere preliminarmente il caso di fragilità anagrafica da quelli di disabilità con connotazione di gravità, ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 104/1992, e di rischio derivante da immunodepressione o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita, ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. n. 104/1992. Per queste ultime categorie di lavoratori, l'assenza dal servizio prescritto dalle competenti autorità sanitarie è stata equiparata al ricovero ospedaliero ⁽⁹⁰⁾.

Dunque, in presenza di siffatte condizioni, i dipendenti pubblici o privati possono assentarsi dal lavoro con riconoscimento dell'intero trattamento retributivo previsto in caso di ricovero ospedaliero ⁽⁹¹⁾.

Diverso il caso del "reimpiego" della prima categoria di lavoratori, i "fragili per età", ovvero dei lavoratori per cui non sia prescritta l'assenza dal servizio, che richiede un'attenta valutazione ad opera del datore di lavoro. Quest'ultimo, *in primis*, deve vagliare la possibilità di far svolgere la medesima mansione attraverso modalità a distanza, dunque ricorrendo al lavoro agile; in secondo luogo, ove l'attività non si presti ad essere resa a distanza, sarà tenuto a verificare la sussistenza di eventuali mansioni lavorative, anche ricorrendo all'«apporto di modifiche e adattamenti necessari e appropriati» (prediligendo, ad esempio, mansioni che non comportino contatti con il pubblico ovvero contatti stretti con i colleghi), in analogia a quanto previsto per gli accomodamenti ragionevoli da adottare per favorire le persone disabili ⁽⁹²⁾, purché ciò non comporti, conformemente all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia

⁽⁸⁹⁾ Si veda l'art. 15, comma 1, lett. *m*, del d.lgs. n. 81/2008.

⁽⁹⁰⁾ Si veda l'art. 26 del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, modificato ulteriormente dall'art. 74 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, e dall'art. 26, d.l. n. 104/2020, convertito dalla l. n. 126/2020.

⁽⁹¹⁾ Per le ipotesi di sospensione previste dal d.l. n. 18/2020 per motivi legati alla tutela della salute si veda C. GAROFALO, *op. cit.*, pp. 432 ss.

⁽⁹²⁾ Si veda D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, n. 6, pp. 1211-1247.

europea nella specifica materia di integrazione dei disabili, «un onere sproporzionato o eccessivo da sostenere»⁽⁹³⁾.

Esperiti inutilmente tali tentativi – che dovranno essere appositamente documentati considerato che sul datore grava, come specificato dalla Corte di Cassazione, «l'onere di dimostrare di aver fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, per l'attuazione dei diritti alla salute e al lavoro»⁽⁹⁴⁾ – dovrà infine valutarsi l'ipotesi del ricorso alla CIG con causale Covid-19, quale soluzione organizzativa straordinaria, con il dubbio, già manifestato in dottrina⁽⁹⁵⁾, che la soluzione ragionevole sia per il lavoratore che per il datore possa violare il divieto di discriminazione per ragioni connesse allo stato di salute del dipendente.

Considerata la portata della pandemia e, in vista di una possibile futura nuova emergenza epidemiologica, sarebbe interessante valutare l'opportunità di nominare una figura di supporto al datore di lavoro che potrebbe, in ipotesi, coincidere con il Responsabile dell'Inserimento Lavorativo in materia di integrazione lavorativa del disabile, figura accreditata dalla dottrina⁽⁹⁶⁾, che perseguirebbe, in tal modo, l'ulteriore obiettivo di individuare la soluzione organizzativa più opportuna anche per il lavoratore fragile.

9. *At last but not at least: le semplificazioni in favore dei lavoratori stagionali. Più i benefici o i pericoli?*

L'attività di coltivazione è stata esentata dalla sospensione imposta alle attività produttive e commerciali ritenute non indispensabili.

Il Governo, tuttavia, alla luce delle difficoltà operative che lo svolgimento dell'attività può incontrare, ha previsto misure di sostegno muovendosi secondo due linee di indirizzo: lo snellimento degli adempimenti aziendali ed il sostegno economico in favore delle aziende del settore agricolo, della pesca e dell'acquacoltura.

È stato investito dalle semplificazioni burocratiche anche il sistema di sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41, d.lgs. n. 81/2008, con riguardo ai lavoratori stagionali del settore agricolo a tempo determinato⁽⁹⁷⁾, i quali sono sottoposti, preliminarmente all'assunzione dell'incarico e con validità annuale, al solo espletamento della visita medica preventiva da parte del medico competente o del dipartimento di prevenzione. La visita consente al lavoratore di prestare la propria attività, consistente «in lavorazioni generiche e semplici che non richiedano specifici requisiti professionali», anche presso altre imprese agricole che presentino «i medesimi rischi», senza necessità di ulteriori accertamenti medici.

Se a prima vista potrebbe apparire che la semplificazione operi in favore sia del lavoratore, non più tenuto ad effettuare una nuova visita medica al cambio del proprio

⁽⁹³⁾ Cfr. C. giust. cause riunite C-335/11 e C-337/11.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Cass. 1° luglio 2016, n. 13511.

⁽⁹⁵⁾ Si veda D. GAROFALO, *Lavorare in sicurezza versus ripresa delle attività produttive*, in *MGL*, 2020, n. 2, p. 332.

⁽⁹⁶⁾ Si veda D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, cit., pp. 1211-1247.

⁽⁹⁷⁾ Si veda l'art. 78, commi 2-*sexies*-2-*decies*, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

datore di lavoro, sia del datore stesso, che vedrà limitati i propri esborsi economici, in realtà, essa potrebbe comportare conseguenze negative (a danno di entrambi) in considerazione delle ripercussioni pratiche dell'emergenza epidemiologica all'interno degli ambienti di lavoro.

Le riflessioni sull'argomento impongono un previo cenno alle principali questioni allo stato dibattute in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Prima fra tutte, quella relativa alla necessità di procedere alla valutazione dei rischi, cui i datori di lavoro sono tenuti in virtù dell'art. 28, d.lgs. n. 81/2008, laddove essa sia contestualizzata in uno scenario emergenziale come quello attuale.

L'interrogativo ha riguardato il rischio di contagio da SARS-CoV-2 ed in particolare la sua qualificazione ai fini dell'aggiornamento del DVR, ai sensi dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 81/2008.

Da un lato, la *querelle* ha visto schierati i sostenitori della natura generica ed esogena del rischio rispetto al contesto aziendale ⁽⁹⁸⁾, che hanno escluso l'opportunità di procedere all'aggiornamento del Documento da parte del datore di lavoro, essendo la valutazione operata a monte dalla pubblica autorità. Secondo questa tesi, il datore – su cui incombe l'obbligo, ai sensi dell'art. 2087 c.c., di «adottare nell'esercizio dell'impresa le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» – si limiterebbe alla mera presa d'atto delle previsioni pubbliche ed alla conseguente applicazione delle medesime all'interno della struttura aziendale.

Su un piano opposto, si sono collocati gli addetti ai lavori che, pur indiscutibilmente riconoscendo una veste esterna al rischio di contagio, hanno ritenuto probabile la sua trasformazione in rischio endogeno che, sfruttando proprio l'assetto aziendale vi si radichi potendo propagarsi e divenire anche rischio professionale; secondo tale orientamento, il DVR andrebbe aggiornato.

Come noto, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e i Protocolli siglati da Governo e parti sociali hanno comportato una modificazione degli assetti aziendali in seguito all'adozione delle misure anti-contagio prescritte; dunque, proprio l'adeguamento alle prescrizioni pubbliche – che per alcuni varrebbe ad escludere l'aggiornamento della documentazione – parrebbe costituire, al contrario, il presupposto fondante per procedervi essendo rimessa, tra l'altro, alla discrezionalità dei datori l'individuazione delle concrete modalità attuative, incidenti sull'assetto organizzativo (si pensi alle modalità di ingresso e di uscita dei dipendenti o di gestione del personale negli spazi comuni che il datore di lavoro potrà modulare come meglio ritiene).

⁽⁹⁸⁾ In dottrina, a sostegno della natura esogena del rischio P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2019, n. 2, pp. 103-104; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, *ivi*, pp. 124 ss.; A. MARESCA, *Relazione al webinar COVID-19*, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020. In senso opposto, S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2020, n. 417, pp. 3 ss.; V. FILÌ, *op. cit.*, pp. 332 ss.; R. GUARNIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del Coronavirus*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 10 ss.; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2020, n. 413, pp. 11 ss.; M.T. CARINCI, [Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro](#), Working Paper ADAPT, 2020, n. 3, pp. 6-7. A porsi sullo stesso piano anche il Protocollo per i settori trasporti e servizi del 19 marzo che annovera espressamente tra le misure di prevenzione e contenimento l'aggiornamento del DVR in relazione al rischio associato all'infezione da SARS-CoV-2.

D'altronde, è lo stesso d.lgs. n. 81/2008 a qualificare la “valutazione dei rischi” 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»⁽⁹⁹⁾. Ad avallare tale tesi, anche la circolare del Ministero della Salute del 29 aprile 2020, che ha precisato la necessità di integrare il DVR con le misure e le indicazioni contemplate dai Protocolli recepiti nel d.P.C.M. 26 aprile 2020.

Assunta l'esigenza di procedere ad un costante monitoraggio dei potenziali rischi aziendali, si deve ora focalizzare l'attenzione sul ruolo che assume, soprattutto nel contesto di crisi sanitaria attuale, la visita medica preventiva.

Da ultimo, il Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro del 24 aprile, al punto 12 rubricato *Sorveglianza Sanitaria*, ha precisato che «vanno privilegiate le visite preventive» e che «la sorveglianza sanitaria rappresenta un’ulteriore misura di prevenzione di carattere generale». Sottoporre i lavoratori a sorveglianza sanitaria periodica ed a visita medica costituisce, quindi, uno tra gli strumenti messi a disposizione del datore di lavoro per monitorare i dipendenti e facilmente individuare possibili casi sospetti di infezione.

Non si spiega perché allora lo stesso Governo da un lato, abbia sollecitato i datori di lavoro all’espletamento delle visite mediche preventive e, dall’altro, in riferimento ai lavoratori stagionali, abbia ammesso una loro efficacia protratta nel tempo e “nello spazio”, risultando esse vevoli anche nel caso in cui il lavoratore si inserisca in diverse realtà aziendali.

Il rischio è determinato dal fatto che, nell’anno di validità della visita, il lavoratore possa operare in diverse unità produttive, rendere diverse tipologie di attività ed entrare in contatto con una vasta platea di utenti che possono metterne in pericolo la salute.

In un’ottica di tutela del lavoratore e del datore, il legislatore avrebbe potuto, viceversa, prevedere – in maniera analoga rispetto a quanto prescritto per il reintegro dei lavoratori dopo l’infezione da Covid-19 – la presentazione, da parte del lavoratore stagionale al nuovo datore di lavoro, di una certificazione medica attestante la negatività al Covid-19. In tal modo, avrebbe sì evitato il ripetersi della visita medica, ma anche scongiurato la formazione di possibili focolai epidemici e tutelato il datore di lavoro rispetto agli obblighi prevenzionistici su di lui incombenti.

In tale contesto, affidarsi alla valutazione dei rischi operata in precedenza potrebbe non rivelarsi la scelta migliore celandosi, dietro all’apparente semplificazione, conseguenze ben più gravi rispetto al sostenimento del costo della visita medica o all’“impiccio” di ripeterla a carico del lavoratore.

10. Osservazioni conclusive

All’esito della riflessione cui si è dato corso, non possono essere omesse alcune considerazioni in relazione alle circostanze esaminate.

Ciò che emerge è la necessità di una maggiore trasparenza e intelligibilità delle disposizioni dettate dal legislatore in un contesto di emergenza che non può essere gestito

⁽⁹⁹⁾ Si veda l’art. 2, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. n. 81/2008.

solo da una regolamentazione a “fiato corto”, caratterizzata da un susseguirsi di provvedimenti di varia natura in cui il precedente è spesso modificato dal successivo.

Tali considerazioni devono valere a maggior ragione con riguardo agli ambienti di lavoro, in cui vale il principio di massima sicurezza esigibile da parte del datore. Su questo versante, lo svolgimento delle attività produttive e il graduale ritorno alla normalità necessitano di regole ben precise che possano limitare i rischi per i lavoratori (in relazione alla loro salute) e per i datori di lavoro (di responsabilità civili e penali): si pensi alla questione della valutazione dei rischi (*rectius* del DVR) sui cui forse il Governo si sarebbe dovuto esprimere dando delle certezze agli operatori economici e del diritto.

Il legislatore avrebbe potuto, ad esempio, individuare, agevolato dal già massiccio sistema prevenzionistico esistente, un meccanismo di pianificazione dei rischi, prevenendo a carico dei datori di lavoro l’obbligo di procedere ad una valutazione per gradi, che avrebbe dovuto prendere atto e poi regolare gli scenari aziendali di possibile realizzazione. Seguendo il piano così delineato, i datori avrebbero potuto, più facilmente e con meno timore, adempiere ai loro obblighi, ad esempio dotando dei non molti dispositivi di protezione in loro possesso i lavoratori a più alto livello di rischio, rivolgendo loro un monitoraggio imperniato su scadenze temporali più serrate.

Anche l’ampia discrezionalità di cui le Autorità pubbliche si sono auto-investite con riguardo ai contratti pubblici merita dei commenti: la limitazione del principio di trasparenza – implicitamente affermato dall’art. 97 Cost. sia con riguardo al principio del buon andamento sia in riferimento al principio dell’imparzialità – oramai divenuto paradigma cui l’azione della Pubblica Amministrazione deve ispirarsi, potrebbe comportare ricadute sul diritto a conoscerne l’operato, posto a garanzia dell’interesse pubblico tutelato.

In conclusione, la semplificazione, nell’attuale contesto, è auspicabile, se accompagnata da disposizioni comprensibili e ben scandite: alleggerire gli adempimenti e gli oneri burocratici potrebbe, infatti, costituire uno tra gli strumenti concreti per la ripartenza.

Lavorare durante l'emergenza in violazione delle prescrizioni: le responsabilità datoriali*

di Gianluca Picco

Abstract – La legislazione emergenziale emanata a seguito del rapido e pandemico diffondersi del virus SARS-CoV-2 suggerisce alcune riflessioni sugli obblighi in capo ai datori di lavoro e alle imprese volti a realizzare il principio del “lavorare in sicurezza” e sulle conseguenti responsabilità per l'inservanza delle misure prescritte in tema di salute e sicurezza sul lavoro.

Abstract – Emergency regulations adopted following the rapid and pandemic spread of the SARS-CoV-2 virus suggest some reflections regarding the obligations pertaining to employers and companies in relation to the realisation on the “safety at work” principle, as well as on the consequent liability for the non-observance of the prescribed measures in terms of health and safety at the workplace.

Sommario: 1. Il quadro normativo emergenziale e l'esigenza del “lavorare in sicurezza”. – 2. La *querelle* sulla necessità o meno di aggiornamento del DVR ai sensi del d.lgs. n. 81/2008. – 3. L'apparato sanzionatorio. – 4. La c.d. responsabilità 231 delle imprese. – 5. Conclusioni.

1. Il quadro normativo emergenziale e l'esigenza del “lavorare in sicurezza”

La rapida e pandemica diffusione del virus SARS-CoV-2, e della malattia respiratoria denominata Covid-19, ha avuto – e sta avendo – un impatto durissimo in tutti i Paesi colpiti, compreso il nostro.

Tra le varie emergenze che si sono dovute fronteggiare (sanitaria, economica e sociale) si è posta anche quella della gestione dell'evento e del rischio da contagio nei luoghi di lavoro.

Quello del “lavorare in sicurezza”, infatti, è e resta un tema essenziale sia con riferimento ai periodi di *lockdown*, in cui sono rimasti attivi solo i servizi ritenuti essenziali, sia nella fase della riapertura delle attività economiche, anche perché non si possono escludere altre emergenze sanitarie analoghe a quella che stiamo vivendo.

Com'è noto, l'emergenza epidemiologica ha reso necessaria l'emanazione di numerosi provvedimenti di varia natura (soprattutto nella forma dei decreti-legge e dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri), il primo dei quali è consistito nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 con cui è stato dichiarato lo stato di

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca *Working poor needs: new equity, decent work and skills*, CUP G24I19002630001, finanziato dal programma PRIN 2017.

emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili ⁽¹⁾.

Dopo la prima fase della legislazione emergenziale, molto criticata (anche) sotto il profilo della legittimità costituzionale ⁽²⁾, il Governo ha emanato il d.l. n. 19/2020, con il quale si è prevista la possibilità di adottare misure temporanee di contenimento dei rischi sanitari derivanti dalla diffusione del Covid-19 (art. 1, comma 1) ⁽³⁾.

Tali misure sono state "sistematizzate" in ventinove tipologie (art. 1, comma 2), tra le quali in materia di salute e sicurezza sul lavoro emergono quelle di cui alle lett. *z* e *gg*. Nella prima ipotesi, si è prevista la possibilità di una «limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali ⁽⁴⁾, anche ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo, con possibilità di esclusione dei servizi di pubblica necessità previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale». Nell'ipotesi di cui alla lett. *gg*, invece, si è disposto che «le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con obbligo di predisporre le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio; per i servizi di pubblica necessità, laddove non sia possibile rispettare tale distanza interpersonale, previsione di protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale».

L'autorità competente a emanare le suddette misure è il Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 2, d.l. n. 19/2020), che vi ha provveduto con lo strumento del decreto presidenziale.

Va ricordato che in precedenza, con il d.P.C.M. 11 marzo 2020, erano già state sospese le attività commerciali al dettaglio (fatte salve quelle di vendita di generi alimentari e di prima necessità) e quelle inerenti ai servizi alla persona; poi, con il successivo d.P.C.M. 22 marzo 2020 si era esteso il novero delle attività sospese in maniera considerevole, ricomprendendovi tutte quelle produttive industriali e commerciali (ad eccezione di quelle indicate nell'Allegato 1 e tutta una serie di attività "essenziali"), e ferma restando la possibilità di proseguirle se organizzate in modalità a distanza o di lavoro agile.

⁽¹⁾ Inizialmente lo stato di emergenza era stato dichiarato fino al 31 luglio 2020, ma tale termine è stato successivamente prorogato al 15 ottobre 2020 dal d.l. n. 83/2020 e, da ultimo (al momento in cui si scrive), al 31 gennaio 2021 dal d.l. n. 125/2020 (conv., con modificazioni, nella l. n. 159/2020).

⁽²⁾ Per approfondimenti rinvio a F. PALLANTE, *Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, pp. 19 ss.; A. BELLAVISTA, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, ivi, pp. 37 ss.; G. PICCO, *Le sanzioni per l'inosservanza delle misure di contenimento del Covid-19: prime osservazioni*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 535 ss., spec. nota 5.

⁽³⁾ Le misure possono essere adottate per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni (divenuti cinquanta con il d.l. n. 158/2020), reiterabili e modificabili anche più volte e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento o in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus.

⁽⁴⁾ "Altre" rispetto alle attività di cui in precedenza, nella stessa norma, vi si prevede la sospensione o la limitazione: cfr. lett. *u* e *v*.

Peraltro, per le (poche) attività per le quali non vi era obbligo di sospensione si era prevista – all’art. 1, comma 3, del d.P.C.M. 22 marzo 2020 – la possibilità di proseguirle subordinatamente al rispetto delle misure precauzionali individuate dai d.P.C.M. 11 e 22 marzo 2020 e dal Protocollo condiviso di regolamentazione per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro ⁽⁵⁾ (siglato il 14 marzo 2020 tra il Governo e le parti sociali) ⁽⁶⁾, il quale ha sancito l’obbligo di adottare e rispettare specifici protocolli di sicurezza anti-contagio e si è proposto di coniugare la prosecuzione delle attività produttive con la garanzia di condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative, secondo la logica della precauzione ⁽⁷⁾.

A tale accordo, sottoscritto dalle principali sigle datoriali e sindacali, ne seguivano altri, integrativi del primo e con riferimento a settori specifici ⁽⁸⁾.

Successivamente, sulla base di quanto disposto dal d.l. n. 19/2020 prima accennato, il *lockdown* veniva prorogato dal d.P.C.M. 1° aprile 2020 fino al 13 aprile.

In un continuo succedersi e affastellarsi di decreti presidenziali sono intervenuti poi i d.P.C.M. 10 aprile 2020 (in vigore dal 14 aprile fino al 3 maggio) e 26 aprile 2020, le cui disposizioni sono state applicate dal 4 al 17 maggio.

L’art. 2 del d.P.C.M. 26 aprile 2020 – rubricato *Misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali* – se da un lato ha allentato il primo rigido *lockdown*, dall’altro lato al comma 6 ha statuito che le imprese le cui attività non erano (più) sospese dovessero rispettare i contenuti del 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

⁽⁵⁾ La citata previsione del d.P.C.M. 22 marzo 2020 parrebbe aver colto un’esigenza che era già stata tempestivamente segnalata all’indomani della sottoscrizione dello stesso Protocollo, laddove – sollevate le possibili problematiche in ordine alla sua natura giuridica ed efficacia soggettiva – si era auspicato che, al fine di evitare una sua applicazione “a macchie di leopardo”, il suo contenuto fosse recepito in atti pubblicitari, traducendo in norme vincolanti ciò che era frutto dell’attività negoziale delle parti sociali. Così P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 2, p. 109, ma sul problema cfr. anche S. BOLOGNA, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Coronavirus e salute e sicurezza: le risposte degli ordinamenti intersindacale e statale*, in *www.treccani.it*, 31 marzo 2020. Per un approfondimento sulle misure indicate dal Protocollo rinvio a G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2020, n. 413, pp. 3-4.

⁽⁶⁾ Il Protocollo è stato siglato in attuazione della raccomandazione di cui all’art. 1, comma 9, del d.P.C.M. 11 marzo 2020, secondo il quale, in relazione a quanto disposto dai precedenti commi 7 e 8, «si favoriscono limitatamente alle attività produttive, intese tra organizzazioni datoriali e sindacali».

⁽⁷⁾ Per ulteriori approfondimenti sul Protocollo del 14 marzo 2020 rinvio a A. ZAMBELLI, *Coronavirus, il protocollo sulle misure da attuare negli ambienti di lavoro*, in *GLav*, 2020, n. 14, pp. 94 ss.; A. ROSSI, *Al lavoro in sicurezza ai tempi del Covid-19*, in *Igiuslavorista.it*, 23 marzo 2020; C.C. CORSARO, M. ZAMBRINI, *Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, n. 3, pp. 2 ss. Sulla prima gestione dell’emergenza sanitaria da parte delle aziende metalmeccaniche cfr. L. CITTERIO, V. MARINI, [La contrattazione collettiva aziendale dei grandi gruppi aziendali del settore metalmeccanico ai tempi del Covid-19](#), in [Boll. ADAPT](#), 2020, n. 12.

⁽⁸⁾ Ad es., il Protocollo del 19 marzo per i settori Trasporti e Servizi ed il Protocollo 24 marzo per i settori Sanità, Servizi socio-sanitari e socio-assistenziali: l’[elenco](#) si può reperire agevolmente sul sito *Olympus*.

Governo e le parti sociali ⁽⁹⁾, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, anche il Protocollo di sicurezza nei cantieri del 24 aprile 2020 e il Protocollo di sicurezza nel settore del trasporto e della logistica del 20 marzo 2020.

Si è pertanto demandato alle imprese il compito di applicare quanto previsto nel suddetto Protocollo del 24 aprile 2020 ⁽¹⁰⁾ e le altre misure individuate – equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione e previa consultazione con le rappresentanze sindacali aziendali – per tutelare la salute delle persone presenti all'interno dell'azienda, nonché garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro.

Inoltre, l'art. 9 del d.P.C.M. 26 aprile 2020 ha affidato la vigilanza sull'attuazione di tali misure ai Prefetti, i quali possono avvalersi delle forze di polizia, con il concorso dei vigili del fuoco e, per quanto riguarda la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro, dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro ⁽¹¹⁾ e del Comando Carabinieri per la Tutela del Lavoro, nonché – ove occorra – delle forze armate ⁽¹²⁾.

Si evidenzia che il Protocollo del 24 aprile 2020 ha acquisito valenza generale ⁽¹³⁾ per l'espresso rinvio contenuto nel d.P.C.M. 26 aprile 2020 ⁽¹⁴⁾, e benché abbia natura dichiaratamente integrativa del precedente Protocollo del 14 marzo 2020, di fatto lo sostituisce, assorbendone *in toto* tutte le previsioni ⁽¹⁵⁾.

⁽⁹⁾ L'espressa finalità del Protocollo è quella di fornire indicazioni operative finalizzate a incrementare, negli ambienti di lavoro non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia di Covid-19, che rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione; inoltre, lo stesso contiene misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'Autorità sanitaria. Per approfondimenti vedi anche R. RAINONE, *La tutela della salute e della sicurezza nella contrattazione collettiva dell'emergenza*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2020, n. 2, pp. 71-72.

⁽¹⁰⁾ I capitoli ivi previsti riguardano: l'informazione, le modalità di ingresso in azienda, le modalità di accesso dei fornitori esterni, la pulizia e la sanificazione in azienda, le precauzioni igieniche personali, i dispositivi di protezione individuali, la gestione degli spazi comuni (mensa, spogliatoi, aree fumatori, distributori di bevande e/o snack), l'organizzazione aziendale (turnazione, trasferte e *smart work*, rimodulazione dei livelli produttivi), la gestione dell'entrata e dell'uscita dei dipendenti, gli spostamenti interni, riunioni, eventi e formazione, la gestione di una persona sintomatica in azienda, la sorveglianza sanitaria, medico competente e il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, nonché l'aggiornamento del protocollo di regolamentazione.

⁽¹¹⁾ Cfr. anche nota INL 20 aprile 2020, n. 149.

⁽¹²⁾ Con possibilità anche di costituire, nell'ambito dell'attività di vigilanza sull'attuazione delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza da Covid-19 all'interno delle aziende, nuclei a composizione mista con l'apporto – in sede di verifica e accertamento e nell'ambito delle rispettive competenze – di personale delle varie articolazioni territoriali degli organi indicati: cfr. circ. Min. int. 2 maggio 2020, n. 15350/117(2). Tale competenza è stata confermata anche dall'art. 10 del d.P.C.M. 17 maggio 2020 e dall'art. 10 del d.P.C.M. 10 giugno 2020, sebbene la l. n. 35/2020, di conversione del d.l. n. 19/2020, modificando l'art. 4, comma 9, del citato decreto, abbia previsto che il Prefetto faccia ricorso anche al personale ispettivo dell'azienda sanitaria locale competente per territorio (oltre che dell'Ispettorato nazionale del lavoro limitatamente alle sue attribuzioni nella materia), come del resto anticipato dalla circ. Min. int. 14 aprile 2020, emanata a corredo del d.P.C.M. 10 aprile 2020. Sul punto anche C. LAZZARI, *Sicurezza sul lavoro e Covid-19. Appunti per una prospettiva di genere*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 1, p. 9.

⁽¹³⁾ In questa direzione cfr. anche S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2020, n. 417, p. 4.

⁽¹⁴⁾ Cfr. art. 2, comma 10, d.P.C.M. 26 aprile 2020; ma poi anche art. 2, d.P.C.M. 17 maggio 2020, e art. 2, d.P.C.M. 11 giugno 2020.

⁽¹⁵⁾ In sede di Premessa, i sottoscrittori del Protocollo del 24 aprile 2020 hanno espressamente precisato che esso «contiene linee guida condivise tra le Parti per agevolare le imprese nell'adozione di

Pertanto, come si dirà nel prosieguo, la violazione delle misure in esso contenute comporta l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie e accessorie di cui all'art. 4 del d.l. n. 19/2020 (richiamato anche dall'art. 2 del d.l. n. 33/2020), facendo salva l'eventuale responsabilità penale del trasgressore.

Cessata la sospensione delle attività produttive industriali e commerciali il 18 maggio, i successivi d.P.C.M. hanno poi riprodotto quanto già previsto per le attività consentite dal d.P.C.M. 26 aprile 2020 ⁽¹⁶⁾.

Infine, il termine dello stato di emergenza – originariamente fissato al 31 luglio 2020 – è stato dapprima prorogato con il d.l. n. 83/2020 al 15 ottobre 2020 e poi ulteriormente spostato al 31 gennaio 2021 con il d.l. n. 125/2020; ciò tenuto conto del nuovo aumento di contagi dopo l'estate e della necessità di reintrodurre ulteriori limitazioni (anche) alle attività commerciali e produttive differenziate per Regioni.

La normativa emergenziale sopra descritta è comunque destinata a venir meno nel momento in cui – ai sensi dell'art. 1, commi 14 e 16, del d.l. n. 33/2020 – le Regioni o la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome adottano, nel rispetto dei principi contenuti nel Protocollo o nelle linee guida nazionali, propri protocolli o linee guida, con facoltà di introdurre misure limitative, ma anche ampliative, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità e in relazione all'andamento della situazione epidemiologica ⁽¹⁷⁾.

Prima ancora della sua conversione, l'art. 1, comma 14, d.l. n. 33/2020, è stato oggetto di una sorta di “interpretazione autentica” ⁽¹⁸⁾ da parte dell'art. 29-*bis* del d.l. n. 23/2020, convertito dalla l. n. 40/2020, con il quale il legislatore ha ritenuto di precisare 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'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

protocolli di sicurezza anti-contagio»: comunque tali linee guida sono cosa diversa rispetto alle “norme tecniche” o “buone prassi” di cui all'art. 2, lett. *u* e *v*, del d.lgs. n. 81/2008. Tale posizione di distinguo è stata fatta anche dalla circ. della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Genova del 28 aprile 2020 e da quella della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bergamo del 12 maggio 2020.

⁽¹⁶⁾ Ad esempio si vedano: art. 2 del d.P.C.M. 17 maggio; art. 2 del d.P.C.M. 11 giugno; art. 2 del d.P.C.M. 7 agosto; art. 2 del d.P.C.M. 13 ottobre; art. 2 del d.P.C.M. 24 ottobre, art. 4 del d.P.C.M. 3 novembre e, in ultimo (al momento in cui si scrive), art. 4 del d.P.C.M. 3 dicembre 2020. Per approfondimenti cfr. anche C. FRASCHERI, *Prime attenzioni necessarie per la gestione del processo di transizione dalla c.d. Fase 1 alla c.d. Fase 2*, in www.olympus.uniurb.it.

⁽¹⁷⁾ Si tratta di una scelta che valorizza la sussidiarietà verticale, anche in termini di assunzione di responsabilità.

⁽¹⁸⁾ Così A. 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 *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2020, n. 2, p. 2; cfr. anche C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema Penale*, 15 giugno 2020.

accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Così riassunto l'aggravato quadro regolatorio dell'emergenza, è proprio sui profili di responsabilità per inosservanza delle misure in materia di salute e sicurezza del lavoro in capo al datore e alle imprese che si intende ora concentrare l'attenzione, tenuto conto che il rischio della trasmissione del virus SARS-CoV-2 verosimilmente continuerà ancora per molto e con esso il rischio di contagio all'interno dei cancelli delle fabbriche ⁽¹⁹⁾.

2. La querelle sulla necessità o meno di aggiornamento del DVR ai sensi del d.lgs. n. 81/2008

Inevitabilmente, le gravi problematiche igienico-sanitarie causate dal Covid-19 si sono presentate anche negli ambienti di lavoro, facendo sorgere l'esigenza di evitare (o quanto meno ridurre) il rischio di contagio all'interno delle organizzazioni produttive. La normativa emergenziale sopra descritta, nel tentativo di prevenire o rallentare la diffusione del virus SARS-CoV-2 all'interno e all'esterno del contesto lavorativo, ha però creato alcuni problemi interpretativi sul piano del raccordo con il TU in materia di sicurezza del 2008, d.lgs. n. 81/2008 ⁽²⁰⁾.

Ci si è posti, infatti, fin dall'inizio il quesito se l'emergenza epidemiologica debba o meno rientrare nella valutazione dei rischi che incombe sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008; in altri termini, ci si è chiesti se il rischio da contagio per il virus SARS-CoV-2 sia da considerarsi quale circostanza che rende necessario l'adeguamento del documento di valutazione dei rischi (DVR) ⁽²¹⁾ ex art. 29, comma 3, d.lgs. n. 81/2008 ⁽²²⁾, oppure no, trattandosi di pandemia e quindi di rischio generico, che incombe su tutti e ovunque.

Tale interrogativo non è certamente di secondo piano, in quanto, per un verso, si sta ragionando di tutela della sicurezza dei lavoratori e, conseguentemente, della salute pubblica, mentre per altro verso vi sono implicazioni di rilievo in merito alla responsabilità penale del datore, visto che l'omesso adempimento degli obblighi di cui al TU del 2008 è presidiato dalle sanzioni penali contenute all'art. 55.

Il dibattito dottrinale in materia ha dimostrato di dividersi in due contrapposte correnti di pensiero.

⁽¹⁹⁾ Per approfondimenti cfr. anche E.E. BOCCAFURNI, *L'art. 2087 c.c. e il valore del protocollo sindacato-azienda nella definizione del perimetro della responsabilità datoriale*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2020, n. 2, pp. 62 ss.; S. ROZZA, *La colpa del datore di lavoro nello scenario del Covid-19*, ivi, pp. 94 ss.; V. DE BERNARDIS, *La violazione degli obblighi di sicurezza legati all'emergenza Covid-19: una proposta realistica in tema di responsabilità dell'imprenditore*, ivi, pp. 117 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. G. NATULLO, *op. cit.*, p. 2; D. GAROFALO, *Lavorare in sicurezza versus ripresa delle attività produttive*, in *MGL*, 2020, n. 2, pp. 325 ss.

⁽²¹⁾ E di riflesso, se del caso, dello stesso modello organizzativo ex art. 30, d.lgs. n. 81/2008, ai fini della responsabilità prevista dal d.lgs. n. 231/2001.

⁽²²⁾ In base al disposto di cui all'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008 l'obbligo di aggiornare il documento di valutazione dei rischi deve avvenire «in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità».

Certa dottrina ha ritenuto che sia da escludere un obbligo generalizzato di aggiornamento del DVR (*ex art. 29, d.lgs. n. 81/2008*) da parte del datore di lavoro, considerato che la valutazione del rischio determinato dal virus SARS-CoV-2 è già stata operata a monte dal Governo, trattandosi di un rischio generico, cioè valido per tutti ⁽²³⁾. Secondo tale impostazione, l'aggiornamento del DVR in seguito all'epidemia sarebbe obbligatorio solo nei contesti lavorativi nei quali sussiste il rischio di esposizione ad agenti biologici (artt. 266 ss., d.lgs. n. 81/2008), come nel caso dei servizi sanitari o dei laboratori nei quali la manipolazione di tali agenti avviene per motivi di ricerca ⁽²⁴⁾; viceversa, laddove il rischio di contrarre il virus si configuri come generico e l'organizzazione aziendale costituisca solo una delle tante possibili fonti di contagio, spetta alla pubblica autorità procedere alla valutazione del rischio stesso e indicare le misure di prevenzione da far osservare (disponendo solo essa dei necessari strumenti, quali le competenze scientifiche e i poteri), e non invece al datore di lavoro ⁽²⁵⁾, sebbene quest'ultimo si debba adeguare ad esse in ragione del precetto generale di cui all'art. 2087 c.c., senza che per questo debba comunque stravolgere il proprio normale progetto prevenzionistico in azienda ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Cfr. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto nel d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 1, spec. pp. 128 ss.; P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, cit., pp. 99 ss.; P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *Giustizia Civile.com*, 17 marzo 2020, pp. 3 ss.; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 1, pp. 139 ss.; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, ivi, 2019, n. 2, pp. 123 ss.; A. MARESCA, *Relazione al webinar COVID-19*, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020, p. 2; con riferimento alla pandemia dell'influenza suina cfr. F. BACCHINI, *Presunto obbligo di valutazione del rischio biologico da virus A*, in *ISL*, 2010, pp. 65 ss.

⁽²⁴⁾ In questa direzione l'ord. del Presidente della Giunta della Regione Lazio 6 marzo 2020 ha richiesto l'aggiornamento della valutazione dei rischi in tutte le strutture sanitarie pubbliche e in quelle private accreditate del Servizio Sanitario Regionale. Inoltre, con l'ord. del Presidente della Giunta della Regione Abruzzo 9 marzo 2020, n. 3, è stato fatto obbligo ai datori di lavoro delle strutture sanitarie pubbliche e private di provvedere non solo all'immediata rivalutazione dei rischi, ma di coprire con tale valutazione anche «quelli interferenziali legati ai fornitori operanti a stretto contatto con il personale sanitario e non sanitario, ai sensi del D.lgs. 81/2008 e ss.mm.ii., assicurando al personale adeguati dispositivi di protezione individuale». In questo senso sono orientate anche la Regione Veneto, la quale – nella nota *COVID-19: indicazioni per la tutela della salute negli ambienti di lavoro non sanitari*, 2 marzo 2020 – ha sostenuto che «in tale scenario, in cui prevalgono esigenze di tutela della salute pubblica, non si ritiene giustificato l'aggiornamento del Documento di Valutazione dei Rischi in relazione al rischio associato all'infezione da SARS-CoV-2 (se non in ambienti di lavoro sanitario o socio-sanitario, esclusi dal campo di applicazione del presente documento, o comunque qualora il rischio biologico sia un rischio di natura professionale, già presente nel contesto espositivo dell'azienda)». Dello stesso avviso anche Assolombarda e la comunicazione ANCE 20 marzo 2020.

⁽²⁵⁾ Tali misure si affiancano temporaneamente, ovvero per la durata dell'emergenza sanitaria, a quelle ordinarie, conservando la propria distinta natura e funzione.

⁽²⁶⁾ In questa direzione anche A. MARESCA, *Relazione al webinar COVID-19*, cit., secondo il quale «il DVR non va aggiornato perché è un documento che gestisce i rischi dell'ambiente di lavoro. Il rischio del contagio che dobbiamo fronteggiare non è un rischio del luogo di lavoro, ma un rischio generale che viene presidiato dalle regole scritte nelle disposizioni delle autorità. L'azienda deve, però, fare in modo che queste disposizioni trovino applicazione all'interno dell'azienda e quindi spetta al datore di lavoro applicare tali all'interno dell'azienda attraverso un'informativa preventiva e il controllo del loro rispetto».

In altri termini – sempre secondo la dottrina citata – la valutazione del rischio di ammalarsi di Covid-19 è stata ed è operata a monte dalla pubblica autorità, ai cui precetti il datore deve comunque adeguare la propria organizzazione aziendale, ma tale adeguamento non costituisce un vero e proprio aggiornamento della valutazione dei rischi *ex art.* 29, d.lgs. n. 81/2008, con la conseguenza che l'inosservanza delle citate norme non comporta l'applicazione delle sanzioni penali di cui all'art. 55 del d.lgs. n. 81/2008, ma (solo) di quelle previste dalla normativa emergenziale.

A sostegno di questa prima interpretazione viene addotto anche il principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.), stante la natura penale delle sanzioni poste a presidio delle misure di cui al d.lgs. n. 81/2008 ⁽²⁷⁾, sostenendosi che la determinatezza della fattispecie incriminatrice sarebbe pregiudicata dovendosi addossare sul datore anche la funzione di vagliare rischi ulteriori rispetto a quelli professionali ⁽²⁸⁾.

Un diverso e più condivisibile orientamento interpretativo addiviene a conclusioni opposte rispetto a quelle sopra riportate, sostenendosi l'obbligo per i datori di lavoro di aver dovuto procedere quanto prima all'aggiornamento del DVR ⁽²⁹⁾, facendosi leva innanzitutto sull'inconfutabile dato testuale proprio di molte norme contenute

⁽²⁷⁾ In modo critico sul ruolo che la sanzione penale ancora riveste nell'attuale sistema prevenzionistico cfr. G. MORGANTE, *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cass. Pen.*, 2010, n. 9, pp. 3319 ss.

⁽²⁸⁾ Così L.M. PELUSI, *op. cit.*, pp. 129 ss.

⁽²⁹⁾ In questa direzione V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *LG*, 2020, n. 4, pp. 332 ss.; G. NATULLO, *op. cit.*, pp. 11 ss.; M.T. CARINCI, [Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro](#), Working Paper ADAPT, 2020, n. 3, pp. 6 ss.; A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in *Giustiziavile.com*, 18 marzo 2020, p. 4; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in *Puntosicuro.it*, 2 marzo 2020; M. GALLO, *Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico*, in *GLav*, 2020, n. 10, p. 13; R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 10 ss.; S. GIUBBONI, *op. cit.*, spec. pp. 6 ss.; G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020; S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, *ivi*; in argomento, cfr. pure F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19*, in *Giustiziavile.com*, 18 marzo 2020, pp. 3-4. In questo senso anche la posizione assunta dalla Cgil Lombardia, la quale afferma la sussistenza di un obbligo per tutti i datori di lavoro di aggiornare la valutazione dei rischi alla luce della pandemia da Covid-19 (cfr. [Coronavirus e tutela della salute: gli obblighi a carico del datore di lavoro](#), in [www.cgil.lombardia.it](#), 12 marzo 2020). Inoltre, anche il Protocollo del 19 marzo per i settori Trasporti e Servizi tra le misure di prevenzione e contenimento da adottare prevede: «h) aggiornare il Documento di Valutazione dei Rischi in relazione al rischio associato all'infezione da SARS-CoV-2 e le relative procedure interne, coerentemente con le indicazioni emesse in tal senso dalle autorità sanitarie e le disposizioni normative pro tempore vigenti; i) verificare, in collaborazione con l'RSPP, il Medico Competente, e consultando gli RLS, la rispondenza del DVR (e dei DUVRI, nei riguardi delle aziende in appalto) così aggiornato agli interventi conseguenti e ai protocolli di prevenzione adottati». Le Linee guida di regolamentazione delle misure per la progressiva ripresa delle attività del Gruppo FCA in Italia stipulate tra FCA e le organizzazioni sindacali nazionali (Fim-Cisl, Uilm-Uil, Fismic, Uglm, AQCFR e Fiom-Cgil) il 9 aprile 2020 hanno previsto l'aggiornamento del DVR alla luce delle misure in esse indicate e l'integrazione del Piano di emergenza. Nella stessa direzione anche l'accordo tra il Gruppo Electrolux Italia e le segreterie nazionali di Fim-Cisl, Fiom-Cgil e Uilm-Uil del 17 aprile 2020, con il quale il datore di lavoro si impegna ad aggiornare il DVR e i relativi *addenda*. Da ultimo, le ord. del Presidente della Giunta Regionale Emilia-Romagna 20 marzo 2020, n. 44, e 23 marzo 2020, n. 47, hanno disposto l'obbligo – seppur limitatamente alle provincie di Piacenza e Rimini – per le attività produttive che non erano sospese di procedere a redigere documenti di valutazione del rischio, con specifico riferimento al contagio da SARS-CoV-2.

nell'articolato del TU del 2008, che nel disporre l'obbligo in capo al datore di lavoro di procedere a valutare i rischi aziendali, tramite l'uso dell'espressione "tutti", sembrerebbe non escluderne alcuno tra quelli potenzialmente incidenti sul bene giuridico vita-incolumità personale dei lavoratori. La "valutazione dei rischi" viene infatti definita 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» (art. 2, comma 1, lett. *g*, d.lgs. n. 81/2008), e il DVR – che deve riguardare «tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori» (art. 28, comma 1) – consiste in una «relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori durante l'attività lavorativa» (art. 28, comma 2, lett. *a*).

Nel solco di questa direzione interpretativa si colloca anche l'art. 2087 c.c., norma cardine su cui è imperniato l'intero tessuto normativo di prevenzione, che impone al datore di prevenire tutti i rischi presenti all'interno dell'organizzazione che prevedibilmente possono mettere in pericolo la salute e la sicurezza dei lavoratori ⁽³⁰⁾.

Ad adiuvandum, può richiamarsi la lett. *n* del comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, la quale definisce la "prevenzione" come «il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno» ⁽³¹⁾, così palesandosi anche nel TU del 2008 un rapporto bidirezionale tra i rischi "interni" ed "esterni" ai luoghi di lavoro, in cui gli stessi lavoratori sono al contempo "vittima" e "veicolo" del contagio, tanto nei luoghi di lavoro, quanto al di fuori degli stessi ed è proprio questo che è accaduto (e può accadere ancora) con il virus SARS-CoV-2. Così ragionando, si può assumere che l'obbligo di sicurezza datoriale includa sia i rischi "endogeni", che trovano origine nella stessa organizzazione aziendale, sia quelli "esogeni", già presenti nell'ambiente sociale o nel territorio ma che possono riprodursi e/o aggravarsi all'interno dei luoghi di lavoro; in altri termini, include ogni rischio che trovi la propria "occasione" di manifestarsi nell'organizzazione del lavoro ⁽³²⁾.

Tra gli studiosi è nota la specifica fattispecie dei rischi per i lavoratori derivanti dall'ambiente esterno che sono stati fatti rientrare nell'ambito di protezione dell'obbligo di sicurezza in capo al datore di lavoro, trasformandoli pertanto da rischi "generici" in rischi "specifici": si pensi, ad esempio, ai Paesi dove sono in corso conflitti interni e/o vi siano rischi di azioni di guerriglia o di presa in ostaggio di stranieri; oppure di Paesi in cui vi sono particolari rischi per la salute dovuti alla presenza di

⁽³⁰⁾ La norma fondamentale dell'art. 2087 c.c. sancisce infatti che il dovere di sicurezza del datore di lavoro si estende fino alla «massima sicurezza tecnologicamente possibile», nel senso che lo stesso deve adottare tutte le misure possibili, secondo esperienza, scienza e tecnologia, e comunque tutte quelle normalmente applicate ed applicabili con riguardo al settore produttivo ed alla tipologia di attività di riferimento. Cfr. anche Cass. 29 marzo 2019, n. 8911. In argomento si veda anche L. ROCCHI, *Art. 2087 c.c.: principio della massima sicurezza esigibile e rischio da contagio*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2020, n. 2, pp. 53 ss.

⁽³¹⁾ Eloquente è anche il concetto di "salute" dettato dall'art. 2, comma 1, lett. *o*, del d.lgs. n. 81/2008, che è identificato nello «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità».

⁽³²⁾ Cfr. anche G. DE FALCO, *op. cit.*, pp. 5 ss.

agenti biologici (virus e/o batteri) particolarmente nocivi ⁽³³⁾. In tali casi, il Governo può sicuramente disporre le misure che ritiene necessarie per i cittadini che devono recarsi in quelle zone (vaccinazioni, limitazioni varie, controlli, ecc.), ma ciò non toglie che le aziende, che svolgono attività in dette aree, debbano adeguare le proprie misure di prevenzione a quei particolari rischi, partendo dalle indicazioni governative e andando anche oltre, applicando le specifiche normative di prevenzione ⁽³⁴⁾.

Quanto sopra descritto diventa, quindi, il modello di riferimento nel caso di specie. Comunque sia, il grado di diligenza richiesto al datore di lavoro sin dal codice civile, e ancor prima il buon senso, suggeriscono allo stesso datore di fare tutto quanto è opportuno per adeguare l'organizzazione aziendale alle misure anti-contagio ⁽³⁵⁾, sebbene ciò appaia difficile senza documentare il nuovo assetto aziendale derivante dall'applicazione delle misure di prevenzione (seppur temporanee) all'interno del DVR.

Proprio per la natura stessa del rischio, non strettamente aziendale (salvo per il settore sanitario), ma esterno e generale, il virus SARS-CoV-2 si può (facilmente) trasformare in rischio interno per i lavoratori e, di conseguenza, deve essere valutato dal datore come rischio aziendale e, quindi, specifico.

Questa prospettiva ermeneutica ha trovato avallo anche nella stessa previsione emergenziale contenuta nell'art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020 (convertito dalla l. n. 27/2020), che ha disposto che i casi accertati di infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro siano qualificati come infortuni e che le prestazioni a carico dell'Inail coprano anche i periodi di quarantena o permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato, con riferimenti ai datori di lavoro pubblici e privati ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Cfr. int. n. 11/2016, secondo il quale la Commissione per gli Interpelli (art. 12, d.lgs. n. 81/2008) «ritiene che il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti “rischi generici aggravati”, legati alla situazione geopolitica del Paese (es. guerre civili, attentati, ecc.) e alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta». Per approfondimenti rinvio a L. ANGELINI, C. LAZZARI, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2019, n. 2; F. BACCHINI, *Attività criminosa di terzi e attentati terroristici: valutazione e gestione dei cc.dd. “rischi security”*, in *LG*, 2016, n. 6, pp. 546 ss. In argomento cfr. *ex multis* anche Cass. 28 ottobre 2016, n. 21901; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3424; Cass. 20 novembre 2015, n. 23793.

⁽³⁴⁾ Cfr. G. NATULLO, *op. cit.*, pp. 8 ss.

⁽³⁵⁾ In questo senso G. NATULLO, *op. cit.*, pp. 11 ss.

⁽³⁶⁾ L'art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020 ha disposto testualmente che «nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro». Per approfondimenti sul tema rinvio a L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 1; M. RIVERDITI, L. AMERIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, n. 3; R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *Questionegiustizia.it*, 19 maggio 2020; G. CORSALINI, *Coronavirus, la tutela dell'Inail in caso di contagio del lavoratore*, *ivi*, 1° aprile 2020; S. GIUBBONI, *op. cit.*, pp. 12 ss.; T. ZAPPÀ, *Il contagio in occasione di lavoro è infortunio*, in *Igislavorista.it*, 23 marzo 2020; C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *LG*, 2020, n.

Appare, quindi, piuttosto logico e consequenziale che il datore di lavoro debba valutare e prevenire i rischi insiti nell'ambiente di lavoro, siano essi "endogeni" o "esogeni", con l'obbligo di riformulare il DVR *ex art.* 29, comma 3⁽³⁷⁾, senza contare che sarebbe, viceversa, irrazionale esonerare da questo il datore di lavoro di un'impresa già in attività ma non farlo nel caso di nuova impresa costituita nel 2020⁽³⁸⁾.

Il DVR, per definizione, è un documento dinamico, volto a fornire una rappresentazione della realtà aziendale costantemente fedele e aggiornata⁽³⁹⁾, e, pertanto, potrebbe essere anche sufficiente – come sostenuto da certa dottrina⁽⁴⁰⁾ – un aggiornamento "minimale" con semplice rinvio alle disposizioni governative e dei vari Protocolli per il tramite di un *addendum*. Di tal modo, una volta auspicabilmente terminata l'emergenza, tali integrazioni potrebbero essere agevolmente espunte dal DVR.

Ad colorandum, si segnala che la tesi che qui si predilige trova avallo anche nella circolare del Ministero della Salute del 29 aprile 2020, nella quale si afferma la necessità di adottare una serie di azioni che integrano il DVR, atte a prevenire il rischio di infezione da virus SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro, contribuendo altresì alla prevenzione della diffusione dell'epidemia.

In chiusura, va segnalata la posizione di chi ha ritenuto che la contrapposizione dottrina sulla necessità o meno di adeguare il DVR non vada comunque enfatizzata⁽⁴¹⁾, in quanto anche chi in principio ha escluso un obbligo di aggiornamento in senso proprio del DVR, ha ammesso infatti che se la situazione di "convivenza" forzata con il virus SARS-CoV-2 dovesse protrarsi ben oltre la fase emergenziale *strictu sensu*, obbligando ad una gestione precauzionale, si renderà inevitabile una riconsiderazione delle misure richieste anche ai sensi degli artt. 28-29 TU n. 81/2008⁽⁴²⁾.

3. L'apparato sanzionatorio

Quid iuris in caso di violazione della normativa emergenziale da parte del datore di lavoro?

5, pp. 432 ss.; S. ROSSI, *L'infortunio per Covid-19 del personale sanitario*, *ivi*, pp. 446 ss.; B. ROSSILLI, *Rischio di contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro e la circolare INAIL n. 13/2020*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2020, n. 2, pp. 106 ss.

⁽³⁷⁾ Si veda M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 6, nota 8, la quale dubita che il d.lgs. n. 81/2008 possa imporre al datore di lavoro di rielaborare il DVR solo dopo che si sono verificati infortuni o il virus sia già penetrato in azienda. Anche lo stesso INL, nella nota 13 marzo 2020, n. 89, pur condividendo la tesi della non necessità dell'aggiornamento del DVR, aggiunge però: «Tuttavia, ispirandosi ai principi contenuti nel d.lgs. n. 81/2008 e di massima precauzione, discendenti anche dal precetto contenuto nell'art. 2087 c.c. si ritiene utile, per esigenze di natura organizzativa/gestionale, redigere – in collaborazione con il Servizio di Prevenzione e Protezione e con il Medico Competente – un piano di intervento o una procedura per un approccio graduale nell'individuazione e nell'attuazione delle misure di prevenzione, basati sul contesto aziendale, sul profilo del lavoratore – o soggetto a questi equiparato – assicurando al personale anche adeguati DPI».

⁽³⁸⁾ Cfr. R. GUARINIELLO, *op. cit.*, p. 11.

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass. 31 luglio 2019, n. 34893; Cass. 30 agosto 2018, n. 39283; Cass. 31 gennaio 2017, n. 4706.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. G. NATULLO, *op. cit.*, p. 14.

⁽⁴¹⁾ Di questo avviso S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 9.

⁽⁴²⁾ Cfr. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, *cit.*, p. 134.

A questo proposito, l'art. 4 del d.l. n. 19/2020 ha previsto che, salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento sia punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 (abbassati ad euro 1.000 in sede di conversione del decreto nella l. n. 35/2020).

Inoltre, il comma 2 dell'art. 4 del d.l. n. 19/2020 ha statuito che nei casi in cui la violazione sia commessa nell'esercizio di una attività d'impresa si applichi altresì la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni.

Tale apparato sanzionatorio è stato confermato anche dal successivo d.l. n. 33/2020 (art. 2) ⁽⁴³⁾.

Si badi che la sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio o dell'attività prevista con i d.l. n. 19/2020 e n. 33/2020 si applica «salvo che il fatto costituisca reato» diverso da quello di cui all'art. 650 c.p.: quindi, quando l'omissione delle misure di contenimento previste dai Protocolli non costituisce anche violazione di prescrizioni previste dal TU n. 81/2008 presidiate da norme penali, generalmente di natura contravvenzionale.

La sanzione interdittiva in parola non deve essere confusa né con quella preesistente di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 ⁽⁴⁴⁾, né con quella prevista dall'art. 2, comma 6, del d.P.C.M. 26 aprile 2020 e poi dall'art. 1, comma 15, del d.l. n. 33/2020 (per ripristinare la corretta gerarchia delle fonti). In quest'ultima ipotesi si dispone infatti che in caso di violazione delle misure di contenimento previste dai tre Protocolli (allegati al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri citato) l'attività debba essere sospesa fino al ripristino delle condizioni di sicurezza.

Il Governo, per l'inosservanza dei contenuti dei Protocolli, sebbene si tratti di disposizioni in materia di salute e sicurezza, ha stabilito di non applicare la procedura di cui all'art. 301 del d.lgs. n. 81/2008. Gli organi di vigilanza irrogano quindi sanzioni amministrative immediatamente efficaci, ma non hanno il potere di prescrizione che produrrebbe il virtuoso effetto dell'adeguamento dei luoghi di lavoro alle misure anti-Coronavirus prescritte, a meno che la condotta non comporti la contemporanea violazione di una misura contenuta in uno dei Protocolli e di una delle norme di cui al d.lgs. n. 81/2008, nel qual caso l'organo di vigilanza ben può applicare l'art. 301 e, quindi, le disposizioni di cui agli artt. 20 ss. del d.lgs. n. 758/1994 impartendo al trasgressore la prescrizione volta a regolarizzare la situazione antiggiuridica venutasi a creare ⁽⁴⁵⁾.

Meritano una considerazione finale sul punto anche le mascherine chirurgiche anti-contagio ⁽⁴⁶⁾. L'art. 16, comma 1, del d.l. n. 18/2020 (c.d. decreto cura Italia) ha previsto che «per i lavoratori che nello svolgimento della loro attività sono

⁽⁴³⁾ Per approfondimenti rinvio a G. PICCO, *L'apparato sanzionatorio della legislazione emergenziale di prevenzione e contrasto al Covid-19*, in questa sezione.

⁽⁴⁴⁾ L'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 prevede infatti la possibilità di sospensione dell'attività imprenditoriale in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

⁽⁴⁵⁾ L'osservanza della procedura prevista dal d.lgs. n. 758/1994 costituisce condizione di procedibilità dell'azione penale per le violazioni della normativa contenuta del Testo Unico in materia di sicurezza del 2008, come da giurisprudenza ormai consolidata.

⁽⁴⁶⁾ Si noti che il d.l. n. 18/2020, per fronteggiare il problema della scarsità di dispositivi disponibili sul mercato, ha previsto una procedura di competenza dell'Inail di validazione straordinaria e in deroga alle normative vigenti in materia (art. 15, comma 3).

oggettivamente impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro, sono considerati dispositivi di protezione individuale (DPI), di cui all'articolo 74, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, le mascherine chirurgiche reperibili in commercio, il cui uso è disciplinato dall'articolo 34, comma 3, del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9»⁽⁴⁷⁾.

Questa disposizione non riguarda solo le attività produttive industriali e commerciali, ma tutti gli ambienti di lavoro, compresi quelli sanitari, cui non si applica il Protocollo condiviso.

Pertanto, la mancata fornitura delle stesse integra la violazione dell'art. 77, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, relativo ai DPI, sanzionato dall'art. 87, comma 2, lett. *d*, per il datore di lavoro (e dirigente)⁽⁴⁸⁾.

4. La c.d. responsabilità 231 delle imprese

Oltre alle sanzioni della normativa emergenziale e alle contravvenzioni previste dal TU n. 81/2008 (che ovviamente prescindono dal fatto che dalla violazione sia derivata o meno la contrazione della malattia da parte del dipendente), nel caso in cui dalla mancata o incompleta adozione di misure di protezione per i lavoratori vi consegua la malattia o il decesso del lavoratore, si potrebbero integrare in capo ai datori di lavoro anche i reati di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) o di omicidio colposo (art. 589 c.p.) nella forma aggravata dovuta alla loro commissione con violazione delle norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro⁽⁴⁹⁾ e di tali eventi potrebbero essere chiamate a rispondere anche le società o gli enti ai sensi dell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Per una recente conferma cfr. Trib. Firenze 1° aprile 2020 e Trib. Bologna 14 aprile 2020, laddove viene ordinato a note piattaforme della *food delivery* di munire i propri *riders* dei DPI (mascherina protettiva, guanti monouso, gel disinfettanti e prodotti per la pulizia dello zaino) in quantità adeguata e sufficiente allo svolgimento della prestazione lavorativa.

⁽⁴⁸⁾ Mentre la mancata utilizzazione della mascherina da parte del lavoratore costituisce inosservanza del combinato disposto di cui agli artt. 78, comma 2, e 20, comma 2, lett. *d*, sanzionata dall'art. 59, comma 1, lett. *a*. Per approfondimenti cfr. anche S. DOVERE, *op. cit.*

⁽⁴⁹⁾ I reati indicati potranno essere, ovviamente, concretamente addebitati al datore di lavoro solo in presenza delle suddette condizioni: a) che il contagio sia avvenuto all'interno dell'ambiente di lavoro o, comunque, in ogni spazio ove sia ospitato almeno un posto di lavoro o sia accessibile al lavoratore (e non presso il proprio domicilio o in altro luogo frequentato dallo stesso lavoratore e che non sia conseguenza di altre patologie cliniche); b) che si tratti di rischio ragionevolmente prevedibile, individuabile con la diligenza richiesta al datore di lavoro; c) che vi sia stata una violazione delle norme dettate dal d.lgs. n. 81/2008 e/o dalla normativa emergenziale a tutela della salute e sicurezza del lavoratore; d) che sussista un nesso eziologico tra l'evento dannoso (malattia o morte) e la violazione della normativa indicata. Si può sostenere che una dimostrazione che il contagio sia avvenuto sul lavoro, attraverso i criteri tecnico-scientifici previsti in tali casi, non sia affatto semplice, sebbene non si possa escludere del tutto. Inoltre, verosimilmente si potrebbe anche configurare una responsabilità a titolo di dolo eventuale – quale accettazione del rischio di un contagio – qualora il datore di lavoro avesse richiesto il rientro dei lavoratori nella consapevolezza di non aver adottato un livello di sicurezza aziendale conforme a quanto richiesto dall'emergenza sanitaria del Covid-19.

⁽⁵⁰⁾ La pandemia di Covid-19 ha determinato in capo alle persone giuridiche una nuova esposizione sia a rischi-reato diretti, cioè connessi alla innovativa gestione della sicurezza sul luogo di lavoro, sia a rischi-reato indiretti, originati dagli impatti dell'emergenza sull'attività di impresa, come ad esempio

Quest'ultimo rischio appare tutt'altro che trascurabile, tenuto conto che – in aggiunta al pregiudizio reputazionale – la disposizione citata prevede una sanzione pecuniaria fino a 1.549.000 euro, oltre a sanzioni interdittive (dal divieto di pubblicizzare beni o servizi fino all'interdizione dell'esercizio dell'attività), applicabili anche in via cautelare nelle more del procedimento penale.

L'attivazione della responsabilità amministrativa da reato dell'ente, c.d. responsabilità 231⁽⁵¹⁾, viene subordinata al ricorrere di specifici requisiti normativi, alcuni di natura "oggettiva", altri "soggettiva".

Nel primo caso, *ex art.* 5, comma 1, d.lgs. n. 231/2001, è necessario che una persona fisica appartenente alla società o ente – in veste di apicale o di soggetto sottoposto all'altrui controllo e vigilanza⁽⁵²⁾ – commetta il c.d. reato-presupposto, nell'interesse o a vantaggio (anche non esclusivo)⁽⁵³⁾ della datrice di lavoro. Inoltre, il legislatore richiede un *quid pluris* per attribuire all'ente la responsabilità del reato commesso dalla persona fisica: ai sensi del combinato disposto degli artt. 6 e 7, è necessario valutare se possa essere rilevata una "colpa di organizzazione", ovvero non siano stati adottati modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione del reato⁽⁵⁴⁾.

In virtù di tale ultimo requisito, che assume una diversa configurazione a seconda che il reato sia stato commesso da un apicale o da un soggetto in posizione subalterna, la "responsabilità 231" assume una consistenza "soggettiva", nel senso che per fondare la responsabilità dell'ente o società è necessario muovere nei suoi confronti un rimprovero di colpevolezza⁽⁵⁵⁾, che viene a sua volta ancorato ad un *deficit* rilevabile nell'organizzazione o nell'attività rispetto ad un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme⁽⁵⁶⁾. *A contrariis*, mediante l'adozione di un idoneo

in relazione alla disciplina dei nuovi strumenti di sussidio alle aziende o alle deroghe e semplificazioni introdotte in materia di contrattazione con la Pubblica Amministrazione. Per approfondimenti su questo secondo aspetto si veda M. POZZI, G. MARI, *I "modelli 231" alla prova dell'emergenza Covid-19: nuovi rischi-reato e conseguenti strumenti di prevenzione e di protezione dell'ente collettivo dalla responsabilità ex crimine*, in *Sistema Penale*, 2020, n. 6, pp. 147 ss.

⁽⁵¹⁾ Nell'ampia letteratura dedicata al tema della natura giuridica della responsabilità da reato dell'ente cfr. *ex multis* M.M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. CANZIO, D. CERQUA, L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2016, pp. 819 ss.

⁽⁵²⁾ Ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 231/2001, nella prima categoria rientrano i soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. La seconda categoria, invece, di cui alla lett. *b*, è rappresentata dalle «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti» in posizione apicale. Per approfondimenti in materia cfr. N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 35 ss.

⁽⁵³⁾ L'ente non risponde invece se le persone fisiche autori del reato hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5, comma 2).

⁽⁵⁴⁾ Per un'analisi approfondita dell'argomento rinvio a C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 2006, n. 3, p. 167.

⁽⁵⁵⁾ Ai sensi del principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente di cui all'art. 8, il rimprovero di colpevolezza all'ente prescinde dalla colpevolezza della persona fisica, autore del reato.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. L. BARON, *Sinistro mortale sul luogo di lavoro e responsabilità dell'ente*, in *LG*, 2018, n. 10, pp. 933 ss.

modello organizzativo, l'ente può tutelarsi in via preventiva rispetto al rischio di reato⁽⁵⁷⁾.

È chiaro che i requisiti “minimi” di colpevolezza ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 devono raccordarsi con la normativa emergenziale. Come già detto, l'art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020 (c.d. “decreto cura Italia”) ha qualificato come infortunio sul lavoro «i casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione del lavoro», ma questo meccanismo semplificato di collegamento del contagio alla mansione e al luogo di lavoro non ha – e non potrà avere – però alcun impatto né sulla strutturazione del giudizio di colpevolezza dell'ente, né sul giudizio di adeguatezza dei c.d. modelli 231. Infatti, la lesione grave o la morte del lavoratore determinate dal contagio di SARS-CoV-2 può integrare la tipicità materiale del reato-presupposto (l'art. 589 o 590 c.p., nella forma aggravata) solo nel caso in cui venga provata la sua effettiva verifica durante lo svolgimento dell'attività lavorativa o, comunque, in occasione di lavoro. Di tal modo, l'ente sarà chiamato a rispondere se ha omesso – conseguendo un risparmio di spesa⁽⁵⁸⁾ – di darsi una organizzazione adeguata alla gestione del rischio di contagio, ponendosi l'omissione stessa come eziologicamente determinante il contagio.

⁽⁵⁷⁾ G. ZAMPINI, *Sicurezza sul lavoro e modello organizzativo: quali responsabilità per il datore?*, in *LG*, 2018, n. 2, pp. 121 ss.; ma cfr. anche S. PERINI, *La valutazione giudiziale del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001*, ivi, 2016, n. 10, pp. 874 ss. Le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 che si riferiscono ai modelli di organizzazione sono essenzialmente due. L'art. 2, comma 1, lett. *dd* descrive il m.o.g. come «modello organizzativo e gestionale per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 231/2001, idoneo a prevenire i reati di cui agli artt. 589 e 590, c. 3, c.p. commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro». L'art. 30 delinea, poi, il contenuto del m.o.g., indicando le componenti necessarie a produrre efficacia esimente in ordine alla responsabilità amministrativa dell'ente per i delitti di omicidio e di lesioni colpose. Sulla diversità tra m.o.g. e DVR cfr. la recente sentenza della Cass. 29 gennaio 2020, n. 3731.

⁽⁵⁸⁾ Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, che si richiama in questa sede solo sinteticamente, l'interesse dell'ente al reato infortunistico è rappresentato dal fatto che «l'evento dannoso è il risultato della mancata adozione di specifiche misure di prevenzione a fronte di un interesse rilevante dell'ente a porre in essere l'attività pericolosa nonostante la condotta colposa»: entro tale cornice, pertanto, si può collocare anche il beneficio economico, identificabile nella circostanza che «la mancata adozione delle misure di prevenzione deve aver garantito all'ente un vantaggio sia in termini di concreto risultato economico dell'attività posta in essere senza le dovute cautele sia, e soprattutto, in termini di risparmio dei costi attuato mediante l'omissione delle misure in questione»: cfr. Cass. 27 settembre 2019, n. 39741, ma in questa direzione già anche Cass. 23 febbraio 2016, n. 40033. Per un interessante approfondimento sulla “responsabilità c.d. 231” dell'ente ai tempi del Covid-19 rinvio a V. MARCHESI, *L'ente alla prova dell'emergenza. Prime considerazioni su prevenzione del rischio e garanzie dell'ente ex d.lgs. 231/2001 nel governo della crisi*, in *Sistema Penale*, 14 maggio 2020; mentre per un approfondimento relativo alla compatibilità dei requisiti dell'interesse/vantaggio con i reati colposi si veda R. BLAIOTTA, *Sicurezza del lavoro e responsabilità dell'ente. Alla ricerca di una dogmatica*, ivi, 2020, n. 5, pp. 21 ss.; L. BARON, *op. cit.* Il risparmio di spesa, in materia di infortunio sul lavoro, può essere individuato nel mancato acquisto dei DPI (come le mascherine e le barriere parafiato) oppure nell'acquisto di DPI di qualità scadente o, ancora, nella mancata organizzazione di corsi di formazione per i lavoratori. Può anche accadere che il risparmio di spesa non vi sia: si pensi al caso in cui il datore di lavoro provveda, per colpa, ad acquistare un DPI errato per la tipologia di attività da svolgere, senza che a ciò si accompagni un apprezzabile risparmio di spesa; in questa ipotesi permarrà l'eventuale responsabilità della persona fisica datore di lavoro, ma non quella della società ex d.lgs. n. 231/2001.

Quindi, un eventuale accertamento giudiziale di carenza organizzativa nel presidiare il rischio di contagio non si può tradurre necessariamente in una responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 a carico dell'ente in difetto dell'accertamento anche del nesso causale tra contagio e disorganizzazione ⁽⁵⁹⁾.

5. Conclusioni

Basta scorrere il corposo elenco di provvedimenti adottati per rendersi conto che il mondo della sicurezza sul lavoro sta attraversando un momento mai vissuto prima ⁽⁶⁰⁾ e non è affatto errato prevedere che l'attenzione delle Procure della Repubblica si soffermerà sulle imprese per verificare come esse abbiano gestito sia la fase di *lockdown* sia quella di rientro al lavoro ⁽⁶¹⁾.

In un mondo globalizzato e interconnesso è irragionevole pensare di poter essere al riparo da altre future problematiche sanitarie analoghe a questa ⁽⁶²⁾; pertanto, un legislatore attento alle indicazioni provenienti anche dalla comunità scientifica deve promuovere un diritto della salute e della sicurezza sul lavoro al passo con i tempi e le nuove esigenze, in grado di affrontare le criticità e nel solco del d.lgs. n. 81/2008, ma eventualmente anche oltre, ove un suo superamento si renda necessario.

Nei provvedimenti emergenziali adottati dal Governo è stata evidente la strategia di coinvolgere anche le parti sociali, *in primis* le imprese, nella delicata opera di contenimento del virus. Certo, tutto questo ha comportato la necessità di implementare l'intero sistema di *compliance* aziendale, che deve essere uniforme, coordinato e in costante adeguamento anche rispetto alle prescrizioni governative volte a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

In questo precario contesto applicativo resta così il fatto che l'adozione da parte del datore di lavoro di un'efficiente ed efficace metodica di valutazione e di contrasto del rischio di contagio rappresenta un modo per fronteggiare eventuali addebiti per gli infortuni da contagio che dovessero approdare un domani sul banco del giudice penale ⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁹⁾ Così M. POZZI, G. MARI, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁽⁶⁰⁾ Così R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, cit., pp. 1 ss.

⁽⁶¹⁾ Di tale opinione M. VIZZARDI, "Fase 2", *la gestione del rischio penale per i datori di lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 aprile 2020.

⁽⁶²⁾ Del resto – nota C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, cit., p. 143 – a partire dal nuovo millennio è sotto gli occhi di tutti la sempre più frequente diffusione, su scala mondiale, di sindromi respiratorie causate da agenti patogeni sconosciuti: SARS, influenza aviaria da virus A/H5N1, influenza suina da virus A/H1N1, MERS sono stati segnali di un rapporto uomo/ambiente squilibrato, che non sembra facile correggere in tempi brevi.

⁽⁶³⁾ Così M. RIVERDITI, L. ARMERIO, *op. cit.*, pp. 5 ss.

L'apparato sanzionatorio della legislazione emergenziale di prevenzione e contrasto al Covid-19*

di *Gianluca Picco*

Abstract – Le numerose misure di contenimento adottate con la legislazione emergenziale di prevenzione e contrasto al Covid-19 suggeriscono alcune riflessioni in merito all'apparato sanzionatorio. L'inadeguatezza della sanzione penale minacciata con l'art. 3, comma 4, d.l. n. 6/2020, ha richiesto un nuovo intervento da parte del Governo con il d.l. n. 19/2020 (confermato anche dal d.l. n. 33/2020), il quale ha optato per una gradualità sanzionatoria, introducendo un nuovo illecito amministrativo (con sanzioni pecuniarie e interdittive) e riservando lo strumento penale solo ai casi più gravi.

Abstract – The numerous emergency legislative measures adopted for the prevention and fight against Covid-19 pandemic point to some reflections concerning their sanctioning system. The inadequacy of the criminal sanctioning threatened by article 3, subsection 4, of the Decree-Law No. 6/2020 required a further intervention by the Government via the Decree-Law No. 19/2020 (later confirmed by the Decree-Law No. 33/2020), which opted for a graduality of sanctioning introducing a new administrative offence (with pecuniary and disqualification sanctions), while reserving the criminal option only to the most serious infringements.

Sommario: 1. La “Fase 1” della normativa emergenziale: dal d.l. n. 6/2020 al d.l. n. 19/2020. – 2. La “Fase 2”: il d.l. n. 33/2020. – 3. L'apparato sanzionatorio della legislazione emergenziale. – 4. Il reato di cui all'art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020 (abrogato dal d.l. n. 19/2020). – 5. La gradualità punitiva introdotta con il d.l. n. 19/2020 e confermata dal d.l. n. 33/2020. – 5.1. L'ambito di rilevanza penale: l'inosservanza della quarantena. – 5.2. Il delitto di epidemia. – 6. Conclusioni.

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca *Working poor needs: new equity, decent work and skills*, CUP G24I19002630001, finanziato dal programma PRIN 2017.

1. La “Fase 1” della normativa emergenziale: dal d.l. n. 6/2020 al d.l. n. 19/2020

A partire dallo stato di emergenza proclamato con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 ⁽¹⁾, il nostro Paese è stato investito da un’alluvione normativa senza precedenti, soprattutto nei mesi di febbraio e marzo ⁽²⁾.

Con il nobile fine di tutelare la salute pubblica messa a rischio dall’epidemia (*rectius*, pandemia) di Covid-19, si è cercato di arginare la circolazione del virus SARS-CoV-2 attraverso una severa limitazione delle libertà fondamentali dei cittadini, *in primis* quelle di movimento e di impresa (artt. 16 e 41 Cost.).

Per fare ciò, il Governo è intervenuto, da un lato, con lo strumento della decretazione d’urgenza, dall’altro lato con quello della normazione secondaria (soprattutto per gli aspetti più prettamente operativi e di dettaglio), introducendo diverse ed eterogenee misure di contenimento e gestione della drammatica situazione sanitaria ⁽³⁾.

L’azione emergenziale può essere idealmente suddivisa in due fasi.

La c.d. Fase 1 è stata dapprima caratterizzata da un monopolio assoluto dell’intervento governativo e trae le mosse dal d.l. n. 6/2020 recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-19* ⁽⁴⁾ – successivamente abrogato dall’art. 5 del d.l. n. 19/2020, fatta salva qualche marginale disposizione – a cui sono seguiti numerosi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Nel dettaglio, il d.l. n. 6/2020 attribuiva all’autorità amministrativa il potere di adottare non solo le misure tipizzate nel medesimo provvedimento (art. 1, comma 2) ⁽⁵⁾, ma anche misure “atipiche”, il cui contenuto veniva rimesso interamente alla discrezionalità dell’organo emanante (art. 2) ⁽⁶⁾. Quindi, in altri termini, la concreta individuazione delle misure previste dal decreto-legge “quadro” veniva demandata allo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, del quale il Governo ne ha fatto largo uso ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Lo stato di emergenza è stato dichiarato conformemente agli artt. 7, comma 1, lett. c, e 24 del d.lgs. n. 1/2018: inizialmente era previsto fino al 31 luglio 2020, ma successivamente è stato prorogato dapprima al 15 ottobre 2020 con il d.l. n. 83/2020 e poi al 31 gennaio 2021 con il d.l. n. 125/2020. Per approfondimenti si veda D. CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell’emergenza da Covid-19 e disciplina ordinaria*, in *D&G*, 20 aprile 2020.

⁽²⁾ Interessante al proposito è il contributo di R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *Sistema Penale*, 24 aprile 2020.

⁽³⁾ M. GRIMALDI, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, n. 4, pp. 2 ss.

⁽⁴⁾ Convertito dalla l. n. 13/2020.

⁽⁵⁾ Ad esempio – senza pretesa di esaustività – il divieto di allontanamento dal comune o dall’area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell’area; il divieto di accesso al comune o all’area interessata; la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura che creassero assembramenti; l’applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di contagio da SARS-CoV-2; la chiusura di tutte le attività commerciali, escluse quelle per l’acquisto di beni di prima necessità.

⁽⁶⁾ L’art. 2 prevedeva, infatti, che le autorità competenti avrebbero potuto adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell’epidemia anche fuori dai casi indicati all’art. 1, comma 2, dello stesso decreto.

⁽⁷⁾ Si pensi – anche qui senza pretesa di completezza – ai d.P.C.M. 23 febbraio, 25 febbraio, 1° marzo, 4 marzo, 8 marzo (che aveva decretato la cessazione dell’efficacia di quelli del 1° e 4 marzo), 9 marzo, 11 marzo e 22 marzo 2020.

Sin dall'inizio erano emerse diverse criticità in ordine alla “delega in bianco” contenuta nell'art. 2 succitato ⁽⁸⁾, in particolare con riferimento alla sua compatibilità con la riserva di legge prevista dalla Costituzione (quale condizione necessaria e, al contempo, garanzia) per poter limitare l'esercizio di libertà fondamentali come quelle di cui agli artt. 16 e 41 Cost. ⁽⁹⁾.

Come se non bastasse, oltre ai vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, a complicare il quadro regolatorio hanno concorso anche le ordinanze del Ministero della Salute, dei Presidenti delle Regioni e, in alcuni casi, anche di Sindaci, che avevano ristretto ulteriormente le libertà dei cittadini.

Dopo aver preso atto dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla dottrina, specie costituzionalistica, e provenienti anche dalla politica, il Governo è intervenuto con il d.l. n. 19/2020, recante *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19* ⁽¹⁰⁾, riattribuendo un ruolo alle assemblee legislative attraverso l'introduzione di un meccanismo di interlocuzione tra il Governo e il Parlamento ⁽¹¹⁾ e rimettendo mano alle misure di contenimento tipizzandole in ventinove fattispecie (art. 1, comma 2), eliminando così la possibilità (prima prevista) di adottare misure “atipiche”.

Trattasi anch'esse di prescrizioni limitative da adottare con lo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (secondo il meccanismo previsto all'art. 2), ma per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni (diventati cinquanta giorni con il d.l. n. 158/2020), reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020 (termine successivamente prorogato al 15 ottobre 2020 e, da

⁽⁸⁾ Tra le criticità era stato anche segnalato che, sebbene adottato con riguardo alle sole “zone rosse”, il d.l. n. 6/2020 aveva finito per costituire la base legale dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri limitativi di libertà fondamentali sull'intero territorio nazionale; inoltre, esso risultava poco chiaro sui rapporti tra il potere normativo del Presidente del Consiglio e quello delle altre autorità pubbliche, in particolare del Presidente della Regione: cfr. G. CARLIZZI, *Successione di norme e illecito amministrativo punitivo. Riflessioni a partire dai decreti legge emanati per far fronte alla Fase 1 dell'emergenza Covid-19*, in *Sistema Penale*, 4 giugno 2020, p. 20.

⁽⁹⁾ Per un approfondimento sulle criticità di rilievo costituzionale rinvio a L. MAZZAROLLI, “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *www.federalismi.it*, 23 marzo 2020; L. MAZZAROLLI, *Sulle fonti del diritto in tempi di virus. Parte II – “La guerra delle ordinanze”*, in *Quaderni Amministrativi*, 2020, n. 2, pp. 5 ss.; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *www.sistemapenale.it*, 16 marzo 2020; G. AZZARITI, *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato (intervista)*, in *www.repubblica.it*, 8 marzo 2020; V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 10 marzo 2020; M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *www.questionegiustizia.it*, 14 aprile 2020; F. FILICE, G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *www.questionegiustizia.it*, 27 marzo 2020; M. OLIVETTI, *Le misure di contenimento del Coronavirus, fra Stato e Regioni*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 10 aprile 2020.

⁽¹⁰⁾ Convertito dalla l. n. 35/2020.

⁽¹¹⁾ L'art. 2, comma 5, ha previsto che i provvedimenti di attuazione delle misure di contenimento dovessero essere «comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto».

ultimo, al 31 gennaio 2021), secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità valutati sulla base dell'andamento epidemiologico del virus SARS-CoV-2 ⁽¹²⁾.

Con il d.l. n. 19/2020 si è anche ribadita la centralità della competenza dello Stato in questa “materia”, da un lato, relegando quella delle Regioni a casi eccezionali e temporalmente limitati (art. 3, comma 1) e in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, dall’altro lato, vietando espressamente l’adozione da parte dei Sindaci di ordinanze contingibili e urgenti in contrasto con le misure statali o regionali o al di fuori dei limiti espressamente previsti (art. 3, comma 2) ⁽¹³⁾.

Il d.l. n. 19/2020 ha, quindi, cercato di fare il “punto della situazione”, riconducendo in un unico provvedimento legislativo d’urgenza – soggetto al controllo parlamentare in sede di conversione in legge *ex art. 77 Cost.* – tutto il quadro delle misure di contenimento emerse nei precedenti provvedimenti governativi e non.

2. La “Fase 2”: il d.l. n. 33/2020

Nella “Fase 2” il Governo ha affiancato al d.l. n. 19/2020 (come modificato in sede di conversione dalla l. n. 35/2020) il d.l. n. 33/2020 (convertito con modificazioni dalla l. n. 74/2020), ponendo problemi di coordinamento di non sempre agevole soluzione ⁽¹⁴⁾.

Con il d.l. n. 33/2020 il legislatore ha adeguato le misure di contenimento del virus – e le correlate limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali dei cittadini – al primo miglioramento della situazione epidemiologica. Infatti, essendo le misure limitative declinate in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità, la flessione verso il basso della curva dei contagi rispetto ai mesi più “caldi” aveva determinato un loro graduale allentamento, anche in considerazione dei costi economici, sociali e psicologici cui la popolazione era stata sottoposta ⁽¹⁵⁾; miglioramento che poi è svanito dopo l’estate, obbligando il Governo a nuove restrizioni, differenziate in base alle Regioni.

Il d.l. n. 33/2020 in più occasioni ha richiamato il precedente d.l. n. 19/2020, così da creare un articolato normativo che disciplina le misure di contenimento dell’emergenza sanitaria e le sanzioni per la relativa inosservanza nel periodo compreso tra il 18 maggio e il 31 gennaio 2021 (al momento in cui si scrive, ultimo giorno dello stato di emergenza a seguito della già menzionata proroga di cui al d.l. n. 125/2020).

⁽¹²⁾ Per approfondimenti sul d.l. n. 19/2020 rinvio a M. GRIMALDI, *op. cit.*; S. CORBETTA, *Coronavirus: la trasgressione alle misure di anti-contagio è illecito amministrativo, non più penale*, in www.quotidianogiuridico.it, 27 marzo 2020; E. NAPOLETANO, *La sanzione penale al tempo dell'emergenza tra principio dell'affidamento e principio dell'auto-responsabilità*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, n. 4; L. DELLA RAGIONE, *Emergenza coronavirus e diritto punitivo: quadro di insieme delle responsabilità penale*, in *Il Penalista*, 14 aprile 2020; A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in Questionegiustizia.it, 28 marzo 2020.

⁽¹³⁾ Cfr. anche C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema Penale*, 30 marzo 2020.

⁽¹⁴⁾ G.L. GATTA, *Misure di contenimento del COVID-19 e sanzioni: convertito in legge (n. 35/2020), con modificazioni, il d.l. 19/2020*, in *Sistema Penale*, 25 maggio 2020.

⁽¹⁵⁾ G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e “fase 2”: misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistema Penale*, 18 maggio 2020.

Come anticipato, i due decreti-legge hanno richiesto un'intensa attività di coordinamento interpretativo e, in assenza di una previsione espressa, si è ritenuto che le misure di cui all'art. 1 del d.l. n. 19/2020 potessero essere adottate, nella c.d. Fase 2, solo se e in quanto compatibili con il d.l. n. 33/2020 ⁽¹⁶⁾, visto che la logica di quest'ultimo decreto è stata quella di introdurre una disciplina volta, per un verso, a consentire lo svolgimento di determinate attività prima vietate (impedendo che venissero limitate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 19/2020), per altro verso a vietare lo svolgimento di altre determinate attività, divenute oggetto delle “nuove” misure di contenimento (da adottarsi sempre secondo la procedura introdotta con il citato art. 2).

Ha trovato così nuova conferma, nell'ambito di tutta la legislazione emergenziale, il ruolo dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ⁽¹⁷⁾, ai quali si è continuato a demandare l'adozione delle misure di contenimento dapprima tipizzate dal d.l. n. 19/2020 e poi, in parte, disciplinate dal successivo d.l. n. 33/2020 ⁽¹⁸⁾.

3. L'apparato sanzionatorio della legislazione emergenziale

Due sono anche le fasi che si possono individuare nell'ambito della legislazione emergenziale quanto alle modalità repressive poste a presidio dell'osservanza delle misure che sono state via via prescritte e poi gradualmente allentate dal Governo.

Infatti, durante una prima fase, il legislatore ha fatto ricorso allo strumento penale, introducendo il reato di cui all'art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020, per punire pressoché tutte le violazioni delle misure di contenimento adottate dalle autorità competenti; viceversa, nella seconda fase, segnata dall'avvento del d.l. n. 19/2020, preso atto della scarsa efficacia deterrente della fattispecie penale testé accennata (e del carico di lavoro aggiuntivo scaricatosi repentinamente sulle Procure), il Governo ha provveduto a limitare la responsabilità penale alle violazioni più gravi, delineando uno specifico illecito amministrativo per gli altri casi (art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020).

Sulla stessa scia, l'art. 2 del d.l. n. 33/2020 ha modellato la disciplina sanzionatoria su quella dell'art. 4 del d.l. n. 19/2020, seppur distinta e autonoma rispetto ad essa, in quanto relativa alle misure adottate sulla base del d.l. n. 33/2020.

Emerge, dunque, in modo chiaro la scelta di fondo del legislatore: usare la sanzione amministrativa (pecuniaria e, in alcuni casi, anche interdittiva) per la pressoché generalità delle violazioni e la sanzione penale solo per i casi più gravi, quale l'inosservanza della misura della quarantena da parte del soggetto che è risultato positivo al SARS-CoV-2.

Restano ovviamente sullo sfondo tutte le altre condotte previste e punite dal codice penale, tra le quali la fattispecie delittuosa di epidemia nella sua forma dolosa o colposa.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷⁾ Vedi, ad esempio, i d.P.C.M. 17 maggio 2020 e 11 giugno 2020.

⁽¹⁸⁾ L'art. 1 del d.l. n. 33/2020 infatti ha disciplinato le seguenti attività: la circolazione nel territorio regionale, nazionale e all'estero; la quarantena; le manifestazioni, gli eventi e gli spettacoli; gli assembramenti e le riunioni in pubblico; le funzioni religiose; le attività didattiche e le attività economiche, produttive e sociali. Cfr. per approfondimenti sul punto G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e “fase 2”: misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit.

4. Il reato di cui all'art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020 (abrogato dal d.l. n. 19/2020)

Come anticipato, nella prima fase della legislazione emergenziale il mancato rispetto di pressoché tutte le misure di contenimento del Covid-19 prescritte veniva punito dall'art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020, a mente del quale «salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

Si badi che il d.l. n. 6/2020 costituiva la base legale di tutti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e di tutti i provvedimenti regionali e locali che lo hanno seguito: dunque, il riferimento al «mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto» era considerato quale rinvio mobile a tutte le misure, anche successive, adottate dalle autorità competenti in presenza delle situazioni di cui all'art. 3, commi 1 e 2⁽¹⁹⁾. Così, ad esempio, chi si fosse allontanato da uno dei comuni della “zona rossa” a partire dal 23 febbraio 2020 sarebbe stato punibile ai sensi dell'art. 650 c.p.; stessa sorte poteva essere subita da chi si fosse allontanato dalla propria abitazione senza una delle ragioni prescritte.

A fronte della tendenza da parte dei primi operatori a contestare la condotta in parola direttamente a titolo di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità *ex* art. 650 c.p., parte della dottrina ha sostenuto la tesi secondo la quale il richiamo a quest'ultima norma, contenuto nel citato comma 4 dell'art. 3, fosse solo *quoad poenam* e, pertanto, che la fattispecie contravvenzionale ivi prevista fosse autonoma e distinta da quella suddetta⁽²⁰⁾.

Le criticità in ordine all'efficacia deterrente di questo illecito penale introdotto *ad hoc* non avevano tardato a manifestarsi: infatti, nel suo primo periodo di vigenza le denunce per violazione delle misure si stavano moltiplicando, affaticando ulteriormente un sistema penale già di per sé sovraccarico⁽²¹⁾. La causa di questo può essere attribuita, da un lato, alla sanzione minacciata, di lieve entità, essendo previsto l'arresto fino a tre mesi o l'ammenda fino a 206 euro, oblabile *ex* art. 162-*bis* c.p. con la modica cifra di 103 euro (oltre alle spese del procedimento)⁽²²⁾; dall'altro lato, per la

⁽¹⁹⁾ Così C.R. RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: problemi penali*, in *Sistema Penale*, 2020, n. 3, pp. 232-233.

⁽²⁰⁾ Di questo avviso G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *www.sistemapenale.it*, 26 marzo 2020; A. NATALINI, *In fuga dal virus: cosa rischia chi viola la 'zona rossa'*, in *GLav*, 2020, n. 14, p. 74; M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 7.

⁽²¹⁾ Si tenga conto che tra l'11 e il 24 marzo 2020 sono state denunciate ai sensi dell'art. 650 c.p. per inosservanza delle misure prescritte per il contenimento del Covid-19 oltre 100.000 persone (sul sito ufficiale del Ministero dell'Interno è agevolmente reperibile un *report* quotidiano sul numero di controlli e sul numero di sanzioni irrogate).

⁽²²⁾ L'oblazione non era obbligatoria, ma “facoltativa”, in quanto la valutazione del giudice era discrezionale, sulla base degli indici di cui all'art. 133 c.p., fondamentalmente cristallizzati nel disposto di cui al quarto comma dell'art. 162-*bis* c.p., che richiama la gravità del fatto. L'oblazione era comunque esclusa nel caso di recidiva (anche se non dichiarata giudizialmente), abitudine o professionalità del reato rispettivamente ai sensi degli artt. 104-105 c.p., oltreché quando fossero rimaste conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili dal reo.

considerazione generale che, in molte situazioni, l'efficacia dello strumento sanzionatorio penale viene svilita da inefficienze del sistema o legali vie di fuga.

Si erano quindi appalesati seri dubbi sull'efficacia dell'uso di tale fattispecie incriminatrice a tutela dei fondamentali beni da proteggere rispetto all'allarmante *vis* epidemica del Covid-19, tanto da spingere il legislatore a un semi-dietro front.

5. La gradualità punitiva introdotta con il d.l. n. 19/2020 e confermata dal d.l. n. 33/2020

Considerate le criticità emerse durante il primo periodo di vigenza del d.l. n. 6/2020, il successivo d.l. n. 19/2020 ha provveduto ad abrogarlo pressoché integralmente, ivi compresa la norma penale in esso contenuta.

L'art. 4 del d.l. n. 19/2020 ha disciplinato la violazione delle prescrizioni volte a contenere il contagio nell'ottica dei principi penalistici di sussidiarietà, proporzionalità, *extrema ratio*, oltre che della «valorizzazione della scalarità dell'offesa»⁽²³⁾, graduando la risposta punitiva secondo tre livelli: illecito punitivo amministrativo, illecito penale contravvenzionale e, infine, illecito penale nella forma delittuosa⁽²⁴⁾. Tale impostazione è stata confermata anche dall'apparato punitivo prescritto con il successivo d.l. n. 33/2020.

In questa architettura sanzionatoria, il primo livello è rappresentato dagli illeciti amministrativi di cui all'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020 e all'art. 2, comma 1, del d.l. n. 33/2020: quest'ultimo statuisce che «salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'articolo 650 del codice penale, le violazioni delle disposizioni del presente decreto, ovvero dei decreti e delle ordinanze emanati in attuazione del presente decreto, sono punite con la sanzione amministrativa di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. Nei casi in cui la violazione sia commessa nell'esercizio di un'attività di impresa, si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni».

Per la determinazione della sanzione pecuniaria ha così fatto riferimento alla formulazione, pressoché analoga, dell'art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020⁽²⁵⁾: essa era originariamente compresa tra euro 400 ed euro 3.000, ma in sede di conversione del decreto il massimo edittale è stato abbassato ad euro 1.000⁽²⁶⁾.

La clausola di apertura («salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'articolo 650 del codice penale») ha reso inapplicabile la disciplina generale di cui all'art. 9 della l. n. 689/1981, secondo la quale quando uno stesso fatto è punito da

⁽²³⁾ C. CUPELLI, *op. cit.*

⁽²⁴⁾ Cfr. R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 10.

⁽²⁵⁾ Infatti, l'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020 ha sancito che «salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'art. 650 del codice penale o da ogni altra disposizione attributiva di poteri per ragioni di sanità di cui all'articolo 3, comma 3. Se il mancato rispetto delle predette misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo le sanzioni sono aumentate fino a un terzo».

⁽²⁶⁾ Per i profili di diritto intertemporale cfr. G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit.

una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale: questo comporta che gli illeciti amministrativi di nuovo conio non siano applicabili quando la condotta di inosservanza delle misure di contenimento abbia integrato un reato (ad esclusione dell'illecito penale di cui all'art. 650 c.p.) ⁽²⁷⁾, come nel caso della contravvenzione di «inosservanza della quarantena» (da parte di chi sia risultato positivo al SARS-CoV-2) introdotta con l'art. 4, comma 6, del d.l. n. 19/2020 e ripresa anche dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 33/2020 (si veda *infra*).

I due illeciti amministrativi possono, invece, concorrere con i reati integrabili a fronte della commissione di fatti diversi ma connessi alla stessa inosservanza delle misure di contenimento, quali ad esempio le lesioni personali e l'omicidio, l'epidemia (dolosa o colposa) e – quando e se configurabili – i reati di falso connessi alla compilazione delle autodichiarazioni predisposte dal Ministero dell'Interno ⁽²⁸⁾.

Secondo le regole generali contenute nella l. n. 689/1981, ancora punto di riferimento per l'apparato sanzionatorio amministrativo, gli illeciti amministrativi di cui all'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020 e all'art. 2, comma 1, del d.l. n. 33/2020 possono essere realizzati sia con dolo sia con colpa (art. 3, comma 1, l. n. 689/1981); inoltre, il rimprovero del trasgressore richiede la conoscenza – o, quanto meno, la conoscibilità – della misura inosservata (cioè, il provvedimento che la dispone): quindi, l'errore incolpevole sul fatto esclude la responsabilità (art. 3, comma 2). Ai sensi del successivo art. 4 della l. n. 689/1981, la responsabilità è altresì esclusa quando il fatto è stato commesso per stato di necessità, legittima difesa, adempimento di un dovere e l'esercizio di una facoltà legittima: ovviamente, purché doveri e facoltà siano invocabili nonostante le misure di contenimento adottate sulla base del d.l. n. 19/2020 o del d.l. n. 33/2020 ⁽²⁹⁾.

L'efficacia deterrente della sanzione amministrativa pecuniaria è stata poi rafforzata attraverso la previsione di una sanzione amministrativa accessoria per le violazioni commesse nell'esercizio di un'attività di impresa (art. 4, commi 2 e 4, d.l. n. 19/2020; art. 2, commi 1 e 2, d.l. n. 33/2020) e di un aggravamento della sanzione amministrativa pecuniaria e di quella accessoria in caso di reiterazione della «violazione della medesima disposizione» ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Cfr. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, cit.

⁽²⁸⁾ Sulle problematiche sorte in merito ai reati di falso rinvio a G. PICCO, *Le sanzioni per l'inosservanza delle misure di contenimento del Covid-19: prime osservazioni*, in *LG*, 2020, n. 5, p. 544; F. LOMBARDI, *Covid-19, misure di contenimento e reati di falso: aspetti problematici dell'autodichiarazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, n. 3; M. GRIMALDI, *op. cit.*, pp. 8 ss. e pp. 23 ss.

⁽²⁹⁾ È possibile configurare anche un concorso di persone nell'illecito amministrativo: in tal caso, ciascuno dei concorrenti saranno sottoposti alla relativa sanzione.

⁽³⁰⁾ Nella formulazione dell'art. 2 del d.l. n. 33/2020 è scomparsa invece l'aggravante di un terzo prevista dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020 per il caso in cui la violazione delle misure di contenimento prescritte fosse avvenuta mediante l'utilizzo di un veicolo. Fin dai primi commenti (C. CUPPELLI, *op. cit.*) tale aggravante era stata oggetto di censure di irragionevolezza, in quanto poteva ben accadere che la condotta, in concreto, fosse ben meno grave di quella posta in essere senza l'utilizzo di un veicolo: si pensi, ad esempio, a chi alla guida di un'auto si fosse limitato a fare un breve giro vicino casa senza mai fermarsi, rispetto a chi, a piedi, si si fosse fermato con altre persone a colloquiare.

Nel primo caso, si è prevista la sanzione accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni ⁽³¹⁾, che in caso di reiterazione dell'illecito deve applicarsi nella misura (fissa) massima di 30 giorni.

Per l'aggravante indicata, invece, si è posta sin dall'inizio una questione interpretativa, in quanto si è statuito il raddoppio della sanzione pecuniaria in caso di reiterazione della violazione della «medesima disposizione», facendo così sorgere il dubbio se tale concetto fosse da intendersi come violazione di qualsiasi misura di contenimento (una sorta di recidiva “generica”) ovvero come riferimento alla specifica misura di contenimento (una sorta di recidiva “specifica”).

La questione è stata risolta solo con le modifiche apportate in sede di conversione del d.l. n. 19/2020, avendo la l. n. 35/2020 disposto che ai fini della disciplina della recidiva rileva anche la violazione che non riguarda la medesima misura di contenimento (non si tratta cioè di una “recidiva specifica”).

5.1. L'ambito di rilevanza penale: l'inosservanza della quarantena

Ricalcando il contenuto dell'art. 4, comma 6, del d.l. n. 19/2020, l'art. 2, comma 3, del d.l. n. 33/2020 (così come modificato in sede di conversione dalla l. n. 74/2020) ha stabilito che «salvo che il fatto costituisca reato punibile ai sensi dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 6, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265».

Nella architettura sanzionatoria già menzionata, il secondo livello della scala di disvalore vede l'utilizzo dello strumento penale. In questo caso la condotta riguarda l'inosservanza della misura della quarantena da parte del soggetto positivo al SARS-CoV-2. La fattispecie contravvenzionale di cui al d.l. n. 33/2020 si è, dunque, affiancata a quella già prevista dal d.l. n. 19/2020 ⁽³²⁾, non avendola abrogata.

Nelle due disposizioni citate la condotta consiste nel violare la quarantena obbligatoria e le due fattispecie criminose sono state costruite come reati propri, essendo commettabili solo da parte di soggetti con particolare qualifica: l'essere risultato positivo al virus e, al contempo, l'essere destinatario di un divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora.

Le misure della quarantena obbligatoria sono state però disciplinate dai d.l. n. 19/2020 e n. 33/2020 in maniera diversa quanto ai profili riguardanti l'autorità competente a disporle e la loro durata: infatti, la contravvenzione di cui all'art. 4, comma 6, del d.l. n. 19/2020 riguarda l'inosservanza della quarantena così come disposta ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. e, del d.l. n. 19/2020, mentre la contravvenzione di cui all'art. 2, comma 3, del d.l. n. 33/2020 sanziona l'inosservanza della quarantena disposta ai sensi dell'art. 1, comma 6, del d.l. n. 33/2020.

⁽³¹⁾ Con possibilità di applicazione in via cautelare: cfr. art. 4, comma 4, d.l. n. 19/2020, e art. 2, comma 2, d.l. n. 33/2020.

⁽³²⁾ Il comma 6 del d.l. n. 19/2020 testualmente sancisce: «salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7».

In ogni caso entrambe le disposizioni fanno rinvio, sempre *quoad poenam*, all'art. 260 del r.d. n. 1265/1934, la cui pena è stata inasprita – con il comma 7 dell'art. 4 del d.l. n. 19/2020 – portandola maggiormente in linea con la gravità del fatto: è previsto l'arresto da 3 a 18 mesi e l'ammenda da 500 a 5.000 euro⁽³³⁾. La stessa previsione di una pena detentiva non alternativa, bensì congiunta a quella pecuniaria non permette peraltro l'utilizzo dello strumento dell'oblazione, così come poteva invece accadere con il reato di cui all'art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020 prima esaminato⁽³⁴⁾.

5.2. Il delitto di epidemia

Entrambe le fattispecie contravvenzionali esaminate, tipiche della situazione di emergenza, hanno fatto espressamente salva l'applicabilità del delitto di epidemia colposa di cui all'art. 452 c.p. o di altro più grave reato, con ciò mostrando di voler diversificare il peso del disvalore dell'inosservanza dei divieti prescritti in relazione alle possibili conseguenze in termini di pericolo per la salute individuale e pubblica⁽³⁵⁾.

In particolare, le contravvenzioni di cui agli artt. 4, comma 6, del d.l. n. 19/2020 e 2, comma 3, del d.l. n. 33/2020 si sono poste in un rapporto di gravità progressiva rispetto alle fattispecie codicistiche di epidemia, dolosa e colposa⁽³⁶⁾, sotto il profilo riguardante l'entità del pericolo per l'incolumità pubblica. In altre parole, l'evento-epidemia è l'elemento specializzante (per aggiunta) che distingue i delitti di epidemia dalle contravvenzioni esaminate e che consente di ritenere integrate le fattispecie delittuose, le quali rendono possibile in astratto finanche l'arresto in flagranza e l'applicazione di misure cautelari custodiali.

Andando per ordine, il delitto di epidemia – sia nella sua variante dolosa sia quella colposa – è collocato all'interno del Titolo VI del Libro II del codice penale, dedicato ai delitti contro l'incolumità pubblica: è un reato di pericolo (astratto) che riguarda fatti che provocano un pericolo (o danno) di tale potenza espansiva o diffusività da minacciare (o ledere) un numero indeterminato di persone non individuabili preventivamente. Infatti, ciò che distingue il delitto di epidemia dai reati contro la vita e l'integrità individuale, quali l'omicidio e le lesioni personali, è proprio la sua attitudine a proiettare gli effetti lesivi al di là dei concreti individui colpiti o insidiati, mettendo così a repentaglio una cerchia di persone indeterminata⁽³⁷⁾.

Come anticipato, il delitto di epidemia può configurarsi sia con dolo sia con colpa: l'art. 438 c.p. punisce con l'ergastolo chiunque con dolo «cagiona un'epidemia

⁽³³⁾ Non integra un reato, ma l'illecito amministrativo prima esaminato, invece, l'inosservanza della c.d. quarantena precauzionale.

⁽³⁴⁾ La natura contravvenzionale dei due reati in parola ha impedito inoltre la loro configurabilità nella forma tentata, la contestazione della recidiva e l'applicazione di misure cautelari personali e precautelari (quale l'arresto in flagranza).

⁽³⁵⁾ Così G. CUPELLI, *op. cit.*

⁽³⁶⁾ Per approfondimenti sul delitto di epidemia ai tempi del Covid-19 rinvio a L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sistema Penale*, 2020, n. 4.

⁽³⁷⁾ S. FERRARI, *Coronavirus: la riscoperta del delitto di epidemia e la (scarsa) giurisprudenza sul tema*, in *Quotidianogiuridico.it*, 21 aprile 2020.

mediante la diffusione di germi patogeni»⁽³⁸⁾, mentre l'art. 452 c.p. prevede la sanzione da 1 a 5 anni di reclusione nei confronti di chiunque commetta tale condotta con l'elemento soggettivo della colpa⁽³⁹⁾.

Inoltre, il delitto in parola – ovviamente in entrambi le sue varianti – è costruito come reato di evento a forma vincolata; per la sua consumazione è necessario che l'agente abbia cagionato l'evento epidemico mediante il particolare comportamento consistente nella «diffusione di germi patogeni».

Non pare in discussione che la malattia trasmessa dal virus SARS-CoV-2 sia suscettibile nella nozione legale di epidemia: infatti, in giurisprudenza si è recentemente affermato che «in tema di epidemia, l'evento tipico del reato consiste in una malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione»⁽⁴⁰⁾.

Sarà comunque la stessa casistica giurisprudenziale a indicarci quale spazio applicativo possono trovare gli artt. 438 e 452 c.p. nel corso della situazione pandemica del Covid-19; infatti, seppur astrattamente configurabili, fattispecie del genere non paiono di semplice applicazione durante l'emergenza sanitaria in parola, attesa la difficoltà di provare, sul piano causale, che in un dato contesto territoriale l'epidemia di Covid-19 – già ampiamente in atto nell'intero territorio nazionale (e non solo) – sia stata causata proprio da un determinato soggetto e non dai moltissimi altri già contagiati (e magari per giunta asintomatici).

Ad ogni modo, dal punto di vista fenomenico, maggior probabilità di applicazione verosimilmente potrà incontrarla il delitto di epidemia nella forma colposa, il cui evento – non voluto dall'agente – dovrà essersi verificato a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, da parte del soggetto positivo al virus SARS-CoV-2, dovendo trattarsi concretamente di evento prevedibile ed evitabile mediante la condotta alternativa lecita non tenuta⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ La circostanza aggravante del capoverso dell'art. 438 c.p. («se dal fatto deriva la morte di più persone») per la quale il codice sanciva la pena di morte ha perso ogni valore in seguito all'abolizione della pena capitale nel nostro ordinamento.

⁽³⁹⁾ Laddove dalla diffusione dei germi non derivi il contagio di un numero elevato di persone (ossia, non derivi un'epidemia), il reato – solo nella variante dolosa di cui all'art. 438 c.p. – non sarebbe consumato, ma potrebbe comunque configurarsi nella figura tentata, con la conseguente sanzione della reclusione non inferiore ai 12 anni.

⁽⁴⁰⁾ Così Cass. pen. 30 ottobre 2019, n. 48014. Sul punto, recentemente, si veda anche Cass. pen. 12 dicembre 2017, n. 9133, ove afferma che «secondo l'accezione accreditata dalla scienza medica per epidemia si intende ogni malattia infettiva o contagiosa suscettibile, per la propagazione dei suoi germi patogeni, di una rapida ed imponente manifestazione in un medesimo contesto e in un dato territorio colpendo un numero di persone tale da destare un notevole allarme sociale e un correlativo pericolo per un numero indeterminato di individui». Si esclude che vi sia epidemia se all'ammalarsi contemporaneo di più persone non si accompagna anche il pericolo di ulteriore diffusione del male: così Trib. Verona 25 luglio 1957, in *Archivio Penale*, 1958, II, p. 432.

⁽⁴¹⁾ Per un interessante approfondimento sul “caso Codogno” rinvio a M. PANATTONI, *La responsabilità penale dell'operatore sanitario per il reato di epidemia colposa. Il “caso Codogno”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, n. 4.

Trattandosi – come si è detto – di reato di evento, per ritenersi consumato il delitto di epidemia, doloso o colposo, sarà necessario accertare che la condotta posta in essere abbia effettivamente cagionato l'evento epidemico. Ad esempio, ciò può accadere nel caso di soggetto contagiato, proveniente da zona con un elevato tasso di contagi, che si sia recato in un luogo in cui la patologia era prima del tutto assente, prendendo parte ad una cerimonia con centinaia di presenti, contagiandone contemporaneamente alcuni di essi e comportando un pericolo di ulteriore diffusione verso una pluralità indeterminata di persone.

Non sarà, invece, configurabile il delitto di epidemia quando il soggetto infettato, dimorante in una c.d. zona rossa, si sia trasferito presso l'abitazione dei familiari sita in zona dove la patologia era del tutto assente e a distanza di centinaia di chilometri, contagiando i suoi parenti: in questa ipotesi, potrà al più ritenersi sussistente il reato di lesioni personali colpose (o nel caso di morte, omicidio colposo), ove ovviamente provato anche il coefficiente colposo della condotta tenuta ⁽⁴²⁾.

6. Conclusioni

Tirando le fila del discorso, l'emergenza pandemica ha richiesto ai cittadini e alle Istituzioni uno sforzo senza precedenti. Le misure adottate dal Governo per limitare il diffondersi della malattia trasmessa dal virus SARS-CoV-2, nella loro pervasività, hanno aperto uno scenario inedito, limitando drasticamente le libertà di milioni di persone e determinando significativi effetti negativi sulla loro situazione economica e lavorativa.

Del tutto infelice si è rivelata l'originaria scelta del legislatore di sventolare il vessillo penale per indurre i cittadini ad osservare le raccomandazioni via via emanate, con una malcelata sfiducia – per certi versi sicuramente fondata – in una obbedienza spontanea, ligia e generalizzata.

Quindi, certamente bene ha fatto il Governo ad abrogare, in un secondo momento, il d.l. n. 6/2020 e il connesso apparato sanzionatorio: infatti, tale provvedimento legislativo, da un lato, faticava a rappresentare una valida base di legittimazione delle misure limitative di libertà e diritti fondamentali dell'individuo, attuate con il progressivo e inarrestabile susseguirsi di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e ordinanze regionali (oltre che di alcuni Sindaci); dall'altro lato, minacciava sanzioni rivelatesi timide e inadeguate, le cui conseguenze erano agevolmente “neutralizzabili” dal trasgressore.

Il successivo d.l. n. 19/2020 non solo si è preoccupato di regolare il caos normativo causato dalla precedente interferenza delle varie autorità amministrative in materia, ma ha puntato a modellare una minaccia ben più efficace per l'inosservanza delle misure di contenimento, abbandonando la via della criminalizzazione della trasgressione dei divieti e spostandosi sul terreno amministrativo (tranne per le ipotesi più gravi); scelta che, oltre ad essere stata confermata anche dal successivo d.l. n. 33/2020, ha sicuramente fatto tesoro del detto secondo il quale “l'italiano è più sensibile al portafoglio che non alla fedina penale!”.

⁽⁴²⁾ M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 30.

Il periodo di sorveglianza attiva: tra malattia e congedo straordinario

di Stefano Rossi

Abstract – Il saggio analizza le tutele previste per i lavoratori, sia del settore privato sia di quello pubblico, sottoposti a quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria. L'assenza dai luoghi di lavoro, imposta dai provvedimenti di contenimento dell'epidemia da Covid-19, per i lavoratori del settore privato è equiparata alla malattia ai fini del trattamento economico e non è computabile ai fini del periodo di comporta, mentre per i lavoratori del settore pubblico è equiparata al ricovero ospedaliero e al congedo straordinario. L'esame delle disposizioni fa emergere alcuni profili di rilevante incertezza applicativa.

Abstract – The essay analyses the safeguards provided for workers, both in the private and public sectors, subjected to quarantine with active surveillance or in a permanent home trust. Absence from the workplace, imposed by the measures to contain the epidemic by Covid-19, for workers in the private sector is equated to illness for economic treatment and is not counted for the period of recruitment, while for workers in the public sector it is equated to hospitalization and special leave. The examination of the dispositions brings out some profiles of important application uncertainty.

Sommario: 1. Premessa. – 1.1. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione. – 2. L'equiparazione dei periodi di sorveglianza attiva alla malattia nell'impiego privato. – 2.1. L'equiparazione alla malattia. – 2.2. Il finanziamento. – 2.3. Il certificato. – 2.4. Il rapporto con l'infortunio sul lavoro. – 3. ...nel settore pubblico. 3.1. Il ricovero ospedaliero. – 3.2. Il congedo straordinario. – 3.2.1. I limiti al congedo straordinario. – 3.3. Le misure per il personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. – 4. La tutela dei lavoratori con grave disabilità o in particolari condizioni di fragilità. – 5. Alcune osservazioni conclusive.

1. Premessa

L'emergenza epidemiologica causata dal diffondersi del Covid-19 ha generato un impatto devastante sul tessuto socio-economico del nostro Paese, con evidenti ricadute sulle tutele dei redditi delle famiglie e delle imprese ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si veda V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *LG*, 2020, n. 4, pp. 332 ss.; D. GAROFALO, *La dottrina giuslavoristica alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 429 ss. secondo il quale «è arrivato il momento di porsi un quesito: l'auspicato vaccino anti Covid-19, ovvero la c.d. immunità di gregge, sarà in grado di ristabilire lo status quo ante, consentendo ai lavoratori di continuare ad utilizzare la solita cassetta degli attrezzi, oppure la nuova realtà socio-economica determinata dalla pandemia (ma forse sarebbe più opportuno dire le macerie del tessuto socio-economico che la stessa sta producendo) richiede un cambio di passo anche da parte della corporazione? [...] Di sicuro il Covid-19 ci consegna una nuova questione sociale, ben diversa da quella che fu alla base dell'affermarsi dello Stato sociale, indotta

Lo scenario che si presenta non consente di poter esprimere ancora approfondite valutazioni di merito sull'alluvionale normativa che il Governo e il Parlamento hanno predisposto per arginare gli effetti della pandemia, stante l'incertezza del momento e del prossimo futuro, che coglie alla sprovvista un mercato del lavoro già in piena crisi ⁽²⁾.

Verosimilmente la c.d. "legislazione di emergenza" non sarà in grado di intervenire nel lungo periodo per mitigare le conseguenze negative dell'emergenza sanitaria sui redditi delle imprese e dei lavoratori, ma nella contingenza del momento è certamente in grado di gestire molte delle criticità legate alla gestione da parte delle aziende delle assenze del personale dai luoghi di lavoro.

1.1. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione

Tra le misure approntate dal Governo a tutela dei lavoratori, l'art. 26 del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, c.d. decreto "cura Italia", si occupa dell'assenza dei lavoratori sottoposti a quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria.

In particolare la disposizione stabilisce che il periodo trascorso in quarantena dai lavoratori del settore privato è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico e non è computabile ai fini del periodo di comporto.

Prima di analizzare la disposizione citata, è opportuno domandarsi come sarebbe stata gestita tale assenza dal lavoro in carenza dello strumento di tutela previsto dal decreto. Va subito anticipato che solo equiparandosi la quarantena alla malattia ha potuto trovare applicazione l'art. 2110 c.c. secondo cui il datore di lavoro non può licenziare il lavoratore durante il periodo di comporto determinato dalla legge o dai contratti collettivi, mentre senza una tale equiparazione l'assenza dal lavoro causata dalla quarantena con sorveglianza attiva o dalla permanenza domiciliare fiduciaria avrebbe potuto condurre:

- 1) in astratto, al licenziamento per giustificato motivo oggettivo per ragioni inerenti al lavoratore (come accade nei casi di carcerazione preventiva o nell'ipotesi di condanna a pena detentiva), sempre che tale assenza incida in concreto sull'organizzazione del datore di lavoro ⁽³⁾, ma va evidenziato che tale soluzione deve

dalla rivoluzione industriale, rinviandosi in questa sede alle pagine scritte dai Maestri. Quella fu una questione di classe, viceversa la nuova è decisamente interclassista perché colpisce la gran parte del tessuto sociale italiano, che si è presentato col fiato grosso a questo inaspettato ed imprevedibile appuntamento dopo la crisi del 2007-2008, oggi vista paradossalmente in una dimensione diversa».

⁽²⁾ Per un'analisi del rapporto tra persona, lavoro e mercati si veda M. TIRABOSCHI, *Mercati, regole, valori*, in *Persona e lavoro tra tutela e mercato*, Atti delle Giornate di Studio AIDLASS di Udine del 13-14 giugno 2019, Giuffrè, 2020, pp. 99 ss.

⁽³⁾ Cfr. Cass. 29 settembre 2016, n. 19315, secondo cui «l'impossibilità sopravvenuta parziale (non potendosi parlare all'interno del rapporto di lavoro di impossibilità sopravvenuta temporanea, essendo le *operae praeterite*, perite) per fatti estranei al rapporto di lavoro non costituisce inadempimento degli obblighi contrattuali, ma consente il licenziamento ove, in base ad un giudizio *ex ante* – che tenga conto delle dimensioni dell'impresa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva in essa attuato, della natura ed importanza delle mansioni del lavoratore detenuto, nonché del già maturato periodo di sua assenza, della ragionevolmente prevedibile ulteriore durata dell'impossibilità sopravvenuta, della possibilità di affidare temporaneamente ad altri le sue mansioni senza necessità di nuove

- essere scartata stante il divieto di licenziamento per giustificato motivo oggettivo previsto dall'art. 46, d.l. n. 18/2020 ⁽⁴⁾;
- 2) più verosimilmente, ad una ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione di natura temporanea per *factum principis* con esonero per il datore di lavoro dall'obbligo retributivo nei confronti di dipendenti impossibilitati a rendere la prestazione lavorativa a causa di un provvedimento dell'autorità amministrativa ⁽⁵⁾.

2. L'equiparazione dei periodi di sorveglianza attiva alla malattia nell'impiego privato

L'art. 26, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, stabilisce che il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva di cui all'art. 1, comma 2, lett. *b* e *i*, del d.l. n. 6/2020, e di cui all'art. 1, comma 2, lett. *d* e *e*, del d.l. n. 19/2020, dai lavoratori dipendenti del settore privato, è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non è computato ai fini del periodo di comporto.

In particolare, l'art. 1, comma 2, lett. *b* e *i*, del d.l. n. 6/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 13/2020 ⁽⁶⁾, contempla tra le misure adottabili quella della quarantena precauzionale per individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva e quella dell'obbligo della permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva per le persone che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità ⁽⁷⁾.

In sede di conversione del d.l. n. 18/2020 sono state introdotte anche le misure previste dalle lett. *d* ed *e* dell'art. 1, comma 2, d.l. n. 19/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2020 ⁽⁸⁾. Si tratta, in particolare, dell'applicazione della quarantena

assunzioni e, più in generale, di ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della misura della tollerabilità dell'assenza – costituisca un giustificato motivo oggettivo di recesso, non persistendo l'interesse dal datore di lavoro a ricevere le ulteriori prestazioni del dipendente». Si vedano anche Cass. 7 giugno 2013, n. 14469; Cass. 11 gennaio 1995, n. 266; Cass. 30 marzo 1994, n. 3118.

⁽⁴⁾ Si veda il contributo di F. STAMERRA, *I licenziamenti economici "impossibili" dal Secondo Dopoguerra al Covid-19*, nel volume II, sez. II, di quest'opera.

⁽⁵⁾ Sul tema si veda il contributo di C. MAZZANTI, *Sospensione dell'attività e mora credendi*, nel volume III, sez. I, di quest'opera.

⁽⁶⁾ Il d.l. n. 19/2020 ha successivamente abrogato l'art. 1 del d.l. n. 6/2020. Pertanto, le misure di contenimento di cui all'art. 26, d.l. n. 18/2020, sono quelle elencate nell'art. 1, comma 2, lett. *d* ed *e*, d.l. n. 19/2020.

⁽⁷⁾ Si consideri che l'emergenza sanitaria nazionale è stata proclamata con la delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020.

⁽⁸⁾ Con il d.l. n. 83/2020 si è prorogato il termine dello stato di emergenza nazionale al 15 ottobre 2020, mentre con il d.l. n. 125/2020 il termine è stato prorogato al 31 gennaio 2021, termine entro il quale possono essere adottate misure per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del Covid-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus. Inoltre, le misure di contenimento sono ispirate ai principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio sanitario.

precauzionale ai soggetti che hanno avuto o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio nazionale (lett. *d*) e del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus (lett. *e*) ⁽⁹⁾.

Volendo quindi schematizzare le misure previste dall'art. 26, d.l. n. 18/2020 s.m.i., possiamo distinguere due provvedimenti di contenimento del fenomeno epidemiologico da Covid-19: la quarantena per aver contratto direttamente il virus (quarantena diretta) e la quarantena per contatto con persone infette (quarantena precauzionale). Nella prima ipotesi non si presentano criticità in merito all'assimilazione della fattispecie alla malattia; nel secondo caso, invece, la disposizione non parla direttamente di una positività al virus e, quindi, di uno stato morbigeno del soggetto in quarantena, ma, semplicemente di «contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusa», definendola, pertanto, come «quarantena precauzionale» ⁽¹⁰⁾.

Un'assimilazione medico-legale alla malattia, anche in questo caso, si può derivare dall'elevato rischio di contagio insito nel virus, tale da far presumere che anche questi soggetti possano potenzialmente sviluppare la malattia infettiva o, se asintomatici, avere comunque contratto il virus.

Nel settore privato, dunque, per i lavoratori dipendenti sottoposti alle predette misure di quarantena, diretta o precauzionale, i periodi di assenza dal lavoro sono equiparati a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non è computabile ai fini del periodo di comporta.

I soggetti destinatari della tutela sono i lavoratori “dipendenti” ma va evidenziato che è solo con la l. n. 27/2020, di conversione del d.l. n. 18/2020, che si è aggiunta tale specificazione, così distinguendosi la tutela del lavoratore subordinato da quella del lavoratore autonomo prevista, viceversa, dall'art. 14 della l. n. 81/2017 ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Si vedano in particolare le lett. *d* ed *e* dell'art. 1, comma 2, d.l. n. 19/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2020. Si consideri che la legge di conversione ha modificato la lett. *d* stabilendo che la quarantena si applica ai soggetti che «entrano nel territorio nazionale» da aree ubicate al di fuori del territorio nazionale e la lett. *e* sancendo che il divieto di allontanamento dalla propria abitazione o dimora deve essere disposto «dal sindaco quale autorità sanitaria locale». Dalle fattispecie normativamente tipizzate della quarantena obbligatoria e dell'isolamento fiduciario domiciliare deve essere tenuta distinta l'ipotesi della c.d. quarantena volontaria del dipendente che decide di non recarsi in azienda per il timore di contrarre il virus o di averlo contratto e di poter contagiare i colleghi. In questo caso, il lavoratore deve essere considerato assente non retribuito, non avendo assolto al proprio obbligo di rendere o di offrire al datore di lavoro la prestazione lavorativa, con conseguente venir meno dell'obbligo sinallagmatico normalmente gravante su quest'ultimo di corrispondere la retribuzione. Il datore di lavoro, inoltre, potrebbe considerare l'assenza ingiustificata e, dunque, disciplinarmente rilevante, qualora ritenesse insufficiente la motivazione addotta dal dipendente per giustificare la sua permanenza domiciliare a scopo di prevenzione.

⁽¹⁰⁾ Il d.l. n. 33/2020 all'art. 1, comma 7, stabilisce che «La quarantena precauzionale è applicata con provvedimento dell'autorità sanitaria ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di soggetti positivi al virus COVID-19 e agli altri soggetti indicati con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020».

⁽¹¹⁾ Si veda C. SCHIAVONE, *Gravidanza, malattia ed infortunio nel Jobs Act degli autonomi*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, pp. 248 ss.

2.1. L'equiparazione alla malattia

L'equiparazione alla malattia di queste particolari fattispecie, dettate dal momento storico, pone in evidenza la differenza con il concetto classico di malattia di cui all'art. 2110 c.c. che la dottrina e la giurisprudenza hanno fornito nel tempo ⁽¹²⁾.

Se, infatti, per la scienza medica lo stato di malattia è una qualsiasi alterazione morfologica e/o funzionale di una o più parti dell'organismo, la dottrina giuslavoristica ⁽¹³⁾ ha dato una nozione più ristretta tale da comprendere non ogni alterazione dello stato psico-fisico del lavoratore, ma esclusivamente quelle situazioni nelle quali l'infermità abbia determinato, per intrinseca gravità e/o per incidenza sulle mansioni normalmente svolte dal dipendente, una concreta ed attuale incapacità al lavoro del medesimo.

In sostanza, l'esenzione per motivi di salute dalla prestazione di lavoro è giustificata, sul piano costituzionale, dal diritto alla salute individuale del lavoratore di cui all'art. 32 Cost. ⁽¹⁴⁾.

Nella particolare fattispecie della sorveglianza sanitaria attiva per contagio diretto o indiretto da SARS-CoV-2, invece, l'equiparazione alla malattia non realizza più un interesse individuale, in cui la sospensione della prestazione è giustificata dall'incapacità di svolgere la prestazione per le condizioni fisiche o psichiche del lavoratore, ma un interesse di tutta la collettività ad evitare il diffondersi del contagio, con un'assimilazione a quella che fu definita la "malattia sociale" che, tra l'altro, prescinde anche dal bisogno soggettivo di cure mediche ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Si veda G. CANAVESI, *Malattia, maternità, disoccupazione*, in M. CINELLI, G. FERRERO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112 del 2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet, 2009, pp. 493 ss.

⁽¹³⁾ In dottrina, si veda R. DEL PUNTA, *Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, Giuffrè, 1992, pp. 21 ss.; P. ICHINO, voce *Malattia del lavoratore subordinato*, in *EGT*, 1990, vol. XIX; G. LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1993, pp. 237 ss.; A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1991, pp. 130 ss.; M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2002, pp. 37 ss.; M.J. VACCARO, *La sospensione del rapporto di lavoro*, ESI, 1983, pp. 8 ss. In giurisprudenza si veda Cass. 27 maggio 2004, n. 10215; Cass. 14 dicembre 1999, n. 14065; Cass. 23 agosto 1997, n. 7908; Trib. Parma 7 novembre 1996.

⁽¹⁴⁾ Si veda G. BERLINGUER, *Dalla tutela della malattia alla tutela della salute*, in *RISS*, 1970, pp. 3 ss.; D. ROSATI, *Una linea d'attacco per la riforma sanitaria*, in *Sicurezza Sociale*, 1970, pp. 151 ss.; F. DI CERBO, *La tutela della salute nell'ordinamento giuridico italiano*, Jandi Sapi, 1978; D. MORANA, *La salute nella Costituzione Italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, 2002; C. TRIPOLDINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2008, p. 321. In giurisprudenza si veda C. cost. 18 dicembre 1987, n. 559; C. cost. 22 giugno 1990, n. 307; C. cost. 16 ottobre 1990, n. 457; C. cost. 7 maggio 1991, n. 202; C. cost. 18 luglio 1991, n. 356, sostiene che la salute è tutelata «non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo», mentre C. cost. 17 luglio 2001, n. 252, statuisce che non possono esserci «situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto».

⁽¹⁵⁾ Sulle malattie infettive si veda R. PAFUNDI, *Malattie infettive e assicurazione malattie*, in *RGL*, 1959, II, pp. 57 ss.; U. CHIAPPELLI, *Le malattie infettive e contagiose. Profilassi e assistenza*, in *Quaderni dei Problemi della Sicurezza Sociale*, 1960, pp. 112 ss.; F. FERRERÒ, *L'assistenza medica ai malati per malattie infettive e contagiose*, in *I Problemi della Sicurezza Sociale*, 1963, pp. 263 ss. Sulla tutela previdenziale contro la tubercolosi si veda G. CANNELLA, *L'assicurazione contro le malattie in generale e contro la tubercolosi*, in U. BORSI, F. PERGOLESÌ (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 1959, vol. IV, pp. 308 ss.; C. GULLI, voce *Tubercolosi (diritto della sicurezza sociale)*, in *DDPComm*, 1999, vol. XVI, pp. 266 ss.; AA.VV., *Aspetti medico-legali della tubercolosi*, in *RIMP*, 2014, I, pp. 819 ss.

Infatti, la previsione normativa tutela la salute pubblica, evitando il pericolo di diffusione della malattia infettiva.

L'intervento previdenziale dovrebbe, invece, escludersi in caso di contrazione del virus da parte del lavoratore che abbia ⁽¹⁶⁾ violato volontariamente le misure di sorveglianza attiva, a prescindere dall'effettivo contagio o accertata positività al virus in epoca successiva all'inosservanza della misura di contenimento. L'esclusione è, del resto, giustificata dalla violazione da parte del lavoratore dell'obbligo di prendersi cura della propria salute e sicurezza ⁽¹⁷⁾. La violazione dolosa delle misure di sorveglianza attiva da parte del lavoratore determinano conseguenze su tre distinti piani: quello sanzionatorio, quello previdenziale e quello del rapporto di lavoro. Sul piano sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1, comma 6, d.l. n. 33/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 74/2020 ⁽¹⁸⁾, è fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus SARS-CoV-2, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata. Pertanto, secondo l'art. 2, d.l. n. 33/2020, in caso di allontanamento, senza giustificato motivo, dalla propria abitazione o dimora, al lavoratore è applicata una sanzione amministrativa dalle 400 alle 1.000 euro. In caso di violazione della quarantena diretta, oltre la sanzione amministrativa cit., il lavoratore potrà incorrere nella commissione del reato di epidemia previsto dagli artt. 438 e 452 c.p. o, nel caso di insussistenza della fattispecie penale, comunque incorrerà nella pena prevista dall'art. 260, r.d. n. 1265/1934, ovvero nella pena dell'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da 500 a 5.000 euro. Sul piano previdenziale al lavoratore che non rispetti le misure di contenimento del virus imposte dall'autorità amministrativa sanitaria potrà applicarsi, per analogia, la fattispecie dell'art. 5, comma 14, d.l. n. 463/1983, convertito dalla l. n. 638/1983, che prevede, nel caso di assenza alla visita di controllo, senza giustificato motivo, la decadenza dal diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo sino a dieci giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo, esclusi quelli di ricovero ospedaliero o già accertati da precedente visita di controllo. Le autorità preposte ai controlli, infatti, che accertino la violazione della quarantena diretta o

⁽¹⁶⁾ La disciplina dell'art. 2110 c.c. trova applicazione anche nelle ipotesi di malattie o infortuni determinati da colpa del lavoratore. Sul punto si veda C. cost. 28 aprile 1976, n. 91; Cass. 13 febbraio 1997, n. 1314. L'estensione della tutela anche alla malattia colposa non è stata messa in discussione neanche dopo l'emanazione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 626/1994, oggi confluito nell'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, il quale prevede il dovere generale del lavoratore di prendersi cura della propria salute, oltre che di quella dei colleghi di lavoro.

⁽¹⁷⁾ Si veda l'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008.

⁽¹⁸⁾ L'art. 1, comma 7, del d.l. n. 33/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 74/2020, impone l'applicazione della quarantena precauzionale o altra misura ad effetto equivalente, con provvedimento dell'autorità sanitaria, ai soggetti che abbiano avuto «contatti stretti» con soggetti confermatasi positivi al virus (o con altri soggetti che siano indicati con i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 19/2020). Pertanto, il divieto di allontanamento dalla propria abitazione o dal domicilio, *ex* comma 6 del citato art. 1, si estende a tutte le ipotesi di quarantena (diretta e precauzionale) imposta da provvedimenti di contenimento del virus emessi dall'autorità sanitaria. Con l'aggravarsi del quadro epidemiologico (c.d. seconda ondata del Covid-19), il Governo ha introdotto ulteriori misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale con il d.P.C.M. 13 ottobre 2020, modificato dal d.P.C.M. 18 ottobre, e in seguito sostituito dal d.P.C.M. 24 ottobre 2020 con effetti dal 26 ottobre al 24 novembre 2020.

precauzionale del lavoratore potranno comunicare all'Inps la condotta dolosa al fine dei conseguenti provvedimenti di revoca del beneficio previdenziale. In merito alle visite di controllo ritengo che la legislazione emergenziale sia normativa speciale rispetto a quelle disposizioni che regolamentano le fasce orarie di reperibilità dei lavoratori, con conseguente prevalere del "divieto assoluto" di allontanarsi dalla propria abitazione o dal domicilio. Infine, sul piano del rapporto di lavoro, l'accertata violazione delle misure di contenimento al virus può in astratto determinare il licenziamento per giusta causa nel caso in cui l'assenza del lavoratore dalla propria abitazione o dal proprio domicilio pregiudichi o ritardi la guarigione ed il rientro in servizio ⁽¹⁹⁾.

2.2. Il finanziamento

L'art. 26, d.l. n. 18/2020 s.m.i., stabilisce che l'equiparazione del periodo di sorveglianza attiva alla malattia è rilevante «ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento» ⁽²⁰⁾. Si pone, pertanto, un problema di finanziamento della misura previdenziale.

A tal fine, l'art. 26, comma 5, d.l. n. 18/2020 s.m.i. ⁽²¹⁾, prevede che «in deroga alle disposizioni vigenti, gli oneri a carico del datore di lavoro» sono garantiti dalla fiscalità generale nel limite massimo di spesa di 663,1 milioni di euro ⁽²²⁾, con un obbligo di monitoraggio della spesa da parte dell'Inps.

La deroga opera, quindi, su un duplice piano: da un lato si esclude l'obbligo contributivo previsto dall'art. 74, l. n. 833/1978, e dall'art. 20, comma 1, d.l. n. 112/2008 ⁽²³⁾; dall'altro si esonera il datore di lavoro ad integrare l'indennità di malattia nei casi previsti dalla contrattazione collettiva. Resta fermo, invece, l'onere di anticipazione delle prestazioni economiche di malattia da parte del datore di lavoro, salvo conguaglio con gli importi dovuti all'Inps per i contributi previdenziali ⁽²⁴⁾.

La sostituzione del finanziamento pubblico ⁽²⁵⁾ alla contribuzione posta a carico dei datori e dei prestatori di lavoro costituisce una precisa attuazione degli artt. 32 e 38 Cost.

⁽¹⁹⁾ Si vedano Cass. 13 marzo 2018, n. 6047; Cass. 27 aprile 2017, n. 10416; Cass. 5 dicembre 2016, n. 24812; Cass. 5 agosto 2015, n. 16465; Cass. 5 agosto 2014, n. 17625.

⁽²⁰⁾ La decretazione d'urgenza ha escluso completamente il periodo di comportamento diversamente dall'ipotesi del comportamento speciale di fonte legale previsto a favore dei lavoratori affetti da tubercolosi, ai quali l'art. 10 della l. n. 419/1975 garantisce il diritto alla conservazione del posto «fino a sei mesi dopo la data di dimissione dal luogo di cura per avvenuta guarigione o stabilizzazione».

⁽²¹⁾ Modificato dall'art. 26 del d.l. n. 104/2020.

⁽²²⁾ Il limite previsto dal d.l. n. 18/2020 era di 130 milioni di euro per l'anno 2020, portato alla soglia dei 380 milioni dall'art. 74 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, incrementato a 663,1 milioni dall'art. 26, comma 1, d.l. n. 104/2020, convertito con modifiche dalla l. n. 126/2020.

⁽²³⁾ Come modificato dall'art. 18, comma 16, del d.l. n. 98/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 111/2011. Si veda circ. Inps n. 122/2011; mess. Inps n. 1197/2013.

⁽²⁴⁾ Si veda art. 1, l. n. 33/1980; l'art. 5, commi 1-8, l. n. 638/1983.

⁽²⁵⁾ Infatti l'art. 26 d.l. n. 18/2020 stabilisce che «gli oneri a carico del datore di lavoro, che presenta domanda all'ente previdenziale e dell'Inps connessi con le tutele di cui al presente articolo sono posti a carico dello Stato».

Va evidenziato che l'art. 26, d.l. n. 18/2020 s.m.i., non cambia il meccanismo di accreditamento dei contributi figurativi ai fini del diritto alle prestazioni previdenziali e della determinazione della loro misura, che pertanto saranno accreditati sulla posizione contributiva del lavoratore ⁽²⁶⁾.

2.3. Il certificato

Ai sensi del comma 3 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020 s.m.i., per i periodi trascorsi in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, il medico curante redige il certificato di malattia ⁽²⁷⁾ con l'indicazione degli estremi del provvedimento che ha dato origine alla quarantena con sorveglianza attiva o alla permanenza domiciliare fiduciaria.

Il comma 4 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020 s.m.i., prevede, invece, che l'indicazione sul certificato medico del numero del provvedimento dell'autorità pubblica non è necessario per quei certificati trasmessi prima del 18 marzo 2020 (entrata in vigore del d.l. n. 18/2020); pertanto, dal tenore della norma, sembrerebbe sufficiente il certificato del medico curante, senza indicazione alcuna del provvedimento dell'autorità pubblica. Tuttavia, il comma 1 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020 s.m.i., rinvia, ai fini dell'equiparazione alla malattia, proprio alle misure della quarantena diretta o precauzionale disposte dall'Asl. Si potrebbe, quindi, ipotizzare che la disposizione faccia riferimento comunque all'esistenza di un provvedimento amministrativo di contenimento epidemiologico, ma che non sia necessario per i certificati *ante* 18 luglio 2020 l'indicazione degli estremi dell'atto dell'autorità pubblica.

Infine, il comma 6 della norma in commento prevede che se il lavoratore ha contratto il Covid-19 il certificato è redatto dal medico curante nelle consuete modalità telematiche, senza necessità di alcun provvedimento da parte dell'autorità di sanità pubblica. Con il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 ⁽²⁸⁾ il Governo ha autorizzato per l'anno 2020 una spesa di 30 milioni di euro per sostenere ed implementare il sistema diagnostico dei

⁽²⁶⁾ Si veda L. DE TOMMASO, *I contributi figurativi nelle assicurazioni sociali*, in *Rivista italiana di previdenza sociale*, 1968, pp. 413 ss.; P. COSTALUNGA, *La contribuzione figurativa*, in B. BUSSI, M. PERSIANI (diretta da), *Trattato di previdenza sociale*, Cedam, 1974, vol. I, pp. 725 ss.

⁽²⁷⁾ Si veda R. DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 155-156. L'art. 6 del d.P.C.M. 24 ottobre 2020 stabilisce che l'operatore di sanità pubblica territorialmente competente, in caso di persone che hanno soggiornato o transitato nei 14 giorni antecedenti all'ingresso in Italia in Stati o territori a rischio epidemiologico, prescrive la permanenza domiciliare. Avviata la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario, l'operatore di sanità pubblica informa inoltre il medico di medicina generale o il pediatra di libera scelta da cui il soggetto è assistito anche ai fini dell'eventuale certificazione Inps (si veda circ. Inps n. 716/2015). Se detta certificazione è necessaria per l'assenza dal lavoro, l'operatore di sanità pubblica procede a rilasciare una dichiarazione indirizzata all'Inps, al datore di lavoro e al medico di medicina generale o al pediatra di libera scelta in cui si dichiara che per motivi di sanità pubblica la persona interessata è stata posta in quarantena precauzionale, specificando la data di inizio e fine.

⁽²⁸⁾ Il d.l. n. 127/2020 è stato emanato quale conseguenza del d.P.C.M. del 24 ottobre 2020 con il quale sono state disposte restrizioni all'esercizio di talune attività economiche al fine di contenere la diffusione del virus Covid-19. A distanza di pochi giorni, il Governo, data la perdurante criticità dell'emergenza epidemiologica, ha decretato ulteriori misure restrittive con il d.P.C.M. del 3 novembre 2020 suddividendo il territorio nazionale in base agli scenari sanitari di elevata o massima gravità e da livelli di rischio alto. Con il d.l. 9 novembre 2020, n. 149 sono state introdotte ulteriori misure a sostegno dei settori più direttamente interessati dalle predette misure restrittive.

casi di positività al virus SARS-CoV-2 attraverso l'esecuzione di tamponi antigenici rapidi da parte dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta. L'art. 19 del d.l. n. 137/2020 cit. ha stabilito, quindi, che i medici e i pediatri di base potranno eseguire i tamponi rapidi ai propri assistiti comunicando gli esiti attraverso le funzionalità del Sistema Tessera Sanitaria. Il portale informatico rende disponibili immediatamente i dati sia all'assistito, sia al Dipartimento di prevenzione dell'Azienda sanitaria locale territorialmente competente.

Il meccanismo descritto, tuttavia, non incide sull'obbligo del medico curante di riportare sul certificato di malattia gli estremi del provvedimento dell'Autorità sanitaria che ha dato origine alla quarantena con sorveglianza attiva o alla permanenza domiciliare fiduciaria, poiché le misure introdotte dal d.l. n. 137/2020 cit. sono dirette a sostenere il sistema sanitario nell'accertamento medico di positività al virus e non a ridefinire le competenze degli organi amministrativi.

Il lavoratore, infatti, ai fini del riconoscimento della tutela della malattia, dovrà produrre il certificato attestante il periodo di quarantena nel quale il medico curante dovrà indicare gli estremi del provvedimento emesso dall'operatore di sanità pubblica ⁽²⁹⁾.

Qualora al momento del rilascio del certificato, il medico non disponga delle informazioni relative al provvedimento, queste verranno acquisite direttamente dal lavoratore interessato presso l'operatore di sanità pubblica e comunicate successivamente all'Inps, mediante i canali di comunicazione (posta ordinaria o PEC). Il lavoratore, in tal modo, comunicherà gli estremi del provvedimento (numero di protocollo, dati della Struttura di sanità pubblica che ha emesso il provvedimento, data di redazione e periodo di sorveglianza prescritto) e il PUC del certificato al quale si riferiscono, allegando, il provvedimento medesimo.

Sulla base delle disposizioni vigenti in materia di tutela della malattia, il certificato deve essere redatto sin dal primo giorno di malattia in modalità telematica. Nei casi residuali di certificato emesso in modalità cartacea, lo stesso dovrà essere trasmesso all'Inps nel termine dei due giorni previsti dalla normativa di riferimento.

Secondo la disciplina ordinaria, ai sensi degli artt. 2, l. n. 33/1980, e 15, l. n. 155/1981, il certificato trasmesso all'Inps deve contenere sia la diagnosi sia la prognosi della malattia, mentre il datore di lavoro non potrà venire a conoscenza della natura dell'evento morboso. Questa regola, tuttavia, pensata per proteggere la riservatezza

⁽²⁹⁾ Si veda messaggio Inps n. 2584/2020, nonché il messaggio Inps n. 3871/2020 che afferma «che la tutela viene riconosciuta a fronte di un procedimento di natura sanitaria, dal quale non è possibile prescindere, stante sia l'equiparazione della c.d. quarantena alla malattia sia l'obbligo per il lavoratore di produrre idonea certificazione sanitaria, come attestato dal comma 3 del medesimo articolo 26». Per la certificazione di malattia prevista per i lavoratori fragili di cui all'art. 26, comma 2, d.l. n. 18/2020 s.m.i. si veda il messaggio Inps n. 4157/2020. Si veda altresì il messaggio Inps n. 3653/2020 che, principiando dalla previsione dell'art. 19 d.l. n. 104/2020 per cui ai lavoratori domiciliari o residenti in Comuni per i quali la pubblica autorità abbia emanato provvedimenti di contenimento e di divieto di allontanamento dal proprio territorio, disponendo l'obbligo di permanenza domiciliare, è riconosciuto l'accesso ai trattamenti Cigo, Cigd, Aso e Cisoa, afferma il principio generale «che in tutti i casi di ordinanze o provvedimenti di autorità amministrative che di fatto impediscano ai soggetti di svolgere la propria attività lavorativa non è possibile procedere con il riconoscimento della tutela della quarantena ai sensi del comma 1 dell'articolo 26, in quanto la stessa prevede un provvedimento dell'operatore di sanità pubblica».

del lavoratore ⁽³⁰⁾, nell'ambito dell'art. 26, d.l. n. 18/2020, non è applicabile perché l'azienda ha tutto l'interesse a conoscere la natura della malattia al fine di apprestare le eventuali misure di sicurezza ai sensi dell'art. 2087 c.c. per la tutela e l'incolumità della salute degli altri dipendenti ⁽³¹⁾.

2.4. Il rapporto con l'infortunio sul lavoro

Un problema di compatibilità si pone tra l'art. 26 e l'art. 42, comma 2, d.l. n. 18/2020 s.m.i.

Quest'ultima disposizione stabilisce che nei casi accertati di infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro o per i periodi di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria al lavoratore è riconosciuto l'infortunio sul lavoro ⁽³²⁾; senza stabilire se il periodo sia escluso dal computo, circostanza prevista invece dal citato art. 26.

Pertanto, al fine di determinare la durata del periodo di computo, è necessario capire se i giorni di infortunio sul lavoro, causato dal Covid-19, debbano essere conteggiati o meno.

Sulla computabilità dell'infortunio nel periodo di computo si registrano due filoni giurisprudenziali.

Il primo afferma che ai fini del calcolo del periodo di computo vanno calcolate le sole assenze per malattia e non anche quelle per infortunio sul lavoro e malattia professionale, atteso che non possono porsi a carico del lavoratore le conseguenze del pregiudizio da lui subito a causa dell'attività lavorativa espletata ⁽³³⁾.

Una seconda linea interpretativa, invece, sostiene che ai fini del superamento del periodo di computo contrattuale, la normativa legale non distingue tra assenze per malattia e assenze per infortunio, se tale sommatoria non sia anche espressamente esclusa

⁽³⁰⁾ P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, p. 94. Sui profili relativi alla riservatezza incisi dalla decretazione d'urgenza per il diffondersi dell'epidemia si veda il contributo di E. DAGNINO, *I riflessi della normativa anti-Covid-19 sulla tutela della privacy*, in questa sezione.

⁽³¹⁾ Il diritto alla riservatezza è stato garantito nei casi di soggetti colpiti da infezione da HIV, il cui anonimato è rigorosamente protetto. Si vedano gli artt. 5 e 6 della l. n. 135/1990.

⁽³²⁾ Si veda il contributo di L. MANNARELLI, *L'infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro*, in questa sezione.

⁽³³⁾ Si veda Cass. 12 giugno 2013, n. 14756; conforme Cass. 10 agosto 2012, n. 14377, secondo cui «in base al tenore testuale dell'art. 2110 c.c., l'infortunio è equiparato alla malattia, senza che l'eventuale diversità dei rispettivi sistemi di accertamento sia d'ostacolo ad una loro considerazione unitaria ad opera della contrattazione collettiva. Peraltro, le parti stipulanti il contratto collettivo, nell'ambito della loro autonomia, possono anche escludere dal calcolo le assenze dovute ad infortuni sul lavoro. Nei casi in cui la contrattazione collettiva di categoria preveda un unico termine di computo, spetta al giudice accertare se le parti negoziali abbiano voluto fissare un'indifferenziata disciplina, sia per le assenze che per gli infortuni, o se, di contro, abbiano individuato termini di computo differenziati, in ragione della causa delle assenze, (se derivanti o meno da infortunio), e di quella degli infortuni (se verificatisi o meno sul lavoro)». Più di recente si veda Cass. 29 dicembre 2015, n. 26005.

dalla disciplina pattizia ⁽³⁴⁾. Per la Suprema Corte ⁽³⁵⁾ è infatti la contrattazione collettiva di categoria a regolamentare la disciplina del superamento del periodo di com-
 porto ai fini dell'intimazione del licenziamento al lavoratore.

Quindi, se seguiamo la prima interpretazione l'infortunio sarebbe escluso dal com-
 porto; mentre aderendo al secondo indirizzo sarà necessario vagliare il singolo con-
 tratto collettivo applicato.

Discorso differente è quello relativo alle ipotesi in cui l'infortunio sia imputabile a
 responsabilità del datore di lavoro ⁽³⁶⁾, poiché in detti casi l'assenza non è computata
 nel periodo di comporto. La giurisprudenza ⁽³⁷⁾, difatti, afferma che la computabilità
 è esclusa nei casi in cui l'infortunio o la malattia abbiano avuto origine in fattori di
 nocività insiti nelle modalità di esercizio delle mansioni e comunque presenti nell'am-
 biente di lavoro, e quando il datore di lavoro sia responsabile di tale situazione nociva
 e dannosa, per essere egli inadempiente all'obbligazione a lui facente carico, ai sensi
 dell'art. 2087 c.c. ⁽³⁸⁾.

In quest'ultimo caso, quindi, perché l'assenza possa essere detratta dal periodo di
 comporto, non è sufficiente che si tratti di malattia professionale, meramente con-
 nesa cioè alla prestazione lavorativa, ma è necessario che in relazione a tale malattia,
 e alla sua genesi, sussista una responsabilità del datore di lavoro ai sensi del art. 2087
 c.c. ⁽³⁹⁾.

⁽³⁴⁾ Si veda Cass. 21 marzo 2016, n. 5527, secondo cui ai fini del superamento del periodo di com-
 porto, anche in base alla contrattazione collettiva di settore, «l'assenza per infortunio sul lavoro e
 quella dovuta a malattia professionale sono equiparate, e devono essere entrambe computate nel cal-
 colo del limite complessivo, oltre il quale è esperibile la risoluzione del rapporto di lavoro».

⁽³⁵⁾ Si veda Cass. 9 settembre 2015, n. 17837.

⁽³⁶⁾ Sulla responsabilità del datore di lavoro per violazione delle prescrizioni dei protocolli in materia
 di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro finalizzati al contenimento del Covid-19 si vedano i contributi
 di F. NARDELLI, *Lavorare durante l'emergenza: misure, premi e dispositivi di protezione*, e G. PICCO, *Lavorare
 durante l'emergenza in violazione delle prescrizioni: le responsabilità datoriali*, in questa sezione. Si veda il recente
 saggio di D. GAROFALO, *Lavorare in sicurezza versus ripresa delle attività produttive. Safety versus recovery*, in
MGL, 2020, n. 2, pp. 325 ss., spec. p. 340, in cui si afferma che, «circoscrivendo la riflessione finale
 al tema esaminato del “lavorare in sicurezza”, occorre un immediato ed incisivo adeguamento del
 quadro normativo di riferimento alla nuova e non transitoria condizione economica del nostro Paese,
 già auspicato da tutti i commentatori qui citati, che senza alcun disegno preordinato hanno all'uni-
 sono, ciascuno per il profilo esaminato, invocato un intervento legislativo sulla normativa prevenzio-
 nale, sull'art. 5, legge n. 300/70 33 e sul T.U. in tema di infortuni sul lavoro e malattie professionali».

⁽³⁷⁾ Si veda Cass. 29 dicembre 2011, n. 29693.

⁽³⁸⁾ Si veda Cass. 28 marzo 2011, n. 7037.

⁽³⁹⁾ Si veda Cass. 15 dicembre 2014, n. 26307; Cass. 24 gennaio 2014, n. 1477; Cass. 4 luglio 2017, n.
 16393, secondo cui «le assenze per malattia collegate con lo stato di invalidità non possono essere
 incluse nel periodo di comporto ai fini del diritto alla conservazione del posto di lavoro, se l'invalido
 sia stato adibito a mansioni incompatibili con le sue condizioni fisiche, in quanto l'impossibilità della
 prestazione lavorativa deriva in tal caso dalla violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di
 tutelare l'integrità fisica del lavoratore, che è gravato tuttavia dall'onere di provare gli elementi ogget-
 tivi della fattispecie sulla quale si fonda la responsabilità contrattuale del datore di lavoro».

3. ...nel settore pubblico

Nel settore pubblico l'art. 87, comma 1, d.l. n. 18/2020 s.m.i., prevede che il periodo trascorso in malattia, in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva è equiparato al ricovero ospedaliero, e non è computabile ai fini del periodo di comporto ⁽⁴⁰⁾ mentre ai sensi del comma 3 della medesima disposizione l'assenza dal servizio imposta dai provvedimenti di contenimento del fenomeno epidemiologico da Covid-19 è considerata come congedo straordinario.

Quindi, nella P.A. gli strumenti per gestire le assenze del personale sono il ricovero ospedaliero e il congedo straordinario.

3.1. Il ricovero ospedaliero

Il comma 1 del citato art. 87 ⁽⁴¹⁾ prevede che il periodo trascorso in malattia o in sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è equiparato al ricovero ospedaliero e non è computabile ai fini del periodo di comporto ⁽⁴²⁾.

Nell'ambito del pubblico impiego, tutti i Ccnl prevedono che i giorni di assenza per malattia conseguenti a ricovero ospedaliero o *day hospital*, nonché i giorni di assenza dovuti alle terapie salvavita (inclusa la chemioterapia) non incidono sul periodo di conservazione del posto di lavoro e, pertanto, si aggiungono a questo periodo e sono interamente retribuiti ⁽⁴³⁾.

Il comma 3-*bis* dell'art. 87, d.l. n. 18/2020 s.m.i., introduce una modifica strutturale all'art. 71, comma 1, d.l. n. 133/2008, disponendo la non operatività della decurtazione del trattamento economico fondamentale in caso di ricovero ospedaliero in strutture del servizio sanitario nazionale poiché le prestazioni sanitarie in parola rientrano nei livelli essenziali di assistenza (LEA) ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ Inciso introdotto dall'art. 26, comma 1-*bis*, d.l. n. 104/2020, convertito con modifiche dalla l. n. 126/2020.

⁽⁴¹⁾ La circ. n. 2/2020 del Ministro per la pubblica amministrazione la definisce «norma cardine e di portata generale in materia di pubblico impiego». Il periodo è stato introdotto dalla legge di conversione n. 27/2020, pertanto, prima della modifica, la P.A. avrebbe dovuto imputare l'evento a congedo ordinario con relativa decurtazione dell'indennità dal trattamento economico erogabile. Nella vigenza del decreto-legge, infatti, sulle *FAQ* del Ministero era stato precisato che l'assenza doveva essere gestita come malattia ordinaria; tuttavia, qualora fosse successivamente accertato che si tratti di un soggetto che rientra nella misura della quarantena o infetto da SARS-CoV-2, non si applicherebbe la decurtazione.

⁽⁴²⁾ Si veda circ. Inps n. 136/2003; mess. Inps n. 9197/2011 e n. 1074/2018.

⁽⁴³⁾ Alcuni Ccnl prevedono l'esclusione dal computo del periodo di conservazione del posto, per i dipendenti affetti da gravi patologie, anche dei giorni di assenza dovuti alle conseguenze o agli effetti delle terapie salvavita (Scuola, Università e Area VII – Università e ricerca). Ci sono anche dei Ccnl che prevedono che le amministrazioni siano tenute a favorire un'adeguata articolazione dell'orario di lavoro nei confronti dei soggetti interessati al fine di agevolare il soddisfacimento di particolari esigenze collegate a terapie o visite specialistiche (Ministeri, Agenzie fiscali, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Enti pubblici non economici, Sanità).

⁽⁴⁴⁾ Sul tema dei servizi essenziali durante l'emergenza sanitaria si veda il contributo di A. CARACIOLO, *I servizi essenziali nel prisma dell'epidemia da Covid-19*, in questa sezione.

La modifica, come evidenziato nella relazione illustrativa e tecnica allegate al disegno di legge di conversione del d.l. n. 9/2020, non incide in maniera rilevante giacché per il personale pubblico contrattualizzato i contratti collettivi già escludono la restrizione economica per le ipotesi di ricovero ospedaliero ⁽⁴⁵⁾.

3.2. Il congedo straordinario

Per quanto riguarda il secondo strumento a disposizione della P.A. per la gestione delle assenze del personale, il comma 3 del citato art. 87 stabilisce che qualora non sia possibile far ricorso al lavoro agile ⁽⁴⁶⁾ e non sia possibile utilizzare gli strumenti offerti dalla contrattazione collettiva ⁽⁴⁷⁾ in relazione ai periodi di assenza dal servizio dei dipendenti del pubblico impiego imposti dai provvedimenti di contenimento del fenomeno epidemiologico da Covid-19 ⁽⁴⁸⁾, l'amministrazione possono motivatamente esentare il personale dal servizio ⁽⁴⁹⁾.

La norma parla di esenzione dal servizio in maniera a-technica ma va interpretata come riferita all'istituto del congedo straordinario di cui all'art. 37, d.P.R. n. 3/1957; infatti, l'ultima parte del comma 3 dell'art. 87, d.l. n. 18/2020, stabilisce espressamente che il periodo di assenza dal servizio non è computabile nel congedo straordinario sopra citato.

Una incertezza interpretativa è ravvisabile nel richiamo generico ai «provvedimenti di contenimento del fenomeno epidemiologico da Covid-19» tra cui rientra anche la quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, di modo che l'evento potrebbe trovare copertura sia nella previsione del comma 1 (ricovero ospedaliero) sia in quella del comma 3 (congedo straordinario). In definitiva l'Amministrazione potrebbe decidere di riconoscere il ricovero ospedaliero, in cui, comunque, opera l'esclusione dal periodo di computo, o potrebbe concedere il congedo straordinario senza che trovi applicazione il limite temporale dei 45 giorni nell'anno di fruizione.

⁽⁴⁵⁾ L'art. 71, comma 1, del d.l. n. 112/2008 (convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008) fa infatti salvo il trattamento più favorevole per le assenze per malattia dovute ad infortunio sul lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a *day hospital*, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita.

⁽⁴⁶⁾ Anche nella forma semplificata che prevede l'esclusione degli accordi individuali e degli obblighi informativi previsti dagli artt. 18-23 della l. n. 81/2017. Sul tema si veda il contributo di M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in questo volume, sez. II.

⁽⁴⁷⁾ La norma parla testualmente di ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e di altri analoghi istituti.

⁽⁴⁸⁾ L'art. 87 rinvia al d.l. n. 6/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 13/2020, e al d.l. n. 19/2020.

⁽⁴⁹⁾ Prima della legge di conversione n. 27/2020, la misura del comma 3 dell'art. 87, d.l. n. 18/2020, era estesa a tutte le assenze dal servizio, a prescindere dalla diretta incidenza degli eventi epidemiologici. In seguito, alla modifica apportata dalla l. n. 27/2020 la misura è stata circoscritta ai periodi di assenza dal servizio imposti dalle misure di contenimento del virus, adottati nella vigenza dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 6/2020 (convertito con modificazioni dalla l. n. 13/2020) e dell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 19/2020. Si tratta, in definitiva, delle misure di contenimento, limitazione e sospensione delle attività produttive, commerciali e sociali dell'intero territorio nazionale, che hanno, quindi, una diretta incidenza sull'agire della P.A.

Al fine di dare un'interpretazione sistematica della disposizione, più aderente alla contingenza del momento storico, si può pensare di applicare il comma 1 nelle ipotesi di contagio da SARS-CoV-2, pertanto legato al concetto di malattia; mentre in tutti gli altri casi di contenimento dell'emergenza epidemiologica (si pensi al blocco o alla riduzione delle attività istituzionali) l'assenza dal servizio dovrà essere gestita con il congedo straordinario.

3.2.1. I limiti al congedo straordinario

Il comma 3 dell'art. 87, d.l. n. 18/2020 s.m.i., prevede dei limiti all'utilizzo del congedo straordinario. In particolare, oltre l'utilizzo del lavoro agile, anche in funzione della riorganizzazione delle attività ritenute indifferibili ⁽⁵⁰⁾, la P.A. dovrà avvalersi degli strumenti di flessibilità delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva.

Per quanto riguarda le ferie pregresse, occorre fare riferimento alle ferie maturate e non fruita, nel rispetto della disciplina definita dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro. Pertanto, dovranno prevalere le disposizioni del CCNL di comparto, rispetto alla disciplina dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, che pongono un limite alla discrezionalità del datore di lavoro, obbligandolo a consentire la fruizione delle ferie – non godute dal lavoratore nell'anno di maturazione per «indifferibili esigenze di servizio» – entro il primo semestre dell'anno successivo ⁽⁵¹⁾. Ne consegue che rientra nei poteri datoriali la possibilità di utilizzare l'istituto delle ferie anche a rotazione tra il personale o intervallandole con il lavoro agile, anche in ragione dei picchi di attività istituzionale. Non rientrano, invece, nell'ambito delle ferie pregresse le festività soppresse che devono essere godute nell'anno di riferimento ⁽⁵²⁾.

L'esenzione dal servizio dovrà inoltre essere adeguatamente motivata attraverso una preventiva valutazione delle esigenze di servizio e potrà essere in concreto esercitata solo qualora non determini, con riguardo al particolare ed eccezionale contesto emergenziale in atto, effetti negativi sull'attività che l'amministrazione è chiamata ad espletare.

In definitiva, la motivazione per esentare dal servizio il dipendente pubblico dovrà contenere anche le ragioni che escludono il lavoro agile e il mancato utilizzo degli strumenti e dei meccanismi di flessibilità contrattuali.

Al fine di uniformare i comportamenti all'interno delle diverse strutture pubbliche sarà altresì necessario individuare i criteri e le modalità per la regolamentazione della misura, fermo restando che l'accesso all'istituto sarà precluso per alcune figure professionali, quali i dirigenti e i titolari di posizione organizzative che svolgono una preminente funzione di coordinamento e direzione, che potrà, quindi, essere svolta in modalità agile ⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Sul punto si veda la circ. n. 2/2020 del Ministro della pubblica amministrazione, cit.

⁽⁵¹⁾ Si veda Comunicazione interpretativa sulla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo; circ. Min. lav. n. 8/2005.

⁽⁵²⁾ Per un'analisi sulla cessione delle ferie prevista dal d.l. n. 18/2020 si veda il contributo di V. LAMONACA, *L'estensione della durata dei permessi retribuiti ex art. 33, l. n. 104/1992, e gli altri istituti di supporto dell'assistenza ai disabili in condizione di gravità*, in questo volume, sez. II.

⁽⁵³⁾ Si veda la circ. n. 2/2020 del Ministro della pubblica amministrazione, cit.

Il comma 3 del citato art. 87, infine, dispone che il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge e l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista.

3.3. Le misure per il personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco

Analoga misura è stata prevista specificatamente per il personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, distinguendosi, dopo la legge di conversione ⁽⁵⁴⁾, le assenze dovute a malattia, quarantena con sorveglianza attiva e in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva dovuta al Covid-19 da quelle che invece fuoriescono da tale ambito.

Nel primo caso, il comma 7 del citato art. 87 prevede che il personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco è collocato d'ufficio, sino al termine dell'emergenza epidemiologica, in licenza straordinaria, in congedo straordinario o in malattia, con esclusione di tali periodi dal computo dei giorni per il godimento del congedo straordinario ⁽⁵⁵⁾. Inoltre, il periodo di assenza costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge e l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista.

Nel secondo caso ⁽⁵⁶⁾, il comma 6 del citato art. 87, in considerazione del livello di esposizione al rischio di contagio da SARS-CoV-2 connesso allo svolgimento dei compiti istituzionali e nel rispetto delle preminenti esigenze di funzionalità delle amministrazioni interessate, prevede che il personale possa essere dispensato temporaneamente dalla presenza in servizio, anche ai soli fini precauzionali. L'assenza dovrà essere motivata con provvedimento dei responsabili di livello dirigenziale degli Uffici e dei Reparti di appartenenza ed è equiparata, agli effetti economici e previdenziali, al servizio prestato, con esclusione della corresponsione dell'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista, e non è computabile nel limite di cui all'art. 37, comma 3, d.P.R. n. 3/1957.

⁽⁵⁴⁾ Nel d.l. n. 18/2020, prima della conversione, l'art. 87, comma 7, legava l'assenza dal servizio ai casi di contenimento, limitazione e sospensione delle attività produttive, commerciali e sociali di cui all'art. 19, comma 1, del d.l. n. 9/2020.

⁽⁵⁵⁾ La norma stabilisce l'«esclusione di tali periodi di assenza dal computo dei giorni previsti dall'articolo 37, terzo comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, dal periodo massimo di licenza straordinaria di convalescenza per il personale militare in ferma e rafferma volontaria e dal periodo di assenza di cui all'articolo 4 e all'articolo 15 dei decreti del Presidente della Repubblica del 7 maggio 2008, pubblicati nel supplemento ordinario n. 173 alla Gazzetta Ufficiale n. 168 del 19 luglio 2008, di recepimento dell'accordo sindacale integrativo, rispettivamente, del personale direttivo e dirigente e del personale non direttivo e non dirigente del Corpo nazionale dei vigili del fuoco».

⁽⁵⁶⁾ Si veda l'art. 87, comma 6, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

4. La tutela dei lavoratori con grave disabilità o in particolari condizioni di fragilità

Prima della riscrittura ad opera del d.l. n. 104/2020, convertito con modifiche dalla l. n. 126/2020, il comma 2 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020, stabiliva che «Fino al 31 luglio»⁽⁵⁷⁾ ai lavoratori privati e pubblici in possesso della certificazione di disabilità con connotazione di gravità o in condizioni di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o terapie salvavita, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero di cui all'art. 87, comma 1.

La norma individuava due categorie di soggetti destinatari della misura: i disabili gravi *ex art. 3, comma 3, l. n. 104/1992*, e i malati cronici ossia gli immunodepressi, gli oncologici e coloro che si sottopongono a terapie salvavita⁽⁵⁸⁾.

Al fine dell'equiparazione del periodo di assenza dal servizio per Covid-19 il citato art. 26, comma 2, seguiva dunque la strada della l. n. 104/1992, distinguendo la categoria dei soggetti disabili gravi *ex art. 3, comma 3*, da quella dei malati cronici collocandoli al comma 1 della medesima l. n. 104/1992⁽⁵⁹⁾.

Per questa seconda categoria di soggetti, oltre la condizione medica di immunodepressione, oncologica o il dover svolgere terapie salvavita, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1, comma 1, e 4, comma 1, l. n. 104/1992, la norma richiedeva anche che la patologia esponesse il lavoratore a una «condizione di rischio» alla propria salute.

Quanto alla certificazione medica il decreto richiedeva per i disabili gravi il certificato rilasciato dalle Commissioni dell'azienda sanitaria; mentre per i malati cronici era necessario un certificato rilasciato dai «competenti organi medico legali».

Dubbi interpretativi potevano sorgere in merito all'individuazione dell'organo competente per il rilascio di quest'ultimo certificato. La Presidenza del Consiglio dei ministri chiarì che gli organi abilitati a certificare la condizione di cui all'art. 26, comma 2, d.l. n. 18/2020, sono sia i medici preposti ai servizi di medicina generale (c.d. medici

⁽⁵⁷⁾ Termine modificato dal 30 aprile 2020 al 31 luglio 2020 dal d.l. n. 34/2020.

⁽⁵⁸⁾ In generale, con riferimento alla tutela del disabile nel mercato del lavoro, *amplius*, D. GAROFALO, voce *Disabili (lavoro dei)*, in *DDPComm*, 2009, IV, Appendice, pp. 759 ss.

⁽⁵⁹⁾ Il d.l. n. 18/2020 s.m.i. aderisce quindi all'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia che equipara le malattie con effetti a lungo termine alla disabilità. Vedi, in particolare, C. giust. 11 aprile 2013, *HK Danmark*, cause riunite C-335/2011 e C-337/2011, secondo la quale «se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di “handicap” ai sensi della direttiva 2000/78». Si vedano anche C. giust. 18 dicembre 2014, *Kaltoft*, causa C-354/13; C. giust. 18 dicembre 2014, *Fag og Arbejde (FOA)*, causa C-354/13; C. giust. 1° dicembre 2016, *Daoudi*, causa C-395/15. In dottrina *contra* N. BETSCH, *The Ring and Skouboe Werge Case: A Reluctant Acceptance of the Social Approach of Disability*, in *European Labour Law Journal*, 2013, n. 2, pp. 141 ss., il quale ritiene che non è possibile equiparare la malattia cronica alla disabilità quando la patologia di cui è affetto il lavoratore non provochi limitazioni per lo svolgimento della prestazione lavorativa o che, pur avendo un effetto negativo sullo svolgimento della prestazione lavorativa, non dà luogo alla certificazione medico-legale di disabilità per il fatto di non rispondere ai requisiti formalmente richiesti dalla l. n. 104/1992. Per una ricostruzione delle diverse posizioni in dottrina si veda S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *DRI*, 2017, n. 1, pp. 74 ss.

di base) sia i medici convenzionati con il Servizio sanitario nazionale ⁽⁶⁰⁾, poiché la norma è diretta a tutelare persone che, per la loro condizione fisica di estrema fragilità, sono sottoposte ad altissimo rischio di contagio.

L'interpretazione, seppur meritevole sotto il profilo dello scopo della norma di tutelare la salute e l'incolumità di questa particolare categoria di soggetti, non convince per il richiamo operato dal comma 2 del citato art. 26 all'art. 3, comma 1, l. n. 104/1992, *ante* d.l. n. 104/2020. I lavoratori malati cronici devono essere infatti in possesso della certificazione medica attestante lo stato cronico della malattia rilasciato dall'Asl competente. In seguito potranno rivolgersi ai medici preposti ai servizi di medicina generale (c.d. medici di base) o ai medici convenzionati con il Servizio sanitario nazionale, i quali potranno attestare la "condizione di rischio" in relazione allo stato patologico del paziente certificato dall'Asl competente. In tal modo l'estensione interpretativa data dalla Presidenza del Consiglio dei ministri a tutte e due le certificazioni collide con la previsione di cui all'art. 4, l. n. 104/1992, secondo cui «gli accertamenti relativi alla minorazione, alle difficoltà, alla necessità dell'intervento assistenziale permanente e alla capacità complessiva individuale residua, di cui all'articolo 3, sono effettuati dalle unità sanitarie locali mediante le commissioni mediche». Ne consegue che i medici di assistenza primaria potranno attestare solo la "condizione di rischio". Al fine di superare tale criticità, l'art. 26 d.l. n. 104/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 126/2020, ha riscritto integralmente il comma 2 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020. Innanzitutto la misura è stata prorogata sino al 15 ottobre 2020; in secondo luogo, scompare il riferimento del comma 1 dell'art. 3, l. n. 104/1992 per i malati cronici. La norma stabilisce, infatti, che il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero per quei lavoratori, pubblici e privati, in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 104/1992. Pertanto, i medici di medicina generale (c.d. medici di base o i medici convenzionati con il Ssn, che secondo la Presidenza del Consiglio dei ministri rientrano tra gli organi medico-legali, potranno certificare solo la "condizione di rischio" sulla base della documentazione prodotta dal lavoratore attestante la cronicità dello stato di salute.

Un dubbio interpretativo permane in merito ai disabili gravi, poiché dal tenore letterale della disposizione («ivi inclusi») sembrerebbe che anche per loro sia necessaria una certificazione attestante una condizione di rischio. Dalla lettura del comma, tuttavia, si può concludere che la condizione di rischio non sia richiesta per i disabili gravi perché la prescrizione del ricovero ospedaliero si può basare sia sulla documentazione che riconosce la gravità della disabilità sia sulla certificazione dei competenti organi medico-legali che attestino la condizione di rischio derivante da immunodepressione o da patologie oncologiche, tenendo, quindi, distinte le due fattispecie.

Altra aporia della disposizione, non corretta dal d.l. n. 104/2020, attiene all'uso del termine «assenza dal servizio» riferita impropriamente ai lavoratori privati.

⁽⁶⁰⁾ Si veda l'art. 30 dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 502/1992. Per la qualificazione giuridica di pubblico ufficiale del medico convenzionato con l'Asl si veda Cass. pen. 14 giugno 2017, n. 29788.

L'equiparazione dell'assenza al ricovero ospedaliero prevista dal comma 2 dell'art. 26 cit. è priva della specificazione della non computabilità ai fini del periodo di comporto, presente, viceversa, nell'art. 87, comma 1, d.l. n. 18/2020, come modificato dal d.l. n. 104/2020 s.m.i.

Il medico di medicina generale dovrà quindi riportare sul certificato, ai fini dell'equiparazione dell'assenza al ricovero ospedaliero e per le successive verifiche, gli estremi della documentazione attestante lo stato invalidante. Inoltre, la parte finale del comma 2 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020, stabilisce che nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi, con ciò avallando la tesi per cui sono competenti (e responsabili) al solo rilascio del certificato attestante le "condizioni di rischio" alla salute.

La tutela dei lavoratori disabili è presente anche nel comma 1 dell'art. 39, d.l. n. 18/2020, secondo cui fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, i lavoratori dipendenti disabili nelle condizioni di cui all'art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992, o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità grave, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. La misura è estesa anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse. L'estensione, però, non coincide dal punto di vista soggettivo con la previsione dell'art. 87, con la conseguenza che i soggetti affetti da patologia oncologiche, per i quali quindi non opera la priorità nello svolgimento del lavoro agile, potranno usufruire solo della misura dell'equiparazione del periodo di assenza dal servizio al ricovero ospedaliero *ex art.* 87, determinandosi, perciò, una disparità di trattamento tra soggetti comunque rientranti nella categoria delle persone c.d. "fragili", secondo la definizione data dalla Convenzione dell'ONU del 2006.

L'attenzione alle persone disabili è presente infine nell'art. 104, d.l. n. 34/2020, ove è previsto un incremento del Fondo per le non autosufficienze istituito con la l. n. 296/2006. Il Fondo ha l'intento di fornire sostegno a persone con disabilità e ad anziani non autosufficienti al fine di favorire una dignitosa permanenza presso il proprio domicilio evitando il rischio di istituzionalizzazione, nonché per garantire, su tutto il territorio nazionale, l'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni assistenziali ⁽⁶¹⁾. Le misure per la tutela del periodo di sorveglianza attiva sono, quindi, completate con l'incremento del Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare. Il Fondo, perciò, potrà garantire a) percorsi programmati di accompagnamento per l'uscita dal nucleo familiare di origine ovvero per la deistituzionalizzazione; b) interventi di supporto alla domiciliarità; c) programma di accrescimento della consapevolezza, di abilitazione e di sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana e per il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile e, in tale contesto, tirocini finalizzati all'inclusione sociale, all'autonomia delle persone e alla riabilitazione; d) interventi di realizzazione di innovative soluzioni alloggiative;

⁽⁶¹⁾ Per un commento sull'art. 104 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, in materia di assistenza e servizi per la disabilità si veda il contributo di V. LAMONACA, *L'estensione della durata dei permessi retribuiti ex art. 33, l. n. 104/1992, e gli altri istituti di supporto dell'assistenza ai disabili in condizione di gravità*, nella sez. II di questo volume.

e) in via residuale, interventi di permanenza temporanea in una soluzione abitativa extra-familiare.

La finalità insita nelle maggiori risorse finanziarie stanziata è quella di supportare le persone disabili prive di un sostegno familiare ad affrontare la difficile convivenza con il virus nell'ambito domestico o alloggiativo, riducendo, quindi, i rischi di contagio di una categoria di persone già fisiologicamente più esposta.

5. Alcune osservazioni conclusive

All'esito dell'analisi della normativa "emergenziale" in materia di tutela dei lavoratori nel periodo di sorveglianza attiva, sia del settore privato sia di quello pubblico, si possono evidenziare alcuni profili di incertezza applicativa.

In particolare, per quanto concerne il settore privato, il comma 1 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020 s.m.i., non chiarisce se l'equiparazione alla malattia del periodo trascorso in quarantena, o in quarantena precauzionale o in permanenza domiciliare fiduciaria, riguardi anche i trattamenti o le quote di trattamento a carico dei datori di lavoro in base ai contratti collettivi, considerato che, da un lato, la disposizione richiama la normativa di riferimento e che, dall'altro, il successivo comma 5 pone «a carico dello Stato» «gli oneri a carico del datore di lavoro».

Il comma 4 del citato art. 26 reca una norma di salvezza dei certificati trasmessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 18/2020. La norma, tuttavia, non chiarisce se la clausola di salvezza riguardi sia i casi in cui i certificati fossero privi dell'indicazione degli estremi del provvedimento, sia i casi di assenza del provvedimento sottostante (relativo alla quarantena o alla permanenza domiciliare). Inoltre, non è chiaro se la disciplina relativa alla certificazione della quarantena ai fini dell'equiparazione alla malattia (commi 3 e 4, art. 26) possa estendersi anche al settore pubblico.

Sempre sul tema della certificazione il comma 6 stabilisce che, qualora il lavoratore si trovi in malattia accertata da Covid-19, il certificato è redatto dal medico curante nelle ordinarie modalità telematiche, senza necessità di alcun provvedimento da parte dell'operatore di sanità pubblica, tuttavia il citato art. 26 fa riferimento, per alcuni aspetti, non solo ai lavoratori del settore privato ma anche ai dipendenti pubblici non essendo quindi chiara l'applicazione della disposizione a quest'ultima categoria di prestatori. In realtà, se leggiamo l'art. 87, comma 1, d.l. n. 18/2020 s.m.i., la malattia da Covid-19 (al pari della quarantena) è trattata come ricovero ospedaliero per i soli dipendenti pubblici; mentre per i lavoratori subordinati del settore privato troverà applicazione il citato comma 6 dell'art. 26 in caso di «malattia accertata da Covid-19», diversamente per la quarantena opererà l'equiparazione alla malattia ai sensi del comma 1 della medesima disposizione.

Il comma 2 dell'art. 26, applicabile ai lavoratori pubblici e privati, stabilisce che «nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi». L'esclusione della responsabilità è stata però limitata al solo medico di assistenza primaria, mentre non sono state considerate le altre autorità sanitarie competenti al rilascio della relativa certificazione. La disposizione, inoltre, non chiarisce, ai fini dell'individuazione del periodo di esonero da responsabilità, quale sia il termine temporale iniziale, considerando che il comma 2 prevede solo il termine

finale del 15 ottobre 2020. Infine, la mancata proroga di detto ultimo termine comporta anche criticità in merito alla responsabilità del medico di assistenza primaria che rilascia certificati in data successiva al 15 ottobre 2020.

Covid-19 e tutela degli operatori sanitari

di Francesco Perchinunno

Abstract – Nella recente pandemia da Covid-19, la tutela del personale sanitario costituisce un fattore cruciale, sia per il controllo della diffusione della malattia, sia per garantire le cure necessarie per la salvaguardia del cittadino e dei pazienti che necessitano di cure mediche. Nell’approccio all’emergenza epidemiologica, al di là delle criticità emerse nella valutazione delle questioni di natura giuridica con particolare riguardo alla limitazione delle libertà costituzionali, sono state attuate strategie di prevenzione a tutela delle persone senza considerare adeguatamente il diritto alla salute e alla vita degli operatori sanitari, ai quali era affidata la cura e l’assistenza delle persone affette da Covid-19. È emersa la grave inefficienza ed ingiustificata tardività dell’intervento statale: dalla formazione, alla distribuzione dei dispositivi di sicurezza e protezione personale e collettiva; un quadro desolante se si pensa all’elevato numero di medici e di altri operatori sanitari che hanno perso la vita durante la pandemia.

Abstract – In the recent Covid-19 pandemic, the protection of healthcare workers is a crucial factor, both for controlling the spread of the disease, and for assuring optimal care to patients. In the approach to the epidemiological emergency, beyond the criticisms that emerged in the assessment of legal issues with particular regard to the limitation of constitutional freedoms, prevention strategies were implemented to protect people without adequately considering the right to health and life of health workers, who were involved in the care and assistance of people affected by Covid-19. The serious inefficiency and unjustified delay of state intervention has emerged: from training to the availability of protection devices, as well as collective safety; dark picture when you think of the high number of doctors and other health workers who lost their lives during the pandemic.

Sommario: 1. Premessa: il quadro emergenziale da Covid-19. – 2. I riflessi della pandemia da Covid-19 sulla salute psico-fisica del personale sanitario. – 3. Le misure restrittive dei diritti individuali nella cornice giuridica internazionale. – 4. L’evoluzione del quadro emergenziale internazionale: dalla transizione sanitaria a quella epidemiologica. – 5. Limiti e criticità del nostro sistema costituzionale di fronte all’emergenza Covid-19. La compressione dei diritti fondamentali per gli operatori sanitari. – 6. Rilievi conclusivi.

1. Premessa: il quadro emergenziale da Covid-19

L’Organizzazione mondiale della sanità (OMS), l’11 marzo 2020, preso atto del considerevole aumento del numero delle persone infette e dell’accertata entità del livello di contagiosità, ha riconosciuto e dichiarato l’inizio della pandemia da virus SARS-CoV-2. La dichiarazione ha generato un immediato innalzamento del livello di attenzione alla tutela della salute pubblica, giustificando l’adozione nei singoli Paesi di alcune misure restrittive, come la quarantena o l’isolamento e una ferrea limitazione della libertà di movimento. I sistemi di *governance* coinvolti nella gestione della epidemia da Covid-19 hanno cercato di uniformare le singole misure adottate, avendo cura della tutela dei diritti umani, *in primis* della salute pubblica, limitando spostamenti e

viaggi, assicurando l'accesso dei cittadini alle cure e ai servizi e cercando di garantire la sicurezza socio-lavorativa.

Nell'osservanza dei principi ratificati dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, i Paesi interessati dall'epidemia hanno preso atto dell'obbligo di uniformare le procedure restrittive ai canoni di legalità, necessità e proporzionalità, in quanto ogni imposizione di misure restrittive (tra cui la quarantena o l'isolamento di persone sintomatiche) deve basarsi sempre sul rispetto dei diritti dell'uomo, su evidenze scientifiche limitate nel tempo e rispettose della dignità umana e senza discriminazioni e scelte arbitrarie.

Il quadro complesso e delicato che si è delineato, ha comportato un immediato intervento degli operatori sanitari chiamati in prima linea, nonostante il rischio di contagio e diffusione del virus all'interno dei propri nuclei familiari e di compromissione dello stato psico-fisico e socio-lavorativo. Solo in Italia, oltre 14.000 operatori sanitari, hanno contratto il virus – sia a causa degli scarsi equipaggiamenti di protezione, che in considerazione della scarsa conoscenza e assenza di formazione – così fungendo, peraltro, da vettori di trasmissione virale; secondo i dati dell'Istituto Superiore di Sanità, i casi ufficiali di operatori sanitari positivi al Covid-19 hanno toccato una percentuale pari al 10,7% dei casi totali (1).

Alla luce dei suesposti dati, ci si è chiesti se il diritto alla salute possa legittimamente subire una significativa lesione proprio in danno del personale sanitario, nel quadro di una emergenza che li ha costretti ad operare per la salute pubblica, mettendo a rischio la propria.

2. I riflessi della pandemia da Covid-19 sulla salute psico-fisica del personale sanitario

L'allarme generato dalla diffusione del numero dei contagi in danno del personale sanitario ha indotto l'OMS e l'*International Labour Organization* ad avviare, di recente, uno studio per descrivere i fattori di rischio e i fattori protettivi per la salute degli operatori delle strutture sanitarie durante la pandemia, nonché stimare l'impatto dell'esposizione a virus SARS-CoV-2 sulla salute mentale e su altri aspetti psicosociali degli operatori delle strutture sanitarie durante e dopo la pandemia. Tra gli obiettivi, inoltre, quello di analizzare il modo in cui l'epidemia ha modificato l'organizzazione dei servizi sanitari e le loro pratiche e in che modo questi cambiamenti hanno influenzato la salute mentale e altri aspetti psicosociali degli operatori delle strutture sanitarie; infine, intende confrontare l'impatto, tra i vari paesi partecipanti, dell'esposizione a

(1) Particolare interesse ha suscitato un recente studio pubblicato dall'associazione medica della Federazione nazionale degli ordini dei chirurghi e dei dentisti (FNOMCeO) ha evidenziato che Covid-19 ha causato un cospicuo numero di decessi in Italia. Un elenco dei medici deceduti durante la pandemia viene aggiornato quotidianamente: al 26 luglio 2020, il numero dei decessi tra gli operatori sanitari era di circa 176. Sul punto, cfr. F. ANELLI ET AL., *Italian doctors call for protecting healthcare workers and boosting community surveillance during covid-19 outbreak*, in *BMJ*, 2020; A. REMUZZI, G. REMUZZI, *Covid-19 and Italy: what next (2020)*, in *The Lancet*, vol. vol. 395, n. 10231, pp. 1225-1228.

Covid-19 sulla salute mentale e altri aspetti psicosociali degli operatori delle strutture sanitarie ⁽²⁾.

L'iniziativa ha riscosso un elevato indice di gradimento, poiché consentirà di interpellare coloro che, a livello occupazionale, sono stati direttamente coinvolti dalla pandemia e potranno fornire utili informazioni in proposito. Le testimonianze, infatti, coinvolgeranno i professionisti impegnati nella cura dei pazienti nelle strutture sanitarie e nella comunità, il personale ausiliario, gli operatori della sanità pubblica, coloro che svolgono un ruolo organizzativo-gestionale o che forniscono servizi per la protezione della salute e la sicurezza dei lavoratori nelle strutture sanitarie e nella comunità. Potranno emergere, così, i gravi disagi registrati presso i servizi sanitari che, data l'enorme richiesta di cure, hanno cercato di potenziare la loro capacità di risposta alla pandemia, adottando misure come l'aumento dei letti d'ospedale, l'acquisizione di attrezzature necessarie per fornire terapia intensiva (ventilatori), il richiamo al lavoro di professionisti della salute già in pensione e l'assunzione di studenti delle professioni sanitarie, in modo da supportare coloro che lavorano nei servizi sanitari.

Tutto ciò ha però inevitabilmente comportato un notevole aumento del carico di lavoro e dello stress subito dai professionisti che lavorano nel settore salute e si è creato – di fatto – uno scenario che può aver determinato effetti negativi su diversi aspetti della salute di questi lavoratori, ad esempio sulla loro salute mentale ⁽³⁾.

⁽²⁾ Si tratta dello studio denominato *The COVID-19 HEalth caRe wOrkErS (HEROES) study*. Si tratta di uno studio multicentrico internazionale che interesserà diverse strutture sanitarie: America Latina, Caraibi e Cile (University of Chile, Santiago del Chile), Argentina (Unidad Académica Salud Social y Comunitaria, Universidad del Chubut, Rawson), Bolivia (Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, Sucre), Ecuador (Universidad de Las Américas, Quito), Perù (Universidad Peruana Cayetano Heredia, Lima), Colombia (University of Antioquia, Antioquia), Guatemala (Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala City), Messico (Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, Ciudad del Mexico), Portorico (National University of Costa Rica, Heredia), Brasile (Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro); Europa: Italia (Centro di Psichiatria di Consultazione e Psicosomatica, AOUC, Italy), Spagna (Hospital Universitario La Paz, Madrid), Paesi Bassi (Academisch Medisch Centrum Universiteit van Amsterdam, Amsterdam), Germania (University of Emden/Leer, Emden), Armenia (National Institute of Health-Armenia, Yerevan), Polonia (University of Technology, Katowice), Turchia (Koç University, Istanbul), Macedonia (Columbia University, New York – leading center), Repubblica Ceca (Motol University Hospital, Prague); Africa settentrionale, Medio-Oriente e Tunisia (University of Tunis El Manar, Tunis), Libano (Saint George Hospital Medical Center, Beirut), Arabia Saudita (King Abdullah International Medical Research Center, Riyadh); Africa subsahariana e Nigeria (University of Ibadan, Ibadan), Ghana (Mental Health Authority of Ghana, Accra); Asia e India (Allergan, New Delhi), Bangladesh (Columbia University, New York – leading center); Oceania e Australia (National Drug and Alcohol Research Center at the University of New South Wales, Sydney).

⁽³⁾ Peraltro, in studi precedenti, ampiamente documentati, sono stati evidenziati ed esaminati gli effetti negativi sulla salute mentale durante epidemie legate ad altre malattie infettive, come la Sindrome Respiratoria Acuta (cfr. S.K. BROOKS ET AL., *A Systematic, Thematic Review of Social and Occupational Factors Associated With Psychological Outcomes in Healthcare Employees During an Infectious Disease Outbreak*, in *Journal of Occupational and Environmental Medicine*, 2018, vol. 60, n. 3, pp. 248-257) e l'Ebola (J.M. CÉNAT ET AL., *A systematic review of mental health programs among populations affected by the Ebola virus disease*, in *Journal of Psychosomatic Research*, 2010, vol. 131, n. 109966). Tali effetti negativi, è stato accertato, possono durare nel tempo e portare allo sviluppo di disturbi psichiatrici (S.K. BROOKS ET AL., *The psychological impact of quarantine and how to reduce it: Rapid review of the evidence*, in *The Lancet*, vol. 395, n. 10227, pp. 912-920).

Infatti, gli operatori sanitari sono stati spesso sopraffatti sia dall'enorme carico di lavoro e dalla mancanza di forniture di materiali idonei per erogare un trattamento adeguato ai pazienti e per vincere il timore del contagio (proprio e dei propri cari, tra familiari e amici), sia dalla mancanza di linee guida tecniche e linee guida cliniche per agire adeguatamente nella gestione clinica dei pazienti. Per queste ragioni si sono generati, tra gli operatori sanitari, sentimenti di sofferenza, isolamento e solitudine su cui è doveroso riflettere e porsi numerosi interrogativi.

Se è vero che l'emergenza epidemiologica ha esposto gli operatori sanitari a elevati livelli di stress, altrettanto vero ed essenziale è che queste persone dovranno continuare ad esercitare la loro funzione, a beneficio della comunità e si auspica che per lo meno siano moltiplicate le azioni e le politiche di sostegno rivolte agli operatori stessi e alla riorganizzazione dei servizi.

3. Le misure restrittive dei diritti individuali nella cornice giuridica internazionale

Lo Stato italiano ha adottato una serie di provvedimenti per limitare la diffusione del Coronavirus la cui incidenza non è stata circoscritta ai diritti e alle libertà fondamentali delle persone garantiti dalla Carta costituzionale, ma ha esteso i propri effetti in un quadro ultra-ordinamentale, come tale sottoposto anche ad obblighi internazionali. Giova richiamare, tra gli altri, il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) del 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, ratificato dall'Italia con l. n. 881/1977, e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953 e ratificata dall'Italia con l. n. 848/1955.

Un terzo della popolazione mondiale a causa della rapida diffusione del virus ha patito la compressione di diritti fondamentali e il 30 gennaio 2020 il Direttore Generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha qualificato la diffusione del Coronavirus come «public health emergency of international concern» e, come detto, si è presto pervenuti alla dichiarazione dello stato pandemico. È assodato, però, che le dichiarazioni dell'OMS, tuttavia, non possono costituire una causa di giustificazione per la violazione di obblighi internazionali, pur costituendo prova della sussistenza di una “possibile” situazione di emergenza, di cui si dirà a breve con riferimento all'art. 15 CEDU.

La dilagante diffusione del Covid-19, dunque, ha indotto quasi tutti gli Stati all'adozione di misure restrittive dei diritti individuali, pur nella piena consapevolezza che occorreva seguire parametri formali e sostanziali in ossequio al principio di legalità, concreto limite all'arbitrio dell'autorità pubblica; tali limitazioni devono essere proporzionate all'interesse che si intende proteggere e lo Stato è chiamato ad operare un equo bilanciamento fra la misura restrittiva e il bene collettivo meritevole di tutela. Tra le limitazioni “ordinarie” si colloca il diritto alla libertà personale, codificato nell'art. 5 CEDU, nella parte in cui prevede che nessuno possa essere recluso, fatta

salva, tra le varie eccezioni, la «detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa» ⁽⁴⁾.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, sul punto, ha avuto modo di fornire un'interpretazione autentica della norma, richiamando la necessità che fosse sempre operato un giudizio di bilanciamento fra diritti fondamentali interessati (*in primis*, la libertà personale) e che il diritto collettivo alla salute fosse garantito attraverso una valutazione della durata del periodo di restrizione, la pericolosità della malattia e la disponibilità di altre misure meno lesive della libertà individuale utili a far fronte alla situazione ⁽⁵⁾.

Se ci si attiene al numero dei decessi causati dal Covid-19 e alle difficoltà in cui sono incorsi molti Stati nell'arginare l'epidemia, le misure di ospedalizzazione o quarantena adottate da diversi Stati potrebbero apparire conformi ai requisiti fissati dall'art. 5 CEDU. La possibilità di deroga ai trattati, per gli Stati, è stata individuata nelle ipotesi di minaccia per gli interessi di ogni Stato; in tali casi, si può ricorrere ad un atto di notifica (clausola di deroga prevista dai trattati ad es. dall'art. 15 CEDU) che può sospendere il pieno godimento di alcuni diritti, per introdurre misure straordinarie ⁽⁶⁾. Nel contempo, è stata avviata un'opera di vigilanza sul rispetto dei diritti umani per conto sia delle Nazioni Unite, che del Consiglio d'Europa, tant'è che gli Stati membri sono stati invitati ad adottare misure di contrasto al virus, in linea con il rispetto dei diritti fondamentali. L'obiettivo è stato quello di scongiurare che le azioni intraprese non determinassero discriminazioni, avendo cura delle esigenze specifiche dei gruppi particolarmente vulnerabili, come gli anziani o i senza tetto e mirando al contenimento del propagarsi delle contaminazioni, nel pieno rispetto dei diritti umani e dello stato di diritto. E ciò, in considerazione della necessaria osservanza dei trattati sui diritti umani che impongono agli Stati il dovere di proteggere gli individui, su cui esercitano giurisdizione, da gravi e imminenti minacce, soprattutto quando il *diritto alla vita* è messo in serio pericolo, pena la palese violazione degli obblighi internazionali.

Si è accennato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e delle libertà fondamentali del 1950, nella consapevolezza che ove l'Italia, nel fronteggiare l'emergenza, abbia commesso una violazione di detta Convenzione, si esporrà al rischio di condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), proprio in virtù delle c.d. clausole di limitazione, contenute negli artt. 8-11 della citata Convenzione, che tutelano, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero, coscienza e religione, la libertà di

⁽⁴⁾ L'art. 5 CEDU, intitolato, *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, dispone che «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge [...] [e] se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo».

⁽⁵⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo 25 gennaio 2005, *Enhorn c. Svezia*, n. 56529/00.

⁽⁶⁾ Resta da capire se per introdurre misure del genere ci fosse realmente bisogno di ricorrere alla deroga, considerato che numerose (e pesanti) restrizioni possono comunque essere adottate attraverso le limitazioni ordinarie. Alla base di tale scelta potrebbe esserci l'aspettativa di una maggior indulgenza della Corte europea nel valutare la congruità di misure introdotte in presenza di stati d'emergenza conclamati. Altra spiegazione plausibile è che, avendo adottato misure la cui legittimità non è stata ancora testata dalla Corte, gli Stati non sono sicuri della loro compatibilità con la Cedu, e preferiscono quindi derogare per mettersi al riparo da eventuali future censure.

espressione e la libertà di riunione e di associazione, nonché nell'art. 2, prot. 4, la libertà di circolazione. La cornice che delimita tali diritti si sostanzia nelle ipotesi in cui vi sia una previsione di legge o che sia imposta nel perseguimento di uno degli scopi legittimi racchiusi negli artt. 8-11 o ancora se risulti necessaria in una società democratica per il perseguimento di detti scopi, ossia ove sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra gli interessi in gioco, grazie ad un delicato lavoro di bilanciamento.

Vi è poi un'altra disposizione, l'art. 15 CEDU (*Deroga in caso di stato d'urgenza*), che si applica in casi di emergenza e che prevede la facoltà, per ogni Stato aderente, di adottare misure in deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione, in caso di «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» e nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e sempre a condizione che tali misure non determinino un conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. L'art. 15, dunque, adatta i principi di legalità, necessità e proporzionalità che fondano la logica del bilanciamento tra diritti umani e interessi collettivi a situazioni che, per loro natura, non consentono una valutazione di ogni singolo caso concreto. Sicché, dalla disamina dell'art. 15 e della giurisprudenza europea occorrerà verificare, caso per caso, la sussistenza dei presupposti per la legittima invocazione dei limiti posti dalla Convenzione all'esercizio del diritto di deroga.

Vi è poi l'obbligo, statuito nell'ultimo comma, che ogni Stato informi nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate, nonché sulla data in cui queste misure cessano d'essere in vigore. La notifica, infatti, ha un duplice scopo, quello giuridico connesso all'applicabilità dell'art. 15 e quello politico, che afferisce alla manifestazione di preoccupazione da parte di ogni singolo Stato di garantire che, pur nel fronteggiare una crisi tanto grave da mettere «in pericolo la vita della Nazione», le limitazioni dei diritti fondamentali restino nei limiti di quanto strettamente necessario.

Dalla recente prassi emerge che si tratta di notificazioni più frequentemente rilasciate da parte degli Stati maggiormente democratici (7). Ma se da un lato vi sono paesi europei che hanno scelto di derogare al rispetto dei diritti fondamentali, dall'altro lato vi sono paesi che hanno adottato un modello di disciplina (*Coronavirus Act* del 25 marzo 2020), nel quale per l'applicazione delle misure occorre che vi sia stato un controllo precedente da parte di un medico del servizio sanitario pubblico che abbia riscontrato la positività al virus, ovvero nell'ipotesi in cui vi sia un ragionevole sospetto di infezione (8). Sicché, la competenza nella richiesta di adozione delle misure è del medico, secondo criteri di necessità e di proporzione, gravando sul medesimo i doveri di informazione, le ipotesi della sostituzione e della revoca della misura e la revisione periodica, in un quadro ordinario che prevede un limite massimo di quarantena di 14 giorni. È poi prevista la disciplina dell'esecuzione forzata della quarantena con la facoltà di esperire un ricorso giurisdizionale, affidato a un giudice che può confermare o annullare la misura, o anche modificarla.

(7) Si teorizza che i Paesi con una *governance* democratica debole raramente si preoccupano delle deroghe, perché non sono preoccupati per le ripercussioni interne; sul punto, cfr. W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2017.

(8) La parte rilevante può leggersi in *Schedule 21*, §§ 14-17.

4. L'evoluzione del quadro emergenziale internazionale: dalla transizione sanitaria a quella epidemiologica

Sotto la spinta di esigenze di sicurezza sanitaria sempre più pressanti, il diritto internazionale sanitario si è sviluppato in distinte fasi: una iniziale, nella quale la gestione delle questioni sanitarie è transitata dal dominio riservato dello Stato alla collaborazione intergovernativa ed una successiva fase, caratterizzata dalla istituzionalizzazione della cooperazione internazionale nel rispetto della c.d. “sovranità sanitaria” dello Stato; altra fase, poi, quella del passaggio dal modello di cooperazione stato-centrico alla *governance* globale della salute. Dal punto di vista normativo, queste fasi corrispondono ad una impostazione in cui la tutela della salute era affidata ad istituzioni e soggetti diversi dallo Stato; quest'ultimo interveniva applicando misure unilaterali di quarantena solo in caso di diffusione epidemica o pandemica di malattie infettive gravi, (peste o vaiolo).

In campo sanitario, gli Stati erano impegnati, nel passato, nella protezione dai rischi di importazione di agenti patogeni altamente infettivi; lo scoppio della prima epidemia di colera in Europa e la minaccia crescente di diffusione di malattie contagiose particolarmente gravi, indusse gli Stati ad un inquadramento delle malattie infettive tra le «questioni di interesse internazionale», adottando le prime forme di cooperazione internazionale, finalizzate al superamento del vuoto normativo esistente, anzitutto con l'istituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità e l'approvazione del Regolamento sanitario internazionale (2005). Si tratta di momenti che hanno segnato una tappa fondamentale nella consacrazione di un modello di gestione internazionale della salute pubblica conforme al processo di globalizzazione che ha dato vita ad un campo d'indagine genetico della *global health governance*, disciplinata da norme di portata internazionale e protesa alla formazione di *governance* con lo specifico compito di occuparsi dello specifico campo della salute (l'OMS).

L'intervento operato dall'OMS ha cercato di garantire la massima sicurezza contro la diffusione delle malattie attraverso il Regolamento sanitario internazionale che ha consentito l'elaborazione di strategie di prevenzione: si pensi all'adozione di criteri di tempestività ed efficacia (la previsione di nuove regole e procedure in materia di sorveglianza, allerta e reazione rapida), di flessibilità (adattabilità di queste regole e procedure alle diverse dinamiche di trasmissione di malattie nuove o emergenti e ai progressi nei campi dell'epidemiologia, della biotecnologia, della tecnologia dell'informazione e della condivisione dei dati) e universalità (garantita non solo dall'obbligatorietà del Regolamento per tutti gli Stati Membri dell'OMS, ma anche dall'opportunità offerta agli Stati non Membri di aderirvi e dalla possibilità di coinvolgimento degli attori non statali). Il Regolamento si basa, in sostanza, su regole e procedure armonizzate di condivisione delle informazioni epidemiologiche e del necessario supporto tecnico-operativo, imponendo una costante sorveglianza epidemiologica e, nel caso di emergenze sanitarie di portata internazionale, anche l'obbligo di notifica immediata all'OMS, in linea con quanto disposto dal precitato art. 15 CEDU. Per *global health*, si intende quell'insieme di «aspetti della salute collettiva che trascendono i confini nazionali, possono essere influenzati da circostanze o mutamenti che si verificano in altri paesi, e possono essere meglio affrontati da azioni e soluzioni cooperative».

Con particolari difficoltà legate alle continue trasformazioni dei concetti di salute e malattia, la dottrina ha cercato di formulare una definizione univoca e condivisa di

salute globale nell'intento di racchiudere in un'unica definizione le plurime sfaccettature del fenomeno. Il concetto è inoltre connesso con un altro fenomeno importante, quello della c.d. "transizione epidemiologica", ossia il processo continuo di cambiamento, nel tempo, della distribuzione delle cause di malattia e di morte in una popolazione che registra il declino di alcune patologie prevalenti (molte malattie infettive e da denutrizione) e la diffusione progressiva di altre (malattie infettive nuove o emergenti, malattie croniche e degenerative, malattie non trasmissibili).

Il Comitato di Bioetica dell'Organizzazione internazionale ha evidenziato, di recente, come anche in un contesto di emergenza e gestione di una crisi sanitaria, vadano tutelati innanzitutto i diritti degli individui, garantendo l'assistenza ai più deboli e che i dati sanitari utili per la lotta al virus debbano essere protetti, così come i diritti delle persone durante la ricerca ⁽⁹⁾. I principi giuridici emersi dalla suindicata dichiarazione sono correlati anzitutto all'accesso all'assistenza sanitaria, con particolare riguardo alla distribuzione delle scarse risorse e alla necessità di seguire protocolli e criteri medici, facendo in modo di non creare discriminazioni in danno di soggetti vulnerabili, come i disabili, gli anziani, i rifugiati o i migranti. In ordine, poi, alla raccolta e al trattamento di dati sanitari essenziali nella lotta contro Covid-19, occorre che gli stessi siano assoggettati alle condizioni di protezione specifiche; parimenti le restrizioni all'esercizio dei diritti dovranno essere prescritte dalla legge e mirare a proteggere gli interessi collettivi, *in primis* quello della sanità pubblica, così garantendo interventi speciali a determinate situazioni di emergenza clinica, come quelle affrontate dagli operatori sanitari nel contesto della crisi Covid-19. L'obiettivo perseguito è di agevolare lo scambio di informazioni e analizzare le questioni etiche sollevate durante la pandemia e le sue conseguenze, in conformità al piano d'azione strategico su diritti umani e biomedicina (2020-2025) e sulla base giuridica di riferimento del Consiglio d'Europa nel campo dei diritti umani, imperniato sui principi adottati dalla Convenzione di Oviedo.

Dalla Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE contro la pandemia di Covid-19 e le sue conseguenze (2020/2616-RSP) è poi emerso un ringraziamento per i professionisti del settore sanitario che, mettendo a repentaglio la propria salute e quella dei loro cari, hanno lavorato instancabilmente e in condizioni particolarmente difficili per combattere la diffusione del virus e curare i pazienti affetti da Covid-19; inoltre, gli Stati membri sono stati invitati a garantire risorse, attrezzature di protezione e personale sufficienti in tutti i loro sistemi di assistenza sanitaria.

Gli operatori sanitari sono al fronte nella lotta quotidiana per contenere il virus e salvare vite. La loro sicurezza costituisce esigenza fondamentale per consentire loro di lavorare in condizioni adeguate durante la crisi ed in tal senso era essenziale che il personale sanitario potesse disporre di materiale protettivo ed essere a conoscenza delle corrette modalità d'uso, così come l'accesso ai tamponi di controllo avrebbe dovuto poi essere reso il più possibile agevole, per favorire la salute degli operatori e degli stessi pazienti. La pandemia, inoltre, ha esposto gli operatori sanitari a condizioni

⁽⁹⁾ Il Comitato di Bioetica, peraltro, il 14 aprile 2020 aveva evidenziato (in tema di diritti umani afferenti alla pandemia Covid-19 che i sistemi sanitari sono soggetti a vincoli estremi e ad affrontare quotidianamente situazioni molto acute e complesse. Il numero crescente di casi gravi solleva importanti questioni etiche a cui i professionisti e le autorità competenti devono rispondere nel contesto della cura del paziente. Le decisioni difficili devono essere prese a livello individuale e collettivo, in un contesto di scarsità di risorse, che può avere conseguenze significative per gli individui.

di inedita pressione determinata da una pluralità di fattori, quali i pesanti carichi di lavoro – come accennato, per gli eccessivi orari di lavoro e la mancanza di periodi di riposo – la drammaticità di alcune decisioni, la necessità di convivere con la paura di contrarre la malattia o di trasmetterla ai propri familiari.

L'esperienza drammatica dell'infezione epidemiologica in corso deve far riflettere in ordine alla misura degli investimenti in tutti i settori sanitari, nonché alla necessità di creare un sistema sanitario davvero efficiente e una forza lavoro sufficiente nei numeri e nella formazione, per una adeguata prevenzione in caso di future emergenze sanitarie ⁽¹⁰⁾.

5. Limiti e criticità del nostro sistema costituzionale di fronte all'emergenza Covid-19. La compressione dei diritti fondamentali per gli operatori sanitari

Pur nella consapevolezza che l'emergenza epidemiologica in corso sia di fatto un fenomeno emergenziale in ordine al quale le contromisure adottate vanno comunque a catalogarsi nel quadro dei provvedimenti straordinari ⁽¹¹⁾, alcune perplessità permangono sui livelli e tempi di prevenzione attuati dal nostro Paese, vista la graduale propagazione del virus registrata precedentemente in altri Paesi.

Pur se l'indice di priorità è stato assegnato correttamente all'esigenza di delimitare la diffusione del contagio, i nuovi parametri di sicurezza sanitaria che sono emersi sembrano allinearsi in una preoccupante cornice che, se da un lato ha registrato il sovvertimento del nostro modo di vivere e di convivere, dall'altro sembra aver posto a serio repentaglio la società democratica in cui viviamo e il sistema di valori e di libertà su cui si fonda il nostro ordinamento costituzionale ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ In ordine alla rilevanza dell'attività formativa, cfr. M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Mercati, regole, valori*, ADAPT University Press, 2019.

⁽¹¹⁾ Vasta e complessa la questione afferente alla decretazione d'urgenza e ai suoi limiti, cfr., per tutti, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Cedam, 1997, vol. 1.

⁽¹²⁾ In questa cornice, i precetti costituzionali costituiscono una costante fonte di ispirazione dell'opera esegetica tesa al contemperamento dei valori fondamentali della persona, tra cui il diritto alla salute, nella sua polisemica accezione. Tra l'altro, l'esigenza di una tutela multilivello del diritto alla salute, sin dal periodo post-bellico, si evince anzitutto dall'istituzione della Conferenza Internazionale della Sanità (New York, 1946) e dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e dalla definizione della salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale che non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate». Per una disamina dell'opera di bilanciamento operata dalla Corte costituzionale, cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, pp. 32-35; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione nell'ambito della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, pp. 9 ss.; A. MORRONE, voce *Bilanciamento* (giustizia costituzionale), in *Enc. Dir., Annali*, 2008, vol. II, tomo II, pp. 185- 204; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale: teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, 2014, vol. VIII, pp. 1-149.

Tra gli interrogativi più ricorrenti – che non perdono di attualità atteso che non si è trattato (e forse non si tratterà) di un breve periodo transitorio – ci si è chiesto fino a che punto la situazione di emergenza possa addursi a giustificazione della compressione dei diritti fondamentali della persona? Può affermarsi, in termini di certezza, che l'accennata e imprescindibile opera di bilanciamento tra libertà e valori costituzionali costituisce il criterio ispiratore alla base delle recenti misure di contenimento e del quadro regolatorio emergenziale adottato dalle Istituzioni rispetto all'emergenza epidemiologica in corso ⁽¹³⁾?

Opinione pubblica e larga parte della dottrina dinanzi a questi e tanti altri interrogativi, si sono orientate verso tesi allarmistiche, tese alla ricerca di un argine rispetto ai reiterati tentativi di infrangere le barriere poste a difesa della roccaforte del nostro sistema di garanzie costituzionali.

Indubbiamente vasto il quadro delle tematiche sulle quali occorrerebbe svolgere approfondimenti e numerosi sono i profili di criticità emersi dall'esame dei provvedimenti di recente adottati nella forma più variegata (decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti di Ministri, provvedimenti dei presidenti regionali o di sindaci), sulle quali si intende sviluppare qualche osservazione.

Per garantire il fondamentale diritto alla salute dei cittadini, il richiamato quadro regolatorio emergenziale, partendo dalla libertà di circolazione, ne ha comportato un evidente e perdurante compressione «per motivi di sanità o di sicurezza» (art. 16, primo comma, Cost.). I limiti si sono tradotti più nella soppressione che nella delimitazione; lo stesso dicasi per il divieto di riunirsi che l'art. 17, terzo comma, Cost. prevede «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica», ma solo se le riunioni avvengono in luogo pubblico, mentre con i provvedimenti adottati sono state rigorosamente vietate anche tutte le riunioni in luoghi privati, oltre alle note restrizioni afferenti alla fede religiosa e allo svolgimento di attività lavorative, secondo alcuni con compressione del diritto al lavoro.

La libertà personale, poi, in alcuni casi è stata interamente compressa, si pensi «all'applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano» (art. 1, comma 1, lett. *d*, d.l. n. 19/2020), ovvero al «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus» (art. 1, comma 1, lett. *e*, d.l. n. 19/2020); per non parlare, poi, delle ulteriori “deroghe”

⁽¹³⁾ A MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001; S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *QCcost*, 2009, pp. 817 ss. Incessante l'apporto interpretativo della Corte costituzionale che ha sempre fatto presente, sul punto, che questa operazione vuole la attenta ponderazione della rilevanza costituzionale dei valori in campo e, con riguardo specifico sempre al diritto alla salute, non è ammissibile che l'esito del bilanciamento sia un pregiudizio delle prerogative fondamentali derivanti dal diritto di cui siamo titolari; tra le altre, cfr. C. cost. n. 509/2000 e C. cost. n. 309/1999, specificando che il diritto ai trattamenti sanitari necessari alla tutela della salute «è garantito ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti»; A. MORRONE, F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 3. Il quadro offerto dalla Consulta sul diritto alla salute, delinea una sfera di tutela di un diritto soggettivo direttamente azionabile (cfr. C. cost. n. 247/1974, C. cost. n. 88/1979, C. cost. n. 356/1991 e C. cost. n. 107/2012) nei confronti dei pubblici poteri e dei privati (C. cost. n. 88/1979, C. cost. n. 184/1986; C. cost. n. 557/1987; C. cost. n. 202/1991).

disposte dall'art. 14, d.l. n. 14/2020, alla normativa sul trattamento dei dati personali, non sempre rispettata dalla normativa anti-Covid-19. Altrettanto nota e dibattuta è la complessa questione della soppressione del diritto di visita per i soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale, poi confluita in altrettanto noti e deprecabili episodi di reazioni violente.

Non si è compreso, tra i profili di criticità emersi, come non abbia raggiunto un apprezzabile e serio indice di approfondimento, il nucleo dei diritti posti a tutela della vita e della salute del personale medico e degli operatori sanitari che sono stati proiettati, in prima linea, sul fronte dell'emergenza Covid-19, essendosi determinata una grave e paradossale contraddizione in termini: la lesione del fondamentale diritto alla tutela della salute, proprio in danno di coloro che sono destinati alla cura della salute altrui⁽¹⁴⁾. È paradossale come la violazione di questo diritto si sia perpetrata nel medesimo perimetro delineato dall'art. 32 Cost. sicché, contrariamente alle altre sfere di libertà intaccate, non può parlarsi di vero e proprio bilanciamento, né di contemperamento di distinti valori costituzionali, ma di una aberrante contraddizione interna, verificatasi nel percorso attuativo della medesima sfera di tutela. Se esiste un inviolabile diritto alla cura e alla tutela della salute del paziente, parimenti esiste un diritto alla tutela della salute di tutti gli operatori sanitari che non può subire lesioni o compressioni, anche solo per una ragione di uniformità interpretativa ed attuativa delle suindicate garanzie.

L'inadeguatezza e inefficacia della tutela dei medici e del personale sanitario nella gestione dell'emergenza rappresenta una delle più gravi e contraddittorie lesioni dell'art. 32 Cost., determinando, tra l'altro, una situazione di inaccettabile incoerenza nel quadro sistematico di valori costituzionali che prende le mosse dall'art. 2 Cost., in relazione, ai diritti inviolabili dell'uomo e, nello specifico, alla sfera dei «doveri inderogabili di eguaglianza e solidarietà sociale»⁽¹⁵⁾.

Nello specifico, occorre evidenziare che le predette violazioni sono state perpetrate nell'assenza dei necessari strumenti di preventiva e adeguata formazione del personale sanitario, nella più che carente distribuzione di mezzi di protezione (stivali, grembiuli impermeabili, tute protettive e di tutti i dispositivi di protezione individuale di routine c.d. DPI) e nell'oggettiva impossibilità di consentire tempestive diagnosi e accesso alle terapie (si pensi alla frammentaria e deficitaria somministrazione dei c.d. tamponi).

Vengono in rilievo per un verso l'art. 35 Cost. che onera la Repubblica di tutelare il lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» e di avere cura della «formazione» ed

⁽¹⁴⁾ Sul punto, *ex plurimis*, si veda M. LUCIANI, voce *Salute*, in *EGT*, 1989, nonché D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, in M. BESSONE ET AL., *Rapporti etico-sociali. Art. 29-34*, Zanichelli, 1976; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, pp. 655 ss.

⁽¹⁵⁾ Il suo significato essenziale sta nella pretesa del singolo all'astensione da parte di tutti da qualsiasi comportamento che possa mettere a repentaglio l'integrità della salute e fisica e psichica dell'individuo, coerentemente a una concezione integrale della persona umana (art. 2 Cost.). *Ex plurimis*, M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, 2003; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *QCost*, 2012, pp. 455 ss.; A. MORRONE, F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., pp. 2 ss.

«elevazione professionale dei lavoratori» e per altro verso il successivo art. 36 che costituzionalizza il diritto del lavoratore al riposo settimanale ed annuale ⁽¹⁶⁾.

In un quadro di simili gravi ed inopinate violazioni, ha colpito profondamente l'opinione pubblica l'eco del disperato appello di un numero elevatissimo di medici che sono intervenuti a tutela della salute di tutti i cittadini (si badi bene, non per se stessi), sollecitando l'adozione di congrue ed omogenee misure in tutte le Regioni a supporto della medicina territoriale. La disperata istanza è stata sospinta dallo spirito di solidarietà e dal rigoroso rispetto del proprio ruolo socio-lavorativo, solo al fine di consentire un adeguato livello operativo, di esercitare con diligenza le competenze cliniche e attivare immediatamente e senza ostacoli burocratici le prescrizioni, caso per caso, ritenute opportune al fine di una rapida diagnosi e trattamento.

Particolare rilievo assume, nel quadro di sofferenza appena accennato, proprio il principio di solidarietà che, con l'ampia e connaturata portata polisemica, si è irradiato nei principi fondamentali, conformando il tessuto connettivo dell'intero ordinamento, per concretizzarsi nell'obbligo di reciproca solidarietà economica e spirituale che trova piena consacrazione nell'art. 2 Cost.

La perfetta coesione del principio di solidarietà con il principio personalista estende i propri effetti nella dignità della persona umana, nel ruolo delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, nell'eguaglianza sostanziale tra le persone, nel riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale, nella funzione sociale della proprietà, nell'utilità a fini sociali dell'attività economica privata: tutti valori che supportano il modello di Repubblica «fondata sul lavoro».

Il quadro costituzionale, dunque, evidenzia una fitta tessitura delle relazioni tra diritti e doveri e il complesso rapporto che lega gli uni agli altri, così come lega il principio personalista e solidarista con l'eguaglianza, la pari dignità sociale, in un ordinamento fondato sul lavoro e organizzato su basi democratiche. Proprio lo spirito di solidarietà che ha radici profonde nella nostra Costituzione, non è stato di certo garantito agli operatori sanitari, prova ne è il numero di decessi che potevano essere evitati e la compromissione della salute psico-fisica di tanti fra loro, senza pensare ai gravi disagi familiari che ne sono scaturiti ⁽¹⁷⁾. Il profondo risentimento manifestato dagli operatori sanitari trova ampio riscontro nella forte inefficienza ed ingiustificata tardività di intervento nei settori ove era più evidente l'indisponibilità dell'intervento statale: dalla formazione, alla distribuzione dei dispositivi di sicurezza e protezione personale e collettiva.

⁽¹⁶⁾ Sul tema della tutela della salute dei lavoratori in periodo epidemico si veda S. ROSSI, *L'infortunio per Covid-19 del personale sanitario*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 446 ss., nonché D. GAROFALO, *Lavorare in sicurezza versus ripresa delle attività produttive*, in *MGL*, 2020, n. 2, pp. 325 ss.

⁽¹⁷⁾ La sinergia tra scienza medica e intervento normativo e amministrativo, elemento essenziale per fronteggiare la diffusione del virus, si è rivelata estremamente deficitaria. Per una ricostruzione puntuale e sistematica, cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, 2011, pp. 9-33; M. BELLETTI, *"Livelli essenziali delle prestazioni" e "contenuto essenziale dei diritti" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2004; L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 22, pp. 1-11; R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 2002, n. 6, p. 1447; A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, *ivi*, 2003, n. 6, pp. 1063-1140.

6. Rilievi conclusivi

Il dato che preoccupa è la grave lesione del principio solidaristico comprovato dal fenomeno di isolamento e abbandono di intere categorie professionali durante l'emergenza Covid-19. Non si può consentire che si registri, in futuro, un tasso di mortalità così alto nei confronti di coloro che sono stati esposti ad un vero e proprio "sacrificio civico" per la salvaguardia della vita e della salute del prossimo, in ossequio a quel diritto fondamentale alla salute che li ha visti benefattori prima, vittime immediatamente dopo. La proiezione solidaristica del diritto alla cura e alla salute non può essere interpretata nella sua declinazione individualistica più estrema, alla stregua del brocardo *mors tua, vita mea* ⁽¹⁸⁾.

I dati emersi nel resoconto epidemiologico più aggiornato portano ad una definizione di «catastrofe senza precedenti» che ha coinvolto una serie di aspetti correlati alla tutela della salute ed ha messo sotto accusa la politica sanitaria, evidenziando alcune gravi fragilità nell'approccio e nella gestione delle epidemie virali. Il sacrificio che tantissimi operatori sanitari, medici, infermieri, tecnici e personale di supporto ospedaliero hanno dovuto affrontare, spesso senza adeguata e tempestiva formazione e privi delle necessarie cautele, così rischiando la propria vita per salvare quella altrui, deve indurre a riflettere. Si è parlato di "eroi moderni" di una guerra inaspettata contro un nemico difficile, ma non è accettabile che in futuro si ripetano simili fenomeni di "emarginazione"; la privazione di un livello anche minimo di tutela dei beni fondamentali, costituisce la più grave inosservanza dei valori costituzionali, di quello spirito di solidarietà, nucleo essenziale in una società civile e democratica.

L'auspicio, per il futuro, è che vi sia un approccio tempestivo che coinvolga, con le Istituzioni, tutto il personale sanitario (epidemiologi, ricercatori, esperti del settore giuridico-economico), al fine di costituire un comitato scientifico che identifichi la politica dell'emergenza più idonea per rendere più efficiente il sistema sanitario.

La presenza di linee guida già scritte in occasione delle precedenti epidemie avrebbe dovuto allertare e consentire una più rapida ed efficiente gestione dell'emergenza epidemiologica, come detto attraverso una puntuale e univoca attività di formazione per tutto il personale sanitario, la distribuzione globale delle misure di protezione, la predisposizione di una buona rete territoriale per gestire i pazienti senza portarli in ospedale (per evitare il contagio a catena) e, in ultimo, ma di certo altrettanto prioritario, la tutela della vita e della salute psico-fisica degli operatori sanitari sul posto di lavoro. In un Paese che si proclama civile e democratico, lo spirito di solidarietà deve rappresentare la regola non l'eccezione, deve apprezzarsi come intervento energico e diretto così da attenuare il doloroso impatto determinato dalle violazioni subite dal personale sanitario e deve costituire un incentivo per le Istituzioni, in quel complesso percorso di ricerca dei livelli imprescindibili di tutela della dignità dell'uomo ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr., sul punto, sia pure in una prospettiva parallela, la lotta contro il Coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute di M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2020.

⁽¹⁹⁾ Spicca, sul punto, il comunicato del C.N.F. di forte condanna per gli iscritti all'ordine forense che violeranno i principi etici dell'avvocatura, *Coronavirus, CNF: "Sanzioni ad avvocati che speculano sul dolore"*, in *www.consiglionazionaleforense.it*, 1° aprile 2020. Il *plenum* del Consiglio Nazionale Forense ha deliberato, infatti, di applicare sanzioni disciplinari per gli avvocati che offrono assistenza per azioni legali

Lo Stato e i governatori delle singole regioni sono chiamati ad un'azione sinergica, immediata ed efficace per proteggere gli operatori sanitari ed estendere la capacità della forza lavoro sanitaria, così da consentire l'assistenza, in prima linea, nell'emergenza sanitaria che, stando alle ultime evidenze, non dà ancora tregua all'umanità ⁽²⁰⁾.

contro i medici impegnati nella cura dei pazienti affetti da Covid-19, ritenuta una mera «speculazione sul dolore» e, pertanto, una violazione dei principi etici dell'avvocatura. In tal senso è stato affermato come non sia «irrealistico immaginare, in questa situazione, un ulteriore fronte di rischio per gli operatori sanitari, legato alla possibile responsabilità per eventi avversi che si verificano nell'ambito dell'emergenza epidemiologica: quante denunce e richieste di risarcimento è ragionevole attendersi nei loro confronti (e nei riguardi delle strutture sanitarie), all'esito del numero, inevitabilmente elevatissimo, di morti per o da coronavirus?», così C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "Irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema Penale*, 30 marzo 2020, il quale, in seno ad un'accurata ricostruzione dei profili correlati alla tutela degli operatori sanitari e alla necessità di un ripensamento (legislativo) della loro responsabilità penale, ha evidenziato il timore che possano profilarsi rischi per l'incolumità giudiziaria del personale sanitario, a tal punto da indurre ad atteggiamenti improntati a una sorta di "medicina difensiva dell'emergenza" che andrebbe a soverchiare l'ammirevole spirito solidaristico dimostrato sinora dagli operatori sanitari.

⁽²⁰⁾ Riecheggiano le parole del Presidente della GIMBE – fondazione di diritto privato costituita dall'associazione Gruppo Italiano per La Medicina Basata sulle Evidenze – che ha evidenziato che gli operatori sanitari infetti sono stati purtroppo i grandi e inconsapevoli protagonisti dell'infezione negli ospedali, nelle case di cura e nelle case dei pazienti. Se è vero che nei periodi di crisi, gli effetti delle disuguaglianze formali e sostanziali diventano spesso ancor più evidenti, i governi sono chiamati a rispondere all'appello dei medici «non siamo eroi, siamo umani» e a chiarire cosa ha impedito l'eliminazione delle disuguaglianze inerenti ai principi essenziali e alla globalizzazione della salute e dei diritti umani. Nel corso della seconda ondata di contagi, il monitoraggio della Fondazione GIMBE ha confermato, rispetto alla precedente, un considerevole incremento nel *trend* dei nuovi casi (235.634 vs 195.051), sia per il lieve aumento dei casi testati (872.026 vs 817.717), sia per l'incremento del rapporto positivi/casi testati (27% vs 23,9%). Sono aumentati, inoltre, del 41,1% i casi attualmente positivi (590.110 vs 418.142) e, sul fronte degli ospedali, si registra un ulteriore aumento dei pazienti ricoverati con sintomi (28.633 vs 21.114) e in terapia intensiva (2.971 vs 2.225); incrementano del 70% i decessi (2.918 vs 1.712). Tra le criticità, nella gestione ed evoluzione dell'epidemia vi è quella del numero degli operatori sanitari contagiati, se si considera che oltre al rischio di focolai ospedalieri, in RSA e in ambienti protetti, l'impatto sul personale sanitario già provato dalla prima ondata, sta aggravando la situazione di evidente carenza di organico. Le criticità hanno risentito anche delle varie stratificazioni normative (in ultimo i d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, e 9 novembre 2020, n. 149, e i d.P.C.M. del 13, 18 e 24 ottobre 2020) e dalla categoria del personale sanitario si è di recente alzato un nuovo grido di allarme. È stato evidenziato che senza un immediato cambio di rotta sui criteri di valutazione e sulle corrispondenti restrizioni, solo un *lockdown* totale potrà evitare il collasso definitivo degli ospedali e l'eccesso di mortalità, anche nei pazienti non Covid-19. Intanto, come riportato nei dati che la stessa FNOMCeO ha diffuso di recente, cresce l'elenco dei medici caduti nel corso dell'epidemia di Covid-19: 196!

L'infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro

di Luca Mannarelli

Abstract – Il d.l. n. 18/2020, in linea con l'impostazione tradizionale seguita dall'Inail di equiparazione della causa violenta alla causa virulenta, ha qualificato la patologia da SARS-CoV-2 contratta dai lavoratori soggetti all'obbligo assicurativo Inail sul luogo di lavoro quale l'infortunio sul lavoro, fornendo agli stessi una tutela economica, sanitaria e assistenziale. Il contributo si pone l'obiettivo di analizzare l'ambito di operatività soggettiva e oggettiva della tutela assicurativa e gli eventuali effetti che il riconoscimento dell'infortunio sul lavoro da Covid-19 potrebbe comportare sia dal punto di vista dell'andamento del premio assicurativo sia dell'eventuale responsabilità del datore di lavoro.

Abstract – The Decree-Law No. 18/2020, in line with the traditional approach followed by Inail, which equates the violent cause with the virulent cause, qualified the pathology from SARS-CoV-2 contracted by workers subject to Inail insurance obligation in the workplace such as work-related accidents, providing them with economic, health and welfare protection. The aim of the article is to analyse the subjective and objective scope of Inail protection in relation to the Covid-19 pathology contracted in the workplace and the possible effects that the recognition of the accident at work by Covid-19 could have both from the point of view of the performance of the insurance premium and the possible liability of the employer.

Sommario: 1. La disciplina dell'infortunio sul lavoro da Covid-19. – 2. I soggetti tutelati. – 3. I lavoratori esclusi in tutto o in parte. – 4. La denuncia di infortunio sul lavoro da Covid-19, l'estensione spazio-temporale della tutela e i casi di dubbia competenza (Inail o Inps?). – 5. La mancata incidenza degli infortuni da Covid-19 sull'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico. – 6. La responsabilità del datore di lavoro.

1. La disciplina dell'infortunio sul lavoro da Covid-19

L'infezione da virus SARS-CoV-2 si è diffusa in modo indiscriminato nella popolazione mondiale trasformandosi in vera e propria pandemia, come ha dichiarato l'Organizzazione Mondiale della Sanità l'11 marzo 2020 ⁽¹⁾.

In numerosi casi si è accertato che la patologia Covid-19 è stata contratta sul luogo di lavoro anche a causa delle specifiche mansioni espletate dai lavoratori, come è accaduto per gli operatori sanitari o per coloro i quali si trovano a svolgere attività che li pongono a diretto contatto con la clientela o l'utenza (es. lavoratori delle banche, delle Poste Italiane, ecc.).

Riconoscendo la rilevanza di tali specifiche circostanze, l'art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020, c.d. decreto "cura Italia", – in linea con le consolidate forme di tutela

(1) Si veda [L'Organizzazione mondiale della sanità dichiara il coronavirus pandemia](#).

assicurativa adottate dall'Inail per le malattie infettive e parassitarie contratte negli ambienti di lavoro e nell'esercizio delle attività lavorative ⁽²⁾ – ha affermato la tutela assicurativa dei casi di infezione morbosa da SARS-CoV-2 verificatisi in occasione di lavoro, qualificandoli come infortuni sul lavoro e non già quali malattie generiche o professionali ⁽³⁾.

In termini generali, l'art. 2 del d.P.R. n. 1124/1965 (c.d. Testo Unico Inail) individua nella causa violenta e nell'occasione di lavoro le caratteristiche che deve possedere l'evento lesivo per essere qualificato quale infortunio sul lavoro, da cui siano derivate la morte o una inabilità permanente al lavoro assoluta o parziale (art. 74 TU), ovvero una impossibilità temporanea assoluta (art. 68 TU) che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni ⁽⁴⁾, senza considerare nel computo il giorno in cui l'infortunio si è verificato.

Per essere riconosciuto quale infortunio sul lavoro, come più volte chiarito dalla Suprema Corte ⁽⁵⁾, è pertanto necessario che l'evento lesivo che colpisce il prestatore di lavoro si sia verificato per effetto di una causa violenta ⁽⁶⁾, consistente in un fatto esterno che agisce sull'individuo mediante un'azione determinata o concentrata nel tempo ⁽⁷⁾.

Alla causa violenta è stata successivamente equiparata dall'Inail e dalla giurisprudenza ⁽⁸⁾ la causa virulenta, in cui la patologia insorge nell'individuo a seguito dello

⁽²⁾ Cfr. le linee-guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie di cui alla circ. Inail 23 novembre 1995, n. 74. Sul punto vedi anche M. INNOCENZI, F. RULLO, C. SFERRA, A. OSSICINI, *Malattia-infortunio. Trattazione in ambito Inail*, in www.inail.it, 2007; G. VIGANÒ, L. VILLA, S. GEMMA, L. RAVELLI, *Il rischio infortunistico e da contaminazione biologica*, in A. VILLA, G. VIGANÒ (a cura di), *Atti Seminario su I rischi ospedalieri: esperienze di prevenzione*, Polaris, 1995; P. DALLA SERRA, M. BATTISTI, F. CEMBRIANI, A. CRISTOFOLINI, *Malattie trasmesse da zecche (TBE e M. di Lyme) nelle attività agricole e forestali: aspetti clinici, epidemiologici e medico-legali*, in RIMP, 1995.

⁽³⁾ Si veda G. ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 1994; G. FERRARI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, 1998; F. AGOSTINI, *La tutela delle malattie professionali dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 18 febbraio 1988, n. 179*, in *Rivista di Medicina del Lavoro*, 1989, n. 4, p. 3; P. FUCCI, P. ROSSI, *Gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in G. GIUSTI (diretto da), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Cedam, 1998.

⁽⁴⁾ È altresì considerata infortunio sul lavoro l'infezione carbonchiosa, mentre il testo unico nella sua versione originaria non comprendeva l'infezione malarica, successivamente riconosciuta con la pronuncia C. cost. 17 giugno 1987, n. 226, e recepita dalla circ. Inail 15 febbraio 1988, n. 7767. Cfr. V. CHIODI, *La disciplina assicurativa dell'infortunio sul lavoro nei suoi aspetti medico-legali*, in AA.VV., *Atti del Convegno di studio sul TU per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Roma, 1-3 aprile 1966, e E. BOSSI, *Rischio generico e rischio specifico in tema di febbre-infortunio*, in RIMP, 1952, p. 484.

⁽⁵⁾ Tra le altre vedi Cass. 1° settembre 1982, n. 4764; Cass. 24 gennaio 1997, n. 731; Cass. 15 ottobre 2000, n. 13741; più recentemente, Cass. 29 agosto 2003, n. 12685.

⁽⁶⁾ Si veda G. ALIBRANDI, *La causa violenta nell'infortunio sul lavoro*, in MGL, 1992, n. 6, p. 234.

⁽⁷⁾ Cass. 9 settembre 2003, n. 13184, evidenzia come il ruolo causale dell'attività lavorativa non sia escluso da una preesistente condizione patologica del lavoratore, la quale, anzi, può rilevare in senso contrario, in quanto può rendere più gravose e rischiose attività solitamente non pericolose e giustificare il nesso tra l'attività lavorativa e l'infortunio.

⁽⁸⁾ Vedi Cass. 3 novembre 1982, n. 5764; Cass. 13 marzo 1992, n. 3090; Cass. 10 febbraio 1998, n. 1373, ha infine riconosciuto quale infortunio sul lavoro l'epatite virale contratta dagli infermieri, per i quali non è necessario che l'evento sia ricondotto ad un fatto lesivo preciso, in quanto «si presume» contratta durante lo svolgimento della prestazione lavorativa.

svolgimento di un'attività lavorativa, per effetto di fattori microbici e virali che, penetrando nell'organismo, ne determinano l'alterazione delle condizioni di salute ⁽⁹⁾.

Ai fini della qualificazione della lesione come infortunio sul lavoro, è necessario dunque che la stessa si sia verificata in occasione di lavoro, e cioè che il rischio sia stato determinato dallo svolgimento dell'attività lavorativa. A tale scopo, tuttavia, non è sufficiente l'accertamento che l'evento si sia verificato durante l'orario di lavoro e sul luogo di lavoro, ma occorre anche provare che il rischio dell'evento dannoso sia stato propriamente generato dal lavoro e che, quindi, si tratti di un "rischio specifico" riconducibile all'adempimento della prestazione lavorativa, o almeno "generico", ovvero comune alla restante parte della popolazione, che risulti però aggravato dal lavoro ⁽¹⁰⁾.

La giurisprudenza in alcune recenti pronunce ha, inoltre, ulteriormente esteso l'area della riconoscibilità dell'infortunio alle ipotesi di c.d. "rischio improprio", vale a dire quello non direttamente riconducibile al disimpegno delle mansioni tipiche del dipendente, ma relativo ad attività prodromiche o strumentali allo svolgimento delle dette mansioni ⁽¹¹⁾ e, in ogni caso, ricollegabile al soddisfacimento di esigenze lavorative; a nulla rilevando il carattere meramente occasionale di detto rischio ai fini dell'accertamento dell'"occasione di lavoro" ⁽¹²⁾.

Pertanto, può assumere carattere rilevante anche il rischio non connesso alle specifiche mansioni o alle abituali e prevedibili modalità di esecuzione della prestazione, purché lo stesso non risulti estraneo e non funzionalmente collegato alla prestazione lavorativa ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ Con le circ. 1° luglio 1993 e 23 novembre 1995, n. 74, l'Inail ha predisposto una guida diagnostica per la trattazione di questa tipologia di denunce che prevede l'effettuazione di specifiche indagini di laboratorio, di accertare se le mansioni svolte dall'assicurato comportano il rischio di contrarre la malattia, di accertare la presenza di identica infezione in colleghi di lavoro o in persone assistite, ovvero in famiglia, di svolgere indagini in merito ai tempi di comparsa delle infezioni.

⁽¹⁰⁾ In diverse pronunce in materia di occasione di lavoro, estensibili per via analogica anche all'infortunio sul lavoro da contagio da SARS-CoV-2, la giurisprudenza ha riconosciuto l'indennizzabilità dell'infortunio anche qualora lo stesso non sia riconducibile ad un rischio specifico della prestazione lavorativa, purché sussista tra il sinistro e la prestazione resa un nesso causale tale da rendere l'infortunio attinente alle mansioni svolte, in relazione alle modalità concrete dell'evento e alle maggiori probabilità che esso si verifichi nel corso di una determinata attività. La condotta tenuta dal lavoratore deve essere, quindi, inerente all'esecuzione del lavoro e in connessione con il suo svolgimento. Si veda Cass. 3 novembre 1982, n. 5764; Cass. 25 luglio 1991, n. 8058; Cass. 13 marzo 1992, n. 3090; Cass. 27 giugno 1998, n. 6390; Cass. 11 aprile 1998, n. 3744; Cass. 23 gennaio 1998, n. 645; Cass. 13 dicembre 2000, n. 15691, e in particolar modo Cass. 13 maggio 2016, n. 9913, che effettua una ricognizione estensiva della nozione di "occasione di lavoro".

⁽¹¹⁾ Ad esempio, per il tema che ci occupa, è stata considerata attività accessoria e strumentale allo svolgimento dell'attività lavorativa l'esigenza per una infermiera di recarsi in bagno per lavarsi alla fine del turno, corrispondendo detta esigenza ad una norma igienica collegata al lavoro svolto. Si veda Cass. 5 gennaio 2005, n. 180.

⁽¹²⁾ Conseguentemente l'occasione di lavoro è configurabile anche nel caso di incidente verificatosi durante lo svolgimento di una attività strumentale alle mansioni assegnate all'operatore. Cfr. Cass. 14 ottobre 2015, n. 20718; Cass. 4 agosto 2005, n. 16417, in *RGL*, 2006, II, p. 540; Cass. 28 luglio 2004, n. 14287; Cass. 7 aprile 2000, n. 4433.

⁽¹³⁾ Si veda Cass. 27 gennaio 2006, n. 1712, e, in senso conforme, Cass. 9 novembre 2002, n. 15765.

2. I soggetti tutelati

A norma dell'art. 42 del d.l. n. 18/2020, destinatari della tutela Inail nel caso venga contratto il Covid-19 sono tutti i lavoratori che, in via generale, già ricevono tutela dall'Istituto, quindi i lavoratori dipendenti e assimilati, in presenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dal d.P.R. n. 1124/1965, nonché i soggetti assicurati a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 38/2000 (lavoratori parasubordinati, sportivi dipendenti e dirigenti) e coloro per i quali è stato riconosciuto l'obbligo assicurativo da norme speciali.

La normativa generale prevede che, sia in caso di infortunio sul lavoro sia in caso di c.d. malattia-infortunio, l'onere della prova dell'origine lavorativa dell'evento lesivo ricada sul lavoratore, ma in presenza di Covid-19, allo scopo di agevolare, almeno in linea teorica, il riconoscimento della garanzia, viene operata la distinzione tra alcune categorie considerate particolarmente esposte (i già citati operatori sanitari, gli addetti al front office e alla vendita) e per le quali il rischio affrontato dal lavoratore è talmente aggravato da diventare specifico ⁽¹⁴⁾, e tutte le altre. Nel primo caso, in ipotesi di insorgenza del Covid-19, opera dunque una presunzione semplice di origine professionale, mentre per le altre categorie di lavoratori, statisticamente meno colpite o per le quali vi siano maggiori difficoltà ad identificare cause e modalità del contagio, la tutela interverrà solo a seguito di accertamento medico-legale da parte dell'Istituto, seguendo l'ordinaria procedura e analizzando, come precisato dalla circ. Inail del 3 aprile 2020, gli elementi epidemiologici, anamnestici e circostanziali.

A seguito del riconoscimento dell'infortunio sul lavoro da Covid-19 al lavoratore vengono riconosciute le prestazioni economiche ⁽¹⁵⁾, sanitarie (riabilitative e di reinserimento sociale) e integrative ⁽¹⁶⁾ erogate dall'Istituto, con decorrenza dal primo giorno di astensione dal lavoro a causa dell'avvenuto contagio, e ciò anche in assenza del versamento del premio assicurativo da parte del datore di lavoro (per il c.d. principio dell'automaticità delle prestazioni).

⁽¹⁴⁾ Come comunicato da ISS, FNOMCEO e FNOPI, lo sforzo assistenziale ha comportato pesanti ricadute sulle condizioni di salute dei professionisti sanitari, sia sotto il profilo psichico che fisico. Non è, inoltre, da sottovalutare il rischio di sviluppo di postumi permanenti appartenenti a queste categorie che abbiano contratto il virus nelle forme più severe. Tra le categorie maggiormente a rischio per cui vale la presunzione di origine professionale del contagio rientrano anche gli operatori socio sanitari delle Residenze sanitarie assistenziali (Rsa) e i tassisti.

⁽¹⁵⁾ Tra cui l'indennità giornaliera per inabilità temporanea assoluta (art. 68 TU) l'indennizzo in capitale e in rendita per la menomazione dell'integrità psicofisica (danno biologico) e per le sue conseguenze patrimoniali (art. 13, d.lgs. n. 38/2000; la rendita ai superstiti di cui all'art. 105, comma 2, TU; l'assegno funerario *ex* art. 85 TU; l'assegno per assistenza personale continuativa e lo speciale assegno continuativo mensile di cui all'art. 76 TU). Nel caso di decesso del lavoratore spetta ai familiari, ai sensi della disciplina vigente, anche la prestazione economica una tantum prevista dal Fondo delle vittime di gravi infortuni sul lavoro, sia per i soggetti assicurati Inail che per quelli per i quali, come già in precedenza detto, non sussiste tale obbligo.

⁽¹⁶⁾ Tra cui l'assegno di incollocabilità (art. 180 TU); l'erogazione integrativa di fine anno e il brevetto e distintivo d'onore, per i grandi invalidi del lavoro.

3. I lavoratori esclusi in tutto o in parte

Come già anticipato, l'assicurazione Inail non opera nei confronti della totalità dei lavoratori, ma in base a una distinzione tra gli stessi che, proprio nell'attuale situazione di grave emergenza sanitaria, mostra i suoi limiti, non garantendo (o non potendo garantire) la copertura ad attività lavorative, in alcuni casi anche particolarmente rischiose.

La tutela Inail, come noto, ha visto il susseguirsi di numerosi provvedimenti che, a partire del d.P.R. n. 1124/1965, ne hanno via via esteso l'operatività, sino alle innovative previsioni di cui al d.l. n. 101/2019, che ha riconosciuto la tutela avverso gli infortuni e le tecnopatie ai c.d. *riders*, i ciclofattorini che effettuano le consegne a domicilio, i quali potranno anch'essi accedere alle prestazioni Inail, qualora dimostrino di avere contratto il Covid-19 in occasione di lavoro.

Viceversa, per effetto dell'impostazione rigida del testo unico, rimangono a tutt'oggi esclusi dalla tutela Inail, sia il personale delle Forze Armate, dei Vigili del Fuoco, della Polizia di Stato e dei Carabinieri, che pure è quotidianamente impegnato sul territorio a tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza, della salute della popolazione e della legalità, sia i c.d. medici di famiglia, i medici liberi professionisti e i farmacisti titolari di farmacie, tutte figure in prima linea nell'attuale situazione di emergenza sanitaria⁽¹⁷⁾.

In ultimo, risultano ancora prive di tutela le persone fisiche titolari di ditte individuali, laddove invece vengono pacificamente assicurati, anche contro i rischi da malattia-infortunio da Covid-19, i loro dipendenti. Questo però è ovvio e vale anche per le altre categorie citate: anche i dipendenti dei farmacisti o dei medici di famiglia, no?

Sempre per effetto di scelte politiche, la normativa Inail presenta elementi di contraddizione per talune categorie di prestatori di lavoro, subordinandone la tutela solo alla sussistenza di determinate condizioni. Ad esempio, il d.P.R. n. 1124/1965 detta una specifica normativa per i sacerdoti, i religiosi e le religiose – categoria particolarmente colpita dal Covid-19 a causa dei contatti con un indiscriminato numero di persone, anche (e non solo) in occasione di attività retribuite quali quelle di assistenza e supporto agli infermi (es. nelle strutture ospedaliere e sanitarie) – che produce dei riflessi anche sulla effettività della loro salvaguardia in caso di contagio. L'art. 4 TU prevede, infatti, che «siano compresi nella tutela i sacerdoti, i religiosi e le religiose che prestino opera retribuita manuale o anche non manuale, con esclusione di quegli ecclesiastici che prestino la propria opera alle dipendenze degli enti ecclesiastici, delle associazioni e delle case religiose di cui all'art. 29, lett. a e b, del Concordato tra la Santa Sede e l'Italia, anche se le modalità delle prestazioni di lavoro siano pattuite direttamente tra il datore di lavoro e l'ente cui appartengono le religiose o i religiosi o i sacerdoti occupati e se la remunerazione delle prestazioni sia versata dal datore di lavoro all'ente predetto». Ciò determina una evidente disparità di trattamento, e dunque di tutela, a seconda dell'appartenenza o meno dei religiosi agli Enti Ecclesiastici individuati nel

⁽¹⁷⁾ In un'intervista del 30 aprile 2020, in www.inail.it, il Presidente dell'Inail Bettoni ha annunciato la costituzione di un gruppo di lavoro con le federazioni dei medici per studiare la possibilità di estendere la tutela ai medici liberi professionisti e convenzionati. Lo stesso ha aggiunto che il problema della tutela assicurativa dovrà essere necessariamente affrontato a livello complessivo, per ricomprendere gli oltre tre milioni e mezzo di lavoratori che attualmente non possono accedere a rendite o indennizzi in caso di infortunio o malattia professionale.

Concordato, pur svolgendo tutti, in concreto, le medesime attività ed essendo esposti ai medesimi rischi.

Analogamente, la copertura Inail viene riconosciuta, dal d.lgs. n. 38/2000, agli sportivi professionisti. Si rammenta, tuttavia, che in Italia solo alcune Federazioni sportive hanno una sezione professionistica ⁽¹⁸⁾, mentre la maggioranza degli atleti non ottiene questo particolare riconoscimento, con la conseguenza che solo i primi potranno essere garantiti dall’Inail in caso di contagio da SARS-CoV-2, mentre tutti gli altri sportivi ne rimarranno esclusi.

Anche per quanto concerne il personale iscritto, in via temporanea o continuativa, nei ruoli del Corpo militare volontario ⁽¹⁹⁾ della Croce Rossa Internazionale ⁽²⁰⁾ la normativa generale prevede la tutela ordinaria Inail esclusivamente per gli addetti ai servizi ausiliari delle FF.AA., ai servizi civili di emergenza e di istituto e ai compiti civili ⁽²¹⁾, qualora gli stessi svolgano le attività individuate dal TU del 1965, sebbene suddetto personale venga spesso affiancato da coloro che, liberamente e senza retribuzione, svolgono le medesime attività su base volontaria (c.d. “infermieri volontari”), ai quali non è estesa alcuna garanzia assicurativa, neppure in caso di contagio da SARS-CoV-2, nonostante siano esposti ai medesimi rischi a cui è sottoposto il personale assicurato.

4. La denuncia di infortunio sul lavoro da Covid-19, l'estensione spazio-temporale della tutela e i casi di dubbia competenza (Inail o Inps?)

Per quanto concerne l’iter amministrativo per il riconoscimento della patologia Covid-19 quale infortunio sul lavoro, l’art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020 stabilisce che, qualora venga accertata dal medico certificatore l’infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro, questi debba redigere il certificato di infortunio e inviarlo telematicamente all’Inail (art. 53, commi 8, 9 e 10, TU) ⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ Per la Federazione Italiana Giuoco Calcio: calciatori della serie A, B, e Lega Pro maschile; per la Federazione Italiana Pallacanestro solo i giocatori della serie A1 e A2 maschile; per la Federazione Ciclistica Italiana i ciclisti impegnati in gare su strada e su pista approvate dalla lega ciclismo; per la Federazione Motociclistica Italiana gli sportivi impegnati in gare di velocità e motocross; per la Federazione Pugilistica Italiana, per gli sportivi nelle serie I, II e III nelle 15 categorie di peso e per la Federazione Italiana Golf tutti i golfisti.

⁽¹⁹⁾ Il *Notiziario Inail*, 1991, n. 50, chiarisce che «tale Ente, per il funzionamento dei suoi servizi del tempo di pace e del tempo di guerra, utilizza proprio personale direttivo e di assistenza che è organizzato e strutturato secondo modelli e gerarchie mutuati dall’organizzazione delle Forze Armate, donde l’aggettivo “militare”». Circa il termine “volontario”, viene precisato che esso deriva dalla circostanza che il personale in organico ha presentato volontaria domanda di appartenenza all’Ente.

⁽²⁰⁾ La CRI è stata riconosciuta dalla l. n. 70/1975 quale ente pubblico non economico e, a seguito dell’approvazione del nuovo Statuto dell’Organizzazione, ha acquisito la qualifica di “Ente privato di interesse pubblico” ai sensi dell’art. 1 del d.P.R. n. 613/1980.

⁽²¹⁾ Per un approfondimento degli specifici ruoli vedi il *Notiziario Inail*, 1991, n. 50, cit.

⁽²²⁾ Con il d.lgs. n. 151/2015, *Disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, e la contestuale modifica dell’art. 53 del d.P.R. n. 1124/1965, l’obbligo di rilascio e trasmissione telematica del certificato di infortunio è stato posto in capo al medico (o alla struttura) che per primo presta assistenza al lavoratore, sollevando di conseguenza il datore di lavoro, pubblico o privato.

I termini per la trasmissione telematica della denuncia di infortunio decorrono dalla conoscenza della positività del lavoratore al virus, che coincide con il momento in cui il prestatore di lavoro, a seconda della gravità della manifestazione della patologia contratta, viene posto in isolamento domiciliare o ricoverato in ospedale.

In questi casi, ai fini del perfezionamento della denuncia di malattia-infortunio da Covid-19, il certificato di avvenuto contagio dovrà riportare i dati anagrafici completi del lavoratore, quelli del datore di lavoro, la data dell'evento/contagio, la data di astensione dal lavoro per inabilità temporanea assoluta conseguente al contagio ovvero la data di astensione dal lavoro per quarantena o permanenza domiciliare fiduciaria del lavoratore legata all'accertamento dell'avvenuto contagio, nonché la documentazione clinico-strumentale in grado di attestare, in base alle conoscenze scientifiche, il contagio medesimo.

Inoltre, per le fattispecie per le quali non opera la presunzione semplice di avvenuto contagio (di cui innanzi detto), la denuncia dovrà evidenziare che l'infortunio sia avvenuto in occasione di lavoro, riportando le cause e le circostanze in cui è avvenuto il contagio, la natura della lesione e il rapporto con le cause denunciate. Infine, nel caso in cui il lavoratore sia venuto a contatto, sul luogo di lavoro, con colleghi o utenti/clienti positivi al Covid-19, lo stesso può essere cautelativamente messo in quarantena, in stato di malattia, in attesa di verificare se svilupperà o meno la patologia e, nell'ipotesi di successivo accertamento della positività, il caso verrà "regolarizzato" come infortunio sul lavoro, con decorrenza dal primo giorno di astensione dal lavoro (coincidente con l'inizio della quarantena), computando a partire da tale data i giorni di franchigia ai fini del calcolo della prestazione economica per inabilità temporanea assoluta al lavoro.

In concreto, il riconoscimento, da parte dell'Inail, dell'origine professionale della patologia Covid-19 non appare di agevole soluzione, in parte, a causa della evidente difficoltà ad ottenere la prova del nesso eziologico tra la patologia contratta e l'occasione di lavoro, in altra parte, a causa dell'incertezza che caratterizza i riscontri sanitari effettuati nel lasso di tempo in cui la patologia si manifesta (che può variare da 5 a 15 giorni, e anche oltre) e ciò anche qualora si tratti delle categorie di lavoratori a rischio richiamate nella nota della Direzione centrale rapporto assicurativo e della Sovrintendenza sanitaria centrale Inail del 17 marzo 2020.

Nei casi in cui risulti dubbia la qualificazione della patologia da Covid-19 come malattia comune o infortunio sul lavoro, e quindi, di riflesso, la relativa competenza nella gestione, l'Inps e l'Inail dovranno effettuare, ciascuno per quanto di propria competenza, ulteriori verifiche, ponendo la riserva di regolarità ⁽²³⁾.

Qualora, a seguito dell'istruttoria svolta, venga accertato che il contagio da SARS-CoV-2 non è avvenuto in occasione di lavoro, non si applicherà la tutela antinfortunistica ma si procederà alla segnalazione del caso all'Inps con l'allegazione di tutta la documentazione sanitaria agli atti della pratica al fine di evitare la sovrapposizione di tutele previdenziali. Parimenti, l'Inps, ai sensi delle disposizioni vigenti, procederà nei riguardi dell'Inail laddove abbia rilevato che l'evento denunciato, non rientrando nella propria competenza, sia invece oggetto di tutela assicurativa da parte di questo.

⁽²³⁾ In applicazione delle circ. Inail n. 47/2015 e circ. Inps n. 69/2015, relative ai lavoratori per i quali vige la convenzione tra i due Enti previdenziali per l'erogazione dell'indennità per inabilità temporanea assoluta da infortunio sul lavoro, da malattia professionale o da malattia comune.

L'assicurazione antinfortunistica da infezione da SARS-CoV-2 opera, inoltre, ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 38/2000, anche nell'ipotesi di infortunio *in itinere*, occorso a lavoratore assicurato durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro ⁽²⁴⁾, a bordo di mezzi di trasporto pubblici e privati.

In questo caso, data la particolarità della forma di contagio denunciata, l'accertamento medico-legale dell'evento lesivo necessiterà di ulteriori elementi di indagine, in aggiunta a tutti quelli già richiamati, come, ad esempio, l'esame della tipologia del mezzo di trasporto utilizzato, del percorso, della frequenza degli spostamenti, oltre ad una capillare necessaria ricostruzione dei contatti avuti dal prestatore di lavoro nel tragitto. L'Inail, inoltre, riconoscendo che il rischio di contagio è molto più elevato per i fruitori di trasporti pubblici (ove le misure di prevenzione e distanziamento non possono essere sempre assicurate) ha chiarito, al fine di ridurre la portata, che nel corso dell'emergenza pandemica, in deroga alla disciplina ordinaria, per tutti i lavoratori addetti allo svolgimento di prestazioni da rendere necessariamente in presenza sul luogo di lavoro viene considerato "necessitato" l'uso del mezzo privato per raggiungere la sede di lavoro e viceversa.

Sulla base dei dati ad oggi disponibili ⁽²⁵⁾ risulta che l'Inail durante la fase dell'emergenza ha operato in modo da garantire la maggiore copertura possibile ai lavoratori esposti a rischio. Questo si evince dal fatto che, anche qualora pervenga all'Istituto documentazione utile per l'apertura dell'istruttoria per malattia-infortunio (certificato medico, denuncia di infortunio redatta dal datore di lavoro o altro documento valido ai fini della protocollazione) ma incompleta ai fini del riscontro sull'avvenuto contagio, si è proceduto all'integrazione dei dati trasmessi, acquisendo la documentazione diagnostica e accedendo a quanto direttamente in possesso del lavoratore infortunato, a fine di verificare la regolarità sanitaria e amministrativa del caso e poter applicare la tutela.

Con la graduale riapertura delle attività economiche prevista nella c.d. "fase 2" ⁽²⁶⁾, è diventato necessario monitorare, ai fini del riconoscimento della sussistenza degli

⁽²⁴⁾ Sulla distinzione tra occasione di lavoro e infortunio *in itinere* si veda Cass., sez. un., 7 settembre 2015, n. 17685.

⁽²⁵⁾ Il 30 aprile 2020 l'Inail ha pubblicato il primo report sulle infezioni da SARS-CoV-2 denunciate come infortuni sul lavoro. Il dato rilevato evidenzia che la netta maggioranza dei casi (45,7%) coinvolge infermieri e fisioterapisti, gli operatori socio-sanitari (18,9%), medici (14,2%), operatori socio-assistenziali (6,2%) e del personale non qualificato nei servizi sanitari e di istruzione (4,6%). Di questi, ben 98 (pari a circa il 40% del totale dei decessi sul lavoro denunciati all'Inail nel periodo preso in esame) hanno avuto un esito letale. Il settore della Sanità e assistenza sociale, in cui rientrano ospedali, case di cura e case di riposo, registra il 72,8% dei casi di contagio sul lavoro da SARS-CoV-2 denunciati all'Inail, mentre a livello territoriale quasi otto denunce su 10 sono concentrate nelle regioni dell'Italia settentrionale: il 52,8% nel Nord-Ovest (35,1% in Lombardia) e il 26,0% nel Nord-Est (10,1% in Emilia Romagna). Il resto dei casi è distribuito tra Centro (12,7%), Sud (6,0%) e Isole (2,5%). Il 71,1% dei contagiati sul lavoro sono donne e il 28,9% uomini, con un'età media di poco superiore ai 46 anni (46 per le donne, 47 per gli uomini). Tra gli infermieri e gli altri tecnici della salute, in particolare, più di tre denunce su quattro sono relative a lavoratrici. Il 12,6% dei casi riguarda invece lavoratori stranieri, tra i quali la percentuale delle donne è pari all'80%. I lavoratori deceduti sono stati 78, quelli delle lavoratrici 20, con un'età media pari a 58 anni sia per gli uomini che per le donne.

⁽²⁶⁾ Prevista dal d.P.C.M. 26 aprile 2020 avente ad oggetto la *Valutazione integrata del rischio contagio ed adozione di misure organizzative di prevenzione e protezione idonee a scongiurare l'insorgere di focolai epidemici*.

infortuni sul lavoro, l'andamento e la fondatezza delle denunce di contagio anche nei settori prima oggetto di *lockdown*.

A tale scopo, il 23 aprile 2020 l'Inail ha pubblicato il Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione, in cui ha proceduto a classificare per fasce di rischio le varie professioni, tenendo conto, in via generale, di tre fattori: esposizione, prossimità, aggregazione, anche verso terzi ⁽²⁷⁾.

Nel documento vengono anche individuate le misure organizzative, di prevenzione e protezione, nonché di lotta all'insorgenza dei focolai epidemici, nel rispetto di quanto sancito nel Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro redatto da Governo e Parti sociali il 14 marzo 2020.

La metodologia individuata consente (o dovrebbe consentire) di stabilire, per ogni attività e settore produttivo, una specifica classe di rischio che potrà rivelarsi utile, da un lato per permettere alle aziende di adottare specifici interventi in chiave preventiva, dall'altro per agevolare il riconoscimento dell'origine professionale della patologia.

5. La mancata incidenza degli infortuni da Covid-19 sull'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico

Nella fase iniziale della pandemia interi settori economici del nostro Paese sono stati posti in *lockdown*, dovendo sospendere integralmente lo svolgimento delle attività produttive, mentre le attività che sono state autorizzate e, in alcuni casi, obbligate dal Governo per garantire i servizi pubblici essenziali hanno necessariamente esposto i loro dipendenti al rischio di contrarre la patologia sul luogo di lavoro.

In via generale, gli artt. 19 e 20 delle nuove Modalità di applicazione della tariffa dei premi Inail (d.i. 27 febbraio 2019) stabiliscono che, dopo due anni dall'inizio dell'attività, il tasso medio di tariffa, applicato all'azienda ai fini del pagamento del premio assicurativo, venga annualmente condizionato dall'andamento degli infortuni e delle malattie professionali verificatisi in ogni posizione assicurativa territoriale (Pat), andamento espresso dall'indice di sinistrosità aziendale riproporzionato (ISAR) ⁽²⁸⁾, che tiene conto anche della gravità delle conseguenze derivanti dall'infortunio o dalla tecnopatologia ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Per "esposizione" si intende la probabilità di venire in contatto con fonti di contagio nello svolgimento delle specifiche attività lavorative. La "prossimità" individua le caratteristiche intrinseche di svolgimento del lavoro che non permettono un sufficiente distanziamento sociale. L'"aggregazione" classifica la tipologia di lavoro a seconda che lo stesso preveda o meno il contatto con altri soggetti oltre ai lavoratori dell'azienda.

⁽²⁸⁾ Il meccanismo di oscillazione si basa sul confronto tra la sinistrosità delle lavorazioni assicurate nella Pat e la sinistrosità media di una Pat tipo avente la medesima classificazione tariffaria. La sinistrosità di una Pat è individuata in relazione alla dimensione aziendale della stessa in un determinato periodo, ovvero i primi tre anni del quadriennio precedente l'anno di decorrenza del provvedimento di comunicazione del tasso applicabile.

⁽²⁹⁾ La gravità delle conseguenze viene misurata da un indice (GLE) che esprime le giornate lavorative perse (in caso di inabilità temporanea) o le giornate lavorative equivalenti (in caso di inabilità permanente).

Tra i vari provvedimenti adottati per agevolare la ripartenza economica del Paese, il d.l. n. 18/2020 ha previsto, al fine di non penalizzare oltremodo le aziende, che gli eventi infortunistici da Covid-19, accertati nel settore privato, non saranno computati ai fini della detta determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico (di cui alla normativa innanzi richiamata, artt. 19 ss., d.i. 27 febbraio 2019) e, conseguentemente, non genereranno un incremento del premio annuale dovuto all'Istituto.

Pertanto, in analogia ad altre tipologie di infortuni, quali ad esempio gli infortuni *in itinere* ⁽³⁰⁾, gli effetti degli eventi patologici in esame non entrano a far parte del bilancio infortunistico dell'azienda in termini di oscillazione in *malus* del tasso applicato, ma vengono ripartiti secondo principi di mutualità, mediante forme di “caricamento” indiretto in sede di determinazione dei tassi medi di lavorazione ⁽³¹⁾.

6. La responsabilità del datore di lavoro

La qualificazione giuridica di infortunio sul lavoro dell'aver contratto la malattia Covid-19 in occasione di lavoro ha acceso un forte dibattito tra gli operatori economici, che hanno manifestato la preoccupazione di poter essere chiamati a rispondere civilmente e, soprattutto, penalmente, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p., per aver adottato una condotta omissiva delle disposizioni di legge.

Per dissipare i dubbi sollevati dalla classe imprenditoriale, l'Inail, con il comunicato del 15 maggio 2020, ha chiarito il principio secondo cui nell'attuale fattispecie di contagio da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro, non vi sia un automatico collegamento tra il riconoscimento dell'infortunio sul lavoro e l'accertamento della responsabilità civile o penale in capo al datore di lavoro, la quale si configura solo in presenza di specifici presupposti, differenti da quelli previsti per il riconoscimento del diritto alle prestazioni assicurative Inail. In sede civile, infatti, la responsabilità del datore di lavoro sussiste solo qualora venga accertato che l'evento dannoso si è verificato per dolo o colpa che può ad esempio sostanziarsi nel non aver adottato le misure previste dal testo unico sulla sicurezza e dalle autorità competenti, finalizzate a salvaguardare la salute e sicurezza sul lavoro dei dipendenti.

Tantomeno, il riconoscimento dell'infortunio da parte dell'Istituto assume di per sé rilievo in sede penale ⁽³²⁾, potendo rivestire una mera funzione indiziaria ed essere utilizzato ai fini della prova del nesso di causalità laddove le circostanze risultino gravi, precise e concordanti, secondo una logica di giudizio controfattuale che consenta di escludere con sufficiente certezza l'esistenza di altre cause di contagio (leggasi un comportamento colposo dello stesso lavoratore, contrario alle norme di sicurezza,

⁽³⁰⁾ Per un approfondimento sul punto si veda F. DE COMPADRI, P. GUALTIEROTTI, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Giuffrè, 2002, pp. 387 ss.

³¹ Relativamente alle modalità di determinazione del tasso di premio applicato dall'Inail si veda L. MANNARELLI, *La rigidità del sistema di elaborazione del tasso applicato dall'INAIL*, in *LG*, 2018, n. 10, p. 927.

⁽³²⁾ La Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 7 ottobre 1988 (*Salabiaku c. Francia*) ha riconosciuto la compatibilità delle presunzioni legali con la presunzione d'innocenza, purché vengano confinate entro limiti ragionevoli ed ammettano la prova contraria, ovvero siano presunzioni semplici. Cfr. anche il considerando 22 della direttiva (UE) 2016/343.

integrante il c.d. rischio elettivo ⁽³³⁾ in ossequio alla necessità di dimostrare la colpevolezza dell'imputato «al di là di ogni ragionevole dubbio», art. 533 c.p.p.).

Nel caso specifico dell'infortunio da Covid-19, a maggior ragione, risulterebbe particolarmente vessatorio imputare al datore di lavoro responsabilità civili o penali per lo svolgimento di attività considerate particolarmente rischiose e pur tuttavia indifferibili nel loro svolgimento, in quanto costituenti servizi essenziali per la collettività, salvo che non si dimostri l'esistenza di un grave inadempimento delle norme sulla sicurezza. Potrebbe, viceversa, ravvisarsi una responsabilità datoriale, qualora il lavoratore infortunato risulti dipendente di una impresa soggetta al *lockdown* che abbia però continuato, *contra legem*, a svolgere la sua attività, e ciò anche se la stessa dimostri di aver adottato le precauzioni idonee a contenere il rischio di contagio, in quanto lo svolgimento effettivo dell'attività, in violazione della normativa emanata, costituisce *ex se* fonte di responsabilità.

Al di là di casi eclatanti, quale quello innanzi ipotizzato, si deve dunque ritenere, come precisa conclusivamente il richiamato Comunicato Inail «che la molteplicità delle modalità del contagio e la mutevolezza delle prescrizioni da adottare sui luoghi di lavoro, oggetto di continuo aggiornamento da parte delle Autorità in relazione all'andamento epidemiologico, rendano peraltro estremamente difficile la configurabilità della responsabilità civile e penale del datore di lavoro». Sotto quest'ultimo aspetto può affermarsi che il legislatore abbia inteso bilanciare la tutela prevista in favore del lavoratore che abbia contratto la patologia, con un rigoroso accertamento delle eventuali responsabilità datoriali, che, come visto, non discendono direttamente dalla qualificazione dell'evento dannoso quale infortunio sul lavoro.

Ulteriore conferma è data, a parere di chi scrive, proprio dalla norma che esclude l'incidenza degli infortuni sul lavoro da Covid-19 sull'oscillazione del tasso: risulterebbe quantomeno contraddittorio, infatti, che lo Stato da un lato congeli il tasso aziendale, escludendo dall'oscillazione del tasso per andamento infortunistico gli infortuni da Covid-19 e che dall'altro riconosca, per gli stessi motivi, la responsabilità civile e penale del datore di lavoro.

⁽³³⁾ Sulla definizione di rischio elettivo si veda Cass. 5 maggio 2015, n. 6, secondo cui in materia di infortuni sul lavoro il concetto di occasione di lavoro corrisponderebbe ad un'immagine ampia ed in grado di abbracciare condizioni differenti che vanno da quelle ambientali a quelle socio-economiche, purché il tutto sia riconducibile all'attività lavorativa e sempre ad eccezione del cosiddetto rischio elettivo. La tutela non è ammessa per un rischio connesso ad un comportamento volontario volto a soddisfare esigenze di carattere personale o comunque indipendenti dal servizio. Il rischio elettivo è rintracciabile pertanto nella deviazione di comportamenti e in dinamismi che, discostandosi dalle usuali modalità di esecuzione della prestazione, portano ad escludere l'indennizzo in caso di infortunio sul lavoro.

Il credito di imposta per favorire le misure di contenimento del virus SARS-CoV-2

di Carmela Garofalo

Abstract – Il contributo esamina gli incentivi di carattere fiscale introdotti dalla normativa emergenziale Covid-19 sottoforma di credito di imposta per la sanificazione dei luoghi di lavoro e per l'acquisto di dispositivi di protezione e di quello per l'adeguamento degli ambienti di lavoro. Questi benefici si pongono il duplice obiettivo di favorire il rispetto nei luoghi di lavoro delle misure di contenimento del virus SARS-CoV-2 compensando parzialmente il sacrificio economico imposto ai datori di lavoro e di garantire, quale effetto indiretto, la tutela della salute pubblica.

Abstract – The paper focuses on the tax incentives introduced by the Covid-19 emergency legislation in the form of a tax credit for the sanitation, the purchase of protection devices as well as the compliance with the higher security measures of workplaces. Such benefits aim not only to promote the implementation of containment measures of the SARS-CoV-2 virus, partially compensating financial burden imposed on employers, but also to guarantee, as an indirect effect, the safeguard of public health.

Sommario: 1. Le misure di contenimento del contagio tra sanzioni e incentivi. – 2. Il credito di imposta per la sanificazione dei luoghi di lavoro e per l'acquisto di dispositivi di protezione. – 3. Il credito di imposta per l'adeguamento degli ambienti di lavoro. – 4. Le regole comuni per i crediti di imposta *ex* artt. 120 e 125, decreto “rilancio”. – 5. Conclusioni.

1. Le misure di contenimento del contagio tra sanzioni e incentivi

Nell'ambito dell'emergenza epidemiologica causata dal virus SARS-CoV-2, i vari provvedimenti adottati dal Governo, a partire dalla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 che ha dichiarato lo stato di emergenza ⁽¹⁾ in conseguenza del rischio epidemiologico-sanitario, si caratterizzano per il progressivo allargamento territoriale delle misure di contenimento del contagio, dapprima limitate alle sole “zone rosse” indicate nell'allegato 1 del d.P.C.M. 23 febbraio 2020, in attuazione del d.l. n. 6/2020, convertito nella l. n. 13/2020, poi estese all'intero territorio nazionale.

Va, infatti, ricordato che, a seguito dell'emanazione del d.P.C.M. 9 marzo 2020 (c.d. decreto “Io resto a casa”), gli interventi governativi che fino a quel momento prevedevano una divisione del Paese in “zone” a diversi regimi di tutela, sono mutati

⁽¹⁾ Lo stato di emergenza, inizialmente dichiarato per sei mesi, cioè fino al 31 luglio 2020, dal d.l. n. 19/2020 convertito in l. n. 35/2020 (art. 1, comma 1), è stato prorogato dapprima al 15 ottobre 2020 dal d.l. n. 83/2020, convertito in l. n. 124/2020 (art. 1, comma 1) e successivamente al 31 gennaio 2021 dal d.l. n. 125/2020 (art. 1, comma 1), in attesa di conversione.

radicalmente, con previsioni uniformi per tutto il territorio nazionale considerato un'unica "zona protetta".

I d.P.C.M. 11 e 22 marzo 2020, nonché quello del 26 aprile 2020, allo scopo di contrastare il diffondersi del Covid-19, hanno dichiarato sospese solo alcune attività produttive specificamente individuate, rivolgendo, per gli altri casi, agli imprenditori delle generiche "raccomandazioni" finalizzate a garantire la salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative: a) attuare il massimo utilizzo della modalità di lavoro agile; b) incentivare le ferie e i congedi retribuiti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; c) sospendere le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; d) assumere protocolli di sicurezza anti-contagio laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale; e) incentivare le operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali; f) per le sole attività produttive, limitare al massimo gli spostamenti all'interno dei siti e di contingentare l'accesso agli spazi comuni.

Le citate raccomandazioni hanno fatto anche ingresso nei Protocolli sottoscritti da Governo e parti sociali. Al primo del 14 marzo 2020, di carattere generale, integrato dal Protocollo del 24 aprile 2020 i cui contenuti sono trasfusi nell'allegato 12 al d.P.C.M. 17 maggio 2020, ne sono seguiti altri diversificati per settore: quello per il settore bancario del 16 marzo 2020; quello per il settore del trasporto e della logistica siglato dal Ministero delle Infrastrutture e trasporti, Ministero del lavoro, firmato il 20 marzo 2020; quello per il settore moda del 15 aprile 2020; quello per i cantieri edili siglato dal Ministero dell'Infrastrutture e trasporti, Ministero del lavoro e parti sociali, ANCI, UPI e ANAS sempre il 24 aprile 2020 ⁽²⁾.

All'indomani dell'adozione dei predetti Protocolli, si è dibattuto sulla natura cogente o volontaria delle misure di contenimento e prevenzione del contagio in essi previste, soprattutto ai fini della individuazione delle conseguenze (sanzionatorie) in caso di condotte non conformi ai relativi contenuti sia per le attività che sarebbero riprese il 4 maggio 2020, sia per quella mai sospese dall'autorità pubblica ⁽³⁾. A rendere vincolanti tali misure ha provveduto l'art. 2, comma 6, del d.P.C.M. 26 aprile 2020 che espressamente punisce le violazioni con la sospensione dell'attività sino al ripristino delle condizioni di sicurezza; sanzione poi riprodotta nell'art. 2 del d.P.C.M. 17 maggio 2020 e nell'art. 1, comma 15, del d.l. n. 33/2020, convertito nella l. n. 74/2020, nel caso di mancato rispetto dei contenuti dei Protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, indicate al precedente comma 14 ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Cfr. D. GAROFALO, *Lavorare in sicurezza versus ripresa delle attività produttive*, in *MGL*, 2020, n. 2, p. 327; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, Working Paper CSDL "Massimo D'Antona" – IT, 2020, n. 413.

⁽³⁾ Cfr. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2019, n. 2, p. 109; P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 17 marzo 2020; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e Covid-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2019, n. 2, pp. 122 ss.

⁽⁴⁾ *Amplius* si veda G. PICCO, *L'apparato sanzionatorio della legislazione emergenziale di prevenzione e contrasto al Covid-19*, in questo volume.

Riaperte gradualmente, a partire dal 4 maggio 2020, le attività sospese, si sono susseguiti i d.P.C.M. 11 giugno 2020, 14 luglio 2020, 7 agosto 2020, 7 settembre 2020, 13 ottobre 2020 e da ultimo 18 ottobre 2020, i quali, in linea con quanto precedentemente statuito, prescrivono per la ripresa delle attività economiche e produttive durante il perdurante stato di emergenza da Covid-19, il rispetto delle misure di contenimento previste dai provvedimenti sopra richiamati.

Un ruolo cruciale tra le misure anti-contagio individuate nella normativa emergenziale in esame è ricoperto dalla sanificazione degli ambienti di lavoro e dall'utilizzo dei dispositivi di protezione che diventano veri e propri obblighi di sicurezza imposti ai datori di lavoro se non vogliono andare incontro alla sospensione della loro attività⁽⁵⁾.

A parziale compensazione del sacrificio economico imposto ai datori di lavoro per rispettare le misure di contenimento, oltre a quello già subito dalla sospensione forzata delle attività produttive, il legislatore già nel d.l. n. 18/2020, convertito nella l. n. 27/2020 (c.d. decreto “cura Italia”), all’art. 64, ha riconosciuto un incentivo di natura fiscale per la sanificazione degli ambienti di lavoro, poi esteso anche per l’acquisto di dispositivi di protezione dall’art. 30 del d.l. n. 23/2020, convertito nella l. n. 40/2020 (c.d. decreto “liquidità”).

I predetti benefici sono stati successivamente ampliati e sostituiti dall’art. 125 del d.l. n. 34/2020, convertito nella l. n. 77/2020 (c.d. decreto “rilancio”), e affiancati da un altro credito di imposta riconosciuto dall’art. 120 per l’adeguamento degli ambienti di lavoro, ivi compresi gli investimenti necessari per consentire lo svolgimento dell’attività lavorativa in *smart working*.

2. Il credito di imposta per la sanificazione dei luoghi di lavoro e per l’acquisto di dispositivi di protezione

Come accennato, l’art. 64 del d.l. n. 18/2020 (d’ora in poi decreto “cura Italia”), allo scopo di incentivare la sanificazione degli ambienti di lavoro, quale misura di contenimento e contrasto al virus SARS-CoV-2, ha riconosciuto ai soggetti esercenti attività di impresa, arte o professione, per il periodo di imposta 2020, un credito di imposta nella misura del 50% delle spese di sanificazione degli ambienti e degli strumenti di lavoro sostenute e documentate, fino ad un massimo di 200.000 euro per ciascun beneficiario, nel limite complessivo di 50 milioni di euro.

L’incentivo fiscale era originariamente destinato unicamente alla sanificazione dei luoghi di lavoro, rinviandosi ad un decreto del MISE, di concerto con il MEF, l’individuazione dei criteri e delle modalità di applicazione e fruizione del beneficio.

⁽⁵⁾ L’art. 16 del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni nella l. n. 27/2020, come modificato dall’art. 66, comma 1, del d.l. n. 34/2020, stabilisce che «per contenere il diffondersi del virus Covid-19, fino al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, sull’intero territorio nazionale, per tutti i lavoratori e i volontari, sanitari e non che nello svolgimento della loro attività sono oggettivamente impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro, sono considerati dispositivi di protezione individuale (DPI), di cui all’art. 74, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, le mascherine chirurgiche reperibili in commercio, il cui uso è disciplinato dall’articolo 5bis, comma 3, del presente decreto».

Con l'art. 30 del d.l. n. 23/2020 (c.d. decreto "liquidità"), si è esteso il succitato credito di imposta anche per l'acquisto di dispositivi di protezione individuale o altri dispositivi di sicurezza atti a proteggere i lavoratori dall'esposizione accidentale ad agenti biologici e a garantire la distanza di sicurezza interpersonale ⁽⁶⁾, pur ad invarianza di limite di spesa (gli originari 50 milioni).

Le due norme summenzionate sono state, successivamente, abrogate e sostituite dall'art. 125 del d.l. n. 34/2020 (d'ora in poi decreto "rilancio"), il quale ha ampliato sia il campo di applicazione (soggettivo e oggettivo) del beneficio fiscale, sia il suo ammontare e le risorse finanziarie ad esso destinate (che salgono a 200 milioni di euro) ⁽⁷⁾.

Rispetto alla previsione del decreto "cura Italia", col decreto "rilancio" il credito di imposta è stato riconosciuto oltre che ai soggetti esercenti attività d'impresa, arti e professioni (si veda l'art. 64 del decreto "cura Italia"), anche agli enti non commerciali, tra cui gli enti del c.d. Terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti ⁽⁸⁾. In sede di conversione del decreto "rilancio", con la l. n. 77/2020, sono state poi inserite tra i beneficiari della misura anche le strutture ricettive extra-alberghiere a carattere non imprenditoriale a condizione che siano in possesso del codice identificativo di cui all'art. 13-*quater*, comma 4, del d.l. n. 34/2019, convertito nella l. n. 58/2019 ⁽⁹⁾.

In assenza di un'espressa limitazione della concessione dell'agevolazione in esame alla sola attività commerciale si ritiene che la volontà del legislatore sia stata quella di incentivare e supportare i soggetti sopra indicati, a prescindere dalla tipologia di attività svolta, nell'adozione di misure dirette a contenere e contrastare la diffusione del Covid-19.

Con riferimento, invece, all'ambito oggettivo di applicazione, il comma 2 dell'art. 125, decreto "rilancio", contiene un elenco non tassativo di spese incentivate col credito di imposta, potendosi distinguere, da un lato, quelle sostenute per la sanificazione degli ambienti in cui è esercitata l'attività lavorativa (ad esempio pavimenti, postazioni di lavoro, banconi, ascensori, bagni) e istituzionale (ad esempio sala d'attesa, sala riunioni, sala di rappresentanza) o per la sanificazione degli strumenti utilizzati nell'ambito di tali attività e, dall'altro lato, quelle per l'acquisto di dispositivi di protezione

⁽⁶⁾ Vedi circ. AE 13 aprile 2020, n. 9/E, punto 13.

⁽⁷⁾ L'art. 31, comma 4-*ter*, l. n. 126/2020, di conversione del d.l. n. 104/2020 (c.d. decreto "agosto") ha incrementato le risorse destinate al credito d'imposta di euro 403 milioni per il 2020.

⁽⁸⁾ L'Agenzia delle Entrate nella circ. 10 luglio 2020, n. 20/E, circoscrive l'ambito soggettivo di applicazione ai seguenti soggetti: imprenditori individuali e società in nome collettivo e in accomandita semplice che producono reddito d'impresa indipendentemente dal regime contabile adottato; enti e società indicati nell'art. 73, comma 1, lett. *a* e *b*, TUIR; stabili organizzazioni di soggetti non residenti di cui alla lett. *d* del comma 1 dell'art. 73 TUIR; persone fisiche e associazioni di cui all'art. 5, comma 3, lett. *c*, TUIR che esercitano arti e professioni, producendo reddito di lavoro autonomo ai sensi dell'art. 53 TUIR; enti non commerciali, compresi gli Enti del Terzo Settore; enti religiosi civilmente riconosciuti.

⁽⁹⁾ L'art. 13-*quater*, comma 4, del d.l. n. 34/2020, convertito nella l. n. 58/2019, «Al fine di migliorare la qualità dell'offerta turistica, assicurare la tutela del turista e contrastare forme irregolari di ospitalità, anche ai fini fiscali», istituisce presso il Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo una apposita banca dati delle strutture ricettive nonché degli immobili destinati alle locazioni brevi, presenti nel territorio nazionale, identificati mediante un codice alfanumerico, di seguito denominato "codice identificativo", da utilizzare in ogni comunicazione inerente all'offerta e alla promozione dei servizi all'utenza.

individuale (quali mascherine, guanti, visiere e occhiali protettivi, tute di protezione e calzari), di prodotti detergenti e disinfettanti, di dispositivi di sicurezza diversi da quelli precedenti (quali ad esempio termometri, *termoscanner*, tappeti e vaschette decontaminanti e igienizzanti), ivi incluse le eventuali spese di installazione ed infine di dispositivi atti a garantire la distanza di sicurezza interpersonale (quali barriere e pannelli protettivi) anche in questo caso includendo le relative spese di installazione ⁽¹⁰⁾.

L'Agenzia delle Entrate ha poi chiarito ⁽¹¹⁾ la portata del credito di imposta per entrambe le categorie di spese sopra individuate.

Nell'ambito delle spese di sanificazione, si è specificato che rientrano tutte le attività finalizzate ad eliminare o ridurre a quantità non significative la presenza del virus; pertanto, stante la *ratio* del beneficio, tali condizioni possono essere soddisfatte qualora sia presente apposita certificazione redatta da operatori professionisti sulla base dei Protocolli firmati dal Governo e dalle parti sociali o di altra regolamentazione vigente per la cui individuazione è necessario, *in primis*, fare riferimento alle indicazioni 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 fra il Governo e le parti sociali (allegato 12 al d.P.C.M. 17 maggio 2020), ovvero in ulteriori protocolli, anche a carattere territoriale, sottoscritti dagli esercenti attività d'impresa e dagli enti territoriali, secondo le indicazioni ivi contenute temporalmente vigenti alla data di esecuzione degli interventi.

Sarà, dunque, cura degli operatori professionisti della sanificazione (o delle imprese che svolgono in proprio la predetta attività di sanificazione) predisporre una certificazione che attesti che le attività poste in essere siano coerenti con quanto indicato nel predetto protocollo e, perciò, finalizzate ad eliminare o ridurre a quantità non significative la presenza del virus che ha determinato l'emergenza epidemiologica Covid-19 ⁽¹²⁾.

Tuttavia, poiché la norma non fa riferimento in modo specifico all'“acquisto”, inteso come modalità di approvvigionamento del bene o del servizio, l'attività di sanificazione può essere svolta anche direttamente dal soggetto beneficiario, avvalendosi di propri dipendenti e collaboratori e sempre nel rispetto delle norme previste. In questi casi l'ammontare delle spese agevolate può essere determinato moltiplicando il costo orario del lavoratore impiegato a tale attività per le ore effettivamente ad essa destinate e possono, poi essere aggiunte le spese sostenute per l'acquisto dei disinfettanti impiegati; in definitiva, se la sanificazione degli ambienti e degli strumenti costituisce, in relazione all'attività espletata, già una spesa ordinaria e quindi sopportata a prescindere dell'emergenza epidemiologica, viene consentito l'accesso al beneficio per quella sostenuta dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2020.

Per quanto concerne l'acquisto dei dispositivi di protezione individuali e di altri dispositivi atti a garantire la salute dei lavoratori e degli utenti, l'Amministrazione finanziaria ⁽¹³⁾ precisa che, ai fini del riconoscimento del credito di imposta, il beneficiario deve conservare la documentazione attestante la conformità di essi alla normativa europea.

⁽¹⁰⁾ Sul punto vedi circ. AE n. 20/E/2020, cit., § 2.2.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁾ Sul punto vedi circ. AE 20 agosto 2020, n. 25/E, § 3.2.

⁽¹³⁾ Sul punto vedi circ. AE n. 20/E/2020, cit., § 2.2.

Rientrano tra le spese agevolabili altresì quelle per la sanificazione delle attrezzature e degli strumenti (nuovi o già in uso), anche se già utilizzati prima dell'emergenza da Covid-19 per adempiere agli obblighi di sicurezza, nonché quelle per l'acquisto di articoli di abbigliamento protettivo necessari a prevenire e contenere la diffusione della malattia.

Dubbi sono stati sollevati sulla possibilità di ricomprendere nel credito di imposta le spese di sanificazione degli impianti di condizionamento.

A tal proposito le *Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome dell'11 giugno 2020* (allegato 9 al d.P.C.M. 11 giugno 2020), con riferimento agli impianti di condizionamento, prevedono, tra gli altri, l'obbligo di escludere totalmente la funzione di ricircolo dell'aria, il rafforzamento ulteriore delle misure per il ricambio d'aria naturale e/o attraverso l'impianto, la sostituzione, se tecnicamente possibile, dei filtri esistenti con filtri di classe superiore, la garanzia dello svolgimento della pulizia, ad impianto fermo, dei filtri dell'aria di ricircolo per mantenere i livelli di filtrazione/rimozione adeguati.

Pertanto, in termini generali, l'ordinaria attività di pulizia degli impianti di condizionamento non rientra tra quelle di "sanificazione", così come qualificate dalla circ. AE n. 20/E del 10 luglio 2020.

Di contro, le spese di pulizia degli impianti di condizionamento, diverse da quelle sostenute per le ordinarie prassi di manutenzione degli impianti e dei relativi filtri (ad esempio pulizia/sostituzione stagionale come sopra citata), finalizzate ad aumentare «la capacità filtrante del ricircolo» attraverso, ad esempio, la sostituzione dei «filtri esistenti con filtri di classe superiore, garantendo il mantenimento delle portate», mantenendo livelli di filtrazione/rimozione adeguati, possono rientrare tra quelle rilevanti ai fini della determinazione del credito d'imposta di cui all'art. 125, decreto "rilancio" (14).

Quanto all'ammontare del beneficio individuale, l'art. 125, decreto "rilancio", ne aumenta la misura che, rispetto all'art. 64, decreto "cura Italia", passa dal 50% al 60% e il limite massimo fruibile da 20.000 euro a 60.000 euro riferito all'importo del credito di imposta e non a quello delle spese ammissibili (15). Inoltre, poiché la disposizione fa riferimento alle spese sostenute nel 2020, rientrano anche quelle avvenute nel corso dell'anno, e, quindi, anche antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto "rilancio" (19 maggio 2020). Infine si prevede che il credito di imposta non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi e al valore della produzione ai fini IRAP (art. 125, comma 3).

In sede di conversione del decreto "rilancio" (l. n. 77/2020) è stato poi aggiunto che il beneficio fiscale non rileva neppure ai fini del rapporto di deducibilità degli interessi passivi e dei componenti negativi ex artt. 61 e 109, comma 5, TUIR.

(14) Sul punto vedi circ. AE n. 25/E/2020, cit., § 3.2.2.

(15) Sul punto la circ. AE n. 20/E/2020, cit., spiega che il credito di imposta per la sanificazione e l'acquisto di dispositivi di protezione spetterà nella misura del 60% delle spese ammissibili sostenute, ove l'ammontare complessivo delle stesse sia inferiore a 100.000 euro. Diversamente, nel caso in cui dette spese siano superiore a tale ultimo importo, il credito spettante sarà sempre pari al limite massimo di 60.000 euro. Per la misura del credito di imposta effettivamente utilizzabile in base alle risorse stanziare si veda provvedimento AE n. 302831 dell'11 settembre 2020.

3. Il credito di imposta per l'adeguamento degli ambienti di lavoro

Con l'art. 120, decreto "rilancio", è stato introdotto un altro beneficio, sempre sotto forma di credito di imposta, che riguarda le spese sostenute nel 2020 per gli interventi necessari al rispetto delle prescrizioni sanitarie e delle misure di contenimento, ivi compresi quelli edilizi per il rifacimento di spogliatoi e mense, per la realizzazione di spazi medici, ingressi e spazi comuni, oppure per l'acquisto di arredi finalizzati a garantire la riapertura delle attività commerciali "in sicurezza" (c.d. "arredi di sicurezza"). Per essere agevolabili siffatti interventi devono essere prescritti da disposizioni normative o previsti dalle linee guida per la riapertura delle attività elaborate dalle amministrazioni centrali, dagli enti territoriali o locali o dalle associazioni di categoria o ordini professionali, onde evitare usi fraudolenti del beneficio fiscale per scopi diversi da quelli di contenimento del virus SARS-CoV-2.

Danno diritto al *bonus* anche gli investimenti di carattere innovativo, quali lo sviluppo o l'acquisto di tecnologie necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa e le apparecchiature per il controllo della temperatura dei dipendenti e degli utenti ⁽¹⁶⁾.

Rispetto all'art. 125, decreto "rilancio", il credito di imposta previsto dal citato art. 120 si rivolge ad una platea di soggetti più limitata in quanto circoscritto agli operatori con attività aperte al pubblico (tipicamente bar, ristoranti, alberghi, teatri e cinema). In particolare deve trattarsi di attività di impresa, arte o professione esercitata in un luogo al quale il pubblico possa accedere liberamente (senza limite o nei limiti della capienza e alle condizioni stabilite) oppure di associazioni, fondazioni e altri enti privati compresi gli enti del Terzo settore.

I soggetti sopra menzionati devono svolgere effettivamente una delle attività individuate nell'allegato 2 all'art. 120 sulla base della relativa classificazione ATECO 2007, ad eccezione delle associazioni, delle fondazioni e degli altri enti privati, compresi quelli del Terzo settore, che vengono inclusi tra i beneficiari dell'agevolazione, anche nell'ipotesi in cui non svolgano le predette attività.

L'ammontare del credito di imposta è pari al 60% delle spese ammissibili sostenute nel 2020, anche prima della entrata in vigore del decreto "rilancio" (avvenuta il 19 maggio 2020) per un massimo di 80.000 euro. Tale limite è riferito all'importo delle spese ammissibili e, dunque, l'ammontare del credito di imposta non può eccedere i 48.000 euro.

Inoltre, a differenza del beneficio riconosciuto ai sensi dell'art. 125, quello di cui all'art. 120, in assenza di un'analogha previsione, concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi e al valore della produzione per il calcolo dell'IRAP e rileva ai fini del rapporto di deducibilità di cui agli artt. 61 e 109, comma 5, TUIR.

Viene altresì previsto che il credito di imposta per l'adeguamento degli ambienti di lavoro sia cumulabile con altre agevolazioni per le medesime spese, comunque nei limiti dei costi sostenuti. Ne consegue che i benefici di cui all'art. 120 possono essere

⁽¹⁶⁾ La circ. AE n. 20/E/2020, cit., precisa che in merito alle nozioni di "innovazione" e "sviluppo", occorre fare riferimento agli investimenti che permettono di acquisire strumenti e tecnologie che possono garantire lo svolgimento in sicurezza dell'attività lavorativa da chiunque prestata (ad esempio titolari, soci, dipendenti, collaboratori), siano essi sviluppati internamente o acquisiti esternamente. Ad esempio rientrano nell'agevolazione i programmi software, i sistemi di videoconferenza, quelli per la sicurezza della connessione, nonché gli investimenti necessari per consentire lo svolgimento dell'attività in *smart working*.

cumulati anche con quelli di cui all'art. 125 (si pensi ad esempio all'acquisto del *termo-scanner*, che rientra nel campo di applicazione di entrambe le norme).

Sempre con riguardo ai requisiti di accesso al beneficio, il comma 5 del citato art. 120 prevede che il credito di imposta sia fruibile nel rispetto dei limiti e delle condizioni previste dalla Comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020 C(2020)1863 final e s.m.i. (*Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*) che individua cinque categorie di Aiuti di Stato compatibili, per un periodo limitato, con il mercato comune ai sensi dell'art. 107, § 3, lett. b, TFUE, in quanto finalizzate a porre rimedio alle difficoltà derivanti dalla crisi causata dal Covid-19 ⁽¹⁷⁾.

Tali misure temporanee possono essere cumulate anche con gli aiuti concessi in regime di *de minimis* (Reg. (UE) n. 1407/2013) o sulla scorta dei regolamenti di esenzione per categoria a condizioni che siano rispettate le disposizioni e le norme relative al cumulo ivi previste.

Quanto appena detto, invece, non vale per il credito di imposta di cui al citato art. 125 stante l'assenza di elementi di selettività della misura che la rendono compatibile sempre e comunque con il divieto di Aiuti di Stato sancito dall'art. 107 TFUE.

4. Le regole comuni per i crediti di imposta ex artt. 120 e 125, decreto “rilancio”

Vi sono poi regole comuni ad entrambi i benefici sopra analizzati che sono state chiarite dall'Agenzia delle Entrate nella circ. n. 20/E del 10 luglio 2020.

Nello specifico esse riguardano l'ambito soggettivo di applicazione nonché le modalità di godimento del beneficio.

Con riferimento al primo aspetto, l'Amministrazione finanziaria ha precisato che i due benefici previsti dagli artt. 120 e 125, decreto “rilancio”, spettano ai soggetti rispettivamente indicati, indipendentemente dal regime fiscale da essi adottato. Pertanto devono ritenersi inclusi nell'ambito soggettivo: i soggetti in regime forfettario di cui all'art. 1, commi 54 ss., l. n. 190/2014, quelli in regime di vantaggio di cui all'art. 27, commi 1 e 2, d.lgs. n. 98/2011, nonché gli imprenditori e le imprese agricole, sia che determinino per regime naturale il reddito su base catastale, sia che producano reddito d'impresa.

Invece, per quanto concerne le modalità di utilizzo del beneficio, ed in particolare i criteri di imputazione delle spese, stante la locuzione utilizzata dal legislatore in entrambe le disposizioni normative («spese sostenute nel 2020»), per le persone fisiche, compresi gli esercenti arti e professioni, e per gli enti non commerciali (nonché per le imprese individuali e le società di persone in regime di contabilità semplificata),

⁽¹⁷⁾ La comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020 C(2020)1863 final considera compatibili con il diritto comunitario: a) gli aiuti sotto forma di contributi diretti, sgravi fiscali o anticipi rimborsabili fino a 800.000 euro per impresa beneficiaria; b) gli aiuti in forma di garanzie sui prestiti; c) gli aiuti sotto forma di tasso di interesse agevolato; d) gli aiuti sotto forma di garanzie e prestiti erogati attraverso istituti di credito o altri intermediari finanziari; e) gli aiuti sotto forma di assicurazione del credito all'esportazione a breve termine. Ulteriori misure temporanee di aiuti di Stato compatibili sono state individuate dalla comunicazione della Commissione europea del 3 aprile 2020 C(2020)2215 final e da quella del 13 maggio 2020 C(2020)3250 final.

occorre fare riferimento al criterio di cassa e quindi alla data di effettivo pagamento, indipendentemente dalla data di avvio degli interventi o degli investimenti cui i pagamenti si riferiscono ⁽¹⁸⁾; per le imprese individuali, per le società, per gli enti commerciali e per gli enti non commerciali in regime di contabilità ordinaria, invece, deve utilizzarsi il criterio di competenza, e quindi considerare le spese da imputare al periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2020, indipendentemente dalla data di avvio degli interventi cui esse si riferiscono e indipendentemente dalla data dei pagamenti.

Ultimo aspetto da analizzare è rappresentato dalle opzioni concesse al beneficiario per l'utilizzo dei crediti di imposta. A tal proposito i crediti d'imposta sono utilizzabili esclusivamente in compensazione tramite F24, nell'anno 2021. Tuttavia in base al disposto dell'art. 122, lett. *c* e *d*, decreto "rilancio", richiamato sia nel citato art. 120 che nell'art. 125, i soggetti beneficiari dei crediti di imposta, in luogo dell'utilizzo diretto, possono optare, entro il 31 dicembre 2021, per la cessione, anche parziale, degli stessi ad altri soggetti, ivi inclusi istituti di credito e altri intermediari finanziari.

I cessionari utilizzano il credito ceduto in compensazione ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 241/1997, con le stesse modalità con le quali sarebbe stato utilizzato dal soggetto cedente. Viene altresì precisato che la quota di credito non utilizzata nell'anno non può essere utilizzata negli anni successivi e non può essere richiesta a rimborso.

La cessione del credito non pregiudica i poteri delle competenti Amministrazioni relativi al controllo della spettanza del credito d'imposta e all'accertamento e all'irrogazione delle sanzioni nei confronti dei soggetti beneficiari. Quindi sarà il soggetto cedente a rispondere ad eventuali contestazioni da parte dell'Amministrazione finanziaria sulla spettanza del credito oggetto della cessione, mentre i soggetti cessionari rispondono solo per l'eventuale utilizzo del credito di imposta in modo irregolare o in misura maggiore rispetto al credito ricevuto.

Al fine di poter fruire del credito di imposta per la sanificazione o per l'acquisito di dispositivi di protezione di cui al citato art. 125 e per l'adeguamento degli ambienti di lavoro di cui all'art. 120, è necessario provvedere alla preventiva comunicazione delle spese all'Agenzia delle Entrate ⁽¹⁹⁾. Con riferimento al solo credito di imposta di cui all'art. 125 è previsto un limite di spesa di 200 milioni di euro per il 2020, per tale motivo l'Agenzia delle Entrate richiede una comunicazione preventiva da parte dei contribuenti interessati in modo da potere successivamente, con provvedimento apposito, determinare la percentuale realmente spettante in base alla globalità dei beneficiari che ne hanno fatto richiesta.

5. Conclusioni

Alla luce della disamina di queste norme si può concludere che, a fronte della necessità di limitare la diffusione del virus SARS-CoV-19 nei luoghi di lavoro, l'Esecutivo si è

⁽¹⁸⁾ La circ. AE n. 20/E/2020, cit., riporta il seguente esempio: un intervento ammissibile, iniziato a giugno 2020, con pagamenti effettuati sia nel 2020 che nel 2021, consentirà la fruizione del credito di imposta solo con riferimento ai pagamenti effettuati nel 2020. Per i soggetti in regime di contabilità semplificata, il pagamento si intenderà effettuato alla data di registrazione del documento contabile.

⁽¹⁹⁾ Vedi comunicazione AE 10 luglio 2020, n. 259854, con la quale è stato pubblicato l'apposito modello con le relative istruzioni per fruire dei crediti per tutte le sanificazioni introdotte dai vari decreti.

premurato di prevedere degli incentivi finalizzati ad alleggerire i costi che i datori di lavoro devono sopportare per rispettare gli ulteriori obblighi di sicurezza imposti dalla decretazione emergenziale Covid-19, temperando, in questo modo, l'esigenza di salvaguardare la salute pubblica con quella di garantire la ripresa delle attività produttive già duramente colpite dalla forzata chiusura.

Si può, dunque, parlare di un obbligo "incentivato" in capo ai datori di lavoro di rispettare le misure anti-contagio per tutelare non solo la salute dei propri dipendenti, ma anche quella dell'intera collettività sulla quale, perciò, viene fatta ricadere una parte del connesso onere economico attraverso il credito di imposta a carico della fiscalità generale.

Sistema di allerta Covid-19: diritti della persona e contrasto tecnologico all'epidemia

di Laura Tafaro

Abstract – Il saggio, all'interno della riflessione sulla nuova questione sociale che si profila in conseguenza della pandemia da Covid-19, indaga le principali questioni giuridiche poste, nell'ordinamento italo-europeo, dal sistema nazionale di tracciamento digitale dei contatti e perviene – mediante un'interpretazione sistematica ed assiologica e con specifico riferimento ai principi di proporzionalità e di precauzione – a prospettive innovative in merito al bilanciamento tra il diritto alla salute (individuale e collettiva) e il diritto alla protezione dei dati personali.

Abstract – This essay, within the reflection on the new social issue that is looming as an effect of the Covid-19 pandemic, investigates the main issues raised by digital contact tracing in the European-Italian legal system. It reaches, with systematic and axiological interpretation – and, specifically, with reference to the principles of proportionality and precaution – at innovative perspectives on the balance between the right to health (individual and collective) and the right to the protection of personal data.

Sommario: 1. Il sistema nazionale di tracciamento digitale dei contatti e la protezione dei dati personali nel sistema italo-europeo. – 2. Tutela della salute collettiva e (necessaria, proporzionata e temporanea) compressione del diritto alla protezione dei dati personali. – 3. Il principio di precauzione tra antiche e nuove concezioni della salute. – 4. La controversa base giuridica del trattamento dei dati personali nel “sistema di allerta Covid-19”. – 5. Il *contact tracing* digitale di persona fisica identificabile e del lavoratore. – 6. La scelta *non tragica* del *contact tracing* tecnologico.

1. Il sistema nazionale di tracciamento digitale dei contatti e la protezione dei dati personali nel sistema italo-europeo

La (recente) normativa in tema di contrasto all'epidemia da Covid-19 ha anche istituito il sistema nazionale di tracciamento digitale dei contatti ⁽¹⁾ al dichiarato fine di «allertare le persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi e tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione» ⁽²⁾.

Il sistema di tracciamento dei contatti – rivelatosi in tutto il mondo cruciale per il controllo e il contenimento del contagio, ancora più efficace e capillare se attuato

⁽¹⁾ Il *contact tracing* tecnologico è disciplinato dall'art. 6 (rubricato *Sistema di allerta Covid-19*) del d.l. n. 28/2020, convertito dalla l. n. 70/2020 (entrata in vigore il 30 giugno 2020).

⁽²⁾ Art. 6, d.l. n. 28/2020.

mediante tecnologie ⁽³⁾ che utilizzano l'intelligenza artificiale ⁽⁴⁾ – italiano (il “Sistema di allerta Covid-19”) consente di realizzare il *contact tracing* ⁽⁵⁾ tecnologico ⁽⁶⁾ attraverso una piattaforma unica nazionale e applicazioni installate sui dispositivi personali di telefonia mobile, le quali consentono di raccogliere, monitorare e condividere informazioni relativi alla condizione di salute ed agli spostamenti degli utenti ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Si rileva che il *contact tracing* tradizionale, rimesso alle interviste del personale sanitario, «sconta la “debolezza” di essere rimesso alla memoria del paziente e alla sua capacità di indicare soggetti determinati»: F.P. MICOZZI, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, in *BioLaw Journal*, 2020, n. 1, p. 623. In effetti, il tracciamento tradizionalmente svolto dal personale sanitario, pur essendo insostituibile, presenta alcuni limiti quali, ad esempio, le inevitabili difficoltà della persona positiva di ricostruire con precisione i propri spostamenti e ricordare tutte le persone con cui sia venuta in contatto, talora anche accidentalmente, di cui potrebbe finanche ignorare l'identità. Per questa ragione, al fine di rendere più efficace, capillare e celere la ricostruzione della catena dei contatti e l'allerta dei soggetti a rischio, sono stati approntati sistemi di *contact tracing* tecnologico.

⁽⁴⁾ Sulla (potenziale) efficacia dell'intelligenza artificiale, in particolare, per il controllo della salute pubblica ed il rilevamento di malattie altamente infettive ed epidemiche all'interno della popolazione cfr., da ultimo, M. FASAN, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *op. cit.*, p. 679; E. STRADELLA, *Forum Artificial Intelligence and Law. La medicina*, in *BioLaw Journal*, 2020, n. 1, pp. 508-512.

⁽⁵⁾ Sul *contact-tracing* tradizionale e tecnologico si veda, in particolare, F.P. MICOZZI, *op. cit.* L'A. rileva che, dal punto di vista epidemiologico, il contrasto ad un'infezione virale sconosciuta viene effettuato sia mediante alcune buone prassi per la prevenzione e il contenimento dell'infezione – quali una maggiore cura dell'igiene personale, il distanziamento sociale e l'impiego di mascherine e altri dispositivi di protezione individuale – sia con il c.d. protocollo “T3”, ossia *test, treat, track* – suggerito dall'Organizzazione mondiale della sanità nel 2012 per contrastare la malaria – consistente nell'esecuzione di test diagnostici, nell'adozione di misure specifiche di trattamento e contenimento (come le quarantene) e nel tracciamento degli episodi di contagio (ossia dei contatti) consistente nell'intervista dei pazienti contagiati dal virus, al fine di risalire ai soggetti con i quali questi abbiano avuto contatti e sottoporli a test diagnostici o a quarantena.

⁽⁶⁾ Il *contact tracing* tecnologico consente, attraverso un sistema di intelligenza artificiale, di individuare gli spostamenti e i luoghi frequentati dai contagiati e, in tal modo, di risalire alle persone che con questi ultimi abbiano avuto contatti. Va rammentato che il Gruppo di supporto digitale alla Presidenza del Consiglio dei ministri per l'attuazione delle misure di contrasto all'emergenza Covid-19 istituito con l'art. 76 del d.l. n. 18/2020, con il compito di supportare il Governo in merito all'introduzione «di soluzioni di innovazione tecnologica e di digitalizzazione della pubblica amministrazione», e la *task force* per la gestione dell'emergenza nominata con decreto del 31 marzo 2020 dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, con il compito anche di individuare «possibili soluzioni offerte dalle tecnologie digitali» e di valutare «le soluzioni proposte nell'ambito della *Fast Call* per tecnologie per il contrasto alla diffusione del Covid-19», hanno scelto la App, denominata *Immuni*, della società Bending Spoons, basata sul programma DP-3T. Vi sono difatti due modelli di *contact tracing* tecnologico, il primo utilizza un sistema centralizzato di memorizzazione delle informazioni (sistema PEPP-PT, *Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*) mentre il secondo, decentralizzato, memorizza le informazioni all'interno del singolo dispositivo (DP-3T, *Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing*) e, nel rispetto del concetto di *privacy by design*, pone la *privacy* dell'utente al centro sin dalla fase della sua progettazione.

⁽⁷⁾ Al riguardo, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali nel [Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 – App Immuni](#), 1° giugno 2020, ha chiarito che il Sistema nazionale di tracciamento digitale dei contatti finalizzato al contrasto della diffusione del Covid-19 è complementare alle modalità di tracciamento dei contatti ordinarie già in uso nell'ambito del Servizio sanitario nazionale (SSN) e consente, mediante la App *Immuni* installata liberamente e volontariamente dagli interessati, di avvisare tempestivamente gli utenti di essere stati a contatto con un soggetto risultato positivo al Covid-19, fornendo indicazioni e raccomandazioni

Il provvedimento legislativo istitutivo del Sistema di allerta Covid-19 si pone in continuità con l'intera produzione normativa emergenziale incidente, per finalità di tutela della salute pubblica, sul diritto al trattamento dei dati personali ⁽⁸⁾, nel contesto di un sistema ordinamentale (italo-europeo) nel quale grande attenzione è riservata alla protezione dei dati personali relativi alle persone fisiche, con la raggiunta consapevolezza che, in conseguenza dell'evoluzione tecnologica, «la sfera privata degli individui si assottiglia diventando sempre più fragile» ⁽⁹⁾.

Il diritto alla protezione dei dati personali – già previsto e garantito dagli artt. 8, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e 16, comma 1, TFUE, i quali stabiliscono che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano – è ora disciplinato dal regolamento (UE) n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali, comunemente indicato con l'acronimo GDPR ⁽¹⁰⁾. Quest'ultimo, pur riconoscendo, al primo considerando, che la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale costituisce – ai sensi delle norme sopra citate – un diritto fondamentale nell'UE, esclude trattarsi di una «prerogativa assoluta» (considerando 4) e prescrive che ad esso sia accordata tutela in relazione alla sua funzione sociale e, comunque, in contemperamento con gli altri diritti fondamentali. Inoltre, al considerando 52 del GDPR si specifica che «la deroga al divieto di trattare categorie particolari di dati personali dovrebbe essere consentita [...] laddove ciò avvenga nell'interesse pubblico [...] per finalità di sicurezza sanitaria, controllo e allerta, prevenzione o controllo di malattie trasmissibili e altre minacce gravi alla salute».

sul comportamento da tenere. Essa è basata sull'utilizzo della tecnologia *Bluetooth Low Energy* (BLE) e sul *Framework (Exposure Notification)* realizzato da Apple e Google e reso disponibile sui dispositivi mobili con i rispettivi sistemi operativi iOS e Android, in modo da consentire il tracciamento dei contatti senza ricorrere alla geolocalizzazione dei dispositivi degli utenti.

⁽⁸⁾ Si pensi all'art. 5 OCDPC 3 febbraio 2020, n. 630 (recante Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili), successivamente trasfuso nell'art. 14 del d.l. n. 14/2020 e, a seguito dell'abrogazione di quest'ultimo ad opera dell'art. 1, comma 2, l. n. 27/2020, nell'art. 17-bis del d.l. n. 18/2020 (convertito dalla l. n. 27/2020) il quale, nel prevedere misure specifiche in tema di trattamento dei dati personali (efficaci fino al cessare dello stato d'emergenza), dispone che, nel rispetto degli artt. 9, § 2, lett. g, h e i, e 10 GDPR, taluni soggetti impegnati nel contrasto all'emergenza Covid-19 (tra i quali il Servizio nazionale di protezione civile, gli uffici del Ministero della salute e dell'Istituto Superiore di Sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale) possano trattare anche i dati personali di cui agli artt. 9 e 10 GDPR qualora ciò sia necessario per l'espletamento delle rispettive funzioni. Sono altresì previste, al secondo comma dell'art. 14, la comunicazione di tali dati personali a soggetti diversi e la diffusione di dati personali diversi da quelli previsti negli artt. 9 e 10 GDPR, seppure esclusivamente qualora ciò sia indispensabile per la gestione dell'emergenza. L'ultimo comma della disposizione prevede, infine, che, una volta cessato lo stato d'emergenza, dovranno essere adottate misure idonee a ricondurre i trattamenti di dati personali effettuati nell'ambito delle regole generali stabilite per il trattamento di dati personali.

⁽⁹⁾ P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Il Foro Napoletano*, 2018, pp. 481 ss.

⁽¹⁰⁾ Il regolamento (UE) n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali è entrato in vigore il 24 maggio 2016, ma la sua attuazione è avvenuta due anni dopo, il 25 maggio 2018. Esso si compone di 99 articoli e ben 173 considerando, contenenti indicazioni importanti a fini interpretativi dell'atto normativo.

Il principio enunciato al considerando 52 è sancito all'art. 9 GDPR, il quale pone un divieto generale di trattare dati personali relativi allo stato di salute di una persona fisica prevedendo, al contempo, talune deroghe ad esso e, tra queste, all'art. 9.2, quelle dettate dalla necessità di tutelare l'interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica (lett. *c*) ovvero da motivi di interesse pubblico (lett. *g*) o di diagnosi, terapia e assistenza sanitaria (lett. *b*) oppure dall'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (lett. *ì*).

Ne consegue che, in alcune eccezionali ipotesi, è normativamente consentito derogare al divieto generale di trattare dati personali relativi allo stato di salute di una persona fisica e, in tal caso, come esplicitato nel considerando 54 del GDPR, il trattamento dei dati personali può essere effettuato anche in assenza del consenso dell'interessato ⁽¹¹⁾.

2. Tutela della salute collettiva e (necessaria, proporzionata e temporanea) compressione del diritto alla protezione dei dati personali

Il legislatore italiano, nell'introdurre nell'ordinamento il sistema di *contact tracing* tecnologico, oltre ad aver previsto, come richiesto dall'art. 35 GDPR, la valutazione di impatto relativa alla sicurezza informatica (la DPIA, ossia la *Data Protection Impact Assessment*) ⁽¹²⁾, ha altresì disposto che la mancata installazione dell'applicazione *Immuni* non determina conseguenze pregiudizievoli, precisando che ogni trattamento di dati personali dovrà cessare al termine dell'emergenza sanitaria o, comunque, entro il 31 dicembre 2020. In tal modo egli ha recepito le indicazioni operative del Garante per

⁽¹¹⁾ Il consenso, ai sensi dell'art. 6 GDPR, rappresenta la principale base giuridica per il trattamento dei dati personali.

⁽¹²⁾ La DPIA è stata prevista dall'art. 6 del d.l. n. 28/2020 ed è sottoposta all'approvazione dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali. Sul contributo fornito dalle *Authorities* all'innalzamento del livello di effettività della tutela dei diritti cfr., da ultimo, M. ANGELONE, *Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2020, n. 2, pp. 403 ss.; A. POGGI, *La tutela dei diritti dinanzi le Autorità indipendenti*, in *Stato*, 2018, pp. 79 ss.

la protezione dei dati personali ⁽¹³⁾ e, soprattutto, si è attenuto ai principi indicati da questi e dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) ⁽¹⁴⁾.

Nonostante l'adeguamento, rilevato, della normativa italiana alle indicazioni del Garante della *privacy* italiano ed il rispetto delle linee-guida n. 4/2020 dell'EDPB, la disciplina solleva interrogativi in merito al possibile contrasto con il modello ed il livello di protezione dei dati personali del sistema italo-europeo delineato dal regolamento

⁽¹³⁾ Il Garante per la protezione dei dati personali, nel [Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 – App Immuni](#), cit., oltre ad aver chiarito che il trattamento dei dati personali deve essere conforme ai principi di minimizzazione dei dati e di limitazione della conservazione – in base ai quali, rispettivamente, i dati personali devono essere «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati», nonché «conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati» (art. 5, § 1, lett. *c* ed *e*, del regolamento) – ha altresì specificato che, ai sensi dell'art. 6, comma 6, del d.l. n. 28/2020 (convertito dalla l. n. 70/2020), l'utilizzo dell'*App* e della piattaforma, nonché ogni trattamento di dati personali effettuato tramite essi devono terminare alla data di cessazione dello stato di emergenza disposto con delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 e, comunque, non possono protrarsi oltre il 31 dicembre 2020. Entro tale data tutti i dati personali trattati devono essere cancellati o resi definitivamente anonimi e, per i dati relativi ai contatti stretti, essi devono essere conservati, anche nei dispositivi mobili degli utenti, esclusivamente per il periodo di tempo strettamente necessario al trattamento, la cui durata è stabilita dal Ministero della salute e devono essere cancellati in modo automatico alla scadenza del termine (art. 6, comma 2, lett. *e*, d.l. n. 28/2020, convertito dalla l. n. 70/2020). Va evidenziato, al riguardo, che anche nella valutazione d'impatto relativa alla sicurezza informatico (la DPIA) il Ministero ha puntualmente individuato i tempi di conservazione dei dati in relazione alle finalità specifiche del trattamento, prevedendo la cancellazione delle singole tipologie dei dati personali trattati una volta esaurita la finalità per la quale sono stati raccolti e comunque non oltre il 31 dicembre 2020. Il Garante inoltre, in particolare con il [parere 29 aprile 2020](#) e nell'[audizione informale](#) resa alla IX Commissione della Camera l'8 aprile 2020 si è espresso, in termini più generali, nel senso della compatibilità, a determinate condizioni, dell'uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus con la disciplina sulla protezione di dati personali segnalando però la necessità che l'uso delle tecnologie di *contact tracing* avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità e suggerendo di optare per un sistema decentrato, fondato sulla adesione volontaria non comportante pregiudizi in caso di relativa mancanza e di prevedere un periodo temporaneamente limitato per la conservazione dei dati.

⁽¹⁴⁾ Principi enunciati, in particolare, nelle [linee-guida del Comitato europeo per la protezione dei dati 21 aprile 2020, n. 4](#). In esse lo European Data Protection Board (EDPB) ha affermato che il sistema di *contact tracing*, per essere correttamente bilanciato con i diritti fondamentali, deve: prevedere la volontarietà dell'eventuale adozione degli utenti senza che il mancato utilizzo determini conseguenze pregiudizievoli; individuare chiaramente le finalità perseguite in modo da consentire la verifica del rispetto dei principi di limitazione e di minimizzazione dei dati; evitare che la crisi sanitaria si trasformi in un'occasione per derogare al principio di limitazione della conservazione dei dati. Ha altresì raccomandato, nelle medesime linee-guida, che, successivamente alla crisi, tutti i dati personali siano cancellati o resi anonimi, che gli algoritmi usati nel *contact tracing* siano verificabili e che il codice sorgente sia pubblico, in modo da assicurare la più ampia trasparenza. L'EDPB, in definitiva, ha chiarito che a nessuno «dovrebbe essere chiesto di scegliere tra una risposta efficace all'attuale crisi e la tutela dei diritti fondamentali». In precedenza, il 19 marzo 2020, lo European Data Protection Board aveva già affermato che le misure adottate dai governi per aumentare la rapidità e l'efficacia delle strategie di contrasto all'epidemia fossero da ritenere legittime, in quanto preordinate alla tutela di un interesse pubblico rilevante, a condizione che fossero rispettati i parametri della proporzionalità e della temporaneità (ossia limitate al persistere della situazione di emergenza) e aveva rilevato che le esigenze di contrasto all'epidemia e di tutela della salute pubblica rilevano *ex se*, in alternativa al consenso dell'interessato, quale base giuridica del trattamento dei dati personali.

(UE) n. 2016/679 e dal d.lgs. n. 196/2003 (come modificato dal d.lgs. n. 101/2018), oltre ad alimentare dubbi sul fatto che essa possa realmente rappresentare un ostacolo all'efficienza della prevenzione, del contrasto e del contenimento della pandemia attraverso il *contact tracing* tecnologico ⁽¹⁵⁾.

Il tracciamento tecnologico dei contatti, invero, determina una limitazione della sfera personale «non palpabile nell'immediato, ma molto pervasiva [potenzialmente consentendo] il monitoraggio, da parte delle multinazionali digitali (compagnie telefoniche e/o anche *social network*), delle nostre azioni e di tutto quel che riguarda la nostra persona, che rientra nel concetto di “diritto di protezione dei dati personali”» ⁽¹⁶⁾. Esso si inserisce tra le nuove frontiere e sfide per la protezione dei dati personali provocate dall'evoluzione tecnologica.

In effetti, il *contact tracing* tecnologico produce una compressione ⁽¹⁷⁾ del diritto alla protezione dei dati personali, la quale induce ad interrogarsi in ordine alla sua legittimità ⁽¹⁸⁾.

Occorre, perciò, domandarsi se tale compressione – giustificata dalla finalità di tutela della salute collettiva ⁽¹⁹⁾ ovvero, secondo alcuni, dalla prevalenza accordata alla libertà

⁽¹⁵⁾ Le perplessità al riguardo manifestate hanno indotto il Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali a precisare, nell'[audizione informale](#), cit., che il diritto alla protezione dei dati non può essere inteso o concretamente utilizzato quale ostacolo al contrasto efficace della pandemia, con ciò rassicurando quanti avevano denunciato il rischio «dello scivolamento inconsapevole dal modello coreano a quello cinese, scambiando la rinuncia a ogni libertà per l'efficienza e la delega cieca all'algoritmo per la soluzione salvifica»: F.P. MICOZZI, *op. cit.*

⁽¹⁶⁾ L. D'ARCANGELO, *Contact tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell'epidemia da Covid-19 (anche nel rapporto di lavoro)*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, n. 3 (speciale), p. 6.

⁽¹⁷⁾ I rischi di tale compressione sono evidenziati da più parti e, in particolare, si segnala che «quanto maggiore è la compressione del livello ordinario delle garanzie, sia pure per inoppugnabili fini di interesse pubblico, tanto più alto è il rischio che il diritto alla protezione dei dati personali – pilastro centrale del sistema contemporaneo dei diritti fondamentali – soffra delle limitazioni eccessive e non facilmente revocabili (anche sul piano cognitivo e culturale, che non è certo il meno rilevante, perché meno effimero rispetto al periodo di vigenza di una norma) una volta terminata l'emergenza»: G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, n. 3 (speciale), p. 3.

⁽¹⁸⁾ Sul punto cfr., in particolare, le riflessioni di M. D'AMBROSIO, *Tracciamento tecnologico del contagio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12-bis, p. 873, il quale considera illegittime le soluzioni normative «che non rispondano, in base ai principi di proporzionalità [...], adeguatezza e ragionevolezza, all'esigenza di protezione dei valori evocati».

⁽¹⁹⁾ La tutela della salute collettiva, come si rimarca, «non può essere esclusiva ma deve essere temperata con esigenze altrettanto fondamentali della persona»: L. D'ARCANGELO, *op. cit.* Va evidenziato che, in una nota sentenza relativa al caso Ilva di Taranto (C. cost. 9 maggio 2013, n. 85, in *FI*, 2014, I, cc. 441 ss.), i giudici costituzionali, con riferimento al bilanciamento tra il diritto alla salute e altri diritti costituzionalmente garantiti, hanno affermato che tutti «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Occorre pertanto garantire, secondo gli ermellini, «un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi [...]». Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Secondo la Corte costituzionale l'aggettivo “fondamentale”, contenuto nell'art. 32 Cost.,

di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. ⁽²⁰⁾ – sia necessaria per il contenimento della diffusione del virus ⁽²¹⁾, proporzionata rispetto alla finalità di tutela della salute collettiva perseguita ed alle conseguenti esigenze di contrasto dell'epidemia ⁽²²⁾

non è rivelatore «di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona». Oggi, di fronte alla pandemia in corso, la relazione di precedenza individuata dalla Corte tra il diritto alla salute e i diritti al lavoro e alla libera iniziativa economica, con la preminenza assegnata a questi ultimi, non sembra, *mutatis mutandis*, replicabile: nel bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla salute è quest'ultimo a prevalere. In questi termini vedi C. CARUSO, *La pandemia aggredisce anche il diritto?* (intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani), in www.giustiziainsieme.it.

⁽²⁰⁾ In questo senso vedi, in particolare, M. D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 872. L'A. segnala che «il morso della crisi economica, che prende larga parte della cittadinanza, compresa quella porzione che non risulta essere stata vittima sanitaria dell'emergenza, giustifica la protezione di un interesse che fa da contrappunto alla prudenza insita nel distanziamento sociale [...]. Nell'assunzione della decisione di offrire alla collettività strumenti di tracciamento del contagio emerge, dunque, tanto la necessità di assicurare la tutela salute della cittadinanza quanto l'esigenza di proteggere il tessuto imprenditoriale, l'iniziativa economica». Più in generale, sui limiti alla libertà di trattamento dei dati personali derivanti dall'art. 41, comma 2, Cost., F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, 2018, pp. 150 ss., il quale chiarisce che la sicurezza che opera quale limite alla libertà di iniziativa economica è quella preordinata «alla tutela della vita e della salute di tutti i soggetti coinvolti nell'attività economica» ma anche «alla tutela della collettività», ossia la sicurezza pubblica (ad es., il contrasto al terrorismo ed alla criminalità). Per la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al bilanciamento tra diritti e libertà di natura economica e interessi generali si veda, in particolare, C. giust. 13 luglio 1989, *Hubert Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, causa C-5/88, nella quale si precisa che i diritti fondamentali «non risultano però essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti [...] purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale [...] e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti»; C. giust. 22 gennaio 2013, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, causa C-283/2011, secondo la quale «la libertà d'impresa non costituisce una prerogativa assoluta, bensì deve essere presa in considerazione rispetto alla sua funzione della società».

⁽²¹⁾ Al riguardo, nelle [linee-guida EDPB n. 4/2020](#), cit., § 3.2, punti 40-41, è stato precisato che, in conformità al principio di minimizzazione, i dati trattati «dovrebbero essere limitati a quelli strettamente necessari». Ne consegue, pertanto, che, da un lato, non devono essere raccolte informazioni non necessarie come, ad esempio, «dati anagrafici, identificativi di comunicazione, voci di *directory* del dispositivo, messaggi, registrazioni di chiamate, dati relativi all'ubicazione, identificativi del dispositivo, ecc.», dall'altro, che i dati trasmessi dall'App «devono includere solo identificatori univoci e pseudonimi» generati dall'applicazione e specifici di tale strumento, i quali devono essere rinnovati regolarmente, «secondo una frequenza compatibile con lo scopo di contenere la diffusione del virus e sufficiente a limitare il rischio di identificazione e di localizzazione fisica delle persone».

⁽²²⁾ Sulla proporzionalità e sul bilanciamento quali tecniche del giudizio di ragionevolezza, che costituiscono la «parte interna, [...] fase del più ampio test di proporzionalità» e sulle tre fasi di quest'ultimo, ossia l'idoneità, la necessità e la proporzionalità (o bilanciamento in senso stretto) vedi, in particolare, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, 2017, pp. 42 ss. e pp. 143-163; G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, 2014, vol. XLIII, pp. 541 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, 2008, pp. 134 ss. Sul bilanciamento tra diritti costituzionalmente protetti, si rileva, da un lato, che nessun diritto costituzionale «può considerarsi assoluto, tale cioè da prevalere sugli altri in misura indiscriminata», dall'altro, che «ogni disposizione che impone un sacrificio, una restrizione o una limitazione di un diritto costituzionale deve valere alla maggior realizzazione di un altro interesse costituzionale»: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, p. 11.

e temporanea ⁽²³⁾, ossia circoscritta nel tempo, limitata al periodo ritenuto sufficiente per scongiurare il pericolo del contagio o, comunque, al perdurare dell'emergenza sanitaria deliberata a fini di contrasto alla pandemia da Covid-19 in atto.

Occorre evidenziare che già in base ai principi generali stabiliti dall'art. 5 del regolamento (UE) n. 2016/679 ogni trattamento di dati personali deve perseguire obiettivi specifici, coincidere con il tempo del loro raggiungimento e risultare a ciò necessario (ossia deve prevedere la "limitazione delle finalità", la "limitazione della conservazione" e la "minimizzazione dei dati") e che il medesimo GDPR sancisce, all'art. 23, la possibilità di limitare gli obblighi e i diritti di cui agli artt. 12-22, nonché dell'art. 5, «qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare [...] importanti obiettivi di interesse pubblico generale [...], in particolare un rilevante interesse di [...] sanità pubblica e sicurezza sociale», mentre il considerando 46 comprende, tra i trattamenti legittimi per motivi di interesse pubblico e per la tutela degli interessi vitali dell'interessato, quelli «a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione».

Nell'impianto del legislatore europeo in tema di trattamento dei dati personali, pertanto, la chiave di volta è rappresentata dal *principio di proporzionalità*, espressione concreta della giustizia sin dal pensiero aristotelico ⁽²⁴⁾, idoneo a consentire al diritto di divenire quell'*ars boni et aequi*, essenza del diritto stesso per i giureconsulti romani ⁽²⁵⁾. Anche nello specifico del sistema di tracciamento digitale dei contatti delle persone risultate positive al SARS-CoV-2, disposto con la finalità di interrompere la trasmissione del contagio, è il test di proporzionalità ⁽²⁶⁾ – mutuato dall'ordinamento tedesco ⁽²⁷⁾ – a consentire di pervenire al corretto bilanciamento ⁽²⁸⁾, secondo ragionevolezza

⁽²³⁾ La temporaneità che ogni Stato di diritto è tenuto ad assicurare per non «consolidare compressioni definitive di alcun diritto»: T. EPIDIENDO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in www.giustiziasieme.it, 2020, p. 5.

⁽²⁴⁾ ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, Rusconi, 1993, cap. V, p. 195. Quella giustizia «nella quale sta il fine del diritto, [che] non si può ottenere se non mediante l'applicazione della legge al caso concreto [...] Ma applicazione della legge al caso singolo vuol dire trasformazione dell'astratto al concreto, una magia. A ciò la scienza non basta perché la scienza non può operare se non attraverso le leggi. Dalla legge al fatto c'è un salto, che la scienza non può fare»: F. CARNELUTTI, voce *Arte del diritto*, in *Enc. Dir.*, 1958, vol. III, p. 130.

⁽²⁵⁾ Si rammenta che, in apertura del Digesto giustiniano, il giurista Ulpiano attribuisce l'espressione *Ius est ars boni et aequi* a Giuvenio Celso (Dig. 1, 1, 1pr).

⁽²⁶⁾ Test di proporzionalità c.d. "a tre gradini", ossia con le tre valutazioni di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. In argomento, tra i tanti, vedi D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998, pp. 16 ss.

⁽²⁷⁾ Sul punto vedi A. BORTOLUZZI, voce *Proporzionalità*, in *DDPCiv*, 2007, Agg., p. 1098.

⁽²⁸⁾ Sul bilanciamento tra principi costituzionali e diritti fondamentali la letteratura è sterminata e ci si limita a richiamare le riflessioni di R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, 1998. Nel diritto internazionale si afferma la duplice necessità che, nel bilanciamento tra le contrapposte esigenze della tutela dell'interesse collettivo e della salvaguardia delle garanzie individuali, un ruolo decisivo sia svolto dalla valutazione sulla proporzionalità delle misure adottate e che l'azione degli Stati membri sia guidata dai principi generali di efficacia, necessità e proporzionalità ai sensi dell'art. 52 della Carta fondamentale dei Diritti dell'Unione europea e dell'art. 5 TUE, in modo da evitare, come è stato detto con un'immagine efficace, che la polizia «spari ai passeri con i cannoni» (D.U. GALETTA, *op. cit.*, p. 14).

(²⁹), dei contrapposti interessi e diritti fondamentali, scegliendo in concreto tra diritti e libertà individuali e interesse generale, «in maniera coerente con le esigenze di una società democratica e ispirata al rispetto della dignità della persona e dei diritti umani» (³⁰).

Va detto che il conflitto o, comunque, la concorrenza che talora sussiste tra diritti fondamentali fa cadere il mito della loro assolutezza e pone la necessità di individuare il criterio da utilizzare per il loro contemperamento e bilanciamento, in modo da stabilire quale debba prevalere in concreto. La ponderazione dei diversi valori, interessi e principi in contrapposizione consente di individuare lo strumento (minimo) idoneo a conseguire l'obiettivo individuato dall'ordinamento (³¹), in tal modo consentendo di pervenire alla soluzione proporzionata (³²) e calibrata sugli interessi (giuridicamente tutelati) così come si manifestano nel caso concreto, senza che a nessuno sia assegnata prevalenza in assoluto.

Con riferimento al *contact tracing* tecnologico per il contrasto alla pandemia da Covid-19, è dunque il test di proporzionalità a rendere possibile la valutazione della legittimità dell'azione dei pubblici poteri e il bilanciamento tra il diritto alla *privacy* o, meglio, alla protezione dei dati personali (³³) – e, specificatamente, dei dati sensibili utilizzati dai sistemi tecnologici per realizzare il tracciamento tecnologico, con il conseguente rispetto dell'autodeterminazione informativa – con le contrapposte esigenze di tutela del diritto alla salute costituzionalmente previsto all'art. 32 Cost. quale diritto del singolo e interesse della collettività.

(²⁹) La letteratura sulla ragionevolezza è sterminata ed è impossibile darne conto in questa sede. Si veda, tuttavia, in particolare, L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1997, Agg., vol. I, pp. 899 ss., e più di recente, con prospettive diverse, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, 2015, pp. 4 ss.; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *RDC*, 2018, pp. 716 ss.; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *RTDPC*, 2012, pp. 5 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *RDC*, 2010, p. 23; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, 2005; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in AA.VV., *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica. VII. Ragionevolezza e interpretazione*, Cedam, 2002, pp. 373 ss.

(³⁰) G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 3.

(³¹) All'ordinamento, come si rileva autorevolmente, spetta il compito «di stabilire un rango di beni e di valori secondo la rispettiva idoneità a soddisfare esigenze di più alta importanza sociale e, come tali, meritevoli di tutela»: E. BETTI, voce *Interesse (teoria generale)*, in *NDI*, 1975, vol. VIII, p. 840.

(³²) Il principio di proporzionalità rappresenta il tentativo «di soddisfare, di conciliare, di armonizzare, di adattare [...] pretese ed esigenze che sono spesso in contrasto, o garantendole direttamente e immediatamente, o garantendo determinati interessi individuali, o per mezzo di delimitazioni e di compromessi individuali, in modo tale da dare effetto al maggior numero di interessi o a quelli che hanno maggiore importanza nella nostra civiltà, col minimo sacrificio dello schema degli interessi nell'insieme»: R. POUND, *Rassegna degli interessi sociali*, in R. POUND (a cura di), *Giustizia, diritto, interesse*, Il Mulino, 1962, p. 333.

(³³) Della delicatezza delle questioni che il *contact tracing* pone con riferimento alla protezione dei dati personali appare consapevole l'Organizzazione mondiale della sanità, secondo la quale «We do always have to have in the back of our minds – especially when it comes to collecting information on individual citizens or tracking their whereabouts or movements – that there are always very serious data protection, human rights principles that re involved. We're very, very cognisant of that and we want to ensure that all products that are developed are done in the most sensitive way possible and that we never step beyond the principles of individual freedoms, rights for individuals and for society» (World Health Organisation, *Covid-19 virtual press conference*, 25 marzo 2020).

Nel rispetto del principio di proporzionalità, a garanzia della legittimità della compressione del diritto al trattamento dei dati personali a tutela della salute pubblica ⁽³⁴⁾, la Commissione EU ⁽³⁵⁾ e lo European Data Protection Board ⁽³⁶⁾ hanno univocamente indicato agli Stati membri di optare per una *App* non obbligatoria.

3. Il principio di precauzione tra antiche e nuove concezioni della salute

A fini di tutela della salute collettiva dal Covid-19 un ruolo rilevante riveste il principio di precauzione ⁽³⁷⁾, il quale consente, per così dire, di giocare in anticipo, impedendo il sorgere di una situazione potenzialmente dannosa per la salute.

⁽³⁴⁾ Occorre evidenziare che, secondo una risalente concezione, il diritto alla salute era inteso quale «fine pubblica della sanità nell'interesse dello Stato ad avere una popolazione sana e numerosa, poiché la sanità e il numero della popolazione è un presupposto necessario della potenza dello Stato»: F. CAMMEO, C. VITTA, *Sanità Pubblica*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, 1905, vol. IV, II, p. 213. La salute era riduttivamente intesa quale mera assenza di malattia. Tuttavia, già secondo la nota definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità contenuta nel preambolo della Costituzione dell'OMS firmata il 22 luglio 1946 a New York ed entrata in vigore il 7 aprile 1948, la salute costituisce «a complete physical, mental and social well-being», «not merely the absence of disease or infirmity»: *Constitution of the World Health Organization*, in *www.who.int*. Per un'analisi approfondita delle tappe evolutive di tale diritto cfr., in particolare, V. DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in NGCC, 2001, p. 132; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI ET AL. (a cura di), *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, tomo III, p. 579; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, I, pp. 1 ss. Si noti che, già dagli anni Ottanta, anche la giurisprudenza costituzionale accoglie siffatta nozione. In tal senso si vedano, *ex multis*, C. cost. 26 luglio 1979, n. 88, in *GI*, 1980, n. 1, I, pp. 9 ss.; C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *FI*, 1986, I, pp. 2053 ss.; C. cost. 27 ottobre 1994, n. 372, *ivi*, 1994, I, p. 3297; C. cost. 18 dicembre 1987, n. 559, in *GCost*, 1987, pp. 3506 ss.; cfr. anche Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *GC*, 1980, I, pp. 357 ss.

⁽³⁵⁾ La Commissione europea, con la raccomandazione dell'8 aprile 2020 (e il successivo documento del 17 aprile 2020), ha espresso linee guida – non vincolanti – per gli Stati membri (la *Commission Recommendation on A common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the Covid-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data*, 8 aprile 2020) e, con specifico riferimento alle App mobili di tracciamento, ha raccomandato l'utilizzo di applicazioni facoltative, sul presupposto che le funzionalità contenute nelle App «possono incidere in misura diversa su un'ampia gamma di diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dignità umana, rispetto della vita privata e familiare, protezione dei dati di carattere personale, libertà di circolazione, non discriminazione, libertà d'impresa, libertà di riunione e di associazione. L'interferenza con la vita privata e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale può essere particolarmente significativa dato che alcune delle funzionalità si basano su un modello ad elevata intensità di dati» (C/2020/2523).

⁽³⁶⁾ Il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB), già nella [Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di Covid-19](#), 19 marzo 2020, pur avendo riconosciuto che l'emergenza sanitaria in atto costituisce una condizione giuridica idonea a legittimare limitazioni delle libertà personali, ha affermato la necessità della proporzionalità e temporaneità di siffatte limitazioni. Successivamente, lo *Statement on the processing of personal data in the context of the Covid-19 outbreak*, 20 marzo 2020, e le *Guidelines on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the Covid-19 outbreak*, n. 3/2020, adottate il 21 aprile 2020, con specifico riferimento ai profili della temporaneità e della proporzionalità della compressione del diritto al trattamento dei dati personali, hanno suggerito di optare per la non obbligatorietà della App.

⁽³⁷⁾ Impossibile, in questa sede, dare conto della vasta bibliografia in tema di principio di precauzione e diritto alla salute, tuttavia cfr., *ex multis*, le riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Il problema della clonazione*

Si può affermare che il principio in parola «ridisegna il rapporto fra diritto e scienza»⁽³⁸⁾ ed impone, per una più efficace ed effettiva tutela della persona, il passaggio dalla tutela successiva e dalle tradizionali tecniche riparatorie alla tutela preventiva, cautelativa, precauzionale ogniqualvolta vi sia incertezza scientifica⁽³⁹⁾ sulla pericolosità e, dunque, sui rischi⁽⁴⁰⁾ per la salute, riassumibile nello slogan *better safe than sorry*⁽⁴¹⁾.

Detto in altri termini, in base al principio di precauzione, anche l'assenza di certezza scientifica⁽⁴²⁾ circa le probabilità del verificarsi di un evento pregiudizievole per la salute o sulla sua entità può costituire base sufficiente per l'adozione di misure preventive⁽⁴³⁾.

Il principio di precauzione viene così a costituire una sorta di crocevia tra scienza, tecnica, diritto e politica⁽⁴⁴⁾ e richiede che, qualora vi sia un possibile rischio per la salute e sia stata presa la decisione politica di intervenire, le autorità deputate all'adozione delle misure adeguate dialoghino e si confrontino con tecnici e scienziati, in modo da consentire l'applicazione del principio di precauzione all'interno della

riproduttiva, in RDC, 2000, I, pp. 175 ss.; E. AL MUREDEN, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Libreria Bonomo, 2008; E. AL MUREDEN, *La responsabilità per esercizio di attività pericolose a quarant'anni dal caso Seveso*, in CI, 2016, p. 659; D. DI BENEDETTO, *Biotecnologie, principio di precauzione e responsabilità civile*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2007, pp. 591 ss. Con specifico riferimento all'attuazione del principio rispetto al Covid-19 vedi T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da Covid-19*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, cit., pp. 563-570.

⁽³⁸⁾ C.M. DONA' DALLE ROSE, *Riflessioni intorno all'evoluzione del concetto di principio di precauzione*, in G. ALPA, G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Cedam, 2007, p. 226. L'A. rileva che il principio di precauzione «introduce il dubbio alla stregua di una variante, fonte di una nuova responsabilità nascente dalla consapevole potenzialità di un danno derivante dall'aver esposto persone [...] ad un rischio ignoto».

⁽³⁹⁾ In argomento, rileva che l'intrinseca incertezza del sapere scientifico contemporaneo non dipende esclusivamente «dall'aumento delle situazioni di rischio o di imprevedibilità connesse al procedere della conoscenza», ma anche «dall'intrinseca incompiutezza e indeterminazione della scienza rispetto alla necessità di definizione delle scelte sociali, delle politiche pubbliche, delle decisioni giuridiche» M. TALLACHINI, *Sicurezza e responsabilità in tempi di crisi*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 2012, n. 1, pp. 4-5.

⁽⁴⁰⁾ Evidenzia che quando una collettività è divisa sul modo in cui affrontare i rischi, ciò si verifica perché sussistono differenze sia in merito alla valutazione dei fatti sottesi ai rischi, sia relative alle diverse visioni della vita e della gestione del rischio delle persone C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, 2010, p. 13.

⁽⁴¹⁾ C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 7; C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005. L'A. così precisa la propria visione: «All over the world, there is increasing interest in a simple idea for the regulation of risk: the Precautionary Principle. Simply put, the principle counsels that we should avoid steps that will create a risk of harm; until safety is established through clear evidence, we should be cautious. In a catchphrase: Better safe than sorry»: C.R. SUNSTEIN, *The Paralyzing Principle. Does the Precautionary Principle Point Us in Any Helpful Direction?*, in *Regulation*, 2002-2003, p. 31.

⁽⁴²⁾ In argomento vedi, in particolare, G. GORGONI, *Il Principio di Precauzione e la governance dell'incertezza*, in *Governare la Paura*, 2013, pp. 177 ss.

⁽⁴³⁾ Il dubbio in ordine al possibile verificarsi di un evento dannoso in base alle conoscenze scientifiche del momento si pone alla base di una regola di comportamento («nel dubbio, agisci») e non di un divieto (secondo la massima «nel dubbio astieniti»), in questo senso L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, 2004, p. 25.

⁽⁴⁴⁾ Così L. BUFFONI, A. CARDONE, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2012, n. 3.

valutazione circa la ragionevolezza del bilanciamento «come strumento che aiuta ad individuare il punto di equilibrio fra i principi in contrasto» (45).

Va rilevato che il problema della gestione dei rischi per la salute e la vita umana non è una questione giuridica esclusiva del mondo moderno e delle società contemporanee. Anche nel passato le autorità politiche dovettero decidere «se ed eventualmente quali rischi affrontare e con quali misure [...] Le epidemie di peste e di colera per esempio sono state considerate per molti secoli tra i fenomeni più rischiosi per la vita umana, anzitutto per l'alto grado di mortalità da esse provocato» (46) e, poiché tali decisioni sono sempre state prese in base a considerazioni di buon senso, alle probabilità riguardo ai possibili rischi e sulla base delle conoscenze tecniche o scientifiche a disposizione, la novità non consiste nell'esistenza di rischi per la salute e la vita umana ma nelle conoscenze «su cui possiamo basare la decisione se agire o no in modo precauzionale ed eventualmente quali cautele adottare» (47).

Peraltro, per poter funzionare, spesso le misure precauzionali «devono essere adottate da più parti in maniera organizzata e sistematica», come nelle epidemie di peste e di colera, nelle quali è evidente che «il rischio è contagioso, cioè ciascun individuo è un portatore di rischi nei confronti degli [altri] individui» (48).

Nella gestione del rischio nella pandemia da Covid-19 è il principio di precauzione, unitamente al principio di proporzionalità, ad aver condotto, nel bilanciamento tra la tutela della salute e la protezione dei dati personali, ad assegnare prevalenza alla prima, determinando una corrispondente compressione della seconda, al punto da determinare una sorta di affievolimento del diritto alla protezione dei dati personali che ha trovato espressione in una disciplina (eccezionale) semplificata, con la previsione normativa della circolazione dei dati personali e di requisiti di informativa semplificati, al fine di rendere la sorveglianza epidemiologica più efficace e capillare (49).

Va evidenziato che la nozione di salute presa in considerazione e tutelata è quella di mera assenza di malattia fisica, ossia di mancanza di contrazione del Covid-19. La concezione (arcaica) di salute alla quale si è fatto riferimento sembra non aver tenuto conto della sua evoluzione anche normativa e della sua progressiva (ma, a questo

(45) R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, 2018, p. 182.

(46) S. ZORZETTO, [Concetto di rischio e principio di precauzione \(I parte\). L'approccio precauzionale nei confronti dei rischi delle moderne società tecnologiche al vaglio del senso comune e della storia e nella sua dimensione etico-filosofica](#). L'A., con riferimento alle epidemie di peste e di colera, osserva che, poiché non se ne conoscevano le cause, quando venivano diagnosticati sintomi ad esse connesse, in mancanza di cure sicuramente efficaci, «si escogitavano varie forme di contenimento del rischio di contagio».

(47) *Ibidem*. L'A., dopo aver rilevato che gli individui possono avere avversione o propensione al rischio, evidenzia che affrontare o meno i rischi «ha comunque un costo. Se si continua a fare ciò che si fa, si sostiene il costo delle possibili perdite o danni che si potrebbero verificare; se si decide di modificare in tutto o in parte le scelte prese, c'è il costo delle misure che si prendono al fine di evitare le possibili perdite o danni. Peraltro, poiché la scelta di adottare o no una misura precauzionale avviene in condizioni di incertezza, è solo possibile ma non certo che essa effettivamente riduca o annulli il rischio. Potrebbe risultare inutile o persino controproducente. Ciò potrebbe essere più alto o più incerto il costo della misura precauzionale che il beneficio, in termini di riduzione del rischio, che da essa si trae».

(48) *Ibidem*.

(49) In questo senso cfr. G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 3.

punto, non definitiva) emancipazione da una dimensione esclusivamente «biologico-fisica»⁽⁵⁰⁾.

Invero, il superamento della nozione di salute intesa quale assenza di malattia aveva da tempo condotto ad enuclearne il relativo concetto prendendo in considerazione fattori ulteriori quali l'ambiente di vita e di lavoro, i rapporti familiari e sociali, i valori culturali, religiosi e spirituali dell'individuo⁽⁵¹⁾, pervenendo per tale via a considerare la salute quale «bene/diritto a struttura complessa, che contiene una pluralità di proiezioni sostanziali»⁽⁵²⁾ e non solamente quale mera esigenza di «cura o terapia medico-farmaceutica»⁽⁵³⁾.

Di conseguenza, essendo stata intesa la salute quale condizione di integrità e completo benessere fisico e psichico⁽⁵⁴⁾, il diritto alla salute era stato ricostruito «in chiave relazionale e intersoggettiva [...] fondat[o] [...] su un oggettivo benessere della persona che asseconi le sue esigenze biologiche, psicologiche ed affettive»⁽⁵⁵⁾, espressione del valore giuridico unitario della persona umana nella sua indissolubile unità psicofisica⁽⁵⁶⁾.

La gravità della minaccia alla salute fisica rappresentata dal Covid-19 nella fase, per così dire, epidemiologicamente più pesante ha indotto, con riferimento alle misure di contrasto all'epidemia adottate, a considerare la salute (ed il corrispondente diritto su

⁽⁵⁰⁾ A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 2014, p. 91. L'A. avverte: «parlare di salute significa fare riferimento ad un'idea di sé che tiene insieme fisicità e psiche, e che perciò si correla strettamente con la dimensione interiore (e morale) di ciascuna persona [...] supera gli stili di vita per mirare al benessere».

⁽⁵¹⁾ Si rileva che la salute, «in quanto elemento del più complessivo quadro dei diritti fondamentali della persona», è apprezzabile «sulla base di una valutazione soggettiva riferita all'intera esperienza vissuta dal paziente»: G. FERRANDO, *Diritto alla vita*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Atti del II Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile. II. Rapporti civili. Rapporti etico-sociali*, ESI, 2007, p. 350.

⁽⁵²⁾ M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, 2003, p. 64.

⁽⁵³⁾ A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 89. L'A. evidenzia che si tratta di un percorso «con diverse diramazioni, che appunto riguardano l'ambiente, gli stili di vita, i comportamenti delle persone, i consumi (soprattutto, ma non solo) alimentari, la promozione del benessere nelle diverse fasi della vita umana (dalle soluzioni abitative al lavoro)».

⁽⁵⁴⁾ Sul diritto alla salute, che trova il proprio fondamento normativo nell'art. 32 Cost., la letteratura è sterminata e non è possibile darne conto in questa sede. Con specifico riferimento alla salute quale benessere fisico, mentale e sociale dell'uomo inteso quale unitarietà psico-fisica, vedi, in particolare, P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, 2005, pp. 104 ss., secondo il quale l'integrità psico-fisica della persona, la sua salute, costituisce un presupposto indispensabile affinché la persona umana possa pienamente realizzarsi; L. CUOCOLO, voce *Salute (diritto alla) (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur. It.*, 2007, vol. XIV, pp. 23 ss.; AA.VV., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, 2003; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2004, pp. 989 ss.; G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Ipsoa, 2002; S. PATTI, voce *Transessualismo*, in *DDPCiv*, 1999, vol. XIX, pp. 416 ss.; P.M. VECCHI, voce *Transessualismo*, in *Enc. Giur. It.*, 1994, vol. XXXI, pp. 99-100; P. STANZIONE, voce *Transessualità*, in *Enc. Dir.*, 1992, vol. XLIV, pp. 874 ss.; M. DOGLIOTTI, voce *Transessualismo (profili giuridici)*, in *NDI*, 1987, App. VII, pp. 786 ss.

⁽⁵⁵⁾ P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., p. XI.

⁽⁵⁶⁾ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., pp. 104 ss.

di essa) in maniera riduttiva, ma si intravede un possibile ritorno ad una concezione di essa più ampia in una fase successiva (post-Covid-19 o, almeno, in cui il virus non rappresenterà più una minaccia per la vita) se, come la Società italiana di Psichiatria stima, oltre trecentomila persone in Italia sono a rischio di disturbi mentali in conseguenza della pandemia in atto ⁽⁵⁷⁾.

4. La controversa base giuridica del trattamento dei dati personali nel “sistema di allerta Covid-19”

Secondo la disciplina generale, la base giuridica che rende lecito il trattamento dei dati personali risiede nel consenso dell'interessato ⁽⁵⁸⁾ e anche per il trattamento dei dati effettuato mediante il *contact tracing* tecnologico essa può essere rinvenuta nel consenso prestato nel momento della installazione della c.d. *App* sul dispositivo individuale ⁽⁵⁹⁾, a meno di non voler ritenere che il consenso, *ex artt.* 6, § 1, lett. *d* e *e*, e 9, § 2, lett. *i*,

⁽⁵⁷⁾ Da più parti si denunciano i rischi di patologie psichiche e di effetti sulla salute mentale in conseguenza della pandemia Covid-19 e, in particolare, se ne è parlato alla web conference [Lockdown vs salute mentale: la tutela del paziente nell'era Covid-19](#). Sembrano particolarmente a rischio le categorie più deboli quali i bambini (si veda [L'impatto psicologico del covid19: in difficoltà 7 bambini su 10](#)).

⁽⁵⁸⁾ Il trattamento dei dati personali, ai sensi dell'art. 6, § 1, lett. *a*, è lecito in presenza di una manifestazione di volontà espressa dell'interessato. In dottrina, sulla centralità del consenso per il trattamento dei dati personali vedi, in particolare, da ultimo, A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, ESI, 2019, pp. 15 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *CI*, 2018, n. 1, pp. 113 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, ESI, 2017, pp. 39 ss.; F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 2017, pp. 101 ss.; F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *CI*, 2019, pp. 38 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995, p. 81, il quale riconosce il consenso quale via di mezzo tra *regulation* e *deregulation*. Sul consenso quale presupposto di liceità del trattamento dei dati cfr., in particolare, F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *NLCC*, 2017, n. 2, pp. 384 ss.; A.C. NAZZARO, *L'Utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2014, n. 4, pp. 1246 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, 2018, n. 1, pp. 67 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Cedam, 2019, pp. 59 ss., la quale, nella prospettiva degli interessi meritevoli di tutela, evidenzia che il diritto alla *privacy* deve essere considerato alla luce della sua funzione sociale e temperato con altri diritti fondamentali, come richiede espressamente affermato nel considerando 4 GDPR; D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *GI*, 2019, n. 12, p. 2784; S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *RDC*, 2001, II, pp. 633 ss. Sul ruolo del consenso dell'utente al trattamento dei dati personali a condizione che la memorizzazione, oltre che l'accesso, siano strettamente necessari alla fornitura del servizio v., in particolare, F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, ESI, 2008, pp. 181 ss.; C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2015, n. 1, pp. 110 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, ESI, 2014, pp. 66 ss.

⁽⁵⁹⁾ Secondo una diversa opinione, il consenso non sarebbe necessario in quanto il trattamento sarebbe effettuato, ai sensi dell'art. 6, § 1, lett. *e*, GDPR, «per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento»: M. D'AMBROSIO, *op. cit.*

GDPR, oltre che *ex art.* 15, direttiva n. 2002/58/CE, non sia richiesto in quanto ricorrerebbe una delle deroghe legislativamente previste al trattamento dei dati e, nello specifico, quella prevista all'art. 9, comma 2, per motivi di sanità pubblica, in quanto la *App* è commissionata e messa a disposizione da un soggetto pubblico per finalità (di interesse pubblico) di tutela della salute (ossia di contrasto all'epidemia di Covid-19).

Occorre evidenziare che, pur essendosi sul punto espresso anche il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) nel senso dell'opportunità di fondare il trattamento non sul consenso dell'interessato, bensì sull'adempimento di un compito nell'interesse pubblico ⁽⁶⁰⁾, il legislatore italiano, nel d.l. n. 28/2020, convertito dalla l. n. 70/2020, si è limitato a richiamare l'art. 9, comma 2, GDPR ed a fissare la data massima per la distruzione dei dati (il 31 dicembre 2020), senza però dichiarare espressamente ed esplicitamente che il trattamento dei dati personali effettuato attraverso il sistema di tracciamento digitale dei contatti attraverso la *App Immuni* costituisce una deroga al trattamento dei dati prevista dal GDPR per motivi di sanità pubblica ⁽⁶¹⁾.

Per cogliere la ragione di siffatta ambiguità normativa, giova ricordare che il sistema di *contact tracing* tecnologico non è stato disciplinato ed attuato unicamente e per la prima volta in Italia ma, anteriormente alla sua introduzione nell'ordinamento italiano, era stato già adottato in altre esperienze giuridiche e, specificatamente, in Corea del sud, Singapore ⁽⁶²⁾, Israele e Cina, talvolta originando episodi di *Data Breach* ⁽⁶³⁾.

Nello specifico dell'esperienza cinese, va evidenziato che il sistema di tracciamento dei contatti si è inserito nel contesto di un Paese che da tempo investe nel digitale, nella robotica e nell'intelligenza artificiale e nel quale le tecnologie intelligenti hanno già mostrato la loro utilità ed efficienza per la diagnosi, la cura ed il monitoraggio delle

⁽⁶⁰⁾ [Linee-guida EDPB n. 4/2020](#), cit., punti 29 e 33.

⁽⁶¹⁾ Sembra dunque che «non si sia intesa adeguatamente la possibilità offerta dal Regolamento sulla privacy (GDPR) all'art. 9, dove prevede la possibilità di una deroga al divieto di trattamento di dati per ragioni di sanità pubblica: una legge che interrompa la regola, con limiti chiari e dichiarati e per il tempo strettamente necessario. Questo doveva essere il fulcro del Decreto-Legge del 30 aprile, piuttosto che una fugace citazione»: A. SANTOSUOSSO, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, cit., p. 615.

⁽⁶²⁾ Sulla *App* sviluppata per il tracciamento dei contatti a Singapore (*TraceTogether*) che prevede l'installazione per un lasso di tempo predeterminato in base ad una adesione volontaria e mediante l'uso della tecnologia Bluetooth che consente di conservare sul dispositivo individuale dati protetti da crittografia relativi ai contatti stretti avuti dall'utente nel periodo epidemiologicamente rilevante suscettibili, in caso di accertata positività, di trasferimento in forma anonima alle autorità sanitarie vedi G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, cit. Più in generale, sulle esperienze di Singapore e della Corea del Sud e sulle rispettive strategie di contrasto all'epidemia basate su un alto grado di sorveglianza delle persone, in grado di tracciare i contatti delle persone positive a Covid-19 anche attraverso l'utilizzo di avvisi telefonici inviati a coloro che vivono nelle vicinanze contenenti un collegamento ad un registro dei movimenti ricostruiti da dati pubblici come, ad es., le telecamere a circuito chiuso o riservati, quali le transazioni con carta di credito, cfr. A. SANTOSUOSSO, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, cit., p. 614, e il suo commento ai dati riportati su *Covid-19 digital apps need due diligence*, in *Nature*, 2020, n. 580, p. 563.

⁽⁶³⁾ Si pensi a quanto accaduto in Corea del Sud, dove si è verificata la diffusione di informazioni personali relative ai contagiati in conseguenza della possibilità di incrociare il «codice del caso di contagio» con altre informazioni agevolmente reperibili in rete quali, ad es., le sue fotografie o il suo gruppo familiare, come rileva F.P. MICOZZI, *op. cit.*, p. 625.

patologie mediche dei cittadini ⁽⁶⁴⁾. Esso è stato effettuato anche attraverso la video-sorveglianza (ad es. attraverso droni utilizzati anche per individuare le persone prive di mascherina o per rilevare stati di alterazione febbrile attraverso la scansione termica *contactless*), con il riconoscimento biometrico e la geolocalizzazione, finalizzati ad una sorveglianza dei cittadini capillare e regolare ⁽⁶⁵⁾, oltre che con la *App* per *smartphone* *Alipay Health Code* la quale, grazie all'accesso ai *big data* del sistema sanitario cinese, ha condotto all'attribuzione ad ogni cittadino di un codice colorato in relazione allo stato di salute e alla trasmissione dei dati personali relativi alla salute alle forze dell'ordine, al fine di mettere in quarantena coatta, monitorare e controllare i soggetti con codice rosso, in modo da contenere l'epidemia e, attraverso strumenti di intelligenza artificiale, identificare i potenziali portatori di virus ⁽⁶⁶⁾.

La riflessione su quanto si andava verificando in Paesi caratterizzati da regimi non democratici e il paventato parallelismo tra la situazione ingeneratasi in Italia a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria e le condizioni che portarono al potere il regime fascista ⁽⁶⁷⁾, con i conseguenti timori di una deriva autoritaria hanno probabilmente fatto sì che non sia stata imboccata con coraggio la strada di prescindere dal consenso dell'interessato e che il trattamento dei dati personali realizzato attraverso il *contact tracing* non sia stato considerato *expressis verbis* un'ipotesi normativamente prevista di deroga alla disciplina generale; ciò al punto che il Governo italiano è sembrato in un certo qual modo voler rassicurare in merito al fatto che non fosse in gioco «nessun dato personale [...] solo codici anonimi, no geolocalizzazione, solo tecnologia *Bluetooth*, dati (codici alfanumerici) che rimangono sugli *smartphone*, nessun obbligo (né diretto né indiretto) di scaricare l'*app* (quindi centralità del consenso), nessuna centralizzazione dei dati, cancellazione di tutti i dati a data fissa» ⁽⁶⁸⁾.

In Italia, in un primo momento, la Regione con il più alto numero di contagi (la Regione Lombardia) ha previsto un'applicazione volontaria (*AllertaLOM*) – con la compilazione di un questionario anonimizzato relativo alle proprie condizioni di salute fisica – da utilizzare esclusivamente per ricevere comunicazioni, notifiche ed informazioni da parte della Protezione Civile. Successivamente è stato introdotto un sistema di *contact tracing* tecnologico per l'intero territorio nazionale basato sull'imprescindibilità del consenso al trattamento dei dati personali e, a tal fine, sono stati stipulati sia un contratto di concessione (a titolo gratuito) della licenza d'uso del *software* per il *contact tracing*, sia un contratto di appalto di servizio (anche questo a titolo gratuito)

⁽⁶⁴⁾ In argomento vedi M. FASAN, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, cit., pp. 679-680.

⁽⁶⁵⁾ Sulla possibilità di tale sorveglianza nel mondo occidentale cfr. G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio Usa/UE*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015, n. 4-5, pp. 697 ss.

⁽⁶⁶⁾ Così M. FARINA, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, cit., p. 686.

⁽⁶⁷⁾ Cfr., in particolare, l'analisi in questo senso dello storico Mieli (si veda [La profetia di Paolo Mieli: "In Italia c'è il rischio di svolta autoritaria"](#)). Per una confutazione di tali tesi vedi l'intervista alla storica Tarquini ([Effetti collaterali. «Non c'è vaccino contro la deriva autoritaria. La democrazia si salva combattendo la povertà»](#)).

⁽⁶⁸⁾ A. SANTOSUOSSO, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, cit., p. 613.

con la società realizzatrice dell'applicazione *Immuni*, con il fine dell'analisi, quantitativa e anonima, dei *big data* per finalità di controllo e contenimento del contagio.

Va a questo punto fatta un'ulteriore considerazione riflettendo sulla circostanza che, nel dibattito sul consenso al trattamento dei dati personali, la dottrina più avvertita ha segnalato la necessità che il consenso, *ex se* non sia da ritenere sufficiente per la liceità del trattamento dei dati personali ⁽⁶⁹⁾ e che, nonostante l'indubbia importanza e la centralità rivestite dal diritto all'autodeterminazione informativa e dal principio consensualistico, occorre «garantire forme di controllo eterodeterminate, affinché l'autonomia riconosciuta agli individui nella gestione dei loro dati non divenga presupposto per una libertà senza limiti» ⁽⁷⁰⁾.

La tutela della persona, con riferimento al trattamento dei dati personali, impone, per l'interpretazione e l'applicazione della relativa disciplina, di assegnare preminenza al criterio teleologico, in modo che esso avvenga «con un metodo assiologico di selezione e valutazione in concreto delle modalità di trattamento delle informazioni, che esige il ricorso ai principi fondamentali» ⁽⁷¹⁾.

5. Il *contact tracing* digitale di persona fisica identificabile e del lavoratore

Vale la pena rammentare che, ai sensi del regolamento (UE) n. 2016/679, costituisce dato personale una «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica *identificata* o *identificabile*», ossia la persona fisica «che può essere identificata, direttamente o indirettamente» (art. 4).

Il considerando 30 del GDPR chiarisce in che modo la persona fisica possa essere identificata rilevando che «le persone fisiche possono essere associate a identificativi *online* prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, i marcatori temporanei (*cookies*) o identificativi di altro tipo, quali i *tag* di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai *server*, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle».

Con l'*App* per il *contact tracing* digitale *Immuni*, quando un utente informa l'*App* – con l'approvazione o la conferma dell'autorità sanitaria – di essere risultato positivo al test, agli utenti che siano stati con questi in contatto viene inviato automaticamente un messaggio di allerta sul *device* personale con il quale gli viene comunicato di essere stato in contatto, negli ultimi 16 giorni, con una persona risultata positiva, senza che gli sia comunicata l'identità di quest'ultima. Il tutto si svolge, pertanto, attraverso

⁽⁶⁹⁾ Al riguardo si segnala, autorevolmente, che il consenso è «per certi versi, fuorviante e inidoneo di fatto a garantire il rispetto della persona»: P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, cit., p. 481.

⁽⁷⁰⁾ A. VIVARELLI, *op. cit.*, p. 220.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*; ma già, autorevolmente, P. PERLINGIERI, *La pubblica amministrazione e la tutela della privacy. Gestione e riservatezza della informazione nell'attività amministrativa*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *La persona e i suoi diritti*, ESI, 2005, pp. 255 ss.

identificativi temporanei anonimizzati ⁽⁷²⁾, memorizzati in maniera sia centralizzata, ossia su un server dell'autorità sanitaria, sia decentralizzata, ossia sull'apparecchiatura degli utenti.

Il Garante europeo ⁽⁷³⁾ ha chiarito che, al fine di realizzare l'anonimizzazione, devono essere adoperate tecniche idonee ad eliminare la possibilità di ricollegare le informazioni ad una persona fisica identificata o identificabile in base ad uno sforzo ragionevole che tenga conto sia di aspetti oggettivi (quali i tempi o i mezzi tecnici), sia di una serie di elementi di contesto che variano caso per caso.

Pertanto, se i dati sono ricollegabili ad una persona fisica identificata o identificabile, essi «non sono anonimizzati e pertanto rientrano nel campo di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati» ⁽⁷⁴⁾.

Un ruolo decisivo, al fine dell'anonimizzazione, rivestono le informazioni relative all'ubicazione della persona fisica che ne consentono la localizzazione e il tracciamento della posizione ⁽⁷⁵⁾.

L'App *Immuni* è stata progettata con il modello DP-3T il quale utilizza un sistema decentrato, ossia consente la memorizzazione delle informazioni all'interno dei singoli dispositivi e in tal modo, nel rispetto del concetto di *privacy by design*, tutela la *privacy* dell'utente sin dalla fase della progettazione mediante tecnologie anzitutto progettate e, successivamente, impiegate in modo da «ridurre al minimo le possibilità di individuare il soggetto al quale tali informazioni si riferiscono, ricorrendo a tecniche di criptazione, anonimizzazione e non tracciabilità delle medesime» ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ Sulla non coincidenza tra anonimato e anonimizzazione cfr., in particolare, G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2014, n. 2, pp. 171 ss. Nel senso che, a differenza dei dati anonimi – i quali possono essere utilizzati senza restrizioni – i dati pseudonimizzati rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina generale sul trattamento dei dati personali e che, poiché i dati non possono essere resi anonimi isolatamente (in quanto necessitano di essere anonimizzati in una serie di informazioni), qualsiasi intervento su singolo dato equivale a una forma di pseudonimizzazione determinando la conseguenza che, spesso, «le informazioni ritenute anonime non lo sono di fatto a causa delle tracce della mobilità», in tal modo evocando l'immagine di «una polvere di frammenti di dati che correlati rendono possibile la re-identificazione»: M. D'AMBROSIO, *op. cit.* Su tale «polvere» di informazioni personali le quali «in passato non lasciavano in larga misura traccia, ma che il progresso scientifico e tecnologico ha reso intelligibili»: F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 384.

⁽⁷³⁾ Nelle [linee-guida EDPB n. 4/2020](#), cit., § 3.2, punti 40-41.

⁽⁷⁴⁾ M. D'AMBROSIO, *op. cit.* L'A. evidenzia che, secondo le [linee-guida EDPB n. 4/2020](#), cit., § 2.2, punti 15-16, la valutazione della robustezza della tecnica di anonimizzazione adottata dipende da tre fattori: l'individuabilità *singling out*, ossia la possibilità di isolare una persona all'interno di un gruppo sulla base dei dati; la correlabilità, ossia la possibilità di correlare due record riguardanti la stessa persona e, infine, l'inferenza, ossia la possibilità di dedurre, con probabilità significativa, informazioni sconosciute relative a una persona.

⁽⁷⁵⁾ In argomento vedi il [Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 – App Immuni](#), cit., dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

⁽⁷⁶⁾ F. PIRAINO, *op. cit.*, pp. 388 ss. L'A. rileva, tuttavia, che su «una “privacy incorporata nell'architettura” che persegue il mito della tecnologia che aggiusta sé stessa, [...] quale molti dubbi è lecito, però, nutrire». In argomento si veda altresì R. D'ORAZIO, *Protezione dei dati by default e by design*, in S. SICA (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Cedam, 2016, pp. 99 ss.; F. MOLLO, *Gli obblighi previsti in funzione di protezione dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANI (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., pp. 272 ss. Più in generale, sui concetti di *privacy by design* e *privacy by default* vedi, in particolare, A. PRINCIPATO, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *CI – Europa*, 2015, n. 1, pp. 197 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, pp.

L'applicazione *Immuni*, progettata in modo da non aver accesso ai dati di geolocalizzazione (77), è sembrata ad alcuni non attivarsi senza il GPS e non funzionare senza la localizzazione abilitata (78).

La circostanza, qualora confermata, susciterebbe non pochi interrogativi in ordine alla liceità della geolocalizzazione, idonea a consentire l'identificazione della persona fisica alla quale le informazioni si riferiscono. L'applicazione *Immuni* non dovrebbe difatti consentire «di tracciare la posizione dei singoli utenti» (79), dovendosi limitare a fornire solamente «le informazioni di prossimità [...] avvalendosi di sistemi di anonimizzazione che rendano difficile la re-identificazione e conservando i dati sulle apparecchiature degli utenti» (80).

La riflessione su tali aspetti non può essere disgiunta da una più ampia valutazione relativa ai bisogni di tutela rivenienti dai molteplici dati relativi alla geolocalizzazione a disposizione dei gestori di telefonia mobile o provenienti da *Big Data* raccolti, ad es., tramite *fidelity cards* o sistemi di videosorveglianza o analisi delle transazioni con carte di credito. Da tutta questa imponente, «enorme ed eterogenea mole di informazioni personali è possibile disegnare un quadro assai definito sugli spostamenti di un'intera popolazione e dei singoli soggetti contagiati» (81).

Peraltro non vanno sottaciute le perplessità e gli interrogativi suscitati dalla circostanza che, al fine di aiutare i governi e le autorità sanitarie a ridurre la diffusione del virus, le multinazionali Apple e Google – che controllano buona parte dei dispositivi mobili – hanno rilasciato, a supporto delle *App* di tracciamento dei contatti, un *framework*, ossia un sistema interoperabile tra i rispettivi sistemi operativi (iOS e Android), in tal modo inglobando in essi il sistema di *contact tracing* tecnologico (82).

Vanno infine fatte alcune considerazioni in merito alle questioni ulteriori che il *contact tracing* digitale pone qualora il tracciamento venga effettuato all'interno del rapporto di lavoro. In tal caso, la normativa generale sul trattamento dei dati personali deve essere armonizzata con la disciplina speciale relativa al rapporto di lavoro subordinato (83) e il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco – tutela della salute pubblica,

122 ss.; G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione Pseudonimizzazione Sicurezza*, Giappichelli, 2016, pp. 33 ss.

(77) Sulle rassicurazioni in tal senso della società che ha realizzato l'*app Immuni* (Bending Spoons) vedi [App Immuni: ecco le risposte degli sviluppatori alle domande degli utenti](#).

(78) Per gli articoli giornalistici al riguardo cfr., in particolare, [Immuni, domande e risposte sull'app di contact tracing](#).

(79) M. D'AMBROSIO, *op. cit.*

(80) *Ibidem*.

(81) F.P. MICOZZI, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, cit., p. 626.

(82) Le perplessità e gli interrogativi sono colti da chi rileva che «la risposta di chi sottovaluta il problema, tanto sanno già tutto di noi, non convince. Vi sono almeno due aspetti: da un lato, la totale mancanza di controllo su come Apple e Google incroceranno i nuovi dati (anche solo quantitativi) con tutti gli altri dati che sono in loro possesso fino a non potersi escludere che i dati aggregati possano trasformarsi con relativa facilità in dati personali. Ma anche se restassero ancora aggregati, il drenaggio di una tale grande quantità di dati avrebbe comunque un valore economico enorme»: A. SANTOSUOSSO, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, cit., p. 615.

(83) In argomento si veda, in particolare, E. DAGNINO, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *DRI*, 2015, n. 4, pp. 988 ss.; I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, 2016, n. 1, p. 1; R. DEL PUNTA, *La nuova*

protezione dei dati personali e tutela della dignità del lavoratore – va effettuato anche in base al principio di non discriminazione ⁽⁸⁴⁾.

Il tracciamento digitale dei contatti sul luogo di lavoro attraverso la *App Immuni* (scaricabile sul telefonino) costituisce una forma di controllo a distanza dei lavoratori attuata attraverso *wearable device* ⁽⁸⁵⁾. Tali forme di controllo a distanza – vietate dall'art. 4, comma 1, Stat. lav. – rientrano, accanto agli impianti di videosorveglianza e agli strumenti di lavoro, tra gli «altri strumenti» che, secondo la normativa vigente, possono essere impiegati, previa mediazione sindacale e/o amministrativa, per finalità di «sicurezza del lavoro» ⁽⁸⁶⁾.

Le prerogative del datore di lavoro, espressione della libertà d'iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost., devono difatti essere contemperate con il principio personalistico «che pone in primo piano, nella sfera dell'essere, la personalità del lavoratore rispetto all'iniziativa economica, nella sfera dell'avere» ⁽⁸⁷⁾ e, a fini di tutela della dignità del lavoratore ⁽⁸⁸⁾, l'art. 4, comma 1, Stat. lav., ne vieta il controllo a distanza attuato anche attraverso le nuove tecnologie ⁽⁸⁹⁾ – quali, ad esempio, gli impianti audiovisivi ed altre apparecchiature di controllo – indipendentemente da quando tale

disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D.Lgs. n. 151/2015), in RIDL, 2016, n. 1, I, pp. 77 ss.; A. SITZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in LLI, 2016, n. 1, p. 81; P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs act)*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 255; C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in RIDL, 2009, I, pp. 485 ss.; E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in ADL, 2007, I, pp. 1211 ss.

⁽⁸⁴⁾ In questo senso vedi, da ultimo, A. SITZIA, *Coronavirus, controlli e "privacy" nel contesto del lavoro*, in LG, 2020, n. 5, pp. 495 ss. Sulla recessività della tutela della riservatezza in prospettiva giuslavoristica, cfr., in particolare, A. SITZIA, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013, pp. 42 ss.; A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018; V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, ES, 2018; P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017; A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013; A. LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013; P. CHIECO, *Privacy e lavoro*, Cacucci, 2000; A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995; P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro: la disciplina giuridica della circolazione delle informazioni nell'impresa*, Giuffrè, 1979.

⁽⁸⁵⁾ Così L. D'ARCANGELO, *op. cit.* L'A. rileva che tali forme di controllo a distanza del lavoratore (attraverso sistemi *wearable device*) sono effettuate, ad es., attraverso *smartwatches* o altri *smart sensors*, braccialetti elettronici o mediante App scaricabili sullo *smartphone*. In argomento cfr. altresì E. DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Giustiziacivile.com*.

⁽⁸⁶⁾ In questo senso vedi L. D'ARCANGELO, *op. cit.*, p. 4.

⁽⁸⁷⁾ R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in RDC, 2008, n. 5, p. 593.

⁽⁸⁸⁾ Così, *ex multis*, R. CASILLO, *op. cit.*, p. 599.

⁽⁸⁹⁾ Sul controllo a distanza reso oggi possibile dall'evoluzione tecnologica e sul contemperamento tra le esigenze dell'impresa e il diritto alla riservatezza del lavoratore vedi, tra i tanti, M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in ADL, 2016, n. 3, pp. 483 ss. Più in generale, sull'innovazione tecnologica che ha modificato il modo tradizionale di gestione del rapporto di lavoro, determinando anche il trattamento di *big data*, vedi, in particolare, A. PIZZOFERRATO, *Gli effetti del GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in ADL, 2018, n. 4, pp. 1034 ss.

controllo sia effettuato, se durante lo svolgimento dell'attività lavorativa oppure al di fuori, considerando il comportamento complessivo del lavoratore ⁽⁹⁰⁾.

6. La scelta *non tragica* del *contact tracing* tecnologico

Deve dunque concludersi che, indubbiamente, la misura – necessaria, proporzionale e temporanea – del *contact tracing* digitale può rivelarsi preziosa nel contrasto dell'epidemia, alle condizioni esaminate e nel segnalato bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco.

Detto in altri termini, nel corso di una pandemia dovuta ad un virus di cui poco si conosce e che rappresenta un pericolo per la salute (personale e collettiva) e, in taluni casi, una minaccia per la vita stessa, sembra ragionevole pensare che, se qualcuno ci chiedesse di scegliere tra la *privacy* o la vita ⁽⁹¹⁾ opteremmo per la compressione del diritto al trattamento dei dati personali e per la nostra sopravvivenza, per quel bene-vita che costituisce il bene-presupposto per l'effettività di tutti gli altri diritti e libertà ⁽⁹²⁾.

Sembra allora che quella tra la *privacy* o la vita non sia poi, richiamando l'evocativo titolo di una celebre monografia del 1978 sui conflitti che si vengono a determinare nella società quando occorre effettuare scelte per allocare risorse scarse ⁽⁹³⁾, una *scelta tragica*.

Ben altre sono state le *scelte tragiche* del diritto in questa pandemia, a fronte di risorse scarse rispetto all'elevato numero dei contagiati.

Nello specifico, si è dovuto scegliere – ed individuare dei criteri per effettuare tale scelta – chi ammettere o meno alla terapia intensiva e alla ventilazione polmonare, in definitiva chi curare e chi no ⁽⁹⁴⁾, in un sistema ordinamentale (italo-europeo) che pone al vertice (della gerarchia dei valori) il valore normativo della persona – ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost. ⁽⁹⁵⁾ – e della sua dignità – ai sensi della Carta dei diritti

⁽⁹⁰⁾ In argomento e, nello specifico, sui c.d. controlli difensivi, ossia sui controlli a distanza effettuati dal datore di lavoro tramite strumenti audiovisivi e/o informatici al fine di accertare eventuali condotte illecite del dipendente vedi, in particolare, A. MINERVINI, *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *LG*, 2014, n. 4, pp. 314 ss.; M. DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2007, n. 3, pp. 497 ss., e con specifico riferimento all'incidenza sul diritto alla riservatezza delle prerogative datoriali di controllo sullo svolgimento della prestazione R. CASILLO, *op. cit.*, pp. 610 ss.

⁽⁹¹⁾ Interessanti, al riguardo, le riflessioni di E. RAMMELOO, *La privacy o la vita*, in *Internazionale*, 2020, n. 1349, pp. 26-27.

⁽⁹²⁾ In questo senso, tra gli altri, F. MANTOVANI, *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani (Accanimento contro la vita o cultura della vita?)*, in *RIDPP*, 2008, n. 1, pp. 40 ss.

⁽⁹³⁾ G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, Norton, 1978 (trad. it.: *Scelte tragiche*, Giuffrè, 2006).

⁽⁹⁴⁾ In argomento vedi, in particolare, L. PALAZZANI, *La pandemica Covid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, cit., pp. 359 ss.; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKI, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, *ivi*, pp. 441 ss.; P. SOMMAGGIO e S. MARCHIORI, *Tragic choices in the time of pandemics*, *ivi*, pp. 453 ss.

⁽⁹⁵⁾ Così, autorevolmente, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, 1972, spec. p. 12, p. 175 e pp. 189-190; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, 2005, pp. 3 ss., pp. 12 ss., pp. 137 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, 2006, spec. pp. 433

fondamentali dell'Unione europea ⁽⁹⁶⁾ e del Trattato di Lisbona ⁽⁹⁷⁾ – senza consentire distinzioni in base all'età o alle condizioni personali: la dignità umana «non dipende dalle circostanze esteriori, né tanto meno dalle condizioni personali [...] ma è valore che inerisce all'uomo in quanto tale» ⁽⁹⁸⁾.

In questa direzione sembra essersi mosso il Comitato nazionale per la bioetica ⁽⁹⁹⁾, il quale, partendo dai principi costituzionali e, in particolare, dagli artt. 2, 3 e 32 Cost. e dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (l. n. 833/1978), ha affermato che, nel rispetto dei principi di giustizia, equità e solidarietà, «è doveroso fare sempre tutto il possibile per garantire a tutti, nessuno escluso [...] eguali opportunità di raggiungere il massimo potenziale di salute consentito» e ha considerato, quale criterio più adeguato per l'allocazione delle risorse, quello clinico ⁽¹⁰⁰⁾, escludendo «ogni altro criterio di selezione definito aprioristicamente, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi» e puntualizzando che «ogni paziente va visto nella globalità della sua situazione clinica, tenendo in considerazione tutti i necessari fattori di valutazione» ⁽¹⁰¹⁾.

Con riferimento al criterio dell'età, lo stesso Comitato ha specificato che «tra le tante persone vulnerabili, un'attenzione particolare va dedicata agli anziani. Va rimarcato il loro eguale diritto ad ottenere cure adeguate» e, di conseguenza, che l'età del paziente è un parametro che deve essere preso in considerazione «in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l'unico e nemmeno quello

ss. Considerano l'uomo valore assoluto, anche se con un senso ed una portata diversi, D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir.*, 1983, vol. XXXIII, pp. 359 ss., spec. pp. 371 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, 1982, pp. 26 ss.

⁽⁹⁶⁾ Nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si afferma: «L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà [...]. Pone la persona al centro della sua azione». Essa inoltre, all'art. 1, proclama: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Sulla persona umana, “centro” di ogni azione comunitaria vedi G. VETTORI, *Carta Europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *RDC*, 2002, I, p. 670.

⁽⁹⁷⁾ Il Trattato di Lisbona, all'art. 1-*bis* (che ha modificato l'attuale art. 2 TUE), elenca, tra i valori comuni agli Stati membri sui quali si fonda l'Unione quelli della tutela «della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani [...] in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

⁽⁹⁸⁾ P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1990, pp. 88-89. Vedi anche P. STANZIONE, *Le età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in *RDC*, 1989, I, pp. 447 ss.; G. LISELLA, *Rilevanza della «condizione di anziano» nell'ordinamento giuridico*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1989, pp. 800 ss.

⁽⁹⁹⁾ Nel parere 8 aprile 2020, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*. In argomento cfr. anche precedenti documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica: *Etica, sistema sanitario e risorse*, 1998, e *Orientamenti bioetici per l'equità nella salute*, 2001.

⁽¹⁰⁰⁾ Il Comitato, con riferimento al *triage* in emergenza pandemica, ha esplicitato i criteri di “appropriatezza clinica”, intesa come valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto ai bisogni clinici, con riferimento all'urgenza e alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione evidenziando che ogni decisione e programmazione del triage, che deve sempre «evitare la formazione di categorie di persone che poi risultino svantaggiate e discriminate»: parere 8 aprile 2020, cit.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*.

principale»⁽¹⁰²⁾. L'età anziana, pertanto, non può costituire il criterio per effettuare la scelta *tragica*: «un simile criterio contraddice il principio del valore e della dignità della persona in quanto tale, quali che siano le sue caratteristiche personali»⁽¹⁰³⁾.

Ora, dopo la *catastrofe* in cui si è rischiato di perdere di vista «che le persone non sono cose e che in nessun caso si giustifica lo svilimento della loro dignità per effetto della disumanizzazione delle pratiche giuridiche e mediche»⁽¹⁰⁴⁾, anche se, certo, sarebbe «preferibile che non ci fosse bisogno delle catastrofi per capire; ma l'uomo è fatto in modo che ha bisogno della terribile pedagogia della storia». «Il guaio è che, per capire, questa è condizione necessaria ma non sufficiente!»⁽¹⁰⁵⁾, spetta al giurista riappropriarsi del proprio ruolo⁽¹⁰⁶⁾, assolvere il proprio compito «con coraggio e vigilanza»⁽¹⁰⁷⁾ con l'acquisita consapevolezza che tutta l'esperienza giuridica «si raccoglie nella vita della persona [...] nell'assoluta concretezza della persona come principio che dà sostanza e valore a tutta l'esperienza e le sue forme concrete»⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*. Secondo il Comitato «la priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza. Non si deve cioè adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente [...]. È importante poi che la decisione terapeutica concernente i diversi pazienti da trattare, secondo la gravità della loro patologia, sia per quanto possibile il frutto di un consulto tra più medici, per garantire il confronto tra diversi punti di vista ed una scelta la più corretta possibile, e, fatto altrettanto importante, per consentire di condividere la responsabilità ed il peso di una decisione che sarà sempre lacerante». In argomento cfr., in particolare, C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, cit.

⁽¹⁰³⁾ Così Ferrajoli, intervistato da Conti (in *Scelte tragiche e Covid-19*), secondo il quale «il solo criterio accettabile, sarebbe quello rappresentato dalle prospettive di successo dell'intervento sanitario».

⁽¹⁰⁴⁾ Così Ruggeri intervistato da Conti (*ibidem*) secondo il quale «l'idea che si possa (e si debba) “bilanciare” una vita umana con altre vite è, francamente, ripugnante ed insopportabile. Ogni volta che una vita si spegne, l'intera umanità ne esce impoverita senza rimedio; e, quando ciò avviene, i medici cui, in ultima istanza, è demandata la scelta ne risultano comunque sconfitti, anche se grazie al loro operato altre vite sono state risparmiate e recuperate a beneficio dell'intera collettività».

⁽¹⁰⁵⁾ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, pp. 177 ss., ora in G. CAPOGRASSI, *Opere*, Giuffrè, 1959, vol. V, pp. 186 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *FI*, 2002, V, c. 161.

⁽¹⁰⁷⁾ P. GROSSI, *Società, diritto Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, 2006, p. 6.

⁽¹⁰⁸⁾ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit.

I riflessi della normativa anti-Covid-19 sulla tutela della Privacy

di Emanuele Dagnino

Abstract – L'emergenza sanitaria ha richiesto, ai fini della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori rispetto alla diffusione del contagio, la predisposizione di misure invasive rispetto alla privacy dei dipendenti, inedite per oggetto e modalità rispetto agli ordinari trattamenti di dati posti in essere nei contesti aziendali. Notevoli incertezze sono sorte rispetto al quadro normativo risultante dalla integrazione tra discipline lavoristiche e di *data protection* per questi trattamenti di dati, incertezze che nemmeno una specifica attenzione normativa è riuscita a fugare del tutto. Il contributo analizza le discipline applicabili ai diversi trattamenti di dati dei lavoratori interessandosi di ruoli e funzioni, così come vincoli e modalità dei trattamenti da parte dei datori di lavoro. Questi trattamenti hanno interrogato i confini tra interesse pubblico e responsabilità datoriali, cosicché le lezioni apprese nel contesto emergenziale si riveleranno utili per la gestione dei confini tra salute del lavoratore e salute del cittadino.

Abstract – The Covid-19 related public health emergency required the implementation of intrusive measures with reference to the privacy of employees for the purposes of the protection of health and safety of the employees against the spread of the infection. These emergency-related measures and information processing have been unprecedented in terms of object and methods compared to the ordinary data processing practices carried out in the workplace. Considerable uncertainties have arisen with respect to the regulatory framework resulting from the integration between labour and data protection disciplines for the abovementioned data processing. These uncertainties have not been completely allayed by the specific regulatory interventions provided during the pandemic. The contribution analyses the regulations applicable to the different processing of workers' data by taking an interest in roles and functions, as well as constraints and methods of data processing by employers. It can be asserted that this data processing questioned the boundaries between public interest and employers' responsibilities, so that the lessons learned in the emergency context will prove useful for managing the boundaries between workers' and citizens' health and safety that are deemed to be under serious pressure in the near future.

Sommario: 1. Covid-19 e trattamento dei dati dei lavoratori: questioni aperte. – 2. Il trattamento di dati per la certificazione Inps in caso di quarantena precauzionale. – 3. Il trattamento dei dati ai sensi dell'art. 17-*bis* del d.l. n. 18/2020. – 4. L'ambito applicativo dell'art. 17-*bis* e i trattamenti di dati dei lavoratori rilevanti. – 5. Misure datoriali che comportano il trattamento di dati dei lavoratori. – 6. Conclusioni.

1. Covid-19 e trattamento dei dati dei lavoratori: questioni aperte

Le misure di contrasto alla diffusione del Covid-19 producono effetti sulla tutela della protezione dei dati personali in maniera pervasiva, come si evince chiaramente dalla *Raccolta delle principali disposizioni adottate in relazione allo stato di emergenza epidemiologica da*

Covid-19 aventi implicazioni in materia di protezione dei dati personali, tempo per tempo aggiornata da parte della Autorità Garante della Protezione dei Dati Personali ⁽¹⁾.

Per quanto qui di particolare interesse, fin dalle prime fasi della emergenza sanitaria i profili relativi al trattamento dei dati personali dei lavoratori sono stati presi in considerazione specificamente, tanto dalle autorità garanti dei singoli Paesi membri dell'UE ⁽²⁾ quanto dall'*European Data Protection Board* ⁽³⁾. Già da quei primi interventi si è reso evidente come l'emergenza sanitaria e il contrasto alla diffusione del virus nei contesti di lavoro pongano delle problematiche interpretative rispetto ai trattamenti che il datore di lavoro è chiamato o abilitato a porre in essere in considerazione dei suoi obblighi e delle sue prerogative. Oltre a quelli posti in essere dal datore di lavoro, il trattamento di dati dei lavoratori si rende necessario anche da parte di altri soggetti – dagli enti previdenziali (Inps) e assicurativi (Inail) alle autorità sanitarie – al fine di porre in essere le misure necessarie per la gestione della situazione di emergenza sanitaria.

In quest'ottica a rilevare non è tanto il passaggio promosso dalla normativa emergenziale ad una sperimentazione massiva del lavoro a distanza nella forma del lavoro agile ⁽⁴⁾, elemento pur individuato dal Garante, tanto nella sua raccolta di fonti e quanto nei suoi interventi successivi ⁽⁵⁾, così come dalla dottrina nei primi commenti ⁽⁶⁾: su questi aspetti, infatti, i trattamenti consentiti e le modalità degli stessi si inseriscono in un quadro legale – di *data protection* e giuslavoristico – che seppur possa scontare delle carenze applicative, si configura come chiaro e completo. Di maggiore complessità risulta essere, invece, l'inquadramento dei trattamenti di dati dei lavoratori richiesti per l'attuazione di misure precauzionali e prevenzionistiche rispetto alla tutela dal contagio poste in essere dal datore di lavoro o da altri soggetti sulla base di quanto previsto dalla disciplina emergenziale e, nel caso dei datori di lavoro, in ragione delle intese sindacali o, unilateralmente e volontariamente, ai sensi del generale obbligo di tutela della integrità fisica dei lavoratori *ex art. 2087 c.c.*

Da questo punto di vista, occorre segnalare come nella complessa disciplina emergenziale si trovino (i) disposizioni di dettaglio su trattamenti relativi a specifiche misure,

⁽¹⁾ La [Raccolta](#) è disponibile sul sito del Garante Privacy italiano (www.garanteprivacy.it), aggiornamento del 30 luglio 2020.

⁽²⁾ Il Garante Privacy italiano si è espresso sui trattamenti posti in essere da parte dei datori di lavoro a fini di contrasto della diffusione del Coronavirus nei contesti aziendali già in data 2 marzo 2020, con il comunicato stampa [Coronavirus: Garante Privacy, no a iniziative "fai da te" nella raccolta dei dati. Soggetti pubblici e privati devono attenersi alle indicazioni del Ministero della salute e delle istituzioni competenti](#). Come si è avuto modo di sottolineare in sede di prima analisi (E. DAGNINO, [La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici](#), in [Giustizia Civile.com](#), 17 marzo 2020), pur a fronte di un Regolamento comune – il c.d. GDPR, Regolamento (UE) 2016/679 – nei diversi Stati membri si sono sviluppate diverse interpretazioni a riguardo.

⁽³⁾ Sul punto, in particolare, si veda la [Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19](#) adottata il 19 marzo 2020.

⁽⁴⁾ In tema, si veda *infra*, sez. II, M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*.

⁽⁵⁾ Da ultimo si veda, sui rischi in tema di trattamento dei dati connessi alla diffusione di forme di lavoro da remoto, il discorso tenuto il 23 giugno 2020 presso la Camera dei Deputati in occasione della Relazione per il 2019 dell'attività del Garante dal titolo [Protezione dati, emergenza, democrazia](#), diffusamente pp. 5-6.

⁽⁶⁾ Sul punto, in particolare, A. SITZIA, *Coronavirus, controlli e "privacy" nel contesto del lavoro*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 507 ss.

(ii) previsioni di deroga espressa con riferimento ai trattamenti posti in essere per motivi di interesse pubblico da parte dei soggetti deputati alla gestione dell'emergenza e (iii) misure che pure comportando trattamento di dati personali, anche in potenziale deroga alla disciplina vigente, trovano nella normativa dell'emergenza una garanzia per la propria applicazione ⁽⁷⁾, senza che gli aspetti rilevanti in termini di privacy trovino una specifica risposta. Il primo è il caso delle certificazioni ai fini Inps per le assenze da lavoro connesse alla misura della quarantena precauzionale; con riguardo alla seconda tipologia di trattamento – si veda l'art. 17-*bis* del d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020; infine, quanto ai trattamenti carenti di una specifica disciplina sul fronte della *data protection*, il riferimento corre – alle misure che devono essere attuate dai datori di lavoro, previste dalle Parti Sociali all'interno del *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro* (e successiva integrazione) e degli altri *Protocolli* stipulati in sede ministeriale e richiamati dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ⁽⁸⁾.

Premesso un breve riferimento al primo trattamento, ci si occuperà delle modalità applicative della disciplina derogatoria introdotta dal legislatore, così da valutare in che termini essa sia applicabile al trattamento dei dati dei lavoratori, per poi concludere sulle misure precauzionali e prevenzionistiche la cui attuazione è prevista in capo ai datori di lavoro.

2. Il trattamento di dati per la certificazione Inps in caso di quarantena precauzionale

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *d*, del d.l. n. 19/2020, convertito dalla l. n. 35/2020 – che riprende sul punto quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. *b* e *i*, del d.l. n. 6/2020 – può essere adottata quale misura di contenimento della diffusione del Coronavirus la misura della «quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che entrano nel territorio nazionale da aree ubicate al di fuori del territorio italiano» ⁽⁹⁾. L'adozione di tale misura si è riproposta tempo per tempo all'interno del susseguirsi di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che hanno caratterizzato la fase emergenziale. Per quanto qui di interesse, i decreti, oltre a disciplinare le modalità di valutazione e applicazione della permanenza domiciliare precauzionale, si sono preoccupati di gestire i profili delle comunicazioni rilevanti ai fini lavorativi. In particolare, a cominciare dal

⁽⁷⁾ In termini di “legificazione” del Protocollo ad opera dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri si esprime P. 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 *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 1, p. 121.

⁽⁸⁾ Oltre al Protocollo citato, così come integrato il 24 aprile 2020, rilevano il *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel settore del trasporto e della logistica*, stipulato il 20 marzo 2020, e il *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri*, stipulato il 24 aprile 2020.

⁽⁹⁾ Così l'art. 1, comma 1, lett. *d*, a seguito della conversione. Tale disciplina non si applica, ai sensi dell'art. 14 del d.l. n. 18/2020 ad operatori sanitari, operatori dei servizi pubblici essenziali e ai lavoratori del settore farmaceutico. In tema, si veda *supra* G. PICCO, *Lavorare durante l'emergenza in violazione delle prescrizioni: le responsabilità datoriali*, in questa sezione.

d.P.C.M. 1° marzo 2020 si è previsto che «in caso di necessità di certificazione ai fini Inps per l'assenza dal lavoro, si procede a rilasciare una dichiarazione indirizzata a Inps, datore di lavoro [...] in cui si dichiara che per motivi di sanità pubblica è stato posto in quarantena, specificando la data di inizio e fine». Tale previsione si raccorda con quanto previsto dall'art. 26 del d.l. n. 18/2020, laddove si specifica che i periodi di quarantena o di permanenza domiciliare sono equiparati alla malattia e, per quanto qui di interesse, si prevede che «il medico curante redige il certificato di malattia con gli estremi del provvedimento che ha dato origine alla quarantena con sorveglianza attiva o alla permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva» ⁽¹⁰⁾ e si specifica, quanto al certificato medico di malattia a causa Covid-19, che lo stesso continuerà ad essere redatto secondo le consuete modalità ⁽¹¹⁾.

3. Il trattamento dei dati ai sensi dell'art. 17-bis del d.l. n. 18/2020

Per proseguire nell'analisi dei riflessi privacy della disciplina anti-Covid-19, occorre prendere in considerazione l'art. 17-bis del d.l. n. 18/2020 che prevede una disciplina di dettaglio rispetto al *Trattamento dei dati nel contesto emergenziale* ⁽¹²⁾. Con tale disciplina, che ripropone quanto previsto dall'art. 14 del d.l. n. 14/2020, il legislatore ha voluto introdurre una disciplina derogatoria rispetto al trattamento di dati comuni e di categorie particolari di dati, al fine di agevolare l'operatività di quei soggetti direttamente chiamati all'esercizio di funzioni di interesse pubblico nella gestione dell'emergenza. Lo ha fatto operando, da un lato, sulla base giuridica del trattamento e, dall'altro, sulle modalità dello stesso ⁽¹³⁾, "allentando" alcuni dei necessari adempimenti previsti dalla disciplina di cui al regolamento (UE) n. 2016/679 (d'ora in avanti, anche GDPR) e al d.lgs. n. 196/2003 (di qui in poi, anche Codice Privacy). Nello specifico si prevede che alcuni soggetti individuati, su cui si tornerà a breve, possano trattare dati comuni e categorie particolari di dati (ai sensi degli artt. 9 e 10 del regolamento) «che risultino necessari all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19», per motivi di interesse pubblico nel rispetto degli artt. 9, § 2, lett. *g*, *b* e *i*, e 10 GDPR nonché dell'art. 2-sexies, lett. *t* e *u*, del Codice Privacy. In concreto, ad interessare sono, ancorché non esclusivamente, certamente prioritariamente, i dati relativi alla salute. Tali dati sarebbero trattati in quanto connessi ad un interesse pubblico rilevante (lett. *g* e art. 10, nonché con riferimento al diritto interno art. 2-sexies del Codice Privacy), funzionali ad un interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (lett. *i*) o ancora, perché relativi a trattamenti necessari «per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali» (lett. *b*).

⁽¹⁰⁾ Art. 26, comma 3, d.l. n. 18/2020.

⁽¹¹⁾ Art. 26, comma 6, d.l. n. 18/2020.

⁽¹²⁾ Così la rubrica dell'art. 17-bis del d.l. n. 18/2020.

⁽¹³⁾ In tema, A. SITZIA, *op. cit.*, pp. 504 ss.

Con tale intervento, si intende assicurare o “specificare”⁽¹⁴⁾ una idonea base giuridica a trattamenti che di norma sarebbero vietati, salvo il ricorrere di una delle condizioni di cui agli artt. 9 e 10 del regolamento europeo⁽¹⁵⁾.

Ciò detto, con riferimento alla base giuridica del trattamento, l’art. 17-*bis* si preoccupa di intervenire sulla semplificazione di alcuni adempimenti: premesso che il trattamento debba avvenire in conformità ai principi di liceità espressi dall’art. 5 GDPR⁽¹⁶⁾, vengono introdotte delle semplificazioni riguardanti le autorizzazioni, l’omissione o la semplificazione della informativa e la comunicazione dei dati ai soggetti terzi. Quanto alle autorizzazioni al trattamento, che possono essere fornite dal titolare o dal responsabile di un trattamento ad una persona fisica che opera sotto la loro diretta autorità per lo svolgimento di specifici compiti e funzioni⁽¹⁷⁾, si prevede che le stesse possano essere rese in maniera semplificata e, addirittura oralmente⁽¹⁸⁾. L’informativa, in conformità all’art. 23 GDPR – che consente agli Stati membri di introdurre specifiche limitazioni agli obblighi e diritti, laddove ciò sia necessario per salvaguardare specifici interessi pubblici tra cui la sicurezza pubblica e la sanità pubblica – può essere omessa o semplificata⁽¹⁹⁾. Infine, con riferimento alla comunicazione di dati a terzi (quella tra i beneficiari è garantita ai sensi del comma 1), si prevede che, i soggetti che beneficiano delle deroghe al trattamento dei dati per ragioni di interesse pubblico possano comunicare i dati personali di cui sopra anche a soggetti terzi pubblici o privati che non rientrano tra i beneficiari, laddove tale comunicazione sia indispensabile «ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell’emergenza sanitaria in atto»⁽²⁰⁾.

Il regime derogatorio sopra descritto è destinato ad esaurirsi con la fine della situazione emergenziale (individuata inizialmente dalla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 nel 31 luglio 2020, termine prorogato al 15 ottobre 2020 e

⁽¹⁴⁾ In termini di specificazione, ancora, A. SITZIA, *op. cit.*, p. 504.

⁽¹⁵⁾ La disposizione dovrebbe agevolare, per espressa indicazione della relazione di accompagnamento, il riconoscimento di una base giuridica idonea per il trattamento relativo anche alle tecnologie di tracciamento. Per una riflessione sul punto con riferimento anche ai risvolti lavoristici si vedano, nel contesto interno, L. D’ARCANGELO, [Contact tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell’epidemia da Covid-19 \(anche nel rapporto di lavoro\)](#), in [Giustizia Civile.com](#), 8 maggio 2020, e, in ambito internazionale, A. PONCE DEL CASTILLO, [Covid-19 contact-tracing apps: how to prevent privacy from becoming the next victim](#), ETUI Policy Brief, 2020, n. 5.

⁽¹⁶⁾ Si tratta, nello specifico e usando le espressioni proprie del GDPR, dei principi di liceità, correttezza e trasparenza, di limitazione della finalità, di minimizzazione dei dati, di esattezza, di limitazione nella conservazione, di integrità e riservatezza e di responsabilizzazione.

⁽¹⁷⁾ La disciplina del GDPR, pur non prevedendo la figura dell’incaricato al trattamento di cui al previgente art. 30 del Codice Privacy, fa espresso riferimento alle «persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l’autorità diretta del titolare o del responsabile» (art. 4, n. 10, GDPR). L’operatività di tale figura è ora disciplinata all’art. 2-*quaterdecies*, sotto la rubrica *Attribuzione di funzioni e compiti a soggetti designati*.

⁽¹⁸⁾ Art. 17-*bis*, comma 4, d.l. n. 18/2020, che deroga a quanto previsto dall’art. 2-*quaterdecies*.

⁽¹⁹⁾ Art. 17-*bis*, comma 5, d.l. n. 18/2020, che fa salva l’applicazione dell’art. 82 del d.lgs. n. 196/2003, laddove si prevedono ulteriori casistiche di deroga all’obbligo di informativa connesse a situazioni emergenziali o alla tutela della salute e della incolumità fisica.

⁽²⁰⁾ Art. 17-*bis*, comma 2, d.l. n. 18/2020.

successivamente al 31 dicembre 2020) ⁽²¹⁾, momento a partire dal quale tutti i trattamenti devono essere ricondotti alla normalità, secondo le regole previgenti ⁽²²⁾.

A fronte di tale quadro di riferimento – e, al netto, dei dubbi di effettiva corrispondenza della disciplina introdotta rispetto alle modalità di esercizio delle deroghe previste nel GDPR ⁽²³⁾ – risulta fondamentale provare ad individuare quali siano i soggetti che se ne possono avvalere, a fronte di una definizione dell’ambito di applicazione della normativa che non ne chiarisce precisamente i confini. In questo modo è possibile identificare quali siano i trattamenti relativi a dati dei lavoratori che sottostanno a tale regime e, quali, invece, dovrebbero essere ritenuti estranei.

4. L’ambito applicativo dell’art. 17-*bis* e i trattamenti di dati dei lavoratori rilevanti

Ai sensi dell’art. 17-*bis*, comma 1, la disciplina sopra brevemente sunteggiata, trova applicazione con riferimento a «soggetti operanti nel Servizio nazionale della protezione civile, di cui agli articoli 4 e 13 del codice di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, e i soggetti attuatori di cui all’articolo 1 dell’ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, nonché gli uffici del Ministero della salute e dell’Istituto superiore di sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell’ambito del Servizio sanitario nazionale e i soggetti deputati a monitorare e a garantire l’esecuzione delle misure disposte ai sensi dell’articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19». Si tratta di una estensione di quanto inizialmente previsto con riferimento alle attività della sola protezione civile ⁽²⁴⁾.

Con riferimento al trattamento di dati dell’interessato in quanto lavoratore nel contesto del contrasto all’emergenza Covid-19 due sembrano le ipotesi rilevanti: quello del trattamento posto in essere dalle autorità sanitarie per ricostruire i contatti di un soggetto contagiato, considerando anche quelli avuti nell’adempimento della prestazione lavorativa; e quello dei trattamenti di dati realizzati dal datore di lavoro per porre in essere le misure precauzionali e prevenzionistiche. A questi si potrebbe aggiungere, con una specifica disciplina ai sensi del d.l. n. 30/2020 – recante *Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2* – il trattamento attuato ai fini di fornire «con urgenza di studi epidemiologici e statistiche affidabili e complete sullo stato

⁽²¹⁾ Con l’art. 1, comma 3, del d.l. n. 83/2020, in ragione della proroga dello stato di emergenza disposto dalla delibera del Consiglio dei Ministri 29 luglio 2020, il Governo ha disposto la proroga dei termini previsti per molteplici disposizioni connesse al contrasto e alla gestione dell’emergenza epidemiologica. Tra queste le disposizioni di cui all’art. 17-*bis*, commi 1 e 6 (si veda l’allegato 1 del d.l. n. 83/2020). Successivamente, a seguito della ulteriore proroga dello stato di emergenza disposta dalla delibera del Consiglio dei Ministri 7 ottobre 2020, con il d.l. n. 125/2020 il Governo ha modificato il termine di riferimento dell’art. 1, comma 3, individuando il 31 dicembre come data ultima di applicazione delle disposizioni sopra richiamate.

⁽²²⁾ Di «indispensabile misura di salvaguardia» parla con riferimento a tale previsione F. PERRONE, *Questioni di conformità del diritto alla privacy dell’emergenza con il diritto dell’Unione europea*, in *DRI*, 2020, n. 2, p. 584.

⁽²³⁾ Sul punto si condividono le valutazioni di A. SITZIA, *op. cit.*, pp. 504 ss., in merito ai rilevanti profili di criticità della disciplina adottata dal legislatore.

⁽²⁴⁾ Si veda l’ordinanza 3 febbraio 2020, art. 5, su cui G. RESTA, [La protezione dei dati personali nel diritto dell’emergenza Covid-19](#), in [Giustizia Civile.com](#), 5 maggio 2020.

immunitario della popolazione, indispensabili per garantire la protezione dall'emergenza sanitaria in atto» (25). In quest'ultimo caso, con una indagine di sieroprevalenza da parte del Ministero della Salute e dell'Istat, si prende in considerazione un campione di individui selezionato all'interno dei registri statistici, compreso quello del lavoro, e «rilevati anche su base regionale, per classi di età, genere e settore di attività economica» (26).

Se le autorità sanitarie rientrano senza dubbio tra i soggetti ricompresi nella definizione di cui al comma 1 dell'art. 17-*bis* citato, più difficile è la riconduzione dei datori di lavoro nelle categorie dei titolari di trattamenti elencati nella disposizione (27). In questo senso occorre considerare se i datori di lavoro possano inquadrarsi, in quanto tali, tra i soggetti che «monitorano e garantiscono l'esecuzione delle misure previste dai d.P.C.M.».

Certamente, i datori di lavoro sono chiamati a porre in essere le misure previste dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e dai *Protocolli*, in quanto la loro applicazione sia dagli stessi decreti resa obbligatoria. Di per sé non sussisterebbe, quindi, alcuna limitazione nel riconoscere in capo ai datori di lavoro un ruolo nel trattamento di dati per interesse pubblico nel momento in cui vengano chiarite le specifiche funzioni affidate loro rispetto all'emergenza epidemiologica. Occorre, allora, valutare se, con riferimento all'applicazione di tale disciplina, i datori di lavoro possano considerarsi alla stregua di soggetti che esercitano una funzione nell'interesse pubblico nell'ambito del monitoraggio e della garanzia dell'esecuzione delle misure precauzionali e prevenzionistiche (28).

Escluso che i datori di lavoro svolgano un compito di monitoraggio dell'esecuzione quale funzione di interesse pubblico diretto al contrasto dell'emergenza sanitaria (29), occorre definire se essi garantiscono l'esecuzione delle misure o, più semplicemente, sono obbligati alla loro attuazione. Da qui l'applicabilità o meno ai trattamenti da loro posti in essere nel contesto dell'emergenza Coronavirus della disciplina derogatoria. Dinnanzi ad un dato testuale che si presta a diverse interpretazioni, può risultare utile il riferimento ai lavori parlamentari e, in particolare, a due documenti che si esprimono sulla questione: la relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 14/2020 (30) e il dossier del servizio studi del Senato relativo al disegno di legge di conversione del d.l. n. 18/2020 (31).

(25) Art. 1, comma 1, d.l. n. 30/2020.

(26) Art. 1, comma 3, d.l. n. 30/2020.

(27) In termini di applicabilità della disciplina derogatoria si pone Tullini nella relazione al seminario [COVID-19: fase 2. Principi e tecniche per produrre lavorando in sicurezza](#), Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma, Freccia Rossa, 15 maggio 2020, ma senza specificare a quale soggetto di cui al comma 1 riconduca la figura del datore di lavoro.

(28) Non si ritiene, invece, che gli stessi possano considerarsi “soggetti attuatori” per come richiamati dalla disposizione, in quanto collegati ad una specifica individuazione nell'ambito delle attività del Dipartimento della Protezione civile. Sull'inquadramento dei datori di lavoro alla stregua di soggetti attuatori si vedano, però, le considerazioni di F. PERRONE, *op. cit.*, p. 587.

(29) Diverso è il caso dell'attività di monitoraggio posta in essere come adempimento di obblighi derivanti da discipline vigenti cui il datore è soggetto: si pensi, per es., al d.lgs. n. 231/2001.

(30) Ci si riferisce al d.d.l. AC 2428, [Conversione in legge del decreto-legge 9 marzo 2020, n. 14, recante disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19](#).

(31) [Misure per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 cd. “Cura Italia”](#), vol. I, artt. 1-70, 22 aprile 2020.

Partendo dal secondo, si può notare come il servizio studi del Senato, riprendendo sul punto quanto affermato dal servizio studi della Camera con riferimento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 14/2020, intenda la previsione relativa ai soggetti che garantiscono l'esecuzione delle misure come riferito a quei soggetti che «assicurano l'esecuzione delle misure» (Prefetto e personale delle forze armate) ai sensi dell'art. 3, comma 5, del d.l. n. 6/2020 previgente e successivamente, ai sensi, dell'art. 4, comma 9, del d.l. n. 19/2020 ⁽³²⁾. Con riferimento, invece, allo specifico inquadramento della posizione riconosciuta ai datori di lavoro, ad interessare è la relazione al d.l. n. 14/2020. In questa sede, si provvede a delineare gli effetti del comma 2 dell'art. 14, oggi 17-*bis*, rispetto alla possibilità di comunicare categorie particolari di dati e dati comuni a soggetti terzi, pubblici o privati, quale forma di comunicazione ulteriore rispetto a quella che può avvenire ai sensi del comma 1 tra i soggetti ricadenti nelle categorie che accedono al regime derogatorio. In quella sede si afferma che la comunicazione consentita dal comma 2 – come detto ulteriore rispetto a quella tra i soggetti investiti di funzioni di interesse pubblico – si riferisce, per esempio, «ai dirigenti degli uffici pubblici, compresi quelli giudiziari, nonché ai dirigenti scolastici e ai dirigenti delle aziende private e, in generale, a tutti coloro i quali, ricoprendo il ruolo di datori di lavoro, hanno il dovere di adottare ogni misura di sorveglianza nonché precauzionale (ad esempio, sanificazione, separazione del lavoro eccetera) all'interno delle strutture o degli uffici di cui sono responsabili» ⁽³³⁾.

Secondo questa interpretazione, allora, mentre il trattamento da parte di una autorità sanitaria di comunicazione di dati ai datori di lavoro rientrerebbe in questa ipotesi di comunicazione esplicitamente normata, i trattamenti di dati posti in essere dai datori di lavoro nell'adempimento delle misure previste dovrebbero rientrare nella disciplina ordinaria, essendo questi ultimi considerati alla stregua di «soggetti pubblici e privati, diversi da quelli di cui al comma 1».

5. Misure datoriali che comportano il trattamento di dati dei lavoratori

Premesso che, aderendo a tale lettura, i trattamenti posti in essere dal datore di lavoro nell'attuazione di misure preventive e precauzionali non paiono rientrare all'interno dell'ambito applicativo del regime derogatorio, occorre interrogarsi su quale sia il quadro normativo di riferimento delle misure che vincolano i datori di lavoro rispetto all'emergenza epidemiologica.

A fronte di un intervento del Garante Privacy che aveva sottolineato i vincoli posti dalla disciplina di protezione dei dati personali rispetto ad alcuni trattamenti che si stavano diffondendo all'interno dei contesti aziendali – in particolare la richiesta di autocertificazioni rispetto ai contatti intrattenuti e la misurazione della temperatura corporea – sottolineandone l'illegittimità ai sensi delle discipline vigenti ⁽³⁴⁾, le parti

⁽³²⁾ [Ivi](#), pp. 116-117.

⁽³³⁾ Relazione al [d.d.l. AC 2428](#), cit., p. 7. Aderisce a questa interpretazione, G. RESTA, [op. cit.](#) In questi termini, anche se implicitamente, L. D'ARCANGELO, *La tutela dei dati personali nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19 (e oltre)*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), [Covid-19 e diritti dei lavoratori](#), Ediesse, 2020, pp. 127-128, laddove richiama gli obblighi in capo al datore di lavoro ai fini di gestione dei profili privacy delle misure anti-contagio.

⁽³⁴⁾ Sul punto sia consentito il rinvio a E. DAGNINO, [op. cit.](#), cui *adde* A. SITZIA, [op. cit.](#), p. 499.

sociali, chiamate dal Governo ad intervenire, hanno intrapreso la strada del riconoscimento di tali prassi quali misure idonee a contenere il contagio all'interno dei luoghi di lavoro. Con il già richiamato *Protocollo condiviso* del 14 marzo 2020 si è, infatti, prevista la facoltà di sottoporre i lavoratori al controllo della temperatura corporea in fase di accesso ai locali aziendali, nonché, seppur lo si ricavi da una nota, di richiedere una «dichiarazione attestante la non provenienza da zone a rischio e l'assenza di contatti [...] con soggetti risultati positivi al COVID-19»⁽³⁵⁾. Tale facoltà è estesa anche nei confronti di soggetti terzi che dovessero accedere alle sedi aziendali⁽³⁶⁾; si prevede, inoltre, un onere di comunicazione all'autorità sanitaria dei nominativi di lavoratori che dovessero presentare sintomi durante la prestazione lavorativa e di collaborazione per l'individuazione dei soggetti che sono entrati in contatto con il malato, in caso di positività al tampone⁽³⁷⁾, nonché un ruolo del medico competente nella segnalazione di situazioni di particolare fragilità⁽³⁸⁾. A seguito dell'integrazione al Protocollo stipulata in data 24 aprile 2020, le misure implicanti trattamenti di dati personali sono aumentate e riguardano, oltre a quelle già descritte, l'obbligo di informazione gravante sull'appaltatore nei confronti dei committenti in caso di lavoratori positivi al virus⁽³⁹⁾ e i compiti del medico competente, anche con riferimento alla sorveglianza sanitaria di lavoratori rientranti al lavoro dopo l'infezione da SARS-CoV-2, e all'adozione di eventuali test diagnostici «qualora ritenuti utili al fine del contenimento della diffusione del virus e della salute dei lavoratori»⁽⁴⁰⁾.

Il fatto che tali previsioni siano contenute in una fonte contrattuale cui solo successivamente il Governo ha fatto esplicito rinvio ha fatto sorgere alcuni dubbi sulla idoneità del Protocollo a configurare di per sé una valida base giuridica del trattamento⁽⁴¹⁾ e allo stesso tempo a sancire la legittimità di quelle misure che comportano accertamenti da parte dei datori di lavoro relativamente allo stato di salute dei lavoratori, in particolare, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 300/1970⁽⁴²⁾.

La c.d. "legificazione" dei Protocolli ha inciso sullo *status quo*, ma alcuni dubbi sembrano permanere rispetto a questi profili.

Da un lato, seppure in sede europea (EDPB)⁽⁴³⁾ si sia riconosciuta la riconducibilità dei trattamenti relativi alle misure di contrasto alla diffusione del Covid-19 nei luoghi di lavoro a diverse basi giuridiche del trattamento tanto con riferimento ai dati comuni quanto con riferimento alle particolari categorie di dati, non è ancora chiaro per molte di esse quale sia l'esatta base giuridica del trattamento nel disegno complessivo

⁽³⁵⁾ Si veda, per entrambe le previsioni, il *Protocollo condiviso*, art. 2.

⁽³⁶⁾ Ivi, art. 3.

⁽³⁷⁾ Ivi, art. 11.

⁽³⁸⁾ Ivi, art. 12.

⁽³⁹⁾ Ivi, art. 3, a seguito della modifica.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, art. 12, a seguito della modifica. Sulla estensione della sorveglianza sanitaria ("eccezionale") si veda, da ultimo, anche l'art. 83 del d.l. n. 34/2020.

⁽⁴¹⁾ In tema, di nuovo E. DAGNINO, *op. cit.*, e A. SITZIA, *op. cit.*

⁽⁴²⁾ In tema, A. SITZIA, *op. cit.*; di diverso avviso, con limitato riferimento alla rilevazione della temperatura, ma con argomentazione estendibile anche all'eventuale adozione di test sierologici su indicazione del medico competente, F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in *Giustizia Civile.com*, 18 marzo 2020, il quale ritiene che tale misura non comporti alcun rischio di sovrapposizione con l'art. 5 Stat. lav., in quanto non si tratterebbe di una attività di accertamento sanitario di infermità o infortunio, quanto piuttosto di un controllo sanitario di sicurezza.

⁽⁴³⁾ Si veda la [Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19](#), cit.

dell'intervento emergenziale: si tratta di trattamenti posti in essere in funzione di obblighi legali ricadenti sul datore in ragione degli artt. 6, § 1, lett. *c*, e 9, § 2, lett. *b*, GDPR rispettivamente per i dati comuni e i dati relativi alla salute dei dipendenti? Oppure i trattamenti debbono essere ricondotti, pur senza esplicito riferimento e senza le adeguate salvaguardie previste dal GDPR, a trattamenti posti in essere per le finalità di interesse generale che già si è avuto modo di richiamare nell'analisi dell'art. 17-*bis*?

Neanche gli interventi del Garante sono idonei ad eliminare ogni dubbio da questo punto di vista se, come avvenuto durante la Audizione del 13 maggio 2020 presso la Commissione Lavoro del Senato, il Garante stesso richiama dapprima «le esigenze di sanità pubblica quali presupposti di liceità», per poi affermare che «il rischio sanitario da cui proteggere i lavoratori, ai sensi dell'art. 2087 del codice civile oltre che del d.lgs 81/08, ha così reso evidente l'esigenza di coordinare le iniziative datoriali all'interno di un quadro uniforme, articolatosi nei protocolli tra Governo e parti sociali, recepiti con dPCM» (44).

Dall'altro, resta oggetto di interpretazione la riconducibilità o meno delle misure che comportano accertamenti dello stato fisiologico del lavoratore nell'alveo dell'art. 5 Stat. lav. e nel caso, se tramite il riconoscimento operato dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri si possa intendere operante una deroga implicita (45).

Il Garante della Privacy esprimendosi nell'ambito delle FAQ, ha sancito la legittimità di tali comportamenti nei limiti di quanto previsto dal Protocollo, di conseguenza specificando i precisi vincoli al trattamento rispetto alle concrete modalità applicative delle misure (46). Non è dato sapere, dal conciso testo del Garante se a tali conclusioni arrivi per deroga all'art. 5 o per sua inapplicabilità, né a quale base giuridica del trattamento sia da ricondurre il Protocollo.

Specifica attenzione merita, infine, la prassi invalsa in alcune aziende (47) di introdurre specifiche tecnologie di contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2, in alcuni casi tramite tecniche di monitoraggio e tracciamento delle distanze anche tramite tecnologie *wearable*, in altri casi con sistemi di autovalutazione rispetto all'esposizione al rischio

(44) Si veda l'[Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'affare assegnato atto n. 453 relativo al tema Ricadute occupazionali dell'epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro](#), 13 maggio 2020.

(45) Nel senso di una deroga implicita, in quel momento con riferimento esplicito ai trattamenti previsti dal *Protocollo del 14 marzo* (misurazione della temperatura), M.T. CARINCI, [Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi](#), Working Paper ADAPT, 2020, n. 3, pp. 11-12. Con una posizione maggiormente dubitativa, a fronte della genericità delle previsioni, A. SITZIA, *op. cit.*, p. 501.

(46) Si vedano le [FAQ – Trattamento dei dati nel contesto lavorativo pubblico e privato nell'ambito dell'emergenza sanitaria](#). Di particolare rilievo quanto previsto con riferimento alla sottoposizione dei lavoratori a test sierologici, misura che ha riscontrato un notevole interesse, seppure tra notevoli difficoltà interpretative, nei contesti aziendali (si veda, in tema, G. BENINCASA, M. TIRABOSCHI, *Covid-19: le problematiche di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro tra protocolli condivisi e accordi aziendali*, nel volume V di quest'opera). Le [FAQ](#) (§ 7) hanno specificato come sia solo il medico competente a poter stabilire la necessità di un eventuale esame diagnostico e sarà lui soltanto a poter trattare i relativi dati; allo stesso modo ha ricordato che «i datori di lavoro possono offrire ai propri dipendenti, anche sostenendone in tutto o in parte i costi, l'effettuazione di test sierologici presso strutture sanitarie pubbliche e private (es. tramite la stipula o l'integrazione di polizze sanitarie ovvero mediante apposite convenzioni con le stesse), senza poter conoscere l'esito dell'esame».

(47) Si veda V. MARINI, *Misure di contrasto al Covid-19, contrattazione collettiva e tutela della privacy*, nel volume V di quest'opera.

di contagio ⁽⁴⁸⁾. Premesso il necessario rispetto della procedura di cui all'art. 4 Stat. lav. laddove l'introduzione di tali misure dovesse comportare la possibilità di controllo a distanza dei lavoratori – procedura che potrà ritenersi integrata, come già da altri osservato, anche per la mera previsione dell'introduzione della misura in sede di stipulazione di un protocollo aziendale con le rappresentanze sindacali ⁽⁴⁹⁾ – la loro attuazione presuppone una attenta valutazione del rispetto della disciplina di protezione dei dati personali, a cominciare dalle condizioni di liceità del trattamento.

Con le chiare parole del Garante: «Il protocollo tra Governo e parti sociali ammette, sì, anche l'adozione di misure di prevenzione dei contagi “più incisive” di quelle indicate, previa concertazione sindacale, ma sotto il profilo della protezione dati esse potranno ammettersi solo in presenza, tra l'altro, di un adeguato presupposto di liceità. È importante procedere alla valutazione d'impatto privacy (e se del caso anche alla consultazione preventiva del Garante), ogniquale volta il trattamento ipotizzato prospetti un rischio elevato (attenendo a dati “particolari”, svolgendosi su larga scala, utilizzando tecnologie innovative)» ⁽⁵⁰⁾.

6. Conclusioni

La ricostruzione degli effetti della normativa anti-Covid-19 sulla privacy e, nello specifico, sul trattamento di dati dei lavoratori nell'esecuzione delle misure di contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2, ha permesso di delineare un quadro particolarmente frammentato che si presta a molteplici interpretazioni.

Rispetto ad una situazione emergenziale che ha posto non pochi problemi interpretativi con riferimento alla adozione di misure di contrasto, alla legittimità dei relativi trattamenti e alle modalità stesse del trattamento richiesto, il legislatore non è intervenuto con la necessaria chiarezza lasciando ampio spazio alla interpretazione degli operatori. Il vuoto normativo è stato, in parte, colmato dal Garante della Privacy che tramite i già richiamati interventi informali ha tentato di fornire indicazioni utili al fine di orientare l'applicazione di quanto previsto nella alluvionale disciplina emergenziale.

⁽⁴⁸⁾ Diverso il caso dell'utilizzo della app di tracciamento *Immuni* adottata dal Governo italiano, rispetto alla quale – al netto delle illegittimità, chiaramente affermate dal Garante Privacy, di pratiche di costrizione all'uso da parte dei datori di lavoro nei confronti dei propri dipendenti (sul punto si vedano anche le considerazioni di V. AZZOLLINI, *App e datore di lavoro: le “relazioni pericolose”*, in *Pha-studio.net*, 16 giugno 2020) – particolarmente problematica risulta ai fini lavoristici la valutazione degli effetti della notifica di un possibile contatto a rischio, a cominciare dall'insorgenza dell'obbligo di comunicazione di una situazione di pericolo ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 81/2008 (in tema, di veda G. MACHÌ, *Applicazioni di contact tracing ed efficacia giuridica delle notifiche*, in *Boll. ADAPT*, 2020, n. 20).

⁽⁴⁹⁾ In tema, si vedano le considerazioni di Tullini nella relazione citata.

⁽⁵⁰⁾ Così nell'*Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'affare assegnato atto n. 453 relativo al tema Ricadute occupazionali dell'epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro*, cit.

SEZIONE II.
LAVORO AGILE, CONGEDI E PERMESSI

**Il lavoro agile alla prova della
emergenza epidemiologica**

di Marina Brollo

Abstract – Il lavoro da remoto, per effetto della pandemia e dell’accelerazione delle tecnologie digitali, sta assumendo una centralità inedita in Italia (e a livello mondiale) per la salvaguardia dei posti di lavoro. Il contributo esamina l’evoluzione della disciplina del lavoro a distanza pre e post-emergenza, individuando l’emersione di una nuova frattura fra lavoro pubblico e privato, nonché di una diversificazione di funzioni dell’agilità. Inoltre, la nuova modalità di lavoro agile se, per un verso, costituisce una possibile misura di accomodamento ragionevole, per altro verso, alimenta nuovi rischi e pericoli di discriminazione.

Abstract – Remote work, as an effect of the pandemic and the acceleration of digital technologies, is gaining an unprecedented centrality in Italy (just as worldwide) in jobs safeguard. This essay analyses the evolution of remote work legislation before and after the health emergency, identifying once again the emergence of a gap between the public and private sectors, as well as a diversifications of agility functions. Moreover, such new agile-working methods, despite being on one hand a potentially reasonable work arrangement, on the other hand pose the threat of fuelling new risks of labour discrimination.

Sommario: 1. Il lavoro da remoto al tempo del Covid-19: “la forza delle cose”. – 2. Il lavoro agile *ante-emergenza*: una possibilità di lavoro “*anytime, anywhere*”. – 3. Il lavoro agile d’emergenza: una necessità urgente di telelavoro (integrale e da casa). – 3.1. La disciplina emergenziale: dal c.d. *lockdown* alle leggi di conversione dei decreti *rilancio* e *agosto*, in attesa di una riforma della l. n. 81/2017. – 3.2. Il rapporto di lavoro d’emergenza: agile ma semplificato e più differente tra pubblico e privato. Organizzazione *versus* conciliazione. – 4. Oltre l’emergenza: il lavoro agile quale misura di inclusione per i lavoratori “fragili” e per i lavoratori genitori. – 4.1. Le tutele per i lavoratori fragili per ragioni di salute. – 4.2. Le tutele per i lavoratori genitori. – 4.3. La prima giurisprudenza sul diritto speciale al lavoro agile. – 5. Il rischio: il lavoro fr/agile. – 6. L’incognita: l’indice di fattibilità del lavoro agile di qualità.

1. Il lavoro da remoto al tempo del Covid-19: “la forza delle cose” ⁽¹⁾

Nella cornice dell’emergenza epidemiologica, “la forza delle cose” sembra aver creato una brusca discontinuità epocale. Ci ha catapultati in un futuro di separazione tra

⁽¹⁾ Prendo a prestito il noto titolo delle memorie di Simone De Beauvoir (Einaudi, 1966) per ritrarre l’attuale epoca della pandemia. La stessa formula ha orientato la presentazione delle diapositive dedicate a *La complessità dello smart working tra opportunità e rischi per lavoratori e imprese* nel webinar del 16 settembre 2020 (*Lo smart working tra privato e pubblico*, Università Federico II Napoli, 16 settembre

presenza fisica e localizzazione virtuale dell'attività che credevamo lontano: quello in cui moltissime persone lavorano, nel settore pubblico e in quello privato, al *computer/tablet/smartphone*, distanti fisicamente dai luoghi di lavoro, da colleghi, fornitori/clienti, studenti, ecc., ma *iper*-connesse attraverso la rete di Internet.

L'inedita e cupa situazione – di grande disorientamento e incertezza, con una drammatica esperienza globale di paura e preoccupazione anche sul fronte delle responsabilità datoriali – ha introdotto negli ambienti di lavoro una nuova categoria di potenziale rischio da agente biologico (ai sensi dell'art. 268 del d.lgs. n. 81/2008), completamente diverso rispetto a quelli sinora conosciuti, a causa di un microorganismo invisibile, sconosciuto e subdolo che si intrufola dappertutto e persiste a lungo sulle superfici contaminate. Tale rischio di infezione per la persona ci costringe a modificare le modalità di lavoro e di vita, ricercando, ove possibile, un distanziamento nella vita quotidiana (lavorativa e sociale) in funzione della cura dei corpi; distanziamento fisico reso fattibile dalle tecnologie che permettono di restare in relazione, o meglio in rapporto (anche di lavoro), senza prossimità, cioè “a distanza”.

Già nella fase 1 – della prima emergenza e del blocco delle attività – fra le misure igieniche per prevenire e contrastare la diffusione del Covid-19 (ovvero da virus SARS-CoV-2, come ribattezzato) ha assunto una centralità inedita il lavoro eseguito fuori dai classici luoghi di lavoro, *rectius* in quarantena casalinga con una risistemazione della suddivisione degli spazi abitativi (§ 4.1); ovviamente ove tecnicamente possibile (§ 4.2). Il lavoro in modalità a distanza, per le sue caratteristiche di isolamento e distanziamento, costituisce una cura non farmacologica sicuramente efficace per proteggere la salute pubblica delle persone che continuano a lavorare.

Nella fase 2, le preoccupazioni sanitarie hanno incrociato quelle economiche, con la parziale e progressiva riattivazione delle attività produttive e lavorative, in coesistenza con il rischio *virus*. Anche in questo scenario, il lavoro da remoto (ove utilizzabile: si veda § 4.2) – calato in un contesto di concorrenza globale e di pandemia – continua ad essere l'antidoto preferito contro il contagio, quale strumento di prevenzione e precauzione utile e modulabile; lo è anche in quanto non presenta i costi degli ammortizzatori sociali o dell'integrale perdita della retribuzione.

Da qui la consapevolezza che, nei periodi di grande emergenza, il lavoro a distanza è non solo una *possibilità* (cioè una libertà), ma una vera e propria *necessità* urgente (cioè una coazione per ragioni di salute pubblica) – per molte aziende e gran parte delle pubbliche amministrazioni, nonché per milioni di lavoratori – utilizzato in virtù di un fenomenale e rapido salto in avanti delle organizzazioni e delle persone nell'uso delle innovazioni tecnologiche; con una sorta di salto “di specie” per cui il lavoro passa dalla modalità analogica a quella digitale.

La modalità di lavoro non in presenza è resa possibile grazie all'utilizzo di dispositivi informatici (stando ai dati delle vendite, con una rivincita del *personal computer* rispetto a *tablet, smartphone, phablet*, ecc.), di piattaforme digitali (*Zoom, Teams, Meet, Hangouts*, ecc.) e dell'ecosistema della comunicazione. È vero, questi artefatti tecnologici erano già a nostra disposizione, ma – per varie ragioni (*in primis* di cultura aziendale e digitale)

2020). Il contributo è destinato agli studi in onore del professor Alessandro Garilli, con stima e affetto per il suo contributo all'evoluzione del diritto del lavoro.

– la loro possibilità di desincronizzare e “scollare” (2), cioè di flessibilizzare, l’attività lavorativa rispetto ad un posto e orario predeterminato e fisso risultava fortemente sottoutilizzata.

Nell’attuale fase 3, con la ripartenza e frenata – confidando di evitare una seconda ondata del Covid-19 – il lavoro agile ritorna ad essere una libertà, seppur con caratteristiche ancora emergenziali.

Prima dell’emergenza epidemiologica, come vedremo nel prossimo paragrafo, il lavoro a distanza, nelle sue varianti giuridiche, era per lo più una mera *possibilità* incentrata sul consenso di datore e lavoratore. Inoltre, l’intima connessione tra forme di lavoro digitale e attività lavorativa a distanza è rimasta sullo sfondo nella normativa italiana sia del settore pubblico, sia di quello privato, seppur la contrattazione collettiva ha coltivato significative sperimentazioni nelle grandi aziende tecnologicamente più avanzate.

Così nell’interpretazione della legge non era emersa con diffusa evidenza la consapevolezza che l’innovazione tecnologica – con un processo circolare – cambia radicalmente l’organizzazione del lavoro e della produzione, nonché il modo in cui si lavora, e ne è a sua volta condizionata. Come ci stiamo rendendo conto, la rivoluzione digitale e l’automazione scompongono e ricompongono i processi lavorativi (e le catene globali del valore) (3) alimentando l’esigenza di sperimentare forme nuove di regolazione del lavoro, con una maggior rilevanza del “cosa” il lavoratore fa – rispetto al “dove” e al “quando” lo fa – con ricadute pure sull’identità professionale (e forse la stessa qualificazione giuridica) di “chi” lo fa.

La pandemia, quale “fulmine a ciel sereno”, ci ha reso consapevoli che il futuro del lavoro sarà sempre più esposto al condizionamento da fattori esogeni.

Come noto, l’emergenza ha attivato un inedito esperimento di massa di lavoro “da remoto” (4), dando luogo ad una discontinuità che ci ha trovato impreparati, anche se in pratica ha accelerato processi e fenomeni che erano già *in nuce*. La complessa situazione di emergenza travolge e stravolge l’attuale organizzazione dei luoghi e dei tempi di lavoro in molte attività economiche, con ricadute sull’intero territorio estero. In particolare, l’emergenza determina una sorta di accelerato processo di alfabetizzazione digitale coatta. Data la natura dell’epidemia, la contaminazione delle modalità digitali di lavoro si diffonde a livello globale. Così l’impatto dell’attuale crisi mette in discussione il punto di vista con cui guardare il valore e il ruolo del lavoro nel futuro,

(2) Come ben colto da L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, 2017: una delle principali caratteristiche delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione digitali è proprio la capacità di scollare e incollare buona parte degli elementi che abbiamo ereditato dalla cultura moderna. Da ultimo, si veda anche L. TADDIO, G. GIACOMINI (a cura di), *Filosofia del digitale*, Mimesis, 2020.

(3) Cfr., fresco di stampa, V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Giappichelli, 2020.

(4) Per una considerazione del lavoro a distanza pandemico come un lavoro “da remoto” rinvio, da subito, allo stimolante ed approfondito volume multidisciplinare, articolato su 5 sezioni (e appendice normativa), a cura di M. MARTONE, *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l’emergenza*, in *QADL*, 2020, n. 18, con *prologo* di Persiani, *introduzione* di Martone e i *contributi* di Bentivogli, Carinci, Celli, De Luca Tamajo, De Masi, Di Raimondo, Le Foche, Leonardi, Visentini, Zanardi, Boscati, Del Conte, Esposito, Ferrari, Maio e Zilio Grandi.

insomma è un *fatto* di grandi cambiamenti nel mercato del lavoro che può disegnare una vera e propria faglia nella formazione ed evoluzione del diritto del lavoro.

Il vortice del cambiamento, nell'immediato, con la forza delle cose influenza il *modus operandi* e la mentalità di ogni persona (nei diversi ruoli di datore, lavoratore, consumatore, ecc.) a cui è chiesta una riprogettazione e una visione diversa, anche ambientale. Non è chiaro *cosa* resterà come lascito strutturale e sistemico della pandemia ⁽⁵⁾, quali tracce emergeranno per disegnare il futuro del lavoro, ma di sicuro queste dipenderanno anche da *come* è gestita, vissuta, percepita e narrata la fase di emergenza, nonché da quanto tempo durerà.

Di più, la sperimentazione del lavoro da remoto costituisce un prezioso *case study* per indagare l'impatto delle tecnologie digitali sul lavoro del futuro, anche di quello che si svolgerà nei locali aziendali, ma con ampi spazi di autonomia individuale in particolare per quanto concerne orari, spazi e finanche compiti.

Come segnalato, l'eccezionale spinta alla digitalizzazione del lavoro, a livello globale, non proviene dal fronte tecnologico che stavamo monitorando, con forte preoccupazione per la tenuta dell'occupazione, bensì dall'imprevedibile (ma non per i virologi!) ⁽⁶⁾ emergenza della pandemia da Coronavirus, veicolata in tutto il mondo proprio dalla rete logistica mondiale.

Il *boom* del lavoro a distanza è spinto e forzato, quindi, non dall'avanzamento della tecnologia, bensì dalle paure primordiali per la salute della persona e dall'esigenza di ridurre la presenza nei luoghi di lavoro ⁽⁷⁾; paura, questa, trasportata dalla Cina al resto del mondo, in tempo reale, per via dell'altra rete tessitrice della grande trasformazione, quella della logistica. Non c'è dubbio, la reazione istintiva di fronte alla paura del contagio è quella della disconnessione fisica, del richiudersi negli spazi limitati sicuri e protetti, a partire dalla propria casa.

Ma la paura per la salute non viaggia sola, è accompagnata da quella per l'economia, cioè dalla preoccupazione di salvaguardare, nel contempo, l'attività lavorativa. Non a caso, l'emergenza sanitaria ⁽⁸⁾ si è già trasformata in crisi economica e sociale ⁽⁹⁾. Se

⁽⁵⁾ Per un tentativo di individuare cosa rimarrà del lavoro agile pandemico, oltre al volume cit. nella nota precedente, rinvio a B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in RIDL, 2020, n. 2, I, pp. 215 ss.; ID., *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 2, pp. 1 ss., sul punto pp. 30 ss. (con una attenta rassegna stampa, anche internazionale, della cronaca estiva e dei reportage); R. ROMEI, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, n. 4, pp. 423 ss.; L. ZOPPOLI, *Dopo la digitalizzazione: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2020, n. 421; M. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *MGL*, 2020, n. 3, pp. 615 ss. Per le ricadute sul piano organizzativo (con la condivisibile consapevolezza dell'inestricabile intreccio di modifiche anche sul piano della professionalità) si veda F. BUTERA, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a banda larga*, in *Studi Organizzativi*, 2020, n. 1, pp. 142 ss.

⁽⁶⁾ Sta diventando un classico D. QUAMMEN, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie*, Adelphi, 2013: la pandemia era largamente annunciata e del tutto prevedibile in un mondo "fuori controllo" e globalizzato.

⁽⁷⁾ Illuminante la lettura di P. LEGRENZI, *Paura, panico, contagio*, Giunti, 2020.

⁽⁸⁾ Rinvio, per tutti, a F. LE FOCHE, *Lavoro da remoto e contrasto della pandemia. La prospettiva sanitaria*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

⁽⁹⁾ Prontamente colta negli editoriali di M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, di V. FILÌ, *Diritto del lavoro e dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, e di D.

così è, accanto alla curva dei contagi dobbiamo studiarne con preoccupazione altre due, con effetti anch'essi potenzialmente letali: la curva di resistenza dell'economia e quella della tenuta sociale del Paese.

Emergono così le forze opposte dell'emergenza: davanti alla paura del contagio, l'essere umano cerca la disconnessione fisica rifugiandosi nel luogo più familiare; dinanzi al timore della disoccupazione, la persona cerca la connessione sociale facendosi raggiungere ove possibile, dal proprio lavoro dentro le mura di casa. Tali forze opposte – di disconnessione (fisica) e di connessione (lavorativa) – trovano una conciliazione, temporanea, nel rifugio del lavoro a distanza dal proprio domicilio.

Il lavoro da remoto (in modalità totale) con l'emergenza epidemiologica, con un balzo veloce e impensabile, da fenomeno di nicchia nella vita aziendale (meno di 600.000 posti) ⁽¹⁰⁾ è diventato in poco tempo del tutto centrale (si stimano da 6 a 8 milioni di lavoratori da casa, in linea con il lavoro da remoto in Europa) ⁽¹¹⁾, a testimonianza di una notevole reattività e straordinaria resilienza del sistema italiano (imprese, istituzioni e persone), nonostante i noti problemi strutturali e demografici. Non c'è dubbio, però, che il lavoro (e la socializzazione) da remoto è resa possibile dalle opportunità offerte della tecnologia e dalla sua presenza reticolare nel vissuto della realtà quotidiana (famiglia, lavoro e scuola) non soltanto dei “nativi”, ma anche degli “immigrati” digitali. Da qui, l'emersione di un importante effetto retroattivo, con riflessi positivi e negativi: il fattore propulsivo dell'emergenza che si manifesta nell'accelerazione di utilizzo delle tecnologie (specie digitali), sperimentandone usi e alimentando rischi anche impreveduti, dato che il digitale rompe di fatto il vincolo spazio-temporale di molte attività, non solo di tipo professionale.

La paura del contagio sta accelerando, in maniera forzata e drastica, le possibilità di utilizzo per tutti delle tecnologie disponibili ⁽¹²⁾ e le crescenti opportunità di interconnessione tra cose e persone. Le nuove esperienze e memorie collettive di vita vissuta (lavoro a distanza, video conferenze, didattica a distanza, acquisti *online*, ecc.) cambiano mentalità e abitudini esistenziali e lavorative lasciando tracce profonde nel modo di abitare il mondo e il lavoro del futuro.

GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, tutti in *LG*, 2020, n. 4, pp. 321 e 332, e n. 5, p. 429.

⁽¹⁰⁾ Secondo i dati Eurostat relativi al 2019, l'Italia si collocava in coda fra i Paesi dell'Unione europea per l'impiego del lavoro telematico da casa. Inoltre il rapporto Auditel-Censis segnala che lo stesso anno quasi 3 milioni e mezzo di famiglie non disponevano di collegamento ad internet.

⁽¹¹⁾ Cfr. i *Report* dell'Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano sui dati dello *smart working* in Europa e in Italia, in www.osservatori.net e i dati delle due indagini della Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro: *Tempo di bilanci per lo smart working. Tra rischio retrocessioni e potenzialità inesprese*, e *Crisi, emergenza sanitaria e lavoro nelle PMI*, entrambe in www.consulentidellavoro.it/siti-istituzionali/fs. Sull'evoluzione incrementale del telelavoro affidato alle tecnologie digitali nel XXI secolo (specie nel settore dei servizi) si vedano le indagini dell'ILO: JON C. MESSENGER, *Telework in the 21st Century. An Evolutionary Perspective*, 2019; ILO, EUROFOUND, *Working anytime, anywhere: the effects on the world work*, 2017; EUROFOUND, *Living, working and COVID-19, COVID-19 series*, 2020; WEF, *The future of Jobs Report*, ottobre 2020. Per un caso nostrano si veda il *Report* di monitoraggio, *Lo smart working a Veneto Lavoro*, 2020, in www.venetolavoro.it. Per una (condivisibile) sensibilità per i dati del fenomeno nel contesto giuridico si veda M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

⁽¹²⁾ Le malattie e le guerre sono da sempre fra i principali acceleratori dei processi di innovazione: J. DIAMOND, *Armi, acciaio e malattie. Breve storia del mondo negli ultimi tredicimila anni*, Einaudi, 1998.

Questa convivenza forzata, figlia del bisogno di sicurezza, con le utilità delle tecnologie di distanziamento (senza “se”, ma con molti “ma”, visto il degradarsi delle forme di socialità e di identità) può comunque aiutarci a comprendere le loro caratteristiche essenziali e le implicazioni che derivano dall'utilizzo su larga scala. Da qui la possibile rivoluzione nel modo non solo di lavorare, ma anche di pensare e disegnare il lavoro, rafforzando le traiettorie sostenibili della straordinaria e dirompente potenza (a costi calanti) dell'innovazione digitale. La tecnologia apre, quindi, inedite potenzialità e scenari di sviluppo, anche per il capitale umano, per una nuova visione manageriale e di relazioni industriali, se ed in quanto impareremo ad affrontarla con una cassetta degli attrezzi in parte diversa da quella novecentesca.

Paradossalmente, la tecnologia, mentre alimenta preoccupazioni per i possibili effetti distruttivi del lavoro umano in azienda, ci aiuta a conservare il lavoro, in ambiente casalingo. L'innovazione tecnologica, vissuta in negativo come rischio di perdita del lavoro, viene rovesciata in positivo, quale misura di prevenzione della salute e addirittura di conservazione dell'attività lavorativa. La tecnologia, quindi, offre straordinarie opportunità, ma anche nuovi rischi ed esigenze di tutela della persona che lavora a distanza nel mondo a parte della rete di Internet in cui evapora il confine tra dentro e fuori dallo schermo, tra (tempo e luogo di) lavoro e di non lavoro.

È facile prevedere che, nelle azioni di rilancio e ricostruzione *post-virus*, anche in conseguenza del ricambio generazionale, il digitale farà la differenza: le tecnologie disegneranno la nuova architettura per l'economia, per l'organizzazione del lavoro, nonché per la vita quotidiana, con una linea d'ombra sfumata (se non una crescente ibridazione) tra *off* e *on line*, come sintetizza il paradosso dell'identità “*online*”⁽¹³⁾.

A conti fatti, quello di cui ora stiamo parlando non è soltanto un (tele)lavoro a distanza (come inteso trenta anni fa), ma è un *altro* modo di lavorare (necessariamente) ben sintetizzato dal termine di lavoro “*ubiquo*” suggerito da autorevole dottrina⁽¹⁴⁾. Un nuovo modo di lavorare “ibrido” che – supportato e “aumentato” dall'intelligenza artificiale e dalle innovazioni digitali – potrebbe far riemergere tracce di un passato contadino o artigiano, con un *mix* di lavoro e vita familiare svolti sotto lo stesso tetto, anche intrecciati nelle medesime fasce temporali, con una commistione di compiti e un flusso senza interruzioni e senza confini (per esempi di vita vissuta: ascoltare un *webinar*, mentre si fanno piccole faccende domestiche o si cammina).

(13) Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, 2017. Molto stimolante anche la lettura di due recenti saggi di R. BALDWIN, *La grande convergenza. Tecnologia informatica, web e nuova globalizzazione*, Il Mulino, 2018, p. 20, che nell'anticipare il futuro della globalizzazione – al fine di ridurre i vincoli che ostacolano la separazione della produzione dal consumo – immagina una probabile riduzione dei costi di trasporto (dopo quelli, già realizzati, dei beni e delle idee) delle persone, cioè del costo (anche in termini di tempo) di trasferire le persone da un luogo all'altro, con l'uso di tecnologie, quali la “telepresenza” e la “telerobotica”, per separare fisicamente le prestazioni di lavoro dai lavoratori; R. BALDWIN, *Rivoluzione globale. Globalizzazione. Robotica e futuro del lavoro*, Il Mulino, 2020. Cfr. anche U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, Einaudi, 2000; S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Bollati Boringhieri, 2019; R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, 2019. Per le questioni giuridiche, con impostazioni differenti, cfr. P. ICHINO, *L'intelligenza al lavoro*, Rizzoli, 2020; E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, 2019; V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *ADL*, 2018, pp. 1414 ss.

(14) Come suggerito da F. BUTERA, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working*, cit., p. 144.

In questo *frame*, il lavoro da remoto – in modalità non totale, ma parziale – presumibilmente costituirà una forma importante di lavoro del futuro prossimo venturo, se non una pratica comune, nel settore pubblico e privato, in quello dipendente e in quello autonomo, anche libero professionale (vedi le udienze *online*). Si tratta di una concreta e intrigante ipotesi per chi può lavorare a distanza, ma bisognosa di opportune regole.

Come intuibile, non tutte le attività economiche possono essere svolte *in toto* o in parte con modalità di lavoro agile: importanti servizi essenziali mai sospesi (*in primis* sanità, assistenza e trasporti) e importanti settori produttivi sospesi e poi riaperti (ad esempio: produzione manifatturiera, edilizia, e lo stesso commercio a meno che non vi sia una conversione all'*online* assistito) presentano una bassa fattibilità di *smart working* (si veda il § 4.2).

Per la mappatura delle cautele del lavoro a distanza bisogna apprendere e trasformare le difficoltà della sperimentazione necessitata e forzata dell'emergenza in un monito per far emergere le regole per rendere il lavoro veramente agile, nel senso pieno della parola, cioè sostenibile per datori e lavoratori, spesso lavoratrici.

2. Il lavoro agile *ante-emergenza*: una possibilità di lavoro “*anytime, anywhere*”

Per cogliere le caratteristiche e le eredità del lavoro agile dell'emergenza epidemiologica, è opportuno prendere le mosse dalla disciplina previgente di lavoro a distanza, anche in quanto questa sarebbe destinata a ritornare la *regola* rispetto all'*eccezione* del periodo di emergenza; salvo interventi correttivi del legislatore, già in cantiere.

Come noto, l'antenato prossimo del lavoro agile è il telelavoro del decennio '90, a sua volta, parente lontano del lavoro a domicilio degli anni '70. Le tre varianti di lavoro a distanza prevedono modalità flessibili di occupazione che mettono in crisi contemporaneamente due indicatori tradizionali della subordinazione ritenuti “naturali”: il *luogo* (entro i confini del perimetro aziendale) e l'*orario* (entro le sequenze temporali unitarie e sincronizzate) di lavoro e di non lavoro dell'organizzazione sociale dell'impresa⁽¹⁵⁾; con ricadute indirette sulla stessa nozione cardine del diritto del lavoro.

Non a caso, già la l. n. 877/1973 qualifica la subordinazione del lavoratore a domicilio «in deroga a quanto stabilito dall'art. 2094 c.c.» e il telelavoro viene disciplinato (dalla legge, dall'autonomia collettiva e individuale) come una tipologia diversa dalla normalità⁽¹⁶⁾. La *querelle* sulla destrutturazione della subordinazione non è quindi una novità

⁽¹⁵⁾ Da ultimo S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020.

⁽¹⁶⁾ Ricordo che il telelavoro è disciplinato da una normativa, precisa e rigida, soltanto nelle pubbliche amministrazioni: art. 4, comma 1, della l. n. 191/1998; regolamento (d.P.R. n. 70/1999), accordo quadro nazionale del 2000, CCNL 2001 e 2014 (per l'Inps). Da ultimo, in concorrenza con il nuovo lavoro agile, è intervenuto l'art. 14 della l. n. 214/2015 e la dir. Madia n. 3/2017 (si veda la prossima nota 28). Nel lavoro privato, invece, manca una legge speciale sul telelavoro seppur l'Accordo quadro europeo del 2002 – recepito nell'accordo interconfederale del 2004 – è stato preso indirettamente a riferimento dal TU sulla sicurezza (d.lgs. n. 81/2008, ad es. con l'obbligo per il datore di prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza) e dal codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003) dall'intrusione nella sfera di riservatezza. In mancanza di una legge, in presenza di

del lavoro agile ⁽¹⁷⁾. Ma ora è cambiato il contesto in cui i confini tra subordinazione e autonomia diventano sempre più vaghi e sfumati, come svela la vicenda dei c.d. *riders*. Tuttavia il legislatore la tacita inglobando l'agilità dentro il contenitore legale della subordinazione *ex art.* 2094 c.c., quale modalità di lavoro che fornisce risposte alle sfide di un aumento dell'autonomia e della responsabilità del dipendente.

Quello che è sicuramente cambiato nell'evoluzione della disciplina del lavoro a distanza è il contesto economico-sociale e, soprattutto, tecnologico di riferimento: dapprima meccanico, poi analogico e ora digitale. Quest'ultimo si differenzia dai precedenti per le potenzialità trasformatrici delle innovazioni, il tipo e la velocità del cambiamento.

Non c'è dubbio, il lavoratore subordinato che "auto-organizza" tempo e luogo dell'attività lavorativa, con un processo dinamico dal basso, e che lavora per obiettivi o progetti interagendo con il datore ricorda il prototipo del lavoratore a domicilio "a cottimo", anzi diventa, di fatto, molto simile al lavoratore autonomo, data anche l'eventualità di una traslazione di una parte del rischio di impresa dal datore al lavoratore, con possibili conseguenze di ibridazione o di osmosi delle nozioni giuridiche fondanti la separazione binaria delle monolitiche categorie tradizionali del nostro diritto del lavoro (subordinazione *versus* autonomia).

Secondo la narrazione prevalente, il telelavoro non ha attecchito – sia nel pubblico, sia nel privato – per la sua regolamentazione troppo complicata e rigida. Ritengo, invece, che la resistenza principale dipenda dalla forza delle cose: il ritardo tecnologico, l'età del personale sempre più avanzata e l'inadeguata formazione digitale, e soprattutto la cultura organizzativo-manageriale modellata sull'immagine novecentesca della fabbrica fordista con le sue rigidità e i controlli verticali di luogo e orario di lavoro. Salvo casi eccezionali – di lavoratori, spesso lavoratrici, "fragili" per ragioni di cura dei figli e/o assistenza degli anziani, ovvero di disabilità o esposizione ai rischi – ha prevalso su ogni altra innovazione la mentalità del lavoro dentro l'"ufficio-fabbrica", cioè a contatto fisico con la comunità aziendale ⁽¹⁸⁾. Pur avendo avuto una modesta diffusione, la regolamentazione del telelavoro resta, tuttavia, un'importante pietra di paragone per i nuovi modi di lavorare.

La normativa che per prima ha disciplinato il lavoro agile in Italia – noto all'estero e in molti contratti collettivi all'ital-inglese, come *smart working* – è entrata in vigore dal 14 giugno 2017, a seguito della l. n. 81/2017, c.d. "Statuto dei lavoratori autonomi", recante «Misure [...] volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del

contratti collettivi con i noti vincoli di efficacia soggettiva, il telelavoro nel settore privato è regolato fondamentalmente dai contratti individuali, con tutte le difficoltà connesse: M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, in *LG*, 2009, n. 7, pp. 663 ss. Cfr. anche L. GAETA, P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998.

⁽¹⁷⁾ Fra gli altri, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2017, n. 327; A. PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, n. 1, pp. 111 ss.; A. LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *RGL*, 2019, n. 1, pp. 25 ss. La questione non è nuova, ma pone problemi nuovi a temi classici del diritto del lavoro: F. SANTONI, *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, n. 4, sul punto pp. 931 ss.

⁽¹⁸⁾ Per tutti, rinvio alle illuminanti riflessioni di F. BUTERA, *Organizzazione e società. Innovare le organizzazioni dell'Italia che vogliamo*, Marsilio, 2020.

lavoro subordinato»⁽¹⁹⁾. Il Capo II regolamenta, con sei articoli (18 ss.), in modo organico seppur scarno, la versione “genuina” del lavoro agile⁽²⁰⁾ quale variante di lavoro subordinato, assecondando – ma soltanto in parte – tendenze già emerse in alcuni contesti produttivi e spesso recepite nella negoziazione collettiva del settore privato (per lo più: di livello aziendale, nelle grandi imprese, specie multinazionali).

È indicativo che la norma di disciplina del lavoro agile abbia un collocamento “anomalo” essendo sistemata nell’ambito dello Statuto del lavoro autonomo.

Il lavoro agile permette, mediante accordo tra le parti individuali, di far “vibrare” lo spazio e il tempo nel rapporto di lavoro subordinato oltre i vincoli tradizionali del potere direttivo⁽²¹⁾, lavorando anche per obiettivi o progetti, con conseguente misurazione e valutazione sul risultato raggiunto (cioè sull’apporto del singolo alla creazione di valore per l’impresa) piuttosto che in base ai parametri classici, quali l’ora di lavoro fissa e la presenza fisica nei locali aziendali. Da qui l’esigenza di programmarne l’utilizzo del lavoro agile in un contesto organizzativo diverso, di *project management*, integrato con le tecniche del *change management*, con idonea informazione, condivisione e formazione di dirigenti e dipendenti⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Per un’analisi organica della disciplina del 2017 si rinvia a D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, pp. 345 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, pp. 461 ss.; A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, pp. 165 ss. (ed ivi segnalò il contributo di R. PESSI, R. FABOZZI, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, p. 227); M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Jovene, 2018. Cfr. inoltre C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell’economia digitale*, Giappichelli, 2018; A. OCCHINO, *Il lavoro e i suoi luoghi*, V&P, 2018, pp. 125 ss.; G. RICCI, *La nuova disciplina del “lavoro agile”*, in NLCC, 2018, n. 3; S. CAIROLI, *Il lavoro agile*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Omnia*, Giappichelli, in corso di pubblicazione; nonché gli ulteriori contributi segnalati nelle prossime note. Cfr. anche E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2107*, ADAPT University Press, 2017.

⁽²⁰⁾ Così F. CARINCI, *Dall’ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., cogliendo il *trait d’union* fra lo statuto dei lavoratori e lo statuto del lavoro agile, delineato dalla legge del 2017, nonché la sua ragione profonda di «una trasformazione dell’intera organizzazione del lavoro, che vada ben oltre l’esportazione all’esterno di mansioni ripetitive, costruite a misura di un lavoro predeterminato nel suo spazio/tempo di svolgimento».

⁽²¹⁾ Rinvio a A. BOSCATI, *L’inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

⁽²²⁾ Cfr. P.G. CELLI, *Il lavoro da remoto: una sfida per il cambiamento organizzativo per i manager*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.; M. CORSO, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale, lo smart working*, in DRI, 2107, n. 4, pp. 979 ss. Per un’analisi del cambiamento organizzativo dal punto di vista consulenziale cfr. A. VISENTINI, S. CAZZAROLLI, *Smart working: mai più senza. Guida pratica per vincere la sfida di un nuovo modo di lavorare*, Franco Angeli, 2019, con prefazione di Del Conte: per implementare lo smart working è fondamentale che le aziende lo adattino al proprio contesto dal punto di vista culturale, organizzativo, regolativo ed economico, da qui l’acronimo del metodo “CORE” di queste quattro aree che costituiscono i passaggi e le dimensioni fondamentali di un complesso processo/percorso di attivazione (dall’individuazione di valori e obiettivi strategici; coinvolgimento proattivo delle persone, bozza di policy, formazione, bilancio e infine visione futura).

Per effetto delle tecnologie digitali ci troviamo quindi di fronte a nuovi indicatori di una subordinazione “agile”⁽²³⁾, più leggera ma dilatata, caratterizzata da attenuazione della soggezione, da immissione di dosi di autonomia e di autogestione, con una crescente responsabilizzazione del lavoratore sui risultati all’interno dei confini della nozione giuridica di subordinazione e con una probabile maggiore incidenza della retribuzione di risultato.

Rispetto al modello social-tipico di lavoro subordinato, la principale innovazione della disciplina legale – figlia della regolamentazione del telelavoro nel settore privato⁽²⁴⁾ – risiede nella valorizzazione dell’*autonomia individuale* per la definizione «dell’ossatura dell’intero rapporto» di lavoro agile⁽²⁵⁾. La legge punta tutto sull’“accordo tra le parti”, cioè tra datore e singolo lavoratore (c.d. “patto di agilità”), quale clausola accessoria che veicola un implicito patto di fiducia tra i contraenti (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017)⁽²⁶⁾; prevedendo la possibilità di risolvere il medesimo accordo senza obbligo di giustificazione, salvo il rispetto del termine di preavviso (art. 19, comma 2, l. n. 81/2017).

La scelta di affidare la regolazione della prestazione lavorativa all’autonomia privata individuale – seppur appaia coerente con la tendenza all’individualizzazione dei rapporti di lavoro in funzione delle specifiche esigenze della persona che lavora e della concreta realtà organizzativa – non tiene conto, tuttavia, 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)⁽²⁷⁾, sia dell’importante e prezioso ruolo della contrattazione collettiva (non solo di anticipazione delle regole legali, ma pure) di riequilibrio dello squilibrio contrattuale⁽²⁸⁾. Quindi la

⁽²³⁾ Ai commenti cit. nelle precedenti note *adde*: R. CASILLO, *La subordinazione “agile”*, in *DML*, 2017, pp. 545 ss.; A. ANDREONI, *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *RGL*, 2018, I, pp. 106 ss.; C. TIRMELLINI, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *LG*, 2018, n. 3, p. 230.

⁽²⁴⁾ Rinvio a M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali*, cit.

⁽²⁵⁾ Ai commenti citati nelle precedenti note *adde*: M. MARTONE, *Lo smart working nell’ordinamento italiano*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, Giappichelli, 2018, tomo II, pp. 1026 ss.; M. VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell’autonomia individuale*, in *RIDL*, 2019, I, p. 254; A. PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, n. 1, p. 111, sul punto pp. 152 ss., che coltiva l’approccio delle c.d. capabilities individuali del lavoratore nell’ambito del rapporto di lavoro subordinato.

⁽²⁶⁾ Sul punto si rinvia in particolare a M. MARTONE, *Lo smart working nell’ordinamento italiano*, cit., pp. 1026 ss.; M. VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell’autonomia individuale*, cit., p. 254; G. PROIA, *L’accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *op. cit.*, pp. 179 ss. Più in generale T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie, riflessioni a partire dai lavori nella gig economy*, in *LD*, 2017, pp. 393 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l’idea di lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, pp. 87 ss.; A. DONINI, *Lavoro agile e su piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione*, in *VTDL*, 2018, n. 3, pp. 823 ss.; F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e rischi per il lavoratore*, in *DML*, 2018, pp. 17 ss.; G. FRANZA, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *DRI*, 2018, pp. 773 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. in particolare l’attento contributo di M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, n. 4, pp. 962 ss.; A. OCCHINO, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, in *LPA*, 2018, n. 3, pp. 81 ss.; V. PINTO, *La flessibilità funzionale ed i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *RGL*, 2016, I, pp. 367 ss. Da ultimo, in generale, M. BENTIVOGLI, *Lavoro da remoto e relazioni industriali*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

negoziante collettiva opera in condizioni di “semi-clandestinità”, essendo autorizzata ad intervenire solo in virtù della libertà sindacale ⁽²⁹⁾. Viceversa, nel contesto di un’ulteriore disgregazione della dimensione collettiva del lavoro e dei rischi di isolamento per via dell’agilità, la tradizionale coppia “individuale/collettivo” andrebbe valorizzata.

Da qui il tentativo dei lavoratori (che pare trovare riscontro nella proposta governativa di revisione della legge del 2017) di ricercare, fra le pieghe e gli echi della normativa, il rinvio “perduto” alla regolamentazione *collettiva* del lavoro agile ⁽³⁰⁾, per es. coltivando gli effetti del rinvio legale (implicito) ad essa veicolato dal limite della durata massima dell’orario di lavoro. In tale direzione, una spinta indiretta deriva dagli incentivi per le misure di c.d. *welfare* aziendale concordate nei contratti collettivi aziendali (e territoriali). Tale misura, dando per presupposto che l’agilità incide sulla produttività del lavoro, «realizza in forma inedita una sorta di monetizzazione del valore della flessibilità [...] esprimendo in chiari termini l’equazione flessibilità-produttività» ⁽³¹⁾. La negoziazione sindacale a livello di categoria, invece, si è impegnata nell’opera di adattamento delle previsioni contrattuali in materia di telelavoro o viceversa nella ricerca di una netta ripartizione tra le fattispecie di telelavoro e lavoro agile, o ancora in termini di mero rinvio alle previsioni legislative ⁽³²⁾.

Il lavoro agile è disciplinato non quale nuova tipologia negoziale, bensì quale *possibilità* di particolare «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato [...] senza precisi vincoli di orari o di luogo di lavoro», con una prestazione eseguita «in parte all’interno di locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa» (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017). Segnalo che nella fase *ante-emergenza*, il lavoro agile era utilizzato in alternanza, di regola, all’esterno soltanto per uno o due giorni alla settimana ⁽³³⁾.

Per le sue caratteristiche, lo svolgimento di lavoro a distanza (di fatto, sempre con l’uso di tecnologie digitali) solleva speciali questioni di sorveglianza delle condizioni di lavoro, da qui un’attenzione particolare della dottrina all’intersezione di regole tra la cit. l. n. 81/2017 e il previgente testo unico della salute e sicurezza dei lavoratori, d.lgs. n. 81/2008, al punto di parlare di una regolamentazione del lavoro agile all’insegna di un “doppio 81”.

⁽²⁹⁾ Così Y. CURZI, I. SENATORI, *Il lavoro dopo la pandemia: oltre l’agilità dell’emergenza*, in *Italianieuropei*, 2020, n. 3, p. 8.

⁽³⁰⁾ Cfr., per il settore privato, G.A. RECCHIA, *Lavoro agile e autonomia collettiva*, in D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, pp. 380 ss.; per il settore pubblico, A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, *ivi*, pp. 356 ss.

⁽³¹⁾ Così, in particolare, P. TOSI, *Concorrenza, lavoro, diritti (aspetti collettivo-sindacali)*, in *ADL*, 2017, n. 6, p. 1342.

⁽³²⁾ Cfr. VI Rapporto ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2019)*, ADAPT University Press, 2020, Per una mappatura ragionata dei contenuti della contrattazione aziendale cfr. inoltre M. MENEGOTTO, *Lavoro agile e contrattazione aziendale. Un’analisi qualitativa per progettare la ripartenza*, Working Paper ADAPT, 2020, n. 17.

⁽³³⁾ Per una delle prime ricerche sul campo, in epoca *pre-Covid-19* (progetto *ELENA* del 2017), a cui ho collaborato sia permesso rinviare a M. BROLLO, *Verso il lavoro “anytime, anywhere”?*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, cit., pp. 924 ss., e, per l’analisi economica, a M. ANGELICI, P. PROFETA, *Smart-Working: Work Flexibility Without Constraints*, Working Paper Dondena, 2020, n. 137.

La disciplina legale del 2017 risulta applicabile, in modo espresso, anche al settore pubblico privatizzato (art. 18, comma 3, l. n. 81/2017), con alcune cautele per garantire il fisiologico adattamento alle diverse esigenze dell'assetto organizzativo della pubblica amministrazione ⁽³⁴⁾. La legge che disciplina il rapporto di lavoro agile lo fa in un'ottica di modernizzazione organizzativa, con un avvicinamento della regolamentazione privato-pubblico (seppur con tratti di specialità), con il settore privato che funge da modello di riferimento. Risalta, nel pubblico come nel settore privato, l'assenza di qualsiasi richiamo (e ricorso) al contratto collettivo, nonostante qui sia possibile (e opportuno) coltivare lo spiraglio racchiuso nell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001.

Per il prosieguo dell'analisi, va rilevato che la disciplina originaria del lavoro a distanza, ex l. n. 81/2017, racchiude una coppia di obiettivi differenti, ben visibili nella trama legale: l'uno riconducibile a un interesse del lavoratore, l'altro a un interesse dell'impresa/istituzione. Primo, nel lavoro pubblico e privato, lo scopo è di «agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» dei dipendenti (art. 18, comma 1), con priorità per la cura dei figli piccoli o disabili (art. 18, comma 3-*bis*, aggiunto dall'art. 1, comma 486, della l. n. 145/2018) e possibilità di prevedere il diritto al *lifelong learning* (art. 20, comma 2). Secondo, nel privato lo scopo è «di incrementare la competitività» (art. 18, comma 1) e nel pubblico «di razionalizzare l'organizzazione del lavoro e realizzare maggiori economie di gestione» (anticipato nell'art. 4 della l. n. 191/1998); in entrambi i casi, con l'aspettativa di una riduzione dei costi dell'assenteismo, degli spazi lavorativi e, più in generale, di risparmi per il datore di lavoro (costi per luce, riscaldamento, connessione internet, missioni e trasferte, ecc.) ⁽³⁵⁾ e per il lavoratore (costo e *stress* del raggiungimento del luogo di lavoro per qualche giorno al mese).

La congiunzione “e” che unisce i due obiettivi lascia intuire un bagliore di futuro (possibile) dato che le loro proiezioni possono divergere ma, nel contempo, trovare un incastro armonico: come già sperimentato la misura di conciliazione può aumentare il benessere dei lavoratori e con esso la loro produttività. Quindi il nuovo art. 18 dello statuto (del lavoro autonomo, l. n. 81/2017), a differenza del classico art. 18

⁽³⁴⁾ Nelle pubbliche amministrazioni, il lavoro agile è anticipato nella legge delega Madia, l. n. 124/2015: l'art. 14 promuove sia il vecchio telelavoro, sia la «sperimentazione» volontaria di altre «nuove modalità spazio temporali di svolgimento della prestazione lavorativa» nel contesto di grandi aspettative alimentate dall'evoluzione digitale. La previsione, con le misure Covid, perde il carattere di sperimentabilità (art. 87-*bis*, d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020). Il vero *trait d'union* fra la delega Madia del 2015 e la successiva l. n. 81/2017 è costituito dalla dir. della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 3/2017 che contiene dettagliate linee guida per le regole operative di modifica dell'organizzazione del lavoro, enfatizzando la modalità di lavoro agile e attribuendo un ruolo determinante ai Comitati Unici di Garanzia e ai dirigenti, quali *driver* dell'innovazione organizzativa. La l. n. 124/2015 fissa(va) un obiettivo di sviluppo di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che permettano, «entro tre anni ad almeno il 10% dei dipendenti»: obiettivo minimale raggiunto alla vigilia dell'emergenza. Per un commento A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, cit., 356 ss.; L. CALAFÀ, *Marginalità apparente. L'innovazione organizzativa della P.A. alle soglie della XVII legislatura*, in RGL, 2018, I, pp. 474 ss.; C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, ivi, pp. 126 ss.; S. CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2018, I, pp. 79 ss.; M. ALTIMARI, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in VTDL, 2018, n. 3; M.L. VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in QRGL, 2019, n. 4, pp. 169 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. C. GAROFALO, *Produttività, efficienza e lavoro agile*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro*, cit., pp. 399 ss.

Stat. lav. (l. n. 300/1970), mette in comunicazione due interessi differenti per contenuti (la conciliazione, la competitività) che possono anche non essere irriducibilmente confliggenti, bensì comuni ai diversi destinatari (lavoratore e datore).

Come svelano le prime sperimentazioni *ante* (e *post*) Covid, la doppia *intentio* menzionata dal legislatore potrebbe essere arricchita da quella di una sostenibilità territoriale e ambientale: in una realtà territoriale come quella italiana (vuoi di piccoli comuni montani, vuoi di metropoli), lo *smart working* potrebbe migliorare la mobilità, riducendo il traffico e l'inquinamento, nonché costituire una misura incentivante per (rimanere o rientrare nel)le aree remote (c.d. *South Working*)⁽³⁶⁾.

Così il lavoro agile ha alimentato grandi aspettative (specie nelle Pubbliche Amministrazioni): se ben organizzato e gestito, potrebbe rendere diverso il rapporto di lavoro, migliorare il clima tra azienda e lavoratori, valorizzando il lavoratore come protagonista dell'innovazione in un'ottica di risultati specifici e misurabili e forse anche di partecipazione⁽³⁷⁾.

Nei primi tre anni di applicazione della normativa, tuttavia, resta del tutto sbiadita e sullo sfondo l'idea più innovativa veicolata dalla legge, specie se questa viene letta con gli occhiali del giurista tradizionale⁽³⁸⁾. Inoltre, nell'immaginario collettivo, la principale novità del lavoro agile viene identificata nella flessibilità del *luogo* di lavoro – anziché in quella dell'*orario* – come se lo *smart working* non fosse altro che una sorta di parziale e semplice trasferta nell'interesse del lavoratore (e quindi senza indennità!) in un luogo esterno alla direzione e controllo. Tale percezione forse sconta la materialità del posto rispetto all'immaterialità del tempo.

Invece la grande sfida dell'agilità è quella di declinare in modo diverso il valore e la dimensione identitaria (anche territoriale e ambientale) della prestazione di lavoro agile, attribuendo un senso differente e plurimo alla sua “modalità di esecuzione”, che diventa complessa, ibrida, liquida e “aumentata” dalle tecnologie. Si passa, quindi, dalla rilevanza dell'orario di lavoro pre-determinato e rigido, della presenza fisica in ufficio ad un approccio in termini di programmazione su obiettivi di lavoro cognitivo, professionalizzato e collaborativo, nel contesto di una trasformazione dell'organizzazione aziendale: in sintesi dalla azienda c.d. “orologio” a quella c.d. “organismo”⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. A. ZILLI, *Il lavoro agile dopo la pandemia Covid-19 tra riscatto delle zone remote e South Working*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Alessandro Garilli*. In generale, per una declinazione del tema cfr. P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, ADAPT University Press, 2018.

⁽³⁷⁾ Il VI Rapporto ADAPT citato intravede qualche indizio nella recente contrattazione collettiva nazionale.

⁽³⁸⁾ È questa la critica, *ex post*, alla prevalente dottrina lavoristica *ante-Covid* di B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia*, cit.: di non aver colto le potenzialità della normativa del 2017 di destrutturazione dei caratteri della subordinazione rinvenibili nella messa in discussione contemporanea dei due pilastri del lavoro novecentesco (luogo e orario di lavoro). Non c'è dubbio, l'interpretazione dottrinale ha privilegiato un approccio pragmatico. Similmente lo stesso A., nelle conclusioni, nel disegnare le ipotesi di scenario realistico e pessimistico (della ragione), mostra di essere consapevole che il ritorno alla realtà di una normalità potrebbe frenare l'innovazione, coltivando l'idea di una modalità di lavoro subordinato agile prestato in modo (si diverso, ma) tradizionale. In ogni caso, la curiosità dei giuristi verso approcci e dialoghi inter/multi-disciplinari – anche se ancora troppo sottotraccia – potrebbe diventare preziosa per la soluzione di una situazione complessa quale l'attuale pandemia, con ricadute di innovazione, specie nell'ambito del diritto del lavoro.

⁽³⁹⁾ Come al solito, molto preziose sono le riflessioni di F. BUTERA, *Organizzazione e società. Innovare le organizzazioni dell'Italia che vogliamo*, Marsilio, 2020, con nelle postfazioni, per la nostra materia, un

Anche l'uso di nuovi artefatti nell'esecuzione della prestazione lavorativa richiede una diversa gestione e organizzazione del tempo di lavoro.

Solo che tale idea presuppone un cambiamento non soltanto produttivo e tecnologico, ma pure strutturale (per colmare il *digital divide* e per formare il capitale umano) e soprattutto culturale (inclusa la dimensione psicologica), di *manager* (in una logica di c.d. *change management*), consulenti, lavoratori e sindacati che ancora manca nella maggioranza delle aziende e delle amministrazioni pubbliche del nostro Paese.

Chi coltiva una prospettiva interdisciplinare, nel lavoro agile intravede – ma solo in controtuce o nelle imprese più avanzate – bagliori di un cambio di prospettiva, con un ripensamento generale delle modalità di svolgimento e di organizzazione della prestazione lavorativa in termini di maggiore flessibilità, complessità, autonomia e quindi responsabilità/collaborazione del lavoratore.

3. Il lavoro agile d'emergenza: una necessità urgente di telelavoro (integrale e da casa)

Ricostruito lo stato dell'arte *ante*-Coronavirus, per inoltrarsi nell'attuale contesto è opportuna una preliminare mappatura del fitto e disordinato susseguirsi (“a getto continuo”) e stratificarsi multilivello a-sistematico (a volte con sovrapposizioni, sostituzioni parziali, refusi e ambiguità lessicali) di frammenti di regolamentazione del lavoro agile, nel settore privato e pubblico, in deroga alla legge del 2017, anche in virtù di discutibili atti/provvedimenti amministrativi. In questo complesso *frame*, l'agilità diventa una misura precauzionale e di prevenzione *anti*-contagio, imposta dall'esterno con un flusso *bottom-down* del potere pubblico: stabilita nei provvedimenti di emergenza per Covid-19 ⁽⁴⁰⁾, ribadita con forza nei Protocolli sicurezza e nelle linee guida Inail ⁽⁴¹⁾.

La ricognizione richiede, però, una premessa – su finalità, caratteristiche e contesto normativo – che consenta di inquadrare la portata della nuova figura speciale di lavoro agile. Al di là delle delicate questioni di rapporto tra le fonti, le disposizioni d'emergenza risultano tenute assieme da una doppia finalità *pubblica* di salute e di occupazione: favorire al massimo le attività lavorative “a distanza” (definite dapprima “in modalità domiciliare”, poi di “lavoro agile” o di “lavoro a distanza”), in forma massiva

saggio di M. TIRABOSCHI, *Innovazione dell'organizzazione e del lavoro e innovazione del quadro regolatorio di legge e di contratto collettivo*, ivi, pp. 437 ss. Il verso problema, dell'orario di lavoro, è colto prontamente da P. ICHINO, *Se l'epidemia mette le ali allo smart working*, in www.lavoce.info, 28 febbraio 2020, e dall'indagine ISTAT-EUROSTAT, *L'organizzazione del lavoro in Italia: orari, luoghi, grado di autonomia*, 22 settembre 2020.

⁽⁴⁰⁾ Si rinvia, per una raccolta cronologica degli interventi emergenziali, ad ADAPT, *Coronavirus: normativa, giurisprudenza e prassi*, e alle schede di sintesi. Per una panoramica relativa alle regole sul lavoro *post*-Coronavirus in quasi 40 Paesi (con continuo aggiornamento) rinvio al numero speciale di *ILL&J* dedicato a *Covid-19 and Labour Law. A Global Review*, in <https://illej.unibo.it>. Sempre per un'analisi comparata si veda G. PIGNI, *Il lavoro da remoto come misura necessaria per affrontare l'emergenza Covid-19. Le scelte dei governi in Europa e negli Usa*, Working Paper ADAPT, 2020, n. 14; M. CESARINI, *Strategie di gestione dell'emergenza. Osservazioni minime in chiave comparata*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

⁽⁴¹⁾ Cfr. INAIL, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, approvato dal CTS nella seduta 9 aprile 2020, n. 49. Si veda anche la precedente circ. Inail n. 48/2017.

e continuativa (con una *sub*-specie di agilità temporanea, ma a tempo pieno, cioè senza alternanza), ovunque sia possibile, e renderlo operativo in tempi rapidissimi.

In questa direzione, il lavoro agile è individuato dal Governo-legislatore quale strumento, valido ed efficace, per tenere assieme due diritti costituzionali (la salute *ex art.* 32, il lavoro *ex art.* 4) dato che consente di conciliare la prosecuzione dell'attività lavorativa (nella propria abitazione) con il mantenimento della distanza fisica per il contenimento del contagio fra le persone e nei luoghi di lavoro; con un conseguente esperimento di massa di lavoro da remoto senza precedenti, ma in una versione "edulcorata" rispetto alla versione "genuina" di lavoro agile ⁽⁴²⁾.

Nel contesto patologico, diventano quindi del tutto prioritari i nuovi obiettivi non soltanto di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, ma anche di sostegno alla continuità dell'attività lavorativa – in deroga al *factum principis* ⁽⁴³⁾ – che giustificano deroghe significative allo svolgimento del lavoro agile rispetto alla normativa del 2017. A partire dal suo elemento essenziale, costituito dall'accordo tra le parti, tanto da far dubitare del corretto utilizzo dell'aggettivo "agile" ad una modalità lavorativa unilateralmente imposta, quindi *facilmente* e rapidamente utilizzabile da casa, per effetto dell'esercizio dello *jus variandi* datoriale. Inoltre, il lavoro agile presuppone, a monte, una trasformazione del modello organizzativo e, a valle, una modifica del tipo di cooperazione (o diligenza) nella prestazione di lavoro. E qui sta il vero cuore pulsante del c.d. *change management*.

I provvedimenti legislativi e amministrativi (che troppo spesso, pur essendo atti normativi secondari integrano il contenuto delle disposizioni legislative) che citeremo rientrano nella cornice della dichiarazione dello "stato di emergenza" nazionale, deliberato dapprima dal d.P.C.M. 31 gennaio 2020 fino al 31 luglio 2020, prorogato (assieme a gran parte del regime derogatorio) al 15 ottobre 2020 e ora prolungato sino al 31 gennaio 2021. Siamo quindi dentro ad un regime, straordinario ed eccezionale, di emergenza, della cui tenuta costituzionale si può discutere, ma non è questo l'ambito. L'attuale condizione è pacificamente riconducibile al significato inglese di "emergency", quale particolare momento critico per far fronte ad una situazione imprevista di grave pericolo che richiede provvedimenti eccezionali e interventi immediati. Siamo, quindi, in presenza di un lavoro agile "d'emergenza" o "pandemico", destinatario di regole eccezionali, in deroga a quelle ordinarie della l. n. 81/2017, più volte estese nella loro durata sino a farle coincidere, per ora fino al 31 dicembre 2020, con quella dello stato di emergenza, con un disallineamento di un mese. Ma è già annunciato (con una "FAQ" pubblicata sul sito del Ministero del lavoro...) un riallineamento dei due termini al 31 gennaio 2021, con la legge di conversione del d.l. n. 125/2020. La stessa locuzione, tuttavia, veicola un significato ulteriore di "riemersione", di produzione di effetti diversi che possono tracciare piste nuove per la ricostruzione e ridefinizione del lavoro e dei modi di (con)vivere ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Così F. CARINCI, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, cit.

⁽⁴³⁾ Così N. DE MARINIS, *Obbligazione di lavoro ed emergenza epidemiologica*, e L. FOGLIA, *Emergenza lavoro e lavoro in emergenza*, entrambi in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, LPO, 2020, rispettivamente pp. 23 e 28.

⁽⁴⁴⁾ Come evidenziato nelle due intense giornate di seminari telematici *Dialoghi di diritto del lavoro* promossi dalla rivista *Labor*, [Emergenza e riemersione. Le prospettive del diritto del lavoro prima e dopo, Venezia, 13 maggio 2020](#), e Udine, 27 maggio 2020: relazioni pubblicate, con introduzione di O. MAZZOTTA, in *Labor*, 2020, n. 4, pp. 379 ss. Cfr. inoltre C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-*

3.1. La disciplina emergenziale: dal c.d. *lockdown* alle leggi di conversione dei decreti *rilancio e agosto*, in attesa di una riforma della l. n. 81/2017

La spinta iniziale all'utilizzo del lavoro non in presenza, quale prevenzione dell'ulteriore diffusione del *virus*, nel settore pubblico e privato fa capolino nel d.l. n. 6/2020 (convertito dalla l. n. 13/2020), recante «misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», con il riferimento, rispettivamente, ad attività lavorative «che possono essere svolte in modalità domiciliare» e alle «specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile» (art. 1, comma 2, lett. *n* e *o*).

Le coeve disposizioni attuative, racchiuse nell'art. 3 (*Applicazione del lavoro agile*) del d.P.C.M. 23 febbraio 2020, dispongono l'incerta applicabilità «in via automatica» e, allo stesso tempo, «provvisoria» «e anche in assenza degli accordi individuali» relativi alle modalità di lavoro agile, «ad ogni rapporto di lavoro subordinato», nell'ambito dei Comuni sedi delle c.d. “zone rosse” di rischio, in via provvisoria, per soli “quattordici giorni” (art. 5). Due giorni dopo, il d.P.C.M. 25 febbraio 2020 (art. 2), specifica meglio la portata delle semplificazioni ed estende la previsione – sempre temporanea – (oltre alle c.d. “zone gialle”, anche) ai datori e lavoratori connessi con (gran parte del) le Regioni del nord Italia: Lombardia, Emilia-Romagna, Piemonte, Liguria, Veneto e Friuli-Venezia Giulia.

Dopo una settimana, per evitare gli spostamenti e contenere i contagi, il d.P.C.M. 1° marzo 2020 (artt. 2 e 4, comma 1, lett. *a*) amplia tale possibilità all'intero territorio nazionale, con una procedura semplificata di caricamento massivo delle comunicazioni, per la durata dello stato di emergenza, determinando un impulso, rapido e diffuso, all'utilizzo del lavoro a distanza. Il *boom* del lavoro da remoto è assecondato e rinforzato da vari decreti amministrativi⁽⁴⁵⁾. Con un crescendo, si prevede la sospensione delle attività produttive e la raccomandazione per le attività produttive e professionali (sospese e non) di attuare «il massimo utilizzo [...] di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza». Nelle attività produttive ritenute *essenziali* (e quindi aperte), la modalità di lavoro agile è la preferita dato che il legislatore ne raccomanda il più ampio uso in tutti i contesti aziendali in cui ciò sia possibile; mentre in quelle attività produttive ritenute *non essenziali* (momentaneamente sospese), la modalità di lavoro agile è l'unica possibilità di prosecuzione dell'attività lavorativa. In tale fase di dura emergenza, c.d. *lockdown*, la regola di vita e di lavoro diviene, nel nome della salute, la limitazione della libertà di circolazione dei cittadini e della libertà di impresa.

La massima espansione del lavoro agile a causa della pandemia (e in conseguenza dell'inapplicabilità della cassa integrazione guadagni) si registra nelle Pubbliche amministrazioni. Qui – in un contesto di digitalizzazione dei processi di erogazione dei

19 e diritti dei lavoratori, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, pp. 131 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., in particolare, i d.P.C.M. 4 marzo 2020 (art. 1, comma 1, lett. *n*), 8 marzo 2020 (art. 2, comma 1, lett. *r*), 11 marzo 2020 (artt. 1, comma 7, lett. *a*, e 10), 22 marzo 2020 (art. 1, comma 1, lett. *a* e *c*), 25 marzo 2020 (art. 1, lett. *ff*), 10 aprile 2020 (art. 1, lett. *gg* e *ii*) e 26 aprile 2020 (art. 1, lett. *gg* e *ii*).

servizi per la collettività molto arretrata e in assenza di una sperimentazione collettiva – il lavoro a distanza era arrivato tardi, partito molto lento (e a macchia di leopardo, a seconda degli orientamenti di alcune amministrazioni) in modalità sperimentale, ma è esploso a seguito dell'emergenza sanitaria, con una brusca “terapia d'urto” che potrebbe lasciare un segno indelebile nell'organizzazione del lavoro pubblico, *se non* peseranno troppo le criticità e le modalità anomale del ricorso improvvisato e di massa. Sulla scia dei citati provvedimenti, il ricorso al lavoro agile nel lavoro pubblico viene accelerato in modo spinto, con una rapida successione di atti normativi statali, con un crescendo (a partire dal cit. d.l. n. 6/2020) dell'ambito di applicazione e del *favor* per il lavoro a distanza (che diventa tendenzialmente obbligatorio), che lo differenziano sensibilmente da quello del settore privato ⁽⁴⁶⁾. La Ministra per la funzione pubblica Dadone dispone, dapprima con la (timida) dir. n. 1 del 25 febbraio 2020, poi con quella (più decisa) n. 2 del 12 marzo (che sostituisce la precedente), aggiornata dalla dir. n. 3 del 4 maggio 2020 ⁽⁴⁷⁾ un ulteriore rafforzamento del ricorso al lavoro agile, definito addirittura quale «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa», con l'obiettivo prioritario di ridurre la presenza dei dipendenti pubblici in ufficio anche nel caso di attività originariamente escluse per garantire la continuità dell'azione amministrativa.

Nella transizione fra la prima e la seconda fase – di lenta e prudente riapertura delle attività economiche sospese – il d.l. n. 18/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020), c.d. *cura Italia*, interviene con disposizioni per il lavoro agile pandemico nel settore privato e pubblico, parzialmente e tendenzialmente destinate ad accompagnare l'evoluzione normativa emergenziale: l'art. 39 (prorogato dapprima fino al 15 ottobre dal d.l. n. 83/2020, convertito dalla l. n. 124/2020, allegato n. 1, punto 14, e ora fino al 31 dicembre 2020 dall'art. 3, d.l. n. 125/2020 ma è già prevista l'estensione al 31 gennaio 2021 con la legge di conversione del decreto *rilancio*) inserisce criteri per rafforzare, nel privato, il diritto o la precedenza di accesso per soggetti particolarmente fragili (con le integrazioni *ex art.* 90, decreto *rilancio*, *ex artt.* 21-*bis*, 21-*ter*, 26, comma 2-*bis*, decreto *agosto*: si veda *infra*); l'art. 87 (parzialmente amputato dall'art. 263, decreto *rilancio* e dall'art. 26, comma 1-*quinqüies*, decreto *agosto*: si veda *infra*) specifica che «il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni» (c.m.) poi, con il decreto *agosto*, ridimensionata a «una delle modalità ordinarie» (c.m.) (art. 26, comma 1-*quinqüies*) ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Oltre al contributo di L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia*, cit., si veda L. ZOPPOLI, P. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, pp. 312 ss.; M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, cit., pp. 125 ss.; M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *LG*, 2020, n. 5, 511 ss.; M. FREDIANI, *Noli me tangere a metà ed orario di lavoro nella pubblica amministrazione all'uscita dal Covid*, *ivi*, in corso di pubblicazione. Si veda anche M.C. CATAUDELLA, *Lo smart working “emergenziale” nelle Pubbliche Amministrazioni*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., pp. 35 ss.; C. SPINELLI, *Le contraddizioni del lavoro agile nelle Pubbliche amministrazioni*, in *Italianienuropei*, 2020, n. 3. Rileva che, in generale, il lavoro da casa viene vissuto da molti dirigenti pubblici come una forma di sviamento della produttività: P. IERVOLINO, *Lo smart working al vaglio del Covid-19: un altro fallimento nel processo di privatizzazione del pubblico impiego*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., pp. 43 ss.

⁽⁴⁷⁾ Si vedano anche le circ. 4 marzo 2020, n. 1, e 1° aprile 2020, n. 2.

⁽⁴⁸⁾ Sempre per agevolare l'uso del lavoro a distanza – nonostante la l. n. 81/2017 non contempli in generale un obbligo del datore di fornire gli strumenti tecnologici – il comma 2 dell'art. 87, d.l. n.

Ai sensi dell'art. 87 del decreto *cura Italia*, il datore pubblico, nelle fasi 1 e 2, deve limitare la presenza dei dipendenti (e il loro spostamento) nei «luoghi di lavoro» come *extrema ratio*, esclusivamente per le attività che si ritengono «indifferibili» e che richiedono «necessariamente tale presenza» *in loco* (anche solo per alcune giornate), in ragione della gestione dell'emergenza (comma 1, lett. *a*); può farlo prescindendo «dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti» dalla l. n. 81/2017 (comma 1, lett. *b*).

Al pari della normativa statale, le Regioni e le Province autonome hanno provveduto con propri atti regolamentari a promuovere il ricorso ordinario al lavoro agile, escludendo soltanto i dipendenti le cui mansioni sono strettamente correlate all'emergenza epidemiologica.

Emerge, così, un ulteriore modello di lavoro pubblico agile semplificato – destinato a diventare “ordinario” nella pandemia – applicabile, come recita la norma, nell'ambito del perimetro tradizionale dei pubblici impieghi, come tradizionalmente individuato dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, pur con qualche criticità ⁽⁴⁹⁾.

In teoria, la scommessa è azzeccata dato il tipo e la qualità del lavoro e dei servizi delle pubbliche amministrazioni; in pratica, la sua riuscita dipende da fattori strutturali e culturali, dai tempi, quantità e qualità del ricambio generazionale, nonché dagli investimenti in formazione continua a partire dal *management* pubblico ⁽⁵⁰⁾.

Il d.P.C.M. 26 aprile 2020, nel disporre la prima riapertura di alcune attività, conferma: per le attività sospese la possibilità di «proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile» (art. 2, comma 2); per i datori pubblici l'obbligo e per quelli privati la preferenza per la modalità di lavoro agile («può essere applicata [...] a ogni rapporto di lavoro subordinato») nelle forme di deroga ma nel rispetto dei principi della l. n.

18/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020), prevede che «la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione»; in tali casi, il datore di lavoro è esonerato dalla responsabilità della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici (di cui all'art. 18, comma 2, della l. n. 81/2017). Inoltre, le PA sono destinatarie di specifiche forme di accelerazione delle procedure di acquisto e di incentivazione economica per la fornitura di beni e servizi informatici e di servizi di connettività necessari per agevolare lo svolgimento del lavoro a distanza nel pubblico impiego (artt. 75 e 87-*bis*, d.l. n. 18/2020). Anche alcune Regioni prevedono forme di incentivazione economica per micro, piccole e medie imprese, in particolare per l'acquisto delle attrezzature informatiche per agevolare la continuità dell'attività produttiva mediante modalità di lavoro agile: per es., la d.G.R. Friuli-Venezia Giulia 4 aprile 2020, n. 517, e avviso 5 maggio 2020, n. 5758.

⁽⁴⁹⁾ Ricordo, ad es., che i professori universitari (in quanto impiegati pubblici non privatizzati) – a differenza dei docenti delle scuole di ogni ordine e grado – risultano al di fuori del perimetro del d.lgs. n. 165/2001. Pertanto, i professori universitari, seppur le modalità del loro lavoro, nelle fasi 1 e 2, risultano integralmente agili per effetto delle ragioni dell'emergenza, restano esclusi dall'applicazione dei diritti di nuova generazione, a cominciare dalla formazione alla sicurezza e alla disconnessione, in virtù della (vetusta) delimitazione del campo di applicazione della l. n. 81/2017 (art. 18, comma 3). Sulle luci e ombre della didattica a distanza in ambito universitario, con particolare attenzione al diritto del lavoro sia permesso rinviare a M. BROLLO, *Innovazioni nella didattica del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2020, n. 2, pp. 345 ss.

⁽⁵⁰⁾ Per un'interessante analisi multidisciplinare (a più voci incluse quelle di Romagnoli, Rusciano, Tiraboschi, Treu) si veda D. DE MASI (a cura di), *Lo stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell'Italia postindustriale*, Rizzoli, 2020, cui *adde* D. DE MASI, *Smart working. La rivoluzione intelligente*, Marsilio, 2020, e ID., *La filosofia del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit. Cfr. inoltre AA.VV., *Il mondo che verrà*, Cnel, 2020.

81/2017 (art. 1, comma 1, lett. *gg*); «in ordine alle attività professionali si raccomanda che sia attuato il massimo utilizzo di modalità di lavoro agile» (art. 1, comma 1, lett. *aa*)⁽⁵¹⁾.

Nella fase di progressiva riapertura è prevedibile un utilizzo significativo del lavoro agile, anche per evitare la compresenza di tutti i lavoratori nelle sedi in cui riprende l'attività, pure nell'ottica di una rarefazione delle presenze, eventualmente limitate a pochi giorni alla settimana. Non sorprende, pertanto, che il mostruoso manufatto giuridico battezzato c.d. *rilancio* – d.l. n. 34/2020, recante ulteriori *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19* – si occupi ancora di lavoro agile.

Il vero cambio di passo verso l'auspicabile ripartenza, però, è segnato dalle modifiche al citato decreto apportate (due mesi dopo) dalla legge di conversione, l. n. 77/2020, che a mio parere inaugura la fase 3 di (ricorrendo sempre alla metafora sanitaria) “convalescenza” verso il progressivo (con possibili “frenate”) ritorno ad una normalità che inevitabilmente sarà diversa, anche per effetto della memoria collettiva dello “*stress test*” pandemico⁽⁵²⁾.

Nel complesso, il decreto *rilancio* – con il suo art. 90, dedicato al *Lavoro agile*, e l'art. 263, ridefinito dalla legge di conversione *Disposizioni in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile* – in parte conferma, in parte innova le disposizioni (legali e amministrative) semplificate del lavoro agile.

Conferme, dunque, ma con diverse novità: l'aggiunta/modifica delle ipotesi di diritto all'agilità per alcune tipologie di lavoratori fragili (si veda il § 4); le deroghe all'art. 87 del decreto *cura Italia* (d.l. n. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020) privilegiando altre misure di flessibilità rispetto al lavoro agile, per «assicurare la continuità dell'azione amministrativa» e adeguare «l'operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali». In tale contesto, il lavoro agile può essere applicato al «50% del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in tale modalità» (art. 263, comma 1, d.l. n. 34/2020, convertito dalla l. n. 77/2020), previa elaborazione di un apposito Piano Organizzativo del Lavoro Agile (c.d. POLA), quale sezione del piano delle *performance*.

Sempre nel lavoro pubblico, il decreto *rilancio*, nel novellare la legge Madia – valorizzando il prezioso e puntuale contributo operativo alla regolamentazione concreta del lavoro agile fornito dalla Direttiva n. 3/2017 della stessa *ex*-Ministra –, attribuisce (non più ad una Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, bensì) ad un decreto del Ministro per la PA la possibilità di proporre «ulteriori e specifici indirizzi» per l'attuazione (anche) della legge-base sul lavoro agile, l. n. 81/2017, «per quanto applicabile alle pubbliche amministrazioni» (nuovo comma 3, l. n. 124/2015, sostituito dal comma 4-*bis* dell'art. 263, d.l. n. 34/2020, convertito dalla l. n. 77/2020).

Il successivo decreto *agosto* (d.l. n. 104/2020), al fine di garantire la ripartenza del sistema scolastico, ha previsto nella versione iniziale piccole misure in deroga all'art.

⁽⁵¹⁾ Secondo un'indagine sui modelli organizzativi di oltre 3 mila realtà tra commercialisti, consulenti e avvocati, realizzata dall'Osservatorio del Politecnico di Milano e anticipata da *Il Sole 24 Ore* (11 maggio 2020, p. 13), il lavoro da remoto è utilizzato in 2 studi su 3, ma è poco strutturato.

⁽⁵²⁾ Espressione usata da C. SPINELLI, *Le contraddizioni del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Italianieuropei*, 2020, n. 3.

263 del d.l. n. 34/2020 per il personale coinvolto nell'erogazione di tale servizio (art. 32, comma 4).

Ben più significative sono risultate le previsioni inserite dalla relativa legge di conversione, n. 126/2020. A partire dalla possibilità di “sospensione delle attività didattiche in presenza a seguito dell'emergenza epidemiologica” e il conseguente obbligo per il personale scolastico “di assicurare le prestazioni con le modalità del lavoro agile”, di cui alla novella dell'art. 231-*bis* comma 1, lett. b) del decreto *rilancio*. Inoltre sono state inserite tre importanti norme, aventi scadenze diverse, dedicate ai lavoratori in condizioni di “fragilità” per ragioni vuoi di genitorialità, vuoi di salute (rinvio al § 4).

L'ultimo (per ora) d.l. n. 125/2020 e la coeva delibera del C.d.M. 7 ottobre 2020 prorogano lo stato di emergenza Covid-19 fino al 31 gennaio 2021, con disposizioni attuative nei successivi d.P.C.M. 13, 18 e 24 ottobre 2020 (efficaci fino al 24 novembre 2020). Questa volta, però, il termine ultimo per utilizzare il lavoro agile in modalità semplificata (cioè in deroga alla l. n. 81/2017) viene differito non fino alla scadenza dell'emergenza, ma anticipato al 31 dicembre 2020, come risulta dalle modifiche all'art. 1, comma 3 (e all'allegato 1) d.l. n. 83/2020, conv. nella l. n. 124/2020 (art. 1, comma 3, lett. a e b, d.l. n. 125/2020). Ma la legge di conversione del decreto *rilancio* pare allineare emergenza e semplificazione del lavoro agile al 31 gennaio 2021.

Segnalo inoltre che il d.P.C.M. 13 ottobre 2020, di fronte ai segnali di una possibile ondata autunnale di contagi, per contenere il rischio sull'intero territorio nazionale, cambia il verso delle indicazioni per i lavoratori pubblici privatizzati, rinviando a “uno o più decreti del Ministro della pubblica amministrazione” allo scopo di garantire “almeno” la percentuale del 50 % del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in modalità di lavoro agile.

A questa fitta e intrecciata serie di provvedimenti, occorre aggiungere la raccomandazione prevista nelle linee guida del *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 e integrato il 24 aprile 2020, di avvalersi del lavoro dal proprio domicilio o a distanza ove possibile. Il legislatore pare attribuire rilievo normativo a tale protocollo con l'allegazione al cit. d.P.C.M. 26 aprile 2020. L'obbligo ivi previsto, di adottare e rispettare specifici protocolli di sicurezza *anti-contagio*, sembra costituire un modello per garantire la ripartenza in sicurezza delle attività produttive, inclusa l'enfasi ad utilizzare al massimo le modalità di lavoro agile e a ridurre la presenza nei luoghi di lavoro «anche in forma alternata [...] facendo ricorso a specifici piani di alternanza e/o di rotazione» (punti 8 e 22, capo VII, del Protocollo).

È importante ricordare poi che la promozione del lavoro agile, come strategia aziendale di prevenzione e di precauzione sanitaria, traspare nel cit. documento tecnico Inail n. 49/2020 sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro.

La contrattazione collettiva del settore privato, anche se non necessaria, nella fase emergenziale ha per lo più assecondato la traiettoria della semplificazione del lavoro agile o coltivato la *mission*, quasi impossibile, di distinguerlo dal telelavoro⁽⁵³⁾. In vista del ritorno alla nuova normalità l'autonomia collettiva, specie nei contratti aziendali,

(53) Per una rassegna di recenti contratti aziendali si veda il VI Rapporto ADAPT citato, pp., 246 ss. Cfr. inoltre V. MENICOCCHI, *La remotizzazione del lavoro nell'emergenza Covid-19: le prime esperienze contrattuali*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

potrebbe far emergere fili diversi per tessere la rete di un lavoro genuinamente agile, cioè sostenibile per entrambi i contraenti.

Anche nel lavoro pubblico sta maturando la consapevolezza dell'importanza di una cornice collettiva, come auspicato dalla dottrina più accorta ⁽⁵⁴⁾. Tuttavia, l'ultimo contratto dei comparti pubblici del triennio 2016-2018 (sottoscritto, nel corso della pandemia, il 17 luglio 2020) – quello dei «Dirigenti di regioni ed enti locali, segretari comunali e dirigenti del ruolo professionale tecnico ed amministrativo della sanità» – , pur essendo il primo contratto collettivo nazionale di lavoro dell'area dirigenza del Comparto Funzioni Locali che riunisce tre diverse tipologie di dirigenza, non regola il lavoro agile. Pare che l'Aran voglia procedere alla regolamentazione con un accordo-quadro. Se in tale cornice si declinerà una sorta “modello unico” di organizzazione della PA si paventano rischi di eccessiva omogeneità e uniformità rispetto ad amministrazioni diverse.

Il ruolo della negoziazione collettiva (nazionale e/o aziendale?) ⁽⁵⁵⁾ risulta rafforzato nelle prime ipotesi di revisione (concertata?) della l. n. 81/2017, per ora anticipate sulla stampa dalla Ministra del lavoro Nunzia Catalfo in vista della (ora superata) scadenza del 15 ottobre, salvo una possibile seconda ondata di contagi. Stando alle anticipazioni, la novella *post-Covid* intende intervenire per la soluzione di alcuni snodi critici dell'originaria disciplina legale: tra cui il diritto alla disconnessione ⁽⁵⁶⁾, anche per assicurare un equo bilanciamento nella conciliazione vita-lavoro. La preoccupazione che aleggia, anche nella dottrina, è che l'intervento non risulti di mera manutenzione ed emersione di semplificazioni, bensì di irrigidimento forte della disciplina legale, con nuovi vincoli, per bilanciare l'unilateralità gestionale dell'emergenza, con il rischio di un inopportuno «appiattimento regolativo del lavoro agile sul telelavoro, una sussunzione del primo nel secondo» ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ In particolare, cfr. A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, cit., pp. 356 ss.

⁽⁵⁵⁾ Da ultimo rinvio ai condivisibili rilievi di M. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza*, cit., pp. 615 ss. Restano salve, ovviamente, le potenzialità di applicazione della contrattazione collettiva di prossimità, ex art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011: G. ZILIO GRANDI, M.L. PICUNIO, *Lavoro da remoto e contrattazione di prossimità*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., che individuano anche alcuni possibili ambiti di applicazione del contratto collettivo aziendale e territoriale, cui si potrebbe aggiungere la deroga alla previsione di un lavoro (solo) “in parte” esterno.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., in generale, V. MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.; M. RUSSO, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in DRI, 2020, n. 3, p. 682. Segnalo il d.d.l. n. 1833 (Ricciardi e altri), *Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti*, presentato da esponenti del Movimento 5 Stelle al Senato il 29 maggio 2020 (XVIII Legislatura) che presumibilmente costituirà un punto di partenza per le ipotesi di riforma. Per un primo commento alla proposta si veda M. MENEGOTTO, [Una nuova legge sul lavoro agile? Note a margine del disegno di legge delega AS 1833 a firma Ricciardi e altri](#), in [Boll. ADAPT, 2020, n. 34](#).

⁽⁵⁷⁾ Così B. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiani nella crisi pandemica*, cit., 34 ss. Si veda anche M. DEL CONTE, *Le prospettive del lavoro agile oltre l'emergenza*, e R. DE LUCA TAMAJO, F. MAFFEI, *L'esperimento emergenziale e post emergenziale del lavoro agile: consuntivo e spunti di riforma*, entrambi in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit. Segnalo anche un appello trasversale (dal sindacato all'università) al governo per «rilanciare il lavoro agile, senza ingessarlo», diffuso il 23 novembre 2020 alla vigilia dell'apertura del confronto governo-sindacati-datori, e una presa di posizione dell'ordine milanese dei commercialisti ed esperti contabili: L. BERETTA, P. BUSSO, F. PAGLIACCI, *Lo smart working non è questione di diritto*, in *LDE*, 2020, n. 3.

Segnalo che anche il legislatore regionale potrebbe essere interessato a valorizzare e promuovere il lavoro agile, specialmente quale misura di benessere dei lavoratori e di innovazione organizzativa ⁽⁵⁸⁾.

Il tutto con la consapevolezza che la sfida alimentata dal radicamento della nuova modalità di lavoro agile si gioca non solo sul campo delle regole giuridiche e sindacali, ma su quello molto più largo, inclusivo delle dimensioni della complessità delle trasformazioni digitali del lavoro, della sua organizzazione e gestione, nonché del loro spessore sociale, culturale e ambientale ⁽⁵⁹⁾.

3.2. Il rapporto di lavoro d'emergenza: agile ma semplificato e più differente tra pubblico e privato. Organizzazione *versus* conciliazione

La legislazione di emergenza, per agevolare l'attivazione pronta del lavoro agile e per adattarlo alle finalità *anti-virus*, ne ha modificato – con deroghe temporanee – i requisiti e le modalità di accesso previsti dalla l. n. 81/2017, rendendolo molto più snello e semplificato, cioè riducendone le complicazioni di attivazione e di gestione. In sintesi, con un gioco di parole, il lavoro agile per Covid-19 diventa più facile, cioè viene semplificato, alleggerendo diversi vincoli sostanziali e procedurali.

Di seguito, riepilogo i profili derogatori del lavoro agile “d'emergenza”, nel privato e nel pubblico, quale misura di allontanamento dal luogo di lavoro, con la sua prosecuzione da casa, che ha caratterizzato soprattutto le fasi 1 e 2, cioè quelle più dure della pandemia (da febbraio a luglio 2020) ⁽⁶⁰⁾:

- a) per intuibili ragioni di ordine pubblico sanitario, il lavoro agile ha perso il requisito di *alternanza* tra prestazione interna ed esterna, seppur questo riemerge con la progressiva riapertura delle attività economiche (per es. a rotazione o per le misure di prevenzione). Per le stesse ragioni, il “non-luogo” ⁽⁶¹⁾ di lavoro, che connota tipicamente il lavoro agile, è diventato un luogo unico e necessitato: l'abitazione di residenza e/o di domicilio del lavoratore, con un “ufficio-casa” modellato sull’“ufficio-studio” ⁽⁶²⁾;
- b) per ragioni di accelerazione emergenziale – seppur con il rischio di alimentare occasioni di incertezze applicative – il lavoro agile viene attivato in via unilaterale, *senza l'obbligo di accordo* tra le parti sull'attivazione e sulla co-regolazione delle modalità dell'agilità (in pratica, con una disposizione unilaterale e discrezionale che costituisce una sorta di inedito *jus variandi* del datore sul *se e come* svolgere la prestazione da casa, senza necessità di consenso dello stesso lavoratore), perdendo

⁽⁵⁸⁾ Si veda il [d.d.l. Friuli-Venezia Giulia n. 105/2020](#), *Disposizioni regionali in materia di lavoro. Modifiche alla legge regionale 9 agosto 2005, n. 18 (Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro) e alla legge regionale 21 luglio 2017, n. 27 (Norme in materia di formazione e orientamento nell'ambito dell'apprendimento)*.

⁽⁵⁹⁾ Sul punto, con la medesima consapevolezza, M. TIRABOSCHI, *Le sfide non capite*, in AA.VV., *Smart working. Il domani è già arrivato*, Il Sole 24 Ore, 2020, p. 25, e più in generale M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, ADAPT University Press, 2019.

⁽⁶⁰⁾ Per un sintetico riepilogo C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in RIDL, 2020, n. 1, III, pp. 3 ss.

⁽⁶¹⁾ Si utilizza il famoso neologismo di MARC AUGÉ, *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della sur-modernità*, Elèuthera, 1992.

⁽⁶²⁾ Prendendo a prestito le riflessioni di F. BUTERA, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working*, cit., pp. 152 ss.

- quindi «il suo tratto identitario, giuridicamente, volontaristico/consensuale e, fattualmente, di integrazione flessibile di spazio e tempo»⁽⁶³⁾. Inoltre, nella maggioranza delle organizzazioni, specie nelle PA, l’attivazione del lavoro agile non è stata supportata da un contemporaneo ripensamento del sistema organizzativo-gestionale;
- c) nella fase dura, per evitare la diffusione del contagio, la presenza in azienda è stata fortemente limitata. Nel lavoro pubblico, il lavoro agile è diventato tendenzialmente obbligatorio, salvo attività “non remotizzabili” (indifferibili o che richiedano necessariamente la presenza nei luoghi di lavoro); mentre, nel lavoro privato, è rimasto una libertà fortemente raccomandata. Nel pubblico impiego, lo schema viene temporaneamente attenuato (al massimo 50%) con la l. n. 77/2020 (di conversione del decreto *rilancio*) prevedendo il «rientro in sicurezza sui luoghi di lavoro», «al fine di assicurare la continuità dell’azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti»⁽⁶⁴⁾ e successivamente rafforzato (almeno il 50%) con la l. n. 126/2020 (di conversione del decreto *agosto*);
 - d) l’accelerazione è accompagnata poi dalla semplificazione degli adempimenti procedurali formali, con comunicazioni “snelle” ai centri per l’impiego⁽⁶⁵⁾, con l’aggiunta (oltre alla data di inizio) della data di cessazione (se prevista) della modalità agile di lavoro;
 - e) allo stesso fine, non è necessario lo “specifico” documento aziendale di informazione ai lavoratori e ai rappresentanti per la sicurezza sui *rischi* per la salute e sicurezza del lavorare⁽⁶⁶⁾;
 - f) il lavoro agile, anche nel lavoro pubblico, può essere effettuato con *strumenti* di proprietà o nella disponibilità del dipendente; quindi senza necessità di assegnarglieli e di assicurargli la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti tecnologici (*computer*, connessione, ecc.);
 - g) l’attuale clausola di lavoro agile, per i suoi caratteri di specialità e di deroga, ha una durata a tempo *determinato*, condizionata – per ora fino al 31 dicembre 2020,

⁽⁶³⁾ Così. B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia*, cit. Cfr. anche A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit.; C. ALESSI, M. L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D’ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, pp. 131 ss.

⁽⁶⁴⁾ Si veda anche la circ. Min. PA n. 3/2020.

⁽⁶⁵⁾ Il datore, tuttavia, deve comunicare ai servizi per il lavoro (al [link servizi.lavoro.gov.it](http://link.servizi.lavoro.gov.it)), con un’auto-certificazione, l’elenco massivo dei lavoratori posti in regime di *smart working* quale indicazione di inizio periodo di attività in modalità agile. Inoltre, è utile la predisposizione di una informativa rivolta ai lavoratori coinvolti anche sui principi del lavoro agile di cui alla l. n. 81/2017, nonché sulle specifiche interazioni con l’organizzazione aziendale, sui poteri del datore, sugli obblighi del lavoratore (inclusi quelli di riservatezza): S. BINI, *Lo smart working al tempo del Coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *GC*, 2020, n. 3, p. 4. Si veda anche M. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza*, cit., p. 637.

⁽⁶⁶⁾ A seguito della circ. Inail 25 febbraio 2020, n. 6, basta inviare, in via telematica (cioè per mezzo di posta elettronica), il modello standard di «informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile ai sensi dell’art. 22, comma 1, l. n. 81/2017». Sui profili assicurativi si veda la circ. Inail 2 novembre 2017, n. 48. Sulla rilevanza del lavoro agile v. anche la nota INL 20 aprile 2020. In tema, da ultimo, S. FRATINI, *Gli obblighi di sicurezza nel lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.; D. GENTILINI, G. FILOSA, [La tutela della salute e sicurezza del lavoro nello smart working. Inquadramento giuridico e sfide formative](#), Working Paper ADAPT, 2020, n. 20.

con in vista la proroga al 31 gennaio 2021 – al permanere dello stato provvisorio di emergenza sanitaria.

Ai sensi della stessa legislazione d'emergenza, le deroghe alla disciplina della l. n. 81/2017 devono attuarsi nel rispetto dei “principi” dettati dagli stessi artt. 18-23: a partire dalle limitazioni temporali della prestazione lavorativa al diritto alla disconnessione (entrambi riconducibili alla tutela del riposo e della salute); nonché ai principi generali declinati dall'interprete, espressione di garanzie costituzionali e compatibili con l'assenza di un accordo individuale, avendo come riferimento il sistema normativo normale di gestione del rapporto di lavoro subordinato.

Al di là dell'etichetta legale, di fatto, il lavoro ri-disciplinato dalla normativa d'emergenza più che una modalità di lavoro agile *ex l. n. 81/2017* assomiglia, per un verso, ad una forma classica di (tele)lavoro o di lavoro “da remoto” massivo e in blocco, per altro verso, ad una attività lavorativa eseguita a domicilio (o in qualsiasi dimora in cui si trovano, anche non abituale); quindi appare come una forma di lavoro vecchia riverniciata dalla forza delle cose ⁽⁶⁷⁾. Tuttavia, la comunicazione pubblica (politica, istituzionale e dei media) tende per lo più a presentarlo alla società come una modalità lavorativa attrattiva non solo agile, ma pure intelligente o confortevole, quindi desiderabile per varie ragioni (incluse quelle di risparmi di costi per i datori). A tal fine, attribuisce al lavoro agile d'emergenza il nome (anglofono, ma tutto italiano), che veicola anche un giudizio di valore positivo di *smart working*, che furbescamente suona accattivante ed evocativo di speranze di modernità olistica. Con questo sapiente gioco di marketing, la registrata iperpresenza del termine *smart working* riesce a veicolare l'idea di connettività e di interazione telematica tra persone e strutture.

Volendo redigere un sintetico bilancio della progressiva curvatura subita dal lavoro agile nella legislazione dell'emergenza Covid-19 segnalo l'emersione di un'altra discontinuità rispetto all'impianto della l. n. 81/2017. Al di là delle assonanze, le norme differenziano maggiormente le regole del ricorso al lavoro agile tra pubblico e privato ⁽⁶⁸⁾, con la possibilità di una divaricazione tra le finalità concrete perseguite rispetto alla coppia originaria; ovviamente con la comune aggiunta delle nuove funzioni emerse con l'emergenza, di prevenzione/precauzione/occupazione.

Il settore pubblico – con qualche rigidità e incertezza in più – sembra privilegiare la natura del lavoro agile di strumento di *organizzazione* per il buon andamento (cioè la finalità latamente produttivistica) verso una Pubblica Amministrazione “4.0” ⁽⁶⁹⁾, caratterizzata da un contesto di forme di direzione immateriale.

⁽⁶⁷⁾ M. TIRABOSCHI, [Un contributo alla gestione delle problematiche giuslavoristiche della emergenza da Coronavirus](#), in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Coronavirus: una emergenza non solo medica. Primi indirizzi operativi per la gestione dei rapporti di lavoro](#), Boll. Spec. ADAPT, 2020, n. 2; M. MENEGOTTO, [Coronavirus: trasferte, lavoro agile e telelavoro](#), in [Boll. ADAPT, 2020, n. 7](#); A. MARESCA, [Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19](#), in [Federalismi.it](#), 2020, n. 87, p. X; S. BINI, [Lo smart working al tempo del Coronavirus](#), cit., p. 7 segnala la centralità dell'*home office*.

⁽⁶⁸⁾ Si veda la provocazione di C. PISANI, [Il lavoro agile nella P.A. possibili profili di illegittimità costituzionale](#), in [GLav](#), 2020, n. 33-34, pp. 19 ss.

⁽⁶⁹⁾ Si veda – oltre a B. CARUSO, [Pubbliche amministrazioni e imprese italiani nella crisi pandemica](#), cit., e L. ZOPPOLI, [Dopo la digi-demia](#), cit. – C. SPINELLI, [Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?](#), in [LPA](#), 2020, n. 2, pp. 21 ss.; A. ZILLI, [Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”](#), cit., pp. 356 ss.; C. ALESSI, M.L. VALLAURI, [Il lavoro agile alla prova del Covid-19 e diritti dei lavoratori](#), cit., pp. 131 ss. Si veda anche A. NADDEO, [Lo smart working: dall'emergenza COVID-19 la leva per il cambiamento della p.a.](#), in [Risorse Umane](#), 2020, n. 3.

Nell'art. 263 del decreto *rilancio* (d.l. n. 34/2020, convertito dalla l. n. 77/2020), tale misura organizzativa – ordinaria nelle fasi 1 e 2 – nella fase 3, a seguito del progressivo richiamo in servizio, diventa una libertà “contingentata”, con l’indicazione dapprima di una percentuale – a mio avviso, *massima* – del 50% «del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte» in *smart working* (art. 263, comma 1).

Con le preoccupazioni autunnali di ripresa del contagio, nel lavoro pubblico si assiste ad un ripensamento significativo dell’art. 263 comma 1, d.l. n. 34/2020 (convertito in l. n. 77/2020). Il comma 3 dell’art. 3, d.P.C.M. 13 ottobre 2020 (confermato nell’ultimo d.P.C.M. 24 ottobre 2020), nell’intento di incentivare il lavoro agile nel pubblico impiego (con modalità da stabilire in “uno o più decreti del Ministro della pubblica amministrazione”), cambia verso alla percentuale del 50% del “personale preposto nelle attività che possono essere svolte secondo tale modalità”, definendola espressamente come quota minima (“almeno”) da garantire in relazione al concreto evolversi della situazione epidemiologica da Covid-19.

A ben vedere, la novella tenta un nuovo bilanciamento tra la continuità nell’erogazione dei servizi e la salute dei pubblici impiegati, a favore di quest’ultima. La versione originaria del contingentamento, quale quota massima, intendeva frenare l’uso del lavoro agile per ripopolare gli uffici pubblici e – anche alla luce delle note polemiche – garantire la continuità dell’azione amministrativa, la ripresa di operatività regolare, continua ed efficiente degli uffici pubblici; il tutto, in attesa di una ri-organizzazione e di una più forte informatizzazione (si veda d.l. n. 76/2020, convertito dalla l. n. 120/2020) delle PPAA, nonché di una preparazione (anche culturale) alla gestione delle procedure e delle persone da remoto. Nella novella, invece, riaffiora la preoccupazione di aumentare – pure, in relazione al concreto evolversi della situazione sanitaria, alle «percentuali più elevate possibili [...] compatibili con le potenzialità organizzative e con la qualità e l’effettività del servizio erogata» – la quota di lavoro da remoto per contrastare l’emergenza (art. 3, comma 3, d.m. 19 ottobre 2020). L’*home working* è rafforzato anche per decongestionare il trasporto pubblico locale.

Ciononostante l’ultimo decreto, 19 ottobre 2020, della Ministra della PA Dadone – emanato in virtù del decreto *rilancio* (art. 263, comma 1, terzo periodo, d.l. n. 34, convertito dalla l. n. 77/2020) e delle correzioni dei d.P.C.M. d’autunno – prevede alcune novità per promuovere, in tutte le PPAA, uno *smart working* un po’ meno emergenziale, con tratti di equilibrata flessibilità e alternanza, seppur alimentando nuovi rischi di discriminazione digitale per l’utente – cittadino ⁽⁷⁰⁾.

Il decreto Dadone, nella convinzione che il lavoro agile nella PA costituisca “una delle” modalità organizzative “ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa” (art. 1, comma 1, d.m. 19 ottobre 2020), precisa che i lavoratori agili non devono subire “penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della

⁽⁷⁰⁾ Per un primo commento al decreto si veda A. ZILLI, *Nuove regole per lo smart working nella p.a. in emergenza Covid-19*, in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/nuove-regole-per-lo-smart-working-nella-p-a/>, 20 ottobre 2020. Il contributo, seppur agile, si segnala anche per le condivisibili riflessioni sulle conseguenze di una PA che pretende da tutti i cittadini, non solo dalle imprese, l’accesso ai servizi pubblici in modalità digitale con procedure burocratiche non sempre semplici o immediate e con strumenti e linguaggi non sempre alla portata di tutti (per tutti la vicenda dello SPID, sistema pubblico di identità digitale). Da qui per l’utente medio, specie in un Paese come il nostro (con molti anziani e molte persone in condizioni di povertà), l’insorgere di un nuovo rischio di discriminazione di tipo digitale che esclude le fasce più deboli della popolazione.

progressione di carriera” (art. 1, comma 4). Inoltre la cit. modifica incide in maniera significativa sulla programmazione del lavoro in vista dell’adozione del c.d. POLA (da attuare entro il 31 gennaio 2021).

In coerenza con l’assunto che il lavoro agile non è altro che una modalità di espletamento dell’attività lavorativa, quindi è materia di micro-organizzazione, le decisioni competono a ciascun “dirigente” (come definito dall’art. 2, comma 1) e “con immediatezza”. A tal proposito, il decreto fornisce istruzioni per la ri-organizzazione del lavoro da remoto e in presenza (art. 3): verificando anche i *feedback* che arrivano dall’utenza e dalle imprese, dovrebbe monitorare le prestazioni rese in *smart working* da un punto di vista sia quantitativo sia qualitativo. L’uso del condizionale è d’obbligo, vista la criticità dell’attuale fase di emergenza.

Ai sensi del recente d.m. 19 ottobre 2020, il pubblico impiegato agile, di regola, dovrebbe alternare giornate lavorate in presenza e giornate lavorate da remoto (art. 1, comma 3), secondo il principio della rotazione (art. 3, comma 1, lett. d); con priorità in relazione alle condizioni di salute dei componenti del nucleo familiare del dipendente, della presenza di figli minori di quattordici anni, della distanza tra la zona di residenza o di domicilio e la sede di lavoro, nonché del numero e della tipologia dei mezzi di trasporto utilizzati e dei relativi tempi di percorrenza (art. 3, comma 1, lett. e).

Altresì, l’amministrazione deve favorire il lavoro agile per i lavoratori “fragili” (come definiti dall’art. 2, comma 2, che include i disabili, di cui all’art. 3 comma 3, l. n. 104/1992 e i dipendenti di cui all’art. 21-bis, d.l. n. 104/2020, convertito in l. n. 126/2020), anche attraverso “l’adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento come definite dai contratti collettivi vigenti” e, in ogni caso, promuovendo il loro impegno in “specifiche attività di formazione professionale” (art. 3, comma 1, lett. b).

Ai sensi dell’art. 5, d.m. 19 ottobre 2020, lo *smart working* si svolgerà di norma senza vincoli di orario e luogo di lavoro (comma 1), ma potranno essere previste “specifiche fasce di contattabilità” (comma 2) oppure “al lavoratore sono garantiti i tempi di riposo e la disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro” (comma 3). Secondo il Decreto, gli attrezzi del mestiere potranno essere forniti dalla PA, benché rimanga consentito l’utilizzo di strumentazione di proprietà del dipendente (art. 3, comma 2).

Poiché, infine, i dipendenti in modalità agile non debbono subire penalizzazioni professionali e di carriera, le pubbliche amministrazioni dovrebbero adeguare i sistemi di misurazione e valutazione della *performance* alle specificità del lavoro agile.

In ogni caso, il lavoro agile resta sempre attivabile nella variante semplificata fino al 31 dicembre 2020 (art. 1, comma 2) – con una sfasatura (poco comprensibile) di un mese di anticipo rispetto alla fine dello stato di emergenza (esteso fino al 31 gennaio 2021) – eventualmente con la consultazione del sindacato (art. 7). Sfasatura, questa, in via di superamento con la conversione del decreto *rilancio* per far andare di pari passo emergenza e semplificazione del lavoro agile.

Nel settore privato, invece, la «bolla del lavoro» da remoto si era «sgonfiata» ⁽⁷¹⁾. Salvo alcuni settori particolari (*in primis*: servizi di informazione e di comunicazione,

⁽⁷¹⁾ Così la lucida e documentata analisi per Confindustria, sulla base dei dati Istat, di D. MARINI, *Il vero smart working richiederà tempo, risorse e pragmatismo*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 settembre 2020, p. 23 (e in

forniture di energia elettrica e gas; attività professionali e scientifiche), sembrava prevalere – specie nelle micro-imprese (che costituiscono circa l'80% del sistema italiano) – una tendenza al graduale riassorbimento, in attesa di una ri-organizzazione e di un ripensamento – teorico, pragmatico e interdisciplinare – del lavoro svolto per via informatica e telematica. Ma con la seconda ondata, l'uso del lavoro agile ritorna «fortemente raccomandato» ai sensi dell'art. 3, comma 5, d.P.C.M. 24 ottobre 2020.

Resta, inoltre, sicuramente coltivabile la sua finalità originaria di *conciliazione* lavoro/cura, latamente riconducibile a misure di *welfare* aziendale, quale strumento alternativo che si aggiunge ad altri già previsti a tale scopo e per lo più da rivedere in vista dell'attuazione della Direttiva dell'Unione europea del 20 giugno 2019, n. 1158. Le differenze di regolamentazione (e di funzione) emergenti forse cercano di attenuare squilibri strutturali esistenti fra i due settori. Come noto, il massiccio e improvviso ricorso al lavoro da remoto calato in un contesto organizzativo (con le note disfunzioni) e culturale come quello del lavoro pubblico ha alimentato severe osservazioni critiche sull'effettiva produttività del lavoro non sempre infondate ⁽⁷²⁾, nonché diffuse preoccupazioni sulla capacità della dirigenza pubblica di dare attuazione alla modalità di lavoro agile compatibile con nuove forme di gestione e controllo della prestazione di lavoro svolta a distanza e con le esigenze dei servizi e dell'utenza. Per il lavoro privato, si condivide l'impressione che il cambiamento nelle prime prove di rientro, seppur cauto, denoti uno «sforzo di cambiamento organizzativo e produttivo reale» con effetti che tendono a diventare durevoli, sistematici e sostenibili ⁽⁷³⁾, anche se con numeri diversi da quelli della pandemia.

In entrambi i casi (pubblico e privato) – vuoi che prevalga la finalità organizzativa, vuoi quella di conciliazione – intravedo nel lavoro agile a tempo pieno una progressiva (ri)emersione del classico tema della *flessibilità dell'orario di lavoro*, sia nella sua dimensione quantitativa (seppur rovesciata: v. il dibattito sulla disconnessione nelle sue varie declinazioni), sia nella dimensione qualitativa di distribuzione (per es. fasce di reperibilità); lo è con una novità rivoluzionaria veicolata dalla diffusione delle tecnologie digitali e della rete internet e dalla tendenza a zero della c.d. “latenza” (cioè l'intervallo di tempo che intercorre fra il momento in cui viene inviato l'*input* e quello in cui è disponibile il suo *output*). La possibilità di interagire in tempo reale con luoghi e persone fisicamente distanti rovescia una storia secolare: si può usare il *tempo* (di lavoro) per gestire lo *spazio* (di lavoro), le sue funzioni, caratteristiche e identità ⁽⁷⁴⁾.

AA.VV., *Smart working*, cit., p. 53). Per il Direttore scientifico di *Community Research & Analysis*, il lavoro da remoto comunque risulta accresciuto di molto rispetto all'esperienza pre-Covid-19 anche nel settore privato: dall'1,2% dei quasi 13 milioni di lavoratori, al boom dell'8,8% nelle fasi di grande emergenza, all'attuale 5,3%, con diffusione prevalente nelle grandi imprese, nel Nord Ovest e nel Centro (si veda *infra* § 4.2.).

⁽⁷²⁾ A partire da P. ICHINO, *7 domande alla Ministra Dadone sullo smart working pubblico*, in *Corriere della Sera*, 18 giugno 2020, e la documentazione online in P. ICHINO, *Il “lavoro agile” nel settore privato e in quello pubblico, dal dibattito parlamentare sul suo riconoscimento legislativo del 2017 a oggi*, in www.pietroichino.it, che evidenzia un disallineamento tra la versione ufficiale e la realtà.

⁽⁷³⁾ Così B. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiani nella crisi pandemica*, cit., p. 33.

⁽⁷⁴⁾ Per tutti, L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit.; M. MAGNANI, *Fatti non foste a vivere come robot. Crescita lavoro, sostenibilità: sopravvivere alla rivoluzione tecnologica*, Utet, 2020. Cfr. inoltre l'indagine Istat-Eurostat, *L'organizzazione del lavoro in Italia: orari, luoghi, grado di autonomia*, in www.istat.it, relativa all'anno 2019, ma già con un primo focus sullo *smart working*.

In generale, si frammenta e polverizza il c.d. “mercato del tempo di lavoro”, con forti analogie e affinità – nel pubblico e nel privato – non soltanto con i principi di regolamentazione del lavoro a tempo parziale, ma anche con le complessità e ambiguità di tale modalità di lavoro ⁽⁷⁵⁾. Nell’era digitale, dell’organizzazione immateriale, riaffiorano le discussioni di fine secolo non soltanto su tempi di vita/tempi di lavoro, ma pure quelle sul coordinamento dei tempi delle città e del territorio, di cui alla nota legge Turco, l. n. 53/2000 ⁽⁷⁶⁾.

4. Oltre l’emergenza: il lavoro agile quale misura di inclusione per i lavoratori “fragili” e per i lavoratori genitori

Riepilogando, l’accesso al lavoro agile d’emergenza, con l’evoluzione della disciplina provvisoria, mostra un approccio semplificato, ma differente all’interno dei diversi settori e contesti lavorativi ed organizzativi. In ogni caso, nella fase pandemica, risulta impossibile configurare un vero e proprio diritto generale del dipendente al lavoro agile, anche nel settore pubblico ⁽⁷⁷⁾. Pertanto, lo *smart working* al momento costituisce, come il *part-time*, una mera alternativa – spesso, per lo più per la lavoratrice, di *work life balance* – di rapporto di lavoro subordinato di fatto rimessa alla libertà del datore nell’attuale mercato del lavoro.

Nel contempo, però, il modello di utilizzo del lavoro agile – vuoi come garanzia di sicurezza e misura di precauzione sanitaria contro il *Coronavirus*, vuoi come sostegno alla continuità dell’attività lavorativa – alimenta la percezione che tale modalità di occupazione possa costituire una forma di protezione dei lavoratori. Di ciò appare consapevole lo stesso legislatore dell’emergenza che disciplina – come per il lavoro a tempo parziale – una serie di casi particolari di *favor* per il lavoro agile per talune categorie di soggetti, del privato e del pubblico impiego, in particolari situazioni di debolezza o di “fragilità” in senso figurato ⁽⁷⁸⁾.

Da qui, una provocazione, nella veste di ossimoro: il lavoro agile potrebbe diventare una sorta di succedaneo, più saporito, del lavoro a tempo parziale? Ovvero, lo *smart working* assomiglia ad un *part-time*... a tempo pieno? I due istituti per la loro natura di strumenti di flessibilità organizzativa – accomunati dalla gestione modulabile dell’orario di lavoro – condividono diverse funzioni e ambivalenze, specie nei confronti dei soggetti in condizioni di svantaggio sul mercato del lavoro ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ Alla medesima conclusione perviene B. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiani nella crisi pandemica*, cit., pp. 34 ss., ragionando in merito alla possibile novella legislativa.

⁽⁷⁶⁾ Sul versante giuridico cfr., da ultimo, V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale tempo e libertà*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Cacucci, 2019, pp. 31 ss. Sul versante sociologico, risulta illuminante la lettura di J. WAJCMAN, *La tirannia del tempo. L’accelerazione della vita nel capitalismo digitale*, Treccani, 2020.

⁽⁷⁷⁾ Si condivide l’analisi di L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia*, cit., p. 5; così come non c’è (più) un diritto del lavoratore alla trasformazione del lavoro rapporto di lavoro a tempo pieno in tempo parziale.

⁽⁷⁸⁾ Dal punto di vista filosofico, sull’azione etica e politica, rinvio a M. NUSSBAUM, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Il Mulino, 2011.

⁽⁷⁹⁾ Per il part-time sia permesso rinviare a M. BROLLO, *Un quarto di secolo dopo, le trasformazioni del lavoro a tempo parziale*, in *ADL*, 2017, n. 6, pp. 1382 ss.

Tornando alla fase di emergenza, non c'è dubbio, il *virus* ha funzionato, da un lato, come “*marker* rivelatore di fragilità”, dall'altro, come “attivatore di rimedi”⁽⁸⁰⁾, per attutirne l'impatto sui lavoratori più vulnerabili. Rimedi, questi, che aprono le porte al lavoro in modalità agile e lo fanno rifluire nel «prisma degli accomodamenti ragionevoli»⁽⁸¹⁾, quale concreta soluzione lavorativa, di carattere organizzativo, per rimuovere gli ostacoli che impediscono l'integrazione socio-lavorativa, la realizzazione e la partecipazione alla vita sociale delle persone in condizioni di svantaggio (e a rischio di discriminazione anche di tipo digitale).

Il rimedio, ovviamente, potrà essere adottato previa verifica della compatibilità tra la mansione svolta dal lavoratore e lo svolgimento dell'attività lavorativa da remoto (si veda *infra*). Se lo è, anche se temporaneo, lo *smart working* potrebbe consolidarsi quale percorso di inclusione delle persone in condizioni di fragilità, assecondando pure le esigenze di conciliazione dei soggetti che prestano assistenza (c.d. *caregivers*).

Una volta superata (con l'esperienza Covid-19) la barriera di diffidenza verso l'uso delle tecnologie, l'agevolazione del lavoro agile potrebbe costituire una preziosa misura di inclusione – da coltivare anche per via di negoziazione sindacale – nei confronti di diverse categorie di lavoratori svantaggiati. Per esempio, la modalità di lavoro agile potrebbe creare le condizioni di un mercato del lavoro favorevole, specie per i lavoratori-genitori, alla ricerca di un migliore equilibrio individuale tra vita privata e vita professionale. Di più, tenendo conto dell'asimmetrica distribuzione dei compiti domestici e di cura, con uno squilibrio di genere nell'uso del tempo, il lavoro agile potrebbe costituire una modalità, anche temporanea, di promozione dell'occupazione femminile che consente una migliore conciliazione vita lavorativa e vita familiare⁽⁸²⁾. Ed ancora, per gli anziani il c.d. *smart working* potrebbe rappresentare un'ottima opportunità di conciliazione tra le esigenze lavorative e quelle del benessere personale, quale misura di invecchiamento attivo⁽⁸³⁾. Ma queste narrazioni vanno declinate nella realtà quotidiana, in cui l'agilità non soltanto va tagliata “su misura” delle differenze personali, ma va calata in uno specifico contesto organizzativo, ambientale e territoriale.

Al momento, le figure “fragili” ritenute dal legislatore dell'emergenza bisognose di protezione sono: *i*) il dipendente esposto al rischio di contagio relativo alla sua persona; *ii*) il dipendente familiare del soggetto esposto al rischio contagio; *iii*) il lavoratore genitore (madre e padre) di figli *pre*-adolescenti, ovvero di figli disabili. Dato che

⁽⁸⁰⁾ Si condivide il pensiero di M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2020, n. 426.

⁽⁸¹⁾ In generale, sul punto, si rinvia a D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, n. 6, p. 1211. Con riferimento proprio al lavoro agile si veda dapprima A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come “accomodamento ragionevole” tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 2020, n. 4, p. 531, e poi M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità*, cit.

⁽⁸²⁾ Cfr. A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit.; L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., pp. 153 ss.; M. BROLLO, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, n. 4, pp. 507 ss. Si vedano anche le ricerche citate da F. BARIGOZZI, C. DI TIMOTEO, C. MONFARDINI, *Quell'uso del tempo che divide donne e uomini*, in *Lavoce.info*, che alimentano ulteriori preoccupazioni per gli effetti della pandemia, cui adde AA.VV., *Indagine sullo smart working e questioni di genere negli enti di ricerca italiani durante l'emergenza Covid-19*, WP IRPPS, 2020, n. 120.

⁽⁸³⁾ Cfr. V. FILÌ, *L'invecchiamento da esclusione ad inclusione*, in *ADL*, 2020, n. 2, pp. 369 ss.

per *i*) e *ii*) le garanzie sono le medesime, le prime due figure possono essere accorpate sì da prefigurare una doppia condizione di debolezza: A) la salute del lavoratore o del familiare; B) la condizione di genitorialità. Condizione, questa, che nella realtà può intrecciarsi (dipendente disabile genitore di minore).

4.1. Le tutele per i lavoratori fragili per ragioni di salute

Il *comma 1* dell'art. 39, d.l. n. 18/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020), recante *Disposizioni in materia di lavoro agile*, riconosce che i «lavoratori dipendenti disabili nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile ai sensi dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81».

Da qui il riconoscimento di un diritto speciale al lavoro a distanza *se ed in quanto* le caratteristiche della prestazione lavorativa del dipendente siano compatibili con la modalità di lavoro agile (stesso comma 1, art. 39). Il filtro della compatibilità può lasciare margini di incertezza rimessi alla discrezionalità del datore di lavoro e di conseguenza alimentare possibilità di contenzioso, ma il comma 2 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020), in materia di c.d. sorveglianza attiva in quarantena, riconosce(*va*) una tutela speciale ai dipendenti pubblici e privati in condizioni di particolare “fragilità” (le disabilità di cui all'art. 3, commi 1 e 3, l. n. 104/1992): il periodo di assenza dal servizio è (*era*) “equiparato al ricovero ospedaliero”, con una collocazione al di fuori del periodo di comporta per malattia.

La tutela – nell'ipotesi di *impossibilità* di lavoro agile – comportava, seppur in modo confuso, il riconoscimento della prestazione economica (e della correlata contribuzione figurativa) inizialmente fino al 30 aprile, poi prorogata al 31 luglio (dall'art. 74, comma 1, lett. a), d.l. n. 34/2020 (conv. in l. n. 77/2020). Da ultimo, detta tutela è stata prorogata al 15 ottobre 2020 e modificata (in senso fortemente restrittivo: riconosciuta soltanto ai lavoratori più fragili, *ex art.* 3 comma 3, l. n. 104/1992, eliminando il riferimento a quelli del comma 1, stessa norma), dal comma 1-*bis* dell'art. 26, d.l. n. 104/2020 (conv. in l. n. 126/2020). Il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 26, d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020) prevede che, dal 16 ottobre al 31 gennaio 2020, solo i (pochi) lavoratori fragili in grado di svolgere lavoro agile da casa continueranno a percepire lo stipendio dall'azienda.

Ciò segnalato e anticipato (riservandomi di riprendere la questione alla fine della sezione, ritorno all'evoluzione della disciplina del lavoro agile d'emergenza per i lavoratori fragili per ragioni di salute.

Il diritto al lavoro agile spetta a due categorie specifiche di lavoratori subordinati: i lavoratori gravemente disabili, *ex l. n.* 104/1992; i lavoratori abili, ma che hanno nel loro “nucleo familiare”⁽⁸⁴⁾ una persona con disabilità connotata da tale gravità. Per il pubblico impiego si veda il decreto 19 ottobre 2020 (§ 3.2).

⁽⁸⁴⁾ La nozione di nucleo familiare è mutuata dal diritto tributario e risulta comprensiva, oltre alla famiglia anagrafica (art. 3, d.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159), anche dei familiari fiscalmente a carico, anche se non hanno la medesima residenza. Siccome la norma non richiede che il dipendente presti

Se la gravità è inferiore – ma sempre con le caratteristiche individuali indicate dalla legge – ai soli dipendenti (e non anche al dipendente/familiare) è riconosciuta una tutela alleggerita. Per il *comma 2* dell'art. 39, d.l. n. 18/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020), ai «lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ai sensi degli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81».

Qui, la tutela della condizione di (minor) debolezza degrada la garanzia a mera precedenza. Laddove una singola posizione lavorativa sia gestibile da remoto e vi siano più potenziali candidati affiorano le note problematiche delle sanzioni applicabili in caso di mancato rispetto delle priorità.

Inoltre, ai sensi del nuovo *comma 2-bis* dell'art. 39 (inserito in sede di conversione del decreto), l'applicazione di entrambe le disposizioni (*comma 1*, diritto, e *comma 2*, mera priorità) viene estesa «ai lavoratori immunodepressi» e «ai familiari conviventi di persone immunodepresse».

Tali disposizioni del decreto *cura Italia* sono transitorie (per ora, fino al 31 dicembre 2020, ma forse anche oltre) ⁽⁸⁵⁾, ma ragionevolmente potrebbero essere consolidate nel futuro in una logica di c.d. “accomodamenti ragionevoli”.

Il medesimo diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile – «anche in assenza di accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81» – è previsto per situazioni di fragilità ulteriori o affini nel *comma 1* dell'art. 90, d.l. n. 34/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77/2020), c.d. decreto *rilancio*.

Per ragioni di somiglianza (e a volte di sovrapposizione) delle ipotesi di fragilità correlate alla salute della persona che lavora (senza menzionare i familiari), prendiamo le mosse dalle previsioni del *secondo periodo* del *comma 1*, art. 90 (aggiunte dalla l. n. 77/2020, di conversione del d.l. n. 34/2020). Qui il diritto al lavoro agile pandemico è riconosciuto, «sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti al rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età ⁽⁸⁶⁾ o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie

assistenza al familiare portatore di handicap, tenendo conto dello scopo delle norme di attenuare i rischi di contagio (che sono maggiori per chi coabita), si suggerisce una interpretazione restrittiva del campo di applicabilità della stessa, richiedendo la convivenza con tale familiare: P. SORDI, *Le disposizioni a favore dei lavoratori destinatari delle previsioni della Legge n. 104 del 1992*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., pp. 55 ss. Non a caso, il requisito della convivenza è espressamente previsto, dal *comma 2-bis* (aggiunto in sede di conversione del d.l. n. 18/2020) per i lavoratori immunodepressi e i loro familiari.

⁽⁸⁵⁾ «Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19», recita il *comma 1* dell'art. 39, d.l. n. 18/2020, novellato in sede di conversione dalla l. n. 27/2020; termine, questo, fissato al 31 luglio 2020 successivamente prorogato al 15 ottobre 2020 dal d.l. n. 83/2020 (art. 1, *comma 3*; all. 1, n. 14); e ora al 31 dicembre 2020, con un mese di anticipo rispetto alla nuova scadenza dell'emergenza (31 gennaio 2021), *ex* d.l. n. 125/2020. Ma la legge di conversione dovrebbe ri-allineare le scadenze al 31 gennaio 2021.

⁽⁸⁶⁾ Il tema dell'individuazione dei lavoratori fragili per ragioni anagrafiche è diventato di scottante attualità alla vigilia della ripresa del servizio scolastico. Sull'evoluzione delle evidenze e della letteratura scientifica circa la non rilevanza di alcun automatismo di per sé delle caratteristiche anagrafiche per determinare la “maggiore fragilità” si veda, da ultimo, la circ. Min. lav. e Min. salute 4 settembre 2020,

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'art. 83», stesso d.l. n. 34/2020.

Il secondo periodo del comma 1, art. 90, d.l. n. 34/2020, prorogato fino al 15 ottobre dal d.l. n. 83/2020 e (per ora) fino al 31 dicembre 2020 dal d.l. n. 125/2020 (art. 1, comma 3, all. 1, n. 32), interseca – con il citato richiamo esplicito all'art. 83, stesso decreto, e con la menzione delle stesse ipotesi – il nuovo istituto della sorveglianza sanitaria eccezionale, di cui all'art. 26, d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020). Solo che questo, incomprensibilmente, non risulta incluso nell'elenco delle disposizioni legislative prorogate dal menzionato d.l. n. 83/2020, con la conseguenza di una sua scadenza con la fine della prima emergenza, cioè al 31 luglio 2020. Da qui una confusa *querelle* con la ricerca di una soluzione ragionevole con una lettura più avanzata delle norme previgenti: l'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008 e l'art. 5 Stat. lav. ⁽⁸⁷⁾.

La legge di conversione del decreto *agosto* (l. n. 126/2020) ha modificato il contenuto dell'art. 26, d.l. n. 18/2020 (convertito in l. n. 27/2020), in tema di *Disposizioni in materia di sorveglianza attiva in quarantena*, con la previsione di nuove disposizioni per i lavoratori («dipendenti pubblici e privati») «fragili» (come individuati dagli attuali commi 2 e 2-*bis*), cioè in una condizione certificata di rischio per la salute.

Per i lavoratori fragili per gravi ragioni di salute è previsto, a decorrere dal 16 ottobre e fino al 31 dicembre 2020 lo svolgimento «di norma» della prestazione lavorativa in modalità agile, «anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale», quindi con un allentamento dell'incompatibilità con le caratteristiche della prestazione lavorativa ordinaria.

Quest'ultima previsione potrebbe apparire molto interessante, quale bagliore di futuro da indagare sotto diversi punti di vista: ulteriore esempio di «accomodamento ragionevole»; primo intreccio tra il lavoro agile, con la relativa modifica del luogo e dell'orario di lavoro, e la modifica delle mansioni, con il dubbio se quest'ultima sia coerente con la novella dell'art. 2103 c.c.; utilizzo della formazione («anche da remoto») quale alternativa, in condizioni di disagio, all'adempimento della prestazione lavorativa (nuovo comma 2-*bis*, art. 26, d.l. 104/2020, convertito dalla l. n. 126/2020).

Potrebbe essere interessante, ma come anticipato, la novella del decreto *agosto* (d.l. n. 104 /2020, conv. in l. n. 126/2020) dimentica di tutelare (come faceva in precedenza) i (moltissimi) lavoratori fragili impiegati in mansioni incompatibili con il lavoro agile (per es. cassiera di supermercato immunodepressa), dato che l'obbligo di sorveglianza precauzionale non configura più un'incapacità temporanea assoluta al lavoro tale da comportare il riconoscimento come malattia comune (come prontamente rilevato dall'Inps, con i messaggi n. 3653/2020 e n. 4157/2020).

n. 13. Su questi temi si veda anche il *webinar Prevenzione, tutele e reinserimento lavorativo nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, Udine, 30 settembre 2020, sul canale [Play Unind](#).

⁽⁸⁷⁾ Per far luce sulla complicata vicenda rinvio, oltre ai commenti in questo volume, al puntuale intervento di C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, e C. LAZZARI, *Ancora a proposito dei lavoratori fragili: brevi note sulla Circolare interministeriale 4 settembre 2020, n. 13*, entrambi in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 2, rispettivamente pp. 11 e 131 ss.

Tramontata la precedente equiparazione tra assenza e ricovero ospedaliero (e la correlata tutela previdenziale), per i dipendenti privati “fragili” – nei casi (frequenti) in cui il lavoro agile *non* sia possibile (vuoi per l’assenza di attività remotizzabili, vuoi per la mancanza di competenze specifiche) – l’alternativa resta soltanto tra la cassa integrazione (ove e se ammissibile) e l’aspettativa non retribuita; in entrambi i casi, con grave o totale perdita dello stipendio e a discrezione del datore.

La svista (o scelta?) del legislatore lascia, dunque, privi di garanzia pubblica proprio quei lavoratori più fragili per gravi ragioni di salute e maggiormente bisognosi di tutela. Da qui l’urgenza di un intervento riparatore per non alimentare il rischio di una “questione sociale”, nuova e particolarmente odiosa perché colpisce i più deboli.

4.2. Le tutele per i lavoratori genitori

Il legislatore dell’emergenza, mostrando una rinnovata sensibilità ⁽⁸⁸⁾ per il (condivisibile) “principio della bigenitorialità” ⁽⁸⁹⁾, si è preoccupato di disciplinare anche la “delicata questione” di come i genitori lavoratori (madre e padre) possano conciliare la continuità produttiva con la cura, custodia, educazione e assistenza alla formazione dei figli.

Dapprima, il decreto *cura Italia* ha previsto una sorta di mini-congedo parentale straordinario (fino a 15 giorni) per i genitori con figli di età non superiore a 12 anni ⁽⁹⁰⁾. Successivamente, il *primo periodo* del comma 1, art. 90, d.l. n. 34/2020 (convertito dalla l. n. 77/2020), ha previsto un vero e proprio diritto (ove possibile) al lavoro agile pandemico per madri e padri lavoratori. Tale diritto è limitato a coloro che soddisfano i seguenti requisiti: lavoratori/lavoratrici “dipendenti” del settore privato, quindi soltanto quelli con un rapporto di lavoro subordinato (anche a termine, a tempo parziale, somministrato, ecc.); “genitore” (anche adottivo, affidatario e con collocamento temporaneo di minori) di (almeno) un figlio «minore di anni 14»; a condizione che, «nel nucleo familiare», l’altro genitore non sia «beneficiario di strumenti di sostegno al

⁽⁸⁸⁾ Già anticipata dalla legge di bilancio per il 2019 (l. n. 145/2018) e inserita nella trama della l. n. 81/2107 (art. 18, comma 3-*bis*) di una priorità per le richieste dei lavoratori pubblici e privati con figli in condizioni di disabilità (*ex art. 3, comma 3, l. n. 104/2001*) e per le (sole) madri-lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità. Cfr. l’analisi critica di M. MENEGOTTO, *Legge di bilancio: (nuovi) diritti di precedenza sul lavoro agile. Prime riflessioni*, in *Boll. ADAPT, 2019, n. 1*. Per come è formulata, la novella curva il lavoro agile verso una natura di misura di welfare a scapito dell’obiettivo della competitività. Per un’interessante lettura critica della funzione conciliativa (con o senza aggettivi) attribuita al lavoro agile si rinvia, sin d’ora, a A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2020, n. 419.

⁽⁸⁹⁾ Rinvio, oltre ai commenti in questo volume, a M. MARTONE, *Lavoro da remoto e bigenitorialità: come cogliere nella crisi epidemiologica un’opportunità di modernizzazione sociale*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

⁽⁹⁰⁾ L’art. 23 del d.l. n. 18/2020 ha previsto – a decorrere dal 5 marzo e per l’anno 2020 – uno strumento tradizionale: un mini-congedo. Per i lavoratori dipendenti da aziende pubbliche e private – oltre che per i genitori iscritti alla gestione separata INPS ed ai lavoratori autonomi – è possibile fruire, con riferimento ai figli di età non superiore a 12 anni, e per un periodo continuativo o frazionato comunque non superiore a quindici giorni, di uno specifico congedo. Per tale mini-congedo è stata riconosciuta un’indennità pari al 50% della retribuzione percepita, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito, o disoccupato o non lavoratore.

reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa» (per es. sospeso o in riduzione di orario per ammortizzatori sociali sia ordinari sia per Covid-19) o che non sia «non lavoratore» (cioè disoccupato o inoccupato).

Interpretando alla lettera quest'ultimo vincolo si deduce che il diritto al lavoro agile permane se l'altro genitore – quello non richiedente – sia lavoratore da casa: ad es., a sua volta, dipendente in modalità agile ⁽⁹¹⁾. Quindi entrambi i genitori possono chiedere il lavoro agile, in presenza delle altre condizioni. Ed ancora, il diritto al lavoro agile sussiste anche se l'altro genitore usufruisce dei congedi o *bonus* previsti dal decreto cura Italia. E viceversa: la circostanza che un genitore (anche adottivo, affidatario e con collocamento temporaneo di minori) sia in modalità di lavoro agile da casa non impedisce all'altro genitore di fruire dei congedi parentali straordinari previsti dagli artt. 23-25 del d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020, per il settore pubblico e privato ⁽⁹²⁾. Di più, lo stesso genitore che lavora in modalità agile, al pari di tutti gli altri lavoratori dipendenti, ha diritto – per i figli di età (in questa ipotesi) non superiore ai 12 anni (con deroghe per il caso di figli con disabilità) – ai congedi parentali Covid-19, sino al 31 luglio 2020, per un periodo continuativo o frazionato comunque non superiore a 30 giorni, con un'indennità pari al 50% della retribuzione.

Tali interpretazioni sono coerenti con l'idea che lo *smart working* – come il *part-time* – sia una misura ambivalente, con una flessibilità a doppio senso di marcia (cioè *pro-*datore o *pro-*lavoratore), non sempre riconducibile ad una funzione piena di conciliazione fra lavoro e attività di cura.

L'ultimo, scontato, vincolo espressamente fissato dal primo e ribadito dal secondo periodo del comma 1, art. 90, d.l. n. 34/2020 (convertito dalla l. n. 77/2020), è che la modalità di lavoro agile «sia compatibile con le caratteristiche della prestazione» di lavoro, cioè con le mansioni assegnate al lavoratore; valutazione, questa, rimessa al medesimo datore di lavoro. Questi per rifiutare la domanda di lavoro agile dovrà motivare (e dimostrare) l'incompatibilità tra la mansione svolta dal lavoratore e lo svolgimento dell'attività lavorativa da remoto (§ 6).

Qui il lavoratore, per supportare la sua richiesta di lavoro agile, potrebbe utilizzare, a suo favore, una sorta di *repêchage* dell'agilità: cioè la dilatazione dello *jus variandi* introdotta dal *Jobs Act* a tutte le mansioni riconducibili «allo stesso livello e categoria legale delle ultime effettivamente svolte» (nuovo comma 1, art. 2103 c.c.).

Segnalo che il d.l. n. 83/2020, di proroga dello stato di emergenza al 15 ottobre, ha previsto un prolungamento ridotto di questa disposizione del decreto *rilancio* (art. 1, comma 3, all. 1, n. 32) al 14 settembre 2020, data nazionale di riapertura delle scuole, probabilmente ritenendo che tale diritto dei genitori fosse correlato alla chiusura del

⁽⁹¹⁾ Cfr. mess. Inps 15 aprile 2020, n. 1621. Sul punto si veda anche A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit. Più in generale sull'art. 5, d.l. n. 111/2020, si veda circ. Inps 2 ottobre 2020, n. 116.

⁽⁹²⁾ Nonostante la prevista fruizione “alternativa” del congedo da parte dei genitori. A.M. BATTISTI, *La specialità dei congedi e la ordinarietà dei bisogni*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., pp. 59 ss., definisce tali congedi un mero palliativo *una tantum*, poco conveniente e incapace di fornire alle famiglie un sostegno strutturale. Si veda anche M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 19 marzo 2020. Si veda anche M. LEONE, *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini*, in *Questionegiustizia.it*, 21 marzo 2020. Interessanti rilievi anche nella circ. Inps 24 marzo 2020, n. 44.

sistema scolastico. Ma la forza delle cose ha subito reso evidente che la questione della conciliazione non finisce con la riapertura delle scuole.

Da qui, un nuovo intervento del legislatore dell'emergenza che coniuga assieme la possibilità, in via alternativa, di lavoro agile e di congedo parentale straordinario. L'art. 5 del d.l. n. 111/2020 (ora riversato nell'art. 21-*bis*, d.l. n. 104/2020, convertito dalla l. n. 126/2020, con alcune integrazioni) ha previsto, nella ipotesi di quarantena obbligatoria del figlio convivente minore di 14 anni (entro il giorno del compleanno), a seguito di contatto avvenuto nel plesso scolastico (e in altri ambienti specificati dalla legge), la possibilità per uno dei genitori lavoratori dipendenti di svolgere la prestazione in modalità agile o in alternativa (qualora ciò non fosse possibile) la scelta per uno dei genitori di astenersi dal lavoro per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio, beneficiando – entro il 31 dicembre 2020 – di un congedo per il quale è prevista un'indennità pari al 50% della retribuzione (e un tetto di spesa di 50 milioni di euro).

Con tale norma, il legislatore continua a privilegiare, ove possibile, la scelta dei genitori del lavoro da remoto rispetto a quella dell'astensione dal lavoro. Tuttavia, per alcune questioni pratiche si attendono i chiarimenti e le istruzioni dell'Inps.

La norma in questione costituiva un “fuor d'opera” del decreto c.d. *trasporti* (d.l. n. 111/2020), per cui in sede di conversione del (precedente) decreto *agosto* è stata travasata, per affinità di contenuti, da un testo all'altro: il nuovo art. 21-*bis*, d.l. n. 104/2020, convertito dalla l. n. 126/2020, recupera, con integrazioni, il contenuto dell'art. 5, d.l. n. 111/2020 (nel contempo abrogato dall'art. 1, comma 2, l. n. 126/2020).

L'approssimarsi della temuta seconda ondata di pandemia ha determinato, (per ora) in alcune regioni, la chiusura delle scuole con il passaggio alla didattica a distanza o alla “didattica digitale integrata” (come recita l'art. 21, d.l. n. 137/2020). Nel nuovo contesto, di difficoltà familiari non solo per la quarantena dei figli, ma pure per la sospensione delle attività in presenza, l'art. 21-*bis* (*Lavoro agile e congedo straordinario per i genitori durante il periodo di quarantena obbligatoria del figlio convivente per contatti scolastici*) è stato modificato dal nuovo decreto *ristori*, integrando questa ulteriore ipotesi di fragilità del genitore lavoratore dipendente, sia pubblico che privato. L'art. 22, d.l. n. 137/2020, intitolato *Scuola e misure per la famiglia*, ha elevato l'età del minore da 14 a 16 anni e ha aggiunto l'ipotesi della «sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni 16».

La novella ri-disciplina la relazione tra la possibilità di lavoro agile («per tutto o in parte») e l'alternativa del congedo straordinario – con indennità pari al 50% della retribuzione (solo) per i giorni lavorativi, nei limiti di spesa di 50 milioni di euro (elevati a 93 milioni di euro dal decreto *ristori*, d.l. n. 137/2020) – per il genitore («lavoratore dipendente») per il periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di anni quattordici (elevati a sedici anni dal decreto *ristori*, ma da 14 a 16 anni «senza corresponsione di retribuzione o indennità, né riconoscimento di contribuzione figurativa», art. 22, comma 1, lett *b*), previo certificato medico relativo ad un contatto verificatosi in specifiche condizioni ambientali.

Invece, il nuovo art. 21-*ter*, d.l. n. 104/2020, convertito dalla l. n. 126/2020, disciplina – fino al 30 giugno 2021 – il diritto (“anche in assenza degli accordi individuali”) al lavoro agile per i genitori («lavoratori dipendenti privati») con «almeno» un figlio

(senza limite di età) in condizioni di disabilità grave *ex l. n. 104/1992*, se «nel nucleo familiare non vi sia altro genitore non lavoratore e che l'attività lavorativa non richieda necessariamente la presenza fisica».

Con l'autunno e la ripresa di una fase acuta dell'epidemia, a geometria variabile sul territorio nazionale, i decreti c.d. *ristori* intendono dare una nuova spinta al lavoro agile per ragioni di genitorialità collegate vuoi alla quarantena dei figli, vuoi alla chiusura delle scuole.

L'art. 22 (*Scuole e misure per la famiglia*) del decreto *ristori 1*, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, modifica il cit. art. 21 *bis*, d.l. n. 104/2020, elevando l'età del minore da 14 a 16 anni, aggiungendo all'ipotesi di quarantena anche il caso di “sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni sedici”, elevando i limiti di spesa pubblica per finanziare l'indennità del congedo straordinario nel caso in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile.

Sempre nell'ipotesi in cui “la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile” e sia stata disposta “la chiusura delle scuole secondarie di primo grado” (nelle c.d. “zone rosse”, “caratterizzate da uno scenario di massima gravità e dal un livello alto di rischio”), il successivo decreto *ristori bis* (d.l. 9 novembre 2020, n. 149) riconosce “alternativamente ad entrambi i genitori”, lavoratori dipendenti, un congedo straordinario per l'intera durata della chiusura delle scuole, con l'indennità pari al 50% della retribuzione (art. 13). Tale beneficio è esteso anche ai genitori di figli con disabilità in situazione di gravità accertata *ex art. 4 comma 1, l. n. 104/1992*. Negli stessi casi, sempre nelle zone rosse, i genitori lavoratori iscritti alla gestione separata, alle gestioni speciali o non iscritti a forme previdenziali obbligatorie, hanno diritto a fruire di *bonus baby-sitting* – erogato mediante il libretto famiglia – nel limite massimo complessivo di mille euro (art. 14).

In questa fase di *lockdown* differenziato sul territorio, con un Paese diviso in zone rosse, arancio e gialle, l'utilizzo (e l'impossibilità di utilizzo) del lavoro agile per pubbliche amministrazioni e famiglie apre nuovi fronti di tensione.

4.3. La prima giurisprudenza sul diritto speciale al lavoro agile

Infine, recenti pronunce segnalano il grado di salienza e la portata emblematica delle previsioni legali verso la spinta all'emersione (nella pandemia e presumibilmente nel dopo) di pretese da parte del lavoratore all'accesso o alla permanenza in modalità di lavoro agile, quale declinazione della tutela della salute e del benessere.

Se nei primi tre anni di applicazione della l. n. 81/2017, il lavoro agile *pre-pandemico* è risultato invisibile nei repertori, quello *post-pandemico* sta affiorando, con urgenza, e attivando un dialogo con il diritto vivente giurisprudenziale destinato a lasciare tracce di nuove garanzie per la persona che lavora oltre l'emergenza ⁽⁹³⁾.

Nel contesto della pandemia, nel lavoro privato, l'accesso e le concrete modalità di lavoro agile sono rifluite nell'alveo delle iniziative unilaterali del *management*, spesso

⁽⁹³⁾ Considerando tali le segnalate pronunce sui diritti dei lavoratori “fragili”, anziché quelle sulle rivendicazioni dei c.d. buoni pasto da parte dei pubblici dipendenti in modalità agile. Su questa vicenda rinvio al decreto del Trib. Venezia 8 luglio 2020 e al riepilogo di M. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza*, cit., pp. 632 ss.

disciplinate con regolamenti, *policy* o prassi, al più validati dagli organismi sindacali aziendali. In pratica, la decisione è ricaduta nel perimetro dello *jus variandi* datoriale, alimentando questioni relative al rifiuto del datore di accettare la richiesta di lavorare da casa.

La pretesa del dipendente di usufruire del lavoro agile – nelle fattispecie, in alternativa alla sospensione della prestazione (disponibili per legge o per contratto) – e il rifiuto (ingiustificato) del datore ha trovato riscontro positivo in due ordinanze, coeve ⁽⁹⁴⁾, ex art. 700 c.p.c.

Sebbene le pronunce siano riferite entrambe a fattispecie di invalidità del prestatore di lavoro (in fattispecie in odore di discriminazione), ci si può attendere un loro riflesso espansivo in relazione agli obblighi e responsabilità datoriali, ex art. 2087 c.c., tenendo conto dei rischi di contagio da virus (*rectius* di infortunio), anche *in itinere*. Resta il classico dubbio, ex art. 41 Cost., sulla portata delle modifiche tecniche ed organizzative imponibili al datore per soddisfare la richiesta del lavoratore. Da qui, la possibile gemmazione, per via di interpretazione, dall'art. 2087 c.c. (in connessione con l'art. 1460 c.c.) di una pretesa al lavoro a distanza, ovviamente nel caso di mansioni compatibili con la collocazione domiciliare. E qui si aggiunge una ulteriore ipotesi di dualismo nel mercato del lavoro (si veda § 4.2).

5. Il rischio: il lavoro fr/agile

Nonostante le prime indagini (parziali, riferite dai quotidiani) svelino un cauto apprezzamento di lavoratori e lavoratrici per la possibilità di lavorare all'esterno dell'azienda (anche quale naturale desiderio di sopravvivenza), la sperimentazione obbligata del lavoro agile – massivo e in modalità “integrale”, cioè senza alternanza – che inchioda le persone nelle loro case può divenire insostenibile, specie se si tiene conto del contesto di riferimento delle diseguaglianze strutturali che colorano il nostro mercato del lavoro. Quindi, bisogna essere consapevoli non solo dei pregi, ma anche dei rischi del lavoro agile.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Trib. Grosseto 23 aprile 2020 e Trib. Bologna 23 aprile 2020 (commentate da A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come “accomodamento ragionevole” tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 2020, n. 4, p. 531; M. TUFO, *Il lavoro agile (d'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 2): nel primo caso, con ricorso alle ferie “anticipate” di un lavoratore con grave patologia destinatario della priorità ex comma 2, art. 39, d.l. n. 18/2020; nel secondo, con messa in cassa integrazione di una lavoratrice disabile ex l. n. 104/1992 (con figlia convivente nelle stesse condizioni) avente diritto al lavoro agile ex comma 1, art. 39, d.l. n. 18/2020. Si veda anche Trib. Bologna 23 aprile 2020, che accoglie il ricorso d'urgenza per un caso di lavoratrice invalida al 60%. Sui criteri di accesso alla tutela d'urgenza al fine di ottenere, in via cautelare, lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità di lavoro agile quale strumento di protezione della salute dei lavoratori e, in generale, di quella pubblica si veda Trib. Mantova 26 giugno 2020 (che respinge per l'incompatibilità del lavoro agile con la mansione svolta, e altre considerazioni di contorno) e Trib. Roma 20 giugno 2020 (che, invece, accoglie), con nota di I.C. MAGGIO, *L'accesso alla tutela d'urgenza in periodo di emergenza sanitaria da Covid 19 per lo svolgimento della mansione in smart working*, in *LG*, 2020, in corso di pubblicazione. Anche Trib. Ragusa 1° ottobre 2020 ritiene che le caratteristiche della prestazione e le condizioni di sicurezza sul lavoro consentano di rifiutare il lavoro agile ad un lavoratore fragile.

L'improvvisa accelerazione di lavoro digitale da remoto va calata nell'intollerabile e strutturale ritardo digitale del nostro Paese ⁽⁹⁵⁾, sia per quanto concerne le reti di connessione (in attesa di una copertura uniforme di banda larga), sia per il basso livello di digitalizzazione di lavoratori, dirigenti e imprenditori. Situazione, questa, che può generare un vero e proprio *digital divide* tra persone/famiglie, imprese e territori.

Molti datori – *in primis* le P.A. (anche per effetto dell'età media elevata di dirigenti e dipendenti) e le piccole imprese – sono resistenti al cambiamento e/o impreparati dal punto di vista tecnico, organizzativo e anche culturale ad affrontare la sfida del lavoro agile; sfida che implica un contesto e un clima di innovazione tecnologica e organizzativa. In molti casi, pertanto, il lavoro agile forzato dall'emergenza è consistito in una mera duplicazione dell'attività lavorativa analogica trasferita nella rete digitale; questo ha generato tensioni e senso di inadeguatezza. Spesso il lavoro agile Covid-19 assomiglia da vicino al lavoro da remoto “a domicilio” (o, alla sua versione moderna, al “cottimo digitale”) ovvero al lavoro “telematico” da casa, con i noti difetti.

Inoltre, la sperimentazione effettuata è stata caratterizzata da un lavoro non solo a distanza dall'azienda, ma in stretta vicinanza con l'intera famiglia, nello stesso spazio domestico, contendendosi l'uso degli strumenti informatici e delle linee di connessione, con figli che gironzolano per le stanze, ecc. Per chi lo sta facendo, senza la necessaria progettazione (con una mera trasposizione delle stesse mansioni dall'ufficio a casa), l'attuale modalità, di lavoro casalingo “fai-da-te”, non pare “*smart*” : non è “intelligente” o confortevole lavorare con difficoltà di accesso ad una rete sovraccarica, con un computer piazzato alla buona in una cameretta o in un angolo della cucina, con una postazione e illuminazione inadeguata, con una massima vicinanza delle diverse esigenze delle persone del nucleo familiare, con video conferenze ingestibili, spesso con una coda serale o notturna per avere “campo”.

Al di là del sapiente *marketing* veicolato dall'etichetta “*smart*”, la realtà delle cose è di un telelavoro da casa stressante, faticoso (come segnalano i dolori da postura), non sempre produttivo; che mischia le dimensioni *online* e *offline* del lavoro, con una porosità del tempo di lavoro invasiva di quello personale; che cambia l'uso degli spazi e la percezione dei luoghi deputati alla vita privata; che espone a crescenti rischi di sicurezza, anche per le aziende (per es. di pirateria informatica, aprendo falle nella rete di sicurezza casalinga).

Per i lavoratori, dunque, il lavoro da remoto può determinare nuove e pesanti condizioni di *stress* lavoro-correlato, date dal cambiamento della quotidianità dettato dai ritmi di lavoro, dall'intensificazione (spesso saturazione) dell'orario di lavoro, dalla nuova ottica lavorativa, dall'inquinamento pubblico dei luoghi deputati alla vita privata familiare, che per certi versi possono risultare analoghe, o peggiori, di quelle vecchie, *ante-virus*.

Paradossalmente, lo *smart working*, da misura di tutela della salute e del benessere del lavoratore, potrebbe trasformarsi nel suo rovescio, a causa di un'agilità che evoca una flessibilità “sregolata”.

⁽⁹⁵⁾ Come segnala la Relazione nazionale sull'Italia relativa all'indice di Digitalizzazione dell'Economia e della Società (DESI) con il nostro Paese in posizione di coda (24° posto su 28 Paesi).

Emergono, così, le ambiguità di tipo psicologico, relazionale e sociale del lavoro agile⁽⁹⁶⁾. Nella fase ante-emergenza, l'idea dominante era che tale prestazione lavorativa – in quanto lavoro “da soli”, fuori dall'organizzazione sociale – evocasse, specie se continuativa, l'isolamento e la solitudine⁽⁹⁷⁾ (anche digitale)⁽⁹⁸⁾, vissuti come rischio anomalo per i riflessi negativi di emarginazione sociale. Nella fase attuale, invece, l'isolamento fisico viene ricercato come garanzia di sicurezza e misura di precauzione sanitaria, con riflessi positivi dati dalla possibilità di prosecuzione dell'attività lavorativa. Allo stesso tempo, nel lavoro agile pandemico – se calato nel contesto del “tutti a casa” e nel vissuto di una quarantena familiare, in ambienti casalinghi incapaci di far convivere (con le diverse esigenze) nonni, genitori e figli, che vi si ammucchiano alla meglio, stringendosi in spazi fisici inadatti o appena sufficienti per lavorare – il problema è dato non dalla solitudine, ma paradossalmente dalla mancanza di solitudine e di isolamento per coltivare la vita di relazione costruita attorno ad una attività lavorativa elevata a dimensione sociale⁽⁹⁹⁾.

A conti fatti, se il lavoro da remoto è possibile grazie alla possibilità di “aumentare”, con la tecnologia digitale, l'ubiquità dell'attività lavorativa al contempo detta modalità di lavoro alimenta il rischio di una possibile “limitazione” per la persona che lavora, in termini di rischi da stress lavoro-correlato.

Se così è, non è astratta la questione di una possibile rivendicazione, da parte del lavoratore, di un ritorno nel luogo e nell'orario di lavoro tradizionale. Nel *post-emergenza* (di ritorno alla piena operatività della l. n. 81/2017), la pretesa del lavoratore di riprendere le modalità tradizionali di lavoro – cioè di recedere unilateralmente dal patto di agilità – in presenza di un (mero) “giustificato motivo” (per es., problematiche di *work-life balance*) sarà azionabile: nell'accordo a tempo indeterminato, con recesso in tronco; nell'accordo a termine, con recesso prima della scadenza (art. 19, comma 2)⁽¹⁰⁰⁾. Pertanto, se la prestazione agile risulta particolarmente gravosa, il lavoratore può recedere dal (solo) patto di agilità, senza obbligo di preavviso.

Nel periodo di emergenza, la richiesta di un ritorno nel posto di lavoro potrebbe trovare un appiglio nel cit. richiamo al rispetto dei “principi” dettati dagli artt. 18-23 della l. n. 81/2017, incluso quello sul recesso unilaterale. Tuttavia, in assenza di un accordo sul lavoro agile, tale richiamo risulta piuttosto flebile e può trovarsi in possibile conflitto i riflessi espansivi dell'art. 2087 c.c. sulla responsabilità del datore; non resta allora che l'ultima *chance* del ricorso alle clausole generali.

A conti fatti, il passaggio – imprevisto, improvvisato, massiccio e accelerato – del lavoro dall'ufficio all'abitazione senza adeguata formazione, tecnologia e *habitat* può

⁽⁹⁶⁾ Riflettono sul punto anche R. CAPPETTA, M. DEL CONTE, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in Treccani.it, 31 marzo 2020; M. NICOLOSI, *Le sfide del lavoro agile dopo l'emergenza pandemica*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, 2020, in corso di pubblicazione.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali*, cit., p. 663.

⁽⁹⁸⁾ Consiglio la rapida lettura di L. CHITTARO, *Solitudine digitale*, in *Nòva*, 8 luglio 2019.

⁽⁹⁹⁾ Così, con immagini efficaci e con la tragica consapevolezza che il “tutti a casa” è solo falsamente una misura egualitaria, F. CARINCI, *Solitudine*, in *In cammino*, 3 aprile 2020.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr., fra gli altri, E. PASQUALETTO, *Il recesso dall'accordo sul lavoro agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 531 ss.; A. PANETTA, *Il recesso dal lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.; P. MASTRORILLI, *Forma scritta, obblighi di comunicazione e recesso nel lavoro agile*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro*, cit., pp. 419 ss.

diventare un pericoloso salto nel buio; e allora ritornando alla normalità dobbiamo rinunciare ai vantaggi del lavoro a distanza?

No, bisogna trasformare la necessità in virtù: l'emergenza ha smaterializzato le postazioni di lavoro e ha dimostrato che lavorare a distanza è possibile, ora dobbiamo coltivarne l'opportunità bilaterali, rendendo il lavoro genuinamente agile e sostenibile: a partire dal recupero del consenso genuino del lavoratore, dell'alternanza dentro/fuori i luoghi di lavoro, dei diritti di formazione e di disconnessione. Non a caso, si è già aperto il dibattito sulle possibili modifiche alle disposizioni basiche della l. n. 81/2017⁽¹⁰¹⁾.

Si possono immaginare modelli regolativi più sofisticati, con tutele multilivello: per la parte seriale, negoziate a livello collettivo (specie di secondo livello) e, per quella della differenza soggettiva, rinviate all'autonomia individuale; il tutto, evitando il vizio dell'*iper*-regolamentazione legale e senza rendere la modalità agile più complicata. Con una sorta di salto di specie, il telelavoro pandemico dovrebbe diventare vero lavoro agile, accompagnato da solide garanzie di nuova generazione, come la formazione e la disconnessione, ma pure con un diverso rapporto collaborativo (e retributivo) tra datore e lavoratore che si colora, per il primo, di fiducia, per il secondo, di responsabilità. Occorre, quindi, dare al lavoro "agile" del futuro senso e significato pieno: calandolo in un'azienda/abitazione adattabile, rimettendo al centro la persona che lavora, con una differente cultura del lavoro per imprese, lavoratori, parti sociali, con la consapevolezza che l'organizzazione del lavoro – anche al tempo dell'intelligenza artificiale, della realtà aumentata, di Internet delle Cose... – ha un bisogno vitale dell'individuo e dell'intelligenza umana, individuale e collettiva.

6. L'incognita: l'indice di fattibilità del lavoro agile di qualità

Come segnalato, il lavoro agile può veicolare rischi di fragilità per la persona che lavora a distanza. Ma c'è anche il rovescio della medaglia: l'impossibilità tecnico-organizzativa di poter lavorare da remoto può alimentare nuove e diverse condizioni di svantaggio nel mercato del lavoro.

Abbiamo già constatato che lo spessore del diritto al lavoro agile dei soggetti in condizioni di qualificata fragilità perde consistenza nel caso di mansioni incompatibili con la modalità di lavoro a distanza dell'attività lavorativa (§ 4).

⁽¹⁰¹⁾ La ministra Nunzia Catalfo ha dichiarato, alla stampa, di voler aprire il confronto con le parti sociali sullo *smart working* per un aggiornamento normativo. Cfr. anche la mozione sulla parità di genere e il sostegno alle donne lavoratrici approvata dal Senato il 13 maggio 2020, n. 1-00227 (testo 4), che contiene fra i 17 impegni, la proposta di modifica della normativa sul lavoro agile; il prolungamento dei congedi parentali; la tutela del lavoro di cura e del *caregiver* familiare; la predisposizione di un piano nazionale per rendere l'orario di lavoro compatibile con le conseguenze derivanti dalla riduzione dei servizi; le misure di emersione del lavoro nero e sommerso di colf e badanti; la valorizzazione delle donne nei provvedimenti di stabilizzazione; l'istituzione di un osservatorio per la valutazione di impatto. Sono stati inoltre approvati due punti del dispositivo della mozione di opposizione 1-00231, che impegnano il Governo a promuovere ogni iniziativa per favorire la conciliazione fra vita e lavoro. Si veda inoltre F. AMICUCCI, M. BENTIVOGLI, R. NACAMULLI, *Manifesto per lo smart working*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 marzo 2020, p. 1, e la prima indagine CGIL, FONDAZIONE DI VITTORIO, [Quando lavorare da casa è... smart?](#), 2020.

Ribattezzare il lavoro come *smart*, veicolando l'idea di connettività e di interazione telematica tra persone e strutture, ci fa sentire subito evoluti, al passo con i tempi, eppure siamo incapaci di considerare una questione cruciale che rimane inevitabilmente sullo sfondo: lo *smart working*, non è per tutti; anzi, per ora, è possibile per pochi. Non tutti i settori, imprese e dipendenti infatti, hanno le stesse possibilità di poter lavorare da remoto in modo efficiente ed efficace.

È noto che la frontiera fra attività che si possono o non si possono svolgere da remoto è piuttosto mobile risentendo dell'accelerazione digitale: con le prime che avanzano anche in ambiti quasi inimmaginabili (per es. il lavoro nella miniera) ⁽¹⁰²⁾; ma, nella realtà, la linea di confine pare ancora molto arretrata e dipende anche dalle dimensioni delle aziende. Così il diverso indice di fattibilità del lavoro da remoto può rendere più fragile (non il lavoro agile, ma) lo spazio del nostro mercato del lavoro.

Secondo rilevazioni recenti ⁽¹⁰³⁾, al massimo soltanto il 30% della forza lavoro italiana (per lo più maschile, adulta, in maggioranza delle zone maggiormente colpite dal virus) ha un'occupazione (per lo più «ad alto ingaggio cognitivo») ⁽¹⁰⁴⁾ che effettivamente si possa svolgere da casa; la percentuale cala ulteriormente se si valuta la qualità del lavoro svolto. Basti pensare alla didattica *online*: questa attività nelle scuole elementari risulta possibile, ma poco efficace o altamente divisa; nell'Università risulta possibile, ma non è equiparabile.

L'emergenza, quindi, ha messo a nudo non soltanto i difetti strutturali del nostro Paese (dalla scarsa alfabetizzazione digitale all'inefficienza della rete) ma pure che due terzi delle attività lavorative ancora non si possono svolgere di regola da remoto, in gran parte nelle micro-aziende, in relazione a posti di basso livello, occupati da lavoratori con preparazione non elevata, con conseguente esposizione dei lavoratori coinvolti a una serie di rischi che le indagini qualificano non solo come sanitari, ma anche economici e sociali. Dalle stesse indagini, infatti, emerge un inedito dualismo del mercato del mercato, caratterizzato da struttura occupazionale sempre più "polarizzata" in relazione all'attitudine allo *smart working*, con una forte concentrazione delle

⁽¹⁰²⁾ Si veda il caso della miniera cinese con tutti i lavoratori in *smart working* a pilotare ruspe a distanza, grazie al 5G (A. DI STEFANO, [Cina, la miniera senza minatori. Tutti in smart working a pilotare ruspe](#), in *The Next Tech*, 4 settembre 2020).

⁽¹⁰³⁾ Così A. CETRULO, D. GUARASCIO, M. E. VIRGILITO, *Il privilegio del lavoro da casa al tempo del distanziamento*, in *Menabò*, 2020, n. 123. Si veda anche, sempre per l'Italia, T. BOERI, A. CAIUMI, *Lavori che possiamo continuare a svolgere da casa*, in *Lavoce.info*, 24 marzo 2020. I dati risultano in sintonia con l'indagine effettuata dall'OCSE, [Employment Outlook 2020. Facing the job crisis](#) e ISTAT-EUROSTAT, *L'organizzazione in Italia*, cit. p. 8. Cfr. inoltre D. MARINI, *Il vero smart working*, cit., p. 53. Condivisibile il commento di L. DE BIASE, *Il digitale al lavoro è un progetto di società*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 luglio 2020; A. BOMBASSEI, *Il lavoro da casa aumenta le disuguaglianze*, in *La Stampa*, 29 settembre 2020, p. 1. Per una mappa della dimensione di rischio degli occupati italiani si veda l'analisi pubblicata dalla Banca d'Italia: G. BASSO, T. BARBIERI, S. SCHICCHITANO (a cura di), *I lavoratori a rischio in Italia durante l'epidemia da COVID-19*. Sull'utilizzo dei codici ATECO per individuare le imprese da chiudere e da mantenere aperte rinvio ai contributi di M. TIRABOSCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19 tra codici ATECO e sistemi di relazioni industriali: una questione di metodo*, e di F. SEGHEZZI, *Codici ATECO e chiusura delle attività produttive non essenziali: prima analisi degli impatti sulla struttura del mercato del lavoro*, nel volume V di quest'opera. Infine ancor più difficile la situazione dei pubblici dipendenti: al momento, in concreto, nelle PPAA si stima che soltanto il 10% possa essere in condizioni di svolgere seriamente e in modo efficiente le proprie mansioni: L. OLIVIERI, *PA, vacanza da smart working? Facciamo due conti*, nel sito *Phastidio*, 24 giugno 2020.

⁽¹⁰⁴⁾ Così ILO, *Work for a brighter future*, 2019.

opportunità di lavorare da remoto (e da casa) nella parte alta e medio-alta della distribuzione delle occupazioni (e delle retribuzioni) ⁽¹⁰⁵⁾, con una drastica riduzione delle opportunità di lavoro da remoto nella parte bassa delle attività.

I dati a disposizione parlano chiaro: si sta aprendo un altro fronte critico del mercato del lavoro, suscettibile di alimentare nuove diseguaglianze (per attitudine al lavoro remoto) e ricalcare quelle vecchie (dimensioni aziendali, territorio, genere, età, condizione di migrante, ecc.): quello fra le attività di lavoro interamente effettuabili a distanza in modalità telematica (per usare un neologismo, brutto ma forse efficace, “smartabili”) e quelle in cui sia necessaria la presenza della persona sul luogo di lavoro. Il problema è che i lavori con bassa attitudine al lavoro da remoto sono per lo più umili, precari e con bassi redditi, spesso occupati dai soggetti più svantaggiati sul mercato del lavoro. Da qui, il rischio di alimentare una inedita diseguaglianza, economica e sociale, tra chi (tecnicamente) può essere *smart* e chi no; disparità, questa, che si aggiunge ad altre disuguaglianze tradizionali. Lo *smart working* che esclude i più svantaggiati potrebbe rendere lo spazio del mercato del lavoro ancor più fragile, esposto a discriminazioni multiple.

Pertanto, l’innovazione digitale – che è essenziale per la ripresa – ha (anche) un potente effetto di esclusione di chi (persone e imprese) non ce la fa a tenere il passo, specie nel caso in cui si sommino fragilità su fragilità. Compete, dunque, alla politica disegnare un progetto di società sostenibile ed inclusiva, come prefigurato dall’Agenda Onu 2030.

In conclusione, la ripresa dell’attività produttiva in presenza della consapevolezza del rischio *virus* (e delle emergenze ambientali) richiederà lo sforzo di ripensare le trasformazioni del lavoro, della sua organizzazione e, a monte, dell’essenza del capitalismo, con strategie e politiche che intreccino agilità e produttività, ripensate tenendo conto dei nessi e dei vincoli di equilibrio dinamico, ma sostenibile fra *Salute, Ambiente, Lavoro e Tecnologia*.

Nel mondo della concorrenza globale non basterà immettere la giusta distanza nella catena del valore *dentro* l’azienda, ma occorrerà interrogarsi sui limiti del capitalismo molecolare e globale, ridisegnare l’intera ragnatela del valore (con filiere più corte e connesse al territorio), andando oltre il “come eravamo”, precostituendo un modello economico, giuridico, sociale e ambientale di prossimità e sostenibile ⁽¹⁰⁶⁾. Insomma, occorre essere consapevoli che l’ingenua nostalgia di un ritorno al passato è una mera retrotopia ⁽¹⁰⁷⁾, dato che la normalità di ieri è parte del problema di oggi.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. l’interessante documento INAPP, *Gli effetti indesiderati dello smart working sulla disuguaglianza dei redditi in Italia*, Inapp Policy Brief, 2020, n. 20. Cfr. inoltre INAPP, *Lavoratori a rischio di contagio da covid-19 e misure di contenimento dell’epidemia*, Inapp Policy Brief, 2020, n. 16.

⁽¹⁰⁶⁾ Coltivano la prospettiva della sostenibilità anche B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *Csdle.lex.unict.it*, 2020.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Z. BAUMAN, *Retrotopia*, trad. it. Laterza, 2017.

Il congedo parentale straordinario per i lavoratori subordinati pubblici e privati

di Giuseppe Antonio Recchia

Abstract – Il contributo analizza la misura del congedo parentale straordinario concessa ai lavoratori dipendenti pubblici e privati in occasione della emergenza sanitaria Covid-19, evidenziandone non solo il suo funzionamento, attraverso i numerosi interventi che si sono succeduti dalla sua introduzione, ma più ancora la *ratio* e le distanze dal congedo parentale ordinariamente riconosciuto. L'analisi consente soprattutto di allungare la riflessione sui problemi ancora aperti in tema di genitorialità e di riequilibrio dei ruoli, che rischiano, sotto il peso degli effetti economici negativi della pandemia, di ridurre ulteriormente la partecipazione femminile al mercato del lavoro e la qualità della relativa occupazione, rendendo più vulnerabile l'intero sistema sociale.

Abstract – The paper analyses the special parental leave granted to the employees of the public and private sector as a consequence of the Covid-19 emergency, focusing not only on its functioning, through the many interventions that have taken place since its introduction, but even more on its rationale and differences with the “ordinary” parental leave. The aim is to address the still unsolved problems on the issues of parenting and work and role rebalancing, which, under the weight of the negative economic effects of the pandemic, risk further reducing women’s participation in the labour market and the quality of their employment, rendering the entire social system yet more vulnerable.

Sommario: 1. La genitorialità ai tempi dell'emergenza sanitaria. – 2. Il congedo parentale straordinario (retribuito) dei dipendenti privati... – 3. ...e quello non retribuito. – 4. Il congedo parentale straordinario dei dipendenti pubblici. – 5. L'ultima decretazione. – 6. La genitorialità *dopo* l'emergenza sanitaria.

1. La genitorialità ai tempi dell'emergenza sanitaria

Qualche anno fa, un normale collegamento con la BBC World News diede improvvisa popolarità alla famiglia del Professor Robert Kelly, analista politico statunitense, il quale, nel mezzo di una intervista dal suo studio casalingo, veniva “disturbato” dall'irruzione della figlioletta di quattro anni, seguita a ruota dal fratellino di pochi mesi, mentre la moglie, cercando di non essere inquadrata dalle telecamere, si precipitava nel trascinare via i bambini prima di fare nuovamente capolino a gattoni per chiudere la porta dietro di sé. Quelle immagini di comicità involontaria e di straordinaria umanità raccontavano, in un modo in cui ogni genitore avrebbe potuto certamente identificarsi, della difficoltà di bilanciare vita professionale e vita familiare, ma anche di una ripartizione delle responsabilità di cura e assistenza sovente legata a modelli tradizionali, che attribuiscono il lavoro di cura in modo quantomeno prevalente, quando non addirittura esclusivo, alle donne.

È certo che una tale commedia degli errori deve essere apparsa come piuttosto normale in tempi di emergenza sanitaria, laddove *lockdown* e distanziamento sociale hanno comportato che si lavorasse sempre di più in remoto e che la chiusura delle scuole abbia finito per offrire, agli inconsapevoli spettatori delle riunioni di lavoro in videoconferenza, eloquenti spaccati di vita. Come è noto, infatti, il rapido diffondersi della pandemia di Covid-19 ha determinato una altrettanto rapida sequenza di interventi normativi che hanno imposto la sospensione delle attività produttive e commerciali, consentendo la prosecuzione solo dei servizi essenziali e di quelle attività «che possono essere svolte in modalità domiciliare» (1), ma anche la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado (2).

E tuttavia, mentre l'impossibilità per i lavoratori di produrre reddito ha trovato nella legislazione d'urgenza una tempestiva risposta grazie all'attivazione di speciali misure di integrazione salariale (3), la necessità di fronteggiare “a tempo pieno” i carichi di cura familiare determinati dalla chiusura degli istituti scolastici ha conosciuto, almeno inizialmente, esclusiva soluzione in un lavoro agile semplificato, da un lato, nelle sue regole d'accesso (4) e “sovraccaricato”, dall'altro, di una inedita polifunzionalità, essendo assunto al rango di misura di prevenzione del contagio nei luoghi di lavoro, strumento generale di tutela della salute pubblica nonché garanzia di conciliazione con le esigenze personali dei lavoratori e delle lavoratrici (5).

(1) Così l'art. 1, comma 2, lett. *n*, del d.l. n. 6/2020 (poi abrogato dal d.l. n. 19/2020); A. PILEGGI, *Una riflessione sul diritto del lavoro alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, in LPO, 2020, p. 1, nota, non senza una certa ironia, che l'aggettivo utilizzato dal legislatore aveva «il torto di qualificare, e, dunque di evocare, gli “arresti” (domiciliari, per l'appunto)».

(2) Art. 1, lett. *d*, d.P.C.M. 4 marzo 2020. In realtà, la possibilità di sospensione era già stata prevista dall'art. 1, comma 2, del d.l. n. 6/2020, rimettendone poi la decisione alle autorità competenti, «allo scopo di evitare il diffondersi del Covid-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus».

(3) Il d.l. n. 9/2020 prevedeva immediatamente la cassa integrazione ordinaria (art. 13) per le unità produttive operanti nei comuni delle c.d. “zone rosse” e per i lavoratori ivi domiciliati (estendendone il ricorso anche ai datori di lavoro iscritti al Fondo di integrazione salariale, e la possibilità di sostituzione per le imprese che avessero fatto ricorso alla Cassa integrazione straordinari prima dell'emergenza sanitaria) nonché la cassa integrazione in deroga (art. 15) per i datori di lavoro del settore privato, compreso quello agricolo, con unità produttive operanti negli stessi comuni, che non potessero beneficiare degli strumenti di sostegno al reddito, per la durata della sospensione del rapporto di lavoro e comunque per un periodo massimo di tre mesi; accanto a queste misure veniva contemplata anche un'indennità mensile di 500 euro, per un massimo di tre mesi, per i lavoratori che hanno rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, per gli agenti commerciali, per i professionisti e per i lavoratori autonomi domiciliati o in attività nei medesimi ambiti territoriali. Il sistema è stato poi completamente rivisto con il d.l. n. 18/2020, per il quale si rinvia al volume III di quest'opera.

(4) Ci si riferisce alla sua attivazione “unilaterale”, ovvero in assenza dell'accordo individuale previsto dalla disciplina della l. n. 81/2017, così come stabilito dal d.P.C.M. 1° marzo 2020 (art. 4, comma 1, lett. *a*) e dal d.P.C.M. 8 marzo 2020 (art. 2, comma 1, lett. *r*).

(5) Cfr. I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustizia-civile.com*, 2020, n. 1 (speciale), p. 171.

Invero, per quanto quest'ultima prospettiva sia da sempre presente nell'impianto della regolazione legale dello *smart working* ⁽⁶⁾, è lo stesso concetto di "conciliazione", inteso come assenza di conflitto tra lo spazio professionale e quello personale, ad essere stato spazzato via dalla "cancellazione" di ogni confine tra essi, in ragione della pervasività dell'*homeschooling* e della mancanza di servizi di assistenza accessibili ⁽⁷⁾.

Di fronte a tali difficoltà, che riguardano in maniera assai più articolata non (più) solo la cura dei figli ma l'intera allocazione dei compiti familiari (e su cui incide tanto l'invecchiamento della popolazione quanto la concreta disponibilità di reddito e lo stesso sistema di protezione sociale) ⁽⁸⁾, il lavoro agile non può che apparire soluzione poco adeguata ⁽⁹⁾. Ciononostante, la decretazione delle prime settimane dell'emergenza – come si dirà in conclusione, sintomo di un problema culturale più ampio – non è andata oltre la raccomandazione ai datori di lavoro pubblici e privati di promuovere la fruizione, per i propri dipendenti, dei periodi di congedo ordinario e di ferie oltre che, per l'appunto, l'accesso al lavoro agile ⁽¹⁰⁾.

⁽⁶⁾ L'art. 18, comma 1, della l. n. 81/2017 promuove espressamente il lavoro agile «allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» e di certo tale prospettiva è ancora più marcata nella previsione del comma 3-*bis*, introdotta con la l. n. 145/2018, per cui «i datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità previsto dall'articolo 16 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104». È appena il caso di segnalare che questa prospettiva conciliativa è stata poi ulteriormente ampliata dall'art. 39, comma 2, del d.l. n. 18/2020, che riconosce medesima priorità ai lavoratori del settore privato «affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa». Su questi aspetti, e sulla loro prima applicazione giudiziale, cfr. S. D'ASCOLA, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *Questionegiustizia.it*, 29 giugno 2020.

⁽⁷⁾ Come sottolinea M. VITALETTI, *Famiglie costrette a scegliere*, in *Ingenere.it*, 30 aprile 2020, «il confinamento dentro le abitazioni impone un impegno di cura e di assistenza che rende complessa la continuità dell'attività lavorativa sia all'interno, in modalità *smart-working*, sia all'esterno delle medesime, essendo venuta meno l'assistenza dei cosiddetti *caregiver* rivolta ai minori che, nella nostra cultura, sono prevalentemente i nonni, e più in generale i familiari».

⁽⁸⁾ Sulla crescente complessità del rapporto tra lavoro e cura, cfr. F. MALZANI, *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 238; V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, n. 1, I, pp. 41 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. M.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2020, n. 419, p. 50, che parla del «grande equivoco – alimentato dall'impostazione della legge 81/2017 [...] – del lavoro agile come strumento di conciliazione "di per sé"». Per l'analisi dell'ampio ricorso allo strumento del lavoro agile in tempi di emergenza sanitaria, si rinvia all'approfondimento di M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, che precede in questa sezione.

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 1, comma 1, lett. e, e art. 2, comma 1, lett. s, d.P.C.M. 8 marzo 2020, su cui si vedano le osservazioni di G. GUARINI, *Coronavirus e rapporti di lavoro dopo il decreto "Cura Italia"*, in *Ilgiuslavorista.it*, 18 marzo 2020; G. PIGLIALARMÌ, [Sulla promozione delle ferie e dei congedi ai sensi dell'art. 1, comma 1 lett. e\) del DPCM dell'8 marzo dopo l'entrata in vigore del Decreto "Cura Italia"](#), in F. SEGHEZZI, M. TIRABOSCHI (a cura di), [Orientarsi nella gestione dei profili giuslavoristi e sindacali della emergenza da Coronavirus dopo il d.l. n. 18/2020](#), Boll. Spec. ADAPT, 2020, n. 3, e, in chiave critica, F. SCARPELLI, *Coronavirus, sospensione del lavoro, assenze e retribuzione: ecco cosa prevede la legge*, in *Il Fatto Quotidiano*, 4 marzo 2020.

È soltanto con il d.l. n. 18/2020 che sono state previste, tra le norme a sostegno del lavoro – precisamente al capo II del Titolo II (*Norme speciali in materia di riduzione dell'orario di lavoro e di sostegno ai lavoratori*) – alcune misure esplicitamente pensate per consentire l'assistenza dei figli (congedi retribuiti e non retribuiti, *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby sitting* e, dopo l'intervento del d.l. n. 34/2020, per l'iscrizione a centri estivi, a servizi integrativi per l'infanzia, a servizi socio-educativi territoriali, a centri con funzione educativa e ricreativa e a servizi integrativi o innovativi per la prima infanzia) ⁽¹¹⁾ o dei familiari a carico portatori di handicap (ampliamento del numero di giorni di permesso retribuito *ex l.* n. 104/1992) ⁽¹²⁾.

In questa sede ci si occuperà esclusivamente dei congedi parentali straordinari riservati ai lavoratori dipendenti pubblici e privati, ma prima ancora che analizzarne il loro funzionamento, rimaneggiato peraltro più volte nei pochi mesi trascorsi dalla loro introduzione, appare utile sottolinearne la *ratio* ed evidenziarne alcune caratteristiche generali.

Quanto alla prima, è stata certamente meritoria la scelta di offrire espressamente ai genitori lavoratori la possibilità di astenersi dal lavoro, giustificata proprio dalla «sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado». Il richiamo, infatti, ai provvedimenti di “remotizzazione” delle attività scolastiche ⁽¹³⁾, collocato nell'*incipit* del comma 1 degli artt. 23 e 25, d.l. n. 18/2020, è stato solo in parte “oscurato” nel c.d. decreto rilancio dalla secca indicazione dell'ambito temporale di fruizione dei benefici in parola (5 marzo-31 agosto 2020) ⁽¹⁴⁾, ma resta naturalmente nella stessa trama dell'intervento regolativo. Si tratta di una scelta di politica del diritto che non era affatto scontata, e lo dimostra non solo il (tutto sommato, comprensibile) ritardo nella sua adozione, ma ancor più una rapida comparazione della legislazione dell'emergenza con altri Paesi Europei. Previsioni che esplicitamente si occupano di intervenire sul bisogno immediato di cura dei figli rispetto alla possibilità della normale prosecuzione delle attività lavorative risultano

⁽¹¹⁾ Artt. 23 e 25, d.l. n. 18/2020.

⁽¹²⁾ Art. 24, d.l. n. 18/2020.

⁽¹³⁾ Cfr. G. BALLARINO, S. CONTINI, *Covid-19, scuola a distanza e disuguaglianze*, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, 2020, n. 1, pp. 205 ss., i quali sottolineano come la remotizzazione della scuola, benché necessario strumento di contenimento della pandemia, «presenta però dei forti costi, in termini non solo di qualità dell'insegnamento e di interruzione della funzione di socializzazione della scuola, ma anche, come abbiamo visto in questo contributo, in termini di disuguaglianze di apprendimento». Il tema della disuguaglianza nella formazione a distanza esula dall'ambito di indagine del presente contributo, ma si può appena rilevare come essa abbia rappresentato un tema di sfida anche per la contrattazione sociale territoriale sviluppatasi durante l'emergenza sanitaria: cfr. le esperienze raccolte in B. DE SARRIO, D. DI NUNZIO, S. LEONARDI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19*, Working Paper FDV, 2020, n. 1. In una diversa prospettiva, e con specifico riferimento all'insegnamento della nostra materia, si veda M. BROLLO, *Innovazioni nella didattica del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2020, n. 2, pp. 345 ss.

⁽¹⁴⁾ L'art. 72 del d.l. n. 34/2020 ha dapprima portato il termine finale di fruizione al 31 luglio 2020, data corrisponde alla fine del semestre relativamente al quale è stato decretato a fine gennaio lo stato di emergenza, mentre la legge di conversione (l. n. 77/2020) lo ha fatto poi slittare al 31 agosto 2020; la modifica vale peraltro solo per l'art. 23, comma 1, mentre è rimasta immutata la dizione dell'art. 25, comma 1, del d.l. n. 18/2020.

adottate, oltre che in Italia, solo in Francia ⁽¹⁵⁾, Olanda ⁽¹⁶⁾ e Germania ⁽¹⁷⁾, sebbene con una varietà di soluzioni, che in alcuni casi prendono a prestito il modello dell'indennizzo legato all'assenza per infortunio sul lavoro o malattia professionale, in altri indennizzano in maniera più cospicua l'assenza determinata da ragioni oggettive non addebitabili al lavoratore, e in altri casi ancora ampliano il sistema dei permessi e congedi già esistenti.

Altrettanto significativa è la dimensione soggettiva di applicazione della misura: hanno così potuto godere degli speciali congedi non solo i lavoratori subordinati (del settore privato così come quelli dipendenti delle pubbliche amministrazioni), ma anche i lavoratori iscritti alla gestione separata e quelli autonomi iscritti all'Inps (art. 23, comma 3) ⁽¹⁸⁾. In una perimetrazione della tutela costruita sull'Ente previdenziale di appartenenza (e dunque pagante), sono stati però esclusi, i genitori libero-professionisti, menzionati dall'art. 23, comma 9, con riferimento alla possibilità di vedersi riconoscere il *bonus baby-sitting* ma subordinatamente alla comunicazione da parte delle rispettive casse previdenziali del numero dei beneficiari.

Un ultimo dato di assoluto interesse si deve rinvenire, a livello semantico, nell'utilizzo dell'espressione "neutra" di *genitore lavoratore* ⁽¹⁹⁾, presente per la verità anche nel Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. n. 151/2001) benché accanto tanto alle misure di premialità per il coinvolgimento del padre lavoratore (art. 32, comma 1, lett. *b*) quanto a quelle che tradiscono una tendenza a declinare al femminile il ruolo di cura (come accade ad

⁽¹⁵⁾ Cfr. N. MOIZARD, *Covid-19 and Labour Law: France*, in *ILL&J*, 2020, n. 1 (special issue); si tratta di una previsione che consente ai lavoratori genitori di minori di anni 16 (ma anche ai lavoratori particolarmente vulnerabili) di assentarsi per malattia (cui l'emergenza sanitaria viene equiparata) e godere di un indennizzo pari al 90% della retribuzione; la misura è stata poi sostituita nel maggio con il diritto ad una riduzione dell'orario di lavoro.

⁽¹⁶⁾ Cfr. B. TER HAAR, *Covid-19 and Labour Law: The Netherlands*, in *ILL&J*, n. 1 (special issue), che descrive il funzionamento dell'art. 11, § b, del *Noodfonds Overbrugging Werkgelegenheid* (NOW, ovvero il provvedimento di misure temporanee per il sostegno all'impiego durante l'emergenza), che ha ampliato le possibilità di ricorso ai congedi speciali già esistenti nella legislazione.

⁽¹⁷⁾ Cfr. R. KRAUSE, J.W. KÜHN, *Covid-19 and Labour Law: Germany*, in *ILL&J*, 2020, n. 1 (special issue); A. SAGAN, C. SCHÜLLER, [Covid-19 and labour law in Germany](#), in *European Labour Law Journal*, 2020). L'intervento diretto è stato giustificato dal possibile conflitto tra l'art. 615 del Codice civile che obbliga il datore a retribuire comunque il proprio dipendente nei casi di impossibilità oggettiva della prestazione non derivante né dalla propria volontà né da quella del lavoratore ed il successivo art. 616 che attribuisce invece per un periodo assai limitato un'indennità (a carico del sistema previdenziale) nei casi in cui il lavoratore debba attendere a compiti di cura; l'art. 56(1) dell'*Infektionsschutzgesetz* (il provvedimento normativo legato all'emergenza sanitaria) ha esteso l'indennizzo alle ipotesi di cura ed assistenza familiare determinate dall'emergenza sanitaria.

⁽¹⁸⁾ Per la disciplina dei congedi riservati ai lavoratori non subordinati, si rinvia al contributo di N. DELEONARDIS, *Il congedo parentale per i lavoratori non subordinati*, in questa sezione, anche per i profili di disparità dell'effettivo trattamento dei lavoratori non subordinati; in generale, sulla compatibilità anche costituzionale del sistema differenziato dei congedi parentali per lavoratori subordinati e non, cfr. L. CALAFÀ, *Le sospensioni del rapporto di lavoro*, in A. PERULLI, F. VALDÉS DAL-RÉ (a cura di), *Lecturas de derecho laboral español e italiano – Letture di diritto del lavoro*, Giappichelli-Tirant Lo Blanc, 2019, pp. 839 ss., e T. VETTOR, *Conciliare vita e lavoro*, Giappichelli, 2018, spec. pp. 42 ss.

⁽¹⁹⁾ Negli stessi termini, L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, spec. pp. 155-156.

esempio nell'art. 33) ⁽²⁰⁾. Qui invece il riferimento è sempre senza connotazione di genere, e si è accompagnato, nella prassi applicativa, ad una lettura dell'altrettanto importante concetto di *famiglia* in termini di “comunità” di affetti ⁽²¹⁾ che comprende, ma in maniera non esclusiva, i vincoli giuridici ⁽²²⁾. Potrebbe considerarsi un passo in avanti nella direzione di «tener conto della crescente diversità delle strutture familiari», come chiedeva la clausola n. 1 dell'Accordo quadro europeo sul congedo parentale del 18 giugno 2009, posto alla base della direttiva 2010/18/UE del Consiglio dell'8 marzo 2010 ⁽²³⁾. Sennonché l'incastro interpretativo tra le due nozioni così richiamate taglia comunque fuori dalla prospettiva di una piena fruizione del congedo in parola il genitore non convivente ⁽²⁴⁾ – scelta più ragionevole quando il motto era “io resto a casa”, meno in tempi di cauto “riavvicinamento” sociale – e più ancora le coppie unite civilmente e con figli, allorquando non sia intervenuto un provvedimento di adozione da parte del *partner* del genitore biologico ⁽²⁵⁾: l'esclusione non si fonda in questo caso su uno specifico riferimento alla madre o al padre ⁽²⁶⁾ ma sulla stessa

⁽²⁰⁾ Testualmente: «Per ogni minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, *la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre*, hanno diritto, entro il compimento del dodicesimo anno di vita del bambino, al prolungamento del congedo parentale» (corsivo di chi scrive).

⁽²¹⁾ Cfr. mess. Inps 15 aprile 2020, n. 1421, che ricorre al concetto di “famiglia anagrafica”, ai sensi dell'art. 4 del d.P.R. n. 223/1989, quale «insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentale, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune».

⁽²²⁾ Sulla evoluzione della nozione del concetto di “famiglia” nel diritto del lavoro europeo e italiano, cfr. ancora F. MALZANI, *op. cit.*, pp. 9 ss.

⁽²³⁾ Oggi superata dalla direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, su cui si tornerà in chiusura.

⁽²⁴⁾ «I coniugi separati o divorziati fanno parte dello stesso nucleo familiare qualora continuino a risiedere nella stessa abitazione. Questi continuano a far parte dello stesso nucleo anche nell'ipotesi in cui risiedano nella stessa abitazione, ma risultino in due stati di famiglia distinti. Pertanto, affinché i coniugi separati o divorziati costituiscano due nuclei diversi, è necessario che abbiano due diverse residenze oppure che sia stato disposto l'affido esclusivo dei minori ad uno solo dei genitori. Il congedo, in tale ultimo caso, potrà essere fruito dal solo genitore con l'affido esclusivo a prescindere dalla causale di assenza dell'altro genitore» (così mess. Inps, 15 aprile 2020, n. 1621). Più in generale, sul tema del diritto alla bigenitorialità e del diritto di visita del genitore non prevalentemente convivente, cfr. D. PIAZZONI, *Diritto alla bigenitorialità, diritto di visita e frequentazione e coronavirus: un mosaico in composizione?*, in *Giustiziacivile.com*, 4 maggio 2020.

⁽²⁵⁾ Si tratta dello spazio lasciato all'adozione «in casi particolari» ex art. 44, comma 1, lett. d, l. n. 184/1983, e utilizzato in maniera evolutiva dai Tribunali dei minori per tentare un'attuazione giudiziale della *stepchild adoption* rimasta fuori dalla l. n. 76/2016; vedi, prima della legge Cirinnà, Cass. 26 maggio 2016, n. 12962, in *Famiglia*, 2016, p. 295, con nota di C. IRTI, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44 lett. d), l. n. 184 del 1983*, e successivamente, Trib. minori Bologna 6 luglio 2017, n. 116, e App. Napoli minorenni 4 luglio 2018, n. 145, entrambe disponibili in *Articolo29.it*.

⁽²⁶⁾ Cfr. L. CALAFÀ, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori*, in *LG*, 2016, n. 11, pp. 962 ss.; T. VETTOR, *Il diritto della sicurezza sociale alla prova delle trasformazioni familiari*, in *RCP*, 2019, pp. 1475 ss.

nozione di genitore, su cui pesa l'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 ⁽²⁷⁾, nel condizionare l'accesso alla tutela ⁽²⁸⁾.

Allo stesso tempo, però, va rilevato come il sistema dei congedi straordinari, su cui si concentrerà nelle prossime pagine il nostro sguardo, non è esente da critiche, la prima delle quali attiene alla frammentarietà della loro fruizione, condizionata, più che dal ritardo con cui è stato possibile effettivamente accedervi ⁽²⁹⁾, dalle numerose proroghe che si sono succedute, spesso a distanza di poche settimane, nell'ampliare l'ambito temporale entro cui avvalersene ⁽³⁰⁾: un "navigare a vista" che, se non ha inciso sulla appropriazione del *bonus* per i servizi di *baby-sitting* alternativo al congedo ⁽³¹⁾, ha sicuramente limitato il modo con cui le famiglie hanno dovuto fronteggiare le esigenze del lavoro con quelle di cura e dei figli.

L'altra criticità è data dalla scelta di introdurre una disciplina che, per quanto transitoria ed emergenziale, si "innesta" su quella già esistente in materia di congedi parentali *ex art.* 32, d.lgs. n. 151/2001, senza mutuarne però tutte le caratteristiche ⁽³²⁾, contribuendo dunque non soltanto ad una ulteriore frantumazione delle tutele della genitorialità ⁽³³⁾, ma ancor più ad una complicazione dei divari già esistenti tra lavoratori e lavoratrici in una prospettiva di vero (e condiviso) equilibrio del loro ruolo genitoriale.

⁽²⁷⁾ La previsione, come è noto, garantisce la parificazione nei diritti (e negli obblighi) che derivano dall'unione civile tra persone dello stesso sesso rispetto alle disposizioni che si riferiscono al matrimonio e a quelle che contengono le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ma esclude tanto le norme del codice civile non richiamate nella stessa legge, quanto le disposizioni della l. n. 184/1983, facendo salvo solo «quanto previsto e consentito in materia di adozione». In dottrina, M. GATTUSO, *Clausola generale di equivalenza*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER (a cura di), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, pp. 219 ss.; V. BARBA, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in *GenIUS*, 2018, I, pp. 68 ss.

⁽²⁸⁾ Né, in una prospettiva di più lungo periodo, la situazione potrebbe modificarsi senza un preciso intervento normativo, dal momento che il 18° Considerando della citata direttiva (UE) 2019/1158 mantiene ferma la competenza degli Stati membri quanto al definire «lo stato civile e di famiglia, nonché chi debba essere considerato genitore, madre e padre».

⁽²⁹⁾ La specifica procedura di presentazione telematica della domanda per tali congedi è stata resa possibile sul sito dell'Inps solo dal 29 marzo 2020 (cfr. mess. Inps 30 marzo 2020, n. 1416).

⁽³⁰⁾ Si vedano il d.P.C.M. 1° aprile 2020 (ed il mess. Inps 7 aprile 2020, n. 1516), il d.P.C.M. 13 aprile 2020 (ed il mess. Inps 16 aprile 2020, n. 1648), e poi l'art. 72, comma 1, lett. a, del d.l. n. 34/2020 (nel testo originario e successivamente in quello della conversione in legge) che hanno prolungato la fruibilità del congedo rispettivamente al 13 aprile, al 3 maggio, al 31 luglio e infine al 31 agosto 2020. Va anche sottolineato che l'intervento del c.d. decreto Rilancio ha riaperto una finestra che per le due settimane precedenti sembrava essere stata definitivamente chiusa, giacché il d.P.C.M. 26 aprile 2020 (con decorrenza 4 maggio 2020), sembrava piuttosto promuovere il congedo (parentale) ordinario per i lavoratori dipendenti pubblici e privati.

⁽³¹⁾ Cfr. circ. Inps 24 marzo 2020, n. 44. Sul *bonus* e sulla sua disciplina, si rinvia all'analisi di G. PEZZINI, *Il bonus baby-sitter*, in questa sezione.

⁽³²⁾ Cfr. L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, cit., p. 158.

⁽³³⁾ Cfr. A.M. BATTISTI, *La specialità dei congedi e la ordinarietà dei bisogni*, in A. PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, p. 65.

2. Il congedo parentale straordinario (retribuito) dei dipendenti privati...

L'art. 23 del d.l. n. 18/2020 ha riconosciuto dunque ai genitori lavoratori del settore privato (anche affidatari) ⁽³⁴⁾ uno speciale congedo parentale (chiamato per comodità, anche nella prassi amministrativa “congedo Covid-19”) in conseguenza della sospensione delle attività scolastiche ⁽³⁵⁾. Come si è detto, si tratta di una assenza giustificata dal lavoro che si pone solo per alcuni aspetti in continuità con il congedo parentale del d.lgs. n. 151/2001 ⁽³⁶⁾. Di questo condivide, invero, il limite di età del minore (12 anni, che non si applica però nel caso di figli disabili in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziali) ⁽³⁷⁾, la fissazione di una durata massima predeterminata (originariamente 15 giorni, portati poi a 30 dall'art. 72, d.l. n. 34/2020), la garanzia della contribuzione figurativa, oltre che la modalità di calcolo della indennità a carico dell'Inps ⁽³⁸⁾.

Sono, però, altrettanto numerose le differenze con il modello regolativo del congedo parentale definibile come “ordinario”.

In primo luogo, il congedo Covid-19 è stato attribuito per il singolo nucleo familiare e non per ogni figlio, e la sua fruizione riconosciuta «alternativamente ad entrambi i

⁽³⁴⁾ Cfr. art. 23, comma 7, d.l. n. 18/2020; la mancata menzione esplicita dei genitori adottivi non esclude tuttavia che il beneficio debba riconoscersi anche ad essi.

⁽³⁵⁾ Il che ha consentito di “convertire” gli eventuali periodi di congedo parentale *ex artt.* 32 e 33, d.lgs. n. 151/2001, fruiti dai genitori durante il periodo di sospensione delle attività scolastiche in congedi straordinari Covid-19 (art. 23, comma 3, d.l. n. 18/2020). Come successivamente specificato nella circ. Inps 8 luglio 2020, n. 81, la conversione interessa solo le domande presentate dai lavoratori dipendenti del settore privato prima del 29 marzo 2020 (data in cui è stata rilasciata l'apposita procedura di presentazione telematica delle domande di congedo straordinario).

⁽³⁶⁾ Non è certamente possibile in questa sede ricostruire la disciplina del congedo parentale, introdotto dalla l. n. 53/2000 in sostituzione dell'astensione facoltativa, e che, recependo le indicazioni della direttiva 96/34/CE, ha riconosciuto ai lavoratori di entrambi i sessi un diritto individuale proprio all'astensione dal lavoro, né tantomeno la sua evoluzione normativa, che da ultimo, con il d.lgs. n. 80/2015, ha innalzato l'arco temporale di riferimento (da 8 a 12 anni di età del minore), intervenendo altresì sulle modalità di fruizione (anche su base oraria, secondo le indicazioni della contrattazione collettiva e, in mancanza, della legge) e del preavviso da dare al datore di lavoro (ridotto da 15 a 5 giorni). Sia consentito il rinvio, *ex multis*, a R. VOZZA, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in *LG*, 2015, n. 1, pp. 13 ss.; V. LAMONACA, *Le novità in materia di congedi genitoriali*, in D. GAROFALO, E. GHERA (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, pp. 489 ss.; R. NUNIN, *I congedi parentali dopo il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in *LG*, 2016, n. 1, pp. 14 ss.; D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato TU n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. 80/2015*, Giappichelli, 2016; C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, 2018, n. 3, pp. 804 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 23, commi 1 e 5, d.l. n. 18/2020.

⁽³⁸⁾ Il primo comma dell'art. 23 rinvia infatti alle modalità di calcolo dell'art. 23 del d.lgs. n. 151/2001, con l'eccezione di quanto stabilito al suo secondo comma: la retribuzione da prendere a riferimento ai fini della indennità è dunque quella media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo, con l'esclusione del rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati al lavoratore o alla lavoratrice.

genitori» (art. 23, comma 4), senza dunque distinguere – né tantomeno incentivare ⁽³⁹⁾ – un godimento condiviso tra di loro ⁽⁴⁰⁾. Tanto di per sé basterebbe a dare alla misura, teoricamente neutra, una torsione concreta che perpetui il tradizionale squilibrio di genere anche nella gestione delle (nuove) esigenze familiari, determinate dalla pandemia ⁽⁴¹⁾.

A questo contribuisce altresì la misura dell'indennità economica – anch'essa differente da quanto previsto dall'art. 32 del d.lgs. n. 151/2001 – e pari al 50% della retribuzione persa. Per quanto possa considerarsi un avanzamento rispetto al livello (30%) di cui i genitori beneficiano in relazione al congedo parentale ordinario ⁽⁴²⁾, si tratta pur sempre di un valore assai contenuto e che finisce per costringere a calcoli di convenienza, *in primis* su quale dei genitori venga a perderci di meno in caso di utilizzo, e dove giocano a sfavore della lavoratrice il forte *gender pay gap* in termini di mansioni ma anche la tipologia contrattuale di impiego ⁽⁴³⁾.

Ma è stata la stessa utilità economica del congedo dell'emergenza sanitaria a doversela giocare con la sua monetizzabilità in termini assoluti, nel riferimento all'importo di 600 euro (poi elevato a 1.200 con il d.l. n. 34/2020) ⁽⁴⁴⁾ del *bonus* alternativo per i servizi di *baby-sitting* concesso alla stessa platea di lavoratori del settore privato; in termini assai banali, se la retribuzione mensile indennizzabile non è almeno pari a 2.400 euro, la scelta, specie in tempi di più forti ristrettezze economiche, è diventata praticamente obbligata ⁽⁴⁵⁾.

E tuttavia, non è stato nemmeno garantito a tutti i genitori lavoratori l'accesso alla misura se si considera che, come recita l'art. 23, comma 4, esso è stato comunque subordinato «alla condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione

⁽³⁹⁾ Lo sottolineano anche C. ALLERI, M. CONGEDUTI, S. PITTARELLO, F. STANGHERLIN, *Quale lavoro femminile al tempo del Covid19? Fase 2: ritorno al passato*, in *Questionegiustizia.it*, 8 giugno 2020.

⁽⁴⁰⁾ Ed anzi, la modifica apportata al primo comma dell'art. 23 dalla l. n. 77/2020 di conversione del d.l. n. 34/2020, che non si riferisce più a «i genitori lavoratori dipendenti del settore privato» ma a «ciascun genitore lavoratore dipendente del settore privato», non fa che confermare tale prospettiva.

⁽⁴¹⁾ Il rapporto ISTAT, *Conciliazione tra lavoro e famiglia. Anno 2018*, novembre 2019, racconta che il 22,5% degli occupati con figli di 0-14 anni ha dovuto apportare cambiamenti al lavoro per prendersi cura dei figli, ma sono soprattutto le lavoratrici (38,3% delle madri occupate) ad aver modificato qualche aspetto della propria attività lavorativa per meglio combinare il lavoro con le esigenze di cura dei figli, rispetto ai padri (appena l'11,9%).

⁽⁴²⁾ Cfr. A.M. BATTISTI, *op. cit.*, p. 60.

⁽⁴³⁾ Basterebbe solo ricordare come la retribuzione media degli uomini (11,61 euro) è superiore del 7,4% rispetto a quella delle donne (fonte: ISTAT, *Differenziali retributivi in Italia*, dicembre 2019). Sul tema, si vedano almeno D. GOTTARDI, M. PERUZZI (a cura di), *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva*, Giappichelli, 2017, e M.L. VALLAURI, A. TONARELLI, *Povertà femminile e diritto delle donne al lavoro*, in *LD*, 2019, n. 1, pp. 173 ss.

⁽⁴⁴⁾ Art. 23, comma 8, d.l. n. 18/2020.

⁽⁴⁵⁾ Su quest'ultimo aspetto, peraltro, l'incremento tanto delle giornate di congedo quanto del valore del *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* o, in alternativa, per l'iscrizione ai centri estivi o ai servizi integrativi per l'infanzia, operato dall'art. 72, d.l. n. 34/2020, ha indotto il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e l'Inps ad alleggerire parzialmente il principio di secca alternatività tra le due misure, consentendo che in presenza di una o più domande di *bonus baby-sitting* per un importo pari o inferiore a 600 euro, presentate da uno o da entrambi i genitori, sia comunque possibile fruire di un massimo 15 giorni di congedo (cfr. circ. Inps 8 luglio 2020, n. 81).

dell'attività lavorativa o altro genitore disoccupato o non lavoratore», condizione che deve essere autocertificata dal richiedente al momento della presentazione della domanda.

Si tratta di un criterio di selezione estraneo alla disciplina del congedo parentale ordinario e che si spiega con la funzione dell'astensione straordinaria a garantire la cura dei figli quando l'altro genitore sia impegnato nell'attività lavorativa. Non potrebbe essere più esplicita la circolare Inps 25 marzo 2020, n. 45 che di fatto così ha "riscritto" il comma in parola: «La fruizione del congedo è riconosciuta alternativamente *ad uno solo dei genitori per nucleo familiare* per i figli di età non superiore ai 12 anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito previsti in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o altro genitore disoccupato o non lavoratore» (corsivo di chi scrive).

Il che ha comportato una forte restrizione della platea dei possibili beneficiari, in relazione, per un verso, all'elevato dato di famiglie monoreddito⁽⁴⁶⁾, e per altro verso alla complicata casistica di compatibilità/incompatibilità, affidata alla interpretazione dell'ente previdenziale⁽⁴⁷⁾.

Un ultimo elemento problematico, che ha rappresentato a lungo motivo di ulteriore differenziazione tra la disciplina del congedo parentale ordinario e quello per Covid-19, ha riguardato le modalità della sua fruizione in maniera frazionata (oltre che continuativa). Nel silenzio della legge, che autorizzava una lettura che facesse tesoro delle più recenti evoluzioni normative dell'istituto che ne consentono un utilizzo distribuito su base tanto giornaliera quanto oraria⁽⁴⁸⁾, è stata invece l'interpretazione dell'Ente

⁽⁴⁶⁾ Le statistiche relative all'Italia indicano in un 11,1% il dato delle donne con almeno un figlio che non ha mai lavorato per prendersi cura dei figli e in un 6,3% di quelle che dichiarano di non lavorare per motivi non legati alla cura dei figli (in entrambi i casi, ci si assesta ben al di sopra della media europea, rispettivamente pari al 3,7% e 4,2%); i dati sono tratti ancora una volta da ISTAT, *Conciliazione tra lavoro e famiglia. Anno 2018*, cit.

⁽⁴⁷⁾ Il riferimento è al mess. Inps 15 aprile 2020, n. 1621, che ha previsto, ad esempio che il congedo Covid-19 sia incompatibile con la contemporanea fruizione del congedo di paternità/maternità, del congedo parentale e di riposi giornalieri *ex artt.* 39 e 40, d.lgs. n. 151/2001, per lo stesso figlio da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare (mentre è compatibile per la cura degli altri figli rispetto al genitore che usufruisce del congedo di paternità/maternità). Il congedo speciale è altresì incompatibile con la contemporanea percezione da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare di strumenti a sostegno del reddito (CIGO, CIGS, CIGD, NASpI, DIS-COLL, ecc.), laddove però l'istituto previdenziale precisa che nel caso di integrazione salariale, l'incompatibilità opera solo nei casi e limitatamente ai giorni di sospensione dell'attività lavorativa per l'intera giornata, mentre in caso di integrazione a fronte di una mera riduzione di orario di lavoro, l'altro genitore è ammesso alla fruizione del congedo speciale. Sembra in questo cogliersi una disponibilità ad allargare il più possibile le maglie della compatibilità, che si evidenzia egualmente quando l'Inps ammette la fruibilità del congedo anche nelle giornate di pausa del rapporto part-time o intermittente dell'altro genitore. Non pone invece alcun dubbio la compatibilità del congedo Covid-19 con la prestazione di lavoro in modalità agile dell'altro genitore, «in quanto il genitore che svolge l'attività lavorativa da casa non può comunque occuparsi della cura dei figli». Per una rassegna completa, anche alla luce dei correttivi via via apportati, si veda R. CAMERA, *Congedi parentali Covid-19: compatibilità ad ampio raggio*, in *Ipsos Quotidiano*, 17 luglio 2020.

⁽⁴⁸⁾ Vedi in questo senso M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, cit., p. 128.

previdenziale ad escludere a lungo, in maniera invero assertiva, questa seconda possibilità ⁽⁴⁹⁾.

Si deve certo concordare con chi ha ritenuto di ricondurre tale scelta alla necessità di «alleviare l'enorme disagio delle famiglie connesso alla sospensione dell'attività didattica che richiede una presenza continuativa nel corso della giornata da parte dei genitori» e che «il frazionamento orario sarebbe incompatibile con la breve finestra di tempo entro cui godere del congedo» ⁽⁵⁰⁾; ciononostante, una tale rigidità ha probabilmente sfavorito il ricorso della misura se si considera che il periodo di possibile fruizione si è, per via delle successive proroghe, triplicato. Per di più, non si comprende perché lo stesso Istituto di previdenza abbia poi ammesso il ricorso allo stesso congedo straordinario di fronte a prestazioni temporalmente ridotte da parte dell'altro genitore (es. part-time, lavoro intermittente, ricorso ad ammortizzatori sociali in caso di riduzione e non di sospensione dell'attività), laddove dunque la possibilità di riconoscere un utilizzo frazionato su base oraria avrebbe potuto “coprire” esattamente il tempo necessario.

Ed invero, a qualche settimana dallo scadere della vigenza del provvedimento che qui si commenta, il legislatore è tornato sui propri passi e ha inserito, in coda al primo comma dell'art. 23, un passaggio che finalmente riconosce che «i periodi di congedo devono essere utilizzati, nelle ipotesi nelle quali i congedi sono riconosciuti, in maniera alternata da entrambi i genitori lavoratori conviventi e possono essere usufruiti *in forma giornaliera od oraria, fatti salvi i periodi di congedo già fruiti* alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» (corsivo di chi scrive).

Al di là della formulazione ampollosa, è un chiaro caso di “meglio tardi che mai”, che rischia però solo di ingenerare ulteriori confusioni e disparità: ed infatti, la modifica apportata dalla legge di conversione del c.d. decreto rilancio, lungi dal fornire una interpretazione autentica del termine “frazionato”, ha – perlomeno, secondo l'interpretazione fornita dall'Ente previdenziale – autorizzato a godere anche in modalità oraria di un congedo speciale che sino al 19 luglio 2020 poteva essere goduto in via frazionata, ma su base esclusivamente giornaliera ⁽⁵¹⁾.

3. ...e quello non retribuito

Il sesto comma dell'art. 23 completa il quadro delle tutele per i genitori lavoratori del settore privato con una previsione che, almeno inizialmente, è apparsa chiara nel suo intento, seppure di non agevole interpretazione.

La formulazione originaria del comma 6 – «i genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori, di età compresa tra i 12 e i 16 anni, [...] hanno diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro» – lasciava evidentemente intendere

⁽⁴⁹⁾ Lo puntualizza espressamente la circ. Inps 25 marzo 2020, n. 45.

⁽⁵⁰⁾ Così C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *LG*, 2020, n. 5, p. 437.

⁽⁵¹⁾ Cfr. mess. Inps 21 luglio 2020, n. 2902.

L'attribuzione del diritto alla sospensione, non retribuita e non coperta da contribuzione figurativa, per quei dipendenti nel cui nucleo familiare vivesse un minore di età compresa tra i 12 e i 16 anni e sempre a patto che non vi fosse altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito o non lavoratore ⁽⁵²⁾, potendo così accudire anche la prole non rientrante nella tutela prevista dal congedo straordinario.

La necessità di provvedere ai compiti di cura ha giustificato oltretutto l'assenza della previsione di un limite di durata di tale congedo non retribuito, se non quello "esterno" della sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado ⁽⁵³⁾.

In altri termini, si tratta, come è stato ragionevolmente sostenuto, della tipizzazione di un divieto di licenziamento (per ragioni soggettive) ⁽⁵⁴⁾ per quel lavoratore o quella lavoratrice costretti a casa da responsabilità anche penalmente rilevanti ⁽⁵⁵⁾, che si aggiunge, seppure in via temporanea, alle esplicite ipotesi di nullità del licenziamento (e diritto al rientro) previste dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ Come ha suggerito B. MASSARA, *Coronavirus, nuovi permessi e congedi per genitori lavoratori*, in *GL*, 2020, n. 14, p. 53, il fatto che si tratti di un congedo non indennizzato dall'Inps, e che dunque non prevede indicazioni operative da parte dello stesso ente, non esclude tuttavia l'opportunità di fornire suggerimenti al datore di lavoro, tenuto a fornire indicazioni ai propri dipendenti in merito alla domanda da presentare. L'auspicio, tuttavia, è caduto nel vuoto.

⁽⁵³⁾ A questa ipotesi si aggiunge quella prevista dall'art. 47, d.l. n. 18/2020, che, in considerazione della chiusura delle attività dei Centri semiresidenziali a carattere socio-assistenziale, socio-educativo, polifunzionale, socio-occupazionale, sanitario e socio-sanitario e dei Centri riabilitativi ambulatoriali del Servizio sanitario nazionale, esclude che l'assenza dal posto di lavoro da parte di uno dei genitori conviventi di una persona con disabilità possa costituire giusta causa di recesso dal contratto di lavoro *ex art.* 2119 c.c. (su cui si veda il contributo di F. STAMERRA, *I licenziamenti economici "impossibili" dal Secondo Dopoguerra al Covid-19*, nel volume II, sez. II, di quest'opera).

⁽⁵⁴⁾ In tal senso, U. GARGIULO, V. LUCIANI, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 218-219; F. CHIETERA, *Covid-19 e licenziamenti*, in A. PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, p. 150; *contra*, P. PASSALACQUA, *I limiti al licenziamento nel D.L. n. 18 del 2020*, *ivi*, p. 163, che parla di un «licenziamento qualificato in questo caso per giustificato motivo oggettivo, a causa della prolungata assenza del lavoratore», ma mettendo in evidenza il carattere pleonastico della norma, che avrebbe piuttosto «funzione di chiaro deterrente nei confronti del datore di lavoro».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, *cit.*, p. 128, che evidenzia la possibile incidenza della fattispecie penale del reato di abbandono di minore *ex art.* 591 c.p. («1. Chiunque abbandona una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a se stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere cura, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. [...] 3. La pena è della reclusione da uno a sei anni se dal fatto deriva una lesione personale, ed è da tre a otto anni se ne deriva la morte. 4. Le pene sono aumentate se il fatto è commesso dal genitore, dal figlio, dal tutore o dal coniuge, ovvero dall'adottante o dall'adottato»).

⁽⁵⁶⁾ Artt. 54 e 56, d.lgs. n. 151/2001. Chi scrive ha già avuto modo di argomentare come la differente formulazione dell'art. 18, comma 1, Stat. lav. e dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, laddove solo quest'ultimo fa riferimento «agli altri casi nullità espressamente previsti dalla legge», debba comunque essere ricondotto alle regole generali dell'ordinamento e dunque alla nullità virtuale *ex art.* 1418, comma 1; sia consentito il rinvio a G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, spec. pp. 93 ss.; negli stessi termini, V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2016, n. 305, pp. 7 ss. Tanto non può allora non valere anche per le conseguenze della violazione dell'art. 23, comma 6, che, pur non parlando espressamente di

Sennonché, le pur meritorie intenzioni aprono, nella perimetrazione dell'ambito soggettivo di un diritto in apparenza calibrato in termini di reciproca esclusione con quanto stabilito ai commi precedenti, a evidenti contraddizioni interne, che diventano per l'interprete altrettanti quesiti. In altre parole, si può sostenere che il medesimo divieto di licenziamento valga (implicitamente) anche per i genitori di minori di anni 12, allorquando godono del congedo speciale retribuito? E se così non fosse, quale la *ratio* giustificatrice di tale differenziazione? E, soprattutto, esiste per questi ultimi un obbligo di rientro al lavoro, una volta esaurito il beneficio (speciale o ordinario che sia), se il divieto di recesso per tutta la durata di sospensione dell'attività didattica vale solo per i genitori di minori di età compresa tra i 12 e i 16 anni? Questioni tutt'altro che secondarie se si tiene conto che il divieto di cui all'art. 46 del d.l. n. 18/2020, nonostante l'originaria "distonia" tra rubrica e contenuto⁽⁵⁷⁾, ha sempre riguardato i licenziamenti (collettivi ed individuali) per giustificato motivo oggettivo e a cui il fugace passaggio contenuto nel messaggio Inps n. 1621 del 15 aprile 2020 sulla cessazione dell'attività lavorativa interviene durante la fruizione del congedo Covid-19 non ha contribuito a dare giusta risposta⁽⁵⁸⁾.

Il c.d. decreto rilancio ha il merito perciò di aver corretto il tiro, innanzitutto con la modifica dell'*incipit* del comma, che oggi recita «*in aggiunta a quanto previsto nei commi da 1 a 5*», in sostituzione del precedente «fermo restando» e chiarisce come si tratti di tutele che si sommano e non si escludono; più ancora, è l'espunzione del limite minimo di età del minore (12 anni) a dare il significato di una sospensione, non retribuita ma garantita dalla conservazione del rapporto, che può essere azionata quando siano stati già utilizzati gli altri congedi a disposizione del genitore dipendente.

L'unica perplessità rimane rispetto alla copertura temporale della tutela in parola: il comma 6 continua invero a fare riferimento al «periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado» ma non vi è ragione per non ritenere che la discrasia con il termine indicato nell'attuale formulazione del primo comma (31 agosto 2020) debba essere risolta, in una interpretazione sistematica, affermando la prevalenza di quest'ultimo.

“nullità”, si innesta sul meccanismo protettivo del d.lgs. n. 151/2001, di cui mutua la *ratio*. *Contra*, A. PRETEROTI, A. DELOGU, *I licenziamenti collettivi e individuali al tempo del coronavirus*, in A. PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, p. 178. Proprio richiamando la struttura dell'art. 54, si può invece convenire che tale divieto non sia assoluto ma riguardi solo il licenziamento dovuto o connesso alla fruizione del congedo (sul punto, I. ALVINO, *Tutela del lavoro e emergenza da Covid-19. Decreto legge “Cura Italia”: strumenti di sostegno del reddito e delle esigenze di assistenza dei lavoratori subordinati e autonomi*, in *Treccani Magazine – Diritto*, 30 marzo 2020).

⁽⁵⁷⁾ Così F. CHIETERA, *op. cit.*, p. 147.

⁽⁵⁸⁾ Questo il passaggio: «Il congedo Covid-19 non può essere fruito dal genitore disoccupato o comunque privo di alcun rapporto di lavoro, sia di tipo subordinato che di tipo autonomo. Qualora la cessazione dell'attività lavorativa intervenga durante la fruizione di un periodo di congedo Covid-19 richiesto, la fruizione si interromperà con la cessazione stessa del rapporto di lavoro e le giornate successive non saranno computate né indennizzate. L'incompatibilità sussiste anche nel caso in cui l'altro genitore appartenente al nucleo familiare cessi l'attività o il rapporto di lavoro».

4. Il congedo parentale straordinario dei dipendenti pubblici

Lo speciale congedo per Covid-19 è stato concesso anche ai genitori dipendenti delle pubbliche amministrazioni, attraverso la previsione dell'art. 25 del d.l. n. 18/2020, il cui primo comma opera un rinvio secco alle previsioni dell'art. 23, commi 1, 2, 4, 5, 6 e 7. Come si è già rilevato, al congedo parentale dell'emergenza è stata riconosciuta una portata (quasi) universale, e dunque non opera alcuna distinzione tra settore privato e settore pubblico con riferimento alla sua durata, al suo importo, al relativo metodo di calcolo, oltre che alla garanzia della contribuzione figurativa (art. 23, comma 1), all'automatica conversione dei periodi di congedo parentale eventualmente fruiti tra la data di attivazione della misura e quello della sua effettiva implementazione (art. 23, comma 2), alle condizioni per l'accesso (ovvero, l'assenza nel nucleo familiare di altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito o non lavoratore, art. 23, comma 4) ⁽⁵⁹⁾, al superamento dei limiti di età per il minore «con disabilità in situazione di gravità accertata» (art. 23, comma 1), alla possibilità di astenersi (con diritto alla conservazione del posto) senza corresponsione di indennità né contribuzione figurativa, nel caso di genitori di minori di anni 16 (e sempre che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno del reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia un altro genitore non lavoratore, art. 23, comma 6) ⁽⁶⁰⁾, nonché all'applicabilità dell'istituto ai genitori anche affidatari (art. 23, comma 7).

Qualche difficoltà interpretativa è stata semmai determinata dall'art. 72 del c.d. decreto rilancio che, nel modificare l'arco temporale di applicazione dell'art. 23, è sembrato, almeno inizialmente, limitare la possibilità per i dipendenti pubblici di fruire del congedo (divenuto, per effetto dello stesso decreto, pari a trenta giorni) solamente entro il 14 giugno 2020, termine finale delle attività scolastiche sospese e a cui fa invece riferimento l'art. 25, comma 1. Tale disallineamento, al di là di una stretta interpretazione letterale, non avrebbe avuto alcuna ragionevolezza e a fugare ogni dubbio è intervenuto un quesito pubblicato il 12 giugno sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che ha confermato il pieno riconoscimento dell'estensione del congedo anche ai dipendenti pubblici ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ «La fruizione del congedo Covid-19 è inoltre compatibile con lo svolgimento del lavoro agile da parte dell'altro genitore, in considerazione della circostanza che lo *smart working* non è un diverso tipo di contratto di lavoro, ma solo un modo differente di svolgere l'attività professionale. Il *bonus* può essere chiesto, inoltre, anche se si usufruisce dei giorni aggiuntivi di permesso retribuito (l. n. 104/1992) o dei congedi parentali prolungati per i genitori di figli con disabilità grave» (così la circ. Min. PA 1° aprile 2020, n. 2).

⁽⁶⁰⁾ A dire il vero, l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 25, vi aggiunge che il congedo e l'indennità «non spetta in tutti i casi in cui uno o entrambi i lavoratori stiano già fruendo di analoghi benefici», sollevando il dubbio che l'espressione faccia riferimento non solo al congedo dell'art. 23, ma anche a congedi ordinari previsti dalla legge o dai contratti collettivi di comparto (così C. GAROFALO, *op. cit.*, p. 440). In realtà, l'incerta formulazione ha solo il compito per un verso di confermare, anche il settore pubblico, che il genitore *non* richiedente debba essere impegnato in una attività lavorativa (in presenza o da remoto che sia) e, per altro verso, di prospettare l'effettiva residualità dello strumento rispetto alle possibilità offerte dalla speciale normativa per il settore pubblico (vedi *infra*, in questo paragrafo).

⁽⁶¹⁾ Questo è il testo: «Sono un dipendente pubblico e ho un figlio di età inferiore a 12 anni: ho diritto al congedo speciale di 30 giorni, retribuito al 50% e coperto da contribuzione figurativa, da fruire entro il 31 luglio 2020? Sì, in

Le vere differenze con il settore privato vanno rilevate sotto tre profili, che qui vanno affrontate in ordine di importanza.

Il primo è legato alla scelta di sollevare l'Inps del "peso" del congedo per i pubblici dipendenti e, ai sensi dell'art. 25, comma 2, di porlo a carico dell'amministrazione di appartenenza, cui spetta non solo l'erogazione dell'indennità, ma anche l'indicazione delle modalità di fruizione: almeno in teoria, tanto avrebbe consentito di incidere – magari anche con il coinvolgimento sindacale – sul possibile riconoscimento di una fruizione anche su base oraria (come si è avuto modo di sottolineare, dibattuta invece per il settore privato), così come su un termine di preavviso più favorevole al lavoratore e alla lavoratrice. Di tali opportunità, va detto però, non si riscontra alcuna traccia nella prassi applicativa; una verifica a campione condotta sui provvedimenti adottati evidenzia la riproposizione delle (scarne) indicazioni contenute nella legge e nella circolare n. 2/2020 del Ministero per la pubblica amministrazione.

Una seconda circostanza riguarda la diversa "attrattività" che lo strumento può avere per i dipendenti pubblici se si osservano le regole del suo funzionamento. Se per un verso, la più contenuta possibilità di ricorrere, in sostituzione del congedo, al *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* ⁽⁶²⁾ renderebbe quasi obbligata la scelta del dipendente, per altro verso è il suo importo a collocarlo in una prospettiva di possibile *deminutio* della tutela ordinariamente concessa: va ricordato, infatti, come la contrattazione collettiva nazionale di comparto garantisca ai primi 30 giorni di congedo parentale l'intera retribuzione ⁽⁶³⁾, e solo per i successivi 150 giorni la medesima indennità (pari al 30% della retribuzione) del settore privato. In altri termini, il congedo straordinario, in ragione della sua indennità fissa al 50% della retribuzione, può rappresentare per il pubblico dipendente una minore tutela economica ⁽⁶⁴⁾.

quanto l'articolo 25, comma 1, del Decreto legge n. 18/2020 (convertito dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27) dispone che i dipendenti pubblici, in conseguenza della sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, hanno diritto a fruire dello specifico congedo previsto per i dipendenti privati dall'articolo 23, comma 1, dello stesso Decreto legge e della relativa indennità entro il 31 luglio 2020». Cfr. A.C. SCACCO, *Congedo parentale speciale anche per i dipendenti pubblici*, in *Quotidiano del Lavoro*, 17 giugno 2020.

⁽⁶²⁾ L'art. 25, comma 3, ne limita infatti l'ambito soggettivo di utilizzo ai «lavoratori dipendenti del settore sanitario, pubblico e privato accreditato, appartenenti alla categoria dei medici, degli infermieri, dei tecnici di laboratorio biomedico, dei tecnici di radiologia medica e degli operatori sociosanitari», nonché al «personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica».

⁽⁶³⁾ Si vedano, ad es., l'art. 44, comma 2, CCNL Comparto Funzioni centrali 2016-2018 e l'art. 43, comma 3, CCNL Comparto Funzioni locali 2016-2018.

⁽⁶⁴⁾ È peraltro appena il caso di ricordare come i livelli retributivi del settore pubblico siano stati schiacciati dal blocco della contrattazione nazionale di comparto dal d.l. n. 78/2010 sino all'intervento e della sottoscrizione dei rinnovi per il triennio 2016-2018 e che la curva delle retribuzioni contrattuali dei dipendenti dei comparti di contrattazione collettiva Aran si siano attestati al di sotto della curva dell'indice nazionale dei prezzi al consumo sin dall'aprile 2011; sebbene essa sia tornata a crescere, a seguito della sottoscrizione dei nuovi contratti di comparto, resta ancora inferiore alla curva dell'indice nazionale dei prezzi al consumo (fonte: ARAN, *Rapporto semestrale sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti – Giugno 2019*). A.M. BATTISTI, *op. cit.*, p. 64, sottolinea oltremodo come sulla convenienza a fare ricorso al nuovo congedo pesa l'impiego a tempo parziale (prevalentemente femminile) nelle pubbliche amministrazioni, e dunque l'esiguo riproporzionamento della indennità.

Un ultimo, e più importante, elemento induce piuttosto a ritenere la scarsa, *melius* «residuale»⁽⁶⁵⁾, portata applicativa dello strumento in parola, allorchando lo si metta a confronto con l'art. 87 del d.l. n. 18/2020, che da un lato rende lo *smart working* «tendenzialmente obbligatorio»⁽⁶⁶⁾ nel lavoro pubblico e dall'altro consente alle Pubbliche amministrazioni, nella impossibilità di praticare soluzioni alternative (come il lavoro agile, anche semplificato, e il ricorso a ferie pregresse, congedi, banca ore, rotazione ed analoghi istituti)⁽⁶⁷⁾, di esonerare il personale dipendente dal servizio, senza alcuna ripercussione sulla retribuzione, e dunque a condizioni decisamente più favorevoli di quelle che il congedo straordinario prevede⁽⁶⁸⁾.

5. L'ultima decretazione

A poca distanza dallo scadere della possibilità di fruire del congedo parentale straordinario, la garanzia di una specifica ipotesi di sospensione dell'attività lavorativa è stata reintrodotta con il d.l. 8 settembre 2020, n. 111, per essere poi ampliata e infine rivista in ragione delle nuove restrizioni imposte all'attività didattica in presenza.

Il modello di regolazione resta invariato nelle sue caratteristiche principali – il valore “residuale” del congedo rispetto ad altri strumenti (in particolare, il lavoro agile), la limitata portata temporale della misura (che cessa al 31 dicembre 2020) e l'indennizzo pari al 50% della retribuzione giornaliera (con il riconoscimento della contribuzione figurativa) – mentre non può non colpire che la platea dei fruitori sia stata ristretta ai soli lavoratori dipendenti.

Sono le causali della concessione dell'astensione giustificata a raccontare l'andamento in crescendo della seconda ondata del contagio da Covid-19. Se, infatti, il provvedimento di inizio settembre ha attribuito un congedo per «quarantena del figlio, minore di anni quattordici, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico»

⁽⁶⁵⁾ Come infatti ammette esplicitamente la ricordata circ. Min. PA n. 2/2020.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2020, n. 421, p. 4.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. V. FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in *LG*, 2020, n. 4, p. 338, che in maniera assai efficace intitola la sezione dedicata all'analisi della norma in parola «lavoro agile per chi può e i congedi per gli altri».

⁽⁶⁸⁾ La previsione è stata giustamente stigmatizzata (parla di «approccio para-assistenziale», D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *LG*, 2020, n. 5, p. 430). E tuttavia, a parere di chi scrive, la previsione sembra raccontare molto più – e molto meglio – di come la Pubblica Amministrazione sia arrivata impreparata alla sfida digitale e dello *smart working*, anziché proporsi come “graziosa” concessione ad una vasta platea di lavoratori. Ne sia spia l'inserimento, in sede di conversione del d.l. n. 18/2020, dell'art. 87-bis che ha previsto l'incremento del 50% dei «quantitativi massimi delle vigenti convenzioni-quadro di Consip S.p.A. per la fornitura di personal computer portatili e table». Peraltro, come sottolinea M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifiche d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *LG*, 2020, n. 5, p. 516, l'attivazione dell'esenzione è comunque sottoposta alla ricognizione della amministrazione delle attività indifferibili, alla utilizzazione degli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva, ed in ultimo dalla motivazione dell'esenzione; tanto, invero, al fine di valutare *ex post* eventuali responsabilità, anche di tipo erariale (su quest'ultimo aspetto, V. PINTO, *Emergenza sanitaria e lavoro pubblico: una visione d'insieme*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 258).

(⁶⁹), i cd. decreti Ristori e Ristoro *bis* vi hanno aggiunto l'ipotesi di «sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni sedici» (⁷⁰), sospensione resa obbligatoria per le scuole secondarie di primo grado nelle aree «caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto» (⁷¹).

La sovrapposizione dei diversi interventi disegna dunque in via straordinaria, e fino alla fine del 2020, due tipi di congedo a seconda che dell'ambito geografico di riferimento.

Il primo, valido generalmente per l'intero territorio nazionale, ricalca appieno il modello del congedo straordinario regolato con il d.l. n. 18/2020 e consente alternativamente ad uno dei genitori (sempre a patto che l'altro genitore non fruisca della medesima misura, o sia impegnato in modalità agile, ovvero non svolga alcuna attività lavorativa) di astenersi dal lavoro per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio minore convivente, nonché nel caso in cui sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza. Laddove il figlio convivente sia minore di 14 anni, l'astensione sarà indennizzata in misura pari al 50% della retribuzione, mentre per una età compresa tra i 14 e 16 anni non vi sarà alcuna indennità, ma solo il divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Il secondo tipo di congedo, eccezionalmente valido per le cd. zone rosse, viene riconosciuto, alternativamente ai genitori di alunni delle scuole secondarie di primo grado, alle stesse condizioni già richiamate, con il riconoscimento di un'indennità pari al 50% della retribuzione e in alternativa al reintrodotta *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby sitting* (⁷²).

Il breve arco di tempo entro cui godere dei congedi in parola (oltre che la marginalità della misura rispetto al ricorso al lavoro agile) supporta la scelta di garantirne la fruizione per l'intera durata della sospensione dell'attività didattica in presenza, ma motiva altresì l'esiguità delle risorse a tal fine stanziata (⁷³). Desta semmai qualche perplessità

(⁶⁹) Così l'art. 5, comma 2, d.l. 8 settembre 2020, n. 111. La previsione è stata poi recepita dalla legge di conversione del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, che all'art. 21-*bis*, ha peraltro esteso la possibilità di ricorrere al lavoro anche nei casi di quarantena del figlio minore dovuta a contatti verificatisi nell'ambito dello svolgimento di attività sportive di base, attività motorie in palestre, piscine, centri sportivi, circoli sportivi sia pubblici che privati, o attività in strutture regolarmente frequentate per seguire lezioni musicali e linguistiche. Quest'ultima norma chiarisce peraltro come non sia possibile godere del nuovo congedo straordinario per i giorni in cui un genitore fruisce del lavoro agile o del congedo o svolge anche ad altro titolo l'attività di lavoro in modalità agile o comunque non svolge alcuna attività lavorativa. Le istruzioni operative di fruizione sono dettate nella circ. Inps n. 116 del 2 ottobre 2020.

(⁷⁰) Cfr. l'art. 22, comma 1, lett. a e b, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137.

(⁷¹) Cfr. l'art. 13, d.l. 9 novembre 2020, n. 149, che fa riferimento alla "codificazione" dei tre scenari di rischio del contagio (zone rosse, arancioni, gialle) previste dal d.P.C.M. 3 novembre 2020.

(⁷²) Cfr. l'art. 14, d.l. 9 novembre 2020, n. 149. Sia il congedo straordinario che il bonus sono riconosciuti anche ai genitori di figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, l. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale, per i quali sia stata disposta la chiusura ai sensi dei d.P.C.M. del 24 ottobre 2020 e del 3 novembre 2020. Per una panoramica delle diverse ipotesi di astensione dal lavoro attualmente previste e giustificate dall'emergenza sanitaria, cfr. R. CAMERA, *Assenze dei lavoratori per Covid-19: come gestirle e con quali costi per le aziende*, in *Quotidiano Ipsos*, 13 novembre 2020.

(⁷³) Rispettivamente 93 milioni di euro per il congedo a valere su tutto il territorio nazionale e 52,1 milioni di euro per il congedo per i minori iscritti alle scuole secondarie di primo grado delle cd. zone rosse.

una legislazione che distingue non tanto le aree geografiche di intervento quanto i livelli scolastici rispetto ai quali approntare misure diversificate di sostegno alle famiglie, laddove le decisioni assunte a livello locale sembrano muoversi, e non solo nelle cd. zone rosse, verso la piena remotizzazione delle attività scolastiche al fine di contenere la diffusione del virus e la pressione sul sistema sanitario ⁽⁷⁴⁾.

6. La genitorialità *dopo* l'emergenza sanitaria

L'analisi delle regole introdotte in piena emergenza può completarsi con una prima, seppure incompleta, valutazione della loro concreta attuazione, al fine non solo di "misurare" l'efficacia dei provvedimenti adottati, in considerazione del perdurante stato di emergenza e della reviviscenza del contagio, ma soprattutto di allungare la riflessione oltre la straordinarietà dei tempi, anzi di servirsi di essa come lente di ingrandimento dei problemi ancora sul campo e che potranno ripresentarsi fino a che il virus SARS-CoV-2 non sarà completamente sconfitto o, almeno, sotto controllo.

I numeri dicono che alla data del 18 giugno 2020 sono 406.832 le domande di congedi straordinari, mentre sono 464.599 i richiedenti dei congedi parentali ordinari e 451.746 coloro che hanno invece fatto ricorso al *bonus* alternativo per i servizi di *baby-sitting* e la frequenza di centri estivi; al 9 luglio, la richiesta di quest'ultimo beneficio è considerevolmente aumentata, toccando quota 503.000 domande. Il dato statistico non è così facile da interpretare ⁽⁷⁵⁾. Basti una circostanza per tutte: il numero delle domande di congedo straordinario nulla dice di quanti siano stati i giorni di assenza effettivamente richiesti ⁽⁷⁶⁾, e sembra improbabile, per le ragioni che si sono evidenziate, che il genitore lavoratore sia stato in grado di pianificare con largo anticipo la distribuzione dei 15 (e poi 30) giorni, alternandoli magari a ferie ed altri congedi e permessi; ragionevole dunque pensare, escludendo l'ipotesi di una richiesta continuativa del massimo temporale consentito, che lo stesso nucleo familiare abbia più volte presentato la domanda di ammissione al beneficio.

Ad ogni modo, si possono comunque azzardare alcune considerazioni.

Innanzitutto, il maggior numero di richieste di *bonus* rispetto a quelle di congedo straordinario potrebbe essere letto come la tendenza a preferire il denaro al tempo (di non lavoro) ma al contempo prova che, se entrambe le misure vengono guardate in termini economici (*bonus* vs. indennità), il congedo parentale straordinario risulta poco interessante per quei lavoratori e per quelle lavoratrici con redditi medio-bassi. Il che

⁽⁷⁴⁾ La più recente decretazione conferma altresì l'autosufficienza del sistema delle Pubbliche amministrazioni, che devono provvedere alla garanzia dei congedi straordinari con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Tale previsione è presente tanto nell'ultimo comma dell'art. 5 del d.l. n. 111/2020 quanto nel comma 10 dell'art. 21-*bis* del d.l. n. 104/2020 (come convertito dalla l. n. 126/2020). L'assenza di alcuna indicazione in tal senso nel d.l. n. 149/2020 non è sufficiente a sostenere una inversione di rotta.

⁽⁷⁵⁾ Si aggiunga poi che non sono disponibili dati né sull'utilizzo del congedo straordinario da parte dei dipendenti pubblici, né del congedo non retribuito per i dipendenti privati, perché in entrambe le ipotesi le richieste sono state direttamente presentate al datore di lavoro del dipendente richiedente.

⁽⁷⁶⁾ Sulle procedure di compilazione e invio delle domande per i congedi per emergenza Covid-19 in favore dei dipendenti del settore privato, cfr. mess. Inps 30 marzo 2020, n. 1416.

induce a dover riflettere sulla opportunità di perseverare in una misura, certamente importante, ma solo parzialmente indennizzata ⁽⁷⁷⁾, laddove invece il *bonus*, anche quando non in grado di coprire interamente i costi del servizio di cura, non intacca affatto il reddito familiare.

In secondo luogo, il numero di richieste di congedo parentale ordinario, anch'esso superiore alle domande di congedo Covid-19, conferma la tesi non solo della esiguità temporale di quest'ultimo, ma soprattutto del limitato ambito soggettivo della sua applicabilità: il meccanismo della "condizionalità" del congedo straordinario (l'assenza nel nucleo familiare di altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito, che comportano sospensione o cessazione dell'attività lavorativa, ovvero di altro genitore disoccupato o non occupato) avrà certamente spinto, laddove necessario, a ricorrere all'assenza regolata *ex art.* 32, d.lgs. n. 151/2001, e priva di alcun peso per il genitore richiedente, se non il limite massimo di durata. Ne sia conferma la circostanza che i fondi stanziati per i dipendenti del settore privato dall'art. 23 (tanto per i congedi quanto per il *bonus*) ammontavano nel c.d. decreto cura Italia a 1.261,1 milioni di euro e che con il c.d. decreto rilancio sono stati portati a 1.569 milioni di euro, ma che non sono mai apparsi prossimi ad esaurirsi, a differenza di quanto accaduto per il settore pubblico con i fondi a disposizione del solo *bonus* per i servizi di cura, per il quale il c.d. decreto agosto è dovuto intervenire con un cospicuo rifinanziamento ⁽⁷⁸⁾.

Nei numeri resi dall'Istituto previdenziale manca però un dato, forse il più importante, ovvero la distinzione per genere nelle richieste di congedo parentale straordinario. L'improvviso e massiccio aumento delle esigenze di cura avrà certamente elevato la consapevolezza di tali carichi da parte degli uomini e magari innescato un processo di maggiore responsabilizzazione degli stessi, ma è improbabile che lo *shock* pandemico abbia avuto l'effetto di modificare sensibilmente i comportamenti, e più ancora di mettere finalmente in discussione ruoli domestici tradizionali e radicati stereotipi ⁽⁷⁹⁾. Il rischio, dunque, è che gli interventi normativi contribuiscano, per quanto involontariamente, a rallentare un processo di avvicinamento verso una conciliazione condivisa che in tempi pre-pandemia si stimava lontana ancora qualche decennio ⁽⁸⁰⁾. Anche in questa prospettiva, una strada da percorrere sembra quella non di negare la (conquistata) indifferenza di genere del congedo, ma di introdurre misure di premialità per l'assenza dei padri – sul modello del d.lgs. n. 151/2001, ed anzi incrementandone la durata esclusivamente riservata a loro – che, unitamente ad un valore più adeguato della indennità, consentano davvero di incidere sulla possibilità di un riequilibrio dei

⁽⁷⁷⁾ Cfr. C. ALLERI, M. CONGEDUTI, S. PITTARELLO, F. STANGHERLIN, *op. cit.* Ciononostante, la misura dell'indennizzo al 50% è stata confermata per tutti i congedi straordinari introdotti con la più recente decretazione.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. art. 21, d.l. n. 104/2020, che ha elevato a 236,6 milioni di euro il finanziamento dell'art. 25, comma 5, d.l. n. 18/2020.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. D. DEL BOCA ET AL., *Prima, durante e dopo Covid-19: disuguaglianza in famiglia*, in *Lavoce.info*, 12 maggio 2020; le AA. hanno condotto una indagine su un campione di 1.250 donne rappresentativo delle italiane occupate, mettendo in evidenza come il 61% delle donne lavoratrici con partner e con figli ha dedicato più tempo al lavoro domestico e alla cura dei bambini durante il *lockdown* rispetto alla situazione precedente e solo il 3% ve ne ha dedicato di meno; il 45% degli uomini invece non ha per nulla modificato il proprio comportamento.

⁽⁸⁰⁾ Si leggano le riflessioni contenute in ISTAT, *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, maggio 2019.

ruoli ⁽⁸¹⁾. È soprattutto una riconsiderazione in questa direzione del congedo parentale – ordinario o straordinario che sia – che potrebbe finalmente determinarne un effettivo utilizzo, anche in termini assoluti ⁽⁸²⁾.

Questa è, a dire il vero, un'indicazione già contenuta nella recente direttiva 2019/1158/UE del 20 giugno 2019, che chiede agli Stati membri non solo di provvedere «affinché due mesi di congedo parentale non possano essere trasferiti» (art. 2, § 2), ma altresì di fissare un valore della retribuzione o della indennità relativa all'astensione per la cura dei figli tale «da facilitare il ricorso al congedo parentale da parte di entrambi i genitori» (art. 8, § 3) ⁽⁸³⁾.

Il discorso, peraltro, oltrepassa i limiti della regolazione dei congedi parentali e coinvolge almeno altri due ambiti: quello dei servizi educativi e scolastici e quello dell'organizzazione del lavoro. Quanto al primo, è la stessa direttiva 2019/1158/UE a ricordare, al suo 12° Considerando, come «una pari fruizione dei congedi per motivi familiari tra uomini e donne dipende anche da altre misure appropriate, quali l'offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e l'assistenza a lungo termine, che sono cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di assistenza di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro»; appare allora quantomai necessaria una efficace riforma dei servizi educativi e scolastici che ne tenga conto ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ È notorio infatti che continuano ad essere le madri, rispetto ai padri, ad utilizzare in prevalenza il congedo in un rapporto che, sebbene migliorato nel corso degli anni, resta di 5 a 1; il problema non è naturalmente solo italiano e per una panoramica sui diversi Stati dell'Unione europea si rinvia a V. VIALE, R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, Working Paper ADAPT, 2015, n. 175.

⁽⁸²⁾ Anche a questi fini si consideri che il numero delle richieste di congedo parentale per l'anno 2018 è stato pari a 324.988 (fonte Inps); le oltre centomila domande in più del 2020 evidenziano quanto lo strumento sia sempre stato a disposizione dei lavoratori, ma non adeguatamente preso in considerazione. Il problema non è naturalmente solo italiano; si legga EUROPEAN PARLIAMENT, *Maternity, paternity and parental leave in the EU*, marzo 2017.

⁽⁸³⁾ La direttiva prevede un termine di trasposizione attualmente fissato al 2 agosto 2022, con l'unica eccezione proprio della previsione relativa all'indennità, per cui invece le disposizioni nazionali dovranno essere adottate entro il 2 agosto 2024. Per l'analisi dei contenuti della direttiva, si rinvia a E. CHERIEGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2020, n. 2, pp. 125 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. E. MAGLIA, *COVID-19: un'analisi delle conseguenze di genere*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 17 maggio 2020, n. 126, che riporta i dati di una ricerca dell'Osservatorio Statistico dei Consulenti del Lavoro del 2019: ammonterebbero a 433.000 le donne inattive o in part-time per carenze nel welfare, soprattutto localizzate al Sud (il 44,8% delle madri in età lavorativa) e per cause nell'88% dei casi ascrivibili proprio ad una mancanza dei servizi per l'infanzia. È appena il caso di rilevare che non sembra contribuire in tal senso il Piano Scuola 2020-2021 del Ministero dell'istruzione, reso pubblico il 26 giugno 2020 e relativo alla ripartenza delle attività in presenza, che sembra invece puntare sull'autonomia delle scelte dei dirigenti scolastici e sulla loro collaborazione con gli Enti locali, rimanendo anche vago sulle risorse che saranno a tal fine messe a disposizione.

Al contempo, non può esservi conciliazione condivisa degli obblighi familiari se non si incide sulla stessa organizzazione dei tempi⁽⁸⁵⁾ e dei modi di lavoro⁽⁸⁶⁾: in questo, l'azione del legislatore può essere accompagnata – in altri momenti, anzi, è stata addirittura preceduta – dall'intervento proattivo delle parti sociali, che possono offrire al termine “flessibilità” significato e contenuti meno vituperati di quelli a cui ci siamo abituati negli ultimi venti anni.

Solo così si può pensare di sfidare i condizionamenti sociali e culturali che rallentano il raggiungimento di un equilibrio domestico, impediscono una piena partecipazione femminile al mercato del lavoro e ne diminuiscono la qualità della relativa occupazione.

In ultima analisi, infatti, la pandemia non ha fatto che altro rimarcare con maggior forza la vulnerabilità di alcune categorie (le donne, *in primis*, ma anche i giovani, i lavoratori precari, gli autonomi economicamente dipendenti)⁽⁸⁷⁾ e la reazione a catena che tale vulnerabilità produce sulle famiglie, prima, e sull'intero sistema sociale, poi⁽⁸⁸⁾.

È un'emergenza⁽⁸⁹⁾, di cui forse solo i meno attenti non si erano ancora accorti, che non ha bisogno di un diritto altrettanto emergenziale, ma di un più profondo e proficuo ripensamento della nostra materia.

⁽⁸⁵⁾ Solo a titolo esemplificativo, sia consentito rinviare al recente caso di ordini di servizio intervenuti a definire, in maniera più rigorosa tanto rispetto al CCNL quanto al contratto integrativo, la gestione degli ingressi oltre la normale fascia di flessibilità e che di fatto determinano una potenziale discriminazione a danno dei «genitori (e, a maggior ragione, [dell]e lavoratrici madri), specialmente se con figli in età da scuola dell'infanzia, materna e primaria» che si trovano «frequentemente a dover far fronte a impellenti e imprevedibili esigenze connesse all'accudimento della prole»: Trib. Firenze 22 ottobre 1999, in *ADL*, 2020, n. 3, p. 216, con nota di G.A. RECCHIA, *Discriminazione collettiva indiretta e risarcimento del danno in funzione punitiva*.

⁽⁸⁶⁾ Benché vadano prese con qualche cautela, si leggano le riflessioni di T.M. ALON, M. DOEPKE, J. OLMSTEAD-RUMSEY, M. TERTILT, *The Impact of COVID-19 on Gender Equality*, Working Paper National Bureau of Economic Research, 2020, n. 26947, pubblicato in piena pandemia, e che tenta un confortante parallelismo tra l'incremento della partecipazione femminile al mercato del lavoro dopo la Seconda Guerra mondiale e gli scenari post-Covid delle imprese che avranno provveduto ad una riorganizzazione del lavoro.

⁽⁸⁷⁾ A maggio 2020, infatti, pure in tempi di ammortizzatori sociali generalizzati e blocco dei licenziamenti per ragioni economiche, l'Istat ha comunicato il calo dell'occupazione, che colpisce le donne (-64 mila occupate) molto più degli uomini (-19 mila) e la fascia d'età compresa tra i 35 e i 49 (-0,4%) più che quella *over* 50 (rimasta sostanzialmente invariata).

⁽⁸⁸⁾ Come osservano O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 13, «durante e dopo il Covid-19 c'è bisogno di una piena agibilità dei diritti per sconfiggere la malattia senza aumentare squilibri sociali o territoriali, senza addossarne le spese ai più deboli, senza sacrificare le conquiste più difficili e sofisticate di una pur controversa modernità». Si veda anche, in quest'ottica, S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per un'agenda progressista*, in *Questione-giustizia.it*, 20 luglio 2020.

⁽⁸⁹⁾ Parla di una «nuova questione sociale» D. GAROFALO, *op. cit.*, p. 430, «ben diversa da quella che fu alla base dell'affermarsi dello Stato sociale, indotta dalla rivoluzione industriale [...]. Quella fu una questione di classe, viceversa la nuova è decisamente interclassista perché colpisce la gran parte del tessuto sociale italiano».

Il congedo parentale per i lavoratori non subordinati

di Nicola Deleonardis

Abstract – Il contributo analizza le disposizioni in materia di congedo parentale per i lavoratori non subordinati nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Sebbene sollevi alcune perplessità, il nuovo istituto presenta comunque novità interessanti, inserendosi nell'articolato *corpus* normativo orientato a fronteggiare la “nuova questione sociale”, che ha investito il mondo del lavoro *tout court*.

Abstract – The essay analyses the provision in regard of parental leave for self-employed workers in the context of the health emergency caused by Covid-19. Although the provision generates some doubts, it presents some novelties, fitting into the much more articulated *corpus* of regulations aimed at facing the “new social question”, intended as a question that affected all the world of work.

Sommario: 1. Misura d'emergenza e fondamenti costituzionali. – 2. Il congedo Covid-19 per i lavoratori non subordinati. – 3. Esclusioni e limiti. – 4. Il congedo parentale tra disciplina ordinaria e d'emergenza. – 5. I dati sul congedo e la recente direttiva UE. – 6. Conclusioni.

1. Misura d'emergenza e fondamenti costituzionali

L'emergenza da Covid-19 ha provocato una profonda crisi nel sistema sanitario e nel tessuto produttivo ed economico italiano, obbligando il legislatore a farvi fronte attraverso una “alluvione normativa” (1) probabilmente senza precedenti. Tra i vari provvedimenti si staglia il decreto *cura Italia* (d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020) che ha previsto una serie di misure a sostegno delle famiglie, lavoratori e imprese.

Con l'art. 23, comma 3, d.l. n. 18/2020, il Governo Conte ha accordato il diritto a fruire di un congedo specifico ai genitori lavoratori iscritti alla Gestione separata dell'Inps, di cui all'art. 2, comma 26, l. n. 335/1995, e ai genitori lavoratori autonomi iscritti all'Inps.

Prima di entrare nel merito delle questioni sollevate dal nuovo istituto, è essenziale fare un breve cenno ai principi costituzionali che sottendono all'emanazione del citato art. 23. Sebbene esso non proponga nulla di particolarmente innovativo, almeno rispetto agli strumenti posti in essere, si ritiene opportuno tentare di enucleare la *ratio* della previsione, stante il carattere meramente emergenziale del decreto.

L'art. 23 intercetta, all'interno del prisma costituzionale, una serie di principi che rispondono all'esigenza di fornire strumenti tesi alla protezione delle famiglie (*ex art.*

(1) Così V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in *LG*, 2020, n. 4, p. 338.

31 Cost.) ⁽²⁾, a seguito della sospensione delle attività didattiche (vedi art. 1, lett. D, d.P.C.M. 4 marzo 2020), con l'obiettivo di sopperire, almeno in minima parte, alle criticità emerse dalla quantomeno parziale inattuazione del diritto all'istruzione (*ex art.* 34 Cost.), al fine di tutelare ⁽³⁾ il bene "superiore" costituito dal diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost. ⁽⁴⁾.

Lo strumento approntato, per la sua riconducibilità alla categoria di misure di conciliazione della vita familiare con quella professionale, trattandosi di un congedo "straordinario", rientra anche nell'orbita del sistema di previdenza sociale (art. 38, comma 2, Cost.) ⁽⁵⁾, giacché è stato previsto esclusivamente per i genitori-lavoratori contribuenti Inps, escludendo, come vedremo, una fetta non così marginale del mondo del lavoro.

Il citato art. 23, quindi, sulla scia della linea interpretativa estensiva rispetto agli eventi che possono cagionare uno stato di bisogno ⁽⁶⁾, ha garantito la possibilità di beneficiare di una misura ormai già consolidata all'interno del sistema lavoristico-previdenziale, così consentendo a molti di ottemperare all'invito-imposizione del "restate a casa" ⁽⁷⁾, diventato uno slogan-tormentone diffuso tramite i *mass media* e i *social network*. A conclusione di questa carrellata di principi costituzionali, sullo sfondo appare visibile un *vulnus* all'art. 3 Cost. essendosi ancora una volta ignorati i diritti dei lavoratori c.d. LGBT genitori adottivi.

Invero l'argomento meriterebbe ben altro spazio, ma va ricordato che la l. n. 76/2016 ha sostanzialmente delegato la questione della filiazione "omogenitoriale" alle decisioni dei giudici ⁽⁸⁾ e pertanto sono stati esclusi dal congedo parentale tutti i *partner* di

⁽²⁾ Cfr. M.L. VALLAURI, *Art. 31*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2018, pp. 26 ss.

⁽³⁾ Si veda la relazione illustrativa al d.l. n. 18/2020, in *www.governo.it*.

⁽⁴⁾ Cfr. G. MAMMONE, *Art. 32*, R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit., pp. 27 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. A. SGROI, *Art. 38*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit., pp. 66 ss.

⁽⁶⁾ Su questo punto si veda M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2001; a fronte di questa tesi estensiva vi è chi ritiene che l'art. 38, comma 2, e soprattutto i lavori della Costituente ad esso dedicati, fornisca un elenco tassativo di tali eventi, cfr. A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, 2006.

⁽⁷⁾ Del resto, sebbene fosse lungi dall'essere consolidato un sistema di sicurezza sociale, allo stesso tempo la casa, già durante l'influenza *Spagnola* – o *Grippe* – del 1918-1920, era considerata come il luogo entro il quale perimetrare salute e malattia dei cittadini. La disposizione n. 9 del Dipartimento Cantonale Igiene e Lavoro del 1918, relativa alle norme per prevenire il contagio da *Grippe*, stabiliva che i cittadini dovessero tenere pulite le proprie abitazioni e dovessero occuparsi della cura dei propri familiari qualora ammalati. A riguardo, bisogna ricordare come la diffusione mondiale della *Spagnola* avesse contribuito a gettare le basi ideologiche dell'attuale sistema di sicurezza sociale, che si fondasse, tra le altre cose, su un programma comune internazionale di sicurezza e assistenza sanitaria, nonostante ancora negli anni Venti la sanità pubblica fosse ben lontana dall'essere promossa, stante il pericolo paventato di *bolscevizzazione* che un sistema nazionale e collettivizzante avrebbe comportato. A riguardo cfr. L. SPINNEY, *1918. L'influenza spagnola. La pandemia che cambiò il mondo*, Marsilio, 2017, pp. 231 ss.

⁽⁸⁾ Con la l. n. 76/2016 il legislatore non ha consentito alle persone dello stesso sesso né di contrarre matrimonio né di accedere all'istituto dell'adozione disciplinato dalla l. n. 184/1983, e successive modifiche, in specie all'adozione c.d. legittimante e alla particolare ipotesi di adozione del figlio del partner (c.d. *stepchild adoption*), salvo prevedere che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Il legislatore lascia ai magistrati la facoltà di applicazione

famiglie formate da persone dello stesso sesso, i quali non sono stati riconosciuti legalmente genitori. Sebbene nell'UE ⁽⁹⁾ si siano fatti passi avanti in questa direzione, permane il disagio ideologico di affrontare compiutamente tale questione, continuandosi a marginalizzare le persone LGBT, tutt'oggi ancora vulnerabili ⁽¹⁰⁾.

2. Il congedo Covid-19 per i lavoratori non subordinati

Il c.d. congedo Covid-19 per i lavoratori non subordinati è disciplinato dall'art. 23, commi 3, 4, 5, 7 e 10.

Questo “specifico congedo” (vedi comma 3), alternativo alla concessione del bonus *baby-sitting* di cui al comma 8 ⁽¹¹⁾, è stato concesso, oltre che ai lavoratori subordinati ⁽¹²⁾, anche ai lavoratori iscritti in via esclusiva alla Gestione separata e agli autonomi iscritti all'Inps che abbiano figli di età non superiore ai 12 anni, fatta eccezione per il caso che siano portatori di handicap grave, accertato ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere

dell'adozione «in casi particolari» di cui all'art. 44, comma 1, lett. *d*, della l. n. 184/1983. Sulla l. n. 76/2016 si veda S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *QCost*, 2016, n. 3, pp. 567 ss.; A. ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2016, n. 10, pp. 958 ss. Un particolare aspetto problematico riguarda l'applicabilità della tutela accordata dalle norme di sicurezza sociale al genitore. Sul congedo per maternità e paternità non sorgono particolari questioni interpretative; ben diverse sono le problematiche che investono il congedo parentale: benché la legge distingua tra madre e padre, le finalità di cura risultano le medesime e non portano ad escludere i genitori dello stesso sesso dalla legittima fruizione del diritto. Cfr. T. VETTOR, *Il diritto della sicurezza sociale alla prova delle trasformazioni familiari*, in *RCP*, 2019, n. 5, pp. 1475 ss.; inoltre, L. CALAFÀ, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori*, in *LG*, 2016, n. 11, pp. 962 ss.; *contra*, E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2019, n. 1, pp. 233 ss.

⁽⁹⁾ Dato ben evidente nella direttiva (UE) 2019/1158, vedi *infra*, che riconosce il diritto al congedo di paternità retribuito al padre e al «secondo genitore equivalente» (artt. 3-4), qualora questo sia espressamente previsto dalla legislazione nazionale. L'adozione di tale espressione estende, rispetto alla precedente direttiva (UE) 2010/18, la titolarità del congedo anche ai genitori adottivi. Con l'utilizzo di un'espressione neutrale si intende diradare qualsiasi dubbio circa la titolarità del congedo di paternità anche alla partner della madre, qualora il Paese membro riconosca alle coppie omosessuali l'accesso all'adozione o alla c.d. *stepchild adoption*, solo parzialmente riconosciuta in Italia. D'altronde le disfunzioni tra ordinamento comunitario e nazionale non sono affatto nuove, coinvolgendo in più di un'occasione la Corte costituzionale in merito ai diritti fondamentali (art. 29 Cost.) delle coppie dello stesso sesso. Sul punto F. BILOTTA, *Quanto è lontana l'Europa?*, in *Diritto & Questioni*, 2015, n. 1, pp. 104 ss. Invero, l'attuale legislatore ha sostituito nella misura d'emergenza il termine genitore con i termini meno neutri di padre e madre: se da un lato la sostituzione delle parole suddette apre spiragli futuri verso le famiglie omoparentali (d'altronde, il negazionismo è anche una questione di linguaggio), dall'altro permane l'inapplicabilità delle norme suddette alle coppie omoparentali non riconosciute.

⁽¹⁰⁾ Sulla vulnerabilità, intesa come “concetto euristico” capace di orientare le scelte legislative nell'ottica di promozione e tutela sociale cfr. E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, n. 1, pp. 283 ss.

⁽¹¹⁾ Sul bonus *baby-sitting* si rinvia al contributo di G. PEZZINI, *Il bonus baby-sitter*, in questa sezione.

⁽¹²⁾ Sul congedo per i lavoratori dipendenti si rinvia al contributo di G.A. RECCHIA, *Il congedo parentale straordinario per i lavoratori subordinati pubblici e privati*, in questa sezione.

assistenziale ⁽¹³⁾; sotto quest'ultimo profilo, quindi, come specificato dall'Inps, la patologia non risulta di per sé sufficiente ad estendere il limite di età qualora il figlio disabile non sia iscritto ad alcun istituto scolastico, trovando, così, applicazione la regola generale ⁽¹⁴⁾.

Il congedo, originariamente previsto per un periodo non superiore ai 15 giorni, è stato successivamente allungato a 30 giorni ⁽¹⁵⁾, e poteva essere usufruito continuativamente o in modo frazionato entro il 31 agosto 2020 ⁽¹⁶⁾.

La fruizione del congedo è stata riconosciuta alternativamente ad entrambi i genitori e subordinata alla condizione che nel nucleo familiare non vi fosse un 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.

La previsione era diretta sia ai genitori biologici e adottivi sia a quelli affidatari (comma 7) ⁽¹⁷⁾, purché l'ingresso del minore in famiglia fosse avvenuto entro il 5 marzo 2020, la data di inizio della sospensione delle attività didattiche (vedi il d.P.C.M. 4 marzo 2020).

Il congedo in esame è stato coperto economicamente da un'indennità, per ciascuna giornata indennizzabile, pari al 50% di 1/365 del reddito individuato secondo la base di calcolo utilizzata ai fini della determinazione dell'indennità di maternità. La medesima indennità è stata estesa ai genitori lavoratori autonomi iscritti all'Inps e commisurata, per ciascuna giornata indennizzabile, al 50% della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita annualmente dalla legge, a seconda della tipologia di lavoro autonomo svolto.

Per quanto riguarda il versante contributivo, il d.l. n. 18/2020, al contrario di quanto previsto per i lavoratori subordinati (comma 1), non ha espressamente disposto che l'indennità citata fosse soggetta a contribuzione figurativa (comma 3); né tantomeno l'Inps si era preoccupata inizialmente di fornire ulteriori delucidazioni a riguardo ⁽¹⁸⁾. Solo in una successiva circolare lo stesso ente previdenziale si è premurato di diradare qualsiasi dubbio, confermando la contribuzione figurativa anche per il congedo Covid-19 richiesto dai lavoratori non subordinati, nei limiti già previsti per le ipotesi dei congedi parentali ⁽¹⁹⁾.

⁽¹³⁾ Non a caso la presentazione della domanda di indennità per un figlio disabile segue un iter telematico diverso dalla procedura indicata per il congedo parentale specifico. A riguardo si legga il mess. Inps, 30 marzo 2020, n. 1416.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza coronavirus*, in *GC*, n. 1 (speciale), pp. 123 ss.

⁽¹⁵⁾ Vedi l'art. 23 del d.l. n. 18/2020 modificato dalla legge di conversione, l. n. 27/2020, e successivamente dall'art. 72, comma 1, lett. A, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020.

⁽¹⁶⁾ Le prime proroghe sono seguite al d.P.C.M. 1° aprile 2020 e al d.P.C.M. 13 aprile 2020 sino al 3 maggio 2020. Si vedano i mess. Inps 7 aprile 2020, n. 1516, e 16 aprile 2020, n. 1648.

⁽¹⁷⁾ La circ. Inps 24 marzo 2020, n. 44, precisava che le agevolazioni previste dalla norma competessero ai genitori naturali, pur essendo destinate anche ai soggetti affidatari del minore. Tale estensione si riferiva anche ai casi di adozione nazionale e internazionale.

⁽¹⁸⁾ Si veda il mess. Inps 20 marzo 2020, n. 1281.

⁽¹⁹⁾ Cfr. circ. Inps 25 marzo 2020, n. 45.

Va rilevato che per la fruizione del congedo e della relativa indennità non è stata prevista la necessità di un minimo contributivo ⁽²⁰⁾, certamente al fine di estendere il più possibile la platea dei potenziali beneficiari.

Come sopra accennato, il diritto al congedo era subordinato alla condizione che nel nucleo familiare l'altro genitore non fruisse contemporaneamente (negli stessi giorni) di uno strumento di sostegno al reddito (NASpI o CIG o FIS) o che fosse disoccupato o non lavoratore (si pensi al classico caso della donna c.d. casalinga). L'apposizione di tale condizione ⁽²¹⁾ certamente si giustificava per il fatto che se la *ratio* era quella di occuparsi dei figli, chi restava a casa, per i motivi più vari, poteva certamente farlo, coerentemente, almeno in teoria, con la logica di una più equa ripartizione delle funzioni genitoriali ⁽²²⁾. In ogni caso è utile sottolineare che l'incompatibilità citata, a dispetto della genericità della normativa (causa di alcune incomprensioni) ⁽²³⁾, operava solo qualora la sospensione dell'attività lavorativa riguardasse l'intera giornata; al contrario è stata ritenuta compatibile la richiesta di congedo Covid-19 nel caso in cui l'altro genitore fosse beneficiario di un trattamento di integrazione salariale per riduzione di orario di lavoro ⁽²⁴⁾. La compatibilità non ne implicava però la cumulabilità, avendo il congedo finalità diverse da quella di natura meramente economica. L'Inps ha, infatti, precisato che il genitore lavoratore dipendente destinatario di un qualsiasi trattamento di integrazione salariale che, nel periodo di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa, volesse avvalersi della facoltà di astenersi dal lavoro, poteva optare per il congedo Covid-19 invece che per l'integrazione salariale. Il miglior trattamento economico di quest'ultima rispetto al congedo conferma che la eventuale domanda di congedo Covid-19 rispondeva sul serio ad esigenze esclusivamente familiari piuttosto che a meri calcoli di natura economica ⁽²⁵⁾.

In ultimo, lo "specifico congedo" era compatibile con la sospensione obbligatoria dell'attività da lavoro autonomo (e nello specifico di attività commerciali) disposta durante il periodo di emergenza per Covid-19, trattandosi di una ipotesi di sospensione dell'attività lavorativa e non di una cessazione dell'attività. Da ciò ne è discesa

⁽²⁰⁾ Si veda il mess. Inps n. 1281/2020, cit.

⁽²¹⁾ Per le specifiche situazioni di compatibilità o incompatibilità con il congedo Covid-19 si veda il mess. Inps 15 aprile 2020, n. 1621. Inoltre, cfr. R. CAMERA, *Congedi parentali Covid-19: compatibilità ad ampio raggio*, in *Ipsos Quotidiano*, 17 luglio 2020. A riguardo è opportuno specificare un aspetto: lo stato di disoccupazione è accertato non solo qualora sia stata stipulata, ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 150/2015, la DID, ma anche quando il reddito di lavoro dipendente o autonomo corrisponda ad un'imposta lorda non superiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell'art. 13 TUIR, di cui al d.P.R. n. 917/1986, pari, rispettivamente a 8.145 euro e a 4.800 euro, come sancito dall'art. 4, comma 15-*quater*, del d.l. n. 4/2019, convertito dalla l. n. 26/2019.

⁽²²⁾ Finalità intrecciate l'un l'altra, quali proteggere l'interesse del lavoratore/lavoratrice nello svolgimento della sua funzione familiare e nella ricerca della sua crescita personale e professionale, soprattutto in una prospettiva di pari opportunità. Si veda E. MINALE COSTA, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, in *DRI*, 2002, n. 1, pp. 63 ss.

⁽²³⁾ Su quest'ultimo punto si veda il commento della Cgil dedicato all'art. 23, che recriminava l'esclusione dalla fruizione del congedo anche per i percettori di CIG a rotazione. Cfr. CGIL, *Le misure del decreto-legge Cura Italia*, 2020, in *www.cgil.it*.

⁽²⁴⁾ Si veda il mess. Inps n. 1621/2020, cit. Cfr., inoltre, A.M. BATTISTI, *La specialità dei congedi e la ordinarietà dei bisogni*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, LPO, 2020, pp. 59 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. il mess. Inps n. 1621/2020, cit.

la cumulabilità dello stesso con l'indennità prevista per le c.d. partite I.V.A. ⁽²⁶⁾ (artt. 27 ss.) nel caso in cui a percepire il bonus fosse indifferentemente il genitore richiedente il congedo o l'altro genitore ⁽²⁷⁾.

3. Esclusioni e limiti

Sotto il profilo soggettivo spicca l'esclusione dei liberi professionisti obbligati al versamento dei contributi ad una Cassa professionale.

Il legislatore ha infatti deciso di perimetrare l'ambito di applicazione del congedo Covid-19 non a seconda della fattispecie giuridica ma dell'ente previdenziale di riferimento, garantendo il congedo esclusivamente ai lavoratori iscritti all'Inps ⁽²⁸⁾. Proprio tale esclusione non è passata inosservata ⁽²⁹⁾: l'accollo dell'onere a carico delle casse dello Stato al fine di garantire il congedo Covid-19 anche ai liberi professionisti iscritti ad una Cassa sarebbe stato giustificato dalla contingenza sanitaria, dalle difficoltà economico-sociali e, soprattutto, dalla protezione dei minori *ex*, art. 31 Cost. Tale scelta avrebbe probabilmente tutelato maggiormente il reddito (e l'attività) degli iscritti alle professioni ordinistiche anche in ragione di una condizione socio-economica meno florida ⁽³⁰⁾ che in passato, ulteriormente deterioratasi durante la crisi pandemica, tanto da consegnarci una "nuova questione sociale" ⁽³¹⁾. D'altronde, *mutatis mutandis*, come già auspicava Persiani ⁽³²⁾, tale previsione avrebbe risposto alla solidarietà sociale (intersectoriale), sorvolando provvisoriamente sulla ordinaria suddivisione per compartimenti stagni ⁽³³⁾ e abbracciando un sistema di sicurezza sociale d'emergenza. La

⁽²⁶⁾ Sul bonus per le partite Iva si rinvia al contributo di C. GAROFALO, *I lavoratori autonomi durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, nel volume III, sez. I, di quest'opera.

⁽²⁷⁾ Vedi A.M. BATTISTI, *La specialità dei congedi*, cit.

⁽²⁸⁾ Tali limitazioni sono ben conosciute dal nostro ordinamento. Si veda C. cost. 14 ottobre 2005, n. 385; Trib. Firenze 20 giugno 2008, in *RGL*, 2009, n. 2, pp. 147 ss. In questo specifico caso la questione riguarda l'indennità di paternità, estesa solo a seguito della sentenza della Corte che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del d.lgs. n. 151/2001.

⁽²⁹⁾ Cfr. L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, pp. 153 ss.

⁽³⁰⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Trasformazioni socio-economiche e nuove frontiere del diritto del lavoro. Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, n. 2, pp. 417 ss., spec. p. 421, si sofferma sulle trasformazioni del mondo del lavoro e sulle implicazioni di carattere socio-economico che esse comportano, osservando come alcune professionalità (in questo caso gli avvocati) abbiano un numero di professionisti «in eccesso rispetto al fabbisogno».

⁽³¹⁾ Di «nuova questione sociale», decisamente diversa da quella di fine Ottocento, poiché interclassista, ne parla D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 429 ss.; cfr., inoltre, V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit.

⁽³²⁾ Secondo l'A. il sistema di sicurezza sociale «sta tutto nell'assunzione, da parte di tutta la collettività organizzata nello Stato, del compito di garantire a tutti i cittadini la libertà dal bisogno, intesa come condizione necessaria per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici: corrispondentemente, la tutela a questo fine predisposta non può essere limitata ai lavoratori subordinati e neanche ai lavoratori, ma deve estendersi a tutti i cittadini». Cfr. M. PERSIANI, *Riflessioni sull'idea di sicurezza sociale*, in *Empas*, 1969, n. 11-12, pp. 701 ss.

⁽³³⁾ Una questione già evidente a monte, quando in Italia si sviluppa l'idea del sistema di sicurezza sociale. Si vedano gli *Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, Ministero per la Costituente, I, 1946. A riguardo riecheggiano ancora le parole del 1979 di Santoro-Passarelli, il quale, pur ribadendo la distinzione tra sistema di sicurezza sociale e previdenziale, vedeva nella solidarietà

scelta di addossare i costi di tale estensione sulle casse dello Stato avrebbe avuto il sapore di una norma di carattere assistenziale, ma allo stesso tempo avrebbe corroborato le istanze di chi reclama l'unificazione delle tutele del mondo del lavoro ⁽³⁴⁾, che ancora oggi appare un miraggio ⁽³⁵⁾.

Per quanto riguarda i limiti, invece, emerge un differente trattamento tra gli stessi beneficiari del congedo se si guarda alle tempistiche con cui esso viene richiesto e al periodo (o giornata) di fruizione dello stesso. Tale disparità di trattamento trova il *discrimen* nella tipologia di attività di lavoro prestata, se subordinata o autonoma. Come evidenziato in precedenza ⁽³⁶⁾, la *ratio* di fondo della norma era quella di fornire strumenti che meglio riuscissero a contemperare la tutela del lavoro con il diritto alla salute e all'accudimento della prole. Una questione sorta già con la chiusura dei centri educativi per l'infanzia e delle scuole di ordine e grado nelle "zone rosse" prevista dall'art.1, lett. *d*, del d.P.C.M. 1° marzo 2020 ⁽³⁷⁾.

Secondo la circ. Inps 25 marzo 2020, n. 45, il congedo parentale richiesto dal lavoratore autonomo o iscritto alla Gestione separata prima del 17 marzo – data di entrata in vigore del d.l. n. 18/2020 – non poteva essere convertito in congedo Covid-19, restando disciplinato secondo la normativa ordinaria trattandosi di «due tipologie di

contributiva intersettoriale il principio motore di un modello estensivo di sicurezza sociale capace di superare le limitate prestazioni erogate dalle differenti casse. Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, 1979, pp. 123 ss.

⁽³⁴⁾ In un "documento rivendicativo" inviato alla Presidenza del Consiglio il 19 marzo 2020 dal titolo *Misure di sostegno economico connesse all'emergenza epidemiologica da coronavirus per gli avvocati e gli altri lavoratori autonomi iscritti agli ordini professionali*, il Movimento Generale degli Avvocati (MGA, sindacato nazionale forense) recrimina aspramente contro l'esclusione dei liberi professionisti dalla possibilità di usufruire del congedo parentale, potendo essi esclusivamente contare sul bonus *baby-sitting* (comma 9). Tale considerazione rientra in una condizione di precarietà generale e tutela differenziata già denunciata tempi addietro dal MGA, corredata dalla proposta di accorpamento delle casse professionali con l'Inps. Si veda il sito www.mgaassociazioneforense.it.

⁽³⁵⁾ Si veda, tra le numerose sentenze, Cass. 6 novembre 2019, n. 261, che conferma la distinzione tutta interna ai liberi professionisti, tra lavoratori la cui contribuzione è dovuta agli enti previdenziali di categoria, ai sensi dei d.lgs. n. 509/1994 e n. 103/1996, e i lavoratori che versano alla Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, l. n. 335/1995. Rispetto a quest'ultimi, per i quali permangono in ogni caso sperequazioni economiche rispetto ai subordinati, è stata avanzata l'ipotesi di avvalersi della previdenza complementare come strumento, ausiliario ma non risolutore, di integrazione al reddito, appellandosi ad un'interpretazione estensiva del concetto di TFR, come disposto dall'art. 5, d.lgs. n. 151/2001; cfr. G. PISTORE, *Professioni non organizzate in ordini e collegi: quale "Statuto previdenziale"?*, in *DRI*, 2019, n. 4, pp. 1097 ss.

⁽³⁶⁾ Vedi *supra*, § 1.

⁽³⁷⁾ Il riferimento è alla richiesta di un avvocato di rinvio di un'udienza, fissata per il 4 aprile 2020, a causa di un «legittimo impedimento a comparire per la tutela delle figlie minori». L'istanza venne successivamente rigettata dal TAR Brescia con decreto 3 marzo 2020, n. 50, ritenendo che nel d.P.C.M. 1° marzo 2020 non vi fossero contenute le disposizioni citate dal difensore; disposizioni assenti, inoltre, nelle ord. 21 febbraio e 23 febbraio 2020, assunte dal Ministero della Salute, d'intesa con il presidente della Regione Lombardia, peraltro entrambe scadute. Al fine di corroborare la propria decisione, il TAR menzionava l'art. 55, comma 7, d.lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo), mediante cui si consente la presenza del difensore solo qualora ne faccia richiesta, ribadendo come il ricorso chiamato all'udienza pubblica sia assegnato a sentenza pur qualora i difensori non compaiano. Disposizioni perfettamente compatibili, secondo il TAR, con l'emergenza sanitaria in corso. Cfr. *Coronavirus: l'avvocato che ha figli minori può chiedere il rinvio dell'udienza?*, in www.dirittoegustizia.it, 1° aprile 2020.

congedi diversi»; al contrario, l'eventuale congedo parentale ordinario richiesto dai lavoratori subordinati nel periodo precedente l'emanazione del d.l. n. 18/2020 otteneva la trasformazione d'ufficio in congedo Covid-19.

La mancata conversione del congedo parentale ordinario in congedo Covid-19 per i lavoratori non subordinati ha prodotto un diverso trattamento economico. Nello specifico la disparità si evince dalla differenza tra una tutela economica per congedo parentale ordinario, indennizzata con il 30% del reddito giornaliero o salario convenzionale, e un'indennità del 50% del suddetto reddito o salario che il lavoratore avrebbe percepito fruendo del congedo Covid-19. In sostanza, a parità di giornate, il lavoratore iscritto alla Gestione separata o autonomo che abbia richiesto il congedo parentale prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 18/2020, ha visto accreditarsi un'indennità inferiore (del 20%) rispetto ad una richiesta inviata nello stesso periodo dal lavoratore subordinato.

Sebbene l'autonoma organizzazione del lavoro possa facilitare, secondo la giurisprudenza, la conciliazione vita-lavoro ⁽³⁸⁾, permangono dubbi di costituzionalità *ex art. 3*, che risiedono non tanto nella decisione di computare come congedo ordinario quello richiesto dai lavoratori non subordinati *ante* d.l. n. 18/2020 – che appare legittima – quanto nell'automatica trasformazione in congedo Covid-19 esclusivamente per i genitori lavoratori dipendenti.

La fruizione del congedo, inoltre, è stata sottoposta a limiti finanziari e temporali.

La possibilità di poter accedere al congedo Covid-19 è stata condizionata, da un lato, alle modalità operative previste dall'Inps ⁽³⁹⁾ e, dall'altro, al limite di spesa (comma 11), il cui superamento sanciva direttamente il rigetto delle domande presentate. Il monitoraggio costante da parte dell'ente previdenziale sui costi delle misure di conciliazione vita-lavoro (congedo e bonus *baby-sitting*) era funzionalmente connesso al tetto massimo di spesa fissato, potendosi soddisfare le richieste solo entro il *budget* e secondo il mero ordine cronologico di presentazione delle domande.

4. Il congedo parentale tra disciplina ordinaria e d'emergenza

La regolamentazione del congedo Covid-19 si inserisce, seppur nella contingenza e con le proprie specificità, all'interno di un discorso ben più ampio che ha visto

⁽³⁸⁾ Si veda a riguardo la sentenza della C. cost. 29 gennaio 1998, n. 3, nonostante essa si riferisca alla maternità delle libere professioniste. L'interesse che suscita tale sentenza non attiene alla categoria professionale considerata – quale la libera professionista iscritta alla cassa di previdenza notarile – ma alla fattispecie giuridica (lavoro autonomo intellettuale, artt. 2229 ss. c.c.) e alle motivazioni addotte dalla Corte per respingere l'istanza di incostituzionalità avanzata dall'attore. La Corte, rifacendosi alla sentenza 16 aprile 1993, n. 181, ritiene non ci sia vizio di incostituzionalità nell'art. 1 della l. n. 379/1990, innanzitutto per via della differenza tra lavoratrici subordinate e autonome, queste ultime «non trovandosi sotto la pressione (con effetti anche psicologici) di direttive, di programmi, di orari, di attività obbligatorie e fisse, ma potendo distribuire più elasticamente tempo e modalità di lavoro»; inoltre, proprio i diversi ritmi lavorativi delle libere professioni renderebbero complicata l'effettiva verifica della «osservanza di una norma che prevedesse anche per tale categoria di lavoratrici l'obbligo di astensione dal lavoro». Brevi considerazioni sulla sentenza sono presenti in A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in RIDL, 2017, n. 2, pp. 173 ss.

⁽³⁹⁾ Le modalità di presentazione della domanda si indirizzano verso tre vie, a seconda che il cittadino abbia o meno dimestichezza con gli strumenti telematici, quali: portale web dell'Inps, Contact center Inps e patronato. Cfr. il mess. Inps 30 marzo 2020, n. 1416.

rimodulare (ed estendere) le misure di conciliazione vita-lavoro. In tal senso si orientano le norme che, sin dagli inizi del XXI secolo, hanno inteso garantire un più equilibrato bilanciamento delle funzioni genitoriali all'interno del nucleo familiare ⁽⁴⁰⁾; norme sobillate, in realtà, da cause esogene e successivamente recepite in Italia ⁽⁴¹⁾ mediante la l. n. 53/2000, confluita nel d.lgs. n. 151/2001.

L'introduzione di misure volte alla promozione della conciliazione vita-lavoro per i lavoratori non subordinati è risultata, sin dai suoi esordi, alquanto rapsodica e “centellinata”, a dimostrazione di una lettura dei processi di cambiamento a tinte fosche e di un sistema di *welfare* non ancora arrivato a compimento, sebbene alcuni studi ne rilevassero la necessità ⁽⁴²⁾.

Il congedo parentale per i lavoratori non subordinati trova una prima e marginale introduzione nella l. n. 53/2000 e poi nel capo XI del d.lgs. n. 151/2001. L'art. 69 estende tale forma di sospensione dell'attività di lavoro alle lavoratrici autonome, limitato a tre mesi ed entro il primo anno di vita del bambino, con un'indennità, parificata a quella dei lavoratori subordinati di cui all'art. 35 ⁽⁴³⁾.

Per i lavoratori c.d. parasubordinati iscritti alla Gestione separata l'introduzione del congedo parentale sarà procrastinata sino alla ratifica della legge finanziaria 2007 (art. 2, comma 788, l. n. 296/2006). Il progressivo interesse destato sul versante del *welfare* per i lavoratori autonomi viene confermato dall'estensione del congedo anche ai professionisti iscritti alla Gestione separata con l'art. 24, comma 26, d.l. n. 201/2011 ⁽⁴⁴⁾. Merita un breve cenno, infine, il c.d. *Jobs Act degli autonomi* ⁽⁴⁵⁾, l. n. 81/2017, che concede un discreto spazio alle misure di carattere previdenziale. L'art. 8, comma 4,

⁽⁴⁰⁾ Il tema della conciliazione vita-lavoro è andato progressivamente mutandosi spostando l'oggetto di interesse da una conciliazione declinata al femminile ad una “conciliazione condivisa”, fondata su di una più equa redistribuzione degli obblighi di cura tra le due figure genitoriali. Secondo L. CALAFÀ, *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in L. CALAFÀ (a cura di), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, 2007, pp. 35 ss., un discorso sulla “conciliazione condivisa” inizia a germogliare già con la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (art. 16). Cfr. I. FANLO CORTÉS, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e disegualianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2015, n. 2, pp. 37 ss.; V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs Act?*, in *RIDL*, 2017, n. 1, pp. 41 ss.

⁽⁴¹⁾ A fondamento della l. n. 53/2000 vi è l'esigenza di recepire la direttiva 96/34/CE del 3 giugno 1996 (a sua volta recettiva dell'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES il 14 dicembre 1995). Una direttiva destinata ad entrambi i genitori, cui punto qualificante (art. 2.1 dell'accordo allegato) è l'attribuzione «ai lavoratori, di ambo i sessi, del diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, affinché possano averne cura per un periodo minimo di tre mesi fino a un'età non superiore a otto anni, determinato dagli Stati membri e/o dalle parti sociali». Sul punto cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, n. 2, p. 161.

⁽⁴²⁾ Alcune ricerche di inizio secolo dimostrano come il reddito di una lavoratrice autonoma decresca progressivamente con il matrimonio e l'ampliamento del nucleo familiare; al contrario, alle medesime ragioni corrispondono effetti positivi per il lavoratore autonomo. Cfr. G. HUNDLEY, *Male/female earnings differences in self-employment: the effects of marriage, children, and the household division of labor*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 2000, n. 1, pp. 94 ss.

⁽⁴³⁾ Come meglio chiarito anche dalla circ. Inps 16 settembre 2013, n. 130.

⁽⁴⁴⁾ Per ulteriori dettagli si rinvia alla circ. Inps 13 maggio 2013, n. 77.

⁽⁴⁵⁾ In generale, sulla l. n. 81/2017 cfr. D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Working Paper CSDLE “Massimo

stabilisce che il lavoratore e la lavoratrice iscritti alla Gestione separata «hanno diritto ad un trattamento economico per congedo parentale per un periodo massimo pari a sei mesi entro i primi tre anni di vita del bambino». Viene precisato anche che «i trattamenti economici per congedo parentale, ancorché fruiti in altra gestione o cassa di previdenza, non possono complessivamente superare tra entrambi i genitori il limite complessivo di sei mesi». La fruizione della misura è corrisposta a condizione che risultino accreditate almeno tre mensilità – successivamente ridotta a una – di contribuzione nei 12 mesi precedenti l’inizio del periodo indennizzabile, salvo il caso in cui si utilizzi il congedo entro il primo anno di vita del bambino (si vedano i commi 5 e 6) ⁽⁴⁶⁾.

La comparazione tra la disciplina ordinaria e quella emergenziale mette in luce gli elementi positivi di quest’ultima.

Ad esempio, l’art. 23, d.l. n. 18/2020, ha innalzato l’età del minore per il quale il genitore lavoratore non subordinato può beneficiare del congedo Covid-19 arrivando a 12 anni, mentre nell’ordinaria regolamentazione dei congedi parentali il limite è di 3 anni.

Inoltre, come precedentemente accennato, la natura transitoria ed emergenziale del congedo Covid-19 ha indotto il legislatore a non prevedere la sussistenza rispettivamente di un minimo contributivo e della regolarità contributiva, permanendo tuttavia la necessità dell’iscrizione esclusiva nella Gestione separata e per i lavoratori autonomi l’iscrizione nella Gestione previdenziale Inps di appartenenza. Questa sorta di “automaticità della prestazione” per i parasubordinati rappresenta un primo *step* verso la protezione universale del reddito attraverso i sistemi di protezione sociale ⁽⁴⁷⁾.

Certo, i lavoratori non subordinati hanno ottenuto una prima forma di tutela della conciliazione vita-lavoro solo sul finire del secolo scorso ⁽⁴⁸⁾ e la precedente constatazione appare coerente con il “muro” eretto nel corso del tempo tra lavoro

D’Antona” – IT, 2017, n. 341; U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018.

⁽⁴⁶⁾ Per maggiori approfondimenti relativi ai requisiti necessari per la fruizione dell’indennità si veda la circ. Inps 16 novembre 2018, n. 109. A riguardo, si sottolinea che la riduzione del minimo contributivo, da 3 ad un mese, è stata prevista dall’art. 1, comma 1, lett. *b*, del d.l. n. 101/2019, convertito dalla l. n. 128/2019. Si veda la circ. Inps 3 giugno 2020, n. 71.

⁽⁴⁷⁾ Si veda A. HEMERIJCK, *The Quiet Paradigm Revolution of Social Investment*, in *Social Politics*, 2015, n. 2, pp. 242 ss. Inoltre, cfr. L. CASANO, *Il lavoro (autonomo) tra vecchie tutele e promozione della professionalità: i limiti della legge n. 81/2017 e l’attualità della legge n. 4/2013*, in *DRI*, 2018, n. 2, pp. 430 ss.

⁽⁴⁸⁾ Per maggior approfondimenti sulle misure di conciliazione vita-lavoro si rinvia a L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004, pp. 55 ss.; inoltre, cfr. J. TSCHÖLL, R. ZUCARO, A. BOSCO (a cura di), *Maternità e paternità. La conciliazione vita-lavoro dopo il d.lgs. 15 giugno 2015 n. 80*, Il Sole 24 Ore, 2015.

subordinato e non subordinato ⁽⁴⁹⁾, teso a separare nettamente le due categorie ⁽⁵⁰⁾, solo recentemente scalfito dall'introduzione di una serie di tutele ⁽⁵¹⁾.

Si deve anche rilevare che nel lavoro autonomo la tutela tra madri e padri non è la medesima: sebbene sia stato introdotto il congedo di paternità con il d.lgs. n. 80/2015, il lavoratore autonomo (coltivatore diretto, artigiano, mezzadro, commerciante, pescatore) non gode ancora oggi del congedo parentale al contrario di quanto previsto per le lavoratrici autonome *ex art.* 69, d.lgs. n. 151/2001 ⁽⁵²⁾.

Sotto questo profilo spicca un'ulteriore novità (pur sempre transitoria) introdotta dal decreto *cura Italia*, qual è l'inclusione dei padri lavoratori autonomi *ex art.* 53, comma 1, TUIR (l. n. 917/1986), tra i possibili beneficiari del congedo Covid-19. Tale estensione ammicca ad un sistema universalistico di tutele, ciononostante permane nella disciplina un'ambivalenza di fondo strettamente collegata ai tratti tipici del lavoro autonomo ⁽⁵³⁾ in ragione dell'autonomia nell'organizzazione del lavoro.

In ogni caso l'emergenza sanitaria ha indotto il legislatore ad aprire uno spiraglio verso una più avanzata regolamentazione della disciplina.

5. I dati sul congedo e la recente direttiva UE

La conciliazione vita-lavoro non riguarda solo la donna, ma la ripartizione degli obblighi familiari in capo ad entrambi i coniugi e la conseguente maggior possibilità di

⁽⁴⁹⁾Cfr. R. DEL GIUDICE, *I confini del diritto del lavoro*, in *DL*, 1957, n. 1, pp. 313 ss. Favorevole all'estensione ai lavoratori autonomi di una serie di tutele pensate per quelli subordinati C. LEGA, *Il diritto del lavoro e il lavoro autonomo*, in *RDL*, 1950, n. 2, pp. 115 ss.; A. NAVARRA, *Corso di diritto del lavoro. Teorie generali*, Pironti, 1953, vol. I, pp. 5 ss.

⁽⁵⁰⁾ Un efficace quadro dei cambiamenti sociali e giuridici che hanno assottigliato le differenze tra autonomi e subordinati è descritto in A. SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DLRI*, 2017, n. 2, pp. 217 ss.

⁽⁵¹⁾ Si pensi alla nascita della Gestione separata e successivamente del LAED (lavoratore autonomo economicamente dipendente), sebbene quest'ultimo sia ancora scevro di una propria e peculiare identità. Per quanto riguarda la Gestione separata e le criticità emerse, legate soprattutto a questioni di "ambiguità contributiva", cfr. Cass. 18 dicembre 2017, n. 30344, e Cass. 18 dicembre 2017, n. 30345. Sul punto R. VIANELLO, *Attività libero-professionale e iscrizione alla gestione separata Inps. Universalizzazione delle tutele o mera fiscalizzazione del sistema previdenziale?*, in *RDSS*, 2018, n. 2, pp. 297 ss. In senso conforme la premessa fatta dal Tribunale di Bari, sebbene il ricorso dell'avvocato libero professionista venga accolto per eccezione di prescrizione. Cfr. Trib. Bari 14 giugno 2019, n. 2771. Sulla l. n. 81/2017 cfr., tra gli altri, D. GAROFALO, *La ritrovata dignità del lavoro autonomo*, in *Labor*, 2019, n. 5, pp. 481 ss.

⁽⁵²⁾ Sul punto cfr. D. LANZALONGA, *Lavoro non subordinato e tutela della genitorialità*, in D. GAROFALO, E. GHERA (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, pp. 557 ss. Cfr., inoltre, la circ. Inps 16 novembre 2018, n. 109.

⁽⁵³⁾ Si pensi alla distinzione tra lavoratore autonomo (art. 2222 c.c.) e piccolo imprenditore (art. 2083 c.c.) che ancora oggi attanaglia la dottrina. Si veda sul punto, tra i tanti, D. GAROFALO, *La ritrovata dignità del lavoro autonomo*, cit.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, n. 3, pp. 369 ss. Andando più a ritroso, *contra*, W. BIGIAMI, *La "piccola impresa"*, Giuffrè, 1947. Riguardo al congedo parentale, la problematica emerge in considerazione di un uso indiscriminato del concetto giuridico di lavoro autonomo, fautore di uno scarto tra disposizioni che prevedono la sovrapposizione degli artt. 2083 e 2222 c.c., è il caso dell'art. 66, d.lgs. n. 151/2001, e relativa circ. Inps n. 136/2002, ed altre che tendono a distinguerli nettamente, come l'art. 1, l. n. 81/2017.

accesso al mercato del lavoro per il genere femminile ⁽⁵⁴⁾. Si tratta di un aspetto di estrema importanza, che fa emergere il forte ritardo del nostro Paese su questo fronte. Oltre alla già citata assenza del congedo parentale per i lavoratori autonomi di sesso maschile (salvo quello previsto per l'emergenza Covid-19), la disciplina dell'astensione obbligatoria del padre lavoratore è ancora molto limitativa, procrastinando il raggiungimento di effetti positivi sotto il profilo della condivisione degli obblighi familiari ⁽⁵⁵⁾.

Tale lettura trova conferme anche durante l'emergenza sanitaria.

Invero, dalle poche informazioni ad oggi pubblicate è possibile offrire un quadro estremamente parziale relativo alla fruizione del congedo per i lavoratori iscritti alla Gestione separata e autonomi. L'unica notizia certa è che alla data del 28 aprile 2020 le prestazioni erogate per congedo Covid-19 sono state 242.206, delle quali 220.119 a conguaglio e 22.087 in pagamento diretto, rispetto alle 93.729 per il bonus *baby-sitting* ⁽⁵⁶⁾. Alcuni dati Inps della regione Puglia, anche se incompleti, possono dar luogo ad una lettura più analitica, sebbene abbiano un respiro solo regionale: questo obbliga preliminarmente a tener in considerazione le peculiarità del tessuto produttivo italiano a seconda dell'area territoriale e a non ritenere tali dati come necessariamente sintomatici di una linea di tendenza nazionale. Delle 6.294 richieste di congedo parentale presentate in Puglia, solo 479 provengono da lavoratori non subordinati (111 richieste di lavoratori iscritti alla Gestione separata e 368 provenienti da lavoratori autonomi). Una sproporzione che, in ogni caso, non sorprende. La marginalità della misura d'emergenza deriva dalla stretta relazione con le altre azioni messe in campo dal governo, che spaziano dalla CIG sino al bonus *baby-sitting*, rendendo incompatibile o alternativa la fruizione del congedo. Proprio il bonus *baby-sitting*, inoltre, da un punto di vista strettamente economico, potrebbe risultare più allentante per il lavoratore autonomo rispetto alla indennità per congedo Covid-19 del 50% di 1/365 del reddito, nonostante l'incremento del 20% rispetto all'ordinario.

Sebbene si tratti di dati solo relativi ad una regione, qualche considerazione si può prudentemente tentare.

Il ricorso ai congedi parentali da parte dei padri lavoratori è sempre stato, infatti, estremamente contenuto: secondo i dati dell'Istat per l'anno 2018 ⁽⁵⁷⁾, tra i "compromessi" utilizzati dai lavoratori (subordinati e autonomi) per meglio conciliare esigenze

⁽⁵⁴⁾ Secondo alcuni dati nel 2014 il *gender gap* non era ancora stato colmato: sebbene da un punto di vista quantitativo appaia ridotto il divario di genere nell'accesso al lavoro, a causa di una contrazione del lavoro nei settori a manodopera prevalentemente maschile come l'edile e il manifatturiero, sul piano qualitativo il divario sembra addirittura aumentare, comportando una più elevata instabilità occupazionale. Cfr. R. VOZA, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in *LG*, 2015, n. 1, pp. 13 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, 2018, n. 3, pp. 804 ss. A riguardo si sottolinea la maggior operatività, valutabile positivamente, del congedo parentale su base oraria per i lavoratori subordinati, introdotto già con l'art. 1, comma 339, lett. a, l. n. 228/2012. Per maggiori approfondimenti sulle modifiche apportate dal d.lgs. n. 80/2015 si rinvia a V. FILÌ, *Obiettivi e finanziamenti delle misure per la conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, in D. GAROFALO, E. GHERA (a cura di), *op. cit.*, pp. 483 ss.; V. LAMONACA, *Le novità in materia di congedi genitoriali*, *ivi*, 489 ss.

⁽⁵⁶⁾ I dati citati sono consultabili in [Dati INPS su Bonus baby sitting, congedi straordinari e Indennità 600 euro](#).

⁽⁵⁷⁾ Per maggiori approfondimenti si rinvia alla tavola X presente nel report redatto dall'ISTAT, *Conciliazione vita-lavoro. 2018*, novembre 2019.

familiari e professionali spicca la riduzione dell'orario di lavoro per il 27,2% (24% delle donne, 3,2% degli uomini), mentre la fruizione dei congedi parentali si attesta al penultimo posto di questa particolare classifica con un 2,2% a testimonianza dello scarso utilizzo della misura. Entrando più nello specifico, solo il 6,7% dei lavoratori uomini subordinati ha usufruito dei congedi parentali, mentre tra i lavoratori non subordinati la percentuale resta ferma allo 0%. Tra le donne, invece, il 5,4% delle lavoratrici subordinate ha beneficiato del congedo parentale, a fronte dello 0,4% delle lavoratrici non subordinate.

Dai dati emerge come, a dispetto di una crescente parificazione delle normative per l'accesso al congedo tra uomini e donne, perlomeno per quanto riguarda il lavoro subordinato, vi è una sbilanciata fruizione dello stesso a favore del genere femminile; dato che trova palesi conferme anche tra i lavoratori autonomi. Sottesa a tali scelte si annida un retaggio socio-culturale che, come una vestigia, indugia a sparire, legato alla persistenza delle "funzioni proprie del genere" all'interno del contesto familiare, riverberandosi anche sul piano retributivo⁽⁵⁸⁾. L'assenza di una tutela economica efficace durante il congedo, e la conseguente perdita di reddito, è tale infatti da limitare o inibire l'accesso al congedo parentale.

In questo contesto si fanno largo nuove misure in materia di conciliazione vita-lavoro introdotte dalla direttiva (UE) 2019/1158 adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 20 giugno 2019. È singolare, per non dire quasi premonitrice, la contiguità della direttiva dell'Unione europea con la diffusione del virus SARS-CoV-2, quasi a voler saggiare alcune misure approntate nella stessa, come la non trasferibilità di almeno due mesi di congedo da un coniuge all'altro o l'ancoraggio dell'indennità di congedo parentale a quella per malattia⁽⁵⁹⁾. Misure non estendibili ai lavoratori autonomi, considerati come i grandi esclusi dal tavolo comunitario, confermando la necessità di un intervento normativo non più differibile⁽⁶⁰⁾.

6. Conclusioni

L'analisi dell'art. 23 ci porta a formulare alcune considerazioni in merito al fatto che prevedere l'opzione tra il congedo e il bonus *baby-sitting* sia stato certamente frutto di una corretta valutazione da parte del legislatore. Ciò ha agevolato *in primis* il lavoro di

⁽⁵⁸⁾ In un sondaggio commissionato dalla Commissione europea il 21% degli intervistati ha indicato motivi finanziari alla base della decisione di non usufruire del congedo, mentre il 39% degli intervistati ha menzionato gli incentivi economici tra le modalità per incoraggiare i padri ad usufruire del diritto al congedo. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Flash Eurobarometer 470 – Work-Life Balance. Report*, ottobre 2018, pp. 63 e 68. A livello nazionale il *gender gap* trova terreno fertile anche nella contrattazione collettiva decentrata, soprattutto nei premi produttività; cfr. M. PERUZZI, *La parità retributiva di genere nello specchio della decentralizzazione contrattuale. Problemi e soluzioni in una prospettiva di analisi comparata*, in *RIDL*, 2017, n. 2, pp. 241 ss.

⁽⁵⁹⁾ Si vedano, rispettivamente, gli artt. 5 e 8. Per una interessante disamina sugli auspici della Commissione europea e sulla concreta realizzazione della direttiva cfr. E. CHERIEGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2020, n. 2, pp. 125 ss.

⁽⁶⁰⁾ Con l'art. 18 della direttiva, la Commissione europea si riserva di redigere una relazione, corredata da «uno studio sui diritti al congedo per motivi familiari concessi ai lavoratori autonomi», solo a seguito della comunicazione, entro il 2 agosto 2027, delle informazioni relative alla fruizione dei congedi da parte di tutti gli Stati membri.

alcune categorie professionali – si pensi soprattutto al personale sanitario – che durante l'emergenza hanno necessitato, probabilmente più di altre, di istituti che consentissero il temperamento tra le svariate esigenze familiari con quelle professionali ⁽⁶¹⁾.

Nonostante vi siano delle perplessità legate al valore sociale del bonus *baby-sitting* ⁽⁶²⁾, la scelta del legislatore può ritenersi legittimata dall'obiettivo di garantire a tutto, o quasi, il mondo del lavoro la possibilità di fruire di diversi strumenti di conciliazione. Quel "quasi" sta ad indicare un'incompletezza della normativa che attiene all'esclusione dei liberi professionisti iscritti alle Casse previdenziali professionali obbligatorie dalla possibilità di fruire del congedo. L'estromissione di tale categoria di lavoratori appare coerente con la legislazione vigente, in ragione dell'autogoverno delle Casse stesse nonché dell'autonomia organizzativa tipica dell'attività libero-professionale; pur tuttavia la situazione di emergenza avrebbe potuto indurre il legislatore ad estendere, almeno transitoriamente, il congedo c.d. specifico a categorie sino ad ora escluse, magari in via opzionale rispetto al bonus *ex art. 27, d.l. n. 18/2020*. Accordare tale scelta avrebbe avuto il sapore di un'apertura e ciò, previa disponibilità economica *ex art. 81 Cost.*, sarebbe stato riconducibile al principio di solidarietà sociale e intersettoriale, *ex art. 2 Cost.*, che l'emergenza nazionale e globale ha obbligato a tenere in forte considerazione.

Per concludere, considerando i dati sopraesposti (pur se parziali) ⁽⁶³⁾ e l'alternatività prevista tra i due istituti, bisogna prendere atto che i lavoratori non subordinati non abbiano fatto richiesta in massa del congedo Covid-19; ciò non toglie che la regolamentazione d'emergenza abbia sperimentato, ancorché in modo alquanto parziale ⁽⁶⁴⁾, delle novità che meriterebbero una maggior attenzione da parte del legislatore.

⁽⁶¹⁾ Non a caso, al fine di promuovere la fruizione del bonus *baby-sitting*, l'indennità prevista dall'art. 25, comma 3, per i lavoratori dipendenti del settore sanitario, pubblico e privato accreditato e per il personale del comparto sicurezza, difesa, soccorso pubblico è quasi il doppio (2.000 euro) rispetto a quella stabilita dall'art. 23, comma 8. Sul punto V. FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza*, cit., p. 339.

⁽⁶²⁾ Cfr. A.M. BATTISTI, *La specialità dei congedi*, cit., p. 62. L'A., infatti, ritiene che l'alternatività delle due misure di conciliazione vita-lavoro sia un baratto tra due valori, denaro e tempo, che andrebbero posti, invece, sullo stesso piano.

⁽⁶³⁾ Cfr. § 5.

⁽⁶⁴⁾ Si vedano le successive misure che hanno introdotto ulteriori congedi straordinari per i soli lavoratori dipendenti, come l'art. 21-*bis*, comma 3, d.l. n. 104/2020, convertito dalla l. n. 126/2020, e l'art. 13, d.l. n. 149/2020, il c.d. decreto ristori-*bis*. A riguardo si rinvia al contributo di G.A. RECCHIA, *Il congedo parentale straordinario*, cit.

I permessi per i sindaci

di Gianluigi Pezzini

Abstract – Il contributo analizza l'art. 25, comma 6, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, che ridetermina in 72 ore i permessi riconosciuti ai sindaci dall'art. 79, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000. La diffusione del virus SARS-CoV-2 ha dimostrato la centralità dei Comuni nella gestione dell'emergenza sanitaria rendendo interessante l'ipotesi di istituire l'apposita figura dell'*Health City Manager* presso ogni Comune in modo da raccordare l'amministrazione locale con le autorità sanitarie al fine di uno sviluppo "sano" delle città.

Abstract – The essay examines article 25, subsection 6, of the Decree-Law No. 18/2020, which entitles the mayors to restate the work permits stated by article 79, subsection 4, of the Legislative Decree No. 267/2000 in 72 hours. The Covid 19 pandemic outbreak has shown the central role played by municipalities in the management of the emergency. In this context, the essay brings new light to the hypothesis of establishing the figure of the Health city manager in each municipality in order to connect the local administration to the health authorities with the purpose of providing an "healthy" development of towns.

Sommario: 1. I permessi per i sindaci. – 2. L'ordinanza sindacale. – 3. Il ruolo del sindaco *del e nel* futuro dell'emergenza Covid-19.

1. I permessi per i sindaci

I sindaci dei quasi 8 mila comuni italiani sono stati (e lo sono tuttora) mobilitati per rispondere e gestire, per quanto di competenza, l'emergenza sanitaria dichiarata con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, oltre che investiti dell'attuazione delle misure disposte dallo Stato per contrastare la diffusione del virus SARS-CoV-2.

La Costituzione riconosce al cittadino chiamato a funzioni pubbliche elettive il «diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro» (art. 51, comma 3, Cost).

Secondo la giurisprudenza costituzionale, il diritto di disporre del tempo necessario ad adempiere il mandato elettivo, espresso dal terzo comma, costituisce una garanzia strumentale all'attuazione del primo comma dell'art. 51 Cost., secondo il quale tutti i cittadini accedono alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza. Tale disposizione, essenziale per consentire a tutti i cittadini di concorrere alle cariche elettive, altro non rappresenta che l'espressione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali (art. 2), del principio di uguaglianza (art. 3) e del diritto al lavoro (art. 4) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ C. cost. 26 febbraio 1998, n. 28, in *GCost*, 1998, n. 1, p. 168, con nota di M. GIAMPIERETTI, *Tre tecniche di giudizio in una decisione di ragionevolezza*.

Quanto alla posizione dei sindaci, le disposizioni costituzionali citate trovano attuazione nel d.lgs. n. 267/2000, il Testo unico sugli Enti locali (d'ora in poi TUEL) che ha disciplinato la materia.

Al fine di garantire al lavoratore chiamato a una carica elettiva il «diritto di disporre del tempo necessario», il TUEL assicura permessi, licenze, aspettative e indennità.

L'art. 79 TUEL riconosce il diritto a fruire di permessi retribuiti per assentarsi dal lavoro e adempiere al mandato nel limite di 24 ore mensili per i componenti degli organi esecutivi dei comuni e altri soggetti mentre sono «elevate a 48 ore per i sindaci e presidenti delle province, sindaci metropolitani, presidenti delle Comunità montane, presidenti dei consigli provinciali e dei comuni con popolazione superiore a 30.000 abitanti».

In ragione dell'emergenza epidemiologica causata dal virus SARS-CoV-2, l'art. 25, comma 6, d.l. n. 18/2020, c.d. decreto cura Italia, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, stabilisce che sino alla fine dell'emergenza sanitaria, i permessi mensili *ex art. 79*, comma 4, TUEL possano essere rideterminati in 72 ore. Il termine dello stato di emergenza è stato più volte prorogato: infatti la prima scadenza prevista per il 31 luglio 2020 è stata prorogata al 15 ottobre 2020, e anche tale data è stata posticipata al 31 gennaio 2021 ⁽²⁾. L'art. 25, comma 6, d.l. n. 18/2020, inoltre, si chiude stabilendo che per i sindaci dipendenti pubblici «le assenze derivanti dal presente comma equivalgono a servizio prestato a tutti gli effetti di legge».

La possibilità di rideterminare il monte ore dei permessi dell'art. 79, comma 4, TUEL, riconosciuta dall'art. 25, comma 6, del decreto cura Italia, è riservata esclusivamente ai sindaci e non anche agli altri soggetti contemplati nel TUEL ⁽³⁾.

Il sindaco lavoratore subordinato che usufruisce di questi permessi mensili ha, quindi, diritto sia alla conservazione del posto sia alla retribuzione, la quale è interamente a carico dell'Ente sebbene sia anticipata dal datore di lavoro. Quest'ultimo, previa presentazione di domanda documentata al Comune presso il quale il proprio dipendente esercita la sua funzione, ha diritto a ottenere il rimborso entro 30 giorni dalla richiesta ⁽⁴⁾.

L'elevazione del numero di ore di permesso e la collocazione sistematica di tale disposizione all'interno del capo II del decreto cura Italia, rubricato *Norme speciali in materia di riduzione dell'orario di lavoro e di sostegno ai lavoratori*, spingono a considerare questa una misura conciliativa per agevolare i sindaci durante l'emergenza sanitaria consentendo loro di fruire del tempo necessario per adempiere alle funzioni istituzionali di cui sono investiti.

⁽²⁾ Vedi la delibera del Consiglio dei Ministri 29 luglio 2020, l'art. 1, comma 1, d.l. n. 83/2020, contenente *Misure urgenti con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19 deliberata il 31 gennaio 2020*, e l'art. 1 del d.l. n. 125/2020.

⁽³⁾ Cfr. C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 432 ss.

⁽⁴⁾ Art. 80, TUEL.

2. L'ordinanza sindacale

I sindaci, in qualità di responsabili dell'amministrazione del comune e rappresentanti delle comunità locali «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale», possono adottare ordinanze «contingibili e urgenti» per evitare l'aggravarsi della situazione in attesa di un intervento statale ⁽⁵⁾. Quali ufficiali del governo, inoltre, i sindaci possono adottare con atto motivato provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» dove, secondo la stessa disposizione normativa, per incolumità pubblica si intende la tutela dell'integrità fisica della popolazione ⁽⁶⁾.

In simili casi il pericolo di un danno irreparabile comporta la necessità di un rapido intervento amministrativo anche a carattere normativo che, seppur non tipizzato, trova la sua fonte nella legge ⁽⁷⁾. Esempio di una situazione che legittimi l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente è proprio quella derivante dall'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del SARS-CoV-2.

I sindaci nella zona del lodigiano sono intervenuti per primi con ordinanze al fine di contenere la diffusione del contagio, quando ancora non si aveva piena contezza della gravità della situazione ⁽⁸⁾.

Nell'adozione delle ordinanze sindacali, rimane da risolvere l'apparente contrasto sia con il principio di legalità sia con quello di tipicità degli atti amministrativi; in particolare, la questione riguarda la necessità di ricondurre l'utilizzo dell'ordinanza contingibile e urgente entro i limiti costituzionali ⁽⁹⁾.

Al fine di procedimentalizzare il potere nel rispetto dei «principi generali dell'ordinamento», la giurisprudenza ordinaria e amministrativa ritiene concordemente che le ordinanze di cui agli artt. 50 e 54 del d.lgs. n. 267/2000 siano uno strumento da utilizzare in casi eccezionali, dovuti alla necessità di intervenire rapidamente per fronteggiare situazioni contingibili e urgenti a tutela dell'interesse pubblico ⁽¹⁰⁾ e non solo quelle di carattere momentaneo ma anche quelle destinate a protrarsi nel tempo, come ad esempio un'epidemia ⁽¹¹⁾.

Tali provvedimenti rientrano all'interno della categoria delle c.d. ordinanze *extra ordinem* che comprendono «una serie variegata di “atti generali o singolari non

⁽⁵⁾ Art. 50, comma 5, TUEL.

⁽⁶⁾ Art. 54, comma 4-bis, TUEL.

⁽⁷⁾ Cfr. S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2020.

⁽⁸⁾ Cfr. F. SEVERGNINI, *Cronache dai margini della prima zona rossa: il covid-19 e le ordinanze sindacali*, in *Diritti Regionali*, 2020, n. 1, pp. 598 ss.; per una raccolta delle principali ordinanze comunali si veda F. SEVERA, *Documentazione e interventi dei Comuni in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*.

⁽⁹⁾ Cfr. A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, con riferimento a L. VANDELLI, *Il sistema di autonomie locali*, Il Mulino, 2018.

⁽¹⁰⁾ Cfr. TAR Campania 1° agosto 2019, n. 4231, e nello stesso senso si veda C. Stato 15 marzo 2011, n. 1169; TAR Lazio 7 aprile 2016, n. 4191; TAR Campania 10 settembre 2012, n. 3845; TAR Campania 24 gennaio 2018, n. 485; Cass., sez. un., 9 agosto 2018, n. 20680.

⁽¹¹⁾ Cfr. C. Stato 22 luglio 2019, n. 5150, e in senso conforme TAR Lazio 4 dicembre 2019, n. 13898.

predeterminati quanto al contenuto”, giustificati da una necessità, da un’emergenza», la norma si limita ad indicare il presupposto e la finalità (12).

Si può ritenere, dunque, che nella prima fase dell’emergenza i sindaci abbiano legittimamente esercitato il loro potere di ordinanza, anche senza l’esplicito riconoscimento da parte del Governo del potere d’intervento (13).

3. Il ruolo del sindaco *del e nel* futuro dell’emergenza Covid-19

Nella c.d. Fase 2 (inizialmente prevista sino al 31 luglio 2020, poi prorogata sino al 15 ottobre 2020 dall’art. 1, comma 2, d.l. n. 83/2020, e da ultimo posticipata al 31 gennaio 2021 dal d.l. n. 125/2020), si è avuto il progressivo allentamento delle misure adottate nella c.d. Fase 1, quella emergenziale in senso stretto, caratterizzate da una fortissima limitazione delle libertà personali, soprattutto quella di circolazione (14).

In tale fase di riapertura, sia delle attività produttive sia dei confini regionali (quindi degli spostamenti), è stato essenziale il monitoraggio del rischio sanitario da attuarsi di concerto tra Stato, Regioni e Comuni.

Nella ripresa, ancora una volta, è centrale il ruolo dei sindaci e pertanto va valutato positivamente l’ampliamento a 72 ore dei permessi contenuto nel decreto cura Italia. Infatti, se la malattia si cura in ospedale, alle istituzioni locali è affidato il compito di gestire tutto ciò che viene prima e dopo (15).

L’emergenza offre anche la possibilità di ripensare la gestione della salute all’interno dei comuni e di operare i cambiamenti strutturali ritenuti necessari, quali, ad esempio, l’istituzione della figura dell’*health city manager* (16).

Questo nuovo ruolo, promosso dall’Associazione Nazionale Comuni italiani (ANCI) e dall’Health City Institute (HCI) (17), può essere svolto direttamente dal sindaco.

Il primo cittadino, infatti, facendo affidamento sugli studi e sulle consulenze dell’HCI, che aggrega diverse professionalità (dai medici agli architetti), dovrebbe (e potrebbe) coordinare tutte le politiche per la salute all’interno del comune, raccordando

(12) Cfr. V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*.

(13) Cfr. A. DE SIANO, *op. cit.*

(14) Sulla legittimità delle limitazioni alla libertà di circolazione si veda L. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 cost. per tacer d’altri, in *Federalismi.it*.

(15) G. CASTELLI, *Istituzioni locali: la gestione prima e dopo la malattia*, in AA.VV., *La salute nelle città al tempo del coronavirus*, I quaderni di Ancicomunicare, 2020, n. 1, p. 8. Si vedano inoltre l’art. 1, lett. a, del d.P.C.M. 18 ottobre 2020 e l’art. 1, comma 3, del d.P.C.M. 24 ottobre 2020, che prevede la possibilità di chiudere strade e/o piazze dove vi sia rischio di assembramenti.

(16) Cfr. R. MAGNANO, *Città nemiche della salute, il G7 lancia l’Health city manager*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 dicembre 2017; S. SPINA, *Nasce l’Health City Manager*, in *La Nuvola del Lavoro*, 2 gennaio 2020; S. DA EMPOLI ET AL., *Corona virus: Riconosciamo ai sindaci un ruolo nel governo della salute dell’Italia post-emergenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 aprile 2020.

(17) Cfr. R. PELLA, *Prefazione a AA.VV., op. cit.*, p. 5.

l'amministrazione locale con le strutture sanitarie per promuovere e garantire la salute dei cittadini, fino a quando non verranno formati gli *health city managers* ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Sul punto l'Università Sapienza di Roma, l'Anci e l'HCI hanno predisposto un protocollo di intesa per incrementare e promuovere attività formative per gli aspiranti *health city managers*. Cfr. A. LENZI ET AL., *Nuove competenze per gestire la salute nelle città: core curriculum per health city manager*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 68.

Il *bonus* baby-sitter

di Gianluigi Pezzini

Abstract – L'emergenza epidemiologica legata alla diffusione del SARS-CoV-2 ha comportato anche il *lockdown* scolastico. Conseguentemente il Governo ha riconosciuto ai lavoratori genitori di minori di 12 anni un *bonus* per l'acquisto di servizi di *child care* o per il pagamento delle rette degli asili. Il contributo, dopo aver analizzato gli artt. 23 e 25 del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, riflette sull'opportunità di incidere sul sistema di *Welfare* per implementare l'occupazione, soprattutto quella femminile, e arginare il drammatico calo delle nascite che la diffusione del virus contribuisce ad aumentare, alimentando una nuova "questione sociale".

Abstract – In the context of Covid-19 pandemic outbreak schools have been shut down. Consequently, the Government has awarded a bonus to working parents with children under 12 years old for the purchase of child-care services and for the payment of the kindergarten fees. The essay, after analysing articles 23 and 25 of Decree-Law No. 18/2020, takes a deeper look at the opportunity of introducing new welfare measures to foster employment, in particular female employment, as well as measures to stem the declining birth rates increased significantly by the virus spread. This scenario raises a new social question.

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'alternativa al congedo: il *bonus* baby-sitter. – 3. La procedura. – 4. Il Libretto Famiglia. – 5. Il *bonus* baby-sitter nel panorama delle misure di sostegno alle famiglie. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa

La prima misura per fronteggiare l'emergenza epidemiologica derivante dalla diffusione del virus SARS-CoV-2 in Italia è stata quella di sospendere tutte le attività riconducibili al comparto dell'istruzione e, successivamente, la stessa sorte è toccata a tutte le attività economiche non ritenute essenziali.

Il d.P.C.M. 4 marzo 2020 ha, infatti, disposto a partire dal 5 marzo 2020 la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado e tale blocco, con successive disposizioni, è stato via via prorogato alla fine dell'anno scolastico 2019-2020 ⁽¹⁾. Contemporaneamente anche le Università hanno sospeso l'attività didattica in presenza ripiegando su quella c.d. a distanza.

⁽¹⁾ Art. 1, lett. *d*, d.P.C.M. 4 marzo 2020: «sono sospesi i servizi educative e le attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché la frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore» sino al 15 marzo 2020, poi ribadito con l'art. 2, lett. *b*, d.P.C.M. 8 marzo 2020, e l'art. 1, lett. *è*, d.P.C.M. 10 aprile 2020; si veda anche art. 1, lett. *è*, d.P.C.M. 26 aprile 2020.

Stando alle stime, sono circa 8,5 milioni gli alunni delle scuole (pubbliche e private) che dall'oggi al domani sono stati costretti a rimanere forzatamente a casa, tra questi quasi 7 milioni sono compresi nella fascia 0-12 anni ⁽²⁾.

La ragione della chiusura delle scuole prima di tutte le attività economiche non essenziali è stata spiegata con il fatto che viene ritenuta una misura efficace per rallentare il contagio e mantenere la curva epidemica sotto il livello di guardia ⁽³⁾. L'interruzione delle attività scolastiche in presenza certamente contribuisce a diminuire il numero dei contagi sia perché i bambini sono essi stessi vettori del virus, sia perché in tal modo si limitano gli spostamenti dei genitori normalmente chiamati ad accompagnarli. A ciò si aggiunga che l'età media degli insegnanti italiani è tra le più alte in Europa (49 anni) e che, dagli studi emersi, il virus si è rivelato maggiormente aggressivo con l'aumentare dell'età ⁽⁴⁾.

La "serrata" delle scuole, però, solleva per i genitori (*in primis* per le madri) il problema di dover sopperire alla funzione di sorveglianza e accudimento indirettamente svolta dalle stesse scuole che, a differenza della didattica, non può evidentemente essere svolta da remoto ⁽⁵⁾. Per questo motivo il d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, c.d. decreto cura Italia, recante *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*, così come modificato dal successivo d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, c.d. decreto rilancio, ha riconosciuto ai genitori che lavorano la possibilità di essere beneficiari di uno o più *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* o per l'iscrizione ai centri estivi o ricreativi per l'infanzia di cui all'art. 2, d.lgs. n. 65/2017, da utilizzare sino al 31 agosto 2020.

2. L'alternativa al congedo: il *bonus* baby-sitter

Il d.l. n. 18/2020, all'art. 23, comma 8, così come modificato dall'art. 72, d.l. n. 34/2020, prevede la possibilità per i genitori di bambini sino a 12 anni di età la possibilità di optare per uno o più *bonus* finalizzati all'acquisto di servizi di *baby-sitting* in alternativa (senza possibilità di cumulo, quindi) al c.d. congedo Covid-19 ⁽⁶⁾ di cui ai commi 1, 3 e 5 del medesimo art. 23, cioè la possibilità di richiedere un congedo straordinario per la cura dei figli ⁽⁷⁾.

⁽²⁾ Sono 8.420.972 gli studenti italiani nell'a.s. 2017/2018 (fonte: MIUR, Portale unico dei dati della scuola, Anagrafe studenti); mentre sono 6.814.727 secondo l'Istat i minori compresi nella fascia di età 0-12 anni.

⁽³⁾ Cfr. F. CERATI, *Corona virus, la chiusura delle scuole rallenta davvero la diffusione del contagio?*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2020.

⁽⁴⁾ OECD, *TALIS 2018 Results. Teachers and School Leaders as Lifelong Learners*, 2019.

⁽⁵⁾ Cfr. S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *Federalismi.it*, 2020, paper n. 6; P. CIARLO, *La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 2.

⁽⁶⁾ Si veda il contributo di G.A. RECCHIA, *Il congedo parentale straordinario per i lavoratori subordinati pubblici e privati*, in questa sezione.

⁽⁷⁾ La circ. Inps n. 73/2020 afferma che «Al riguardo, considerato che ai fini del riconoscimento della prestazione, stante le nuove regole del decreto-legge n. 34/2020, occorre acquisire una nuova domanda di bonus da parte del cittadino, devono essere tenuti distinti i casi in cui il soggetto, all'atto

Nel settore privato, i soggetti beneficiari della misura sono i genitori: a) «lavoratori dipendenti del settore privato», b) «lavoratori iscritti in via esclusiva alla Gestione separata» e c) «lavoratori autonomi non iscritti all'Inps».

Nel settore pubblico, invece, la platea dei destinatari del *bonus* baby-sitter comprende i dipendenti del settore sanitario, limitatamente a specifiche categorie (medici, infermieri, tecnici di laboratorio biomedico, tecnici di radiologia medica e operatori socio-sanitari), nonché il personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico, impegnato nell'emergenza sanitaria ⁽⁸⁾.

La misura viene riconosciuta anche ai dipendenti delle strutture sanitarie private accreditate ex l. n. 502/1992, appartenenti alle medesime categorie beneficiarie del comparto sanità. Solo per tali genitori, schierati in prima linea nella lotta contro il virus ⁽⁹⁾, è prevista una «tutela rafforzata» ⁽¹⁰⁾ che si traduce nella possibilità di scegliere, in alternativa allo specifico “congedo Covid-19” di 30 giorni previsto dall'art. 25 del d.l. n. 18/2020 per tutti i dipendenti pubblici (al pari di quelli privati), un *bonus* di importo superiore rispetto a quello previsto per i lavoratori del settore privato ⁽¹¹⁾.

L'importo del *bonus* è stato dapprima previsto dagli artt. 23 e 25 del d.l. n. 18/2020 in 600 euro per i lavoratori privati e in 1.000 euro per i dipendenti pubblici, successivamente tali importi sono stati elevati dall'art. 72 del d.l. n. 34/2020, rispettivamente a euro 1.200 per i lavoratori del settore privato e 2.000 per i genitori-lavoratori appartenenti al comparto sanità e alle strutture sanitarie accreditate nonché dipendenti dei comparti sicurezza, difesa e soccorso pubblico.

La *ratio* della disparità di importo tra lavoratori pubblici e privati, a parere di chi scrive, è dettata non solo dalla volontà da parte dello Stato di essere vicino ai propri *eroi* impegnati sul fronte della lotta al SARS-CoV-2, ma anche quello di incentivarli a prediligere tale misura *ad hoc* anziché il congedo, in quanto se tali lavoratori fruissero di quest'ultimo si avrebbero assenze in settori strategici per fronteggiare l'emergenza

della domanda, non ha richiesto il congedo Covid da quello in cui ne ha fatto richiesta ed è stato autorizzato per un periodo fino a 15 giorni ovvero per oltre 15 giorni. Esclusivamente nel primo caso, infatti, l'importo spettante a titolo di bonus (per i servizi di baby-sitting ovvero per i servizi integrativi dell'infanzia), può raggiungere l'importo massimo di 1.200/2.000 euro (a seconda della categoria di appartenenza del richiedente). Diversamente, qualora al momento della domanda il soggetto abbia già fatto richiesta di periodi di congedo autorizzati, ma senza superare i 15 giorni, si potrà beneficiare dell'importo residuo pari a 600/1.000 euro (sempre a seconda della categoria di appartenenza), ferma restando la possibilità di presentare domanda per i giorni residui di congedo non precedentemente fruiti. Nel rispetto del principio di “alternatività”, infine, nel caso di congedo COVID autorizzato per oltre 15 giorni la prestazione non spetta».

⁽⁸⁾ Art. 25, comma 3, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽⁹⁾ Cfr. P. TADDEUCCI, *Il covid è una guerra, parola di linguista*, in *La Stampa*, 21 aprile 2020, dove l'A. intervista Maranzini, presidente dell'Accademia della Crusca, che ha evidenziato come l'utilizzo di un linguaggio bellico sia in grado di mobilitare le persone creando un senso di comunità.

⁽¹⁰⁾ Cfr. B. MASSARA, *Coronavirus, nuovi permessi e congedi per genitori lavoratori*, in *GLav*, 2020, n. 14, p. 52.

⁽¹¹⁾ Art. 25, comma 3, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020: «Per i lavoratori dipendenti del settore sanitario, pubblico e privato accreditato, appartenenti alla categoria dei medici, degli infermieri, dei tecnici di laboratorio biomedico, dei tecnici di radiologia medica e degli operatori sociosanitari, il bonus per l'acquisto di servizi di baby-sitting per l'assistenza e la sorveglianza dei figli minori fino a 12 anni di età, previsto dall'articolo 23, comma 8 in alternativa alla prestazione di cui al comma 1, è riconosciuto nel limite massimo complessivo di 2.000 euro. La disposizione di cui al presente comma si applica anche al personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19».

sanitaria in atto. Si ricorda infatti che la disciplina emergenziale, con il chiaro intento di tutela dei lavoratori e dei loro figli, non ha previsto una possibilità di veto né di rinvio da parte dell'amministrazione di appartenenza rispetto alla fruizione dello specifico congedo Covid-19 ⁽¹²⁾.

La lettera dell'art. 25, comma 3, del d.l. n. 18/2020 riserva ai soli lavoratori *dipendenti* pubblici la misura di 2.000 euro, escludendo tutto il personale sanitario assunto «con un reclutamento rapido (e un po' confuso)» ⁽¹³⁾ per potenziare l'organico del SSN ⁽¹⁴⁾. Il personale arruolato con incarichi di lavoro autonomo o co.co.co. può beneficiare solamente del *bonus* da 1.200 euro.

Ai fini dell'erogabilità della misura, è richiesto che il minore non abbia compiuto i 12 anni di età alla data del 5 marzo 2020, tale limite non opera per i figli con gravi disabilità accertate ai sensi dell'art. 4 della l. n. 104/1994 iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale ⁽¹⁵⁾. La concessione del beneficio è subordinata all'ulteriore condizione negativa dell'assenza all'interno del nucleo familiare di altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa (come ad es. CIG, NASpI o DIS-COLL) o comunque disoccupato o non lavoratore ⁽¹⁶⁾.

La misura è erogata in alternativa ai due genitori, anche affidatari, compresi i casi di adozione e di affidamento preadottivo disposti con sentenza o provvedimento del giudice ⁽¹⁷⁾.

Stando alla circolare Inps n. 44/2020 qualora i genitori potenzialmente beneficiari della prestazione non appartengano al medesimo nucleo familiare il *bonus* è erogato al genitore convivente con il minore. Infatti nella domanda da compilarsi tramite iscrizione al sito internet dell'Inps (si veda *infra*) è prevista l'autocertificazione della convivenza; questo requisito, evidentemente previsto al fine di evitare pagamenti "doppi" ⁽¹⁸⁾, è stato aggiunto dall'Istituto previdenziale tramite la circolare n. 44/2020, non essendo previsto nel testo dell'art. 23 del decreto cura Italia in tal modo facendo sorgere serie perplessità sulla legittimità della previsione ⁽¹⁹⁾. Infatti, seppur possa ritenersi ragionevole la condizione della convivenza nel momento del *lockdown* ⁽²⁰⁾, con il

⁽¹²⁾ Cfr. C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 432 ss., dove l'A. ritiene che il congedo Covid-19 debba intendersi "ordinario" e quindi rientrare tra i congedi sospesi nel periodo emergenziale per tutto il personale necessario a gestire le attività richieste dalle unità di crisi, giustificando, pertanto, la possibilità per tale categoria di dipendenti pubblici di fruire della misura alternativa.

⁽¹³⁾ Cfr. V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e nuova "questione sociale"*, in *LG*, 2020, n. 4, pp. 332 ss.

⁽¹⁴⁾ Vedi il contributo di A. ZILLI, *Il reclutamento emergenziale del personale sanitario nella (e oltre la) emergenza pandemica*, nel volume II, sez. I, di quest'opera.

⁽¹⁵⁾ Art. 23, comma 5, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽¹⁶⁾ Art. 23, comma 4, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽¹⁷⁾ Cfr. circ. Inps n. 44/2020.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹⁾ Cfr. I. ALVINIO, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Decreto legge "Cura Italia": strumenti di sostegno del reddito e delle esigenze di assistenza dei lavoratori subordinati e autonomi*, in *www.treccani.it*, 30 marzo 2020.

⁽²⁰⁾ Cfr. L. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente

riacquisto della libertà di circolazione nel territorio dello Stato i minori possono spostarsi e recarsi anche presso i genitori non conviventi, determinando una irragionevole disparità di trattamento nell'accesso alla prestazione ⁽²¹⁾.

3. La procedura

In base al settore (pubblico, privato o privato sanitario convenzionato) nel quale il genitore è impiegato cambiano l'importo e la platea dei beneficiari, mentre non sono previste particolari distinzioni circa la procedura di richiesta dall'Inps. Le alternative sono: l'erogazione della misura tramite il Libretto Famiglia e, nel caso di comprovata iscrizione ai centri integrativi per l'infanzia, l'accredito diretto al beneficiario.

I lavoratori che intendono avvalersi del *bonus* devono presentare la domanda secondo le modalità tecnico operative stabilite dall'Inps attraverso il sito internet, il *contact center* dell'Istituto o i patronati.

Requisito necessario per procedere alla domanda on-line è il possesso del PIN (codice identificativo personale), dello SPID, della Carta d'identità elettronica o della Carta nazionale dei servizi.

Per fare fronte all'emergenza Covid-19 si è anche assistito all'incremento dettato dalla necessità della digitalizzazione della PA ⁽²²⁾; infatti, nel caso in cui il soggetto richiedente sia sprovvisto del PIN è possibile riceverlo dall'Inps in modalità semplificata e poter comunque presentare la richiesta. In particolare, il soggetto può presentare la domanda inserendo esclusivamente le prime 8 cifre del PIN, che riceve via sms o e-mail, e le richiede attraverso il sito internet dell'Istituto nella sezione *Richiesta PIN* oppure tramite il *contact center*. Tale celerità nelle domande, però, nel caso del *bonus* baby-sitter, trova una battuta d'arresto in quanto è necessario essere in possesso anche della seconda parte del PIN per utilizzare il Libretto Famiglia e quindi poter ricevere il *bonus* (si veda *infra*) ⁽²³⁾.

Al momento della richiesta il lavoratore deve indicare l'importo di cui intende avvalersi (multipli di 10 euro) entro il massimale; inoltre la domanda può essere proposta per ciascun figlio ma l'importo sarà comunque contenuto entro il limite stabilito di 1.200 o 2.000 euro a seconda del settore (privato, pubblico, privato convenzionato sanitario) di appartenenza.

strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, 23 marzo 2020.

⁽²¹⁾ Sul diritto di visita dei genitori non conviventi durante il *lockdown* la giurisprudenza è stata ondivaga (App. Bari 26 marzo 2020; Trib. Bari 26 marzo 2020; Trib. Milano 11 marzo 2020 e Trib. Busto Arsizio 3 aprile 2020).

⁽²²⁾ Cfr. F. FAINI, *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, n. 4, pp. 1099 ss.; S. ROSSA, *Open data e amministrazioni regionali e locali. Riflessioni sul processo di digitalizzazione partendo dall'esperienza della regione piemonte*, ivi, pp. 1121 ss.; A. ZILLI, *Il lavoro agile nella p.a. 4.0*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, pp. 356 ss.

⁽²³⁾ Si veda il mess. Inps n. 1381/2020; sul punto si veda anche la circ. Inps n. 87/2020 la quale prevede che a partire dal 1° ottobre 2020 non saranno più rilasciati i PIN Inps in conseguenza della decisione di procedere con lo *switch-off* dal PIN allo SPID (Sistema pubblico di identità digitale).

Dopo la compilazione delle parti anagrafiche, la richiesta di concessione della misura può essere salvata in bozza oppure inviata immediatamente. Al termine della procedura il richiedente riceve un sms, una pec o una notifica nell'area *myINPS* del sito internet o dell'applicazione dell'Istituto dell'avvenuta ricezione della richiesta.

Una volta inviata la domanda, l'Istituto procede ai controlli circa la correttezza dei dati inseriti nonché ai requisiti per l'accesso alla prestazione, e in caso di esito positivo procede a erogare la somma o nel Libretto Famiglia o accreditarla direttamente al beneficiario.

Nel caso in cui il genitore richiedente sia un lavoratore autonomo non iscritto all'Inps, la misura è ulteriormente subordinata alla comunicazione della Cassa previdenziale di appartenenza del beneficiario all'Inps ⁽²⁴⁾; è comunque prevista la possibilità per i lavoratori di inoltrare la domanda per prenotare la prestazione ⁽²⁵⁾.

Il beneficiario dovrà completare in via telematica la procedura entro 15 giorni dalla ricevuta comunicazione di accoglimento della domanda, in caso di mancata o tardiva appropriazione la misura è ritenuta implicitamente rifiutata. A seguito della "appropriazione" l'importo verrà accreditato nel portafoglio elettronico del beneficiario.

Nel caso in cui il genitore-lavoratore richieda il *bonus* per la comprovata iscrizione ai centri estivi e ai servizi integrativi per l'infanzia la misura è erogata direttamente al beneficiario e all'atto della domanda il richiedente dovrà indicare oltre a codice fiscale/partita Iva del centro estivo o della struttura prescelta, il tipo di struttura e dove ricevere la misura ⁽²⁶⁾.

L'art. 23 del d.l. n. 18/2020, così come modificato dall'art. 72 del d.l. n. 34/2020, stabilisce che qualora il *bonus* baby-sitter venga richiesto per l'iscrizione ai servizi integrativi per l'infanzia vi sia incompatibilità con il c.d. *bonus* asilo nido di cui all'art. 1, comma 355, l. n. 232/2016, come modificato dall'art. 1, comma 343, della l. n. 160/2019.

La misura, per l'anno 2020, è soggetta ai seguenti limiti di spesa: di 1.569 milioni di euro per il settore privato e di 67,6 milioni di euro poi elevato a 236,6 milioni dall'art. 21 del d.l. n. 104/2020, c.d. decreto agosto, per il settore pubblico e sanitario convenzionato.

La necessità di un rifinanziamento della misura destinata ai dipendenti pubblici e, in generale, del settore sanitario si è resa necessaria in quanto i fondi stanziati dal c.d. cura Italia così come modificato dal decreto rilancio non sono stati in grado di soddisfare tutte le richieste ⁽²⁷⁾.

Le domande sono accolte dall'Inps in ordine cronologico, e proprio per tale motivo la mole di traffico è stata tale per cui pochi minuti dopo il "via", il sito è risultato *offline* per diverse ore.

⁽²⁴⁾ Art. 23, commi 1, 3 e 9, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁽²⁵⁾ L'Inps con la circ. n. 44/2020 ha precisato che «i soggetti interessati potranno utilizzare il modello di domanda predisposto dall'Inps, per effettuare la richiesta della prestazione, prenotando il relativo budget».

⁽²⁶⁾ Per l'Inps (circ. n. 73/2020) sono accreditabili su conto corrente bancario o postale, libretto postale, carta prepagata con IBAN o bonifico domiciliato presso Poste Italiane.

⁽²⁷⁾ C. DE CESARE, *Bonus baby sitter: per medici, infermieri e dipendenti pubblici fondi esauriti*, in *Corriere della Sera*, 8 luglio 2020.

L'Istituto, al fine di assicurare il rispetto di quanto stanziato dal Governo, provvede al monitoraggio della spesa e qualora, anche in via prospettica, risulti il superamento dei limiti di spesa, riceverà le domande sovranumerarie con riserva di ammissione, anche se solamente in caso di stanziamento di nuove risorse finanziarie esse verranno accolte e poste in pagamento.

4. Il Libretto Famiglia

Il *bonus* baby-sitter viene erogato tramite il Libretto Famiglia, istituito *ex l.* n. 96/2017 nella conversione del d.l. n. 50/2017 (art. 54-*bis*), come strumento sostitutivo dei c.d. *voucher* ⁽²⁸⁾. Le richieste per accedere al *bonus* baby-sitter sono state oltre 1 milione ⁽²⁹⁾, consentendo (forse) allo strumento digitale di decollare nel gradimento da parte delle famiglie.

Il Libretto Famiglia può essere utilizzato da «persone fisiche, non nell'esercizio dell'attività professionale o di impresa per il ricorso a prestazioni occasionali» limitatamente a specifiche attività, tra cui «assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane o con disabilità» ⁽³⁰⁾ ed è composto da titoli di pagamento del valore nominale di 10 euro ⁽³¹⁾.

In ragione della natura emergenziale della disposizione e della difficoltà di individuare soggetti per la cura e l'assistenza dei minori, l'Istituto ha precisato tramite la circolare n. 44/2020 che non trova applicazione il divieto di acquisto di prestazioni occasionali da soggetti con i quali l'utilizzatore abbia interrotto un rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa da meno di 6 mesi ⁽³²⁾.

Per usufruire del Libretto Famiglia è necessaria la registrazione attraverso il portale dell'Inps sia da parte dell'utilizzatore sia del prestatore di lavoro. Diversamente dalla domanda volta all'ottenimento del *bonus*, per la quale è sufficiente essere in possesso del PIN semplificato ⁽³³⁾, per il Libretto Famiglia è necessario anche il c.d. PIN dispositivo, che può essere attivato attraverso una complessa procedura sul sito internet

⁽²⁸⁾ L'art. 1 del d.l. n. 25/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 49/2017, ha abrogato gli artt. 48, 49 e 50 del d.lgs. n. 81/2015 che disciplinavano il lavoro tramite *voucher* che a loro volta hanno abrogato gli artt. 70 ss. del d.lgs. n. 276/2003. Il legislatore ha abrogato l'istituto evitando il referendum indetto dal Presidente della Repubblica con il decreto 15 marzo 2017, in *GU*, 15 marzo 2017, n. 62. La Corte costituzionale aveva ritenuto ammissibile il referendum con la sentenza 27 gennaio 2017, n. 28, in *DRI*, 2017, n. 2, pp. 554 ss., con nota di T. TREU, *La Corte costituzionale e i referendum sull'art. 18, i voucher e la responsabilità negli appalti*. In dottrina cfr. P. MONDA, *Prime riflessioni sulla disciplina del lavoro occasionale*, in *MGL*, 2017, n. 11, pp. 759 ss.; E. BALLETTI, *Lavoro accessorio*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, pp. 297 ss.; A. ZILLI, *Accessorio a chi? Lavorare per voucher dopo il d.lgs. 81/2015*, in *LG*, 2015, n. 12, pp. 1170 ss.

⁽²⁹⁾ Dati forniti dall'Inps il 10 ottobre 2020 sul proprio sito *www.inps.it*.

⁽³⁰⁾ Artt. 54-*bis*, comma 6, lett. *a* e *c*, e 10, lett. *a*, del d.l. n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017.

⁽³¹⁾ Il valore di 10 euro è suddiviso in 8,00 euro per il compenso in favore del prestatore; 1,65 euro per la contribuzione IVS alla Gestione separata; 0,25 euro premio assicurativo Inail e 0,10 euro per costi di gestione.

⁽³²⁾ Si veda la circ. Inps n. 44/2020.

⁽³³⁾ Cfr. mess. Inps n. 1381/2020.

dell'Istituto. In particolare, l'utente, dopo aver inserito il PIN semplificato, deve stampare e compilare l'apposito modulo che poi può scannerizzare e allegare alla domanda telematica oppure mandare via fax al *contact center* dell'Inps o portarlo (previo appuntamento) fisicamente presso una sede dell'Istituto. Ai prestatori è inoltre richiesta la compilazione di una articolata scheda anagrafica, comprensiva delle credenziali bancarie affinché l'Inps possa corrispondere le somme dovute. L'Istituto con la circolare n. 73/2020 ha inoltre ribadito che dalla platea di soggetti che possono essere remunerati attraverso la misura sono esclusi i familiari conviventi, superando la presunzione di gratuità delle prestazioni rese dai familiari ⁽³⁴⁾.

L'utilizzatore è tenuto a comunicare entro e non oltre il terzo giorno del mese successivo a quello di svolgimento della prestazione i dati identificativi del prestatore, luogo di lavoro e numero di titoli utilizzati nonché la durata della prestazione.

Attraverso il Libretto Famiglia possono essere retribuite tutte le prestazioni svolte dal 5 marzo al 31 agosto 2020 e l'utilizzatore ha tempo sino al 31 dicembre 2020 per registrare le prestazioni sul Libretto Famiglia ⁽³⁵⁾.

L'Inps ha specificato che il medesimo arco temporale previsto per i lavoratori del settore privato per richiedere la misura vale anche per quelli del pubblico impiego, nonostante l'art. 25 riporti ancora il periodo (modificato nell'art. 23 a seguito del decreto rilancio) «a decorrere dal 5 marzo 2020 [...] per tutto il periodo della sospensione». Seppur sia in via interpretativa sia grazie alla prassi amministrativa appare facilmente superabile il contrasto tra gli artt. 23 e 25, si deve registrare che anche in seguito alla conversione del d.l. n. 34/2020 con la l. n. 77/2020 non si è provveduto a modificare la lettera dell'art. 25, al fine di uniformare i periodi per la fruizione dei congedi e, in alternativa, dei *bonus* ⁽³⁶⁾.

La possibilità di registrare anche retroattivamente le prestazioni sul Libretto Famiglia si è resa necessaria per consentire una regolare corresponsione da parte delle famiglie che si siano trovate, letteralmente dalla sera alla mattina, a dover far fronte ad una situazione eccezionale, di fronte alla quale nemmeno l'ordinamento era certo preparato. Infatti il Libretto Famiglia, a differenza dei c.d. *voucher*, richiede una certa abilità informatica nonché tempi lunghi, determinati dalla necessità di "alimentare" il Libretto digitale attraverso versamenti da effettuarsi esclusivamente con il modello F23. Normalmente il tempo che intercorre tra il versamento e l'accredito sul Libretto è di oltre 10 giorni, tempistica questa del tutto incompatibile con la vicenda Covid-19.

Questione tutt'ora aperta che alimenta il dibattito dottrinale già da prima dell'emergenza sanitaria è la qualificazione giuridica del rapporto che si viene a instaurare tra il prestatore di lavoro e l'utilizzatore ⁽³⁷⁾. L'erogazione di tale prestazione tramite il

⁽³⁴⁾ Si veda anche A.C. SCACCO, *Il bonus baby sitter spetta anche alla nonna o al nonno (se non conviventi)*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 giugno 2020.

⁽³⁵⁾ Cfr. mess. Inps. n. 1465/2020.

⁽³⁶⁾ L'art. 23 così come riformulato prevede che «a decorrere dal 5 marzo 2020 e sino al 31 agosto 2020 [...] i genitori dipendenti del settore privato hanno diritto a fruire [...] di uno specifico congedo». Cfr. circ. Inps n. 73/2020.

⁽³⁷⁾ Per una ricostruzione dottrinale sulla qualificazione del rapporto di lavoro cfr. S. CAFFIO, *Lavoro accessorio, prestazioni occasionali e qualificazione del rapporto*, in *LG*, 2019, n. 11, pp. 1036 ss.; F. MARINELLI, *Il lavoro occasionale: le evoluzioni ed involuzioni della disciplina lavoristica*, ivi, pp. 28 ss.; C. CORDELLA, *Libretto famiglia e contratto di prestazione occasionale*, in *DRI*, 2018, n. 4, pp. 1158 ss.; C. CORDELLA, *Libretto famiglia e contratto di prestazione occasionale: primi rilievi sulla individuazione della fattispecie*, in D. GAROFALO (a cura

Libretto Famiglia costringerà i genitori beneficiari della misura a far emergere dalla zona del lavoro sommerso i lavoratori e le lavoratrici impiegati/e nella cura dei minori, con l'ipotesi tutt'altro che remota che, passata la fase emergenziale, si registri un aumento del contenzioso volto all'accertamento di rapporti di lavoro subordinato ⁽³⁸⁾.

5. Il *bonus* baby-sitter nel panorama delle misure di sostegno alle famiglie

La misura contenuta negli artt. 23 e 25 del d.l. n. 18/2020, a parere di chi scrive, pare trovare un precedente (simile ma non uguale) nel *bonus* introdotto in via sperimentale per gli anni 2013-2015 dalla l. n. 92/2012, art. 4, comma 24, e successivamente riconfermato con la l. n. 232/2016, art. 1, comma 356, che si inserisce nell'ambito delle misure in favore delle famiglie e della maternità.

Il *bonus ex* l. n. 92/2012, c.d. *bonus* Fornero, prevede la possibilità per la madre lavoratrice, in alternativa al congedo parentale di cui all'art. 32, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 151/2001, c.d. TU sulla maternità, di vedersi corrispondere tramite il "Libretto Famiglia" ⁽³⁹⁾ la somma di euro 3.000 (*ex* art. 1, comma 343, l. n. 160/2019) per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* o fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati.

Benché le due misure abbiano alcuni elementi comuni, preme mettere in luce prima le differenze tra il *bonus* baby-sitter di cui all'art. 23 del d.l. n. 18/2020 e quello introdotto dall'art. 4, comma 24, della l. n. 92/2012.

In primo luogo, le finalità sono diverse: il "*bonus* Fornero" è una misura a sostegno della natalità mentre il *bonus* previsto dal decreto cura Italia non lo è. In secondo luogo, la platea dei destinatari del *bonus* Fornero è ridotta del 50% rispetto al *bonus* previsto dal decreto cura Italia, in quanto il primo è rivolto esclusivamente alle neomamme che, al termine del congedo obbligatorio, possono tornare immediatamente al lavoro contando su un supporto economico per l'acquisto di servizi di *child care*. In terzo luogo, solo per il *bonus* Fornero è previsto l'accesso su base reddituale (ISEE).

La ragione dell'assenza di requisiti reddituali, a parere di chi scrive, deriva dalla situazione emergenziale in cui la misura è stata emanata dovendo predisporre misure rapide sia nei tempi che nelle modalità, in ragione della repentina chiusura delle scuole. Gli aspetti che invece sono comuni ai due *bonus* sono a) la possibilità di essere utilizzati per l'acquisto di servizi di *baby sitting* o per fare fronte alle rette b) l'erogazione tramite il Libretto Famiglia e c) la possibilità di far emergere dal lavoro sommerso i lavoratori impiegati nella cura e assistenza di minori.

di), *op. cit.*, pp. 545 ss.; C. SANTORO, *Le prestazioni occasionali: disciplina e sanzioni*, in *LG*, 2017, n. 12, pp. 1060 ss.; V. PINTO, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2017, n. 343; A. VALLEBONA, *Il lavoro occasionale*, in *MGL*, 2017, n. 7, pp. 452 ss.; A. ZILLI, *Dalle prestazioni ai prestatori di lavoro accessorio*, in *ADL*, 2016, n. 2, pp. 301 ss. ⁽³⁸⁾ M. SESTO, *Effetto Bonus, in 6 mesi aumentano del 10% le assunzioni di baby sitter*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 giugno 2020.

⁽³⁹⁾ Il *bonus* previsto dalla l. n. 92/2012, c.d. Fornero, inizialmente prevedeva il pagamento attraverso i buoni lavoro *ex* d.lgs. n. 276/2003; successivamente attraverso il sistema dei *voucher ex* d.lgs. n. 81/2015 e a partire da gennaio 2018 attraverso il Libretto Famiglia *ex* d.l. n. 50/2017, convertito dalla l. n. 96/2017.

La misura introdotta dall'art. 4, comma 24, della c.d. legge Fornero è stata oggetto di critiche da parte della dottrina perché, ritenendosi il *bonus* riservato esclusivamente alle neomamme, avrebbe promosso un modello educativo incentrato esclusivamente sulla figura della madre ⁽⁴⁰⁾. Tale critica, sempre a parere di chi scrive, non può essere mossa nei confronti del *bonus* previsto dagli artt. 23 e 25 del decreto cura Italia, sia perché nasce come risposta a una situazione emergenziale, difettando di carattere “strutturale” e sia perché si riferisce genericamente ai “genitori” ⁽⁴¹⁾ (si veda *supra*).

6. Alcune considerazioni conclusive

La prima reazione del Governo all'emergenza derivante dal Covid-19 è stata quella di chiudere le scuole come misura per diminuire il contagio e la circolazione di possibili vettori del virus e per aiutare le famiglie si sono predisposte due misure: il congedo straordinario e il *bonus* baby-sitter.

Superata l'emergenza sanitaria, entrati nella c.d. fase 2, quella di convivenza con il virus e di riaperture, inizialmente prevista sino al 31 luglio 2020 poi prorogata sino al 31 gennaio 2021 dall'art. 1, d.l. n. 125/2020, l'anno scolastico 2019/2020 è spirato senza riaperture, nemmeno timide. Anche l'anno scolastico 2020/2021 dopo una iniziale riapertura ha subito una battuta d'arresto nelle regioni dove l'incremento della curva dei contagi ha raggiunto livelli di guardia ⁽⁴²⁾.

Tale nuovo stop alla didattica in presenza (anche se mirato) ha portato il Governo a prevedere nel d.l. n. 149/2020, c.d. decreto Ristori bis, un bonus di 1000 euro per i lavoratori-genitori iscritti alla gestione separata o alle gestioni speciali con figli iscritti alle scuole secondarie di primo grado.

Il bonus come quello previsto dal c.d. decreto cura Italia viene erogato tramite il libretto famiglia (v. *supra*), alternativamente ad entrambi i genitori, anche affidatari. Inoltre, viene espressamente fatto divieto di retribuire le prestazioni rese dai familiari. Tale nuova misura è sottoposta al limite di spesa di 7,5 milioni di euro per l'anno 2020 ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. ZILLI, *(Più) tempo di lavoro e (meno) tempo di cura: i nuovi voucher per la conciliazione*, in S. SERAFIN, M. BROLLO (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, Forum, 2013, pp. 153 ss.; V. FILÌ, *Le tutele e gli incentivi per l'occupazione femminile*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 891 ss.; V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs Act?*, in RIDL, 2017, n. 1, pp. 41 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, pp. 153 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. d.P.C.M. 3 novembre 2020 e, da ultimo, l'ordinanza del Ministro della salute del 13 novembre 2020.

⁽⁴³⁾ Art. 14 del d.l. n. 149/2020: «A decorrere dall'entrata in vigore della presente disposizione limitatamente alle aree del territorio nazionale, caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto, individuate con ordinanze del Ministro della salute, adottate ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 3 novembre 2020 e dell'articolo 30 del presente decreto, nelle quali sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza delle scuole secondarie di primo grado, i genitori lavoratori di alunni delle suddette scuole iscritti alla Gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, o iscritti alle gestioni speciali dell'assicurazione generale obbligatoria, e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie, hanno diritto a fruire di uno o più bonus per l'acquisto di servizi di baby-sitting nel limite massimo

Certamente l'emergenza ha fatto emergere i problemi della conciliazione tra vita lavorativa e familiare, della gestione dei minori a casa, oltre che della didattica a distanza, per circa 10 milioni ⁽⁴⁴⁾ di genitori di figli in età scolare, nella consapevolezza che – per le donne – l'impatto è stato più dirompente che per gli uomini, ponendole ancora una volta di fronte al dilemma di dover scegliere tra il lavoro e i figli ⁽⁴⁵⁾.

La previsione del *bonus* è positiva e rappresenta una risposta rapida per il momento emergenziale. Poiché l'emergenza, per sua natura, è temporanea, si ripropone la necessità di un intervento strutturale, che coinvolga le imprese e le parti sociali promuovendo una sinergia tra il *welfare* statale e aziendale, incentivando le imprese a raggiungere e garantire il bilanciamento tra vita e lavoro, affinché non solo i genitori (o meglio le mamme) non siano costrette a scegliere la famiglia o la carriera ma anche consentendo, in prospettiva, l'aumento sia dell'occupazione femminile sia della natalità ⁽⁴⁶⁾. Il ricorso allo *smart working* è certamente una prima strada per poter riuscire, nell'immediato, a conciliare lavoro e vita familiare, considerando anche l'art. 90 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, che permette di svolgere

complessivo di 1000 euro, da utilizzare per prestazioni effettuate nel periodo di sospensione dell'attività didattica in presenza prevista dal predetto decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. La fruizione del bonus di cui al presente articolo è riconosciuta alternativamente ad entrambi i genitori, nelle sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile, ed è subordinata alla condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o altro genitore disoccupato o non lavoratore.

Il beneficio di cui al presente articolo si applica, in riferimento ai figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale, per i quali sia stata disposta la chiusura ai sensi dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del 24 ottobre 2020 e del 3 novembre 2020.

Le disposizioni del presente articolo trovano applicazione anche nei confronti dei genitori affidatari. Il bonus non è riconosciuto per le prestazioni rese dai familiari.

Il bonus viene erogato mediante il libretto famiglia di cui all'articolo 54-bis del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96. La fruizione del bonus per servizi integrativi per l'infanzia di cui al periodo precedente è incompatibile con la fruizione del bonus asilo nido di cui all'articolo 1, comma 355, legge 11 dicembre 2016, n. 232, come modificato dall'articolo 1, comma 343, della legge 27 dicembre 2019, n. 160.

I benefici di cui ai commi da 1 a 5 sono riconosciuti nel limite complessivo di 7,5 milioni di euro per l'anno 2020. Sulla base delle domande pervenute, l'INPS provvede al monitoraggio comunicandone le risultanze al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Ministero dell'economia e delle finanze. Qualora dal monitoraggio emerga il superamento del limite di spesa di cui primo periodo del presente comma, l'INPS procede al rigetto delle domande presentate.

All'onere derivante dal comma 6, primo periodo, pari a 7,5 milioni di euro per l'anno 2020 in termini di saldo netto da finanziare e a 7,5 milioni di euro per l'anno 2021 in termini di indebitamento netto e fabbisogno, conseguenti all'ordinanza del Ministro della salute del 4 novembre 2020, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 276 del 5 novembre 2020, si provvede ai sensi dell'articolo 31».

⁽⁴⁴⁾ Si veda il report Istat 2019.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. R. ZEZZA, *Lasciare i figli oppure il lavoro? Perché non si può riaprire senza le scuole*, in *Alleyoop*.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. D. GHISLANDI, L. BARBIERI, *Welfare aziendale: nuovi finanziamenti per le imprese*, in *DPL*, 2019, n. 39, pp. 2403 ss.; L. CALAFÀ, *Contrattare incentivi per la conciliazione tra vita professionale e vita privata*, in *LG*, 2018, n. 1, pp. 33 ss.

la prestazione lavorativa in modalità agile ⁽⁴⁷⁾ anche in assenza di accordi individuali per ragioni di custodia e cura dei figli minori di anni 14, potendo concepire un vero e proprio diritto al lavoro agile ⁽⁴⁸⁾.

Ulteriore ipotesi sarebbe quella di estendere il c.d. *part-time* parentale introdotto dal Jobs Act ⁽⁴⁹⁾, consentendo ai genitori la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale con l'obbligo per il datore di lavoro di dare seguito alla richiesta, mitigando anche l'effetto disastroso che il virus avrà sul tasso di disoccupazione oppure introdurre dei congedi di lunga durata (come ad esempio 3 anni) fruibili alternativamente da entrambi i genitori.

Per uscire da questo momento di crisi si deve garantire l'occupazione, soprattutto quella femminile, noto moltiplicatore per l'economia e «proprio nei momenti di crisi e di cambiamento è ancora di più “tempo di donne”» ⁽⁵⁰⁾. Qualunque sia la risposta è necessario essere ambiziosi: il sistema di *welfare* deve essere inteso come una risorsa, fonte di ricchezza e di sviluppo della ripresa economica del Paese, in grado di contrastare la «minaccia demografica» che metterà a dura prova la tenuta dei conti pensionistici nel lungo periodo, in quanto i dati sulla natalità sono preoccupanti. Secondo l'Istat le nascite nel 2019 hanno registrato il dato più basso in oltre 150 anni di Unità Nazionale (circa 435 mila) e le stime per il dopo virus prevedono un ulteriore calo ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Si veda il contributo di M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in questa sezione.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. A. BOTTINI, V. MELIS, *Lo smart working diventa un diritto con un figlio under 14*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 maggio 2020; M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, n. 6, pp. 553 ss.

⁽⁴⁹⁾ Art. 8, comma 7, d.lgs. n. 81/2015.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. M. BROLLO, *Misure per l'occupazione femminile tra tutele ed incentivi*, in *LG*, 2013, n. 2, pp. 113 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. M. CINELLI, *Dinamiche demografiche e prospettive di welfare in Italia*, in *RIDL*, 2019, I, p. 295; T. TREU, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2018, n. 374; G.C. BLANGIARDO, *Scenari sugli effetti demografici di Covid-19: il fronte della natalità*, in www.istat.it.

L'estensione della durata dei permessi retribuiti *ex art. 33, l. n. 104/1992*, e gli altri istituti di supporto dell'assistenza ai disabili in condizione di gravità

di Vincenzo Lamonaca

Abstract – La pandemia ha determinato pesanti effetti socio-economici in modo asimmetrico, colpendo più che proporzionalmente le categorie sociali più svantaggiate, cioè quelle non in grado di provvedere autonomamente ai propri bisogni, come i lavoratori disabili o i loro *caregivers*, sovvenendo in loro favore l'estensione di alcune agevolazioni assistenziali, limitate però al solo lavoro subordinato, col rischio di non assicurare una congrua protezione a categorie diverse, più esposte ai rischi derivanti dalla nuova questione sociale emersa con la diffusione del Covid-19, in questo caso costretti a scegliere tra assistenza al disabile ed esercizio di una attività lavorativa che non sia necessariamente quella da lavoro dipendente, alla luce anche della sospensione dei servizi educativi o socio-assistenziali.

Abstract – Covid-19 has asymmetrically determined heavy socio-economic effects, affecting more than proportionally the most disadvantaged social categories. Those are not able to independently provide for their own needs, such as disabled workers or their caregivers, and needed the extension of some welfare benefits, however, limited to subordinate work only, with the risk of not ensuring adequate protection for different categories. More exposed to the risks deriving from the new social issue that emerged with the spread of Covid-19, they are forced in this case to choose between assisting the disabled and exercising a work activity that is not necessarily that of an employee, also in light of the suspension of educational or social assistance services.

Sommario: 1. Il portatore di *handicap* in condizione di gravità nella “bolla” di cristallo del Covid-19. – 2. Le principali agevolazioni per l'assistenza ai portatori di *handicap* in condizione di gravità. – 3. I permessi *ex art. 33, comma 3, l. n. 104/1992*. – 4. L'indebita fruizione dei permessi di assistenza al disabile: licenziamento e truffa. – 4.1. La controversa programmabilità dei permessi alla luce dell'emergenza Covid-19. – 5. I decreti “cura Italia” e “rilancio Italia” e l'incremento del numero di giorni di permesso, *ex art. 33, comma 3, l. n. 104/1992* (c.d. permessi 104 Covid-19), tra (reali) esigenze di assistenza ed esercizio (abusivo) del diritto. – 5.1. *Segue:* la procedura. – 5.2. Agevolazioni assistenziali *vs.* esigenze organizzative: il limite della compatibilità per la fruizione dell'incremento dei giorni di “permessi 104” per il personale sanitario e per gli appartenenti al Comparto Sicurezza, Difesa e Soccorso Pubblico, polizia municipale-locale e provinciale. – 6. #iorestoacasa, ovvero del principio di massima prossimità all'abitazione per lo svolgimento di attività consentite e dell'assistenza ai portatori di *handicap* in condizione di gravità. – 7. La cessione delle ferie e dei riposi per fronteggiare l'epidemia da Covid-19. – 8. Le prestazioni individuali (anche) domiciliari in favore dei disabili. – 8.1. L'assistenza ad alunni e a persone con disabilità. – 8.2. La sospensione dell'attività presso le strutture per le persone con disabilità e le misure compensative di sostegno anche domiciliare. – 8.3. Le prestazioni individuali (anche) domiciliari durante la sospensione dei servizi educativi e scolastici e dei servizi socio-sanitari e socioassistenziali. – 8.4. Le linee guida per la gestione dell'emergenza epidemiologica presso le strutture per anziani, persone con disabilità e altri soggetti in condizione di fragilità. – 8.5. Gli

strumenti di assistenza ai disabili in condizione di gravità durante la seconda ondata pandemica, tra congedo straordinario, smart working e profili discriminatori. – 9. Osservazioni conclusive.

1. Il portatore di *handicap* in condizione di gravità nella “bolla” di cristallo del Covid-19

L’art. 3, comma 1, l. n. 104/1992, definisce portatore di *handicap* chi «presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione».

A sua volta, il successivo comma 3 declina la connotazione di gravità dell’*handicap*, tale essendo quello derivante da minorazione, singola o plurima, in grado di ridurre l’autonomia personale correlata all’età, così da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione. Secondo Amartya Sen «i disabili fisici e psichici non sono soltanto tra le persone più svantaggiate, (ma) sono anche molto spesso le più dimenticate» ⁽¹⁾, potendosi ritenere i portatori di *handicap* vero e proprio paradigma delle c.d. fasce deboli.

La possibilità di assicurare ai disabili l’esercizio dei propri diritti è già di per sé resa complicata nella normale quotidianità, si immagini cosa può accadere in un momento unico nella storia umana, quale quello caratterizzato dalle limitazioni ai diritti fondamentali cui si è fatto ricorso per contrastare la pandemia da Covid-19 e che hanno caratterizzato il nostro Paese dall’8 marzo 2020 al 4 maggio 2020 (c.d. fase 1).

L’effetto dei provvedimenti limitativi dei diritti per il contrasto alla pandemia non incide in modo omogeneo sulla platea dei destinatari, essendo evidente la differenza prodotta dal Covid-19 sulla vita di un disabile ⁽²⁾, rispetto a quella di un normodotato.

⁽¹⁾ A. SEN, *Giustizia e disabilità*, in *Impresa Sociale*, 2006, n. 1, p. 11.

⁽²⁾ Il concetto di “persona con disabilità” viene utilizzato nella Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità, ratificata in Italia con l. n. 18/2009, su cui si veda A. DE AMICIS, *La l. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della convenzione delle nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *GM*, 2009, pp. 2375 ss. A livello definitorio e terminologico, come evidenziato da circ. FP 6 dicembre 2010, n. 13, la soluzione migliore sarebbe quella di attenersi alle scelte compiute in sede internazionale, con la conseguenza che, anche nell’esame dalla disciplina contenuta nella l. n. 104/1992, dovrebbe farsi riferimento esclusivamente al concetto di persona con disabilità. Tuttavia, ragioni di chiarezza inducono il legislatore e gli operatori a seguire nello specifico una strada diversa che, nel rispetto del testo legislativo, utilizza la diversa espressione di «persona in situazione di *handicap*». Benché questa espressione possa ormai risultare quindi inadeguata, essa è tuttora presente nel testo della l. n. 104/1992 e serve ad indicare con chiarezza la situazione dei disabili nei confronti dei quali sono stati effettuati gli accertamenti ai sensi dell’art. 4 della legge stessa, ritenuti inderogabili e insostituibili dalla giurisprudenza maggioritaria in quanto «strumento specifico indicato dalla legge» (Cass. 17 agosto 1998, n. 8068, in *MGL*, 1998, p. 827; Cass. 27 maggio 2003, n. 8436, in *MGC*, 2003, p. 5; Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623, in *RIDL*, 2010, II, pp. 710 ss., § 3.1; Cass., sez. un., 9 luglio 2009, n. 16102, in *LG*, 2009, pp. 1246 ss.). In dottrina sulla nozione di *handicap* si veda C. HANAU, voce *Handicap*, in *Digesto pubblico*, Giappichelli, 1993, vol. VIII, pp. 67 ss., nonché C. HANAU, S. NOCERA, voce *Handicap*, *ivi*, 2000, Agg., pp. 30 ss. Quanto alla normativa comunitaria si veda M. AGLIATA, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di “handicap” e “soluzioni ragionevoli” ai sensi della direttiva 2000/78/CE*, nota a C. giust. 4 luglio 2013, causa C-312/2011, in *DRI*, 2014, pp. 269 ss.

Si avverte, quindi, la sensazione che la “bolla” di cristallo, nella quale ognuno è stato costretto a vivere nel periodo pandemico, abbia uno spessore maggiore per i disabili ed i relativi familiari, visto che i primi già normalmente non possono espletare attività elementari senza l’aiuto materiale o morale dei secondi (quando assolvano la funzione di *caregiving*), col rischio di rendere ancor più complicato il superamento di ogni forma di emarginazione e di esclusione sociale.

Proprio per bilanciare la condizione di svantaggio sociale dei portatori di *handicap* ⁽³⁾, il legislatore ha inteso tutelare i disabili in vario modo ⁽⁴⁾, segnalandosi sul punto l’importanza della l. n. 104/1992, la cui precipua finalità è quella di favorire «l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti della persona disabile su un piano più generale» ⁽⁵⁾ grazie ad una serie di benefici funzionali a promuovere l’inclusione del portatore di *handicap*, rendendo meno drammatica la vita non solo di quest’ultimo, ma anche di chi solitamente gli presta assistenza.

Il legislatore italiano si è da sempre contraddistinto per una notevole sensibilità verso la tutela dei portatori di *handicap*, specie se gravi, si pensi alla l. n. 68/1999 ⁽⁶⁾, ovvero all’art. 42, d.lgs. n. 151/2001, che consente al *caregiver* convivente ⁽⁷⁾ di fruire di un congruo periodo di assenza dal lavoro con conservazione del posto e del trattamento

⁽³⁾ Sul punto si veda ancora A. SEN, *op. ult. cit.*, p. 14.

⁽⁴⁾ Cfr. S. CASSAR, *Permessi per l’assistenza alle persone con disabilità. Riflessioni a margine del c.d. Collegato Lavoro*, in *LPO*, 2011, pp. 415 ss.

⁽⁵⁾ Si veda nota Min. lav. 10 giugno 2008, prot. n. 25/I/0007474, risposta ad int. n. 17. In dottrina si veda D. MESITI, *Handicap, cecità e sordità*, Giuffrè, 2013, p. 5, secondo cui lo scopo della l. n. 104/1992 è quello di favorire lo «sviluppo e la condizione umana dei soggetti che si trovano ad avere una delle indicate difficoltà. A ben guardare, ed in maniera più generale, l’handicap è quella condizione di svantaggio sociale determinato dalla impossibilità di conformarsi alle comuni condizioni di vita di un soggetto normale in relazione all’età, al sesso ed ai fattori socio-culturali dell’individuo, dovuta alle conseguenze che la minorazione fisica ha causato nel soggetto portatore».

⁽⁶⁾ Con riferimento alla tutela del disabile tanto nel mercato, quanto nel rapporto di lavoro si veda D. GAROFALO, voce *Disabili (lavoro dei)*, in *DDPComm*, 2009, vol. IV, Agg. *****, Appendice, pp. 759 ss., ed alla dottrina ivi richiamata; nonché D. GAROFALO, *La nozione di svantaggio occupazionale*, in *DLM*, 2009, pp. 569 ss. Quanto alle agevolazioni previste in favore del datore di lavoro, si veda D. GAROFALO, *L’inserimento e l’integrazione lavorativa dei disabili tramite convenzione*, in *RDSS*, 2010, pp. 231 ss. Sulle tutele in favore dei soggetti disabili e non autosufficienti, si veda E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un «sistema integrato di microsistemi»*, in *ADL*, 2001, pp. 981 ss., spec. p. 997, che preferisce parlare di «connessione integrante tra micro-sistema previdenza sociale e micro-sistema diritto del rapporto di lavoro». Più recentemente, si veda A. RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, 2018.

⁽⁷⁾ Quello della convivenza è un requisito che differenzia i permessi *ex art.* 33, l. n. 104/1992, dal congedo straordinario *ex art.* 42, d.lgs. n. 151/2001, esigendolo solo in quest’ultimo caso. Da ultimo si segnala a riguardo C. cost. 7 dicembre 2018, n. 232, con nota di C. FABBRIZIO, *La Consulta amplia ancora la platea dei beneficiari del congedo straordinario per assistenza a familiare disabile*, in *RDSS*, 2019, pp. 241 ss., che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del comma 5 di quest’ultima disposizione, nella parte in cui non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo ivi previsto, e alle condizioni stabilite dalla legge, il figlio che, al momento della presentazione della richiesta del congedo, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, ma che tale convivenza successivamente instauri, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, del padre e della madre, anche adottivi, dei figli conviventi, dei fratelli e delle sorelle conviventi, dei parenti o affini entro il terzo grado conviventi, legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria secondo l’ordine determinato dalla legge.

retributivo ⁽⁸⁾. A ben guardare, però, l'agevolazione funzionale all'assistenza del portatore di *handicap* in condizione di gravità ⁽⁹⁾ per antonomasia è quella dei “giorni di permesso 104”, disciplinati dall'art. 33, l. n. 104/1992, che rappresentando un piccolo, ma significativo viatico previsto dal legislatore in attuazione concreta di numerosi principi costituzionali, dando corpo a misure funzionali alla tutela della salute psico-fisica del disabile quale diritto fondamentale dell'individuo (art. 32 Cost.) ⁽¹⁰⁾, a loro volta riconducibili ai diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.), tra le quali un ruolo fondamentale viene assolto dalla famiglia (art. 29 Cost.), ed al contempo tutelando il lavoratore che presta assistenza (art. 35 Cost.), anche per il tramite di garanzie retributive (art. 36 Cost.) e contributive (art. 38 Cost.) ⁽¹¹⁾.

Indubbiamente, le esigenze di assistenza per i portatori di *handicap* grave non si esauriscono in tre giorni, ma sicuramente consentono di liberare tempo in loro favore, affinché il *caregiver* di riferimento possa essere il tramite tra la “bolla” ed il mondo esterno ⁽¹²⁾.

La straordinarietà della condizione pandemica ha indotto il Governo a valutare la congruità dell'agevolazione di cui all'art. 33, l. n. 104/1992, rispetto alle esigenze di assistenza ai tempi del *lockdown* e così, per effetto dell'art. 24, d.l. n. 18/2020 (c.d. cura-Italia), convertito dalla l. n. 27/2020, è stato introdotto un beneficio supplementare tanto importante, quanto “chiacchierato”, cioè un *bonus* temporaneo rispetto ai

⁽⁸⁾ Sul punto sia consentito il rinvio a V. LAMONACA, *Le agevolazioni per l'assistenza ai disabili gravi: le assenze dal lavoro (permessi e congedi)*, in *LG*, 2014, pp. 955 ss., spec. pp. 966-972.

⁽⁹⁾ Cfr. circ. Inps 1° marzo 2011, n. 45, punto 3, secondo cui «La condizione prioritaria ed essenziale per accedere ai permessi retribuiti è che il soggetto disabile sia in possesso della certificazione di disabilità (verbale di accertamento) con connotazione di gravità (art. 3 comma 3 della legge 104/1992)». Ancor prima, si veda parere Avv. Gen. Stato 20 settembre 2010, prot. n. 285549, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2010, n. 4, pp. 164 ss.

⁽¹⁰⁾ Sul collegamento tra permessi *ex art.* 33, comma 3, l. n. 104/1992, e tutela del diritto alla salute del disabile *ex art.* 32 Cost., si veda Cass. 14 agosto 2019, n. 21416, in *DeJure*.

⁽¹¹⁾ Si veda nota Min. lav. prot. n. 25/II/0010049, risposta ad int. n. 21/2011. *Adde*, App. Palermo 2 maggio 2019, n. 280, in *DeJure*, che si sofferma correttamente sulla funzione dei permessi concessi al dipendente per assistere il portatore di *handicap*, da non intendere quali agevolazioni dirette a garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare, quanto ad evitare che il disabile resti privo di assistenza di modo che possa risultare compromessa la sua tutela psico-fisica e la sua integrazione nella famiglia e nella collettività, per cui il destinatario della tutela non è il nucleo familiare in sé o il lavoratore onerato dell'assistenza, ma la persona portatrice di *handicap*.

⁽¹²⁾ In tal senso si veda TAR Trento 13 maggio 2010, n. 131, in *FA TAR*, 2010, p. 1619. Sulla possibilità che l'assistenza del disabile grave implichi la necessaria collaborazione, eventualmente turnaria, di più persone, si veda Cass. 22 dicembre 2014, n. 27232, con nota di C. PELLICCIARI, *Sui permessi per assistere un parente disabile*, in *LG*, 2015, pp. 570 ss. Il medesimo principio è stato esplicitato da Cass. 5 dicembre 2017, n. 29062, con nota di C. GAROFALO, *I congedi per l'assistenza ai figli e per la cura dei disabili: la funzionalizzazione dei diritti*, *ivi*, 2018, pp. 811 ss. In dottrina, ancor prima, in senso analogo si veda R. CULTRERA, *Permessi ex art. 33 della legge n. 104/92: continuità dell'assistenza e lontananza geografica*, nota a Trib. Velletri 27 ottobre 2007, in *RGL*, 2008, II, pp. 272 ss.; P.A. DE SANTIS, *Sui presupposti di esclusività e continuità dei permessi parentali di cui all'art. 33, l. n. 104 del 1992*, in *GM*, 2008, pp. 2532 ss.; E. VILLA, *Permessi per assistenza a disabili in condizioni di gravità*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Ipsoa, 2011, pp. 1015 ss., spec. p. 1023. Più recentemente si veda anche C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, 2018, pp. 804 ss.

canonici tre giorni di “permesso 104”, ferme restando le condizioni normalmente previste per il riconoscimento dell’agevolazione (si veda *infra*).

I “permessi 104 Covid-19” in questione sono stati riproposti con l’art. 73, d.l. n. 34/2020 (c.d. rilancio Italia), di modifica del citato art. 24, aggiungendo al comma 1, dopo le parole «aprile 2020» le seguenti: «e di ulteriori complessive dodici giornate usufruibili nei mesi di maggio e giugno 2020», sostanzialmente prorogando il beneficio per altri due mesi con ovvio rifinanziamento della misura.

Prima di affrontare le criticità sottese all’art. 24, d.l. n. 18/2020, appare indispensabile, quindi, soffermarsi sulla fattispecie di cui all’art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, tratteggiandone i requisiti necessari per consentirne la fruizione al *caregiver*.

2. Le principali agevolazioni per l’assistenza ai portatori di *handicap* in condizione di gravità

I portatori di *handicap*, specie se gravi, beneficiano di tutele e sostegni che si sostanziano non solo in prestazioni economiche dirette⁽¹³⁾, ma anche in strumenti di tutela indiretta; si pensi ai diritti del lavoratore che assuma «il ruolo e la connessa responsabilità di porsi quale punto di riferimento della gestione generale dell’intervento, assicurandone il coordinamento e curando la costante verifica della rispondenza ai bisogni dell’assistito», meglio noto come referente unico⁽¹⁴⁾, non necessariamente l’unico soggetto a prestare assistenza al disabile⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Invero, queste prestazioni sono generalmente erogate nel caso in cui sia riconosciuto lo stato di invalidità, da non confondere con l’*handicap*, anche grave, di cui alla l. n. 104/1992, trattandosi di differenti condizioni giuridiche, regolate da procedure distinte, con l’emissione di provvedimenti diversi tra loro. Infatti, lo stato di invalidità presenta una nozione generale, per l’erogazione della pensione di inabilità e dell’assegno mensile di invalidità, ed una speciale finalizzata all’assistenza socio-sanitaria ed all’erogazione dell’indennità di accompagnamento. Con riferimento alla prima, si considerano mutilati ed invalidi civili i cittadini affetti da minorazioni congenite o acquisite, anche a carattere progressivo, compresi gli irregolari psichici per oligofrenie di carattere organico o dismetabolico, insufficienze mentali derivanti da difetti sensoriali e funzionali che abbiano subito una riduzione permanente della capacità lavorativa non inferiore a un terzo o, se minori di anni 18, che abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età (art. 2, comma 1, l. n. 118/1971). Le minorazioni congenite od acquisite comprendono gli esiti permanenti delle infermità fisiche e/o psichiche e sensoriali che comportano un danno funzionale permanente (art. 1, d.lgs. n. 503/1998). Con riferimento al secondo stato, si considerano invalidi, aventi titolo all’erogazione dell’indennità di accompagnamento i mutilati e gli invalidi, anche ultrasessantacinquenni, che abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età.

⁽¹⁴⁾ Sul referente unico si veda C. Stato n. 5078/2008. *Adde* circ. Inps 3 dicembre 2010, n. 155, § 2.1; ma si veda anche circ. FP 6 dicembre 2010, n. 13; circ. FP 14 febbraio 2011, n. 1, nonché nota Min. lav. prot. n. 25/II/0010052, risposta ad int. n. 24/2011. Invero il principio del referente unico ammette limitatissime eccezioni, tra le quali si segnala quella del figlio, che può essere assistito alternativamente da entrambi i genitori (*infra*).

⁽¹⁵⁾ Sul punto si condivide la riflessione di O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *RGL*, 2011, I, pp. 780 ss., spec. p. 792, secondo la quale al lavoratore non potrà essere richiesto di dimostrare di svolgere il ruolo di assistenza in modo esclusivo, pena la reintroduzione materiale del requisito dell’esclusività, venuto meno con la l. n. 183/2010.

Le agevolazioni indirette sono riconducibili alla c.d. “prestazione in servizi”⁽¹⁶⁾ e sono paradigmatiche di un complesso sistema di *welfare*⁽¹⁷⁾, espressione dei doveri di solidarietà sociale⁽¹⁸⁾, funzionale all’integrazione del portatore di *handicap*, edificato progressivamente dal legislatore⁽¹⁹⁾ con alcuni correttivi giurisprudenziali, vista la “naturale” resistenza datoriale a consentirne la fruizione in ragione delle inevitabili ricadute sull’organizzazione del lavoro⁽²⁰⁾.

Quanto all’azione legislativa più recente, si segnala l’art. 24, l. n. 183/2010⁽²¹⁾ (c.d. collegato lavoro 2010), che ha eliminato alcuni controversi requisiti di accesso, quali la continuità⁽²²⁾ e l’esclusività⁽²³⁾ dell’assistenza, ritenuti indispensabili per il riconoscimento del diritto ad alcune agevolazioni.

Con riferimento al contributo fornito dalla giurisprudenza, esso è tuttora determinante in funzione antifraudolenta, con riferimento non solo al trasferimento del *care-giver*, ai sensi dell’art. 33, comma 5, l. n. 104/1992⁽²⁴⁾, ma anche alla fruizione “non abusiva” dei c.d. permessi 104⁽²⁵⁾.

Proprio quest’ultima agevolazione (ma a ben guardare anche quella *sub* art. 42, d.lgs. n. 151/2001, che riguarda sempre riposi, permessi e congedi per figli con *handicap*

⁽¹⁶⁾ In tal senso e condivisibilmente E. ALES, *op. cit.*, spec. p. 982 e nota 3.

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. MISCIONE, *I congedi di maternità, di paternità e parentali*, in *LG*, 2006, pp. 837 ss., il quale, con riferimento all’assistenza ai disabili ed in ordine al rapporto tra famiglia e servizio pubblico, ha evidenziato che «tutto quello che riguarda la famiglia non può essere scaricato né all’uno né all’altro [i genitori] e nemmeno ai servizi pubblici, ma tutti devono fare la loro parte».

⁽¹⁸⁾ V.B. DI GIACOMO RUSSO, *Il Consiglio di stato e il diritto alla sede* (nota a C. Stato 10 gennaio 2011, n. 29), in *FA CdS*, 2011, pp. 2131 ss., spec. § 5.

⁽¹⁹⁾ In tal senso si veda E. ROCCHINI, *Disabilità e diritto del lavoro. I congedi per i portatori di handicap ed i loro familiari alla luce degli ultimi interventi normativi*, in *LPO*, 2011, pp. 950 ss., spec. p. 953.

⁽²⁰⁾ O. BONARDI, *op. cit.*, p. 782, non può fare a meno di evidenziare il divario tra settore pubblico e privato che potrebbe essere riconducibile al rischio di atti ritorsivi nei confronti dei lavoratori del settore privato, ove utilizzino i permessi, specie se occupati in piccole realtà lavorative.

⁽²¹⁾ Su cui si veda E. VILLA, *op. cit.* Si veda anche circ. FP n. 13/2010, cit.

⁽²²⁾ Sul significato da attribuire al requisito della continuità, prima che esso fosse eliminato, si veda circ. Inps n. 133/2000 secondo cui essa «consiste nell’effettiva assistenza del soggetto handicappato, per le sue necessità quotidiane, da parte del lavoratore, genitore o parente del soggetto stesso, per il quale vengono richiesti i giorni di permesso. Pertanto la continuità di assistenza non è individuabile nei casi di oggettiva lontananza delle abitazioni, lontananza da considerare non necessariamente in senso spaziale, ma anche soltanto semplicemente temporale».

⁽²³⁾ Quanto alla esclusività, sempre secondo circ. Inps n. 133/2000 essa andava «intesa nel senso che il lavoratore richiedente i permessi deve essere l’unico soggetto che presta assistenza alla persona handicappata: la esclusività stessa non può perciò considerarsi realizzata quando il soggetto handicappato non convivente con il lavoratore richiedente, risulta convivere, a sua volta, in un nucleo familiare in cui sono presenti lavoratori che beneficiano dei permessi per questo stesso handicappato, ovvero soggetti non lavoratori in grado di assisterlo».

⁽²⁴⁾ Cfr. V. LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, in *LG*, 2014, pp. 1051 ss., e più recentemente F. DI NOIA, *Ancora sulla “perimetrazione” delle agevolazioni ex art. 33, co. 5, l. n. 104/1992 per i lavoratori che assistono un familiare disabile*, in *RIDL*, 2018, II, pp. 91 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. V. LAMONACA, *Indebita fruizione dei permessi ex lege n. 104/1992 e valutazione di proporzionalità del licenziamento* (nota a Cass. 22 ottobre 2019, n. 26956), in *LG*, 2020, pp. 365 ss.; ancor prima si veda V. LAMONACA, *Le agevolazioni per l’assistenza ai disabili gravi: le assenze dal lavoro (permessi e congedi)*, cit.

grave) ⁽²⁶⁾ riflette un modello di “*welfare* familistico” ⁽²⁷⁾, funzionalizzato alla valorizzazione della sussidiarietà orizzontale ⁽²⁸⁾ e messo a dura prova dalla geriatriizzazione della società ⁽²⁹⁾, nonché dall’ancora irrisolta questione del c.d. “dopo di noi” ⁽³⁰⁾, scaricando su famiglie e datori di lavoro il costo di un’assistenza insostenibile dal punto di vista finanziario, sociale e psicologico ⁽³¹⁾.

Le agevolazioni più importanti a tutela del portatore di *handicap* sono: i permessi giornalieri retribuiti di due ore fino al compimento del terzo anno di vita del bambino, *ex art.* 33, comma 2, l. n. 104/1992; i tre giorni di permesso mensile retribuito e coperto da contribuzione figurativa, *ex art.* 33, comma 3, l. n. 104/1992; il diritto al congedo di cui all’art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001; il diritto del dipendente a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere ed il divieto di trasferimento senza il suo consenso ad altra sede, *ex art.* 33, comma 5, l. n. 104/1992 ⁽³²⁾.

Questi benefici sono subordinati alla presentazione di apposita domanda da parte del beneficiario, da cui si evincano i presupposti legittimanti, desumibili da idonea

⁽²⁶⁾ Si veda sul punto C. cost. 5 luglio 2016, n. 213, con nota di A. CORDIANO, *Una nuova pronuncia di incostituzionalità della l. n. 104/1992: i confini evanescenti della convivenza di fatto non registrata*, in RIDL, 2017, II, pp. 152 ss., secondo cui i due istituti giuridici del permesso e del congedo straordinario costituiscono uno strumento di politica socio-assistenziale, basato sul riconoscimento della cura alle persone con *handicap* in situazione di gravità prestata dai congiunti e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale.

⁽²⁷⁾ B. DA ROIT, S. SABATINELLI, *Il modello mediterraneo di welfare tra famiglia e mercato*, in SM, 2005, pp. 267 ss. Sul ruolo essenziale della famiglia nel perseguimento degli obiettivi alla base anche della l. n. 104/1992 si veda F. BORLA, *Estensione della tutela giuridico-economica per i fratelli/sorelle conviventi dei portatori di handicap*, in RGL, 2005, I, pp. 787 ss., spec. p. 793, nonché N. MANGIONE, *Il congedo per handicap grave riscritto dalla Consulta per fratelli coniugi e figli*, in LG, 2009, pp. 1211 ss.

⁽²⁸⁾ Così E. LONGO, *La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile*, in GCost, 2013, pp. 2853 ss., spec. § 5.

⁽²⁹⁾ Per alcune acute riflessioni sull’argomento si veda O. BONARDI, *op. cit.*, p. 783.

⁽³⁰⁾ Come non condividere la riflessione di V. TONDI DELLA MURA, *Diritto al congedo straordinario per l’assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai familiari diversi dai genitori?*, in GCost, 2005, p. 2002, che evidenzia come «Non a caso, quello del c.d. “dopo di noi”, per i genitori dei disabili costituisce il motivo di più grave preoccupazione ed afflizione, per l’incertezza del futuro degli sfortunati figlioli, solitamente privo di adeguati e sicuri punti di riferimento e sostegno». Per un bilancio a distanza di quattro anni dalla l. n. 112/2016 sul «dopo di noi» si veda C. CASTEGNARO, E. GNAN, *Quattro anni dalla legge 112: i progetti per il Dopo di noi a Milano*, in Welforum.it, 28 luglio 2020.

⁽³¹⁾ Sul rapporto tra riconoscimento di un diritto a vantaggio del lavoratore e correlato costo a carico del datore (ovvero della collettività) si veda G. DE SIMONE, *I confini giuslavoristici dell’assistenza familiare alla persona gravemente disabile* (nota a C. cost. 30 gennaio 2009, n. 19), in RIDL, 2009, II, pp. 842 ss., spec. p. 844. Sulla solitudine delle famiglie che assistono disabili, cfr. S. SABATINELLI, *Famiglie diseguali, anche di fronte al virus*, in Welforum.it, 24 marzo 2020.

⁽³²⁾ Cfr. V. LAMONACA, *Le agevolazioni per l’assistenza ai disabili gravi: le assenze dal lavoro (permessi e congedi)*, cit., nonché V. LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, cit.

documentazione ⁽³³⁾ e dichiarazioni sostitutive ⁽³⁴⁾, verificate dal datore di lavoro, che monitorerà periodicamente la permanenza delle condizioni di fruizione delle agevolazioni, anche ai sensi dell'art. 33, comma 7-bis, l. n. 104/1992, non escludendosi la perseguibilità penale della condotta fraudolenta del lavoratore ⁽³⁵⁾.

3. I permessi ex art. 33, comma 3, l. n. 104/1992

L'agevolazione prevista dall'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, riconosce al lavoratore dipendente ⁽³⁶⁾ beneficiario il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa.

La norma prevede alcune condizioni di ammissibilità al beneficio quali: la situazione certificata di *handicap* grave del disabile ⁽³⁷⁾; il suo mancato ricovero a tempo pieno

⁽³³⁾ In particolare, il richiedente è tenuto a presentare il verbale della commissione medica dal quale risulti l'accertamento della situazione di *handicap* grave, nonché, se del caso, il certificato medico dal quale risulti la patologia invalidante di cui all'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, ovvero la condizione di soggetto ricoverato a tempo pieno in situazione di compatibilità. Sul procedimento di accertamento e sulle commissioni Asl si veda A. RICCOBENE, *Accertamento e verifiche dell'handicap*, in RCP, 2013, pp. 1740 ss.; per ulteriori precisazioni in ordine alle modalità di accertamento dell'*handicap* in situazione di gravità si veda circ. Inps 8 luglio 2016, n. 127.

⁽³⁴⁾ A corredo dell'istanza, l'interessato deve presentare dichiarazione sottoscritta di responsabilità e consapevolezza dalla quale risulti che presta assistenza nei confronti del disabile per il quale sono chieste le agevolazioni, ovvero per se stesso, se disabile è lo stesso lavoratore, impegnandosi a comunicare tempestivamente ogni variazione della situazione di fatto e di diritto da cui consegue la perdita delle agevolazioni, aggiornando la documentazione prodotta a supporto dell'istanza quando ciò si renda necessario, anche su richiesta dell'amministrazione.

⁽³⁵⁾ A tal proposito Cass. pen. 8 novembre 2011, n. 2072, in *CED Cass. Pen.*, 2011, ritiene che integri il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, la condotta di colui che attesta falsamente, in una dichiarazione sostitutiva di certificazione, ex art. 2, l. n. 15/1968, il diritto al riconoscimento dei permessi, ex art. 33, l. n. 104/1992, per accudire un familiare portatore di *handicap*, in realtà deceduto in epoca antecedente. La Corte ha chiarito che si tratta, infatti, di dichiarazione che costituisce presupposto indispensabile del provvedimento autorizzatorio, che ha natura pubblicistica, essendo la sua adozione collegata al riconoscimento di un diritto, mentre non rileva la natura privata del rapporto di lavoro del dipendente autorizzato.

⁽³⁶⁾ Il riferimento esplicito alla natura subordinata del rapporto esclude dall'agevolazione i lavoratori autonomi o parasubordinati. La prassi applicativa dell'Istituto, poi, ha condotto ad escludere alcune categorie di lavoratori quali quelli a domicilio, nonché gli addetti ai lavori domestici e familiari, in quanto tutti non assicurati per le prestazioni economiche di maternità presso l'Istituto, cui si agganciano a loro volta quelle di cui all'art. 33, l. n. 104/1992, divenendone inammissibile il conguaglio contributivo da parte dei datori di lavoro (così circ. Inps 24 marzo 1995, n. 80, punto 4). Del pari esclusi dall'agevolazione sono i lavoratori agricoli a tempo determinato occupati a giornata, né per se stessi né in qualità di genitori o familiari, in considerazione delle caratteristiche del lavoro svolto, appunto, "a giornata" (ivi, punto 5).

⁽³⁷⁾ Sul tipo di certificazioni necessarie si veda circ. Inps 1° marzo 2011, n. 45. Sull'idoneità della certificazione provvisoria, rilasciata dal medico in servizio presso una struttura pubblica o privata equiparata alla pubblica, sebbene a determinate condizioni (si veda circ. Inps n. 32/2006). Sulla procedura semplificata prevista per i dipendenti che assistono persone con sindrome di Down si veda circ. Inps n. 128/2003, punti 1 e 2, nonché mess. Inps 9 dicembre 2010, n. 31125, che introduce una sorta di automatismo nel riconoscimento dell'indennità di accompagnamento per i minorati affetti da sindrome di Down.

(³⁸); un determinato rapporto di parentela tra *caregiver* e disabile (³⁹); il divieto di riconoscimento del beneficio a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con *handicap* in situazione di gravità, a meno che quest'ultimo non sia il figlio, riconoscendosi il beneficio ad entrambi i genitori, ma con fruizione alternativa (⁴⁰), anche nell'ipotesi in cui siano entrambi lavoratori (⁴¹); l'assenza di attività lavorativa da parte del familiare disabile lavoratore nella giornata in cui è richiesto il permesso da parte del *caregiver* (⁴²).

Quanto al campo di applicazione soggettivo, così come ridefinito dall'art. 24, l. n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro 2010), i soggetti legittimati a fruire dei permessi sono: il coniuge (ovvero alla parte dell'unione civile) (⁴³), ovvero un parente o affine entro

(³⁸) Circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri 21 febbraio 2012, n. 1, e circ. Inps 6 marzo 2012, n. 32, chiariscono che per ricovero a tempo pieno si intende il ricovero per le intere 24 ore, presso strutture ospedaliere o comunque strutture pubbliche o private che assicurano assistenza sanitaria. In linea con orientamenti applicativi già emersi anche per il lavoro nel settore privato, si precisa che prescindono da tale presupposto le seguenti situazioni: interruzione del ricovero per necessità del disabile di recarsi fuori della struttura che lo ospita per effettuare visite o terapie (mess. Inps 28 maggio 2010, n. 14480); ricovero a tempo pieno di un disabile in coma vigile e/o di situazione terminale; ricovero a tempo pieno di un minore in situazione di *handicap* grave per il quale risulti documentato dai sanitari della struttura il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare (circ. Inps 23 maggio 2007, n. 90). La ricorrenza di tali situazioni dovrà naturalmente risultare da idonea documentazione medica che il datore è tenuto a ricevere e valutare. L'interpretazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri sembra differire da quella fornita da Cass. pen. 5 febbraio 2013, n. 8435, con nota di A. FERRETTI, *Si ai permessi retribuiti per assistere il parente invalido ospite di una casa di riposo*, in *D&G*, 2013, p. 177, secondo cui non integra il reato di truffa la condotta del lavoratore dipendente che richiama di fruire dei permessi retribuiti per assistere un familiare affetto da *handicap* ricoverato in residenza per anziani, dichiarando che lo stesso non si trova «ricoverato a tempo pieno» (nella specie la Corte ha ritenuto che il ricovero in una casa di riposo, garantendo esclusivamente una assistenza sanitaria di base, a carattere non continuativo, non possa essere assimilato alla permanenza in una struttura di tipo ospedaliero ed ha, quindi, annullato senza rinvio la sentenza di condanna escludendo anche ogni ipotesi di falso).

(³⁹) Il diritto è riconosciuto al coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

(⁴⁰) Sul punto si veda nota Min. lav. prot. n. 25/II/0010052, risposta ad int. n. 24/2011, ma si veda anche nota Min. lav. 9 agosto 2011, prot. n. 25/II/0014542, risposta ad int. n. 32/2011, che consente la fruizione dei permessi a due *caregivers* diversi se costoro presentano volta per volta istanza per ottenere il riconoscimento dell'agevolazione e a condizione che chi l'abbia prestata fino a quel momento rinunci al beneficio.

(⁴¹) Cfr. Cass. 27 settembre 2012, n. 16460, in *D&L*, 2012, p. 1031, con nota di M. MORANDI, *Permessi ex art. 33 l. 104/92: spettano anche se il coniuge non lavora*; ancor prima Cass. 16 maggio 2003, n. 7701, in *MGL*, 2003, p. 646, con nota di A. FONTANA, *Una parola chiara e (si spera) definitiva in tema di permessi ai genitori di figli con handicap*.

(⁴²) Così circ. Inps 1° marzo 2011, n. 45, punto 2.1, secondo cui, «Qualora il dipendente fruisca dei benefici in argomento per assistere un familiare disabile lavoratore, è necessario che l'assistito non sia impegnato in attività lavorativa nella stessa giornata in cui è richiesto il permesso», in tal modo deprimendosi la funzione di integrazione sociale riconosciuta ai permessi ex l. n. 104/1992.

(⁴³) L'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016, ha previsto che «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e [quelle] contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Di conseguenza, come evidenzia G. PISTORE, *Permessi e congedi per l'assistenza alle persone con disabilità*.

il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età, oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti ⁽⁴⁴⁾ o siano deceduti o mancanti ⁽⁴⁵⁾; infine, per effetto di un importante intervento della Corte costituzionale del 2016, è stata superata la resistenza all'estensione del diritto ai permessi in favore dei conviventi *more uxorio* ⁽⁴⁶⁾. A tal riguardo, poi, occorre segnalare la controversa questione ⁽⁴⁷⁾ relativa al rapporto tra il legame di parentela previsto dalla norma ed il necessario legame fiduciario (c.d. gradimento) tra disabile e *caregiver* ⁽⁴⁸⁾.

Ferme restando le condizioni di ammissibilità, la contrattazione collettiva è giunta ad una applicazione interessante dell'agevolazione, convertendo in modo algoritmico i permessi giornalieri in un "monte ore" mensile di permessi orari ⁽⁴⁹⁾, consentendo la

Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2006, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – II, n. 375/2018, spec. 4, appare pacifica l'applicabilità della l. n. 104/1992 non solo ai contraenti matrimonio, ma anche nel caso delle unioni civili; in argomento si veda circ. Inps 27 febbraio 2017, n. 38.

⁽⁴⁴⁾ Sulla nozione di "patologie invalidanti" si veda circ. Inps n. 155/2010, circ. FP 6 dicembre 2010, n. 13, § 2, nonché nota Min. lav. 10 ottobre 2006, prot. n. 25/I/0004582.

⁽⁴⁵⁾ Sulla "mancanza" si veda circ. Inps n. 155/2010 e circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri 6 dicembre 2010, n. 13, secondo le quali è corretto ricondurvi, oltre alle situazioni di assenza naturale e giuridica in senso stretto (celibato), anche quelle giuridicamente ad esse assimilabili, che abbiano carattere stabile e certo, quali il divorzio, la separazione legale e l'abbandono, risultanti da documentazione dell'autorità giudiziaria o di altra pubblica autorità. In senso analogo, si veda anche circ. Inps 6 marzo 2012, n. 32.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. C. cost. 23 settembre 2016, n. 213, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado. In argomento si veda G. ZAMPINI, *Conviventi e diritto al permesso mensile retribuito*, in *LG*, 2017, pp. 30 ss. Precedentemente, C. cost. 6 febbraio 2009, n. 35, aveva negato l'ammissibilità della medesima questione di legittimità costituzionale, per carente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio a quo e conseguente difetto di motivazione in ordine alla rilevanza.

⁽⁴⁷⁾ In tal senso si veda nota Min. lav. 26 giugno 2014, prot. n. 37/0011688, risposta ad int. n. 19/2014.

⁽⁴⁸⁾ Si veda J.J. LONG, *La cura della persona «dipendente» tra etica, legge e contratto*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2010, I, p. 478.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. l'art. 33 del Ccnl relativo al personale del comparto funzioni centrali triennio 2016-2018. Si veda anche messaggio Inps 18 giugno 2007, n. 15995, secondo cui il frazionamento non potrà portare al superamento di una quantità di ore mensili, determinata in base ad un preciso algoritmo di calcolo, che tiene conto dell'orario di lavoro settimanale, di cui dà conto successivamente mess. Inps 28 giugno 2007, n. 16866. Ad esempio, un lavoratore il cui orario settimanale è pari a 36 ore avrà diritto a 18 ore di permesso orario, mentre un lavoratore con orario di lavoro settimanale pari a 40 ore, articolato su 5 giorni, avrà diritto a 24 ore di permesso *ex* l. n. 104/1992. Sul medesimo argomento si veda anche circ. Inps 1° marzo 2011, n. 45, punto 2. A tale ultimo proposito giova evidenziare che il frazionamento orario dei permessi, secondo le indicazioni poc'anzi illustrate, subisce dei distinguo a seconda dell'ambito lavorativo di riferimento. Infatti, l'applicazione del mess. Inps 28 giugno 2007, n. 16866, e quindi la possibilità di avere diritto a 24 ore mensili di permesso è valida solo per il lavoro privato (sul punto si veda D. PAPA, *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*, in *DRI*, 2011, pp. 837 ss., spec. p. 840), mentre per il settore pubblico contrattualizzato il riproporzionamento è quello definito dalla contrattazione collettiva di riferimento. Quanto al lavoro pubblico non contrattualizzato ed in particolare per quanto concerne il Comparto Sicurezza e Difesa non è possibile la fruizione oraria dei permessi *ex* l. n. 104/1992, essendo assente una disciplina contrattuale in tal senso.

fruizione del diritto ai «tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, *anche* in maniera continuativa», ovvero frazionata ⁽⁵⁰⁾.

Peraltro, qualunque sia la modalità di fruizione dei permessi (oraria o giornaliera), il loro godimento consente la maturazione delle ferie senza alcun riproporzionamento ⁽⁵¹⁾, nonché delle mensilità aggiuntive ⁽⁵²⁾, del compenso incentivante ⁽⁵³⁾ e del diritto al buono pasto se i permessi dovessero essere fruiti con modalità oraria tale da non comportare l'assenza per l'intera giornata ⁽⁵⁴⁾.

Secondo la medesima logica sottesa ai permessi di allattamento in caso di parto plurigemellare, l'art. 6, d.lgs. n. 119/2011, modificando l'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, ha introdotto esplicitamente il diritto del *caregiver* al raddoppio dei permessi per far fronte a distinte situazioni di disabilità parimenti meritevoli di tutela (escludendosi quindi la moltiplicazione per il numero di disabili), recependo una condivisibile prassi amministrativa ⁽⁵⁵⁾, essendo sicuramente molto faticoso ma non impossibile che un singolo lavoratore possa prestare assistenza a più disabili in condizione di gravità.

⁽⁵⁰⁾ In dottrina si veda A. FONTANA, *Permessi per assistenza a minori con handicap e loro frazionabilità*, in *GM*, 1999, pp. 1125 ss., spec. § 5.

⁽⁵¹⁾ Si veda circ. Inps 1° marzo 2011, n. 45, punto 2.1, che richiama a sua volta il mess. Inps 10 novembre 2004, n. 36370, emanato sulla base del parere del Ministero del lavoro, secondo cui «la fruizione dei suddetti permessi non comporta la riduzione delle ferie e della 13^a mensilità, in quanto, operando tale riduzione, si verrebbe a concretizzare un'inosservanza del principio di parità di trattamento applicabile a tutti i lavoratori dipendenti, sia nel settore privato che in quello pubblico, e si configurerebbe quindi una discriminazione illegittima a danno dei disabili e di chi li assiste».

⁽⁵²⁾ Si veda circ. Inps 1° marzo 2011, n. 45, punto 2.1, nonché mess. Inps 10 novembre 2004, n. 36370. Sul punto in giurisprudenza si veda Cass. 7 luglio 2014, n. 15435, in *Ragiusan*, 2014, pp. 367-368, secondo cui i permessi *ex* l. n. 104/1992, cui hanno diritto i lavoratori per assistere i figli disabili, non sono computabili ai fini delle ferie e della tredicesima solamente laddove siano fruiti in cumulo con i congedi parentali e con i congedi per la malattia del figlio. Infatti, diversamente si determinerebbe una limitazione degli interessi tutelati dalla l. n. 104/1992, disincentivando l'utilizzo dei permessi per l'assistenza ai disabili.

⁽⁵³⁾ Si veda Cass. 15 gennaio 2014, n. 688, in *D&G*, 2014, secondo cui «In tema di permessi giornalieri per i lavoratori, ai sensi dell'art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, per l'assistenza a persone portatrici di grave *handicap*, la norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 2, comma 3 *ter*, del d.l. 27 agosto 1993, n. 324, conv. in legge 27 ottobre 1993, n. 423, ha chiarito che tanto nel settore privato, quanto in quello pubblico, i permessi devono intendersi retribuiti, sicché anche nei giorni di fruizione spetta la corresponsione del compenso incentivante previsto dall'art. 18 della legge 9 marzo 1989, n. 88».

⁽⁵⁴⁾ Si veda circ. Inps 1° marzo 2011, n. 45, punto 2.1, nonché mess. Inps 17 aprile 2003, n. 610 ed allegato accordo 3 aprile 2003.

⁽⁵⁵⁾ Si veda circ. FP 30 ottobre 1995 n. 20, circ. Inps 31 ottobre 1996, n. 211, e circ. Min. lav. n. 59/1996, che hanno fatto proprio il parere n. 785/1995 del Consiglio di Stato secondo cui «la commisurazione del beneficio da parte del legislatore all'esigenza di assistenza di una persona in tali condizioni comporta che quando le persone da assistere siano più di una, debbano essere riconosciuti, pure allo stesso lavoratore, una pluralità di permessi»; «il cumulo dei benefici non potrà essere riconosciuto quando altre persone possano fornire l'assistenza o quando lo stesso lavoratore possa, per la natura dell'*handicap*, sopperire congiuntamente alle necessità assistenziali nel corso dello stesso periodo. Quando invece la presenza del lavoratore sia disgiuntamente necessaria per l'assistenza di più persone con *handicap*, il cumulo dei permessi deve ritenersi garantito dalla citata norma» (*i.e.* art. 33, comma 3, l. n. 104/1992). A sua volta nota Min. lav. 28 agosto 2006, prot. n. 25/I/0003003, ha stabilito che per riconoscere il cumulo dei permessi «appare opportuno prevedere l'onere, per il richiedente: 1) di presentare tante domande quanti sono i soggetti per i quali si chiedono i permessi; 2) di allegare alla domanda idonea certificazione relativa alla particolare natura dell'*handicap*,

Il *work in progress* normativo che caratterizza tuttora l'art. 33, l. n. 104/1992, è corroborato da un'altra modifica alla disposizione che riduce le difficoltà connesse al riconoscimento del diritto ai permessi in favore del lavoratore residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello del portatore di *handicap grave*, introducendosi il comma 3-*bis* nell'art. 33⁽⁵⁶⁾, con l'obbligo di attestazione del raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea⁽⁵⁷⁾, favorendo ulteriormente l'integrazione del disabile alla base della l. n. 104/1992, consentendosi la fruizione del beneficio anche se il *caregiver* dovesse risiedere lontano dal disabile.

I permessi *ex art.* 33, comma 3, l. n. 104/1992, si cumulano con quelli *sub art.* 7, l. n. 1204/1971, applicandosi altresì quanto previsto dall'ultimo comma della norma testé citata⁽⁵⁸⁾ e dagli artt. 7 e 8, l. n. 903/1977⁽⁵⁹⁾.

Ai sensi, poi, dell'art. 42, comma 4, d.lgs. n. 151/2001, i riposi e i permessi, *ex art.* 33, comma 4, l. n. 104/1992, possono essere cumulati con il congedo parentale ordinario e con il congedo per la malattia del figlio. Inoltre, la fruizione di un periodo di ferie nel mese di riferimento non incide sul godimento dei permessi 104, non dovendosi riproporzionarli in base ai giorni di ferie goduti⁽⁶⁰⁾ (ovvero per effetto di altro tipo di assenze legittime...) ⁽⁶¹⁾.

Inoltre, in ragione della differente *ratio*, l'eventuale sovrapposizione tra ferie o riposo programmato con il permesso *ex lege* n. 104/1992 non determina l'assorbimento dei primi per effetto del secondo, ma il recupero dei giorni di congedo o di riposo settimanale sovrapposti al permesso⁽⁶²⁾.

I permessi spettano, altresì, in caso di rapporto di lavoro *part-time*, sia verticale, sia orizzontale, con eventuale riproporzionamento a seconda del tipo di *part-time* e della

accompagnata da dichiarazione di responsabilità circa la sussistenza delle suddette circostanze che giustificano la necessità di assistenza disgiunta (dichiarazione da cui risulti che il richiedente non è in grado, per la natura dell'*handicap*, di fornire l'assistenza fruendo di soli 3 giorni di permesso; che nessun'altra persona può prestare assistenza all'altro soggetto handicappato; che nessun altro fruitore a sua volta di permessi per l'assistenza all'altro soggetto; che i soggetti per i quali si richiede il permesso non svolgono attività lavorativa [e quindi non hanno diritto ad usufruire a loro volta di permesso in qualità di lavoratori portatori di *handicap*])».

⁽⁵⁶⁾ Si veda l'art. 6, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 119/2011.

⁽⁵⁷⁾ Sulle modalità di attestazione si veda circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri 21 febbraio 2012, n. 1, nonché circ. Inps 6 marzo 2012, n. 32.

⁽⁵⁸⁾ La l. n. 1204/1971 è stata abrogata dall'art. 86, comma 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 151/2001, con trasposizione in quest'ultimo provvedimento delle disposizioni contenute nella legge abrogata. Di conseguenza, il riferimento all'art. 7, ultimo comma, della l. n. 1204/1971 è ora da intendersi effettuato all'art. 34, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001.

⁽⁵⁹⁾ Con riferimento agli artt. 7 e 8 della l. n. 903/1977, si segnala l'abrogazione della prima da parte dell'art. 17, comma 4, della l. n. 53/2000 e la trasposizione della seconda all'interno dell'art. 43 del d.lgs. n. 151/2001.

⁽⁶⁰⁾ Si veda nota Min. lav. prot. n. 25/II/0010049, risposta ad int. n. 21/2011.

⁽⁶¹⁾ Cfr. nota Min. lav. 1° agosto 2012, prot. n. 37/0014188, risposta ad int. n. 24/2012.

⁽⁶²⁾ Così int. Min. lav. 20 maggio 2016, n. 20. Sulla possibilità che il beneficio in argomento possa essere fruito anche in corrispondenza di un turno di lavoro da effettuare nella giornata di domenica, si veda mess. Inps 7 agosto 2018, n. 3114. Con riferimento al personale del Comparto Sicurezza e Difesa, in senso adesivo alla prassi amministrativa innanzi citata, si veda TAR Bari, sez. II, 7 settembre 2020, n. 1133 (inedita).

modalità di fruizione dei permessi (giornalieri vs. orari) ⁽⁶³⁾. Analogo riproporzionamento dei permessi è previsto nel caso di CIGO non a zero ore: si pensi al lavoratore in CIGO, quando questa preveda alcune settimane sia di sospensione sia di lavoro durante il mese da parte del lavoratore che assiste un disabile in condizione di gravità ⁽⁶⁴⁾.

Il *favor* dimostrato dal legislatore verso la tutela del disabile trova ulteriore conferma nella facoltà di esonero da prestazioni di lavoro notturno accordata al lavoratore *care-giver* ⁽⁶⁵⁾; in taluni casi, poi, la contrattazione collettiva può prevedere ulteriori disposizioni di maggior favore ⁽⁶⁶⁾.

Le esigenze di assistenza non sono incompatibili *ex se* con le prestazioni di lavoro straordinario, come si evince da alcuni orientamenti dell'ARAN ⁽⁶⁷⁾. Infatti, il permesso orario accordato ai sensi del combinato disposto derivante dall'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, e dalla normativa contrattuale correlata, non determina alcuna sospensione della prestazione per l'intera giornata, per cui il datore di lavoro può richiedere lo svolgimento di lavoro straordinario, sempre che l'orario di lavoro non si sovrapponga a quello di assistenza e che il lavoratore non abbia esercitato la facoltà di esonero dal lavoro straordinario ⁽⁶⁸⁾. Viceversa, al dipendente assente per permesso

⁽⁶³⁾ La circ. Inps 1° marzo 2011, n. 45, prevede che ai dipendenti in regime di tempo parziale i permessi in argomento, se fruiti nella modalità oraria, spettano in misura corrispondente alla percentuale di riduzione dell'orario di lavoro nel caso di part-time orizzontale, mentre nel caso di part-time verticale spettano per intero (18 ore mensili). Per quanto riguarda, invece, i permessi fruiti nella modalità giornaliera, gli stessi spettano per intero (3 giorni) ai dipendenti con orario di lavoro a tempo parziale di tipo "orizzontale", mentre vengono ridotti proporzionalmente all'orario osservato ai dipendenti con orario di lavoro a tempo parziale di tipo "verticale". In riferimento a quest'ultimo rapporto di lavoro si veda Cass. 29 settembre 2017, n. 22925, con nota di F. LIMENA, *Part time verticale e permessi per assistenza a disabile grave: nessun riproporzionamento*, in *LG*, 2018, pp. 371 ss., secondo cui, «In materia di permessi mensili riconosciuti per assistere un familiare in condizione di grave disabilità, la trasformazione in part time del rapporto di lavoro originariamente a tempo pieno non ha alcun effetto sulla misura dei permessi di cui il lavoratore può fruire, a condizione che la prestazione di lavoro part time sia articolata sulla base di un orario settimanale che comporti una prestazione per un numero di giornate superiore al 50% di quello ordinario. In caso contrario, le ore di permesso dovranno essere proporzionalmente ridotte».

⁽⁶⁴⁾ In tal senso si veda nota Min. lav. 3 ottobre 2008, prot. n. 25/I/0013421, risposta ad int. n. 46/2008, che, per quanto concerne le modalità di riproporzionamento dei giorni di permesso, si rifà alla circ. Inps n. 128/2003, secondo cui, «per ogni 10 giorni di assistenza continuativa, spetta al richiedente un giorno di permesso ex L. n. 104/1992. L'applicazione del criterio in questione comporta pertanto che quando l'assistenza sia inferiore a 10 giorni continuativi non dà diritto a nessuna giornata o frazione di essa. Anche per i periodi superiori a 10 giorni (es. 19) ma inferiori a 20 spetterà un solo giorno di permesso».

⁽⁶⁵⁾ Si vedano gli artt. 53, comma 3, del d.lgs. n. 151/2001 e 11, comma 2, lett. *f*, del d.lgs. n. 66/2003.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. S. COSTANTINI, *Contrattazione collettiva nazionale e conciliazione fra lavoro e vita familiare: un rapporto difficile*, in *LD*, 2009, p. 121. Si pensi alla possibilità che il dipendente neghi il proprio consenso alla prestazione di lavoro straordinario prevista dall'Accordo Quadro Nazionale 2002-2005 per il personale del Corpo di Polizia Penitenziaria; ovvero alla non obbligatorietà del lavoro festivo per i lavoratori che assistono portatori di handicap conviventi o persone non autosufficienti titolari di assegno di accompagnamento conviventi, di cui all'art. 18 del Ccnl Commercio Conflavoro del 12 settembre 2018; oppure alla possibilità di accordare forme di lavoro flessibile, *ex art.* 26, comma 4, Ccnl del Comparto Funzioni centrali.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. RAL 1594 Orientamenti Applicativi, reperibile sul sito dell'ARAN (www.aranagenzia.it).

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*.

giornaliero *ex lege* n. 104/1992 non possono essere richieste prestazioni di lavoro straordinario in ragione della sospensione dell'obbligazione principale del lavoratore per tutta la giornata, pur se questi abbia prestato *ab origine* il proprio consenso allo svolgimento di lavoro straordinario ⁽⁶⁹⁾.

4. L'indebita fruizione dei permessi di assistenza al disabile: licenziamento e truffa

L'importanza dell'istituto dei permessi 104 in funzione assistenziale è stata offuscata dal deprecabile fenomeno del loro abuso da parte di lavoratori senza scrupoli, che svolgono attività personali proprie in luogo di quelle tipiche del *caregiver* con effetti giuridici sovente collocati al di là dell'abuso del diritto ⁽⁷⁰⁾, tanto da ascrivere la condotta di questi lavoratori al reato di truffa ⁽⁷¹⁾.

Questo fenomeno è stato vigorosamente contrastato dalla giurisprudenza, come dimostrano le numerose decisioni che sanzionano pesantemente le condotte fraudolente dei lavoratori in questione.

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁰⁾ Si veda O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in RGL, 2011, I, pp. 780 ss., spec. p. 781. Più in generale, con riferimento all'abuso nel rapporto di lavoro *a latere praestatoris*, R. DIAMANTI, *L'abuso nel rapporto di lavoro*, in RIDL, 2017, pp. 589 ss., spec. § 5, evidenzia come esso assolve, «di regola, alla funzione di criterio interpretativo-applicativo che rivela spesso (a parte il caso di abuso del processo) un inadempimento del lavoratore e non costituisce illecito secondario atipico», mentre la ricostruzione della figura, così come ha fatto la Cassazione, «può essere utile per una corretta valutazione del caso concreto, che viene filtrato attraverso la lente dell'abuso, che assorbe al suo interno le clausole generali di correttezza e buona fede, nonostante la decisa critica della dottrina».

⁽⁷¹⁾ Si veda Trib. Pisa 4 marzo 2011, n. 258, in Riv. Pen., 2011, p. 687, secondo cui costituisce condotta truffaldina utilizzare i permessi retribuiti, chiesti e ottenuti ai sensi all'art. 33 della l. n. 104/1992, non per assistere il familiare disabile (unica ragione questa per cui si concede il beneficio in esame), ma per attività personali proprie del lavoratore che ne usufruisce (nel caso di specie l'imputata ha utilizzato i giorni di permesso retribuito – ottenuti per l'assistenza ad uno stretto parente disabile – per effettuare un viaggio di piacere. Il giudice di merito, in motivazione, ha contraddetto la tesi difensiva secondo cui i permessi retribuiti ai sensi del citato art. 33 possono essere utilizzati dal lavoratore anche per il recupero delle energie psicofisiche spese per il costante lavoro di cura ed assistenza al disabile). La vicenda è stata successivamente portata all'attenzione del Supremo Collegio in funzione di penale (Cass. pen. 23 dicembre 2016, n. 54712, in *DeJure*), che ha sanzionato il lavoratore in modo (condivisibilmente) esemplare, ritenendo integrato il reato di cui all'art. 640, n. 2, c.p., per effetto della condotta del lavoratore che, avendo chiesto di poter usufruire di giorni di permesso retribuiti, *ex art.* 33, l. n. 104/1992, li abbia invece utilizzati per recarsi all'estero in viaggio di piacere. Infatti, pur non essendo previsto, in capo al fruitore dei permessi, l'obbligo di prestare assistenza alla persona affetta da handicap proprio nelle ore nelle quali avrebbe dovuto svolgere l'attività lavorativa, non può essere consentita l'utilizzazione dei giorni di permesso retribuiti come se si trattasse di giorni feriali, senza prestare alcuna assistenza alla persona portatrice di *handicap*. In dottrina si veda R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in RIDL, 2010, I, pp. 195 ss., spec. p. 197, che parla di connotazione truffaldina «del microassenteismo e/o dell'assistenza agli anziani simulatamente certificati come portatori di *handicap*». Invero, si concorda in parte con l'A. nella misura in cui non è tanto la certificazione simulata di invalidità il profilo su cui concentrarsi, quanto le sacche di assistenza fasulla o simulata.

Dal punto di vista probatorio, la Cassazione ha avallato il ricorso alla collaborazione di agenzie investigative per verificare la commissione di atti illeciti del dipendente non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione ⁽⁷²⁾, ma finalizzati all'accertamento dell'utilizzo improprio dei permessi *ex art. 33, l. n. 104/1992* ⁽⁷³⁾, al di fuori dell'orario di lavoro, che legittima il licenziamento per giusta causa ⁽⁷⁴⁾.

Sempre la Cassazione ha evidenziato la stretta connessione tra fruizione del permesso e finalità di assistenza, disconoscendosi una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal lavoratore per l'assistenza prestata al disabile ⁽⁷⁵⁾ o, comunque, la possibilità di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle per le quali è stato concesso ⁽⁷⁶⁾.

All'uopo, però, non va dimenticato che l'anzidetto nesso causale può sussistere anche in parte, non potendosi ipotizzare che il *caregiver* esegua una assistenza quotidiana ininterrotta ⁽⁷⁷⁾, pena la reintroduzione dei requisiti di esclusività e continuità espunti nel 2010 dall'art. 33, l. n. 104/1992 ⁽⁷⁸⁾.

La valutazione flessibile del nesso di causalità non è elemento pacifico in giurisprudenza.

Ed infatti, un primo orientamento "massimalista" di merito è favorevole al licenziamento per giusta causa irrogato al lavoratore che fruisca dei permessi retribuiti per assistere solo in via parziale il parente disabile, indipendentemente dalla percentuale di assistenza prestata ⁽⁷⁹⁾, poiché verrebbe meno una risorsa nel normale ciclo

⁽⁷²⁾ Cfr., in tali termini, Cass. ord. 18 febbraio 2019, n. 4670; Cass. 12 settembre 2018, n. 22196; Cass. 11 giugno 2018, n. 15094; Cass. 22 maggio 2017, n. 12810, tutte in *DeJure*. In dottrina, recentemente, si veda V. NUZZO, *Sull'utilizzo delle agenzie investigative per il controllo della prestazione resa fuori dai locali aziendali*, in *RIDL*, 2018, II, pp. 802 ss.

⁽⁷³⁾ Si veda Cass. 9 luglio 2019, n. 18411, in *DeJure*.

⁽⁷⁴⁾ Cass. 4 marzo 2014, n. 4984, in *DeJure*, che fa riferimento alla vicenda di un lavoratore, quadro del servizio legale di un'azienda, che nel giorno di permesso è «partito con amici e valigia mettendo tra sé e la finalità di assistenza del permesso una distanza ed una previsione di rientro non prossimo, che rendevano evidente come lo stesso fosse stato utilizzato per altre finalità che la legge garantiva con l'istituto delle ferie».

⁽⁷⁵⁾ App. Campobasso 26 ottobre 2019, n. 257; App. Roma 25 gennaio 2019, n. 326; Trib. Roma 10 aprile 2017, tutte in *DeJure*.

⁽⁷⁶⁾ Cass. 13 settembre 2016, n. 17968, in *LG*, 2016, pp. 975 ss., con nota di A. MINERVINI, *L'uso improprio dei permessi ex l. n. 104 del 1992 giustifica il licenziamento*.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. App. Campobasso 26 ottobre 2019, n. 257, in *DeJure*, secondo cui il concetto di assistenza non va inteso come vicinanza continuativa e ininterrotta alla persona disabile, essendo evidente che la cura di un congiunto affetto da menomazioni psico-fisiche, non in grado di provvedere alle esigenze fondamentali di vita, spesso richiede interventi diversificati, non implicanti la vicinanza allo stesso. In dottrina, cfr. A. VALLEBONA, *Il lavoratore in permesso retribuito può andare a ballare?* (nota a Cass. 30 aprile 2015, n. 8784), in *MGL*, 2015, p. 567, secondo il quale «un bravo figliolo, terminata l'assistenza, può anche andare a ballare. Come può fare nei giorni lavorativi finito il lavoro. La Cassazione non ha capito che anche nei giorni di permesso esiste il tempo libero. Altro che "disvalore sociale"».

⁽⁷⁸⁾ Condivisibilmente in tal senso, O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, cit., spec. p. 814, nonché M. LAMBROU, *Legge 104/1992: benefici, abusi e conseguenze giuridiche*, in *DPL*, 2019, pp. 1402 ss., spec. p. 1404.

⁽⁷⁹⁾ Giova rammentare che fino a qualche anno fa si era consolidato un orientamento giurisprudenziale, sia di merito, sia di legittimità, che valutava la natura abusiva della fruizione dei permessi in base alla percentuale di tempo dedicata dal lavoratore all'assistenza del disabile. Sulla scorta di tale *iter* argomentativo Cass. 22 marzo 2016, n. 5574, in *DeJure*, aveva ritenuto legittimo il licenziamento irrogato al lavoratore fruitore di permessi per assistenza disabili quando l'attività assistenziali

produttivo, che rende necessaria una differente organizzazione del lavoro all'interno dell'azienda ⁽⁸⁰⁾.

Per converso, l'orientamento giurisprudenziale prevalente valuta la condotta del lavoratore come distorsiva della funzione assistenziale del permesso per attendere ad altra attività ⁽⁸¹⁾, realizzandosi però l'abuso del diritto solo quando il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile sia completamente assente ⁽⁸²⁾ in quanto solo in questo caso il datore di lavoro si può considerare privato «ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente» ⁽⁸³⁾. In tale ipotesi v'è un'indebita erogazione dell'indennità anticipata dal datore (integrandosi il reato di truffa, su cui si veda *infra*), sebbene sostanzialmente a carico dell'ente di previdenza ⁽⁸⁴⁾, oltre che «uno sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico» ⁽⁸⁵⁾.

La giurisprudenza ha ritenuto legittimo l'uso del permesso *ex lege* n. 104/1992, non solo nel caso di assistenza in senso stretto al disabile, ma anche per eseguire attività esterne e quotidiane, purché funzionalmente collegate al perseguimento degli interessi e dell'utilità dei medesimi assistiti: come fare la spesa, usare lo sportello Postamat, incontrare fornitori del disabile, curare specifici interessi ed utilità dei congiunti in tal modo assistiti ⁽⁸⁶⁾.

Non è stata, invece, ricondotta all'alveo dell'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, l'attività di assistenza “telefonica” svolta a distanza dal lavoratore, specie se si considera il

rappresentasse soltanto il 17,5% del tempo totale dei permessi retribuiti, ritenendo tale condotta come idonea ad integrare una violazione dei canoni di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto tale da configurare una giusta causa di licenziamento. Per alcune riflessioni su questo precedenti si veda V. ALLOCCA, *L'abuso nella fruizione dei permessi retribuiti ex art. 33, l. 104/92 integra una giusta causa di licenziamento* (nota a Cass. 22 marzo 2016, n. 5574), in *RIDL*, 2016, II, pp. 747 ss.

⁽⁸⁰⁾ Così Trib. Bari 30 aprile 2019; Trib. Bologna 20 luglio 2017, n. 765, entrambe in *DeJure*.

⁽⁸¹⁾ Si pensi al caso esaminato da Cass. n. 8784/2015, cit., che ha ritenuto legittimo il licenziamento disciplinare irrogato al dipendente, che aveva partecipato ad una festa danzante tenutasi nella serata di un giorno in relazione al quale aveva chiesto e ottenuto di fruire di un permesso per l'assistenza alla madre disabile. Più recentemente, si veda anche Cass. ord. 18 febbraio 2019, n. 4670.

⁽⁸²⁾ Cass. 13 settembre 2016, n. 17968; Trib. Genova 21 ottobre 2015, entrambe in *DeJure*.

⁽⁸³⁾ Cass. 6 maggio 2016, n. 9217, in *DeJure*.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. App. Palermo n. 280/2019, cit., secondo cui la posizione dell'istituto previdenziale tenuto a rifondere il datore di lavoro delle somme corrisposte attiene esclusivamente all'aspetto economico e non incide, da un lato, sul diritto del lavoratore a beneficiare del permesso retribuito e dall'altro lato, sulla qualità del datore di lavoro quale soggetto destinatario dell'obbligo della concessione di tre giorni di permesso mensile, di cui all'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992.

⁽⁸⁵⁾ Così Cass. n. 4984/2014, cit.; Trib. Roma 28 marzo 2017, in *DeJure*; più recentemente Cass. 25 marzo 2019, n. 8310, ivi, che nella specie ha stigmatizzato la condotta di un lavoratore dipendente di una municipalizzata ammesso a fruire dei permessi per assistere il padre, che, invece, risultava essere regolarmente operativo nella stessa azienda del figlio.

⁽⁸⁶⁾ In tal senso si veda Cass. 2 ottobre 2018, n. 23891, in *Labor*, 2018, con nota di F. NOTARO, *Fruizione indebita dei permessi legge n. 104/92 ed abuso del diritto*, ed in *LG*, 2019, pp. 351 ss., con nota di B. DE MOZZI, *Permessi ex l. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito*; nello stesso senso Trib. Pordenone 4 maggio 2018, n. 698, in *DeJure*, secondo cui «Non vi è ragionevole motivo di supporre che le varie attività esterne quotidianamente compiute dal fruitore del permesso traducibili in incombenze espletate in uffici, negozi o presso vicini fossero dettate nell'interesse del medesimo e non invece della persona da tutelare, rientrando anch'esse nell'ambito del concetto di assistenza, che non necessariamente deve esaurirsi all'interno delle mura di casa».

compimento, nel restante arco temporale, di attività di svago strettamente personali, del tutto avulse dall'interesse del familiare disabile ⁽⁸⁷⁾.

La linea di demarcazione tra assistenza in senso lato, abuso del diritto e fattispecie penalmente rilevanti è stata tracciata ancora una volta dalla giurisprudenza ⁽⁸⁸⁾.

4.1. La controversa programmabilità dei permessi alla luce dell'emergenza Covid-19

È interessante soffermarsi sulla questione della controversa programmabilità dei permessi *ex art. 33, comma 3, l. n. 104/1992*, assente *per tabulas* dalla disposizione ed introdotta dalla prassi amministrativa (si veda *infra*) in funzione supplente ⁽⁸⁹⁾, correndo l'obbligo di interrogarsi sulla possibilità (pressoché nulla) che il datore di lavoro possa opporsi alla fruizione del permesso, senza incappare in un'azione giudiziaria finalizzata anche ad ottenere il risarcimento del danno patito ⁽⁹⁰⁾.

Quest'ultimo profilo è particolarmente attuale “ai tempi del Covid-19”, specie con riferimento ai servizi essenziali, dovendosi comprendere in generale se il *caregiver* sia obbligato a fornire al datore un congruo preavviso per la fruizione del permesso, ovvero, se il lavoratore, una volta comunicata la giornata destinata alla fruizione del permesso possa spostarla ad altra data in modo unilaterale.

La fruizione dei permessi *ex l. n. 104/1992*, anche a causa dei plurimi abusi di cui si è detto, è diventata fonte di conflittualità tra lavoratori beneficiari e datori di lavoro e tra i primi ed i colleghi non aventi diritto (per loro fortuna) al beneficio, in quanto sovraccaricati dalle prestazioni inadempite dai “centoquattristi”.

Il contemperamento dei molteplici interessi in campo (buon andamento dell'attività imprenditoriale o amministrativa, diritto all'assistenza da parte del disabile, diritti dei lavoratori non beneficiari dei permessi...) è stato tentato dal Ministero del lavoro ⁽⁹¹⁾ tramite alcune risposte ad interpello, che però non sono fonte del diritto, evidenziando l'importanza di una programmazione dei permessi, auspicabilmente a cadenza settimanale o mensile, in modo che il lavoratore che assiste il disabile sia in grado di individuare e comunicare al datore preventivamente le giornate di assenza, sempre

⁽⁸⁷⁾ Cfr. C. MANOLIO, *Ancora sull'utilizzo improprio dei permessi retribuiti ex art. 33, l. n. 104/1992* (nota a Trib. Bari 30 aprile 2019), in *RIDL*, 2019, II, pp. 603 ss.

⁽⁸⁸⁾ Si veda ancora Trib. Pisa 4 marzo 2011, n. 258, cit. In dottrina, cfr. R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, cit., p. 197.

⁽⁸⁹⁾ G. CARDONI, *La parabola dei permessi per assistenza a familiari disabili: aporie legislative, supplenze amministrative e una riforma che non c'è*, in *RDSS*, 2014, pp. 527 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. G. CASSANO, *Una nuova apertura dei giudici sul danno esistenziale*, in *D&G*, 2004, n. 17, p. 83.

⁽⁹¹⁾ Si veda nota Min. lav. 6 luglio 2010, prot. n. 25/I/0011635, risposta ad int. n. 31/2010. Con successiva nota Min. lav. 27 gennaio 2012, prot. n. 37/0001571, risposta ad int. n. 1/2012, il Ministero del lavoro ha ripreso l'int. n. 31/2010, evidenziando, però, che il presidio di beni costituzionalmente tutelati, quali la salvaguardia della vita e della sicurezza in mare, da parte dei datori di lavoro nel caso di specie (aziende concessionarie esclusive dei rimorchiatori di guardia richiesti dall'Autorità marittima per motivi di sicurezza), rende assolutamente necessaria la programmazione dei permessi anche a cadenza mensile, temperando la disciplina in favore delle esigenze datoriali. Analogo principio, reso in occasione di un servizio pubblico essenziale quale quello reso dalle aziende concessionarie esclusive dei rimorchiatori di guardia richiesti dall'Autorità marittima per motivi di sicurezza, si ritiene vada esteso a tutti i servizi pubblici essenziali, ivi comprese, ad esempio, le Forze di Polizia ed Armate.

che tale programmazione non comprometta il diritto del disabile ad una effettiva assistenza, seguendo criteri quanto più possibile condivisi con i lavoratori o con le loro rappresentanze.

Analoghi principi dovrebbero (per analogia) osservarsi in ordine alla modificabilità delle giornate di assistenza già programmate, fermo restando che improcrastinabili esigenze di assistenza e quindi di tutela del disabile, non possono che prevalere sulle esigenze imprenditoriali.

5. I decreti “cura Italia” e “rilancio Italia” e l’incremento del numero di giorni di permesso, ex art. 33, comma 3, l. n. 104/1992 (c.d. permessi 104 Covid-19), tra (reali) esigenze di assistenza ed esercizio (abusivo) del diritto

Il *lockdown* socio-economico determinato dalla pandemia da Covid-19 si è abbattuto sul nostro Paese in modo sistemico.

La condizione di forzata permanenza domiciliare ha inciso in modo asimmetrico sulla vita delle persone, penalizzando maggiormente chi presenta minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, stabilizzate o progressive, fonte di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa, acuendone svantaggio sociale ed emarginazione. Tale penalizzazione naturalmente aumenta in modo progressivo, nel senso che così come non è comparabile la condizione di un normodotato a quella di un disabile, pur essendo entrambi alle prese con i vincoli introdotti dalle disposizioni anti-contagio, del pari non possono essere posti sullo stesso piano un portatore d’*handicap* (ex art. 3, comma 1, l. n. 104/1992) rispetto a chi sia anche in condizione di gravità (ex art. 3, comma 3, l. n. 104/1992).

Per compensare l’effetto asimmetrico della pandemia sulla popolazione portatrice di *handicap* all’interno del “cura Italia” il Governo ha introdotto diverse misure e potenziato in modo significativo altre già esistenti ⁽⁹²⁾, quali:

- 1) lo specifico congedo per un periodo continuativo o frazionato, comunque non superiore a trenta giorni complessivi, a partire dal 5 marzo 2020 e fino al 31 agosto 2020, in favore dei genitori (anche affidatari) ⁽⁹³⁾ lavoratori dipendenti del settore privato, ovvero iscritti alla c.d. gestione separata, ex art. 2, comma 26, l. n. 335/1995, per i figli di età non superiore ai 12 anni ⁽⁹⁴⁾, limite di età non applicabile in presenza di disabilità in situazione di gravità accertata ex art. 4, comma 1, l. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale ⁽⁹⁵⁾;

⁽⁹²⁾ Per alcune prime riflessioni sugli istituti in questione si veda C. GAROFALO, *La sospensione dell’attività lavorativa durante l’emergenza epidemiologica Covid-19*, in *LG*, 2020, pp. 432 ss., spec. pp. 435 ss.; P. SORDI, *Le disposizioni a favore dei lavoratori destinatari delle previsioni della Legge n. 104 del 1992*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica*, in *LPO*, 2020, pp. 51 ss.

⁽⁹³⁾ Si veda l’art. 23, comma 7, del d.l. n. 18/2020. Per alcune riflessioni sul congedo straordinario attualmente previsto dall’art. 21-*bis*, d.l. n. 104/2020, si veda *infra* § 8.5.

⁽⁹⁴⁾ Si veda l’art. 23, commi 1-4, del d.l. n. 18/2020, nonché l’art. 72, comma 1, lett. *a*, del d.l. n. 34/2020, che ha sostituito il comma 1 dell’art. 23, d.l. n. 18/2020.

⁽⁹⁵⁾ Si veda l’art. 23, comma 5, del d.l. n. 18/2020.

- 2) il congedo di cui al punto 1), per i lavoratori del settore pubblico, per i quali non è l'Inps soggetto erogatore e responsabile del procedimento, ma la stessa pubblica amministrazione da cui si dipende ⁽⁹⁶⁾;
- 3) l'acquisto di servizi di *baby sitting* ⁽⁹⁷⁾ nel limite di 600 euro (poi elevate a 1.200 euro grazie al “rilancio Italia”) ⁽⁹⁸⁾, alternativo rispetto al congedo di cui al punto 1) ⁽⁹⁹⁾, elevato a 1.000 euro (maggiorato ulteriormente a 2.000 euro grazie al “rilancio Italia”) ⁽¹⁰⁰⁾, nel caso di genitori lavoratori dipendenti del settore pubblico e privato, appartenenti alla categoria dei medici, degli infermieri, dei tecnici di laboratorio biomedico, dei tecnici di radiologia medica e degli operatori sociosanitari, nonché del personale del Comparto Sicurezza, Difesa e Soccorso pubblico ⁽¹⁰¹⁾;
- 4) l'equiparazione a ricovero ospedaliero, *ex art.* 19, d.l. n. 19/2020, del periodo di assenza dal lavoro, prescritto dalle autorità sanitarie per i lavoratori portatori di *handicap* grave ⁽¹⁰²⁾;

⁽⁹⁶⁾ Si veda l'art. 25, commi 1 ss., del d.l. n. 18/2020.

⁽⁹⁷⁾ Giova far notare che l'art. 23, comma 8, del d.l. n. 18/2020 si limiti a parlare semplicemente di servizi di *baby sitting*, mentre il successivo art. 25, comma 3, che eleva a 1.000 euro il bonus per alcune particolari categorie di lavoratori, in modo più corretto parla di servizi di *baby sitting* per l'assistenza e la sorveglianza. Ma si veda anche l'art. 72, comma 1, lett. c, del d.l. n. 34/2020, che ha modificato il comma 8 dell'art. 23, d.l. n. 18/2020.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. art. 72, comma 1, lett. c, d.l. n. 34/2020, che ha modificato in tal senso il comma 8 dell'art. 23, d.l. n. 18/2020.

⁽⁹⁹⁾ Si veda l'art. 23, commi 8 e 9, del d.l. n. 18/2020. A ben guardare, però, nel caso in cui il servizio sia richiesto dai genitori di figli portatori di *handicap*, sarebbe stato più corretta una esplicita estensione del *bonus* ai servizi erogati da operatori socio-assistenziali (OSA) o socio-sanitari (OSS), alla luce delle specifiche necessità di accudimento richieste dall'utenza disabile. Peraltro, si segnala che molte cooperative erogatrici dei servizi da ultimo richiamati sono state costrette a comunicare la sospensione all'utenza a causa proprio della pandemia, creandosi così un pericoloso corto-circuito assistenziale. Sulla reintroduzione del *bonus baby sitting ex art. 21-bis*, d.l. n. 104/2020, alla luce della recrudescenza del fenomeno pandemico, si veda *infra* § 8.5.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. art. 72, comma 2, lett. a, d.l. n. 34/2020, che ha modificato in tal senso il comma 3 dell'art. 25, d.l. n. 18/2020.

⁽¹⁰¹⁾ Si veda l'art. 25, comma 3, del d.l. n. 18/2020, successivamente modificato dall'art. 72, comma 2, lett. a, del d.l. n. 34/2020, elevando l'importo citato, appunto, da 1.000 a 2.000 euro.

⁽¹⁰²⁾ Si veda l'art. 26, comma 2, del d.l. n. 18/2020, come modificato dall'art. 74, comma 1, lett. a, del d.l. n. 34/2020, con riferimento al periodo di vigenza della disposizione, valida fino al 31 luglio 2020. In dottrina per alcune riflessioni in argomento si veda P. SORDI, *op. cit.*, p. 54. L'inesorabile risalita della curva dei contagi ha indotto il legislatore a novellare nuovamente il comma 2 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020, ad opera dell'art. 26, comma 1-bis, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126. La novella ha reso necessario introdurre anche il comma 2-bis all'art. 26, d.l. n. 18/2020, creando così un doppio regime temporale che prevede la citata equiparazione dell'assenza a ricovero ospedaliero fino al 15 ottobre 2020, mentre dal giorno successivo fino al 31 dicembre 2020 i c.d. lavoratori fragili svolgeranno di norma la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto. In argomento, si rinvia comunque al commento di S. ROSSI, *Il periodo di sorveglianza attiva: tra malattia e congedo straordinario*, in questo volume.

- 5) il diritto al lavoro agile per i lavoratori portatori di *handicap* grave o che abbiano nel proprio nucleo familiare un disabile in situazione di gravità, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione ⁽¹⁰³⁾;
- 6) la non riconducibilità a giusta causa di recesso, *ex art.* 2119 c.c., dell'assenza dal lavoro da parte di uno dei genitori conviventi di una persona con disabilità, a condizione che sia preventivamente comunicata e motivata l'impossibilità di accudire la persona con disabilità a seguito della sospensione delle attività dei Centri semiresidenziali, comunque siano denominati dalle normative regionali, a carattere socio-assistenziale, socio-educativo, polifunzionale, socio-occupazionale, sanitario e socio-sanitario per persone con disabilità ⁽¹⁰⁴⁾, nonché nei Centri riabilitativi ambulatoriali del Servizio sanitario nazionale ⁽¹⁰⁵⁾;
- 7) il potenziamento della didattica a distanza nel rispetto dei criteri di accessibilità per l'utenza disabile ⁽¹⁰⁶⁾;
- 8) l'estensione dei permessi *ex art.* 33, comma 3, l. n. 104/1992, per i mesi di marzo e aprile 2020 ⁽¹⁰⁷⁾, e successivamente anche per quelli di maggio e giugno 2020 ⁽¹⁰⁸⁾.

Quest'ultima misura, prevista dall'art. 24, comma 1, d.l. n. 18/2020 ⁽¹⁰⁹⁾, riconosce l'incremento di ulteriori complessive dodici giornate nei mesi di marzo e aprile 2020 dei permessi retribuiti coperti da contribuzione figurativa, di cui all'art. 33, l. n. 104/1992, beneficio rinnovato secondo le medesime modalità anche per i mesi di maggio e giugno 2020 dall'art. 73, d.l. n. 34/2020.

Il comma 2 dell'art. 24, d.l. n. 18/2020, invece, prevede una significativa deroga, riconoscendo l'incremento delle dodici giornate di permesso al personale sanitario a condizione che ciò sia compatibile con le esigenze organizzative delle aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale impegnati nell'emergenza Covid-19 e del comparto sanità; tale previsione è stata estesa dal comma 2-*bis* al personale del Comparto Sicurezza, Difesa e Soccorso Pubblico, polizia locale e provinciale (*infra*) ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰³⁾ Si veda l'art. 39 del d.l. n. 18/2020, la cui efficacia è stata prorogata al 15 ottobre 2020, *ex art.* 1, comma 3, d.l. n. 83/2020, convertito con modificazioni dalla l. 25 settembre 2020, n. 124, ed ulteriormente modificato dall'art. 1, comma 3, d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, non ancora convertito in legge, prorogando nuovamente il termine in parola al 31 dicembre 2020.

⁽¹⁰⁴⁾ Si veda l'art. 47 del d.l. n. 18/2020. Si veda anche l'art. 21-*ter*, d.l. n. 104/2020, inserito in sede di conversione in legge dall'art. 1, comma 1, l. n. 126/2020, ivi riconoscendosi fino al 30 giugno 2021, ai genitori lavoratori dipendenti privati che hanno almeno un figlio in condizioni di disabilità grave riconosciuta ai sensi della l. 5 febbraio 1992, n. 104, il diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli artt. da 18 a 23 della l. 22 maggio 2017, n. 81, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore non lavoratore e che l'attività lavorativa non richieda necessariamente la presenza fisica.

⁽¹⁰⁵⁾ L'aggiunta all'elenco già cospicuo di cui all'art. 47 del d.l. n. 18/2020 è stata operata dall'art. 10, comma 1, lett. *b*, del d.l. n. 34/2020.

⁽¹⁰⁶⁾ Si veda l'art. 120 del d.l. n. 18/2020.

⁽¹⁰⁷⁾ Si veda l'art. 24 del d.l. n. 18/2020.

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda l'art. 73, comma 1, del d.l. n. 34/2020, che ha modificato l'art. 24, comma 1, del d.l. n. 34/2020.

⁽¹⁰⁹⁾ Su cui si veda C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *LG*, 2020, n. 5, pp. 432 ss., spec. pp. 441-442.

⁽¹¹⁰⁾ Il comma 2-*bis* dell'art. 24, d.l. n. 18/2020, è stato introdotto in sede di conversione dalla l. n. 27/2020.

L'incremento dei “permessi 104” è stato salutato in modi diversi dai vari *stakeholders* coinvolti. Infatti, i *caregivers* hanno molto apprezzato la *ratio legis*, che consente di alleviare il disagio dei disabili assistiti, aumentato a causa dei vincoli pandemici, ricorrendo in modo complementare a vari istituti giuridici così da massimizzare la risposta assistenziale (si pensi al lavoratore che possa ricorrere allo *smart working* ed ai permessi Covid-19).

Sul versante datoriale, invece, la risposta non è stata uniforme, dovendosi distinguere tra attività incluse nei servizi essenziali o meno.

Nel primo caso, il datore di lavoro (pubblico o privato che sia) continua la propria attività e l'assenza del dipendente per un cospicuo numero di giorni è una variabile organizzativa significativa, a prescindere dalla fiscalizzazione del costo del permesso, specie se l'attività ha subito un inaspettato picco di lavoro, basti pensare alle aziende impegnate nella produzione di dispositivi di protezione individuale (DPI) o di attrezzature medicali e sanitarie indispensabili per il contrasto alla pandemia. Quando poi l'attività da essenziale diventa, addirittura, indispensabile, come nel caso del personale delle aziende ed enti del SSN, disciplinato dall'art. 24, comma 2, d.l. n. 18/2020, il legislatore giunge ad introdurre un significativo temperamento tra diritto all'assistenza e tutela della salute pubblica, prevedendo la più classica delle clausole generali e cioè il bilanciamento di compatibilità tra i due interessi in gioco (assistenza al disabile *vs.* tutela della salute pubblica), richiedendo ulteriori sacrifici al personale medico e paramedico.

All'art. 24, d.l. n. 18/2020, è seguita la consueta prassi amministrativa che ha consentito di chiarire progressivamente i profili applicativi della disposizione, fuggendo via via i dubbi derivanti dalle possibili differenti interpretazioni della norma, basti pensare all'entità del *bonus* di permessi accordato in via del tutto eccezionale ed al campo di applicazione soggettivo della stessa.

In sostanza, il Governo concede ai lavoratori che assistono una persona con disabilità grave, non ricoverata a tempo pieno, ed a quelli cui è riconosciuta una disabilità grave per se stessi, la possibilità di fruire, per i mesi di marzo e aprile 2020 (nonché maggio e giugno 2020, per effetto dell'art. 73, d.l. n. 34/2020), di complessivi 18 giorni di permesso retribuito per disabile assistito coperto da contribuzione figurativa (3 giorni a marzo + 3 giorni ad aprile + 12 giorni tra marzo e aprile) ⁽¹¹¹⁾, ovvero

(111) A ben guardare, già a ridosso della pubblicazione del d.l. n. 18/2020, ed ancor prima dei chiarimenti dell'Inps, l'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha contribuito ad evitare fraintendimenti grazie alle informazioni messe a disposizione sul sito web (si veda [Nuovo Coronavirus: domande frequenti sulle misure per le persone con disabilità](#)), specificando che i giorni di permesso sono estesi a 18 in totale per il bimestre di marzo-aprile 2020 (e anche per quello di maggio-giugno 2020 concesso con il d.l. n. 34/2020), conferendosi al *caregiver* il diritto alla scelta delle modalità di distribuzione dei permessi, con l'importante precisazione che «i giorni di permesso non “scadono” a fine mese» (cfr. *FAQ* 18 marzo 2020, successivamente rielaborate in modo più completo, a seguito della circ. Inps 25 marzo 2020, n. 45). In effetti, una lettura superficiale della disposizione avrebbe potuto condurre ad imputare ad ogni singolo mese lo specifico *bonus* di 12 giorni, in aggiunta ai permessi mensili di marzo e aprile (e poi anche di maggio e giugno), fruibili ai sensi dell'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, dando credito alle tesi della perdita dello speciale beneficio non fruito entro la fine di ogni singolo mese, al pari di quanto avviene normalmente per i tre giorni di permesso 104 ordinario, per i quali non è prevista la “portabilità” al mese successivo. A distanza di una settimana dalla pubblicazione del d.l. n. 18/2020, l'Inps ha provveduto a dare indicazioni dettagliate anche sull'art. 24, soffermandosi sulla natura eccezionale dell'estensione dei giorni

dell'equivalente commutato in “monte ore” di permessi orari, condividendosi l'interpretazione dell'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità che evidenzia la sostanziale antinomia tra l'utilizzo dei permessi ad ore e l'obiettivo prioritario di limitare gli spostamenti delle persone fisiche, specie nel caso di ricorso allo *smart working*.

I permessi *ex art.* 24, comma 1, d.l. n. 18/2020, possono essere richiesti dal giorno di entrata in vigore dei d.l. n. 18/2020 e n. 34/2020, rispettivamente il 17 marzo 2020 e il 19 maggio 2020, ⁽¹¹²⁾, escludendosi qualsiasi efficacia retroattiva, come precisato anche dall'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità non ritenendosi possibile convertire in permesso 104 le assenze già effettuate nel mese di marzo 2020, utilizzando altri istituti giuridici contrattualmente previsti (congedi ordinari, permessi per motivi personali, ecc.) ⁽¹¹³⁾.

I nuovi permessi Covid-19 sono fruibili anche consecutivamente nel corso di un solo mese, ovvero in modo frazionato a marzo, con portabilità del residuo ad aprile, fermo restando l'obbligo di fruire dei tre giorni mensili nel mese di riferimento. Inoltre, ne beneficia anche il lavoratore *part-time*, secondo le medesime regole ed algoritmi già illustrati per quelli *ex art.* 33, comma 3, l. n. 104/1992, rammentandosi che per quelli fruiti in modo giornaliero «il riproporzionamento non andrà effettuato» ⁽¹¹⁴⁾.

Il criterio del riproporzionamento, già fatto proprio dall'Inps in relazione alla fruizione dei permessi *ex lege* n. 104/1992 da parte di lavoratori dipendenti da imprese in CIG, istituto massicciamente impiegato proprio a causa dell'emergenza pandemica, è stato evocato anche in relazione ai permessi Covid-19, giungendosi alle medesime soluzioni interpretative già praticate dai datori di lavoro con riferimento ai permessi “ordinari”, col riconoscimento di un giorno di permesso, *ex art.* 33, comma 3, l. n. 104/1992, nonché di quattro, di cui all'art. 24, d.l. n. 18/2020, ogni 10 giorni di assistenza continuativa, nel caso di Cig a zero ore ⁽¹¹⁵⁾.

Anche per la Cig a rotazione si osservano le medesime regole dettate per il riproporzionamento algoritmico dei permessi in caso di *part-time* verticale ⁽¹¹⁶⁾, mentre nel caso di Cig ad orario ridotto per tutti giorni lavorativi non v'è alcun riproporzionamento ⁽¹¹⁷⁾.

L'utilizzo fraudolento dei permessi *ex lege* 104 v'è il rischio che si manifesti in modo eclatante in occasione del periodo pandemico, durante il quale si avverte la necessità che di essi se ne faccia un uso corretto e conforme a norma anche per finalità connesse alla riduzione del contagio da SARS-CoV-2, si pensi ai lavoratori collocati in Cig non a zero ore, ma a rotazione, che programmino i permessi *ex art.* 33, comma 3, l. n. 104/2020, e 24, d.l. n. 18/2020, in perfetta sovrapposizione alle giornate lavorative concordate, ponendo in essere una condotta astrattamente lecita, ma non proprio

di permesso della l. n. 104/1992, limitatamente al bimestre marzo-aprile e poi anche maggio-giugno 2020, per effetto dell'art. 73 del d.l. n. 34/2020.

⁽¹¹²⁾ Si vedano gli artt. 127, d.l. n. 18/2020, e 266, d.l. n. 34/2020.

⁽¹¹³⁾ In tal senso si veda anche circ. Min. PA n. 2/2020.

⁽¹¹⁴⁾ Circ. Inps 25 marzo 2020, n. 45, § 6.

⁽¹¹⁵⁾ Mess. Inps 15 aprile 2020, n. 1621.

⁽¹¹⁶⁾ L'algoritmo che consente di ricavare il numero dei permessi cui si ha diritto (“x”) è rappresentato dalla seguente formula: $x : a = b : c$ (evidenziandosi che “a” corrisponde al numero dei giorni di lavoro effettivi, mentre “b” costituisce il numero di giorni di permesso e “c” i giorni lavorativi).

⁽¹¹⁷⁾ Mess. Inps 15 aprile 2020, n. 1621.

paradigmatica di un livello di collaborazione sicuramente maggiore da prestare al datore di lavoro in occasione di periodi eccezionali come quello che stiamo attraversando; infatti, ben potrebbe il *caregiver* programmare la propria assistenza durante le giornate in cui è collocato in Cig.

Discorso analogo al rapporto tra Cig e permessi 104 (ivi compresi i “permessi 104 Covid-19”) può svolgersi per i lavoratori beneficiari dell’assegno ordinario Fis⁽¹¹⁸⁾.

Il principio alla base di tutte le fattispecie di riproporzionamento qui esaminate è la non computabilità algoritmica dei giorni di sospensione per Cig o assegno ordinario Fis; al contrario, lo *smart worker* vedrà computati tutti i giorni lavorativi, ivi compresi quelli in cui effettua la prestazione in modo agile, non potendosi confondere quest’ultima modalità di esecuzione della prestazione con il lavoro a domicilio (escluso dal beneficio dei permessi 104).

Quanto al campo di applicazione soggettivo, in un primo momento l’Inps aveva ritenuto di ammettere alla fruizione dei “permessi 104 Covid-19” solo i lavoratori *caregiver*, senza contemplare i lavoratori portatori di *handicap* beneficiari per se stessi dei permessi 104⁽¹¹⁹⁾, ma già dalle prime indicazioni dell’Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità è stata ribadita la fruibilità dei permessi anche in favore dei lavoratori ai quali è riconosciuta una disabilità grave e non solo per i *caregivers*⁽¹²⁰⁾. Inoltre, è stata confermata anche per i “permessi 104 Covid-19” la possibilità di cumulo in capo allo stesso lavoratore nel caso di plurima assistenza a disabili; di conseguenza, esemplificativamente, il genitore che abbia due figli disabili in condizione di gravità, oltre ai 3 giorni di permesso mensile, per il bimestre marzo-aprile potrà fruire di 12 giorni di permesso per ciascun portatore di *handicap*⁽¹²¹⁾, per un totale massimo di 36 giorni (6 giorni a marzo + 6 giorni ad aprile + 24 giorni di “permessi 104 Covid-19”).

Lo stesso genere di ragionamento è applicabile nel caso di *caregiver* a sua volta disabile ed onerato dell’assistenza di altro portatore di *handicap*. In entrambi i casi, il beneficiario di questa agevolazione potrebbe astrattamente richiedere i permessi *ex art.* 33, l. n. 104/1992, e prestare assistenza continuativa ai portatori di *handicap* in modo ininterrotto dal primo giorno di vigenza del d.l. n. 18/2020 fino al 30 aprile 2020 (6 giorni a marzo + 6 giorni ad aprile + 24 giorni di “permessi 104 Covid-19”) ⁽¹²²⁾, ovvero del d.l. n. 34/2020, fino al 30 giugno 2020.

5.1. *Segue: la procedura*

Con riferimento alla procedura da seguire, sempre l’Inps ha comunicato che il lavoratore già in possesso di un provvedimento di autorizzazione ai permessi, con validità comprensiva dei mesi di marzo e aprile, non deve presentare una nuova domanda, potendo già fruire delle ulteriori giornate di cui all’art. 24, mentre i datori di lavoro

⁽¹¹⁸⁾ Circ. Inps 15 settembre 2017, n. 130, § 2.4.4.

⁽¹¹⁹⁾ Si veda mess. Inps 20 marzo 2020, n. 1281, allegato 1.

⁽¹²⁰⁾ FAQ 18 marzo 2020; *adde* I. ALVINO, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Decreto legge “Cura Italia”*: strumenti di sostegno del reddito e delle esigenze di assistenza dei lavoratori subordinati e autonomi, dattiloscritto.

⁽¹²¹⁾ Cfr. circ. Min. PA n. 2/2020.

⁽¹²²⁾ FAQ 18 marzo 2020, cit.

devono considerare validi i provvedimenti di autorizzazione già emessi (con ovvia estensione di questo *modus procedendi* anche per i permessi Covid-19 per maggio e giugno 2020). Nell'ipotesi di lavoratore privo di provvedimento di autorizzazione valido, questi deve presentare domanda finalizzata al suo ottenimento, a condizione che sussistano i relativi requisiti, con la conseguenza che il provvedimento di autorizzazione emesso consentirà al datore di lavoro di concedere anche l'ulteriore quota di permessi ⁽¹²³⁾.

Nella prima ipotesi, i datori di lavoro comunicano all'Inps le giornate di congedo fruito dai lavoratori, attraverso il flusso UniEmens, utilizzando i codici evento e i codici conguaglio appositamente istituiti a tal fine ⁽¹²⁴⁾, effettuando una comunicazione "a consuntivo" della totalità dei permessi, distinti per causale, dovendosi presumere, quanto meno per la mensilità di marzo e maggio 2020, una deroga eccezionale alla programmabilità dei permessi, visto che gli artt. 24, d.l. n. 18/2020, e 73, d.l. n. 34/2020, sono sopraggiunti rispetto all'arco temporale di riferimento e considerando le indicazioni operative fornite dall'Istituto per la presentazione delle domande relative ai permessi 104 per i lavoratori privati, da richiedere telematicamente via *web*, ovvero tramite patronato oppure per mezzo del *contact center* multimediale ⁽¹²⁵⁾.

Più semplice, invece, la gestione procedurale per i lavoratori dipendenti per i quali è previsto il pagamento diretto dell'indennità da parte dell'Inps (lavoratori agricoli e lavoratori dello spettacolo a tempo determinato), tenuti a presentare una nuova domanda secondo le consuete modalità solo nel caso in cui non sia già stata presentata una istanza relativa ai mesi per cui è previsto l'incremento delle giornate fruibili.

Quanto alla procedura prevista per i lavoratori alle dipendenze dalle pubbliche amministrazioni, com'è noto, la fruizione dei permessi 104 è curata dalla PA con cui è instaurato il rapporto di lavoro (contrattualizzati) o di servizio (regime di diritto pubblico), secondo le indicazioni interne dettate dal proprio datore di lavoro.

È abbastanza nota l'asimmetrica fruizione delle agevolazioni previste dalla l. n. 104/1992 tra lavoro privato e pubblico, assistendosi ad un massiccio ricorso da parte dei lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, rispetto a quello cui si assiste nel privato, sovente riconducibile a differenti motivazioni (rapporto non spersonalizzato tra datore di lavoro e dipendente; presenza di un discreto *metus* da parte del lavoratore; interesse diretto del datore di lavoro ad effettuare controlli sul legittimo esercizio dei permessi anche per mezzo di agenzie di investigazione private).

Proprio su questa base è legittimo porre in dubbio il costo dei "permessi 104 Covid-19", ipotizzato dal Governo nella relazione tecnica di accompagnamento al d.l. n. 18/2020, stimato solo ed unicamente sulla base dei dati contenuti negli archivi gestionali dell'Inps ⁽¹²⁶⁾, senza tener conto di quello posto a carico delle amministrazioni pubbliche che, al pari dell'Inps, è comunque sostenuto, *lato sensu*, dai contribuenti.

⁽¹²³⁾ Si veda mess. Inps 20 marzo 2020, n. 1281, allegato 1, e circ. Inps 25 marzo 2020, n. 45, § 6.

⁽¹²⁴⁾ Circ. Inps 25 marzo 2020, n. 45, § 6.

⁽¹²⁵⁾ Si veda circ. Inps 27 settembre 2012, n. 117; più recentemente e con riferimento all'agevolazione di cui all'art. 24, d.l. n. 18/2020, si veda anche mess. Inps 30 marzo 2020, n. 1416.

⁽¹²⁶⁾ La relazione tecnica ipotizza, sulla base delle informazioni desunte dagli archivi gestionali dell'Inps, con riferimento all'anno 2018, le seguenti platee nel campo di applicazione del presente provvedimento: circa 70.000 lavoratori beneficiari di permessi mensili di 3 giorni per figli con *handicap* grave con una retribuzione media giornaliera 2018 pari a 76,8 euro; circa 330.000 lavoratori beneficiari di permessi mensili di 3 giorni per assistere parenti ed affini entro il terzo grado, portatori di *handicap*

5.2 Agevolazioni assistenziali vs. esigenze organizzative: il limite della compatibilità per la fruizione dell'incremento dei giorni di “permessi 104” per il personale sanitario e per gli appartenenti al Comparto Sicurezza, Difesa e Soccorso Pubblico, polizia municipale-locale e provinciale

La disciplina delle agevolazioni assistenziali di cui all'art. 24, d.l. n. 18/2020, come già accennato (si veda *supra*), vede fortemente penalizzato il personale sanitario. Infatti, il comma 2 della disposizione prevede che “i permessi 104 Covid-19” siano riconosciuti al personale sanitario «compatibilmente» con le «esigenze organizzative» delle aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale impegnati nell'emergenza pandemica e del comparto sanità.

In sede di conversione del d.l. n. 18/2020, con l'aggiunta di un ulteriore comma 2-*bis* all'art. 24, la disciplina dettata in un primo momento per il solo personale sanitario è stata sostanzialmente estesa anche a quello delle Forze di polizia, delle Forze armate, della Polizia penitenziaria, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché della polizia locale dei comuni, delle province e delle città metropolitane, che ne beneficerà compatibilmente con le esigenze organizzative dell'ente cui appartiene e con le preminenti esigenze di interesse pubblico da tutelare, vietando altresì il cumulo “permessi 104 Covid-19” con quanto previsto all'art. 87, comma 6, d.l. n. 18/2020.

Il riconoscimento condizionato ⁽¹²⁷⁾ dei “permessi 104 Covid-19” per il personale sanitario ed assimilato si aggiunge alla sospensione dei congedi ordinari del personale sanitario e tecnico, nonché del personale le cui attività siano necessarie a gestire le attività richieste dalle unità di crisi costituite a livello regionale, già disposto dai d.P.C.M. 8 e 9 marzo 2020, confermato dal d.P.C.M. 26 aprile 2020.

Si tratta di limitazioni assolutamente comprensibili in ragione dell'emergenza pandemica, ma che rischiano di compromettere gravemente i diritti costituzionali al ristoro psico-fisico e di assistenza ai disabili ove espletino la funzione di *caregiving*.

La formulazione decisamente stringata dell'art. 24, comma 2, d.l. n. 18/2020, richiede una verifica della relativa prassi applicativa, al fine di definire il campo di applicazione oggettivo e soggettivo della disposizione.

Quanto al primo profilo, giova evidenziare che la disposizione non esclude in assoluto il personale sanitario dalla fruizione dei permessi.

Di conseguenza, gli enti interessati dovrebbero disciplinare le modalità di eventuale fruizione dei permessi in modo tale da consentirla, sebbene in modo fortemente contingentato, evitando posizioni interpretative che approdino alla sostanziale

grave, con una retribuzione media giornaliera 2018 pari a 85 euro; ed infine, circa 42.000 lavoratori beneficiari di permessi mensili di 3 giorni per se stessi con una retribuzione media giornaliera di 85 euro. Sulla base dei dati sopra riportati, l'onere derivante dall'incremento del numero di giornate di fruizione dei congedi in esame, a fronte degli attuali 3 giorni mensili, di ulteriori 12 giorni complessivi, per i mesi di marzo ed aprile 2020, risulta pari a 590,5 milioni di euro, di cui 444 milioni di euro per prestazioni e 146,5 milioni di euro per copertura figurativa.

⁽¹²⁷⁾ Sul punto cfr. A. RICCOBONO, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto “Cura Italia”*, in *Giustiziacivile.com*, secondo il quale il beneficio introdotto dal legislatore perde il carattere potestativo, divenendo un diritto soggettivo condizionato. *Adde* P. SORDI, *op. cit.*, p. 53.

abrogazione del diritto, come avvenuto in un primo momento in Sicilia ove, alla luce della situazione critica che necessitava della presenza costante di tutto il personale impegnato presso le Aziende Sanitarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, l'Assessorato Regionale alla Salute ha invitato ad evitare di concedere gli ulteriori benefici di cui all'art. 24, d.l. n. 18/2020, poiché la sua applicazione avrebbe potuto recare pregiudizio all'attività e all'organizzazione dei servizi, nonostante le iniziative volte al reclutamento di ulteriori unità di personale ⁽¹²⁸⁾. Per contro, appare opinabile l'approccio della Regione Marche che si è limitata a dare conto del dato normativo, di fatto scaricando la responsabilità sulle singole Asl ed enti sanitari senza fornire indicazione alcuna alle amministrazioni periferiche, ovvero suggerire criteri e principi di massima per evitare eccessive disparità tra *caregivers* ⁽¹²⁹⁾.

Intermedia, e assolutamente condivisibile, è la posizione interpretativa assunta dalla Regione Puglia che bilancia in modo interessante le posizioni giuridiche in campo ⁽¹³⁰⁾. Infatti, il riconoscimento del beneficio aggiuntivo è stato subordinato alle esigenze organizzative della singola Unità Operativa Complessa, vagliate dal relativo direttore e contro-valutate dal direttore del Dipartimento di afferenza, chiamati entrambi ad autorizzare la fruizione, statuendo che l'estensione del beneficio non dovrà sguarnire il contingente necessario ad affrontare l'emergenza.

Ulteriore profilo di interesse è quello relativo all'applicabilità della disposizione agli enti della sanità privata e al relativo personale. Sebbene l'art. 24, comma 2, d.l. n. 18/2020, sul punto appaia ellittico, si ritiene che la *ratio* al fondo della limitazione deponga per l'applicazione della stessa anche alla sanità privata, chiamata anch'essa ad uno sforzo significativo nella lotta alla pandemia ⁽¹³¹⁾.

Quanto al campo di applicazione soggettivo, l'art. 24, comma 2, d.l. n. 18/2020, lo limita al "personale sanitario", dovendosi intendere per tale il personale medico (specialistico e di medicina generale), gli odontoiatri, le ostetriche, gli infermieri e i farmacisti, non dovendo essere trascurato il ruolo a loro volta espletato nella tutela della salute e nel contrasto alla pandemia da parte del personale socio-sanitario (OSS) e socio-assistenziale (OSA), sebbene a stretto diritto non riconducibili alla categoria del "personale sanitario".

⁽¹²⁸⁾ Nota Assessorato della salute Regione Sicilia 18 marzo 2020, prot. n. 15497. Giova evidenziare che successivamente è intervenuta la nota 1° aprile 2020, prot. n. 17244, precisando che il diniego ai c.d. permessi Covid-19 è valido solo per il personale sanitario impegnato nell'emergenza pandemica, mentre per gli altri dipendenti tale opzione non è ammissibile. Fanno eccezione i *caregivers* che assistono familiari malati gravi o oncologici, col rischio, però, che quella che rappresenta una eccezione diventi la regola, visto che il beneficio dei permessi è concesso esclusivamente per l'assistenza dei portatori di *handicap* in condizione di gravità, quindi tutti!

⁽¹²⁹⁾ Questa è la sensazione che si ricava dalla nota Ospedali Riuniti Marche Nord 19 marzo 2020, prot. n. AORMNI0015072.

⁽¹³⁰⁾ Nota Regione Puglia, Dipartimento Promozione della salute, del benessere sociale e dello sport per tutti 20 marzo 2020, prot. n. 4344.

⁽¹³¹⁾ L'interpretazione è corroborata dalle doglianze delle organizzazioni sindacali di categoria (nota FP-Cgil, Cisl-FP, Uil-PA 24 marzo 2020, circa una possibile limitazione, nel senso previsto dall'art. 24, d.l. n. 18/2020, anche per gli istituti disciplinati dal precedente art. 23, richiesta a sua volta con nota 19 marzo 2020, prot. n. 465, dalla direzione generale dell'Ariss, l'Associazione che raccoglie un cospicuo numero di Ircss, ospedali, presidi, Case di cura, Centri di riabilitazione, Residenze sanitarie assistenziali ed ex istituti psichiatrici, afferenti al microcosmo della sanità privata di ispirazione cattolica.

Si vuol sostanzialmente dire che il ristretto campo di applicazione soggettivo potrebbe determinare criticità in aree di supporto a quella strettamente medica e paramedica, nella misura in cui la fruizione dei permessi Covid-19 da parte, ad esempio, degli OSS dovesse divenire un elemento di indiretta compromissione delle esigenze organizzative di carattere sanitario, a meno che non si tratti di servizi esternalizzati dalla Asl o dalla Azienda Ospedaliera di riferimento, al pari di quelli di refezione o di pulizie, sostanzialmente “scaricando” sull'appaltatore il rischio di un aumento esponenziale delle assenze per assistenza a disabili.

Come già anticipato, in sede di conversione è stato introdotto il comma 2-*bis* nell'art. 24 del d.l. n. 18/2020, con sostanziale estensione delle limitazioni già previste per il personale sanitario a quello del Comparto Sicurezza-Difesa, Soccorso Pubblico e della Polizia municipale e provinciale.

A ben guardare, la prima formulazione dell'emendamento ⁽¹³²⁾, per quanto sostanzialmente sovrapponibile a quella poi approvata in sede di conversione, presenta un profilo formale interessante. Infatti, il riferimento al Corpo della Polizia penitenziaria non era consapevolmente citato, essendo ricompreso nella locuzione “Forze di polizia”, mentre nella disposizione successivamente approvata dal Parlamento lo annovera espressamente collocandolo tra le Forze Armate e il Corpo Nazionale dei vigili del fuoco, come se si trattasse di un Corpo a sé stante e non della quarta Forza di Polizia dello Stato, appartenente al c.d. Comparto Sicurezza.

La *ratio* della previsione limitativa è fin troppo evidente: evitare che la fruizione dei “permessi 104 Covid-19” possa costituire elemento di compromissione per l'espletamento dei compiti istituzionali assegnati a ciascun Corpo di Polizia o Forza Armata, ma anche ai Vigili del fuoco, impegnati non solo nella consueta attività di prevenzione e repressione dei reati e di garanzia dell'ordine pubblico, ma anche di verifica del rispetto delle prescrizioni anti-contagio da parte della popolazione.

Specie con riferimento a quest'ultimo profilo, correttamente il legislatore ha esteso l'efficacia della disposizione limitativa anche alla Polizia municipale e a quella provinciale, investite anch'esse da compiti di controllo, nonostante non facciano parte del Comparto Sicurezza e Difesa.

Ovviamente, il riferimento alle compatibilità con le “esigenze organizzative” va calibrato su ogni singolo Corpo di Polizia o Forza Armata e all'uopo un cenno a parte merita proprio la Polizia penitenziaria, alle cui difficoltà va ricondotta l'introduzione della previsione limitativa dei permessi in commento, vista la notoria sovrabbondanza di *caregivers* appartenenti ad esso, tanto che in alcune Regioni del meridione costituiscono anche il 30% della forza organica, da sommare agli incredibili eventi critici verificatisi nei giorni successivi al 7 marzo 2020 ed alla paurosa carenza d'organico che caratterizza il Corpo di Polizia penitenziaria ⁽¹³³⁾.

⁽¹³²⁾ Emendamento 24.5 (Piarulli, Matriciano, Ortis).

⁽¹³³⁾ Di fronte a queste oggettive difficoltà, appare ragionevole quanto evidenziato da P. SORDI, *op. cit.*, spec. p. 53, secondo il quale «da parte datoriale può senz'altro avvalersi di una presunzione di sussistenza delle predette esigenze». Sulla base di questa presunzione non sono stati pochi gli ordini di servizio delle direzioni di alcuni istituti penitenziari che hanno limitato *ex ante* ed in modo generalizzato la fruizione dei permessi Covid-19 per gli appartenenti al Corpo di Polizia penitenziaria, risultando oggettivamente complicata una valutazione casistica, in ragione dei rischi di discriminazione che quest'ultima potrebbe determinare (cfr. ordini di servizio Casa circondariale di Trani 22 marzo 2020, n. 43, e 28 marzo 2020, n. 43-*bis*). Sul punto si segnala nota Dap 17 luglio 2020, prot.

Di conseguenza, sebbene anche i permessi in commento siano assoggettati alla consueta programmazione, la massiccia fruizione degli stessi corre il rischio di compromettere il mantenimento di *standard* minimi di ordine e sicurezza nelle strutture penitenziarie⁽¹³⁴⁾, sovraccaricando ulteriormente il personale in servizio, già provato dalle condizioni operative legate sia alla pandemia, sia alla cronica emergenza carceraria.

A ben guardare, l'efficacia di questa previsione si è manifestata con la proroga del beneficio dei "permessi 104 Covid-19" per i mesi di maggio e giugno 2020, *ex art.* 73, d.l. n. 34/2020, visto che è entrata in vigore il 30 aprile 2020, quando oramai il bimestre marzo-aprile era trascorso.

Infine, i permessi in esame sono incumulabili con quanto previsto *sub art.* 87, comma 6, d.l. n. 87/2020, cioè non solo con l'assenza del dipendente dal servizio per malattia, quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva dovuta al Covid-19⁽¹³⁵⁾, ma anche con le assenze riconducibili all'istituto della dispensa temporanea dalla presenza in servizio anche ai soli fini precauzionali in relazione all'esposizione a rischio, *ex art.* 37, d.P.R. n. 3/1957, previsto in favore del personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco in considerazione del livello di esposizione al rischio di contagio da SARS-CoV-2 connesso allo svolgimento dei compiti istituzionali e nel rispetto delle preminenti esigenze di funzionalità delle amministrazioni interessate⁽¹³⁶⁾.

La *ratio* del divieto di cumulo appare evidente.

In primo luogo, essa può essere riconducibile all'ontologica impossibilità di prestare assistenza al disabile se si è costretti all'isolamento, anche solo per motivi precauzionali, prevalendo l'interesse alla tutela della salute pubblica rispetto a quello assistenziale.

In secondo luogo, l'assenza per malattia o quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria dovuta al Covid-19, trova già un titolo giustificativo incompatibile con il permesso *ex lege* n. 104/1992 che, ove programmato, viene assorbito dal primo tipo di assenza, diversamente da quanto accade per le ferie (o congedo

m_dg.GDAP.0255830.U, che riferisce quanto accaduto presso la Casa circondariale di Pescara, ove pare non sia stato possibile accogliere tutte le richieste di permessi 104 Covid-19 per i mesi di maggio e giugno «a causa delle esigenze di servizio connesse alla carenza di personale, all'alta percentuale di assenze anche di lungo periodo assicurando, comunque, l'accoglimento di quelle che presentavano particolari esigenze assistenziali». Di conseguenza, è altamente probabile che la direzione dell'istituto abruzzese abbia provveduto ad una valutazione nel merito delle richieste di assistenza, non comprendendosi come abbia potuto provvedere, se non attraverso un giudizio di valore sui profili patologici ovvero sull'intensità del rapporto di parentela.

⁽¹³⁴⁾ Per fronteggiare la conseguente carenza di personale di Polizia penitenziaria alcune Direzioni degli istituti penitenziari hanno fatto ricorso a soluzioni organizzative estreme. Si pensi all'ordine di servizio 10 aprile 2020, n. 49, della Casa circondariale di Bari che ha previsto la possibilità di elevare da otto a dodici ore di servizio continuativo la turnazione mattutina del personale (da 8/16 a 8/20), nell'ipotesi in cui si verificano carenze nella copertura dei servizi al di sotto dei parametri minimi di sicurezza, ovviamente esentando da questo sacrificio i poliziotti da impiegare nel successivo turno notturno.

⁽¹³⁵⁾ Su cui si veda F. RONDINA, *Quarantena, permanenza domiciliare fiduciaria, malattia*, in A. PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, pp. 67 ss.

⁽¹³⁶⁾ Ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.l. 30 luglio 2020, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 25 settembre 2020, n. 124, come modificato dall'art. 1, comma 3, d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, non ancora convertito in legge, il termine di applicazione dell'art. 87, comma 6, d.l. n. 18/2020, è stato prorogato al 31 dicembre 2020.

ordinario). Analogo ragionamento vale per la dispensa ai sensi dell'art. 37, d.P.R. n. 3/1957, in forza della quale il dipendente viene collocato automaticamente in congedo straordinario con equiparazione al servizio effettivo prestato e non computabilità nel limite dei 45 giorni annui di congedo straordinario di cui al citato art. 37, comma 3. Infine, si è del parere che l'incompatibilità formalmente prevista tra "permessi 104 Covid-19" ed art. 87, comma 6, d.l. n. 18/2020, possa ritenersi estesa anche agli stessi permessi *ex* art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, in ragione dell'identità di *ratio* con quelli di cui agli artt. 24, d.l. n. 18/2020, e 73, d.l. n. 34/2020.

6. #iorestocasa, ovvero del principio di massima prossimità all'abitazione per lo svolgimento di attività consentite e dell'assistenza ai portatori di handicap in condizione di gravità

La concessione di ulteriori giorni di permessi 104, ai sensi degli artt. 24, d.l. n. 18/2020, e 73, d.l. n. 34/2020, non può non tenere conto della progressiva estensione della nozione di assistenza, da non intendere semplicemente come quella di tipo sanitario e materiale ⁽¹³⁷⁾, «ma anche morale, affettiva, psicologica, e come tale possibile anche in presenza di una distanza non irragionevole tra il domicilio del disabile e quello del lavoratore» ⁽¹³⁸⁾, con la conseguenza di contribuire a scardinare l'errata convinzione che il permesso non possa essere usufruito anche per finalità genericamente riconducibili al miglioramento, anche minimo, della vita di relazione del disabile, quali possano essere il semplice accompagnamento del disabile al cinema o al mare ⁽¹³⁹⁾. Ai tempi del Covid-19, la nozione di assistenza e le sue modalità di erogazione sono state messe a dura prova dalle varie misure di contenimento del contagio specie durante la c.d. fase 1, si pensi al divieto di ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico, alle restrizioni agli spostamenti sia intercomunali che infracomunali (ivi compreso il raggiungimento delle seconde case), al rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro o alle limitazioni relative all'attività motoria ⁽¹⁴⁰⁾.

Orbene, la progressiva estensione del campo di applicazione soggettivo (platea dei potenziali *caregivers*) ed oggettivo (venir meno di alcuni requisiti condizionanti, come la convivenza e l'esclusività) dell'agevolazione rappresentata dai permessi *ex lege* n. 104/1992 è stata materialmente compressa a causa della pandemia, con l'effetto di

⁽¹³⁷⁾ Ed infatti, Trib. Pordenone 27 dicembre 2001, in *Giurisprudenza Amministrativa Friuli-Venezia Giulia*, 2000, p. 38, evidenzia che «il diritto riconosciuto [...] merita tutela anche quando di fatto la persona handicappata è assistita da personale medico», poiché l'istituto non intende tutelare solo l'assistenza materiale, ma anche quella «forma di sostegno psicologico e affettivo che solo un familiare (e non anche un qualsiasi efficientissimo servizio pubblico) è in grado di dare». *Contra*, Trib. Milano 28 maggio 2003, in *D&L*, 2003, p. 700.

⁽¹³⁸⁾ Così B. DI GIACOMO RUSSO, *op. cit.*, spec. § 2.

⁽¹³⁹⁾ Ed infatti, O. BONARDI, *op. cit.*, p. 785, evidenzia che «La legge, è bene ricordarlo e sottolinearlo, non stabilisce in alcun modo le finalità per le quali il permesso è attribuito, se non genericamente nelle esigenze di cura e assistenza del disabile. È questo un elemento che in futuro, alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 183/2010 e dal d.lgs. n. 119/2011, dovrà essere tenuto ben presente».

⁽¹⁴⁰⁾ Artt. 1, d.P.C.M. 8 marzo 2020. Per effetto dell'aumento dei contagi giova evidenziare come molte delle misure di contenimento adottate nella fase 1 siano state riproposte o rimodulate dai d.P.C.M. 24 ottobre 2020 e 3 novembre 2020.

rendere più complessa, se non di inibire totalmente, le possibilità di assistenza da parte dei *caregivers* non coabitanti con il disabile o peggio non residenti nello stesso comune, alla luce del principio di massima prossimità rispetto alla propria abitazione alla base di tutte le deroghe al *mantra* del “restate a casa”, previsto dai molteplici provvedimenti anti Covid-19.

Questa naturale asimmetria manifesta effetti ancor più pesanti in danno degli anziani portatori di *handicap* in condizioni di gravità, in quanto categoria maggiormente esposta, stando al dato statistico, ai rischi di contagio e mortalità da Covid-19.

A ben guardare, durante la fase 1 e già subito dopo il d.P.C.M. 8 marzo 2020, il Ministero dell'Interno ha specificato che le situazioni di necessità in grado di legittimare lo spostamento, anche extracomunale, erano quelle preordinate allo svolgimento di un'attività indispensabile per tutelare un diritto primario non altrimenti efficacemente tutelabile o motivi di salute da identificare in quei casi in cui l'interessato si doveva spostare per sottoporsi a terapie o cure mediche non effettuabili nel comune di residenza o di domicilio ⁽¹⁴¹⁾, ovvero quando gli spostamenti erano riconducibili a comprovate esigenze primarie non rinviabili, come nel caso dell'approvvigionamento alimentare, o per la gestione quotidiana degli animali domestici, o svolgere attività sportiva ⁽¹⁴²⁾.

Il principio di massima prossimità all'abitazione per le attività consentite diventava ancora più stringente nel d.P.C.M. 22 marzo 2020 che, unitamente ai numerosi provvedimenti regionali anti Covid-19, perseguiva l'obiettivo di scongiurare spostamenti in ambito nazionale in grado di favorire la diffusione dell'epidemia, vietandosi i trasferimenti con mezzi pubblici o privati dal comune di residenza, se non determinati da comprovate esigenze lavorative ⁽¹⁴³⁾, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute ⁽¹⁴⁴⁾.

Durante la fase 1, sono stati consentiti, così, i soli movimenti effettuati per comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità, ovvero per motivi di salute, che rivestivano carattere di quotidianità o comunque effettuati abitualmente in ragione della brevità delle distanze da percorrere, ritenendosi legittimo il pendolarismo da e verso il luogo di lavoro in mancanza di una dimora alternativa a quella abituale, o gli spostamenti per l'approvvigionamento di generi alimentari nel caso in cui il punto vendita più vicino e/o accessibile alla propria abitazione fosse ubicato nel territorio di altro comune ⁽¹⁴⁵⁾.

Come si può notare, uno dei motivi che consentivano lo spostamento dalla propria abitazione, ma sempre nel rispetto della prossimità, è rappresentato dalla tutela della

⁽¹⁴¹⁾ Circ. Min. int. 8 marzo 2020, n. 14606.

⁽¹⁴²⁾ Circ. Min. int. 12 marzo 2020, prot. n. 15350/117(2); per quanto concerne la condizione attuale l'art. 1, comma 9, lett. *d*, d.P.C.M. 3 novembre 2020, lo svolgimento della attività sportiva o motoria all'aperto, anche presso aree attrezzate e parchi pubblici, ove accessibili, purché comunque nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno due metri per l'attività sportiva e di almeno un metro per ogni altra attività salvo che non sia necessaria la presenza di un accompagnatore per i minori o le persone non completamente autosufficienti.

⁽¹⁴³⁾ Sui pesanti effetti del *lockdown* sull'economia sommersa si veda A. PILEGGI, *Una riflessione sul diritto del lavoro alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in A. PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, pp. 1 ss., spec. p. 2, che fa notare come «i lavoratori in nero non potranno per definizione mai “comprovar[li]e”».

⁽¹⁴⁴⁾ Art. 1, comma 1, lett. *b*, d.P.C.M. 22 marzo 2020.

⁽¹⁴⁵⁾ Circ. Min. int. 23 marzo 2020, prot. n. 15350/117(2).

salute, da intendersi non solo in modo diretto (e cioè la propria), ma anche indiretto (e cioè quella del terzo che necessita dell'ausilio altrui) e tale interpretazione ha trovato conferma nella prassi amministrativa dei provvedimenti anti-Covid-19, che hanno giustificano gli spostamenti nei pressi della propria abitazione dettati da esigenze di accompagnamento di anziani o inabili da parte di persone che ne curano l'assistenza. Va da sé che il concetto di accompagnamento non poteva che essere tenuto distinto da quello di assembramento⁽¹⁴⁶⁾, anche perché materialmente impossibile da sovrapporre, essendo difficilmente (*recte* impossibile) praticabile l'accompagnamento di un disabile fisico (la spinta della carrozzella), psichico o intellettivo (passeggiata con soggetto autistico), osservando il distanziamento sociale prescritto dalle raccomandazioni anti-contagio⁽¹⁴⁷⁾, al pari di quanto poteva avvenire nel caso di passeggiata genitore-figlio, specie se trattasi di minore in fascia d'età infantile.

A tal proposito, il disagio patito dai disabili psichici o intellettivi e dai relativi *caregivers* è sicuramente incomparabile, non solo per gli effetti derivanti dal mutamento improvviso di una *routine* consolidata, ma anche per cercare di spiegare la causa del cambiamento e contribuire a ridurre i comportamenti-problema a loro volta risolvibili con semplici uscite dal domicilio⁽¹⁴⁸⁾. Sul punto non sono stati pochi i provvedimenti che, andando oltre lo stereotipato contenuto delle informazioni diffuse dall'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità⁽¹⁴⁹⁾, hanno dimostrato una attenzione maggiore verso le esigenze dei disabili appartenenti allo spettro autistico, consentendo loro non solo di uscire di casa per evitare peggioramenti delle condizioni di salute, ma anche di allontanarsi da essa.

La differenziazione tra tipologie di disabilità non è stata irrilevante in questo momento storico, specie se si considera che al principio di massima prossimità è stato associato

⁽¹⁴⁶⁾ Circ. Min. Int. 31 marzo 2020, prot. n. 15350/117(2). Sul punto la circolare prevede che il divieto di assembramento non possa ritenersi violato dalla presenza in spazi all'aperto di persone ospitate nella medesima struttura di accoglienza (ad es. case-famiglia). Per converso, però, in tali strutture chiunque acceda dall'esterno (operatori, fornitori, familiari, ecc.) sarà comunque tenuto al rispetto del divieto di assembramento, della distanza interpersonale di un metro e dall'utilizzo degli occorrenti presidi sanitari (mascherine e guanti). A ben guardare, si tratta di una precisazione sovente impossibile da rispettare, si pensi all'operatore socio sanitario che debba gestire una crisi autoaggressiva o eteroaggressiva di un utente psichiatrico adulto, intervenendo fisicamente. Sul divieto di assembramento, diffusamente, si veda il d.P.C.M. 13 ottobre 2020 ed a seguito dell'aumento della curva dei contagi i successivi d.P.C.M. 24 ottobre 2020 e 3 novembre 2020.

⁽¹⁴⁷⁾ In argomento, si veda l'art. 1, comma 2, lett. a, d.l. n. 19/2020, come modificato in sede di conversione dalla l. n. 35/2020, il cui art. 1 ha aggiunto le seguenti parole: «Ai soggetti con disabilità motorie o con disturbi dello spettro autistico, con disabilità intellettiva o sensoriale o con problematiche psichiatriche e comportamentali con necessità di supporto, certificate ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, è consentito uscire dall'ambiente domestico con un accompagnatore qualora ciò sia necessario al benessere psico-fisico della persona e purché siano pienamente rispettate le condizioni di sicurezza sanitaria». Sul punto è tornato l'art. 12, comma 2, d.P.C.M. 3 novembre 2020, prevedendo espressamente che «Le persone con disabilità motorie o con disturbi dello spettro autistico, disabilità intellettiva o sensoriale o problematiche psichiatriche e comportamentali o non autosufficienti con necessità di supporto, possono ridurre il distanziamento sociale con i propri accompagnatori o operatori di assistenza, operanti a qualsiasi titolo, al di sotto della distanza prevista».

⁽¹⁴⁸⁾ Sul punto si veda ANFFAS, *Coronavirus e disabilità intellettive: informazioni e consigli per gestire lo stress (parte seconda)*, 18 marzo 2020, in *Anffas.net*.

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi si ribadisce la possibilità di uscita, valida sostanzialmente per tutti se circoscritta alle vicinanze della propria abitazione per fare attività motoria.

anche quello di sussidiarietà nell'aiuto al disabile, al fine di ridurre i contatti sociali con terzi e quindi le occasioni di contagio, anche bypassando il ruolo storicamente riconosciuto al *caregiver*. Infatti, l'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità ha raccomandato il massimo rispetto delle regole di distanziamento sociale per prevenire il contagio, specie con le persone disabili in ragione della loro maggiore fragilità, tanto da rammentare che gli spostamenti da Comune a Comune potevano considerarsi autorizzati solo se motivati da assoluta urgenza ed in assenza di soluzioni alternative, quali i servizi di consegne a domicilio, ovvero di volontariato, oppure ricorrendo a familiari e conoscenti più vicini, nonché ai servizi di assistenza per le persone disabili non autosufficienti attivi sul territorio, quali il servizio di consegna dei farmaci, ovvero al servizio di spesa a domicilio in favore di anziani soli e di persone immunodepresse.

Orbene, appare evidente che il ricorso a familiari e conoscenti più vicini avrebbe potuto paradossalmente esporre maggiormente il disabile al rischio di contagio, poiché l'attenzione prestata dal *caregiver* nell'utilizzo dei DPI e nel rispetto delle regole anti-contagio a tutela del portatore di *handicap* sarebbe stata sicuramente maggiore di quella del semplice conoscente o del parente prossimo, dovendosi dissentire rispetto alla raccomandazione dell'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità.

Il fenomeno della fuga dalle (ex) zone rosse del Nord Italia verso il meridione a ridosso della dichiarazione del *lockdown* in diretta televisiva, da parte degli studenti fuori sede, e quello dei titolari di seconde case verso regioni a bassissima densità di contagio (si pensi ai lombardi spostatisi in Gallura durante la prima decade di marzo 2020), ha indotto molti presidenti regionali, «nel rispetto dell'ambito della competenza per possibili interventi in sussidiarietà verticale»⁽¹⁵⁰⁾, a disporre durante la fase 1 la “quarantena fiduciaria” di tutti coloro i quali provenissero da Regioni diverse⁽¹⁵¹⁾, complicando la possibilità di fruizione del diritto ai permessi in favore del lavoratore residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello del portatore di *handicap* grave, di cui al comma 3-*bis* nell'art. 33, ma anche consentendo ai soliti “furbetti della 104” di congegnare “ad arte” le richieste di permesso, così da massimizzare il “tempo di non lavoro” (non di certo quello di assistenza), specie da parte di lavoratori pubblici.

Infatti, alla luce dei provvedimenti regionali adottati durante la fase 1, avremmo potuto tranquillamente avere il caso del *caregiver*, lavoratore dipendente in Lombardia, solitamente beneficiario di permessi per assistenza a disabile residente in Sicilia, abbinati a ROL, giornate di ferie e congedo a vario titolo, che chiedesse al proprio datore di lavoro di fruire di permessi 104 e “permessi Covid-19” per raggiungere il portatore di *handicap*. Ferma restando l'intangibilità (?) del diritto in questione, appare oltremodo anomala la richiesta in considerazione dei seguenti elementi:

⁽¹⁵⁰⁾ Si veda C. Stato 7 aprile 2020, n. 735, inerente all'ord. del Sindaco di Messina 5 aprile 2020, n. 105, relativa alla disciplina dell'attraversamento dello Stretto, su cui il Consiglio di Stato ha espresso il proprio favorevole all'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento, ai sensi degli artt. 2, comma 3, lett. *p*, l. n. 400/1988, e 138, d.lgs. n. 267/2000.

⁽¹⁵¹⁾ Si veda Regione Abruzzo ord. 13 marzo 2020, n. 7; Regione Basilicata ord. 15 marzo 2020, n. 5, nonché 21 marzo 2020, n. 8 e n. 9; Regione Calabria ord. 14 marzo 2020; Regione Lazio ord. 17 marzo 2020, n. 10; Regione Puglia ord. 14 marzo 2020; Regione Sardegna ord. 14 marzo 2020, n. 9; Regione Sicilia ord. 20 marzo 2020, n. 7. Quanto alle altre Regioni si rinvia ai rispettivi siti istituzionali, alla luce del numero sovrabbondante di provvedimenti.

- 1) lo spostamento non sarebbe stato solo extracomunale, ma addirittura extraregionale, per cui la richiesta avrebbe potuto essere sospettata di “abuso del diritto”, nell’ipotesi in cui la regione di destinazione prevedesse la quarantena per le persone in arrivo;
- 2) i comportamenti che il *caregiver* avrebbe dovuto osservare in quarantena fiduciaria sarebbero stati ontologicamente incompatibili con l’espletamento di qualsivoglia attività di assistenza al disabile, visto che il soggetto in questione, tra le altre cose, avrebbe dovuto mantenere lo stato di isolamento per quattordici giorni ed osservare il divieto assoluto di contatti sociali (quindi anche con il disabile assistito);
- 3) il periodo di isolamento fiduciario non avrebbe potuto essere imputato a permesso 104 (anche Covid-19), né tanto meno a qualunque altro strumento di assistenza, visto il divieto di contatto sociale con chiunque. Di conseguenza, questo periodo corre il rischio di ridondare in danno del datore di lavoro, potendo essere imputabile ad assenza giustificata, addirittura retribuita;
- 4) solo al termine dell’isolamento fiduciario il *caregiver* avrebbe potuto prestare assistenza al disabile, ma una volta terminati i giorni di permesso, ci sarebbe stato il rischio dell’ennesima collocazione del lavoratore in quarantena, per effetto di analoghi provvedimenti regionali.

Il passaggio dalla fase 1 (il c.d. *lockdown*) alla fase 2, con una progressiva riapertura delle attività lavorative ed un graduale ritorno alla “vita libera” ⁽¹⁵²⁾, incide relativamente sulle riflessioni poc’anzi formulate, atteso che l’allentamento dei divieti per la gestione della pandemia, temperato dalla possibilità di reintroduzione di misure di contenimento su specifiche parti del territorio nazionale o su parti di esso per periodi predeterminati di durata non superiore a 30 giorni fino al 31 gennaio 2021, *ex art. 1, d.l. n. 19/2020* ⁽¹⁵³⁾, pone analoghi interrogativi sulla regolare fruizione degli “ordinari” permessi *ex art. 33, comma 3, l. n. 104/1992*, e sui c.d. permessi 104 Covid-19, basti pensare al rapporto tra una eventuale ed ennesima limitazione logistica extraregionale ad opera di provvedimenti analoghi a quelli adottati durante la fase 1, determinati da un aumento dei contagi da SARS-CoV-2 e gli effetti sull’assistenza da *caregiver* collocati in regione diversa da quella presso cui è residente il disabile da assistere ⁽¹⁵⁴⁾, ovvero alla eventualità di essere attinti da misure di contenimento (permanenza

⁽¹⁵²⁾ Cfr. F. PALLANTE, *Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, pp. 19 ss., spec. p. 20, secondo il quale «Per le persone assoggettate alle più stringenti misure di quarantena domiciliare (perché risultate positive al virus ma non ospedalizzate o perché venute in contatto con persone positive) si potrebbe ritenere coinvolta persino la libertà personale (art. 13 Cost.), anche se è, forse, più corretto qualificare le misure loro rivolte come trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, c. 2, Cost.)».

⁽¹⁵³⁾ Il termine di cui all’art. 1, comma 1, d.l. n. 19/2020, è stato prorogato al 15 ottobre 2020, dall’art. 1, comma 1, lett. a, d.l. n. 83/2020, convertito con modificazioni in l. 25 settembre 2020, n. 124, ed al 31 gennaio 2021 per effetto dell’art. 1, comma 1, lett. a, d.l. 7 ottobre 2020, n. 125.

⁽¹⁵⁴⁾ Con riferimento al personale di Polizia penitenziaria cfr. circ. Dap 4 maggio 2020, prot. m_dg.DAP.014474-U, e 12 maggio 2020, prot. m_dg.DAP.0158677-U, che, in adesione al d.P.C.M. 26 aprile 2020, ritenevano legittimo il rientro presso il domicilio, la residenza o l’abitazione per fruire dei permessi *ex l. n. 104/1992* (permessi Covid compresi) riconducendolo a “ragioni di salute” o di “assoluta urgenza”, ed ascrivendo il rientro presso la sede di servizio a “motivi lavorativi”, non offrendo però alcuna soluzione rispetto all’ipotesi relativa a territorio attinto dalle speciali misure di contenimento previste dall’art. 1, d.l. n. 19/2020, adottabili fino al 31 gennaio 2021 per effetto dell’art. 1, comma 1, lett. a, d.l. 7 ottobre 2020, n. 125.

domiciliare con isolamento fiduciario per 14 giorni) ⁽¹⁵⁵⁾ di carattere regionale, indotte dalla necessità di evitare “contagi di ritorno”, come avvenuto in Puglia con riferimento ai cittadini provenienti da Croazia, Spagna, Grecia e Malta ⁽¹⁵⁶⁾.

A seguito della recrudescenza del fenomeno pandemico e dell’aumento esponenziale dei contagi da Covid-19 con d.P.C.M. 3 novembre 2020 il Governo ha adottato ulteriori stringenti misure di contenimento, limitando nuovamente la mobilità geografica tra regioni, tra comuni (c.d. zona arancione) e addirittura all’interno dello stesso comune (c.d. zona rossa), rendendo così attuali le riflessioni già svolte innanzi in ordine al rapporto tra assistenza ai disabili e limitazioni alla mobilità.

7. La cessione delle ferie e dei riposi per fronteggiare l’epidemia da Covid-19

Il complesso panorama di risorse normative ed economiche messe in campo per fronteggiare gli effetti della pandemia da Covid-19 si avvale di strumenti già disponibili a normativa vigente e rivitalizzati per l’occasione.

Oltre ai permessi *ex l.* n. 104/1992, possiamo annoverare anche la cessione delle ferie e dei riposi, istituto già disciplinato dall’art. 24, d.lgs. n. 151/2015, e rifunzionalizzato dal comma 4-*bis*, dell’art. 87, d.l. n. 18/2020, introdotto in occasione della conversione in legge di quest’ultimo provvedimento.

Rispetto all’art. 24, d.lgs. n. 151/2015, che espressamente riservava l’istituto delle ferie solidali per consentire ai lavoratori di assistere i (soli) figli minori che per le particolari condizioni di salute necessitassero di cure costanti, la fattispecie della cessione delle ferie e dei riposi Covid-19 presenta una *ratio* solidaristica più ampia, non essendo condizionata ad alcuna specifica attività di *caregiving*.

Tra la prima e la seconda fattispecie sono rinvenibili una significativa serie di differenze che non ne alterano la *ratio* che muove gli appartenenti alla comunità lavorativa a disporre la cessione di ferie o riposi in favore di altro o altra collega, nonostante la valenza “acausale” della cessione medesima e la natura sostanzialmente a termine dell’istituto.

In effetti, la previsione di cui al citato comma 4-*bis*, ha una durata temporalmente limitata, potendo operare fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e comunque non oltre il 30 settembre 2020.

La cessione di ferie e riposi può operare anche in deroga alla disciplina prevista dai contratti collettivi nazionali vigenti e con riferimento al suo campo di applicazione soggettivo si evidenzia che essa vale esclusivamente per i soli dipendenti dalle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, essendo quindi

⁽¹⁵⁵⁾ La circolare del Ministero della salute 12 ottobre 2020, prot. n. 32850, in considerazione dell’evoluzione della situazione epidemiologica, delle nuove evidenze scientifiche, delle indicazioni provenienti da alcuni organismi internazionali (OMS ed ECDC) e del parere formulato dal Comitato tecnico scientifico in data 11 ottobre 2020, ha effettuato una rivalutazione relativa alla durata dell’isolamento e della quarantena, riducendola sostanzialmente a 10 giorni con test molecolare negativo.

⁽¹⁵⁶⁾ Regione Puglia ord. 11 agosto 2020, seguita poi dall’ord. del Ministero della salute 12 agosto 2020, avente medesimo contenuto, ma differente termine temporale per la sottoposizione a tampone (48 ore *vs.* 72 ore).

esclusi non solo i lavoratori in regime di diritto pubblico ⁽¹⁵⁷⁾, ma anche tutti i lavoratori del settore privato, sebbene per questi ultimi la nota vitalità della contrattazione collettiva di riferimento abbia sviluppato, già a ridosso dell'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, ed ora vieppiù come strumento di risposta all'emergenza Covid-19, interessanti sistemi di "banche ore solidali" collocati ben oltre la rigida soglia applicativa della cessione delle ferie per assistenza a figli disabili ⁽¹⁵⁸⁾.

Al pari della fattispecie di cui all'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, anche quella in commento conferisce al datore di lavoro pubblico un ruolo di semplice intermediazione amministrativa nella cessione di riposi e ferie fra dipendenti, assimilabile ad una operazione negoziale bilaterale tra cedente e cessionario, cui lo stesso datore di lavoro risulta estraneo, semplicemente perché non può opporsi allo scambio. Infatti, anche questo negozio di cessione può essere ricondotto allo «schema di donazione in senso civilistico» ⁽¹⁵⁹⁾, nonostante il fragoroso silenzio del legislatore sulla qualificazione giuridica ed il rinvio alla contrattazione collettiva di riferimento, compiuto per affermare la valenza derogatoria della disposizione rispetto alla disciplina autonoma, sebbene ciò non escluda l'applicabilità di quest'ultima se non derogata espressamente o non incompatibile con la norma commento.

Inoltre, non si potranno applicare le disposizioni civilistiche in materia di donazione in contrasto con il comma 4-*bis*, dell'art. 87, d.l. n. 18/2020: si pensi alla necessità che la cessione, già di per sé abbinabile espressamente della forma scritta, sia fatta per atto pubblico (art. 782, comma 1, c.c.), ovvero alla inapplicabilità delle norme chiaramente riferibili alla donazione di cose, ossia di beni materiali (si pensi alla garanzia per evizione *ex art. 797 c.c.*).

Sotto il profilo extragiuridico, il meccanismo della cessione di ferie e riposi evoca esperienze di mutualismo civico, traslate nella comunità lavorativa, cedendosi non beni mobili o immobili, ma tempo di non lavoro.

⁽¹⁵⁷⁾ Sul punto, l'ingiusta penalizzazione per i lavoratori del settore pubblico, ivi compresi quelli del Comparto Sicurezza e Difesa, è stata stigmatizzata dalla segreteria nazionale della Silp-Cgil, quanto al personale della Polizia di Stato, con nota 5 aprile 2020, prot. n. 58/P/2020. Giova sul punto segnalare che, quanto meno per gli appartenenti al Corpo della Polizia penitenziaria, si è assistita ad una inaspettata estensione della previsione dell'art. 84, comma 4-*bis*, d.l. n. 18/2020, accordandosi la fruizione dell'istituto delle ferie solidali, nonostante l'espressa limitazione normativa alle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 e sul punto favorevolmente, si veda circ. Dap 25 giugno 2020, prot. m_dg.DAP.0224214-U, che evidentemente ha accolto una nozione "ampia" di «dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165», a ben guardare già patrimonio della giurisprudenza amministrativa, relativamente ad istituti giuridici funzionali al contemperamento tra le esigenze assistenziali e quelle dell'Amministrazione di appartenenza (cfr. Tar Milano 7 gennaio 2020, n. 28, secondo cui, diversamente opinando, si porrebbe ad una ingiustificata disparità di trattamento tra personale comunque dipendente della PA, in relazione ad un istituto – quello dell'assegnazione temporanea *ex art. 42*, d.lgs. n. 151/2001 – che vede, a monte, nella temporaneità dell'assegnazione, il contemperamento tra esigenze genitoriali e quelle familiari).

⁽¹⁵⁸⁾ Si pensi al sistema di cessione volontaria di ferie solidali individuato dalla System Logistics, azienda leader nella fornitura di automazioni di intralogistica con sede a Fiorano Modenese, con l'obiettivo di non penalizzare i dipendenti che appartengono ai dipartimenti con attività sospese per contenere la diffusione del Covid-19 (si veda www.askanews.it, 8 aprile 2020).

⁽¹⁵⁹⁾ S. MOLENDINI, *I congedi di maternità, paternità e parentali nel quadro europeo: analisi della normativa di alcuni Paesi*, in S. MOLENDINI, E. GENTILE, *Work Life Balance in Europa tra nuove norme e buone pratiche. Come migliorare occupazione (femminile) e produttività*, Regione Puglia, 2015, spec. p. 44.

Al pari di quanto previsto dall'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, è richiesto il requisito legale della gratuità della cessione, inibendosi formalmente accordi che prevedano forme di corrispettivo in denaro o in natura a favore del cedente.

Resta il problema della vigilanza sulla reale gratuità della cessione, al fine di evitare «una deprecabile mercificazione tra i dipendenti coinvolti»⁽¹⁶⁰⁾, essendo elevato il rischio che l'atto di liberalità celi spregiudicate operazioni commerciali, si pensi al fenomeno della falsa donazione di sangue o – peggio ancora – di organi⁽¹⁶¹⁾. Tale rischio può essere scongiurato se l'interpretazione fornita alla locuzione «ad altro dipendente della medesima amministrazione di appartenenza», contenuta nel comma 4-*bis* dell'art. 87, d.l. n. 18/2020, abbia una portata astratta e non concreta, nel senso di riferirsi non ad «uno specifico altro dipendente», ma ad una platea indeterminata di richiedenti, il cui bisogno viene soddisfatto dalla pubblica amministrazione salvaguardandone l'anonimato.

La cessione di cui al comma 4-*bis* dell'art. 87, d.l. n. 18/2020, oltre alla gratuità e alla forma scritta dell'atto, non può essere sottoposta a condizione o a termine e non è revocabile. Ciò implicitamente esclude che il cedente possa concordare con il cessionario (sempre che sia conosciuto o conoscibile) una clausola di reciprocità, ossia un impegno in capo a quest'ultimo a ricambiare il dono ricevuto.

A ben guardare, salvo che tale impegno non integri in modo chiaro l'elemento accidentale della condizione, ove dovesse essere sostanzialmente riconducibile all'onere, si potrebbe ipotizzare la salvezza del negozio giuridico, riconducendo la fattispecie all'art. 793 c.c., secondo cui «la donazione può essere gravata da un onere»⁽¹⁶²⁾. In effetti, la norma cita espressamente condizione e termine, ma nulla dice degli ulteriori elementi accidentali dell'onere o del modo, presumendosene la sua legittima apposizione in virtù del principio *ubi lex dixit voluit, noluit tacuit*.

La previsione di questo elemento accidentale potrebbe, però, contrastare con meccanismi di tipo procedurale funzionali a salvaguardare l'anonimato del personale coinvolto, con la conseguenza che l'eventuale onere si paleserebbe oggettivamente incompatibile con la materiale cessione delle ferie.

Quanto alla posizione giuridica della pubblica amministrazione, essa non può opporsi alla cessione di ferie/riposi tra dipendenti ed assume un evidente obbligo di cooperazione, visto che la cessione viene comunicata dal lavoratore cedente al proprio dirigente e da questo al dirigente del ricevente, salvo che i due lavoratori non dipendano dal medesimo dirigente.

La posizione datoriale, quindi, è di vero e proprio *patis* e quella dei lavoratori ne esce decisamente rafforzata dall'analisi della disposizione, la cui natura derogatoria, rispetto alla contrattazione collettiva esistente, di fatto depone per un potenziale aggravamento della posizione debitoria del datore di lavoro, funzionale al soddisfacimento delle esigenze che sorreggono l'istituto delle ferie solidali causa Covid-19.

⁽¹⁶⁰⁾ V. LAMONACA, *Le novità in materia di congedi genitoriali*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, pp. 489 ss., spec. p. 512.

⁽¹⁶¹⁾ R. VOZA, *La cessione dei riposi e delle ferie*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Semplificazioni – sanzioni – ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, pp. 177 ss., *amplius*.

⁽¹⁶²⁾ Per alcune riflessioni analoghe sulla fattispecie di cui all'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, cfr. R. VOZA, *op. cit.*

Interessante, poi, è l'espressa possibilità di cessione di ferie e riposi senza distinzione tra le diverse categorie di inquadramento o i diversi profili posseduti.

A ben guardare, nelle prime bozze del d.lgs. n. 151/2001 si prevedeva l'omogeneità di inquadramento dei lavoratori cedenti e cessionari che volessero beneficiare dell'istituto delle ferie solidali di cui all'art. 24, esigendosi, «mansioni di pari livello e categoria». Questo limite è poi scomparso nel testo definitivo della disposizione introdotta dal *Jobs Acts 2* ed esplicitamente esclusa nell'art. 87, comma 4-*bis*, d.l. n. 18/2020, presumibilmente per derogare eventuali previsioni della contrattazione collettiva che dovessero aver stabilito una certa omogeneità categoriale per accedere all'istituto delle ferie solidali.

A dire il vero, la cessione dei congedi non è elemento indolore per il datore di lavoro pubblico, soprattutto sotto il profilo organizzativo, atteso che l'assenza di un funzionario con professionalità, incarichi e responsabilità peculiari non è paragonabile a quella di un semplice assistente amministrativo che espleta mansioni di tipo puramente esecutivo. Inoltre, non è escluso che la cessione possa avere anche riflessi di tipo contabile o economico, si pensi al dipendente pubblico che abbia una importante accumulo di congedo ordinario e che sia in procinto di perderlo, perché non in grado di fruirne nei termini previsti (ad esempio, si pensi al lavoratore assente per malattia o per congedo straordinario ai sensi dell'art. 42, d.lgs. n. 151/2001) e sia disposto a cederlo ad altri piuttosto che a perderlo, magari confidando nella restituzione della "cortesia" da parte del cessionario, specie alla luce dell'inciso finale dell'art. 87, comma 4-*bis*, d.l. n. 18/2020, che fa salvi i termini temporali previsti per la fruizione delle ferie pregresse dalla disciplina vigente e dalla contrattazione collettiva, impedendo che la deroga prevista in generale dalla disposizione possa essere riferibile anche a quest'ultimo profilo.

La disposizione di riferimento non consente la cessione indistinta di tutte le giornate di riposo o di ferie, ma solo di quelle maturate fino al 31 dicembre 2019, evitando di rendere disponibili quelle relative ai primi mesi del 2020 per evidenti ragioni di tutela psicofisica del lavoratore cedente.

A sua volta, però, la possibilità di disporre delle proprie ferie o giornate di riposo non può non risentire del contenuto della contrattazione collettiva, nonostante l'espressa derogabilità contenuta nell'art. 87, comma 4-*bis*, d.l. n. 18/2020.

A tal riguardo, si evidenzia che l'istituto delle ferie solidali è stato già disciplinato, sebbene in sostanziale attuazione dell'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, in modo pressoché sovrapponibile dai Ccnl del Comparto Funzioni Centrali (art. 30), Sanità (art. 34), Università (art. 46), Ricerca (art. 71), Dirigenza scolastica (art. 14), Enti Locali (art. 30).

Nonostante la disciplina in questione sia di fatto riferibile alla norma introdotta con il *Jobs Act 2* è ben possibile indicarla quale procedura *standard* che le pubbliche amministrazioni utilizzeranno per gestire le ferie solidali Covid-19, compatibilmente con le differenze innanzi tratteggiate tra i due differenti istituti e con la valenza esplicitamente derogatoria dell'art. 87, comma 4-*bis*, d.l. n. 18/2020.

I requisiti della volontarietà e gratuità della cessione anche in questo caso sono i punti di riferimento della regolamentazione autonoma, mentre sono dichiarate esplicitamente cedibili:

- a) le giornate di ferie nella propria disponibilità, eccedenti le quattro settimane annuali di cui il lavoratore deve necessariamente fruire ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, queste ultime quantificate in 20 giorni nel caso di articolazione dell'orario di lavoro settimanale su cinque giorni e 24 giorni nel caso di articolazione dell'orario settimanale di lavoro su sei giorni ⁽¹⁶³⁾;
- b) le quattro giornate di riposo per le festività soppresse.

La regolamentazione in questione faceva riferimento ai cessionari, indicandoli come i dipendenti caratterizzati da condizioni di necessità (l'assistenza ai figli gravemente disabili), e consentendo loro di presentare specifica richiesta all'amministrazione, reiterabile, di utilizzo di ferie e giornate di riposo per un una misura massima di 30 giorni per ciascuna domanda, previa presentazione di adeguata certificazione, comprovante lo stato di necessità delle cure in questione, rilasciata esclusivamente da idonea struttura sanitaria pubblica o convenzionata.

Nel caso delle ferie solidali Covid-19, una prima deroga opera proprio in ordine alla individuazione dei cessionari, poiché a tale categoria possono appartenere astrattamente tutti i dipendenti. In concreto, però, la condizione prevista dalla regolamentazione ante Covid-19 di ammettere il dipendente a beneficiare della cessione delle ferie altrui solo a seguito dell'avvenuta completa fruizione delle giornate di ferie o di festività soppresse allo stesso spettanti, nonché di permessi e riposi compensativi eventualmente maturati, si dovrebbe ritenere applicabile anche all'istituto introdotto dall'art. 84, comma 4-*bis*, d.l. n. 18/2020, non apparendo razionale il ricorso alla solidarietà senza una motivazione congrua, quale quella dell'esaurimento delle proprie giornate di congedo.

La garanzia di anonimato di cui si è già parlato è tutelata dalla contrattazione collettiva di riferimento secondo cui, una volta ricevuta la richiesta di fruizione di ferie solidali, l'amministrazione la rende tempestivamente nota a tutto il personale l'esigenza senza divulgare il nome del richiedente.

Coloro i quali intendano aderire alla richiesta, su base volontaria, formalizzano la propria decisione, indicando il numero di giorni di ferie o di riposo che intendono cedere. La contrattazione disciplina, altresì, le ipotesi di offerta di ferie solidali in eccesso o in difetto rispetto al bisogno del cessionario, prevedendo una cessione proporzionale tra tutti i cedenti nel primo caso ed una ripartizione sempre proporzionale tra i tutti i cessionari nel secondo.

Ovviamente, le ferie cedute, se non "spese", tornano nella disponibilità dei cedenti in modo proporzionalmente ridotto rispetto all'utilizzo, nulla prevedendosi sull'eventuale superamento del termine previsto in relazione per il regolare smaltimento delle ferie pregresse.

La natura sperimentale della disciplina contrattuale applicativa dell'art. 24, d.lgs. n. 151/2015, ha indotto l'ARAN a negare la possibilità di estensione delle ferie solidali

⁽¹⁶³⁾ Se si considera, però, che in caso di distribuzione dell'orario settimanale di lavoro su cinque giorni, la durata delle ferie è di 28 giorni lavorativi, mentre con orario su sei giorni, la durata del periodo di ferie è di 32 giorni, appare evidente che la possibilità di cessione è pari a 8 giorni in entrambi i casi, cui si possono aggiungere quelli eventualmente accantonati nella banca ore costituita dalla singola pubblica amministrazione.

per motivi diversi da quelli relativi all'assistenza a figli disabili (ad esempio, per l'assistenza ad altri familiari disabili) ⁽¹⁶⁴⁾.

Tale parere negativo sembra ampiamente superato non solo dal portato letterale della disposizione, ma anche dalla natura derogatoria dell'art. 87, comma 4-*bis*, d.l. n. 18/2020.

8. Le prestazioni individuali (anche) domiciliari in favore dei disabili

Allo scopo di contrastare e contenere la diffusione del Covid-19 nei territori comunemente indicati come “zona rossa” ⁽¹⁶⁵⁾, l'art. 1, comma 1, lett. *h*, d.P.C.M. 8 marzo 2020, tra le altre cose, ha provveduto a sospendere i servizi educativi per l'infanzia e le attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado.

Il giorno successivo, con il d.P.C.M. 9 marzo 2020, il Governo di fatto ha elevato l'Italia a “zona rossa” (*recte* zona protetta), estendendo gli effetti del d.P.C.M. 8 marzo 2020 all'intero territorio nazionale.

Alla sospensione delle attività degli asili nido e delle scuole ogni ordine e grado è seguita, con varie ordinanze regionali antecedenti il d.l. n. 18/2020, anche quella delle attività socio-sanitarie e socio-assistenziali nei centri diurni per anziani e per persone con disabilità ⁽¹⁶⁶⁾.

A sua volta il d.l. n. 18/2020 ha sostanzialmente generalizzato interventi normativi di carattere regionale e razionalizzato quelli già contenuti in provvedimenti precedenti sempre a tutela della disabilità, segnalandosi rispettivamente gli artt. 4-*ter*, 47 e 48 del c.d. decreto cura Italia, a testimonianza di un incedere normativo raddomantico e alluvionale ⁽¹⁶⁷⁾, particolarmente infelice in questi momenti, esigendosi mano ferma e tratto distinto nella produzione giuridica, qualità evidentemente assenti proprio con riferimento all'ultima disposizione citata ⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ In senso negativo si è pronunciata l'Aran a margine dell'art. 30, Ccnl funzioni centrali 2016-2018, a beneficio di dipendenti che devono prestare assistenza a familiari in particolari condizioni di salute diversi dai figli minori (si veda [CFC20](#)).

⁽¹⁶⁵⁾ Si trattava della regione Lombardia e delle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia.

⁽¹⁶⁶⁾ Decreto del Presidente della Giunta Regionale dell'Emilia Romagna 8 marzo 2020, punto 3; Regione Campania ord. 13 marzo 2020, n. 16, Regione Toscana ord. 15 aprile 2020, n. 12; Regione Marche ord. n. 4/2020. Sulle chiusure disposte prima del d.l. n. 18/2020, avvenute «con la solita macchia di leopardo», cfr. S. DE CARLI, *Centri diurni chiusi, perché i servizi alternativi non partono?*, in [www.vita.it](#), 4 aprile 2020.

⁽¹⁶⁷⁾ Di alluvionalità della normativa anti Covid-19 parla espressamente la relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione del 1° aprile 2020, sulle modifiche temporanee al processo civile in Cassazione.

⁽¹⁶⁸⁾ In effetti, l'art. 48, d.l. n. 18/2020, è stato prima modificato in sede di conversione dalla l. n. 27/2020 e poi integralmente sostituito dall'art. 109, d.l. n. 34/2020, a causa delle numerose modifiche che dovevano essere apportate alla disposizione, rendendo più semplice (?) riscriverlo integralmente. Inutile evidenziare sul punto il complesso lavoro di comparazione tra vecchia e nuova disposizione, oltre alle questioni di diritto intertemporale collegate a queste rapidissime modifiche.

8.1. L'assistenza ad alunni e a persone con disabilità

L'art. 4-ter, d.l. n. 18/2020, introdotto in sede di conversione in l. n. 27/2020, si occupava dell'assistenza ad alunni e a persone con disabilità durante la sospensione del servizio scolastico e per tutta la durata del medesimo.

A ben guardare, la disposizione replicava in modo pedissequo l'art. 9, d.l. n. 14/2020, mai convertito in legge ⁽¹⁶⁹⁾, sostanzialmente trasfuso nel d.l. n. 18/2020, assicurandone una continuità di efficacia, che poteva essere compromessa per effetto dell'abrogazione del d.l. n. 14/2020.

Sebbene gli artt. 4-ter, 47 e 48, d.l. n. 18/2020, sembrino sostanzialmente identici, se non omogenei, quanto alla previsione di garanzie in favore dell'utenza disabile nel rispettivo ambito, ad un più attento esame si scorgono, invece, differenze e conflitti. In primo luogo, l'art. 4-ter, agganciava la propria efficacia alla durata della sospensione del servizio scolastico "causa Covid-19", chiamando in causa gli enti locali, quali parti contraenti nei contratti di servizio stipulati con terzi, ovvero coinvolti in concessioni o convenzioni sempre con affidamento a terzi, al fine di assicurare continuità nell'assistenza agli alunni con disabilità.

Si faceva riferimento agli interventi erogati "pre-Covid-19" dai Comuni per il tramite (solitamente) di soggetti giuridici terzi, mettendo a disposizione educatori professionali a sostegno degli alunni disabili frequentanti le scuole primarie e secondarie di primo grado ⁽¹⁷⁰⁾.

Si tratta di un servizio indispensabile per garantire l'integrazione dell'alunno disabile nel gruppo-classe, solitamente erogato non in compresenza, ma in assenza dell'insegnante di sostegno, così da consentire al disabile di non essere "abbandonato" a se stesso in aula ed evitare di sovraccaricare i docenti curricolari, riuscendo a saturare il disallineamento orario tuttora sussistente tra tempo-scuola dell'alunno ed orario contrattuale del docente di sostegno, con un modello che vede aumentare questo disallineamento con la progressione dello studente disabile, in palese violazione del diritto allo studio, all'integrazione sociale e all'assistenza ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ Più precisamente, il Comunicato del Ministro della giustizia 2 maggio 2020, in *GU*, 2 maggio 2020, n. 112, evidenzia che il d.l. n. 9/2020, recante *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, il d.l. n. 11/2020, recante *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*, ed il d.l. n. 14/2020, recante *Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*, sono stati abrogati dall'art. 1, comma 2, l. n. 27/2020, riguardante la *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi*. Ai sensi del medesimo art. 1, comma 2, l. n. 27/2020, «Restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge 2 marzo 2020, n. 9, 8 marzo 2020, n. 11, e 9 marzo 2020, n. 14».

⁽¹⁷⁰⁾ Sul punto si segnalano le Linee di indirizzo per il servizio di assistenza specialistica a favore degli alunni diversamente abili frequentanti le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado adottate dal Comune di Bari, che dedicano una attenzione specifica a favore degli alunni diversamente abili affetti da spettro autistico e ADHD (artt. 5 ss.).

⁽¹⁷¹⁾ Una ricostruzione della complessa questione relativa alla congruità quali-quantitativa delle ore di sostegno assicurate agli alunni disabili nei vari gradi scolastici è reperibile nella copiosa giurisprudenza amministrativa in materia, ed *ex multis* si veda la recente TAR Campania 2 dicembre 2019, n. 5668.

Ad ogni modo, mentre prima della pandemia il servizio prestato dagli educatori era svolto in aula o comunque a scuola, la sospensione delle attività scolastiche ha reso necessario rideterminare in modo nuovo anche questa attività e ben prima che giungesse il Governo a fornire risposte e metodi di lavoro, sono stati i Comuni della c.d. zona rossa ad inventare un possibile modello di riferimento, autorizzando i dirigenti scolastici delle scuole statali e paritarie del proprio territorio ad attivare, in sostituzione di quella normalmente erogata a scuola, forme di assistenza educativa domiciliare per gli alunni con disabilità, nel periodo di sospensione delle attività didattiche dovuto all'emergenza Coronavirus ⁽¹⁷²⁾.

Ovviamente, si tratta di interventi comunque individualizzati al pari di quelli erogati a scuola, sulla base delle caratteristiche peculiari del singolo alunno, e con una preventiva interlocuzione tra famiglia, insegnante di sostegno ed educatore, rendendosi necessaria anche l'elaborazione di uno specifico piano educativo temporaneo.

L'incognita maggiore per consentire l'erogazione di questo nuovo metodo di assistenza è stata come al solito quella del *budget* a disposizione, invariato rispetto a quello precedentemente assegnato alle singole scuole, nel rispetto delle indicazioni provenienti dal Governo e del contratto di affidamento del servizio che la scuola ha sottoscritto con l'ente accreditato che si occupa dell'assistenza educativa.

L'art. 4-ter, d.l. n. 18/2020, non ha fatto altro che replicare questa idea, prevedendo che il personale disponibile, anche impiegato presso terzi titolari di concessioni o convenzioni o che avessero sottoscritto contratti di servizio con gli enti locali medesimi, fosse utilizzato nell'erogazione di prestazioni individuali domiciliari, finalizzate al sostegno nella fruizione delle attività didattiche a distanza previste all'art. 2, comma 1, lett. *m* ⁽¹⁷³⁾, e alla realizzazione delle attività previste all'art. 3, comma 1, lett. *g* ⁽¹⁷⁴⁾, d.P.C.M. 8 marzo 2020, impiegando i medesimi operatori e i fondi ordinari destinati a tale finalità, alle stesse condizioni assicurative sinora previste.

Come si vedrà a margine dell'art. 48, d.l. n. 18/2020 (*infra*), l'attività svolta dagli educatori professionali durante la fase 1) è stata indirizzata verso l'erogazione in presenza piuttosto che a distanza ⁽¹⁷⁵⁾, *a fortiori* in ragione della previsione *sub* art. 2, comma 1, lett. *m*, d.P.C.M. 8 marzo 2020, relativa alla rimodulazione della didattica *on-line*, atteso che la prestazione individuale di questi professionisti è parsa essere *in primis* solo domiciliare e funzionalizzata al sostegno dell'alunno disabile nella fruizione delle attività didattiche a distanza, per cui l'educatore avrebbe dovuto intervenire al domicilio dell'alunno disabile per consentirgli una più agevole fruizione della didattica.

L'impossibilità per gli educatori di svolgere la propria attività con prestazioni a distanza è stata confermata anche dall'art. 3, comma 1, lett. *g*, d.P.C.M. 8 marzo 2020,

⁽¹⁷²⁾ In tal senso il Comune di Milano, come si può leggere nel comunicato [Educazione. Il Comune autorizza l'assistenza educativa domiciliare per gli alunni con disabilità](#), 7 marzo 2020.

⁽¹⁷³⁾ Ivi si prevede che «i dirigenti scolastici attivano, per tutta la durata della sospensione delle attività didattiche nelle scuole, modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità».

⁽¹⁷⁴⁾ La disposizione raccomanda «ai comuni e agli altri enti territoriali, nonché alle associazioni culturali e sportive, di offrire attività ricreative individuali alternative a quelle collettive interdette dal presente decreto, che promuovano e favoriscano le attività svolte all'aperto, purché svolte senza creare assembramenti di persone, ovvero svolte presso il domicilio degli interessati».

⁽¹⁷⁵⁾ Così F. PESARESI, *Le politiche sociali nel decreto legge 18/2020 ("Cura Italia")*, in *Welforum.it*, 17 aprile 2020.

che ha previsto la possibilità di svolgimento di attività all'aperto ⁽¹⁷⁶⁾, da conciliare a loro volta con le misure previste durante il *lockdown*, e quindi svolte entro un breve raggio dal domicilio, senza creare assembramenti e normalmente fuori dai parchi pubblici, chiusi durante la fase 1, con una naturale modificazione delle prassi operative per effetto del passaggio alla fase 2 ⁽¹⁷⁷⁾.

L'art. 4-ter, comma 2, d.l. n. 18/2020, ha concesso a regioni e province autonome di Trento e di Bolzano la facoltà di istituire, entro dieci giorni dal 10 marzo 2020 (giorno immediatamente successivo al *lockdown*), unità speciali atte a garantire l'erogazione di prestazioni sanitarie e sociosanitarie a domicilio in favore di persone con disabilità che presentino condizioni di fragilità o di comorbilità tali da renderle soggette a rischio nella frequentazione dei centri diurni per persone con disabilità.

La corretta impostazione di quest'ultima disposizione in ordine alla gestione dei rapporti istituzionali tra Stato e Regioni ha determinato una notevole confusione nell'utenza e tra gli operatori, abbandonati al proprio destino in piena emergenza pandemica, senza alcuna possibilità di comprendere con rapidità se le unità speciali siano state costituite presso le proprie regioni, come si evince dagli orientamenti del Ministero della salute ⁽¹⁷⁸⁾.

8.2. La sospensione dell'attività presso le strutture per le persone con disabilità e le misure compensative di sostegno anche domiciliare

Le difficoltà connesse al rispetto delle regole di distanziamento sociale sono alla base della misura prevista dall'art. 47, d.l. n. 18/2020, che ha decretato l'obbligo di sospensione su tutto il territorio italiano delle attività dei centri semiresidenziali, comunque denominati dalle normative regionali, a carattere socio-assistenziale, socioeducativo, polifunzionale, socio-occupazionale, sanitario e sociosanitario e nei centri riabilitativi ambulatoriali del Servizio sanitario nazionale ⁽¹⁷⁹⁾ per persone con disabilità, durante la c.d. fase 1, provocando pesantissimi effetti sulle famiglie aventi a carico minori, anziani o disabili, a causa dell'aumento esponenziale delle necessità di *caregiving*, tanto da prevedere che l'assenza dal posto di lavoro da parte di uno dei genitori conviventi di una persona con disabilità non possa costituire giusta causa di recesso dal contratto di lavoro, *ex* art. 2119 c.c. ⁽¹⁸⁰⁾, a condizione che sia preventivamente comunicata e

⁽¹⁷⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷⁷⁾ Si vedano le Linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini ed adolescenti nella fase 2 dell'emergenza Covid-19 di cui al d.P.C.M. 11 giugno 2020.

⁽¹⁷⁸⁾ Alla domanda circa le modalità di reperimento di informazioni sull'esistenza dell'unità speciale («Come posso verificare se nella mia Regione è attiva l'unità speciale per l'assistenza sanitaria a domicilio per le persone che frequentano i centri diurni per disabili»), la relativa risposta è la seguente: «Puoi verificarne l'attivazione contattando la tua Regione tramite i numeri verdi regionali dedicati». Sarebbe stato più utile avere all'interno della stessa *FAQ* un reindirizzamento ai siti delle singole regioni che hanno previsto (ove lo abbiano fatto) l'istituzione della citata unità.

⁽¹⁷⁹⁾ L'inclusione nel lungo elenco di cui all'art. 47, comma 1, d.l. n. 34/2020, dei centri riabilitativi ambulatoriali del SSN è avvenuto con l'art. 10, comma 1, lett. *b*, d.l. n. 34/2020.

⁽¹⁸⁰⁾ Alla luce dell'espresso rinvio codicistico e del richiamo all'istituto del licenziamento, corre l'obbligo di interrogarsi sulla sorte riservata ai lavoratori alle dipendenze da pubbliche amministrazioni non contrattualizzate, per i quali la medesima condotta potrebbe essere sanzionata con la

motivata l'impossibilità di accudire la persona con disabilità a seguito della sospensione delle attività dei Centri in questione ⁽¹⁸¹⁾.

L'art. 12, d.P.C.M. 3 novembre 2020, ha confermato l'autorizzazione all'erogazione delle attività sociali e socio-sanitarie, comprese quelle svolte all'interno o da parte di centri semiresidenziali per persone con disabilità, qualunque sia la loro denominazione, a carattere socio-assistenziale, socio-educativo, polifunzionale, socio-occupazionale, sanitario e socio-sanitario secondo piani territoriali, adottati dalle Regioni assicurando, attraverso eventuali specifici protocolli, il rispetto delle disposizioni per la prevenzione del contagio e la tutela della salute degli utenti e degli operatori ⁽¹⁸²⁾.

Di conseguenza, abbiamo due possibili modelli di riferimento e cioè quello previsto dall'art. 47, d.l. n. 18/2020, valido durante la "fase 1" ovvero in assenza di ripartenza delle attività, e quello di cui all'art. 12, d.P.C.M. 3 novembre 2020 (ed ancor prima *ex artt.* 8, d.P.C.M. 26 aprile 2020, 9, d.P.C.M. 11 giugno 2020, 10, d.P.C.M. 7 agosto 2020) e 10, d.P.C.M. 24 ottobre 2020, valido per le Regioni in grado di garantire l'erogazione delle prestazioni in sicurezza per tutti (operatori e utenza) durante la c.d. fase 2 ⁽¹⁸³⁾.

Il primo modello prevede interventi "compensativi" facoltativi per i "centri residenziali chiusi *ex lege*" erogabili dalla Asl che, in accordo con gli enti gestori dei centri diurni, "può" attivare interventi non differibili in favore delle persone con disabilità ad alta necessità di sostegno sanitario, ove la tipologia delle prestazioni e l'organizzazione delle strutture stesse consenta il rispetto delle previste misure di contenimento. Si tratta di una misura sostanzialmente eccezionale, poiché la regola da osservare è quella della sospensione delle attività erogate agli utenti, la cui assenza ovviamente non è causa di dismissione o di esclusione dal centro.

A ben guardare, l'affidamento della valutazione di non differibilità dell'intervento alla Asl, per quanto opportuna e doverosa in termini tecnici, non fa che aggravare la condizione operativa e lavorativa di questi enti, già alle prese con il contrasto al Covid-19 nelle strutture ospedaliere di riferimento, con l'effetto di vanificare la previsione normativa in questione, non essendoci materialmente il tempo e le risorse umane necessarie per attivare gli interventi "non differibili" necessari ⁽¹⁸⁴⁾.

Se ciò non bastasse, la stessa formulazione della disposizione lascia molto interdetti ⁽¹⁸⁵⁾ poiché rimette alla discrezionalità (*o all'arbitrio*) delle Asl l'erogazione di un intervento sui livelli essenziali di assistenza, c.d. Lea, di tipo indifferibile ⁽¹⁸⁶⁾ in favore di

destituzione. Invero, l'abbondanza di misure normative funzionali alla conciliazione vita-lavoro previste nel d.l. n. 18/2020, sembra allontanare questo rischio.

⁽¹⁸¹⁾ In critica si veda D. MENORELLO, *Senza attenzione per i disabili non c'è "Cura Italia"*, in *Centrostudilivano.it*, 2 aprile 2020, secondo il quale la disposizione costituisce una sorta di difesa residuale dello Stato, una sorta di ammissione di abbandono dei disabili al proprio destino.

⁽¹⁸²⁾ Analoga previsione era contenuta nell'art. 8, d.P.C.M. 26 aprile 2020 e in tutti i d.P.C.M. successivi, ivi compreso quello del 24 ottobre 2020.

⁽¹⁸³⁾ Sul punto si veda F. PESARESI, *Riaprono i Centri diurni per persone con disabilità. Le disposizioni in Regione Marche e in Emilia-Romagna: così vicine, così diverse*, in *Welforum.it*, 17 luglio 2020, a margine delle d.G.R. Marche 18 maggio 2020, n. 600, e d.G.R. Emilia Romagna 18 maggio 2020, n. 526.

⁽¹⁸⁴⁾ Così F. PESARESI, *Le politiche sociali nel decreto legge 18/2020 ("Cura Italia")*, cit.

⁽¹⁸⁵⁾ Si veda D. MENORELLO, *op. cit.*

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. l'art. 34, d.P.C.M. 12 gennaio 2017, secondo cui «Il Servizio sanitario nazionale garantisce alle persone con gravi disabilità che abbiano bisogno di trattamenti riabilitativi intensivi (almeno 3

persone con disabilità ad alta necessità di sostegno sanitario. Di conseguenza, al pari di quanto disposto nel successivo art. 48 (*infra*), alla chiusura delle strutture di cui all'art. 47 andava abbinata l'erogazione di livelli di assistenza ai disabili equivalenti a quelli erogati prima della chiusura ⁽¹⁸⁷⁾.

Il secondo modello, riconducibile all'art. 10, d.P.C.M. 24 ottobre 2020, sembra essere meno complicato da realizzare, ma in sostanza richiede una valutazione di idoneità complessiva altrettanto importante, basti pensare alla mancanza di DPI che ha bloccato sovente l'avvio di iniziative parimenti importanti (si pensi alle Unità Speciali di Continuità Assistenziale) ⁽¹⁸⁸⁾.

La platea dei soggetti coinvolti nei due modelli anzidetti, come si può facilmente notare dal confronto tra gli artt. 47 e 48, non è perfettamente sovrapponibile ⁽¹⁸⁹⁾, col rischio di avere non solo lavoratori maggiormente protetti rispetto ad altri, solo in ragione del tipo di denominazione della struttura o dell'attività svolta ⁽¹⁹⁰⁾, ma anche di creare utenti di serie A e utenti di serie B.

8.3. Le prestazioni individuali (anche) domiciliari durante la sospensione dei servizi educativi e scolastici e dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali

La “saga” normativa che ha caratterizzato la decretazione d'urgenza durante l'emergenza Covid-19 trova il proprio paradigma nella gestione delle prestazioni individuali (anche) domiciliari in costanza di sospensione dei servizi educativi e scolastici e dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali.

Infatti, l'art. 48, d.l. n. 18/2020, che rappresenta la disposizione di riferimento, è stato primo modificato in occasione della conversione del provvedimento in l. n. 27/2020 e poi integralmente sostituito per effetto dell'art. 109, d.l. n. 34/2020, nonché in sede di conversione in l. n. 77/2020.

Il *lockdown* ha determinato la sospensione dei servizi educativi e scolastici, di cui agli artt. 2, d.lgs. n. 65/2017 (e cioè asili nido e micro-nido e sezioni primavera), e 2, d.lgs. n. 66/2017 (e cioè tutti i c.d. alunni H senza distinzione) ⁽¹⁹¹⁾, nonché delle attività

h/die) o estensivi (almeno 1 h/die), la possibilità di essere ricoverate in strutture residenziali extra ospedaliere che offrano loro l'assistenza di cui hanno bisogno».

⁽¹⁸⁷⁾ Questa è la condivisibile riflessione di D. MENORELLO, *op. cit.*

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. F. PESARESI, *Covid-19. Le unità speciali di continuità assistenziali (Usca)*, in *Welforum.it*, 1° maggio 2020, il quale suggerisce di prevedere «che la combinazione tra riprogettazione dei servizi e continuità dei pagamenti agli enti che debbono svolgerli possa applicarsi alla generalità dei servizi socioassistenziali, socio-sanitari e socioeducativi; laddove la riprogettazione interessi solo una frazione del servizio va chiarita la possibilità per i lavoratori di fruire degli ammortizzatori sociali per le ore restanti».

⁽¹⁸⁹⁾ Sul punto si veda D. MENORELLO, *op. cit.*, secondo il quale «Non si capisce se le diversificate rappresentazioni delle fattispecie siano esiti di infelici descrizioni di realtà che si vorrebbero equivalenti, o se siano effettivamente così volute, visto che vi sono differenti conseguenze rispetto ai prospettati interventi dell'Unità sanitaria competente per territorio».

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. S. LEPRI, *Cosa urge per la protezione dei fragili*, in *Welforum.it*, 29 aprile 2020.

⁽¹⁹¹⁾ Anche il riferimento all'art. 2, d.lgs. n. 66/2017, è stato introdotto nell'art. 48, grazie alla sua sostituzione integrale, ex art. 109, d.l. n. 34/2020, coordinando in tal modo il contenuto dell'art. 48 agli effetti della sospensione dei servizi scolastici in danno di bambine e ai bambini della scuola

sociosanitarie e socioassistenziali nei centri diurni per anziani e per persone con disabilità, dei centri diurni e semiresidenziali per minori, per la salute mentale, per le dipendenze e per persone senza fissa dimora, dei servizi sanitari differibili ⁽¹⁹²⁾, disposta a macchia di leopardo ⁽¹⁹³⁾ con ordinanze regionali o altri provvedimenti ⁽¹⁹⁴⁾, ferma restando la necessità di assicurare all'utenza i Lea di cui all'art. 22, l. n. 328/2000, anche in condizione pandemica ⁽¹⁹⁵⁾.

Di conseguenza, per il periodo di chiusura delle due categorie di strutture nominate dall'art. 48, d.l. n. 18/2020, quest'ultima disposizione ha previsto che le pubbliche amministrazioni forniscano prestazioni in forme individuali domiciliari o a distanza o rese nel rispetto delle direttive sanitarie negli stessi luoghi ove si svolgono normalmente i servizi senza ricreare aggregazione, avvalendosi del personale disponibile, già impiegato in tali servizi, dipendente da soggetti privati che operano in convenzione, concessione o appalto ⁽¹⁹⁶⁾.

In luogo della risoluzione del vincolo contrattuale per eccessiva onerosità, ovvero in ragione di una modifica sostanziale al contratto (*ex* art. 108, comma 4, lett. *a*, d.lgs. n. 50/2016) ⁽¹⁹⁷⁾, con tutte le conseguenze economiche ed occupazionali del caso, il d.l. n. 18/2020 ha optato per la soluzione più indolore possibile stabilendo che questi servizi si possano svolgere secondo priorità individuate dall'amministrazione competente, tramite coprogettazioni con gli enti gestori, impiegando i medesimi operatori ed i fondi ordinari destinati a tale finalità, alle stesse condizioni assicurative sinora previste, anche in deroga a eventuali clausole contrattuali, convenzionali, concessorie,

dell'infanzia, alunne e alunni della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado, studentesse e studenti della scuola secondaria di secondo grado.

⁽¹⁹²⁾ Giova evidenziare che il riferimento ai centri diurni e semiresidenziali per minori, per la salute mentale, per le dipendenze e per persone senza fissa dimora, ed ai servizi sanitari differibili è stato inserito nell'art. 48, d.l. n. 18/2020, a seguito della sua sostituzione avvenuta con il decreto rilancio Italia.

⁽¹⁹³⁾ Per una dura critica sul punto cfr. S. DE CARLI, *Chiudiamo i centri diurni per disabili, potenziamo l'assistenza domiciliare*, in *Vita.it*, 15 marzo 2020.

⁽¹⁹⁴⁾ Ad esempio, si veda la nota 11 marzo 2020, prot. n. AOO/183/4024, del Dipartimento promozione della salute, del benessere sociale e dello sport per tutti della Regione Puglia.

⁽¹⁹⁵⁾ In tal senso si veda circ. Min. lav. 27 marzo 2020, prot. n. 2470, spec. § 3, che invita gli enti competenti alla rimodulazione dei relativi servizi, ma soprattutto l'art. 89, comma 2-*bis*, d.l. n. 34/2020, aggiunto dall'art. 1, comma 1, l. n. 77/2020, secondo cui «I servizi previsti all'articolo 22, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328, sono da considerarsi servizi pubblici essenziali, anche se svolti in regime di concessione, accreditamento o mediante convenzione, in quanto volti a garantire il godimento di diritti della persona costituzionalmente tutelati. Allo scopo di assicurare l'effettivo e continuo godimento di tali diritti, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nell'ambito delle loro competenze e della loro autonomia organizzativa, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, definiscono le modalità per garantire l'accesso e la continuità dei servizi sociali, socio-assistenziali e socio-sanitari essenziali di cui al presente comma anche in situazione di emergenza, sulla base di progetti personalizzati, tenendo conto delle specifiche e inderogabili esigenze di tutela delle persone più esposte agli effetti di emergenze e calamità. Le amministrazioni interessate provvedono all'attuazione del presente comma nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

⁽¹⁹⁶⁾ Sulla riconducibilità di questi delicati ed importanti servizi all'Allegato IX al Codice degli appalti e dunque regolati dagli artt. 142 e 143 dello stesso, si veda R. DONATI, *L'articolo 48 del D.L. 18/2020 deroga al Codice degli Appalti (ma non lo dice)*, in *Giurisprudenzappalti.it*, 5 aprile 2020.

⁽¹⁹⁷⁾ *Ibidem*.

adottando specifici protocolli che definiscano tutte le misure necessarie per assicurare la massima tutela della salute di operatori ed utenti ⁽¹⁹⁸⁾.

Come si può notare, quindi, le attività precedentemente somministrate presso i centri diurni per anziani e per persone con disabilità sono sostituite con prestazioni individuali alternative ⁽¹⁹⁹⁾, rese in tre possibili e distinte modalità: 1) domiciliari ⁽²⁰⁰⁾; 2) a distanza; 3) ove si svolgono normalmente i servizi (i centri), ma senza aggregazione. Indubbiamente, l'erogazione della prestazione "a distanza" sembra essere la soluzione operativa privilegiata per ridurre al massimo i rischi di contagio ⁽²⁰¹⁾, specie se si considera l'oggettiva difficoltà di rispettare le regole in materia di *social distancing* e uso dei DPI ⁽²⁰²⁾, anche in casa ⁽²⁰³⁾ in ragione anche del particolare tipo di utenza (anziani e disabili, specie psichico-intellettivi), maggiormente esposta al Covid-19 ⁽²⁰⁴⁾ e a ben guardare non mancano esperienze positive a riguardo, sebbene non si possa assolutamente paragonare l'erogazione di una attività terapeutica in presenza, rispetto ad un supporto in teleconferenza, a maggior ragione per le neurodisabilità o per i c.d. alunni con bisogni educativi speciale (BES) ⁽²⁰⁵⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ Si veda l'art. 48, comma 1, d.l. n. 18/2020.

⁽¹⁹⁹⁾ Per alcuni nuovi modelli gestionali relativi ai Centri di Aggregazione Disabili (CAD), ai Centri Socio Educativi (CSE), ai Servizi di Formazione all'Autonomia (SFA) e al Centro Diurno Disabili (CDD), si vedano gli allegati alla determinazione dirigenziale dell'Area Domiciliarità e Cultura della Salute del Comune di Milano del 21 marzo 2020, n. 2419.

⁽²⁰⁰⁾ Si veda l'art. 22, comma 2, lett. *b* ed *f*, l. n. 328/2000, nonché circ. Min. lav. 27 marzo 2020, prot. n. 2470, spec. § 4.

⁽²⁰¹⁾ Invero alla riduzione del rischio di contagio corrisponde l'insorgenza di altre questioni importanti, si pensi al fenomeno della c.d. destrutturazione della relazione tra operatore e utente di cui parla G. TABACCHI, *Il distanziamento educativo ai tempi della pandemia*, in *Welforum.it*, 26 maggio 2020.

⁽²⁰²⁾ Si veda ancora circ. Min. lav. prot. n. 2470/2020, spec. § 3. Con riferimento all'ambiente scolastico si rinvia al contenuto dello stralcio del verbale n. 82 della riunione tenuta, presso il Dipartimento della Protezione Civile, il giorno 28 maggio 2020, sulle modalità di ripresa delle attività didattiche del prossimo anno scolastico, ove si ribadiscono i contenuti dell'art. 3, commi 2 e 3, d.P.C.M. 17 maggio 2020, circa la non obbligatorietà della mascherina per i soggetti con forme di disabilità non compatibili con l'uso continuativo della medesima, nonché di coloro che interagiscono con i predetti, prescrizioni riproposte anche dai successivi decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e da ultimo dall'art. 1, comma 1, lett. *c*, d.P.C.M. 3 novembre 2020.

⁽²⁰³⁾ La decretazione Covid-19 ha previsto l'utilizzazione obbligatoria dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie (mascherine) in numerosissime situazioni. Da ultimo, l'art. 1, comma 1, d.P.C.M. 24 ottobre 2020, ne ha fortemente raccomandato l'uso anche nelle abitazioni private in presenza di persone non conviventi, uso ribadito nell'art. 1, comma 1, d.P.C.M. 3 novembre 2020.

⁽²⁰⁴⁾ Sulla maggiore fragilità di anziani e disabili, specie psichici, al contagio da SARS-CoV-2, si veda circ. Min. salute 18 aprile 2020, prot. n. 13468, spec. p. 8.

⁽²⁰⁵⁾ Sul punto cfr. S. DE CARLI, *Centri diurni chiusi, perché i servizi alternativi non partono?*, cit., che riporta quanto accaduto in alcune delle zone più colpite dalla pandemia. In tal senso, si pensi al servizio sperimentale di tele-riabilitazione *Toc Toc* ideato dalla Fondazione Renato Piatti Varese, erogato in favore di oltre 150 bambini con autismo e delle loro famiglie, funzionale a ricalibrare una *routine* improvvisamente scomparsa. In senso analogo si veda il servizio erogato da *L'abilità*, operante a Milano e che segue 200 bambini con disabilità e le relative famiglie, con contatti quotidiani per consulenza pedagogica, ascolto e monitoraggio del benessere di tutta la famiglia. Ancora, si veda il servizio *Non perdiamoci di vista* delle associazioni Anffas Onlus Borgomanero, Anffas Novara e Anffas Valsesia, che si avvalgono di *Whatsapp*, con l'invio di filmati due volte a settimana per ricostituire una routine minima, la lettura di favole e storie ogni martedì, mentre il venerdì sono proposte attività più dinamiche, come ricette di cucina, lezioni sul tema natura/ambiente, laboratori artistici. Un'ulteriore

Invece, nella prima e nell'ultima ipotesi ⁽²⁰⁶⁾, ritenute residuali ed eccezionali ⁽²⁰⁷⁾, le prestazioni individuali prevedono l'erogazione in compresenza tra operatore ed assistito, con una potenziale esposizione di costoro a rischi di contagio, nonostante l'utilizzazione dei DPI e l'osservanza delle regole di condotta anti-Covid-19, specie alla luce delle particolari attività da svolgere e le peculiarità dell'utenza da gestire. Per questo motivo si prevede espressamente l'adozione di protocolli per assicurare la tutela di entrambe le parti, così da potersi prevedere misure più funzionali nell'espletamento di attività a distanza.

Il profilo, pur importante, della tutela della salute rileva tanto quanto quello dell'efficacia concreta dei servizi che potranno (non dovranno) essere svolti, tenendo conto di priorità non eterodeterminate dall'amministrazione competente, ma in modo cooperativo, e cioè avvalendosi del contributo degli enti gestori nelle varie modalità previste dall'ordinamento (convenzione ⁽²⁰⁸⁾, concessione ⁽²⁰⁹⁾ o appalto ⁽²¹⁰⁾), ricorrendo a specifiche co-progettazioni ⁽²¹¹⁾, autorizzate a derogare in modo generico alle clausole contrattuali, convenzionali o concessorie ⁽²¹²⁾.

interessante riflessione sul punto è offerta da S. SABATINELLI, *Famiglie diseguali, anche di fronte al virus*, cit., che si sofferma sul c.d. *digital divide* che caratterizza le famiglie povere.

⁽²⁰⁶⁾ Come evidenzia S. DE CARLI, *Centri diurni chiusi, perché i servizi alternativi non partono?*, cit., sono pochissimi i servizi domiciliari attivati o quelli che coinvolgono i singoli utenti negli stessi spazi del Centro diurno e a tal riguardo si cita quale buona prassi quella messa in campo da Anffas Palermo, che ha realizzato un accesso selettivo presso i locali del centro, ferma restando la previsione di interventi domiciliari, nonché altre attività, individuali e di gruppo, a distanza in videoconferenza e lo sportello di ascolto online per le famiglie.

⁽²⁰⁷⁾ Così la determinazione dirigenziale dell'Area Domiciliarità e Cultura della Salute del Comune di Milano del 21 marzo 2020, n. 2419.

⁽²⁰⁸⁾ Sull'applicabilità in tal caso dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 (c.d. Codice del terzo settore), si veda A. SANTUARI, *Gli ETS e la sospensione delle attività a causa del Covid-19. Brevi riflessioni sulla portata dell'art. 48, d.l. n. 18/2020*, in *Welforum.it*, 27 aprile 2020. Giova rammentare che in tal caso gli enti gestori, a fronte dello svolgimento della propria attività sono tenuti alla rendicontazione delle spese sostenute, al fine di ottenere il riconoscimento del contributo stabilito in convenzione (cfr. C. conti Lombardia, sez. reg. controllo, PAR/146/2019).

⁽²⁰⁹⁾ Nel caso in cui le prestazioni siano erogate dal gestore tramite concessione cfr. l'art. 165, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui è il c.d. "rischio operativo", diverso dal rischio d'impresa, tipico dell'appalto, a caratterizzare questo tipo di affidamento, con la conseguente previsione delle ipotesi, tassative e di stretta interpretazione, di revisione dell'equilibrio economico-finanziario della concessione.

⁽²¹⁰⁾ Se l'esternalizzazione del servizio avviene con appalto, ovviamente, il riferimento normativo cardine è il d.lgs. n. 50/2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici), e per le vicende evocate dall'art. 48, d.l. n. 18/2020, non possono non richiamarsi gli artt. 30 e 106, comma 4, lett. a e b, d.lgs. n. 50/2016, il primo recante *Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni* (specie i principi di economicità, proporzionalità, non discriminazione e parità di trattamento), ed il secondo in materia di modifiche sostanziali al contratto di appalto.

⁽²¹¹⁾ Secondo R. DONATI, *L'articolo 48 del D.L. 18/2020 deroga al Codice degli Appalti (ma non lo dice)*, cit., sebbene l'art. 48, d.l. n. 18/2020, non contenga alcun rinvio formale all'art. 11, l. n. 241/1990, il riferimento all'accordo depone per un rinvio sostanziale alla medesima disposizione.

⁽²¹²⁾ Ritiene che la deroga si riferisca implicitamente al d.lgs. n. 50/2016 R. DONATI, *L'articolo 48 del D.L. 18/2020 deroga al Codice degli Appalti (ma non lo dice)*, cit., la bontà della cui opinione è stata confermata dalla modifica all'art. 48, comma 2, d.l. n. 18/2020, che ora vede espressamente citato il d.lgs. n. 50/2016 (*infra*).

Il personale impiegato nel servizio nelle tre ipotesi innanzi indicate è sostanzialmente lo stesso impiegato “ante Covid-19” e ciò avviene a risorse invariate e senza alcuna modifica delle condizioni assicurative previste.

Uno dei profili più interessanti della disciplina di cui all’art. 48, d.l. n. 18/2010, è quello contenuto nel comma 2, disposizione profondamente modificata a seguito della integrale sostituzione dell’art. 48, d.l. n. 18/2020, da parte dell’art. 109, d.l. n. 34/2020, con l’effetto di renderne oltremodo complessa la comprensione.

Di conseguenza, si rende indispensabile una analisi cronologicamente sequenziale dei commi 2 e 3 dell’art. 48, d.l. n. 18/2020, soffermandoci prima sul testo introdotto dal decreto cura Italia e poi su quello introdotto a seguito della robusta riforma del decreto rilancio Italia.

Orbene, nella prima versione dell’art. 48, comma 2, d.l. n. 18/2020, si autorizzavano le pubbliche amministrazioni, durante la sospensione dei servizi educativi e scolastici e dei servizi sociosanitari e socioassistenziali, a pagare i gestori privati dei suddetti servizi per il periodo della sospensione, sulla base di quanto iscritto nel bilancio preventivo, disinnescando il pesante conflitto tra Comuni e gestori, i quali chiedevano a gran voce il pagamento delle fatture per tutto il periodo di sospensione anche per i servizi non resi ⁽²¹³⁾ (c.d. vuoto per pieno, cioè il pagamento delle quote variabili, riconosciute dal committente, che gli enti gestori non sostengono in caso di assenza dell’ospite/utente) ⁽²¹⁴⁾.

In sostanza, in deroga alla normale corrispettività tra erogazione del servizio e pagamento dello stesso, le amministrazioni sono state *prima facie* autorizzate a pagare i gestori anche se le prestazioni all’utenza non dovessero essere rese, sulla base di quanto iscritto nel bilancio preventivo, evidenziandosi poi la contraddizione relativa alla mancata previsione di quote aggiuntive in favore di chi eroga prestazioni alternative (quelle di cui al comma 2, dell’art. 48), rispetto a chi, *bon grè mal grè*, non può che ricorrere alla soluzione del c.d. vuoto per pieno ⁽²¹⁵⁾.

L’autorizzazione al pagamento, secondo i sindacati dei lavoratori dipendenti dalle cooperative sociali ed anche per queste ultime, non sarebbe stata nella disponibilità dell’ente locale, avendo carattere vincolante per l’ente, che viene semplicemente tenuto indenne dalla responsabilità erariale conseguente al pagamento di un corrispettivo per un servizio non reso ⁽²¹⁶⁾.

A ben guardare, l’interpretazione “partigiana” delle cooperative sociali non è stata unanimemente condivisa. Infatti, in direzione esattamente contraria si è mossa l’Anci dell’Emilia Romagna ⁽²¹⁷⁾, secondo cui il riconoscimento del corrispettivo previsto originariamente dal contratto sarebbe possibile solo nel caso di effettiva erogazione delle prestazioni, sebbene rimodulate in co-progettazione ⁽²¹⁸⁾, in ragione dell’obbligo

⁽²¹³⁾ Così A. DI FILIPPO, *È caos per l’assistenza domiciliare degli studenti disabili*, in [Scuola24](#), 8 aprile 2020.

⁽²¹⁴⁾ Cfr. S. DE CARLI, *Centri diurni chiusi, perché i servizi alternativi non partono?*, cit.

⁽²¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁶⁾ *Ibidem*; adde A. DI FILIPPO, *op. cit.*

⁽²¹⁷⁾ Cfr. L. GALLO, [Sulla possibile ratio e portata dell’art. 48 DL n. 18/2020](#).

⁽²¹⁸⁾ Il modello proposto *sub* art. 48, d.l. n. 18/2020, non ha fatto altro che generalizzare la soluzione organizzativa e giuridica adottata nelle aree a più elevato tasso di contagio e sul punto si veda la nota 13 marzo 2020 del Direttore dell’Area della Domiciliarità e Cultura della Salute, Direzione Politiche Sociali, che ha avviato una co-progettazione in attuazione della quale, in data 18 marzo 2020 gli Enti gestori hanno presentato un progetto unitario per ciascuna filiera dei servizi diurni: Centri Diurni

in capo all'appaltante di verifica dell'adempimento contrattuale da parte dell'appaltatore, in violazione del quale non si esclude la responsabilità erariale, che sussisterebbe per effetto della eventuale violazione delle previsioni normative inerenti l'obbligo della verifica dell'esatto adempimento contrattuale, da parte degli affidatari di contratti pubblici ⁽²¹⁹⁾, nonché per l'assenza di riferimenti espliciti al d.lgs. n. 50/2016 ⁽²²⁰⁾.

Ovviamente, tutti i pagamenti in questione non possono che essere solo quelli a carico dell'ente pubblico e non anche l'eventuale quota di compartecipazione normalmente corrisposta a quest'ultimo dall'utente in base alla soglia ISEE, atteso che il rapporto giuridico tra ente pubblico e utenza è estraneo a quello a monte tra il primo ed il gestore del servizio ⁽²²¹⁾. La previsione, poi, della quota di compartecipazione non è escluso che incida sull'entità dei corrispettivi, che potrebbero discostarsi dal 100% con effetti negativi sulle retribuzioni degli operatori. In tal caso, alcune Regioni hanno previsto l'attivazione di un tavolo di confronto per trovare le necessarie soluzioni al fine di assicurare il massimo della retribuzione, convenendo sulla inibizione di iniziative unilaterali sino alla chiusura del tavolo di confronto ⁽²²²⁾.

Sostanzialmente, il meccanismo previsto, *sub* art. 48, d.l. n. 18/2020, dissimula una sorta di ammortizzatore sociale indiretto, o forse più correttamente un aiuto di Stato agli operatori economici del settore (si veda *infra*), fiscalizzando il costo del servizio non reso. L'appetibilità di questo istituto non è sfuggita a soggetti contigui a quelli beneficiari della fattispecie, come i gestori del trasporto scolastico che, a loro volta, nelle more della conversione in legge del d.l. n. 18/2020, hanno invocato l'applicazione dell'art. 48 in ragione dell'attività riconducibilità a servizio pubblico essenziale, richiedendo anche in loro favore il pagamento dei servizi non erogati nel periodo di sospensione.

Questa tesi è stata sostanzialmente accolta dal legislatore che, invece di integrare l'art. 48, d.l. n. 18/2020, ha preferito aggiungere un comma 4-*bis* al successivo art. 92, recante disposizioni in materia di trasporto, prevedendo che per il contenimento degli effetti negativi dell'emergenza Covid-19 e delle misure di contrasto alla diffusione del virus sui gestori di servizi di trasporto anche scolastico, non possano essere applicate dai committenti dei predetti servizi, anche laddove negozialmente previste, decurtazioni di corrispettivo, né sanzioni o penali in ragione delle minori corse effettuate o

Disabili per disabilità grave da un lato e Centri Socio Educativi, i Servizi di Formazione all'Autonomia e Centri di Aggregazione Disabili per disabilità meno grave dall'altro.

⁽²¹⁹⁾ Si vedano gli artt. 101 ss., d.lgs. n. 50/2016, e d.m. n. 49/2018, sulla direzione dei lavori nell'ambito dei servizi. In giurisprudenza, si veda C. conti Piemonte, sez. giurisdizionale, 23 gennaio 2017, n. 6.

⁽²²⁰⁾ Per alcune riflessioni sull'assenza di qualsivoglia rinvio al d.lgs. n. 50/2016 si veda R. DONATI, *L'articolo 48 del D.L. 18/2020 deroga al Codice degli Appalti (ma non lo dice)*, cit.; nonché A. SANTUARI, *op. cit.*, secondo la quale «l'assenza di riferimenti espressi al Codice dei contratti pubblici può verosimilmente far ritenere che le disposizioni in commento non abbiano inteso introdurre né modifiche radicali *ex lege* ai contratti in essere né tantomeno "modifiche sostanziali" ai contratti *ex art.* 106, comma 4, d.lgs. n. 50/2016».

⁽²²¹⁾ Cfr. S. DE CARLI, *Centri diurni chiusi, perché i servizi alternativi non partono?*, cit.; R. DONATI, *Servizio di trasporto scolastico: il corrispettivo è comunque dovuto all'appaltatore (ma ancora non è da pagare). Piccola nota sull'articolo 92 della Legge 27/2020*, in *Giurisprudenzappalti.it*, 3 maggio 2020. Sulla sospensione della quota di compartecipazione si veda esemplificativamente la d.G.C. Bari 31 marzo 2020, n. 211.

⁽²²²⁾ Così l'art. 7, d.G.R. Lazio 6 aprile 2020, n. 5201, recante disposizioni relative alla «salvaguardia retributiva dei lavoratori».

delle minori percorrenze realizzate a decorrere dal 23 febbraio 2020 e fino al 31 dicembre 2020, condizionando però l'efficacia delle di questa previsione all'autorizzazione della Commissione europea ai sensi dell'art. 108, § 3, TFUE ⁽²²³⁾.

Le incognite legate alle modalità di gestione del servizio di trasporto una volta riprese le attività scolastiche e alle connesse ricadute economiche legate anche agli accorgimenti tecnici e operativi da adottare (divisori, distanziamento sociale a bordo, sanificazioni) ⁽²²⁴⁾, sono ulteriormente enfatizzate dall'unica certezza normativa sul punto, rappresentata dall'art. 109, comma 1, lett. *b*, d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto rilancio), che ha modificato il comma 4-*bis* dell'art. 92, d.l. n. 18/2020, eliminando il riferimento al trasporto scolastico, con buona pace delle richieste di aiuto provenienti dagli operatori del settore.

Di conseguenza, gli enti che avevano affidato questo servizio non sono più tenuti a corrispondere il relativo corrispettivo per i mesi in cui il servizio è stato sospeso e per l'effetto si applicheranno le clausole previste nel contratto di affidamento del servizio per le ipotesi di sospensione del servizio, da coordinare con gli artt. 107, d.lgs. n. 50/2016, e 23, d.m. n. 49/2018, recante il regolamento di approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione in materia di sospensione dell'esecuzione di un contratto.

Quanto all'ipotesi di rimodulazione delle prestazioni in forma diversa da quella consueta, ai sensi dell'art. 48, comma 2, d.l. n. 18/2020 (ante decreto rilancio), è indispensabile un preventivo accordo tra le parti secondo modalità convenute in sede di progettazione ⁽²²⁵⁾, prevedendosi la corresponsione ai gestori di una prima quota parte dell'importo dovuto per l'erogazione del servizio secondo le modalità attuate precedentemente alla sospensione e subordinatamente alla verifica dell'effettivo svolgimento dei servizi.

È prevista, poi, l'erogazione di una seconda quota parte che, sommata alla precedente, darà luogo in favore dei gestori del servizio ad una corresponsione complessiva di entità pari all'importo già previsto, al netto delle eventuali minori entrate connesse alla diversa modalità di effettuazione del servizio stesso. A ben guardare, però, a differenza della prima quota, la seconda è corrisposta previa verifica dell'effettivo mantenimento, ad esclusiva cura degli affidatari di tali attività, delle strutture attualmente interdette, tramite il personale a ciò preposto, fermo restando che le stesse dovranno risultare immediatamente disponibili e in regola con tutte le disposizioni vigenti, con particolare riferimento a quelle emanate ai fini del contenimento del contagio da SARS-CoV-2, all'atto della ripresa della normale attività.

Esaminando gli accordi intercorsi tra enti gestori e amministrazioni pubbliche coinvolte, si segnala che le prestazioni riconvertite sono retribuite ai primi con quota parte, pari al 75%, dell'importo dovuto per l'erogazione del servizio prima dell'emergenza

⁽²²³⁾ Si veda l'art. 92, comma 4-*ter*, d.l. n. 18/2020.

⁽²²⁴⁾ In tal senso. R. DONATI, *Servizio di trasporto scolastico: il corrispettivo è comunque dovuto all'appaltatore (ma ancora non è da pagare)*. Piccola nota sull'articolo 92 della Legge 27/2020, cit.

⁽²²⁵⁾ A tal proposito, sebbene non espressamente previste nell'art. 48, d.l. n. 18/2020, si segnala che alcune Regioni hanno formulato proprie indicazioni per la definizione degli accordi previsti al comma 2 della disposizione ed in tal senso si veda la d.G.R. Veneto 7 aprile 2020, n. 445, nonché la d.G.R. Lazio 6 aprile 2020, n. 5201.

Covid-19 e subordinatamente alla verifica dell'effettivo svolgimento del servizio ⁽²²⁶⁾. A sua volta, un terzo delle prestazioni rimodulate sono retribuite a condizione che siano svolte e rendicontate su ulteriori servizi di emergenza, individuati come prioritari dalla pubblica amministrazione, in ragione dell'evoluzione dei bisogni socioassistenziali e sociosanitari dell'ente quali, ad esempio, i servizi di comunità residenziale per categorie fragili e servizi di custodia sociale ⁽²²⁷⁾.

Quanto alla seconda quota, pari al 25% dell'importo dovuto per l'erogazione del servizio prima della pandemia, viene imputata all'effettivo mantenimento in efficienza delle strutture attualmente interdette, ad esclusiva cura degli affidatari e previa rendicontazione e verifica da parte dell'amministrazione pubblica di riferimento di quanto mantenuto ⁽²²⁸⁾.

La distinzione percentuale tra la prima e la seconda quota si giustifica in forza di una valutazione della natura *labour intensive* dei servizi alla persona e di una media dell'incidenza dei costi fissi di mantenimento in efficienza delle strutture, riparametrato in ragione dell'interdizione delle stesse nel periodo applicate a loro volta nella ridefinizione delle rette "die utente" o dei corrispettivi mensili di ciascun servizio interessato ⁽²²⁹⁾.

A ben guardare, il robusto intervento di modifica al comma 2 dell'art. 48, d.l. n. 18/2020, da parte del d.l. n. 34/2020, incide in grande misura proprio sugli elementi di carattere finanziario e si contraddistingue per i seguenti elementi distintivi rispetto al testo precedente: 1) il pagamento dei gestori privati dei servizi per il periodo della sospensione avviene sulla base delle risorse disponibili e delle prestazioni rese in altra forma e non più di quanto iscritto nel bilancio preventivo; 2) con riferimento alle prestazioni convertite in forma diversa da quelle dedotte in concessione, appalto o convenzione si prevede un'espressa deroga al d.lgs. n. 50/2016, e per l'effetto la disciplina di cui all'art. 48, d.l. n. 18/2020, assume connotazioni speciali ed eccezionali rispetto a quelle disciplinate nel c.d. Codice dei contratti; 3) nella coniugazione dei verbi utilizzati nella formulazione della disposizione si ricorre al presente e non al futuro al fine di rendere assertiva la norma e al contempo fornire certezze, specie in ordine ai pagamenti che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad erogare ai gestori; 4) si prevede un sistema di pagamento articolato su tre quote: a) la prima commisurata alle prestazioni rese in altra forma, secondo le modalità indicate al comma 1, subordinatamente alla verifica del loro effettivo svolgimento; b) la seconda quota erogata per il mantenimento delle strutture interdette, ad esclusiva cura degli affidatari di tali attività che a tale scopo utilizzano il personale a ciò preposto, in modo tale che le strutture siano immediatamente disponibili e in regola con tutte le disposizioni vigenti, all'atto della ripresa della normale attività; c) la terza quota di natura eventuale, potendo essere riconosciuta a copertura delle spese residue incomprimibili, definita tenendo anche in considerazione altre entrate che affluiscono agli enti gestori.

Le modifiche innanzi descritte vanno quindi a compenetrarsi nel quadro normativo di insieme, per cui restano valide molte delle riflessioni formulate a margine del

⁽²²⁶⁾ Si veda la determinazione dirigenziale dell'Area Domiciliarità e Cultura della Salute del Comune di Milano del 21 marzo 2020, n. 2419.

⁽²²⁷⁾ *Ibidem*.

⁽²²⁸⁾ *Ibidem*.

⁽²²⁹⁾ *Ibidem*.

comma 2, prima che esso fosse sostituito dal d.l. n. 34/2020, mentre alcune non possono non tener conto del mutato quadro regolamentare.

In particolare, gli aspetti più interessanti attengono ai profili di carattere finanziario, poiché l'espresso riferimento alle risorse disponibili costituisce una clausola di salvaguardia per i comuni rispetto a qualsivoglia pretesa ulteriore da parte degli enti gestori. Queste risorse, però, non sono erogate *sic et simpliciter* in base al sistema "vuoto per pieno", ma tengono conto del differente sforzo condotto da chi appronta prestazioni in favore dell'utenza, sebbene in altra forma, rispetto a chi non lo fa (a prescindere dalle motivazioni oggettive o soggettive), oltre che di quelle spese fisse (*recte* incomprimibili) che hanno condotto i gestori a reclamare un assetto normativo diverso.

Sicuramente, quindi, la sostituzione dell'art. 48, d.l. n. 18/2020, ha migliorato la resa complessiva della disposizione e tale riflessione vale anche per il successivo comma 3. Infatti, la continuità economica assicurata dall'art. 48, d.l. n. 18/2020, quale risposta alla natura di prestazioni riconducibili a livello essenziale *ex art.* 117, comma 2, lett. *m*, Cost. ⁽²³⁰⁾, di fatto sterilizza i rischi disoccupazionali del personale alle dipendenze degli enti gestori, tant'è vero che essi determinano la cessazione dei trattamenti del Fis e della Cig in deroga se riconosciuti in ragione della sospensione dei servizi educativi per l'infanzia, e dei servizi degli educatori nella scuola primaria ⁽²³¹⁾, o di servizi socio-sanitari e socioassistenziali resi in convenzione, nell'ambito dei provvedimenti di sospensione delle attività dei centri diurni per anziani e persone con disabilità.

Invero, prevedere che i pagamenti ai gestori comportassero *sic et simpliciter* la cessazione dei trattamenti del Fis e della Cig in deroga laddove riconosciuti per la sospensione dei servizi, sembrava poter determinare l'insorgenza di situazioni di bisogno importanti ed irragionevoli, si pensi all'ipotesi di cessazione totale del sostegno al reddito in favore del personale alle dipendenze dei gestori a fronte di una attivazione parziale dei servizi medesimi.

Di conseguenza, si offre la possibilità ai gestori di usufruire, in relazione alle ore non lavorate, dei trattamenti del Fis e della Cig in deroga, laddove riconosciuti per la sospensione dei servizi e dei servizi degli educatori per gli alunni disabili, ove attivati gli accordi di cui all'art. 4-*ter*, o di servizi socio-sanitari e socioassistenziali resi in convenzione, appalto o concessione nell'ambito dei provvedimenti assunti in attuazione del d.l. n. 6/2020 e con ordinanze regionali o altri provvedimenti che dispongano la sospensione dei centri diurni per anziani e persone con disabilità.

8.4. Le linee guida per la gestione dell'emergenza epidemiologica presso le strutture per anziani, persone con disabilità e altri soggetti in condizione di fragilità

La pessima gestione dell'emergenza pandemica delle Residenze Socio-Sanitarie per Anziani (c.d. RSSA) e dei centri per disabili, specie quelli che destinati agli psichico-

⁽²³⁰⁾ Cfr. A. SANTUARI, *op. cit.*

⁽²³¹⁾ Secondo la *Nota di lettura Anci sulle norme riguardanti la scuola contenute nel decreto Cura Italia*, 19 marzo 2020, la citazione, in questo comma 3, dei «servizi degli educatori nella scuola primaria» sarebbe un *refuso inapplicabile*, in quanto la norma non tratta, in alcuna altra parte, i servizi di assistenza educativa agli alunni disabili, ai quali è invece dedicato l'art. 9, d.l. n. 14/2020.

intellettivi, hanno determinato il legislatore a prevedere strumenti in grado di controllare l'operato delle Regioni, soprattutto a seguito dei rimpalli di responsabilità legati all'inchiesta sulla "strage" del Pio Albergo Trivulzio a Milano ⁽²³²⁾.

Per questo motivo l'art. 1, comma 1, l. n. 77/2020, ha inserito l'art. 1-ter, nel d.l. n. 34/2020, prevedendo l'adozione di linee guida per la prevenzione, il monitoraggio e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 presso le residenze sanitarie assistite e le altre strutture pubbliche e private, accreditate, convenzionate e non convenzionate, comunque denominate dalle normative regionali, che durante l'emergenza erogano prestazioni di carattere sanitario, socio-sanitario, riabilitativo, socio-educativo, socio-occupazionale o socio-assistenziale per anziani, persone con disabilità, minori, persone affette da tossicodipendenza o altri soggetti in condizione di fragilità. Ovviamente, trattandosi di previsione agganciata alla permanenza dell'emergenza epidemiologica, essa intanto produce efficacia fin quando sussiste lo stato di emergenza, non escludendosi la necessità di una disposizione simile a prescindere dal Covid-19, che consenta il coordinamento del controllo su strutture sensibili come quelle di cui al comma 1 dell'art. 1-ter, d.l. n. 34/2020.

Le linee guida in questione devono essere adottate dal Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, entro il 2 agosto 2020 e cioè entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della l. n. 77/2020, di conversione del d.l. n. 34/2020.

I principi a cui si dovranno ispirare le linee sono abbastanza chiari e sono orientati alla salvaguardia della sicurezza e del benessere psico-fisico degli ospiti delle strutture e del personale che vi opera, senza distinzione tra sanitario e non sanitario, assicurando a tutti la fornitura di dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale idonei a prevenire il rischio di contagio.

Dal punto di vista prevenzionale, le linee guida dovranno preoccuparsi di prevedere protocolli specifici per la tempestiva diagnosi dei contagi e per l'attuazione delle conseguenti misure di contenimento, disciplinando le misure di igiene fondamentali alle quali il personale in servizio è obbligato ad attenersi e prevedendo protocolli specifici per la sanificazione periodica degli ambienti ⁽²³³⁾.

L'equiparazione delle strutture in questione ai presidi ospedalieri dovrebbe consentire una corsia preferenziale per le forniture dei DPI e di ogni altro dispositivo o strumento utile alla gestione e al contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

⁽²³²⁾ Si veda *La strage del Pio Albergo Trivulzio, oltre 200 morti a marzo e aprile*, in *Huffingtonpost.it*, 6 maggio 2020.

⁽²³³⁾ La continua evoluzione della pandemia ha consentito finora l'adozione da parte dell'Istituto Superiore di Sanità di Indicazioni ad interim per la prevenzione e il controllo dell'infezione da SARS-CoV-2 in strutture residenziali sociosanitarie e socioassistenziali, datate 24 agosto 2020 (cfr. http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5373_15_file.pdf), non essendo reperibile altra documentazione pertinente.

8.5. **Gli strumenti di assistenza ai disabili in condizione di gravità durante la seconda ondata pandemica, tra congedo straordinario, smart working e profili discriminatori**

La ripresa delle attività didattiche in presenza per le scuole di ogni ordine e grado ⁽²³⁴⁾, secondo i rispettivi calendari, è condizionata alla predisposizione da parte delle istituzioni scolastiche di ogni misura utile all'avvio e alla prosecuzione dell'anno scolastico 2020/2021, come evidenziato dagli artt. 1, comma 1, lett. r, d.P.C.M. 7 agosto 2020 e 13 ottobre 2020, anche ricorrendo alla didattica digitale integrata, nei termini indicati dall'art. 1, comma 1, lett. s, d.P.C.M. 24 ottobre 2020 e 3 novembre 2020, mentre per quanto riguarda le attività specificamente destinate all'utenza disabile, come si evince dall'art. 12, d.P.C.M. 3 novembre 2020, possono riprendere e continuare a funzionare ⁽²³⁵⁾, dietro autorizzazione o in convenzione, comprese quelle attività erogate all'interno o da parte di centri semiresidenziali per persone con disabilità, qualunque sia la loro denominazione, a carattere socio-assistenziale, socio-educativo, polifunzionale, socio-occupazionale, sanitario e socio-sanitario, secondo piani territoriali, adottati dalle Regioni assicurando, attraverso eventuali specifici protocolli, il rispetto delle disposizioni per la prevenzione dal contagio e la tutela della salute degli utenti e degli operatori ⁽²³⁶⁾, con il supporto di appositi incentivi per l'adozione dei sistemi di protezione del personale e degli utenti a carico del "Fondo di sostegno per le strutture semiresidenziali per persone con disabilità" volto a garantire la concessione di un indennizzo agli enti gestori delle medesime strutture ⁽²³⁷⁾.

La progressiva ed esponenziale crescita dei contagi registratasi a partire da ottobre ha determinato l'adozione di ulteriori misure urgenti di prevenzione dal contagio e di contenimento della pandemia, con riflessi intuibili anche sullo svolgimento della didattica in presenza. Infatti, il successivo d.P.C.M. 3 novembre 2020 ha disposto in modo generalizzato lo svolgimento dell'attività scolastiche con modalità a distanza, ad eccezione della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'art. 2, d.lgs. 13 aprile 2017, n. 65 e del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado, prevedendo la possibilità di attività in presenza qualora sia necessario l'uso di laboratori o in ragione di mantenere una relazione educativa che realizzi l'effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali, secondo quanto previsto dal d.Miur 7 agosto 2020, n. 89 e

⁽²³⁴⁾ Una interessante proposta di riapertura delle scuole, o meglio di rifunzionalizzazione dell'attività scolastica, è stata formulata in tempi non sospetti dal *think-tank* TORTUGA, *Riempire le scuole vuote: una proposta per l'estate*, in *welforum.it*, 20 maggio 2020, secondo cui «Vi è poi l'urgenza di far rientrare alcuni gruppi specifici di studenti. Tra questi, i bambini di famiglie in cui entrambi i genitori (o il singolo genitore) lavorano, o gli studenti con Bes o Dsa, che faticano a trarre il massimo dalla didattica a distanza senza il supporto specializzato di insegnanti di supporto».

⁽²³⁵⁾ Ma v. anche in tal senso gli artt. 10, d.P.C.M. 7 agosto 2020 e 24 ottobre 2020.

⁽²³⁶⁾ Ad esempio, giova rammentare che per la Puglia la riapertura è stata disposta con la nota 2 maggio 2020, prot. n. 1036, del Dipartimento promozione della salute, del benessere sociale e dello sport per tutti della Regione Puglia.

⁽²³⁷⁾ Vedi l'art. 104, comma 2, d.l. n. 34/2020.

dall'ordinanza Miur 9 ottobre 2020, n. 134, fermo restando il collegamento *on line* con gli alunni della classe che operano in didattica digitale integrata ⁽²³⁸⁾.

La salvaguardia della posizione dell'utenza scolastica disabile, cui è stata garantita la didattica in presenza, non è suscettibile di valutazione univoca, in quanto evita l'isolamento domestico, subito durante il primo *lockdown*, e riduce l'impatto sociale, economico e psicologico sulle famiglie che hanno materialmente in carico gli studenti diversamente abili, ma altera le normali didattiche d'aula e la stessa percezione degli studenti disabili, vista l'assenza dei pari, a loro volta collegati da remoto ⁽²³⁹⁾. Ovviamente, alla previsione di didattica in presenza sono associate eccezioni alle limitazioni alla mobilità previste dal d.P.C.M. 3 novembre 2020, ivi consentendosi gli spostamenti strettamente necessari ad assicurare lo svolgimento della didattica in presenza nei limiti in cui la stessa è consentita ⁽²⁴⁰⁾.

Per far fronte agli effetti dei provvedimenti di sospensione della didattica in presenza delle scuole secondarie di primo grado ed alla eventuale chiusura dei centri diurni a carattere assistenziale ⁽²⁴¹⁾, e limitatamente alle aree del territorio nazionale, caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto, individuate con ordinanze del Ministro della salute, adottate *ex artt.* 3 d.P.C.M. 3 novembre 2020 e 30, d.l. 9 novembre 2020, n. 149, il Governo ha previsto il riconoscimento di un congedo straordinario con indennità pari al 50 per cento della retribuzione per i genitori ed un *bonus baby sitting* ⁽²⁴²⁾, molto simili a quelli previsti dall'art. 23, d.l. n. 18/2020, riconosciuto nella stessa misura anche ai genitori di figli con disabilità in situazione di gravità accertata *ex art.* 4, comma 1, l. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale, per i quali sia stata disposta la chiusura, senza alcuna differenziazione nella fruizione dei benefici rispetto ai genitori di soggetti normodotati ⁽²⁴³⁾.

Le misure innanzi indicate sono state previste nell'ipotesi in cui la didattica in presenza sia prevista per effetto di provvedimenti generali ed astratti, segnalandosi altresì la possibilità che la partecipazione in presenza alle attività didattiche sia vietata a seguito

⁽²³⁸⁾ V. in tal senso gli artt. 1 comma 1, lett. *f*, e 3, comma 1, lett. *s*, d.P.C.M. 3 novembre 2020, evidenziandosi come la scelta di proseguire l'attività didattica in presenza, oltre che per motivazioni di carattere socio-pedagogico, è probabile sia stata dettata anche dalla necessità di evitare l'adozione di ulteriori provvedimenti a sostegno delle famiglie, che avrebbero dovuto farsi nuovamente carico dell'assistenza (anche didattica) ai propri figli minori, optandosi per una soluzione mista e cioè quella di consentire la didattica in presenza ai più piccoli (fino alla prima media) e di prevedere quella integrata per gli studenti frequentanti le classi successive, presumendo che costoro possano non aver bisogno del supporto genitoriale e quindi della loro presenza in casa, consentendo di potersi recare al lavoro, specie se non possono avvalersi dello *smart working*.

⁽²³⁹⁾ A tal proposito, si consiglia l'ascolto del podcast di M.N. DE LUCA, *I nostri figli disabili soli nell'aula vuota*, in *Repubblica.it*, 13 novembre 2020, in cui si racconta, tra l'altro, l'esperienza di Nicoletta, affetta da sindrome di Prader Willi, mandata a scuola in un'aula deserta e frustrata per la conseguente assenza di socialità.

⁽²⁴⁰⁾ V. in tal senso gli artt. 2, comma 4, lett. *a*, e 3, comma 4, lett. *a*, d.P.C.M. 3 novembre 2020.

⁽²⁴¹⁾ V. l'art. 12, d.P.C.M. 3 novembre 2020, che replica i contenuti dell'art. 10, d.P.C.M. 24 ottobre 2020.

⁽²⁴²⁾ V. gli artt. 13 e 14, d.l. n. 149/2020.

⁽²⁴³⁾ Sul punto si evidenzia come ancora una volta il Governo persevera nell'equiparare l'assistenza al minore normodotato a quella normalmente offerta ai disabili, sovente erogata da personale specializzato e appositamente formato, con costi notevolmente più elevati rispetto a quelli normalmente praticati per servizi di *baby-sitting*, come già illustrato sub nota 99, cui si rinvia.

della collocazione in quarantena del figlio convivente minore di sedici anni disposta dal dipartimento di prevenzione della Asl territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi nel plesso scolastico, nonché nell'ambito dello svolgimento di attività sportive di base, attività motoria in strutture quali palestre, piscine, centri sportivi, circoli sportivi, sia pubblici che privati, ovvero in strutture frequentate per seguire lezioni musicali e linguistiche ⁽²⁴⁴⁾.

Alla collocazione in quarantena del minore (questa volta non infrasedicenne, ma infraquattordicenne) si sovviene attraverso lo svolgimento del lavoro in modalità agile, ove possibile, e in alternativa ad essa alla astensione dal lavoro per tutto o parte del periodo in quarantena con congedo straordinario ad uno dei genitori con indennità pari al 50 per cento della retribuzione, sempre che l'altro genitore non sia anch'egli in *smart working* o non svolga alcuna attività lavorativa ⁽²⁴⁵⁾.

Infine, un cenno a parte merita l'art. 21-ter, d.l. n. 104/2020, che ha riconosciuto fino al 30 giugno 2021 il diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli artt. 18 a 23, l. n. 81/2017, in favore dei genitori lavoratori dipendenti privati che hanno almeno un figlio in condizioni di disabilità grave riconosciuta ex l. n. 104/1992, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore non lavoratore e che l'attività lavorativa non richieda necessariamente la presenza fisica.

Quest'ultima disposizione presenta alcuni evidenti criticità, restando privi di risposte specifiche i bisogni assistenziali dei genitori che non possano accedere allo *smart working* (si pensi ad esempio agli operatori sanitari o agli appartenenti alle Forze di polizia), ovvero che abbiano più di un figlio disabile, di fatto riproponendo nell'ambito del nucleo familiare i medesimi profili discriminatori che hanno condotto la Corte costituzionale ad emettere la sentenza n. 80/2010, in materia di diritto all'istruzione ed al sostegno scolastico con rapporto 1 : 1 tra docente e discente disabile, obbligando i genitori con doppia posizione di assistenza a figli disabili nel nucleo familiare a dover materialmente dimezzare le proprie capacità di risposta.

9. Osservazioni conclusive

A fine maggio scorso, ad un mese dalla fine del *lockdown*, secondo il Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità, dott. Silvio Brusaferrò, «per gli scenari che immaginiamo, in autunno, una patologia come il SARS-CoV-2, si può maggiormente diffondere e si può confondere con altre sintomatologie di tipo respiratorio» e «la famosa ipotesi della seconda ondata è collegata a questo, che, dal punto di vista tecnico scientifico è un dato obiettivo»; perciò, «con l'arrivo dell'autunno c'è una probabile possibilità di maggiore diffusione» del Covid-19 ⁽²⁴⁶⁾, confermata dalla verticalizzazione della curva dei contagi, dalla saturazione dei posti letto in terapia intensiva e dall'aumento del numero di decessi.

⁽²⁴⁴⁾ V. l'art. 21-bis, d.l. n. 104/2020.

⁽²⁴⁵⁾ V. l'art. 21-bis, d.l. n. 104/2020.

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. *Repubblica.it*, 30 maggio 2020, che contiene stralci dell'audizione del dott. Brusaferrò alla Camera dei Deputati.

A tal proposito le ipotesi che si possono formulare sul prossimo futuro non sono poche, come già evidenziato da chi ha tracciato svariati scenari, da quello più roseo a quello più catastrofico ⁽²⁴⁷⁾.

Sebbene il Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte, abbia più volte escluso la possibilità di un altro *lockdown* generalizzato, non si può escludere che gli strumenti creati dalla decretazione Covid-19 possano essere rimessi in campo per dover affrontare l'attuale seconda ondata pandemica ⁽²⁴⁸⁾, con tutto ciò che ne consegue, specie per una categoria svantaggiata peculiare come quella dei disabili in condizione di gravità, per la quale si impone con sempre maggiore urgenza ed impellenza la nascita del c.d. Pronto Intervento Sociale (PIS) al fine di far fronte a situazioni di urgenza ⁽²⁴⁹⁾.

Questa possibilità, ma a ben guardare anche l'eventualità di dover rispondere a sfide analoghe, pone il giurista di fronte alla necessità di avviare una riflessione organica sul diritto dell'emergenza, cioè su una sorta di diritto minimo, operativo non solo in situazioni pandemiche, ma in generale così complesse da richiedere un bilanciamento, se non un vero e proprio sacrificio temporaneo di diritti fondamentali in nome di un bene superiore quale può essere la stessa sopravvivenza del consorzio sociale.

A margine della normativa emergenziale a tutela del lavoratore investito da compiti di assistenza a disabili in condizioni di gravità, innanzi esaminata, permane comunque la sgradevole sensazione che ai tempi del Coronavirus l'effetto asimmetrico della pandemia incida in modo più che proporzionale sui lavoratori non subordinati, alimentando vieppiù il mito del "posto fisso", specie se chi è coinvolto in situazioni di *care-giving* debba essere posto di fronte all'alternativa se non lavorare per assistere il figlio disabile, in assenza di servizi socio-educativi o socio-assistenziali, o rischiare la denuncia per abbandono di incapace, dovendosi necessariamente recare al lavoro.

⁽²⁴⁷⁾ Si consiglia sul punto la lettura di C. CISLAGHI, *Ci chiediamo quando e come potrà andare a finire?*, in *Welforum.it*, 25 maggio 2020, che, partendo dai dati a disposizione, formula sei possibili scenari operativi.

⁽²⁴⁸⁾ Specialmente nelle aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di elevata o massima gravità e da un livello di rischio alto, ex artt. 2 e 3, d.P.C.M. 3 novembre 2020 (c.d. zone arancioni e rosse).

⁽²⁴⁹⁾ Sul punto non si possono che condividere le riflessioni di A. MIRRI, *Emergenza Coronavirus e lavoro di servizio sociale d'urgenza*, in *Welforum.it*, 22 maggio 2020, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Notizie sugli autori

Giada Benincasa	ADAPT Research Fellow
Marina Brollo	Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Udine
Stefano Caffio	Ricercatore a termine RTA, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Michele Calabria	Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
M.T.P. Caputi Jambrenghi	Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Alessio Caracciolo	Dottore di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Claudia Carchio	Dottora di ricerca, Università degli Studi di Udine
Lilli Casano	ADAPT Senior Research Fellow
Daniela Caterino	Professoressa ordinaria di Diritto commerciale, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Francesca Chietera	Avvocata specialista, Matera
Emanuele Dagnino	Ricercatore, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Michele Dalla Sega	ADAPT Junior Fellow
Nicola Deleonardis	Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Madia Rita Favia	Avvocata specialista, Bari
Giovanna Ficarella	Dottore di ricerca, Università degli Studi di Bari
Valeria Fili	Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Udine
Giovanni Galvan	Esperto di politiche attive del lavoro
Carmela Garofalo	Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Udine

Domenico Garofalo	Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Vincenzo Lamonaca	Dottore di ricerca, Università degli Studi di Bari
Francesco Lombardo	ADAPT Junior Fellow
Luca Mannarelli	Dottore di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Valerio Marini	ADAPT Junior Fellow
Emanuele Massagli	Presidente ADAPT
Caterina Mazzanti	Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Udine
Francesca Nardelli	Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Giacomo Nascetti	ADAPT Junior Fellow
Francesco Nespoli	ADAPT Research Fellow
Francesco Perchinunno	Professore aggregato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bari
Gianluigi Pezzini	Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Udine
Giovanni Pigliararmi	ADAPT Research Fellow
Gianluca Picco	Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Udine
Giuseppe Antonio Recchia	Ricercatore RTB, Università degli Studi di Bari
Stefano Rossi	Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Elisabetta Sartor	Magistrata Ordinaria in Tirocinio, Corte d'Appello di Trieste
Enrico Claudio Schiavone	Professore a contratto SGAM, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Francesco Seghezzi	Presidente Fondazione ADAPT e assegnista di ricerca, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Silvia Spattini	Direttore ADAPT
Federica Stamerra	Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Luca Tegas	Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Bari

Laura Tafaro	Professoressa associata di Diritto privato, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Michele Tiraboschi	Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Lucia Valente	Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Roma Sapienza
Alessandro Ventura	Dottore di ricerca, Università degli Studi di Bari
Anna Zilli	Professoressa associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Udine
Andrea Zoppo	ADAPT Junior Fellow

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

1. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado*, 2012
2. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, 2012
3. M. Tiraboschi, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*, 2012
4. Bollettinoadapt.it, *Annuario del lavoro 2012*, 2012
5. AA.VV., *I programmi alla prova*, 2013
6. U. Buratti, L. Casano, L. Petruzzo, *Certificazione delle competenze*, 2013
7. L. Casano (a cura di), *La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?*, 2013
8. F. Fazio, E. Massagli, M. Tiraboschi, *Indice IPCA e contrattazione collettiva*, 2013
9. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine*, 2013
10. M. Tiraboschi (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale*, 2013
11. U. Buratti, *Proposte per un lavoro pubblico non burocratico*, 2013
12. A. Sánchez-Castañeda, C. Reynoso Castillo, B. Palli, *Il subappalto: un fenomeno globale*, 2013
13. A. Maresca, V. Berti, E. Giorgi, L. Lama, R. Lama, A. Lepore, D. Mezzacapo, F. Schiavetti, *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, 2013
14. F. Carinci, *Il diritto del lavoro in Italia: a proposito del rapporto tra Scuole, Maestri e Allievi*, 2013
15. G. Zilio Grandi, E. Massagli (a cura di), *Dal decreto-legge n. 76/2013 alla legge n. 99/2013 e circolari "correttive": schede di sintesi*, 2013
16. G. Bertagna, U. Buratti, F. Fazio, M. Tiraboschi (a cura di), *La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero*, 2013
17. R. Zucaro (a cura di), *I licenziamenti in Italia e Germania*, 2013
18. Bollettinoadapt.it, *Annuario del lavoro 2013*, 2013
19. L. Mella Méndez, *Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo*, 2014
20. F. Carinci (a cura di), *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n. 231/2013*, 2014

21. M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act – Le misure per favorire il rilancio dell’occupazione, riformare il mercato del lavoro ed il sistema delle tutele*, 2014
22. M. Tiraboschi (a cura di), *Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell’occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese – Prime interpretazioni e valutazioni di sistema*, 2014
23. G. Gamberini (a cura di), *Progettare per modernizzare. Il Codice semplificato del lavoro*, 2014
24. U. Buratti, C. Piovesan, M. Tiraboschi (a cura di), *Apprendistato: quadro comparato e buone prassi*, 2014
25. M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, 2014
26. F. Carinci (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, 2014
27. S. Varva (a cura di), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, 2014
28. R. Scolastici, *Scritti scelti di lavoro e relazioni industriali*, 2014
29. M. Tiraboschi (a cura di), *Catastrofi naturali, disastri tecnologici, lavoro e welfare*, 2014
30. F. Carinci, G. Zilio Grandi (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto I*, 2014
31. E. Massagli (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un’indagine ricostruttiva*, 2014
32. F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II*, 2014
33. S. Stefanovichj, *La disabilità e la non autosufficienza nella contrattazione collettiva italiana, alla luce della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020*, 2014
34. AA.VV., *Crisi economica e riforme del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna*, 2014
35. Bollettinoadapt.it, *Annuario del lavoro 2014*, 2014
36. M. Tiraboschi (a cura di), *Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, 2015
37. F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, 2015
38. M. Soldera, *Dieci anni di staff leasing. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nell’esperienza concreta*, 2015
39. M. Tiraboschi, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*, 2015
40. F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, 2015
41. F. Carinci, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori*, 2015

42. U. Buratti, S. Caroli, E. Massagli (a cura di), *Gli spazi per la valorizzazione dell'alternanza scuola-lavoro*, in collaborazione con IRPET, 2015
43. U. Buratti, G. Rosolen, F. Seghezzi (a cura di), *Garanzia Giovani, un anno dopo. Analisi e proposte*, 2015
44. D. Mosca, P. Tomassetti (a cura di), *La trasformazione del lavoro nei contratti aziendali*, 2015
45. M. Tiraboschi, *Prima lettura del decreto legislativo n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, 2015
46. F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, 2015
47. F. Nespoli, F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), *Il Jobs Act dal progetto alla attuazione*, 2015
48. F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, 2015
49. Studio Legale Tributario D. Stevanato (a cura di), *Introduzione al processo tributario*, in collaborazione con ADAPT ANCL Padova e Regione Veneto, 2015
50. E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro*, 2016
51. S. Santagata (a cura di), *Lavoro e formazione in carcere*, 2016
52. A. Cassandro, G. Cazzola (a cura di), *Il c.d. Jobs Act e i decreti attuativi in sintesi operativa*, 2016
53. M. Del Conte, S. Malandrini, M. Tiraboschi (a cura di), *Italia-Germania, una comparazione dei livelli di competitività industriale*, 2016
54. F. Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, 2016
55. G. Rosolen, F. Seghezzi (a cura di), *Garanzia Giovani due anni dopo. Analisi e proposte*, 2016
56. L. Casano, G. Imperatori, C. Tourres (a cura di), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo "Statuto dei lavori" di Marco Biagi?*, 2016
57. G. Polillo, *ROMA – reset. Una terapia contro il dissesto*, 2016
58. J.L. Gil y Gil (dir.), T. Ushakova (coord.), *Comercio y justicia social en un mundo globalizado*, 2016
59. F. Perciavalle, P. Tomassetti (a cura di), *Il premio di risultato nella contrattazione aziendale*, 2016
60. M. Sacconi, E. Massagli (a cura di), *Le relazioni di prossimità nel lavoro 4.0*, 2016
61. Bollettinoadapt.it, *Annuario del lavoro 2016*, 2016
62. E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori ADAPT*, 2017

63. G. Cazzola, D. Comegna, *Legge di bilancio 2017: i provvedimenti in materia di assistenza e previdenza*, 2017
64. S. Fernández Martínez, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro e malattie croniche*, 2017
65. E. Prodi, F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), *Il piano Industria 4.0 un anno dopo*, 2017
66. E. Massagli (a cura di), *Dall'alternanza scuola-lavoro all'integrazione formativa*, 2017
67. G. Cazzola, *Storie di sindacalisti*, 2017
68. S. Bruzzone (a cura di), *Salute e persona: nella formazione, nel lavoro e nel welfare*, 2017
69. A. Corbo, F. D'Addio, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Tirocini extracurricolari: i primi recepimenti regionali delle linee guida del 25 maggio 2017*, 2017
70. AA.VV., *Un anno di Bollettino ADAPT*, 2017
71. E. Massagli, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), *Elezioni 2018: il lavoro nei programmi dei partiti*, 2018
72. V. Ferro, M. Menegotto, F. Seghezzi (a cura di), *Il lavoro temporaneo tra contratti a termine e somministrazione. Prima analisi in vista del c.d. decreto dignità*, 2018
73. M. Menegotto, F. Seghezzi, S. Spattini (a cura di), *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto-legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)*, 2018
74. A. Rosafalco, *Politiche migratorie e diritto del lavoro*, 2018
75. S. Fernández Martínez, *La permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo. Una perspectiva jurídica*, 2018
76. M. Menegotto, P. Rausei, P. Tomassetti (a cura di), *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018 convertito dalla l. n. 96/2018*, 2018
77. AA.VV., *Un anno di Bollettino ADAPT – 2018*, 2019
78. L. Casano, E. Massagli, E. Prodi, F. Seghezzi, M. Tiraboschi, *Una alleanza tra mondo della ricerca e imprese per l'occupazione dei giovani Per una via italiana al modello Fraunhofer Gesellschaft*, 2019
79. M. Marocco, S. Spattini (a cura di), *Diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva, inclusione sociale: le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana. Primo commento al d.l. n. 4/2019*, 2019
80. A. Cezza, *Management by Objectives e relazioni industriali: dalla teoria al caso Ducati Motor Holding S.p.A.*, 2019
81. S. Negri, *Lavorare in un parco di divertimento: relazioni con gli ospiti, legami sociali e standardizzazione*, 2019
82. P. Manzella, *The Words of (Italian) Labour Law*, 2019
83. AA.VV., *Un anno di Bollettino ADAPT – 2019*, 2019

84. G.L. Macrì, *La istituzione della figura del navigator a supporto dell'attuazione del reddito di cittadinanza*, 2020
85. G. Mieli, A.D. Mieli, *Il rapporto di lavoro bancario. Cento anni di contrattazione*, 2020
86. C. Natullo, *Human Resources Management challenges. An international comparative study of Charitable Organisations*, 2020

SOCI ADAPT

Adecco Group	Cremonini	Gi Group
ANC	Danone	Heineken
ANCL Veneto	Day Ristoservice	Ifoa
Angelini	Edenred Italia	IHI Charging Systems International
Aninsei	Elettra Sincrotone Trieste	Inail
Assindustria Venetocentro	Enel	LavoroPiù
Assoimprenditori Alto Adige	Eni	Manageritalia
Assolavoro	ERG	Manpower
Assolombarda	Esselunga	Manutencoop
ASSTRA	Farminindustria	MCL
Bracco Imaging	Federalberghi	Nexi Payments
Brembo	Federdistribuzione	Randstad Italia
Cisl	FederlegnoArredo	Sanofi
CNA	Federmanager	Scuola Centrale Formazione
COESIA	Federmeccanica	SNFIA
Coldiretti	Femca-Cisl	Sodexo Motivation Solutions Italia
Confagricoltura Verona	Fiabilis	Synergie Italia
Confartigianato	Fim-Cisl	UBI Banca
Confcommercio	Fincantieri	UGL
Confcooperative	Fipe	UILTEC
Confesercenti	Fisascat	Umana
Confimi Industria	Fondazione Bruno Kessler	Unindustria Reggio Emilia
Confindustria Bergamo	Fondazione Fai-Cisl	W.Training
Confindustria Verona	Fondazione Mach	World Employment Confederation
Confprofessioni		
Coopfond-Legacoop nazionale	Generali Italia	

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

